

Precedentes judiciais e administração pública: análise dos provimentos normativos elencados no art. 927 do CPC/2015

Alexandre dos Santos Lopes²

Resumo: Inconteste, no Brasil, o avanço dos estudos em torno da teoria dos precedentes. O presente artigo busca examinar o impacto e reflexo da teoria dos precedentes nas relações que decorrem do regime jurídico administrativo, na realidade brasileira, de jurisdição una, revelando-se um braço importante nos estudos envolvendo o amplo fenômeno dos precedentes judiciais. São décadas de práticas enraizadas na relação entre o Poder Judiciário e o Poder Público. O tema adquire maior relevo com o advento do CPC/2015. O precedente incide, enquanto comando normativo (art. 927, CPC), com vinculatividade na esfera pública e, por consectário, nas relações jurídicas correspondentes.

Palavras-chave: Precedentes; Administração Pública; Provimentos normativos.

Introdução

O fundamento do uso dos precedentes é constituído pela lógica que é própria a toda concepção da justiça, de *tratar de igual maneira ao igual* (casos semelhantes de modo semelhante – *treat like cases alike*) (MACCORMICK, 2010, p. 191).³

¹ Trabalho resultante da pesquisa do Grupo de Pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo” (FPCC) da Universidade Federal do Espírito Santo, UFES, financiado pela FAPES e CAPES, Linhas de Pesquisa: “Processo Coletivo: Modelo Brasileiro” e “Precedentes Judiciais”. Professores-líderes do Grupo: Antônio Gidi (*University of Syracuse*) e Hermes Zaneti Jr. (UFES).

² Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-Graduado em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor. E-mail: aslopes.73@gmail.com.

³ “Nesta situação surge como questão de princípio a exigência do respeito aos precedentes, admitindo afastar-se deles, mas cabendo em tal caso a *carga da argumentação* a quem queira se afastar. Rege, pois, o princípio da inércia perelmaniano que exige que uma decisão só pode ser mudada se se podem apresentar razões suficientes para isso.” (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 265). Neil MacCormick explica que “se você deve tratar igualmente casos iguais e diferentemente casos distintos, então novo casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem (*prima facie*, pelo menos) ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados. Conectado a essa razão está a ideia de um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independente de quem forem as partes do caso e de quem está julgando.” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 191). Bustamante sustenta que “em qualquer sistema jurídico um precedente judicial somente poderá constituir uma padrão para resolver casos futuros caso seja possível dele extrair uma regra universal à qual os casos futuros possam e devam ser submetidos

Qualquer teoria contemporânea que não considere o papel dos precedentes omite, em alguma medida, aspectos centrais de sua própria formulação (ALEXY, 2001, p. 264). Por isso, pensar as relações jurídicas administrativas sob a ótica da teoria do direito administrativo, de um lado, e, do outro, sob a ótica da teoria geral do processo, de forma estanque, sem uma formulação adequada de correlação, impede, dentre outros aspectos, a conformação de uma lógica jurídica constitucional que potencialize as funções (vale dizer, *funcionalidades*) dos precedentes em sua relação com o poder público.

Para além de identificar os influxos da relação entre precedentes judiciais e Administração Pública, precisamos compreendê-los à luz desse particular ambiente que envolve a esfera pública. As funções desempenhadas pelos precedentes trazem, em si, uma força ilocucionária, a indicar a referência pela regra da universalização (ou princípio da universalizabilidade⁴), trazendo reflexos na funcionalidade da garantia da estabilidade (contribuição à segurança jurídica e à proteção da confiança) (ALEXY, 2001, p. 266) e da igualdade, além do ônus argumentativo para afastar o dever (normativo) de seguir os precedentes de forma adequada (ônus argumentativo e pretensão de correção⁵).

No presente ensaio, busca-se particularizar a análise dos precedentes judiciais na dogmática decorrente do *módulo jurídico processual constitucional*, tendo por referencial o Código de Processo Civil de 2015, numa abordagem direcionada ao modelo normativo de precedentes e seus reflexos na Administração Pública.

Provimentos normativos elencados no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015: diretivas gerais em relação à Administração Pública

Premissas

De acordo com o art. 927 do CPC/2015, 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; e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

sempre que se repetirem as condições presentes na hipótese de incidência (fatispecie) de tal regra jurídica." (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 113).

⁴ Nesse sentido, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. *Revista Faculdade Direito da UFMG*, Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, p. 299-325, 2013.

⁵ "[...] o cumprimento da pretensão de correção faz parte precisamente do cumprimento do princípio da universalidade, ainda que seja somente uma condição." (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, op. cit., p. 265)

Trata-se, por tudo até aqui exposto, de um novo paradigma. Repise-se que os *precedentes normativos formalmente vinculantes* e os *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes* são aqueles que resultam do art. 927 do CPC/2015.

A diferença é que o primeiro (*precedentes normativos formalmente vinculantes*) possibilita a impugnação por via recursal (via ordinária), ao passo que o segundo (*precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*) possibilita a impugnação por via recursal (via ordinária) e também por via autônoma, diretamente (*per saltum*) nos tribunais superiores (via extraordinária), a exemplo da apresentação de reclamação por descumprimento de súmula vinculante ou para garantir a observância de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade (ZANETI JR., 2016, p. 325-326/354-355).⁶

Zaneti Junior explica que “atualmente as decisões fortemente vinculantes são as cristalizadas em súmulas vinculantes e as decorrentes de ações de controle de constitucionalidade concentrado” (ZANETI JR., 2016, p. 317).

Não por acaso, justamente aquelas em que há uma noção clara e expressa de *vinculatividade forte* em relação à Administração Pública.⁷ Nessas hipóteses é muito claro o alcance externo da decisão (efeito externo do precedente), isto é, além de impor o seguimento pelos órgãos jurisdicionais do quanto decidido, tais decisões pretendem impor um alcance externo aos seus julgamentos, vale dizer, com efeitos externos à jurisdição.⁸

Por isso, necessário, decompor o texto do descrito no art. 927 do CPC/2015, para, a partir da análise dos incisos, identificar os precedentes normativos formalmente vinculantes. O rol descreve a ordem de importância dos precedentes vinculantes entre si (vinculatividade normativa formal vertical).⁹ O propósito é identificar, aprioristicamente, a interconexão que

⁶ Art. 988, CPC/2015: “Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...] III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.”

