

Coleção
Eduardo Espínola

Weber Luiz de Oliveira

PRECEDENTES JUDICIAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**Limites e possibilidades
de aplicação**

2.^a edição

Revista, atualizada
e ampliada

2019

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

1.2.3 Precedentes Vinculantes

O precedente obrigatório, adjetivado, portanto, já com um poder de natureza semântica, é a decisão que vincula, que obriga e impõe que os órgãos estatais sigam a norma dele extraída. Tem a carga de normatividade abstrata, *erga omnes*. A depender do modelo da jurisdição estatal ou pela própria regulamentação normativa, pode-se ter uma força vinculante no âmbito judicial, como também em outras áreas das relações sociais e institucionais.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior (2005, p. 38), 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”.

No que diz respeito a tradição de *common law*, Charles D. Cole (1998, p. 12) salienta 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”.

Nessa direção, precedente vinculante ou obrigatório, visto como detentor de normatividade, pode ser caracterizado como fonte do direito⁵¹, na medida em que, interpretando as leis, princípios e valores, delimita condutas das pessoas e instituições, ou seja, “por ter força obrigatória, constitui direito” (MARINONI, 2013, p. 36). Destarte, na tradição do *common law*, o precedente vinculante é tido como fonte do direito (DENNIS, 1993, p. 3; ALGERO, 2005, p. 785)⁵².

51. A alusão ao termo “fonte do direito” necessita ser lida nos termos expostos por Alexandre Freitas Câmara (2018, p. 127): “Ora, se a norma jurídica só existe no caso concreto, sendo o resultado de uma atividade de interpretação e aplicação, então não se pode falar propriamente em ‘fontes do Direito’. Essa metáfora, afinal de contas, impõe um ‘distanciamento das origens da fonte’, e só funciona ‘quando não se pergunta o que há entre o ‘antes da fonte’ e o ‘depois da fonte’. Não obstante isso, a metáfora das fontes pode ainda ter alguma utilidade, quando se busca falar dos pontos de partida da construção de uma decisão judicial. E aqui se busca demonstrar que não só a Constituição, as leis, as medidas provisórias, os tratados internacionais ou os decretos (além de outros textos normativos afins) são pontos de partida, mas também os padrões decisórios. Daí a viabilidade da utilização da metáfora das fontes. Mas seu emprego é feito sempre como cuidado necessário [...]”.

52. Larry A. Alexander acentua: “The sources of law recognized by English and American courts are commonly understood to include not only legislation and constitutions but also prior judicial decisions”. Tradução livre: As fontes de direito reconhecidas pelos tribunais

Já no que pertence à tradição do *civil law*, não é unânime a condição de fonte do direito do precedente judicial, uma vez que há quem defenda que o precedente vinculante é fonte de direito e quem defenda que não o é.

José de Oliveira Ascensão (1983), que entende fontes do direito como “modos de formação e revelação de regras jurídicas” (p. 189), escreve, em relação ao que denomina de costume jurisprudencial, que não se trata de fonte de direito porque falta a *convicção de obrigatoriedade* a propagar aos interessados, e não somente nos juízes (p. 245).

No que concerne ao sistema de fontes do direito constitucional espanhol, Ignacio de Otto (2012) assevera que seja qual for o qualificativo que se dê à jurisprudência, o seu valor vinculante e, portanto, de fonte de direito, tem como condição *sine qua non* as consequências advindas da infração da jurisprudência, ou seja, somente seria vinculante “porque el ordenamiento considera que la sentencia es antijurídica y, por tanto, que la jurisprudencia forma parte de las normas cuya infracción acarrea una consecuencia, esto es, del derecho” (p. 298).

A possibilidade de cassação da sentença por infringir a jurisprudência é que denotaria a sua vinculatividade, e, portanto, insere Otto a jurisprudência dentro do ordenamento jurídico, significa dizer, nos seus próprios termos, “si una sentencia puede ser anulada por infracción de la jurisprudencia es porque la sentencia que incurre en esa infracción es tan antijurídica como la sentencia contraria a la ley” (p. 298-299). Entretanto, faz a ressalva de que essa normatividade é subordinada à lei (jurisprudência *secundum legem*), “y la creación jurisprudencial está a todo momento subordinada a la voluntad del legislador, que con la modificación un solo término del texto legal puede destruir los más elaborados edificios jurisprudenciales” (p. 303).

