

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667

The background of the cover is a photograph of the National Congress of Brazil (Câmara dos Deputados) building in Brasília. The building is characterized by its modern architecture, featuring two tall, narrow towers and a large, curved, white structure. The scene is captured during the day, with a clear sky and some vehicles visible in the foreground.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 03 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 02 - JUL/DEZ 2018

ISSN 2595-5667

**Rio de Janeiro,
2018.**

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Chile.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turquia
Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasilia, UNB, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sra Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontificia Universidade Católica de Goiás, Goiás, Brasil.
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

Avaliadores:

- | | |
|---|--|
| Prof. Alexandre Santos de Aragão, UERJ. | Prof. Phillip França, PUC-RJ. |
| Sr. Bruno Santos Cunha, USP. | Sr. Márcio Felipe da Cunha, UFF. |
| Sr. Ciro Galvão, USP. | Sra. Marina Rúbia de Carvalho, PUC-GO. |
| Prof. Henrique Cardoso, UFS. | Sandro Alves Simões, CESUPA. |
| Prof. Irene Nohara, Mackenzie. | Victor Aguiar Jardim de Amorim, IDP. |
| Prof. Jamir Ribeiro, UFJF. | Wilson Braga da Silva Neto, UNINOVE. |

Diagramação e Layout:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	005
Emerson Affonso da Costa Moura	
OS INFLUXOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: O DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA OBSERVAR PRECEDENTES VINCULANTES	006
Ingrid Bispo dos Santos	
GESTÃO DO JUDICIÁRIO E GESTÃO DA QUALIDADE: UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS. 063	
José Paiva, Alex Pizzio	
DESTINAÇÃO DE TERRAS PÚBLICAS NA AMAZÔNIA: DISCRICIONARIEDADE ENTRE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E CRIAÇÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO NUMA ÁREA SOB PRESSÃO AGROPECUÁRIA	095
Ronaldo Pereira Santos, Neuton Alves de Lima	
ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA ADMINISTRAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE: EFICIÊNCIA E SEU INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE	119
Laura Jane Ribeiro Garbini Both, André Rodrigues Meneses	
A CONTRIBUIÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO COMBATE À CORRUPÇÃO: EVOLUÇÃO NORMATIVA E PERSPECTIVA INTERNACIONAL	135
Monica Sousa, Alex Bruno Canela Vilela	
O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA COMO OBSTÁCULO À ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS	161
Marina Rúbia Mendonça Lôbo de Carvalho, Andressa Guimarães Freire	
O POVO COMO FISCAL DA LEI: A IMPORTÂNCIA DO ACESSO À INFORMAÇÃO PARA O CONTROLE POPULAR DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	190
Vanessa Oliveira de Queiroz	
COMPLIANCE NAS EMPRESAS ESTATAIS: APLICAÇÃO DA LEI 13.303/2016	221
Luiza Cadar Almeida Machado Rabelo	
O PACTO FEDERATIVO E ECONOMIA SOCIAL E SOLIDÁRIA NO BRASIL	240
José Francisco Siqueira Neto, Daniel Francisco Nagao Menezes	

OS INFLUXOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: O DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA OBSERVAR PRECEDENTES VINCULANTES

THE INFLUXES OF THE CIVIL PROCESS CODE OF 2015 IN THE BRAZILIAN ADMINISTRATIVE PROCESS: THE DUTY OF THE PUBLIC ADMINISTRATION OBSERVING BINDING PRECEDENTS

INGRID BISPO DOS SANTOS

Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Pós-Graduada em Direito Público com ênfase em Contratos e Licitações pela Faculdade Educacional da Lapa – FAEL.

RESUMO: Partindo-se do conceito de precedentes judiciais vinculantes e de seus alicerces fundamentadores positivados no Código de Processo Civil brasileiro de 2015, buscar-se-á analisar a existência de uma base normativa, princípios e regras jurídicas, sustentadora da aplicação vinculante de precedentes administrativos no âmbito do processo/procedimento administrativo brasileiro. Essa investigação perpassa por perspectivas relativas à estruturação da competência legislativa presente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no que tange ao Direito Administrativo, com destaque para o processo/procedimento administrativo e comparações com a distribuição de competências para editar normas de processo ou procedimento do direito processual civil e do processo penal. Discutir-se-á a importância dos princípios jurídicos-administrativos no alicerce da sistemática de precedentes administrativos vinculantes, assim como, explorar-se-á a dinâmica estrutural para a aplicação desses precedentes de caráter obrigatório no âmbito da Administração Pública, a partir do exame dos pressupostos que fundamentam a utilização deles com a maior eficiência na consecução do interesse público.