⁷ “[...] como a súmula vincula também à administração pública, sua vinculatividade é maior do que a prevista no CPC, que se refere apenas aos juízes e tribunais, aliás, está característica é comum também as ações de controle de constitucionalidade concentrado” (Ibidem, p. 369).

⁸ Vale conferir, no ponto, a raciocínio de Weber Luiz de Oliveira: “[...] 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*. Tem-se presente os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada. O efeito panprocessual 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.” (OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública: limites e possibilidades de aplicação*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 136)

⁹ “A vinculação horizontal atinge o próprio tribunal que estabeleceu o precedente, a vinculação vertical atinge os tribunais e juízes hierarquicamente vinculados. O CPC estabelece uma hierarquia entre as Cortes Supremas brasileiras, Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional, e as demais cortes de *apelação* (tribunais de justiça dos estados e tribunais regionais federais) e juízes a estas vinculados, esclarecendo ainda que os juízes e tribunais estarão vinculados ‘a orientação do plenário ou órgão especial aos quais estiverem vinculados’” (ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 354).

existe entre os provimentos normativos elencados no art. 927 e a Administração Pública, a partir dos aspectos gerais.

Noutro espaço, adiante, iremos perceber que o efeito externo do precedente, ainda que em medidas distintas, manifesta-se em todos os precedentes normativos, não só nos *formalmente vinculantes fortes*, mas também nos *formalmente vinculante*, isto é, além das hipóteses dos incisos I e II do art. 927, também os precedentes delineados nos incisos III, IV e V do aludido artigo.

*Decisões em controle concentrado de constitucionalidade*¹⁰

Por se tratarem de decisões vinculantes que terão eficácia de precedentes, necessário a separação da eficácia da decisão judicial em controle concentrado em um duplo discurso. Primeiro (discurso do caso concreto), tem-se a eficácia da decisão do caso em julgamento, vinculante e com efeito *erga omnes* por força constitucional (art. 102, § 2º, CF/88).¹¹ Em segundo (discurso do precedente), tem-se a eficácia de precedente vinculante para os casos futuros que decorre da *ratio decidendi* da decisão em controle de constitucionalidade.¹²

Consoante previsto no inciso I, do art. 927, o código estabelece que *as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade* serão vinculantes para juízes e tribunais. Falávamos, outrora, em eficácia transcendente da fundamentação (ou eficácia transcendente da motivação), não obstante a rejeição pelo STF, que tem entendido que somente o *dispositivo* das decisões proferidas em ação direta produz efeitos normativos (vale dizer, *não alcançariam os motivos determinantes do julgado*).¹³ No entanto, não há dúvida

¹⁰ “O ordenamento constitucional brasileiro alberga dois modelos de controle da constitucionalidade. Há, primeiramente, o modelo difuso, de inspiração norte-americana, no qual o controle de constitucionalidade pode ser desempenhado por todo e qualquer juiz de todos os graus de jurisdição. Nele, o exame da constitucionalidade ocorre em caráter incidental, no âmbito de um caso concreto, como questão prejudicial à decisão do mérito da causa; pode se iniciar em primeiro grau de jurisdição e chegar até o STF por meio de recurso extraordinário. Os entendimentos produzidos pelo STF sobre matéria constitucional, neste primeiro modelo, tradicionalmente, obrigavam apenas às partes do caso. Em paralelo, há, ainda, o controle concentrado da constitucionalidade, de inspiração europeia, que confere exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar ações diretas. O pedido principal de tais ações consiste, em regra, na aferição da (in)constitucionalidade da norma, em tese, perante a Constituição Federal. Trata-se de processo abstrato e objetivo, no qual não se debatem direitos subjetivos, mas, ao revés, busca-se essencialmente preservar a higidez da ordem constitucional. As decisões proferidas pelo STF nesta sede produzem entendimentos – pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma – a serem obrigatoriamente observados pelos demais órgãos judiciais e pela administração pública. Por isso se diz que os julgados proferidos em sede concentrada dão ensejo à produção de precedentes vinculantes. (MELLO, Patrícia Perrone Campos, e BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro. *Revista da AGU. Brasília: AGU*, ano 15, n. 3, p. 9-52. jul./set. 2016)

¹¹ Art. 102, § 2º, CF/88: “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.” Ver, ainda, as Leis 9.868/1999 e 9.882/1999.

¹² Enunciado FPPC nº 168: “Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais.”

¹³ Patrícia Perrone, quanto ao ponto, esclarece: “Em matéria de controle concentrado da constitucionalidade,

que o modelo de precedentes trazido à baila pelo CPC/2015 impõe a necessidade de um repensar quanto à questão.

Para Patrícia Perrone Mello e Luís Roberto Barroso “esse entendimento precisará ser revisitado à luz do CPC/2015, uma vez que o novo Código reconheceu explicitamente que a tese afirmada pela decisão proferida em controle concentrado produz efeitos vinculantes”. Ademais, o autor é claro ao afirmar (e defender) a ideia de que ao final de todo o julgamento no STF seja fixada a tese jurídica em que se fundamenta a decisão. Isto porque, o que vincula efetivamente os demais juízos e tribunais é a *ratio decidendi*, tornando-se imprescindível que ela, como tese do julgamento, fique inequívoca para quem tenha de aplicá-la aos demais casos (MELLO; BARROSO, 2016).

Nesse sentido, a decisão em controle de constitucionalidade concentrado deve apresentar uma eficácia mais robusta que a decisão em controle difuso, sobretudo pela vinculação ao caso e às circunstâncias fáticas serem mais detalhadas no exame do recurso extraordinário do que no “processo objetivo” de controle de constitucionalidade (ZANETI JR., 2015, p. 1321). Ademais, necessário atenção ao ônus argumentativo, frente à possibilidade do precedente vincular, de forma direta, a Administração Pública, em decorrência do efeito externo do precedente.