A seu turno, José Puig Brutau, em texto clássico (2006, p. 142), entende que “desde el momento, pues, que la realización del Derecho, no en el papel, sino en la práctica, no depende exclusivamente de las *rules* o reglas estrictas, resulta evidente que el legislador no puede monopolizar la creación del Derecho, pues la interpretación de un principio de razonamiento jurídico, pongamos por caso, podrá dar

ingleses e americanos são comumente entendidas como incluídas não só de legislação e constituições, mas também decisões judiciais anteriores.

lugar a la formación de una regla estricta fundada en la autoridad del Tribunal interpretador”.

Na doutrina brasileira, Rodolfo de Camargo Mancuso (2014, p. 39) posiciona a jurisprudência como uma fonte “*reflexa ou indireta*, diversa, pois daquela imanente à forma de expressão *principal* do Direito – a lei – e, ainda, distante do patamar reservado aos *meios de integração* pelos quais as eventuais lacunas podem ser colmatadas” (grifos no original). Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 89), em um dos últimos de seus textos, a seu modo, assenta que o “*ius praetorium* está, assim, inserido no ordenamento jurídico brasileiro, ao lado das leis, justificando o caráter vinculante de sua jurisprudência, previsto agora também pelo novo Código de processo civil”. Semelhante entendimento é corroborado por Peter Panutto (2017, p. 123-125).

De modo diverso sustenta Daniel Mitidiero (2014, p. 78), para quem independe de manifestação legal para atestar-se a força vinculante do precedente judicial, dado que o “precedente, uma vez formado, integra a ordem jurídica como fonte primária do Direito e deve ser levado em consideração no momento de *identificação da norma aplicável* a determinado caso concreto” (grifos no original).

No Brasil, essa característica de fonte do direito a impor respeito não só pela jurisdição, mas também pela administração e pelos particulares, é extraída do texto constitucional, com as súmulas vinculantes, consoante art. 103-A, e as decisões em controle concentrado de constitucionalidade, nos termos do art. 102, § 2º da Constituição Federal.

Conforme, nesse particular, destaca José Rogério Cruz e Tucci (2012, p. 122), inexistente dúvida “de que a força vinculante *erga omnes*, supra referida, acentua o caráter de fonte de direito dos precedentes judiciais do STF”.

Os demais precedentes vinculantes, assim dispostos pelo Código de Processo Civil de 2015 no art. 927, não podem ser considerados fontes de direito, pois apenas dirigidos à jurisdição. Veja-se que o *caput* expressamente dispõe que a observância aos precedentes elencados nos incisos do artigo deve ser feita pelos juízes e tribunais.

Em parcial direção é também o entendimento de Cássio Scarpinella Bueno (p. 628-640), que afirma que para ter caráter vinculante é necessária autorização constitucional, diferenciando-se com a posição

Ainda, conjectura-se que a teoria da transcendência dos motivos determinantes analoga-se à força gravitacional do precedente, descrita por Ronald Dworkin e já referida neste na seção 1.2.1.

2.4 NORMAS DE ENTES PÚBLICOS QUE AUTORIZAM APLICAÇÃO DE PRECEDENTES

A influência da jurisdição na Administração Pública também é constatada pela edição de normas pelos próprios entes públicos que reconhecem que o entendimento jurisprudencial deve prevalecer em detrimento do que até então era realizado, com base estrita em lei. Aqui, a influência é indireta ou dependente.

Em âmbito federal, Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2014, p. 275) dá notícia da ação civil pública n. 2000.71.00.009347-0, tramitada no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que influiu para a regulamentação da Instrução Normativa n. 25, de 07 de junho de 2000, do Instituto Nacional da Seguridade Nacional (INSS), que disciplinou procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão a serem pagos ao companheiro ou companheira homossexual. Mencionada Instrução Normativa foi revogada pela de n. 45, de 6 de agosto de 2010, sendo a matéria disciplinada atualmente nos arts. 25, 45, § 2º, 322 e 335³⁹.

instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente”.