PALAVRAS-CHAVES: Processo administrativo; Procedimento administrativo; Código de Processo Civil; Princípios jurídicos-administrativos; Precedentes vinculantes.

ABSTRACT: Based on the concept of binding judicial precedents and its foundations in the Brazilian Code of Civil Procedure of 2015, it will be analyzed the existence of a normative basis, principles and legal rules, supporting the binding application of administrative precedents in the scope of the Brazilian administrative proceeding / procedure. This research is based on perspectives related to the structuring of the legislative competence present in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 with regard to Administrative Law, with emphasis on the administrative proceeding / procedure and comparisons with the distribution of powers to edit norms of procedure civil and criminal proceedings. The importance of the legal-administrative principles will be discussed in the framework of the system of binding administrative precedents, as well as the structural dynamics for the application of these precedents of a mandatory nature in the scope of the Public Administration, from the examination of the assumptions that justify the use of them with greater efficiency in the achievement of the public interest.

KEYWORDS: Administrative process. Administrative procedure. Code of Civil Procedure. Legal-administrative principles. Binding precedents.

I. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 dispõe sobre a repartição de competências legislativas entre os entes políticos que compõem a Federação brasileira – União, Estados, Distrito Federal e Municípios, consoante o art. 1º da CRFB/88:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, **formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal**, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...] (BRASIL, 1988, n.p., grifo nosso).

Os arts. 22, 23 e 24 da CRFB/88 atribuem, respectivamente, à União competência privativa para legislar sobre determinados assuntos; à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios competência comum acerca de algumas matérias; e à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente sobre outros temas. O art. 25, §1º, da CRFB/88 afirma que “são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição” (BRASIL, 1988, n.p.), isto é, aos Estados também foram designadas as chamadas competências remanescentes. Por fim, o art. 30 da CRFB/88 fixa as competências privativas dos Municípios.

Silva (2005, p. 480-481) diz que a competência privativa é “enumerada como própria de uma entidade, com possibilidade, no entanto, de delegação”. É o caso do art. 22, parágrafo único, da CRFB/88, o qual aduz que “lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo” (BRASIL, 1988, n.p.). Enquanto para ele, a competência remanescente “compreende toda matéria não expressamente incluída numa enumeração”.

Ainda conforme os ensinamentos de Silva (2005, p. 481), competência comum consiste na “faculdade de legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra”. Ao passo que a competência concorrente abrange a “possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa”.

O sistema de repartição de competências brasileiro tem por fundamento a predominância do interesse, consoante o qual cabe à União legislar sobre interesses nacionais, aos Estados sobre interesses regionais, aos Municípios sobre interesses locais e ao Distrito

Federal sobre interesses regionais e locais, já que cumula as competências estaduais e municipais, conforme assevera MORAES (2014, p. 315):

Pelo princípio da predominância do interesse, à União caberá aquelas matérias e questões de predominância do interesse geral, ao passo que aos Estados referem-se as matérias de predominante interesse regional e aos municípios concernem os assuntos de interesse local. Em relação ao Distrito Federal, por expressa disposição constitucional (CF, art. 32, §1^a), acumulam-se, em regra, as competências estaduais e municipais, com a exceção prevista no art. 22, XVII, da Constituição.

Dada essa repartição constitucional, chega-se a um impasse: a atribuição de competência privativa para a União legislar sobre direito processual (art. 22, I, CRFB/88) e a competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal para legislar acerca de procedimentos em matéria processual (art. 24, XI, da CRFB/88), assim como a inexistência de distribuição da competência referente ao direito administrativo. Estaria o processo administrativo abrangido pelo art. 22, I, da CRFB/88 ou o constituinte originário deixou ao legislador a opção para decidir qual seria o melhor modo de repartir a competência legislativa relativa ao direito processual administrativo?