A consequência da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado é o reconhecimento da nulidade de lei ou ato normativo.¹⁴No caso de declaração de

a determinação do conteúdo da decisão que adquire caráter normativo conta com mais uma dificuldade. É que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que somente o dispositivo das decisões proferidas em ação direta produz efeitos normativos. *Tais efeitos não alcançam, no entendimento do STF, os motivos determinantes do julgado.* [...] A jurisprudência do STF, em sede de controle concentrado, rejeita a ideia de que ‘os motivos determinantes’ da decisão também produzem efeitos normativos. Recusa-se, portanto, a atribuir efeitos normativos à própria *ratio decidendi* dos julgados proferidos em ação direta. [...] a adoção de precedentes normativos em matéria constitucional, tal como pretendida pelo Novo Código, passa necessariamente pelo reconhecimento de efeitos normativos à tese de direito que serve de base para a decisão. [...] A se manter a redação do CPC/2015 tal como se encontra hoje, o STF precisará repensar a eficácia transcendente dos motivos determinantes da decisão. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o novo Código de Processo Civil. *Universitas*, v. 26, n. 2, p. 41-53, 2015). Conferir, no mesmo sentido, <http://frediedidier.com.br/editorial-168/>. Acesso em: 03.08.2017. Explica Fredie Didier: “Cabe reclamação por desrespeito a autoridade da decisão do tribunal (arts. 102, I, l, e 105, I, f, CF/88). Um dos principais exemplos de reclamação, com fundamento nesta hipótese de cabimento, é aquela ajuizada contra ato que desrespeita decisão do STF em ADI, ADC e ADPF, seja decisão definitiva, seja provisória. Se um órgão jurisdicional, por exemplo, considerar constitucional uma lei que foi considerada inconstitucional pelo STF, caberá reclamação contra esta decisão, que desrespeitou o comando do acórdão do STF. Podemos dizer, aliás, que se trata de um exemplo tradicional. Observe que a reclamação, neste caso, serve para fazer valer o dispositivo dos acórdãos do STF, que, no caso, estão protegidos pela coisa julgada material, que vincula todos. A decisão de ADI, ADC ou ADPF, além de criar a norma do caso, torna-se precedente – norma geral para casos futuros semelhantes. Ao dizer, por exemplo, que uma lei estadual é inconstitucional, por ter invadido competência federal, o STF não só cria a regra do caso – a lei estadual n. 1000/2011 é inconstitucional, p. ex.; produz o STF também um precedente, para que, em casos futuros, que digam respeito a outras leis estaduais, este mesmo entendimento seja observado. Se um órgão jurisdicional considerar como constitucional uma lei estadual análoga àquela que o STF considerou inconstitucional, caberá reclamação, em razão do desrespeito ao precedente nascido de uma decisão em controle concentrado. Observe que a reclamação, neste caso, serve para fazer valer o precedente (fundamentação) construído pelo STF, em um processo de controle concentrado de constitucionalidade.”

¹⁴ Cf.: art. 27 da Lei 9.868/1999: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal,

inconstitucionalidade por omissão, no que se refere à administração pública, há imposição de obrigação fazer, no sentido de tomar medidas para tornar efetivo o comando constitucional.

Registre-se, ainda, que com a emenda constitucional nº 45/2004, todas as decisões em controle concentrado passaram a ter efeito vinculante, e não apenas a ação declaratória (como era antes). Nesse senso, a Administração Pública, direta ou indireta, em todos os níveis federativos, encontra-se vinculada à decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade da ADI ou ADC. A vinculação da Administração Pública é direta e encontra substrato no texto constitucional.¹⁵

Ponto que pode, ainda, gerar alguma dúvida é em relação à arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), prevista no art. 102, § 1º, da CF/88 e disciplinada pela Lei 9.882/1999. Trata-se, igualmente, de ação de competência originária do STF, destinada a “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”¹⁶(art. 1º, da Lei 9.882/1999), que se encontra sujeita ao princípio da subsidiariedade (vale dizer, não será admitida quando houver outro meio capaz de sanar a lesividade).

Eventual dúvida pode surgir do fato de que o efeito vinculante se encontrar previsto apenas na lei ordinária, impondo aos demais órgãos do Poder Público vinculação à decisão.¹⁷O texto constitucional estabelece que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.” Há quem veja no ponto inconstitucionalidade do efeito vinculante fixado por lei ordinária¹⁸; no entanto, penso que o legislador constituinte remeteu a questão diretamente à vontade do legislador ordinário, que entendeu, a semelhança da ação declaratória de constitucionalidade, por estabelecer o efeito vinculante às decisões proferidas em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental.¹⁹A discussão, ademais, esvazia-se a partir da atual dogmática dos precedentes.

por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

¹⁵ Nesse sentido, conferir: OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública: limites e possibilidades de aplicação*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 120-130.

¹⁶ “Questão sensível é a que diz respeito ao significado da locução *preceito fundamental constitucional*, indicado como parâmetro de aferição da legitimidade ou não dos atos impugnados em ADPF e como fundamento de procedência do pedido nela formulado. Há uma dificuldade, senão até uma impossibilidade mesmo, de determinar, abstratamente, o alcance objetivo dessa formulação constitucional, já que se trata de expressão de conceito jurídico extremamente aberto” (ZAVASCKI, Teori. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 60).

¹⁷ Art. 10, § 3º, da Lei 9.882/1999: “Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. [...]§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.”

¹⁸ Nesse sentido, conferir: SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, orgs. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, São Paulo: Editora Atlas, p. 150-171.

¹⁹ Nesse sentido, conferir: BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora. In: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, orgs. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, São Paulo: Editora Atlas, p. 77-84.