39. Art. 25. Por força da decisão judicial proferida na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, o companheiro ou a companheira do mesmo sexo de segurado inscrito no RGPS integra o rol dos dependentes e, desde que comprovada a vida em comum, concorre, para fins de pensão por morte e de auxílio-reclusão, com os dependentes preferenciais de que trata o inciso I do art. 16 da Lei nº 8.213, de 1991, para óbito ou reclusão ocorridos a partir de 5 de abril de 1991, conforme o disposto no art. 145 do mesmo diploma legal, revogado pela MP nº 2.187-13, de 2001.

Art. 45. A inscrição do dependente será realizada mediante a apresentação dos seguintes documentos:

§ 2º Para o(a) companheiro(a) do mesmo sexo, deverá ser exigida a comprovação de vida em comum, conforme disposto na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0.

Pela análise desses preceptivos normativos conclui-se que se trata de cumprimento de decisão judicial e não de reconhecimento espontâneo de que o precedente deve prevalecer em vez da interpretação até então dada à lei.

Diverso, e também noticiado por Barboza (2014, p. 276), na seara do direito tributário, foi o reconhecimento pela Receita Federal de inclusão de companheiro ou companheira homossexual como dependente para fins de Imposto de Renda, com base no Parecer PGFN/CAT/1503/2010⁴⁰, de 19 de julho de 2010.

Extraí-se, por pertinente à temática, o seguinte trecho do parecer administrativo, subscrito pelo Procurador da Fazenda Nacional Rodrigo Pirajá Wienskowski, depois de se terem colacionados diversos julgados a embasar a fundamentação: “Fácil antever o resultado provável de eventual judicialização do assunto mercê de deferimento administrativo, mormente quando a própria AGU, na condição de representante judicial da União e em sede de controle abstrato de constitucionalidade, reconhece direito análogo ao ora vindicado. A previsibilidade do desfecho de potencial contencioso jurisdicional permite prevenir os ônus que a sucumbência acarretaria em detrimento do princípio da economicidade administrativa”.

Ainda na esfera federal, cita-se importante súmula administrativa editada pelo Advogado Geral da União em 9 de junho de 2008, por influência de decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, sobre a possibilidade de execução da parcela incontroversa contra a Fazenda Pública. Referida súmula, de n. 31 dispõe: “É cabível a expedição de precatório referente à parcela incontroversa, em sede de execução ajuizada em face da Fazenda Pública” (OLIVEIRA, 2015a).

Art. 322. Por força de decisão judicial, Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, fica garantido o direito à pensão por morte ao companheiro ou companheira do mesmo sexo, para óbitos ocorridos a partir de 5 de abril de 1991, desde que atendidas todas as condições exigidas para o reconhecimento do direito a esse benefício, observando-se o disposto no art. 318.

Art. 335. Por força de decisão judicial, Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, fica garantido o direito ao auxílio-reclusão ao companheiro ou companheira do mesmo sexo, para óbitos ocorridos a partir de 5 de abril de 1991, desde que atendidas todas as condições exigidas para o reconhecimento do direito a esse benefício, observando-se o disposto no art. 318.

40. Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos-de-noticias/Parecer%201503-2010.doc/view>. Acesso em 02.07.2015.

Diversas súmulas administrativas já foram igualmente editadas, com base na Lei Orgânica da Advocacia Geral da União (AGU), Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993. O art. 4º, XII atribui competência ao Advogado Geral da União de “editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais”. A obrigatoriedade dessas súmulas da AGU restringe-se aos órgãos jurídicos, como se conclui pela redação do art. 43 da Lei Complementar 73/1993⁴¹.

A questão central da presente pesquisa, todavia, é justamente aferir se os precedentes judiciais também devem, e a forma para tanto, serem aplicados não só pelos órgãos de representação jurídica da Administração Pública, por aplicação de súmulas administrativas⁴² para área do contencioso⁴³, mas também espalhar-se por toda atividade administrativa.