Após resolver os questionamentos acima suscitados, buscar-se-á compreender a funcionalidade do processo administrativo como instrumento de decisões racionais, eficientes e controláveis a fim de assegurar a consecução do interesse público mantendo-se distante de distorções aptas a dar espaço a arbitrariedades.

A definição jurídica de discricionariedade não se confunde com a de arbitrariedade. Não há sinonímia e erros interpretativos, equívocos técnicos ou a própria má-fé não podem justificar uma ambiguidade inexistente.

Em seguida, a partir do conceito de precedentes judiciais vinculantes e de seus alicerces fundamentadores positivados pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015 – CPC/15, analisar-se-á a existência de uma base normativa, princípios e regras jurídicas, sustentadora da aplicação vinculante de precedentes administrativos no âmbito do processo administrativo brasileiro.

O escopo analítico da investigação abordará a aplicação analógica do sistema de precedentes judiciais vinculantes, instituído pelo CPC/15, no processo administrativo, tendo como pilar o exame do art. 15 do CPC/15 e dos princípios constitucionais da isonomia,

segurança jurídica, razoabilidade, legalidade e eficiência como permissivos normativos de tal aplicação.

Averiguar-se-á ainda as repercussões que decorreriam da instituição de um sistema de precedentes administrativos vinculantes, destacando-se os benefícios que podem ser proporcionados.

Por fim, o último exame desse estudo diz respeito aos pressupostos necessários para vincular a Administração Pública brasileira à aplicação de precedentes administrativos no âmbito do processo administrativo e em que dinâmica estrutural se utilizaria essa prática.

II. PROCESSO ADMINISTRATIVO: CONCEITO, CORRELAÇÕES, ABRANGÊNCIA E FINALIDADES

Os vocábulos processo e procedimento são comumente utilizados na ciência jurídica, todavia, não gozam de conceituação uniforme. Ordinariamente, a doutrina atribui significados diferentes para os termos processo e procedimento e, ao longo dos anos, surgiram posicionamentos diversos referentes à definição jurídica deles.

A priori, no seio social, é regra que as palavras sejam contingenciais, possuindo variedade de significados a depender do lugar, tempo e cultura de uma região ou país. Ocorre que na ciência jurídica é preciso que as palavras detenham sentidos específicos, aplicáveis em condições pré-determinadas ou pré-determináveis. Isto porque a linguagem jurídica é expressão do poder estatal, presente em suas três funções: Executivo, Legislativo e Judiciário, e funciona como limitadora do poder do Estado nas democracias – regime político do Brasil – não podendo deixar margens arbitrárias de atuação.

Nessa linha, Ferraz Junior (2003, p. 276) trata a interpretação jurídica e sua tendência à unicidade significativa como expressão do poder de violência simbólica:

A uniformização do sentido tem a ver com um fator normativo de poder, o poder de violência simbólica (cf. Bourdieu e Passeron, 1970:18). Trata-se do poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força. Não nos enganemos quanto ao sentido desse poder. Não se trata de coação, pois, pelo poder de violência simbólica, o emissor não co-age, isto é, não substitui ao outro. Quem age é o receptor. Poder aqui é controle. Para que haja controle é preciso que o receptor conserve suas possibilidades de ação, mas aja conforme o sentido, isto é, o esquema de ação do emissor. Por isso, ao controlar, o emissor não elimina as

alternativas de ação do receptor, mas as neutraliza. Controlar é neutralizar, fazer com que, embora conservadas como possíveis, certas alternativas não contem, não sejam levadas em consideração. (grifos do autor)

Veja-se, portanto, que o direito se vale da adoção de uma semântica própria com vistas a fazer-se legítimo, mantendo a ordem social através de controle prévio, indireto e persuasivo das ações oriundas de atores sociais.

Nos dizeres de Ferraz e Dallari (2001, p. 18) a transformação semântica que a ciência jurídica realiza no vocábulo comum acontece da seguinte maneira:

[...] o Direito empresta a determinado vocábulo, quando implicado no contexto da ciência jurídica, um sentido a esta confinado. Quando, por exemplo, em seu art. 44, aponta certos direitos (e, pois, idéias) como bens imóveis, está outorgando a uma expressão, que tem certa dose de precisão no sentido comum, conteúdo diverso do que aquele habitualmente identificável. (sic)

Não obstante esse ser o modo de atuação do Direito, isso não quer dizer que o seu conteúdo e, por conseguinte, sua aplicação ocorra de forma engessada. Sua construção semântica direciona-se à fixação de barreiras à atuação dos cidadãos, bem como da máquina estatal, não à construção de premissas fixas e imutáveis, dificultadoras da consecução do interesse público.