Com efeito, o estatuto normativo dos precedentes no CPC/2015, conquanto direcionado a juízes e tribunais, traz ínsita a necessidade de ônus argumentativo específico, na medida em que são decisões que, uma vez formado o precedente (dimensão formal e material), espraiam seus efeitos para além da órbita jurisdicional.

Enunciados de Súmula Vinculante

A súmula vinculante é resultado da emenda constitucional nº 45/2004 (art. 103-A). Devemos entender as súmulas vinculantes como o resultado de um processo de interpretação e aplicação da norma, isto é, resultado de um ou de vários processos judiciais, nos quais, a partir de casos concretos, extrai-se uma regra universalizável aplicável a casos análogos (ZANETI JR., 2016, p. 66).

No inciso II, o art. 927 do CPC/2015 menciona os enunciados de súmula vinculante, também com eficácia vinculante e efeito *erga omnes* para o Poder Judiciário e para a Administração Pública, por expressa determinação constitucional e legal (art. 103-A, CF/88).²⁰ A diferença, assim, como no ponto anterior, está na existência atual de uma dogmática dos precedentalista a partir da promulgação do CPC/2015.

Segundo Marinoni (2016, p. 286), “a súmula é o enunciado da tese de direito e não pode, como é óbvio, explicar os motivos da adoção da tese em face de uma determinada situação concreta.” *A ratio decidendi*, ao contrário, “espelham não apenas uma tese de direito, mas, mais propriamente, a racionalidade da tese em face de determinada moldura fática.” Vale dizer, uma súmula, obviamente, não tem condições de refletir a racionalidade da argumentação própria a um precedente; no máximo, pode resumir a tese de direito sustentada numa decisão. Assim, quando se fala em súmula a partir do precedente que lhe deram origem (§ 2º do art.

²⁰ Ao tratar da súmula vinculante, Zaneti Júnior leciona: “Três importantes observações devem ser efetuadas em relação a sua inclusão no rol do art. 927, II, do CPC/2015. Primeiro, como a súmula vincula também à administração pública, sua vinculatividade é maior do que a prevista no CPC, que se refere apenas aos juízes e tribunais, aliás, está característica é comum também as ações de controle de constitucionalidade concentrado. Segundo, sua inclusão no CPC aumenta a garantia de um devido processo legal para a elaboração dos enunciados da súmula visto que o CPC exige para que ocorra a vinculatividade a identificação das circunstâncias fáticas que deram origem ao enunciado da súmula e a referência aos precedentes dos quais ela é originária (art. 926, § 2º), bem como, para que o enunciado atue como precedente, é necessário a identificação dos *fundamentos determinantes* e a demonstração de que estes, caracterizados pela junção das circunstâncias fáticas e da solução jurídica, se ajustam ao caso sob julgamento (art. 489, § 1º, V, CPC/2015). Terceiro e último, mas não menos importante, reside na necessária diferenciação entre súmulas vinculantes, previstas no inciso II, e as súmulas do STF, em matéria constitucional, previstas no inciso IV, pois alega a doutrina que não podendo uma súmula ser mais relevante que a outra o CPC teria igualado sua força vinculante, ao alvedrio da diferenciação constitucionalmente estabelecida, criando por norma infraconstitucional uma nova súmula vinculante. Bem como vimos, as súmulas vinculantes vinculam a administração pública, diferentemente das demais súmulas, que apenas teriam força persuasiva para a administração, além disto, há claramente uma hierarquia nesta vinculatividade, pois sendo o enunciado da súmula vinculante constituído por quórum qualificado, esta não poderá ser afastada por súmula do STF formulada por quórum simples, portanto, há uma razão para existir a menção as duas espécies de súmulas no art. 927, incs. II e IV, e esta preserva a lógica do ordenamento jurídico.” (ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 369)

926), na verdade, está a se confessar a imprescindibilidade de uma dogmática específica dos precedentes (MARINONI, 2016, p. 287).

Lenio Luiz Streck (2013, p. 75), em importante contribuição ao tema, já sinalizava para o risco de uso inadequado das súmulas, nos seguintes termos:

Relembro que, muito antes de serem transformadas em *vinculantes*, já sustentava (e denunciava) que há(via) nelas uma nítida pretensão objeti vista, que nos joga(va) de volta ao “mito do dado” . Trata-se da construção de enunciados assertóricos que pretendem abarcar, de antemão, todas as possíveis hipóteses de aplicação. [...] As súmulas, assim como os ementários que (pré)dominam as práticas judiciais, tem a pretensão de possuírem uma substância comum a todas “as demandas” (causas). Isso explica as razões pelas quais não mais discutimos causas no direito e, sim, somente teses. Essas teses - transformadas em super-enunciados - proporcionam “respostas antecipadas”. No fundo, trata-se de um “sonho” de que a interpretação do direito seja isomórfica.

Ademais, e até por isso, Zaneti Júnior (2014, p. 236) explica que “as súmulas não podem ser entendidas como normas, pois são fontes de outra qualidade, não se trata de direito legislado, mas de direito criado por argumentos jurídicos no curso de processos judiciais, individualizados pela *ratio decidendi*.” Com o advento da emenda constitucional nº 45/2004, ao criar a possibilidade das súmulas vinculantes, abriu-se importante espaço para a consolidação do *stare decisis*, que se complementa, a partir do CPC/2015, com o estatuto normativo dos precedentes na dogmática brasileira.

Quanto à matéria, assim disciplina o art. 103-A:

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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

No que importa ao debate neste estudo, tem-se que o art. 103-A dispõe que a súmula vinculante terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Mais uma

vez, a *vinculatividade forte* a espraiair diretamente, por força de previsão constitucional, seus efeitos vinculantes para além do Poder Judiciário.

Como já mencionado, uma súmula, mesmo as vinculantes, não tem condições de refletir a racionalidade da argumentação própria de um precedente. Identificado a *ratio decidendi*, operacionaliza-se a metódica do precedente, de forma a externalizar a *ratio decidendi* que servirá de base para aplicação do precedente aos casos futuros e análogos. Evidencia-se, nessa perspectiva, a relevância e imprescindibilidade de uma dogmática específica dos precedentes, tal qual descrita no estatuto normativo dos precedentes, delineado no CPC/2015.