-
41. “Art. 43. A Súmula da Advocacia-Geral da União tem caráter obrigatório quanto a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 desta lei complementar”.
 42. Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes (2010, p. 126) ressalta que as súmulas administrativas são criadas para as demandas de massa e situações em que se verifica a desvantagem de se recorrer. Afirma o autor: “O objetivo principal do procedimento de sumular administrativamente determinados temas tem o mesmo foco das súmulas judiciais, qual seja, *racionalizar a prestação do serviço*, no caso, advocatício. Há ainda razões de simplificação dos procedimentos internos, ganho de eficiência, diminuição de gastos, redução da burocracia estatal na prestação advocatícia, publicidade dos entendimentos da Procuradoria, uniformização do entendimento administrativo, economicidade processual, entre outros” (p. 127).
 43. Exemplifica-se com Lei Federal n. 10.522, de 19 de julho de 2002, que no art. 19, com a redação dada pela Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019, especifica: “Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional dispensada de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e fica autorizada a desistir de recursos já interpostos, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese em que a ação ou a decisão judicial ou administrativa versar sobre: I - matérias de que trata o art. 18; II - temas que sejam objeto de parecer, vigente e aprovado, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que conclua no mesmo sentido do pleito do particular; IV - temas sobre os quais exista súmula ou parecer do Advogado-Geral da União que conclua no mesmo sentido do pleito do particular; V - temas fundados em dispositivo legal que tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso e tenha tido sua execução suspensa por Resolução do Senado Federal ou tema sobre o qual exista enunciado de súmula vinculante ou que tenha sido definido pelo Supremo Tribunal Federal em sentido desfavorável à Fazenda Nacional em sede de controle concentrado de constitucionalidade; VI - temas decididos pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelo Tribunal Superior Eleitoral ou pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, no âmbito de suas competências, quando não houver viabilidade de reversão da tese firmada em sentido desfavorável à Fazenda Nacional, conforme critérios definidos em ato do Procurador-Geral

propor súmula, de caráter vinculante para todos os órgãos da Administração Tributária, decorrente de decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional ou pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, em consonância com a sistemática prevista nos arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil [...]

Diante dessa descrição do panorama nacional difuso da influência da jurisdição na Administração Pública, parece adequado afirmar que esse real entrelaçamento das funções legislativa, executiva e judiciária, notadamente com a disciplina dos precedentes vinculantes pelo Código de Processo Civil de 2015, necessita de um estudo e demarcação dos limites e possibilidades; necessita de um disciplinamento unitário, para o fim de legitimar, constitucional e socialmente, a aplicação de precedentes judiciais pela Administração Pública.

2.5 NOVA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO - LINDB (LEI FEDERAL N. 13.655/2018)⁴⁶

Após a 1ª edição desse livro foi promulgada a Lei Federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018, que objetiva, como descrito em sua ementa, dispor sobre a segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Assim, importa contextualizar destacada legislação, que influencia no objeto desse estudo (sempre) em desenvolvimento.

Em um aspecto histórico, a “Introdução” às normas brasileiras foi primeiramente inserida no Código Civil de 1916, nos arts. 1º a 21, em livro preliminar às disposições civis⁴⁷. O autor do projeto do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua, assim a descreveu: “A INTRODUÇÃO do Código Civil não é uma parte componente do mesmo; é, por assim dizer, uma lei anexa, que se publica, juntamente com o Código, para

46. Item extraído, com adaptações, de OLIVEIRA (2018b).

47. Para registro histórico em relação ao pensamento da época, merece menção o seguinte trecho da obra de Clóvis Beviláqua (1956, p. 22): “Mas certos dispositivos, que, melhor, acentuavam a feição liberal do Projeto, desapareceram ou foram modificados. Assim é que a Lei de Introdução perdeu o artigo 30, que reconhecia, expressamente, a dissolução do vínculo matrimonial, resultante do divórcio legalmente pronunciado, no estrangeiro, de acordo com a lei pessoal dos cônjuges, muito embora, o Projeto não aceitasse, para o Brasil, a perversora e dissolvente instituição do divórcio”.

facilitar a sua aplicação. Os seus dispositivos compreendem matéria de direito público, de hermenêutica e de direito internacional privado. O Projeto primitivo dera-lhe, à semelhança do Código Civil alemão, o nome de lei de introdução; a Comissão revisora preferiu denominá-la título preliminar, seguindo a lição do Código Civil francês, do Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS, e do Projeto de FELÍCIO DOS SANTOS; adotou a Câmara a designação de lei preliminar, que se encontra no Projeto de COELHO RODRIGUES. Ao Senado se deve a inscrição que ficou. Contém numeração distinta da do Código, para indicar a diversidade da matéria, e acentuar que, se a êle está ligada e se domina, com êle não forma um todo homogêneo, podendo ser modificada, permanecendo íntegro o articulado do Código, do mesmo modo que as alterações dêste se não refletem sobre ela” (p. 69).