Kelsen (1999, p. 247), visualizando essa perspectiva inerente à atuação do Direito, enxerga a interpretação jurídica como uma moldura, na qual a norma jurídica fixa os arrestos e o intérprete/aplicador a eles está limitado.

[...] uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro dessa moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor.

Ademais, no âmbito do campo semântico específico do Direito há uma subdivisão: conceitos lógicos-jurídicos ou jurídicos fundamentais e conceitos jurídicos-positivos.

A diferenciação entre conceitos lógicos-jurídicos ou jurídicos fundamentais e conceitos jurídicos-positivos é realizada por Didier Junior (2013, p. 42-50), o qual atribui abrangência universal aos primeiros e peculiaridades variáveis de acordo com o ordenamento jurídico de cada Estado soberano aos segundos. Esses conceitos possuem suma importância na (não) distinção entre processo e procedimento.

Terán (2005, p. 81) afirma que o conceito lógico-jurídico serve de base para o conceito jurídico-positivo.

Os conceitos lógicos jurídicos, malgrado a natureza universal, apenas produzem efeitos após serem regulados por uma ordem jurídica, assim, transmudam-se e originam conceitos jurídicos-positivos. Suas consequências dependem da cultura estabelecida em cada localidade, pois, como já salientado, o direito está sempre sujeitos às mudanças de tempo e espaço. É como se o conceito lógico jurídico fosse a raiz da árvore e os conceitos jurídicos positivos, seus galhos, folhas e frutos.

Didier Junior (2012, p. 40) aduz serem essenciais à teoria do Direito “os conceitos que servem à compreensão do fenômeno jurídico, onde quer que ele ocorra, qualquer que seja o seu conteúdo, dos conceitos construídos a partir da análise de um determinado ordenamento jurídico”.

Portanto, é considerando as implicações jurídicas dos conceitos de processo e procedimento administrativos no Brasil que se buscará examiná-los; afinal, de acordo com Didier Junior (2012, p. 39), “o Direito terá o seu conteúdo determinado por circunstâncias históricas e espaciais. É muito difícil e, por vezes, pouco útil, criar uma teoria que sirva a diversos ordenamentos jurídicos, tão distintos entre si”.

Cunha Júnior (2012, p. 603) define processo administrativo como “um conjunto de atos coordenados e interdependentes necessários a produzir um ato ou uma decisão final concernente ao desempenho de alguma função ou atividade administrativa, independentemente de solucionar controvérsias ou não”, cujo objetivo é “aplicar a lei à coletividade”.

Di Pietro (2016, p. 765-767) enquadra o processo administrativo como espécie do gênero processos estatais (aqueles destinados à consecução de fins estatais, dentre os quais estão também o processo legislativo e o processo judicial) e ao conceituar o processo administrativo atribui-lhe 04 (quatro) sentidos:

1. num primeiro sentido, designa o conjunto de papéis e documentos organizados numa pasta e referentes a um dado assunto de interesse do funcionário, do administrador ou da administração;
2. é ainda usado como sinónimo de processo disciplinar, pelo qual se apuram as infrações administrativas e se punem os infratores; nesse sentido, é empregado no art. 41, §1º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, quando diz que o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa;
3. em sentido amplo, designa o conjunto de atos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo;
4. como nem todo processo administrativo envolve controvérsia, também se pode falar em sentido ainda mais amplo, de modo a abranger a série de atos preparatórios de uma decisão final da Administração.

Verifica-se que os dois últimos sentidos expostos por Di Pietro, além de abrangerem os dois primeiros, podem somar-se originando uma única definição: processo administrativo como conjunto de atos coordenados com vistas à formação de decisões da Administração Pública, independentemente da existência de conflito intersubjetivo de interesses, cuja função é garantir o devido processo legal dos administrados em face do Estado.

Di Pietro (2016, p. 767) cuida ainda de diferenciar processo e procedimento:

Não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim, tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração. O procedimento é conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo.