As súmulas já existiam no direito brasileiro desde 1963, por emenda regimental do Supremo Tribunal Federal, sendo que as primeiras 370 foram publicadas em 1º de março de 1964.²¹ Mas até o surgimento das súmulas vinculantes não havia qualquer vinculação à Administração Pública. Reside aqui uma inovação paradigmática, vez que a Administração Pública, em todos os seus níveis, encontra-se vinculada aos precedentes decorrentes da técnica de externalização aplicada no contexto das súmulas vinculantes.

Dáí se falar, como mencionado outrora, que o modelo delineado no CPC/2015 representa uma mudança paradigmática, traduzindo-se numa das maiores transformações da nova legislação processual.

Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação, sendo que contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas (art. 7º, § 1º, da Lei 11.417/2006). Destaca-se, ainda, que, ao contrário da decisão judicial impugnada, no qual o STF determinará que outra seja proferida, com ou sem aplicação da súmula (em face de possibilidade de distinção ou superação), o ato administrativo será anulado, devendo a autoridade administrativa proferir novo ato, observado as balizas da súmula vinculante.²²

Acórdãos em incidente de assunção de competência e nos julgamentos de Casos Repetitivos (IRDR e REER)

No inciso III do art. 927 são mencionados os acórdãos em incidente de assunção de competência (IAC) e os casos repetitivos (incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR – e julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos – REER).

²¹ Zaneti Júnior defende “[a] proposta original pretendia as súmulas como um método de trabalho, proporcionando maior estabilidade à jurisprudência e simplificando o julgamento das questões mais frequentes no tribunal. Essa proposta teve por modelo o *stare decisis* (mesmo que inconfesso), e não os assentos, conforme notícia Baleeiro, Ministro do Supremo Tribunal Federal à época.” (ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 2014, p. 235).

²² No mesmo sentido, OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública: limites e possibilidades de aplicação*, op. cit., p. 120.

O incidente de assunção de competência (IAC) aplica-se quando a causa do tribunal envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos, conforme previsão no art. 947.²³⁻²⁴⁻²⁵

Enquanto precedente, segue a lógica de que casos iguais devem ter, necessariamente, decisões iguais, sob pena de instaurar um estado de incerteza. Enquanto não julgado a causa ou recurso, é possível haver a instauração do incidente de assunção de competência, cujo julgamento produz precedente obrigatório a ser seguido pelo tribunal e pelos juízos a ele vinculados.²⁶ Tem por finalidade provocar o julgamento de caso relevante por órgão colegiado de maior composição, além de prevenir ou compor divergência interna no tribunal (fala-se em microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios) (CUNHA, 2015, p. 1366). Registre-se, ainda, que o incidente de assunção de competência não pertence ao microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos (CPC, art. 928).²⁷

Por sua vez, as técnicas de julgamento dos casos repetitivos – incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos (REER) – representam uma alternativa ao problema da litigiosidade de massa (fala-se em microsistema dos casos repetitivos) (ZANETTI JR., 2015, p. 1334).²⁸⁻²⁹⁻³⁰ Revelam-se técnicas diversificadas, sendo *opt in* (vale dizer, beneficiam apenas aqueles que ajuizaram a respectiva ação), voltadas para a solução de litígios agregados, ao mesmo tempo em que formam

²³ Art. 947, CPC/2015: “É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.”

²⁴ Enunciado FPPC nº 334: “Por força da expressão *sem repetição em múltiplos processos*, não cabe o incidente de assunção de competência quando couber julgamento de casos repetitivos.” (Grupo: Precedentes)

²⁵ “O incidente de assunção de competência, previsto no art. 947 do CPC, é uma reformulação do incidente previsto no § 1º do art. 555 do CPC/1973. Além de ser aplicável quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal (CPC, art. 947, § 4º), é admissível quando o julgamento do recurso, da remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1364)

²⁶ Cf.: CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1364-1365.

²⁷ Enunciado FPPC nº 201 “Aplicam-se ao incidente de assunção de competência as regras previstas nos arts. 983 e 984.”

²⁸ Art. 928, parágrafo único: “O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.”

²⁹ Enunciado FPPC nº 345: “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.”

³⁰ “Uma das grandes novidades do novo CPC foi a ampliação dos incidentes de solução de processos repetitivos. Diante da litigância de massa, de milhares de ações em série praticamente idênticas, o legislador, há algum tempo, começou a preocupar-se em desenhar procedimentos que pudessem resolver litígios idênticos, ou ao menos as questões que lhes são comuns, reduzindo a quantidade de processos ou a intensidade da litigância.” (CABRAL, Antônio do Passo. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1415)

precedentes em relação à tese jurídica analisada, vinculando os casos futuros (ZANETI JR., 2015, p. 1321).

O incidente de resolução de demandas repetitivas encontra-se disciplinado nos arts. 976 a 987.³¹ É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente, (a) efetiva repetição³² de processos que contenham controvérsia sobre a mesma *questão unicamente de direito*, (b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica e (c) houver causa pendente no tribunal (CUNHA, 2017, p. 253). O incidente de resolução de demandas repetitivas é aplicável às chamadas pretensões isomórficas, isto é, aquelas pretensões de direito material que possuem elementos de fato ou de direito comuns (CABRAL, 2015, p. 1420).³³

Antonio do Passo Cabral (2015, p. 1417), ao tratar da natureza do incidente de resolução de demandas repetitivas, disserta que no direito estrangeiro ficaram célebres duas espécies de procedimentos para solução de casos repetitivos: o *processo-teste* (ou *causa piloto*) e os *procedimentos-modelo*.

O primeiro é *processo-teste* ou *causa piloto*, caracteriza-se pela *unidade de processo e julgamento*, no qual o órgão decisor conhece e julga não apenas a questão comum, mas também todas as demais questões, com *posterior replicação da ratio decidendi aos casos similares*. É o modelo incrementado pelo novo CPC, ao dispor que o "órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente" (art. 978, parágrafo único) (CABRAL, 2015, p. 1418). O CPC é claro ao afirmar que o tribunal, ao julgar o incidente, decidirá também o processo originário.