Como destacado por J. M. de Carvalho Santos (1980, p. 11-12): “Em verdade, Introdução é, em parte, um simples acessório do Código Civil, mas em parte estende as raiais de suas injunções muito além da órbita que o Código Civil domina”, ressaltando, na sequência de sua exposição, que da “natureza da Lei de Introdução resulta que as regras contidas nesta lei não são peculiares ao Código Civil, aplicando-se, antes, a tôdas as leis, quaisquer que sejam, como as penais, as comerciais, as fiscais, as processuais, etc”.

Em 1942, a Lei de Introdução ao Código Civil foi regulamentada pelo Decreto-Lei n. 4.657, posteriormente renomeada, em 2010, pela Lei n. 12.376, como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pode ser considerada um “sol” no sistema jurídico nacional⁴⁸. Trata-se, em certo sentido, da lei das leis. Dispõe sobre aplicação, interpretação, vigência, segurança jurídica, territorialidade e extraterritorialidade da lei brasileira.

Significa dizer, as leis e as decisões, em todas suas esferas, orbitam em torno da LINDB, uma vez que, dentre seus dispositivos pode-se destacar “que uma lei começa a vigorar em todo o país quarenta e

48. Pontes de Miranda (1998, pp. 124-126) utiliza também essa analogia com o “sol” quando doutrina sobre as ações, descrevendo que a ação de direito material é o sol do sistema. Em estudo dedicado ao tema, relevante estudo foi realizado por Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (2008).

indiretamente vinculantes, necessária a edição de atos para sua encampação, particularmente, regulamentos e súmulas administrativas.

Poderia se conjecturar que esse preceptivo legal tem por destinatário apenas a União, ente federativo que editou a lei 13.655/2018. Nada obstante, por se tratar de uma lei estruturante de todo o sistema jurídico brasileiro, se está diante de uma lei nacional, de impositiva aplicação em todas unidades federativas, de modo que se faz, doravante, imperativo que as administrações públicas se voltem, com mais atenção, aos precedentes judiciais vinculantes editados pelo Poder Judiciário, para o fim de dar cumprimento ao que dispõe o art. 30 da LINDB e, assim, “aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas”.

2.6 ALCANCE PAMPROCESSUAL DO JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS

O Código de Processo Civil de 2015 regulamentou os institutos processuais do incidente de resolução das demandas repetitivas e dos recursos especial e extraordinário repetitivos, enquadrando-os dentro da categoria de casos repetitivos, a teor do art. 928⁵¹.

Inseridos como tal, regem e geram efeitos por uma disciplina própria e delimitada na nova legislação processual civil. Essa disciplina, por sua vez, está inserida na regulamentação do direito jurisprudencial e sua normatividade, em que se pretende dar mais efetividade e eficiência ao sistema jurisdicional brasileiro.

Além de impor o seguimento pelos órgãos jurisdicionais do quanto decidido no julgamento dos casos repetitivos, em consonância com um ideal precedentalista de uniformização e universalização do entendimento jurídico sobre dada questão de direito, material ou processual⁵², as decisões dos casos repetitivos pretendem impor um alcance pamprocessual aos seus julgamentos, externo à jurisdição.

51. No particular, foi aprovado o enunciado n. 345, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, nos seguintes termos: “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente”.

52. O parágrafo único do art. 928 assim dispõe: “O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”.

Dessarte, a eficácia de uma decisão judicial, em geral, se restringe ao seu conteúdo e são adstritos à relação processual então existente no processo. O art. 506 do CPC/2015 é claro ao dispor que a “sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”, estabelecendo, ademais, o art. 503, que a “decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”⁵³. Tem-se presente os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada.

O efeito pamprocessual é aquele em que o conteúdo da decisão judicial se alarga para fora do processo, vale dizer, quando o que foi delimitado na decisão passa também a reger situações que não estavam e não foram objeto daquela primeira apreciação jurisdicional.