Costa (1959, p. 09) adota idêntico posicionamento:

Não se pode confundir o conceito de processo com o de procedimento, pois o primeiro é considerado como conjunto de atos coordenados para a obtenção de uma decisão

sobre uma controvérsia determinada no âmbito administrativo, enquanto o segundo trata do modo de realização do processo, o rito processual.

Braga, em sua obra “Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro”, defende a superação, assim como a unificação, dos vários conceitos atribuídos tanto ao processo, quanto ao procedimento, incluindo-se aí processo e procedimento administrativos.

04 (quatro) teorias acerca da conceituação do termo processo detêm destaque e repercussão no cenário jurídico brasileiro: teoria do processo como instrumento de produção de normas e decisões, teoria do processo como relação jurídica, teoria do processo como situação jurídica e teoria do processo como procedimento.

Segundo Braga (2015, p. 63), fala-se em processo legislativo (produção de normas gerais pelo Poder Legislativo), processo administrativo (produção de normas gerais e individuais pela Administração Pública) e processo jurisdicional (produção de normas pelo Poder Judiciário), quando se pretende expor o processo como instrumento de produção de normas e decisão.

Como relação jurídica entende-se que o processo é:

O conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais (partes, juiz, auxiliares da justiça etc.). Essas relações jurídicas processuais formam-se em diversas combinações: autor-juiz, autor-réu, juiz-réu, autor-perito, juiz-órgão do Ministério Público etc. (BRAGA, 2015, p. 65-66).

Goldschmidt (1936, p. 19-20 apud BRAGA, 2015, p. 125) é o defensor do processo como situação jurídica, de acordo com ele:

O processo não pode ser definido como uma relação jurídica, não havendo que se falar em obrigação para as partes, mas só em obrigação de decidir para o Estado. E a obrigação decisória do Estado independe de qualquer relação processual, pois decorrente do direito público, e imposta sob pena de denegação de justiça e responsabilização civil ou criminal, e, não, processual. O processo caracteriza-se como situação jurídica, sustenta. O direito material, transforma-se, em juízo, nesta situação jurídica de esperança de decisão futura, traduzindo-se o direito em simples chances. Para o autor, o direito material, estaticamente considerado, se desdobra em situações de: a) possibilidade de prática de atos visando a vantagens e, em *ultima ratio*, à decisão favorável;
b) expectativa de obter essa vantagem e, ao fim, decisão favorável;

- c) perspectiva de obter decisão desfavorável por omissão do interessado; e, por fim
- d) ônus/carga de praticar atos para evitar prejuízo e, em última instância, decisão desfavorável.

Braga (2015, p. 124) concorda que o processo consiste, sim, em instrumento de produção de norma e decisão, visto que os processos estatais, em regra, visam resultar em uma decisão, típico ato jurídico de natureza normativa.

Contudo, indo além das definições supramencionadas, Braga (2015,138-141), acompanhada por Mello, M. (2000, p. 137-138) e Didier Junior (2013, p. 64-65), define o processo como ato complexo, isto é, como conjunto de atos coordenados a um fim, sem realizar distinções entre processo e procedimento, por entender que o processo contém, de modo indissociável, o procedimento; igualando, desse modo, os conceitos de processo e de procedimento.

No ato-complexo há um ato final, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá denominação e há o ato ou os atos condicionantes e final, se relacionam entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a um certo fim. (MELLO, M., p. 137-138)

Carnelutti (2000, p. 504) defende que o processo é uma “combinação de atos de efeitos jurídicos causalmente ligados entre si”, ou seja, defende a equivalência entre processo e procedimento.

A discussão doutrinária, acima disposta, sobre o conceito de processo e procedimento, sobretudo na área do direito administrativo, não constitui problemática, pelo contrário, é de enorme importância para o desenvolvimento da ciência jurídica. Entretanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 traz um problema de ordem prática que necessita de solução a fim de garantir o alcance dos objetivos visados pelo constituinte originário. E a teoria do processo como ato-complexo e, conseqüentemente, como sinônimo de procedimento, destaca-se entre as demais porque se apresenta adequadamente à resolução desse equívoco constitucional.