O segundo tipo de procedimento é dos *procedimentos-modelo*, como o *Musterverfahren* alemão, caracterizado pela *cisão cognitiva e decisória*, no qual o órgão julgador aprecia somente as questões comuns, seguido pela incorporação da decisão aos processos em que se discuta a mesma controvérsia, devolvendo aos demais órgãos jurisdicionais a solução das questões específicas de cada caso. Esse segundo procedimento foi o parâmetro normativo

³¹ Enunciado FPPC nº 334: "A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal." Dentre muito, conferir Leonardo Carneiro: "Sendo o IRDR um incidente, é preciso que haja um caso tramitando no tribunal. O incidente há de ser instaurado no caso que esteja em curso no tribunal. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 252)

³² Enunciado FPPC nº 87: "A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica."

³³ Leonardo Carneiro explica: "É muito difícil a distinção entre questão de fato e questão de direito. Toda questão de direito pressupõe a ocorrência de um fato. Pode-se, de todo modo, dizer que a questão de fato é aquela relacionada com a causa de pedir ou com a hipótese prevista no texto normativo, enquanto a questão de direito é aquela relacionada com as consequências jurídicas de determinado fato ou com a aplicação da hipótese de incidência prevista no texto normativo, com as tarefas de subsunção do fato (conjunto de fatos) à norma ou de concretização do texto normativo." (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, op. cit., p. 254).

adotado quando houver desistência do processo afetado, vez que o incidente pode mesmo assim prosseguir para a definição da questão comum (art. 976, § 1º) (CABRAL, 2015, p. 1418).

A seleção do caso representativo da controvérsia é muito importante, pois impacta nas conclusões que o tribunal pode extrair a respeito da questão repetitiva.³⁴ O tribunal deve selecionar os casos em que as partes possam tem uma *boa representatividade*, isto é, na discussão da questão a ser resolvida. O que exige, para além de uma *representatividade adequada*, uma *representatividade argumentativa* (TEMER, 2015, p. 131).

O incidente para julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos insere-se no microsistema de gestão e julgamento de causas repetitivas. Daí, os aspectos centrais até aqui delineados, são-lhe aplicáveis (inclusive no ponto seguinte).

Acaso a questão repetitiva decidida disser respeito à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou a agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos à regulação, da tese adotada.

Trata-se de regra integrante do microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos. A previsão é oportuna e relevante³⁵, máxime quando sabemos que muitas questões repetitivas dizem respeito à prestação de serviços públicos. Nesse sentido, a comunicação do resultado do julgamento aos órgãos pode não só levar a uma implementação mais rápida e correta da decisão, mas também estimular, se for o caso, mudanças nas rotinas de fiscalização ou nas normas administrativas editadas pelo regulador (CABRAL, 2015, p. 1447).

A regra, como bem percebida por Dierle Nunes (2015, p. 2340), tem por finalidade eliminar um dos problemas da litigiosidade de massa no Brasil, que é a "falta de diálogos institucionais entres os *poderes* e entre os agentes responsáveis pela fiscalização do cumprimento de direitos."³⁶ Tudo, assim, a indicar o alcance externo do julgamento de casos repetitivos.

³⁴ Leonardo Carneiro explica que "[a] seleção mal feita poderá levar a uma cognição de menor qualidade, reduzindo o potencial de influência do contraditório no incidente e repercutindo na própria atuação das partes, dos interessados e dos *amici curiae*." (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, op. cit., p. 240).

³⁵ Em sentido contrário, defendendo a inconstitucionalidade art. 985, § 2º e 1.040, IV, do CPC, ver OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública: limites e possibilidades de aplicação*, op. cit., p. 140-148. Esse entendimento também é defendido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5492, proposta pelo Estado do Rio de Janeiro, em abril de 2016.

³⁶ Leonardo Carneiro, inclusive, destaca: "O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (art. 219, § 8º, VII) previu regra interessante, conexa a essa: o relator, na decisão de organização do procedimento de incidente de resolução de demandas repetitivas, já determina essa intimação, exatamente para que o órgão, ente ou agência já possa auxiliar na construção da decisão, e não apenas ser informado de seu conteúdo." (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, op. cit., p. 240).

Enunciados das súmulas não vinculantes (STF e STJ) e orientação do plenário ou do órgão especial

O inciso IV do art. 927 indica que formam precedentes vinculantes os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional^{37, 38}.

Conforme mencionado anteriormente, é preciso perceber que as súmulas são compostas de enunciados que devem ser o extrato dos fundamentos determinantes do precedente (unidade fático-jurídica da decisão – *ratio decidendi*). Tem-se, assim, menção às circunstâncias fáticas e jurídicas que a compõe, visto que o extrato da súmula, representado no enunciado, precisa está vinculado a *ratio decidendi* dos casos precedentes. Resumidamente, noutros termos: o enunciado da súmula precisa vincular-se aos fundamentos determinantes do precedente; são estes que, ao final, vinculam juízes e tribunais (ZANETI JR., 2015, p. 1322), além de refletir efeito externo na esfera pública.

O inciso V do art. 927 faz menção à vinculatividade de juízes e tribunais à *orientação do plenário ou do órgão especial* aos quais estiverem vinculados. Zaneti Junior (2015, p. 1322) percebe que há neste inciso “uma norma de encerramento, abrindo a taxatividade do sistema de precedentes para incluir toda e qualquer decisão de órgão plenário ou especial aos quais os juízes e tribunais estiverem vinculados.” Daí se dizer que o “rol do art. 927 é excludente da vinculatividade formal de outras decisões (ZANETI JR., 2015, p. 1323).” Tem-se uma *abertura da taxatividade*, para, em seguida, culminar em um *encerramento quanto à previsão de vinculatividade formal de outras decisões*.