A aplicação da tese adotada em julgamento de casos repetitivos, como de demais precedentes vinculantes descritos no art. 927 do CPC/2015, decorrem deste efeito pamprocessual, em que nos processos diversos, presentes ou futuros, são utilizados os fundamentos assentados em outros processos paradigmáticos, para o fim de julgar o pedido.

Vislumbra-se tal efeito, igualmente, na sentença penal transitada em julgado em relação a uma demanda civil que discuta os fatos já analisados naquele processo. Nesse sentido, o art. 935 do Código Civil dispõe: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. O art. 65 do Código de Processo Penal estatui ainda: “Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”. Por sua vez, o art. 91, I, do Código Penal arremata, descrevendo, dentre

53. Não cabe nesse trabalho, por transbordar os seus objetivos, adentrar na polêmica acerca da referida conceituação legal e das divergências doutrinárias a respeito do conceito e disciplina da coisa julgada (a respeito, TALAMINI, [2005]; HOFFMANN JR., 2019). O propósito, aqui, é mais singelo; a tentativa é demonstrar como uma decisão judicial, sendo um instituto processual, pode transcender a aplicação perante as partes e alcançar, em um efeito pamprocessual, terceiros, impondo uma normatividade abstrata de direito material pela jurisdição, sem respaldo nas regras de competências constitucionais.

os efeitos da condenação, a de “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”.

Pamprocessualismo, de igual modo, se vê no efeito *erga omnes* e *ultra partes* das decisões definitivas de ações coletivas. Nos termos do art. 103, I e III, do Código de Defesa do Consumidor, há coisa julgada *erga omnes* no caso de julgamento procedente de pedido afeto a direitos difusos e na decisão de procedência quando em tutela estão direitos individuais homogêneos; a coisa julgada *ultra partes*, descrito no art. 103, II, do CDC, se refere aos direitos coletivos, se procedente o pedido.

Nesse particular, os beneficiários das decisões de demandas coletivas, mesmo que não participantes da relação processual, serão alcançados pela procedência do pedido da ação originária, ou melhor, “o que se verifica na disciplina normativa é que nas hipóteses de procedência das demandas coletivas ter-se-á a produção de efeitos que extrapolam os lindes subjetivos da demanda” (LEONEL, 2002, p 183).

A declaração de (in)constitucionalidade e as súmulas vinculantes também são dotadas desse efeito pamprocessual, aplicando-se, destarte, fora do campo jurisdicional por imposição constitucional.

Os dispositivos do art. 985, § 2º e 1.040, IV, do Código de Processo Civil, receberam este efeito pamprocessual, contudo, mais potencializado e por legislação infraconstitucional processual, ao ser preceituado que a tese adotada no julgamento do IRDR e RESP e RE repetitivos deverá ser utilizada para fiscalização por órgão, ente ou agência reguladora, para que os serviços concedidos, permitidos ou autorizados, doravante, passem a dar aplicação ao entendimento jurisprudencial.

O referido pamprocessualismo daqueles julgamentos, portanto, não se refletem apenas dentro da jurisdição, mas visa a delimitar a atuação das atividades administrativas de órgão, ente ou agência reguladora, além de impor aplicação da tese adotada por pessoas jurídicas de direito privado, que não participaram da relação processual e das discussões então travadas.

PRECEDENTES JUDICIAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A inovação almejada pelo Código de Processo Civil de 2015, alterando a historicidade da jurisdição brasileira, baseada na tradição romano-canônica (SILVA, 1997) e na doutrina da separação dos poderes, tem a pretensão de trazer ao sistema jurisdicional, aos jurisdicionados, maior segurança jurídica nas suas relações, seja entre particulares, seja com o Estado.

Dentro desse contexto, indaga-se se a Administração Pública tem o dever, ou apenas faculdade, de também seguir esse 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, quais são os critérios, mecanismos e instrumentos para tanto.

Ainda, impende realçar se além da legalidade, ínsita a atividade política do Poder Legislativo, se igualmente a interpretação do direito pelo Poder Judiciário, no exercício de atividade também política, mas jurisdicional, pode ser objeto de imputação dos atos do Poder Executivo e, em caso positivo, a forma de efetivação. São consequências de um processo institucional democrático e consensual, nos termos aludidos por Jürgen Habermas (2002; 2003a).