A CRFB/88 dispõe no art. 22, I, e no art. 24, XI, respectivamente, que compete privativamente à União legislar sobre direito processual e concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre procedimentos em matéria processual.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XI - procedimentos em matéria processual. (BRASIL, 1988, n.p., grifo nosso).

Ao disciplinar o regime de competências no âmbito da Federação brasileira, a CRFB/88 separou processo e procedimento, mas, ao longo do texto constitucional tais termos não foram conceituados, restando à doutrina e jurisprudência defini-los.

Braga (2015, p. 242-244) aduz que não há como distinguir o ato da forma como ele é praticado, tampouco dissociá-lo da situação jurídica que os precede (fundamento de sua prática) e os sucede (seu efeito) e faz referência à forma de citação e intimação, apontada que é, por muitos, como matéria procedimental, porém que, para outros, se revela determinante na observância do direito ao contraditório, dizendo-se ser processual.

O Código de Processo Civil de 2015 – CPC/15 elenca a citação e a intimação entre os atos processuais dispostos no Livro IV, todavia, em sede de jurisprudência, encontram-se exemplos de decisões que se referem a eles como atos procedimentais.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJ-SC assim já se pronunciou ao afirmar que a ausência de intimação configuraria vício procedimental, caso alegada tempestivamente e de boa-fé:

EXECUÇÃO. RECURSO CONTRA EXTINÇÃO DE AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO, DECORRENTE DE INTIMAÇÃO DA PENHORA POR EDITAL, SEM A CIÊNCIA DO RECORRENTE. ARGUIÇÃO DE IMPRESCINDIBILIDADE DA INTIMAÇÃO PESSOAL NO CASO. DESNECESSIDADE. CIÊNCIA POSTERIOR DO ATO, EVIDENCIADO SOBRETUDO EM FACE DE RECURSO PRÓPRIO CONTRA PROVIMENTO QUE DETERMINOU A EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ EM NOME DO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE QUALQUER OPOSIÇÃO A RESPEITO DE NULIDADE NA OCASIÃO. OBSERVÂNCIA DO PRIMADO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. PENHORA. LEVANTAMENTO DO VALOR DEPOSITADO. EXECUÇÃO DE TÍTULO COM PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA. CARÁTER DE DEFINITIVIDADE. ADVENTO, ADEMAIS, DA SOLUÇÃO DA EXECUÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

Conquanto a intimação da penhora deva ser efetuada, na espécie, em caráter pessoal, não se cogita de nulidade se, de algum modo, for demonstrada a ciência do recorrente, por outra via idônea. No caso, não obstante efetuada equivocadamente por edital o ato de penhora, sem prévio exaurimento das demais vias, o recorrente manejou, posteriormente, recurso de agravo de instrumento contra decisão que liberou o valor da penhora em questão, em momento algum cogitando de nulidade. Dado o contexto, competia ao recorrente, uma vez evidenciada a ciência do ato - inobstante por qual via - ter oferecido embargos, se assim desejasse. Não o fez por mera liberalidade, revelando-se imprópria, em circunstâncias tais, a alegação de nulidade por vício procedimental apenas na apelação. A execução de título extrajudicial, a exemplo das CDAs, pressupõe caráter de definitividade, o que permite, de outro quadrante, que se leve a efeito os atos expropriatórios. Nada obstante cuidar-se de tal peculiaridade no caso, o levantamento do valor depositado fundou-se no pagamento da dívida, na ausência de embargos (art. 794, I, do CPC), deixando de subsistir os efeitos de decisão anterior em sede de agravo de instrumento, que impedia o levantamento. (TJ-SC - Apelação Cível: AC 33784 SC 2006.003378-4, grifo nosso).

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF-5 manifestou-se no sentido de visualizar como vício procedimental a descrição equivocada de imóvel que foi a leilão judicial aliado ao *errôneo modus operandi* na realização da citada alienação.