Nesse senso, segundo Zaneti Júnior (2015, p. 1322-1323):

[...] quaisquer decisões do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, vinculam todos os juízes e tribunais brasileiros, quando tomados pelo pleno. Isso porque é função do STF interpretar o direito constitucional. No mesmo sentido, quaisquer decisões do STJ, em matéria infraconstitucional federal, tomadas pela Corte Especial, vinculam a todos juízes e tribunais brasileiros, pois cabe ao Superior Tribunal de Justiça afirmar a interpretação sobre direito infraconstitucional. Igualmente, as decisões do TSE, do STM, do TST, nas suas respectivas matérias, em relação aos tribunais, órgãos fracionários, desembargadores e juízes a eles vinculados, bem como os tribunais de justiça e dos tribunais regionais em relação aos órgãos fracionários, desembargadores e juízes a eles vinculados.

³⁷ “[...] em matéria regulada no âmbito dos Estados, serão os tribunais de justiça que fixarão o precedente e terão a última palavra, salvo inconstitucionalidade ou conflito com a lei federal.” (ZANETI JR., Hermes. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1322)

³⁸ Identificando uma hierarquia entre as súmulas: “[...] há claramente uma hierarquia nesta vinculatividade, pois sendo o enunciado da súmula vinculante constituído por quórum qualificado, esta não poderá ser afastada por súmula do STF formulada por quórum simples, portanto, há uma razão para existir a menção as duas espécies de súmulas no art. 927, incs. II e IV, e esta preserva a lógica do ordenamento jurídico.” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, op. cit., p. 369)

Valho-me, assim, das palavras de Zaneti Júnior (2015, p. 1323): “Compreenda-se, para frisar bem: a vinculação será sempre horizontal e vertical, os tribunais e órgãos fracionários estão igualmente vinculados às decisões do plenário ou do órgão especial.” Assim, não formarão precedentes normativos formalmente vinculantes, nos termos do art. 927, as decisões de órgãos fracionários de tribunais e as decisões de juízes de primeiro grau.

Precedentes Judiciais e Administração Pública: breve resenha acerca do efeito externo do precedente judicial

Até aqui, sabe-se que o exercício da função administrativa tem emergente vinculação direta à Constituição, consubstanciado na noção de juridicidade administrativa. O que vincula a administração em nossos dias é o bloco de constitucionalidade (MERKL, 1935, p. 132; OTERO, 2003, p. 29; CANOTILHO, 2002, p. 1135)³⁹. Os precedentes normativos devem ser entendidos como fonte primária do direito (ZANETI JR., 2015, p. 1035; MITIDIERO, 2016, p. 99), e como tal, feitas as adaptações que estamos a analisar, tem aptidão normativa para compor a estrutura da juridicidade administrativa.

Há dispositivos, a exemplo da previsão de controle de constitucionalidade concentrado (art. 927, I, CPC) e as súmulas vinculantes (art. 927, II, CPC), que na sua origem e infraestrutura normativa contemplam elementos que levam a denominada vinculatividade forte. São, na dogmática brasileira, segundo magistério de Zaneti Júnior (2016, p. 353), os precedentes normativos formalmente vinculantes fortes.

Em tais hipóteses o efeito externo do precedente judicial direciona-se claramente à Administração Pública, por força de previsão constitucional. Daí se falar em precedentes vinculante fortes. A vinculatividade é forte, dentre outros motivos, por também vincular a Administração Pública (ZANETI JR., 2016, p. 369). A vinculação da Administração Pública é direta e encontra substrato no texto constitucional (OLIVEIRA, 2016, p. 120). Há significativa redução no espaço de atuação da autoridade administrativa, restando o exercício da função administrativa vinculado ao precedente normativo formalmente vinculante em sentido forte.

Tem-se uma reconstrução de significância normativa. Isso porque, a opção do legislador constitucional, implementada com o advento do CPC/2015, trazendo o estatuto normativo dos precedentes, culminou por possibilitar garantia de uniformidade e continuidade do

³⁹ Para melhor compreensão, conferir CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1135 e ss.; OTERO, Paulo. *O Poder de Substituição em Direito Administrativo: Enquadramento Dogmático-Constitucional*, 2 vols., Lisboa, 1995, p. 122 ss. Sobre o tema, OTERO, Paulo esclarece: “A dependência administrativa da Constituição resulta, antes de mais, do tipo de Estado e do modelo de sociedade gizados pelas normas constitucionais, circunstância que dita serem as próprias normas da Constituição, as principais responsáveis pela mencionada dependência e, num certo sentido, pelas concepções reveladoras de uma certa “erosão da teoria da Constituição” a favor do poder administrativo” (OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra. Almedina, 2003, p. 29).

direito para todos os casos análogos, retirado da Poder Público uma parte de sua *liberdade de conformação*, inclusive a chamada *conformação legislativa*.⁴⁰

No âmbito da Administração Pública a racionalidade das decisões é garantida na medida da possibilidade de universalização para todos os casos análogos a partir das mesmas razões de decidir, não havendo, salvo as hipóteses de distinção ou superação, possibilidade de desvinculação da Administração Pública. Até por isso, a vinculação em sentido forte, apto a espriar efeitos externos direcionados ao exercício da função administrativa, precisa ter assento constitucional.

Há, porém, os chamados precedentes normativos formalmente vinculantes (previsões contidas no art. 927, incisos III, IV e V, do CPC). A doutrina tende a posicionar tais espécies de precedentes, quando relaciona seus efeitos à Administração Pública, uma força de vinculatividade meramente persuasiva (*persuasive force*).⁴¹ Esse entendimento merece cuidado e algumas considerações.

Ao tratar da relação dos precedentes judiciais na esfera pública haverá sempre, em alguma medida, o risco de subversão da separação dos poderes; por outro lado, em um Estado Constitucional que busque a toda força a efetividade dos direitos fundamentais, não se pode ignorar a logicidade e coerência normativa propiciada pelo modelo de precedentes. Cabe ao intérprete, seja na formação ou aplicação do precedente, calibrar o esforço interpretativo e equacionar a aparente tensão.