Antes, porém, de adentrar no foco central descrito, interessa traçar os precedentes judiciais nos próprios processos em que a Fazenda Pública é parte. Vale dizer, antes de demonstrar em uma perspectiva ou influência externa dos precedentes (extraprocessual ou

pamprocessual), importante destacar a existência de uma influência interna (endoprocessual).

Pontual, a respeito, é Carlos Ari Sundfeld (2003, p. 17): “Inicialmente, as perguntas que devemos propor são as seguintes: Quais as relações existentes entre o Judiciário e a Administração Pública? Em que medida elas se relacionam? Qual a profundidade desta relação? Quais os instrumentos para seu estabelecimento? Quais as suas características? Há um segundo conjunto de questões que, à primeira vista, confundem-se com as anteriores, mas que nos conduzem a um campo mais abrangente de reflexão. Quais são as relações entre Administração Pública e processo? Em que medida a *Administração* depende do *processo*? Em que medida o *processo* condiciona a *ação administrativa*? Em que medida a *ação administrativa* pode ser mais extensa ou menos extensa *em função do processo*? Em que medida a ação administrativa deve ser de um modo ou de outro em função do processo ou de processos judiciais?” (grifo no original).

As duas perspectivas mostram-se necessárias, portanto, para fechar a pesquisa da relação dos precedentes judiciais com a Administração Pública, da relação do processo e sua influência sobre as atividades administrativas e da relação entre as funções/poderes Judiciário e Executivo.

3.1 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NOS PROCESSOS EM QUE A FAZENDA PÚBLICA É PARTE – FASE PROCESSUAL

Nos processos em que a Administração Pública seja parte, em razão de envolver o direito público material, ou seja, que envolve a todos, a legislação processual dota-a de certas prerrogativas, como, por exemplo, o aumento de prazos processuais, a imposição de remessa necessária, a forma de intimação dos atos processuais, a execução diferenciada ou especial, a limitação à concessão de liminares e tutelas antecipadas. Tem-se denominado esse disciplinamento de direito processual público, o qual “deve levar em conta o regime jurídico de direito público em que o Estado, quer figure como autor, como réu ou como terceiro juridicamente interessado na resolução da lide, ostente *in casu*” (BUENO, 2003, p. 44).

Essas prerrogativas – ou privilégios para alguns –, como também certas regulamentações processuais, podem ser afastadas por existi-

CONCLUSÃO

A influência dos precedentes, sejam vinculantes ou não, sobre os órgãos do Poder Judiciário, é clara no sistema jurisdicional brasileiro.

O Código de Processo Civil de 2015, com o fito de ampliar a aplicação dos precedentes obrigatórios na jurisdição brasileira, fruto da experiência da tradição do *common law* e do direito jurisprudencial brasileiro, 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.

Na cultura jurídica brasileira, não se mostra adequada, por ausência de legitimação legal, já que pertencemos à tradição de *civil law*, a adoção de precedentes sem regulamentação normativa a respeito.

Por conseguinte, o Código de Processo Civil de 2015, além de disciplinar o que também se entende como uma técnica de julgamento, legitima a adoção de precedentes vinculantes na jurisdição e, igualmente, possibilita a uniformização e universalização do entendimento jurídico nacional, o seu respeito, operacionalidade e aplicabilidade na atividade jurisdicional, concretizando a igualdade e segurança jurídicas nas relações sociais e institucionais.

Em tal sentido, neste trabalho, suscitou-se, como problema de pesquisa, se os precedentes judiciais obrigatórios, diante das vantagens apresentadas, poderiam ser também aplicados pela Administração Pública.

As hipóteses levantadas foram no sentido negativo e afirmativo, dentro de limites e possibilidades existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio da legalidade afigura-se, *a priori*, impeditivo; entretanto, em consonância com os princípios constitucionais, tanto afetos à Administração Pública, quanto de direitos fundamentais e de harmonia entre os poderes estatais e sedimentação do entendimento jurídico, constata-se que deve haver a adoção pelos administradores e agentes públicos do quanto definido como precedente obrigatório.

Essa encampação, todavia, não pode ser automática, sob pena de infração ao princípio democrático, da separação de poderes e de responsabilização dos agentes envolvidos, que poderia se dar na esfera administrativa, civil e criminal.

Além disso, as relações privadas e públicas exercidas baseiam-se variadas vezes em conformidade com o sentido da legalidade dado pela Administração Pública e, eventual mudança de entendimento e atendendo aos princípios dos atos próprios e da proibição do comportamento contraditório, não pode ser de inopino, sem cientificação da comunidade jurídica.

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

Essa possibilidade concretiza e uniformiza, nos Poderes de Estado, o entendimento do Direito e, por conseguinte, a igualdade institucional, individual e coletiva. A normatividade do precedente, então adstrita à jurisdição, aplicar-se-ia, doravante, à administração.

Destarte, conquanto a administração deva ser influenciada pelos precedentes vinculantes, ante a novel característica da jurisdição brasileira e do constitucionalismo contemporâneo, notadamente com as últimas reformas processuais e com a regulamentação do Código de Processo Civil de 2015 a respeito, há de existir, para tanto, legislação nesse sentido, até porque a legislação processual não tem competência constitucional para impingir condutas à Administração Pública. Com efeito, a lei processual não tem poder para afastar as competências, legislativas e materiais, estabelecidas na Constituição Federal para os entes federativos e para os poderes constituídos.

Pondera-se sobre uma abertura pela legislação para atribuir ao administrador maior campo de liberdade na adoção dos precedentes

vinculantes, para que não fique adstrito à forma legal, em nítido exercício dos ideais liberais do século XVIII no século XXI, mas também possa, em virtude da referida autorização legislativa, no exercício do mister administrativo, aplicar o direito sedimentado judicialmente sem concolar-se essa aplicação em exercício arbitrário.

São poderes políticos, exercidos tanto pela legislação (lei), quanto pela jurisdição (direito), que devem ser sopesados pela administração e aplicados em consonância com o que for melhor, mais eficiente, norteado, também, pelos demais princípios de direitos fundamentais e pelos escopos do Estado Constitucional.

Aportes e teorias doutrinárias, como a integridade do direito de Ronald Dworkin, a do consenso e procedimental de Jürgen Habermas, do diálogo institucional encampada por Cornado Hübner Mendes e Jorge Munhós de Souza, e do estado democrático de direito e do transconstitucionalismo de Marcelo Neves, subsidiam, de uma forma ou de outra, este entendimento.

Necessário, portanto, que a encampação de precedentes judiciais vinculantes pela Administração Pública seja também atrelada a uma autorização legislativa, evitando-se violações aos princípios da legalidade, democrático e da separação dos poderes, mediante premissas que legitimam referida aplicação. Vislumbram-se quatro premissas para aplicação de precedentes vinculantes pela Administração Pública, quais sejam: (1ª) o interesse, dentro dos valores administrativos que deve buscar realizar, da Administração Pública; (2ª) lei complementar como norma a autorizar a aplicação de precedentes nas atividades administrativas; (3ª) precedentes vinculantes delimitados no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015; (4ª) publicidade ampla e irrestrita da encampação pela Administração Pública do precedente vinculante.

Assim, do problema de pesquisa proposto, acerca da influência e possibilidade de aplicação dos precedentes judiciais nas atividades administrativas, extrai-se, em conclusão, que é dever da Administração Pública, principalmente por sua vinculação à juridicidade e à igualdade e busca de soluções consensuais às controvérsias postas sob sua apreciação, aplicar, nos termos das premissas destacadas, os precedentes vinculantes.

Referidos precedentes 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, à exceção da arguição de preceito fundamental. Denominaram-se tais precedentes como diretamente vinculantes à Administração Pública.

Os precedentes vinculantes indiretamente vinculantes à Administração Pública, aqueles em que a autorização de aplicação na Administração Pública advém de lei complementar, são os demais elencados no art. 927 do Código e 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 Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial 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.

Diante desse contexto, a legitimar e legalizar o atuar administrativo, também se mostra como consequência, como reflexo, a diminuição da litigiosidade.

Esse reflexo não só se faria presente na redução do número de processos e dos custos da máquina pública judiciária, como demonstram os relatórios do Conselho Nacional de Justiça. Igualmente se refletiria a consensualidade como móvel da atuação administrativa e da busca do bem-estar pessoal e social, pacificando, enfim, as relações existentes na sociedade, sejam entre particulares, seja entre empresas, seja entre os poderes públicos.