⁴⁰ Entende-se por *liberdade de conformação legislativa* (*gesetzlicher Gestaltungsspielraum*), justamente o que ocorre quando os representantes legislativos ao criarem textos legais com pouca densidade regulativa, usando conceitos abertos e vagos, concedem amplos espaços de decisão para a escolha dos meios adequados à solução dos casos concretos e diminuem a vinculação de atuação da Administração Pública. Andreas Krell explica que são hipóteses em que “o legislador transfere para a Administração uma parte de sua *liberdade de conformação legislativa*.” Sobre o tema, conferir: KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 11-12.

⁴¹ Quanto ao ponto, com propriedade, conferir Pierlugi Chiassoni: “Acadêmicos geralmente se referem aos precedentes como possuindo força persuasiva, em oposição aos precedentes possuidores de força vinculante (*binding force*). [...] Os acadêmicos do círculo de Bielefeld (Aulis Aarnio, Robert Alexy, Zenon Bánkowi, Gunnar Bergholtz, Svein Eng, Francisco Laporta, Neil MacCormick, Geoffrey Marshall, Lech Morawski, Enrico Pattaro, Aleksander Peczenik, Alfonso Ruiz Miguel, Robert Summers, Michele Taruff o, Michael Troper, Marek Zirk-Sadowski, etc.) trabalharam uma consideração teórica sobre a relevância prática dos precedentes (melhor dizendo: relevância prática das *rationes decidendi* dos precedentes-julgamento), onde eles separaram quatro formas básicas de relevância: 1) vinculação formal. 2) força persuasiva de facto. 3) força justificatória complementar. 4) meramente ilustrativa – ou outro valor parecido.” (CHIASSONI, Pierluigi. *The philosophy of precedent: conceptual analysis and rational reconstruction*. In: Thomas Bustamante; Carlos Bernal Pulido (eds.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Beijing, 2009, vol. III. Stuttgart/Sinzheim: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2012, p. 13-33)

Considerações finais

O precedente é normativo e integra a ordem jurídica. De regra, conquanto não necessário para aferir sua vinculatividade, no curso da relação jurídica processual o poder público terá participado, numa relação dialética e simétrica (cultura do formalismo-valorativo⁴²), na formulação da decisão de originou o precedente. Uma vez formado o precedente judicial o poder público no âmbito do módulo processual civil (ambiente jurisdicional) será, enquanto parte, inevitavelmente alcançado pela força do precedente nos casos futuros e análogos.

Ademais, a Fazenda Pública em juízo deverá adotar uma série de posturas que não atente contra os deveres de sua atuação enquanto parte⁴³, mas sempre orientado pela lei e/ou pelo precedente judicial.

Não há nenhuma coerência, sob o ponto de vista que norteiam a atuação da Administração Pública, sobretudo no prisma do princípio da legalidade, moralidade e da eficiência, permitir que seja possível ao Poder Público atuar de maneira distinta, a depender de sua localização no universo das relações jurídicas administrativas.⁴⁴ Em juízo, vinculando-se ao precedente normativo. No âmbito administrativo (externo ao âmbito jurisdicional), atuando, a depender de seu arbítrio, eventualmente em completo descompasso com o precedente normativo já formado e aplicável ao caso.

O legislador constitucional fixou parâmetros para estabelecer a força vinculante dos pronunciamentos judiciais que foram encampados pelo estatuto dos precedentes normativos no CPC (hipóteses descritas nos incisos I e II, do art. 927), traduzindo-se nos *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*. Por sua vez, em meu sentir, os *precedentes normativos formalmente vinculantes* (hipóteses descritas nos incisos III a V, do art. 927), que tem no dispositivo legal sua gênese, em maior ou menor medida, terão sempre uma *substancial carga persuasiva*.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

⁴² Quanto ao tema, com pioneirismo no Brasil conferir: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

⁴³ Quanto ao tema, conferir: MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 207-212.

⁴⁴ Em sentido próximo, ao tratar da atuação do advogado público, Claudio Madureira explica: "[...] mesmo em sua atividade contenciosa, os advogados públicos não podem se furta a procurar corrigir equívocos na aplicação do direito pela Administração Pública. Nesse campo, quando se verifica, na prática, a realização de ato não autorizado pelo ordenamento jurídico-positivo, a manifestação da Advocacia Pública pela adoção desses mecanismos impõem-se por uma questão de *legalidade*, por uma questão de *moralidade* e por uma questão de *eficiência*." (MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte. Fórum, 2015, p. 331)

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora. In: Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99, orgs. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, São Paulo: Editora Atlas.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.
- _____. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. Revista Faculdade Direito da UFMG, Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, p. 299-325, 2013.
- CABRAL, Antonio do Passo. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CHIASSONI, Pierluigi. The philosophy of precedent: conceptual analysis and rational reconstruction. In: Thomas Bustamante; Carlos Bernal Pulido (eds.). On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III. Stuttgart/Sinzheim: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2012.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 14ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- _____; DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. <http://frediedidier.com.br/editorial-168/>. Acesso em: 03.08.2017.
- KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- MACCORMICK, Neil. Retórica e Estado de Direito. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. No original: Rethoric and the Rule of Law. A theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press, 2005.
- MADUREIRA, Claudio. Advocacia Pública. Belo Horizonte. Fórum, 2015.
- _____. Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Precedente Obrigatórios. 4ª ed. rev. atual. ampl. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos, e BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro. Revista da AGU. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, p. 9-52. jul./set. 2016.

- MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o novo Código de Processo Civil. *Universitas*, v. 26, n. 2, p. 41-53, 2015.
- NUNES, Dierle. Comentários ao art. 1.040. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública: limites e possibilidades de aplicação*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra. Almedina, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, orgs. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, São Paulo: Editora Atlas.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: tentativa de sistematização*. Dissertação de mestrado apresentada e defendida na UERJ, Rio de Janeiro, 2015.
- ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. *O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- _____. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1308/1312.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.