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ARREMATACÃO. TUTELA ANTECIPADA. IMISSÃO DE POSSE. SUSPENSÃO. - Agravo contra decisão que concedeu o pedido de tutela antecipada para o fim de sobrestar a ordem de imissão de posse deferida em favor do agravante, nos autos de ação anulatória de arrematação de bem imóvel. - Hipótese em que a decisão agravada acolheu fundamentos do agravado, quanto à existência de vícios procedimentais, quais sejam, a incorreta descrição editalícia do imóvel arrematado e a errônea forma da alienação judicial que operou a arrematação do imóvel objeto da questão. A nulidade da arrematação pode ser argüida em ação anulatória, mesmo que não tenha sido interposto qualquer incidente processual no curso da Execução Fiscal, inexistente a preclusão; Precedente desta 2ª Turma (AGTR 49997/RN, Rel. Des. Federal convocado MANOEL ERHARDT, j. em 03/08/2004, DJU de 11/11/2004). - Ocorrência de dano maior para o agravado, que não teria como reverter a situação com a imissão de posse efetivada antes do julgamento da anulatória da arrematação, pois se trata de uma instituição de ensino, cujo despejo, em pleno ano letivo, implicaria, não só a interrupção das aulas, como também a dispensa de professores e funcionários, inviabilizando, em resumo, a retomada das suas atividades. - Agravo improvido. TRF-5 - Agravo de Instrumento: AGTR 67429 PB 2006.05.00.012107-5. (grifo nosso)

Nos dois exemplos supramencionados, o conceito de procedimento apresenta-se com longa abrangência, englobando desde erros na maneira como se procede na prática de um leilão judicial até a ausência de intimação de sujeitos processuais. Veja-se, portanto, que pragmaticamente distinguir processo e procedimento causa dificuldades e confusão para a interpretação e aplicação do Direito.

O Supremo Tribunal Federal – STF já se posicionou quanto a (não) distinção entre processo e procedimento, porém vem adotando postura obstrutiva em relação ao assunto. Apesar disso, o STF não consegue dissociar esses conceitos e termina por tornar o art. 24, XI, da CRFB/88 sem eficácia, declarando, em suas decisões, leis estaduais inconstitucionais sob o argumento de que violam a competência privativa da União (art. 22, I, da CRFB/88). Isto é, o STF além de não resolver a citada problemática conceitual, avoca a competência concorrente dos Estados e do Distrito Federal, atribuindo-a exclusivamente à União.

Na Medida Cautelar na ADI n. 1.285, de relatoria do Ministro Moreira Alves, julgada em 24.10.1995 e publicada no DPJ de 23.03.2001, o Pleno do Supremo entendeu que a LC n. 734 do Estado de São Paulo, no seu art. 116, V, é constitucional na parte em que define a legitimidade ativa do Procurador-Geral da Justiça para promover inquérito civil, diante de sua natureza procedimental, administrativa e pré-processual adiante comentada. Reputou, contudo, esse mesmo dispositivo inconstitucional, na parte em que prevê a legitimidade dessa mesma autoridade para a ação civil pública, pois aí já se estaria diante de tema processual de competência exclusiva da União. Esse é mais um caso em que o Plenário do STF não conceitua processo (ou “Direito processual”), nem diferencia processo e procedimento, de modo a justificar em abstrato o significado conferido a essas expressões. Ignora, pois, uma exigência de coerência em sua atuação decisória (sobretudo na construção de precedentes) de que construa a ratio de acordo com o arcabouço conceitual da Teoria Geral do Direito, na interpretação e definição de sentido de termos como processo, procedimento e Direito processual. Tampouco demonstra em concreto o enquadramento realizado, ou seja, por qual razão a legitimação desse agente público é questão processual quando relativa à promoção de ação civil pública. É mais um caso de contrariedade da regra atualmente constante nos arts. 486, §1.º, I e II, c/c 924 e 925, CPC, e, portanto, de fundamentação devida e substancial na construção de uma ratio. Não se apresenta um só motivo ou razão para esse entendimento, deixando, mais uma vez, inacessíveis ao público em geral (sobretudo o legislador estadual) o seu raciocínio. Simplesmente se afirma que “essa matéria diz respeito a processo e não a procedimento” e pronto. E todos os porquês que podem daí advir ficam sem resposta. E mais. Em julgado posterior, mas agora definitivo, foi diversa a conclusão a que se chegou. Nos autos da

ADI n. 1.916-9/MS, de relatoria do Min. Eros Grau, julgada em 14.04.2010, e com decisão publicada no DPJ de 17.06.2010, em que se discutia a constitucionalidade do art. 30, X, da Lei Orgânica do Ministério Público do Mato Grosso do Sul (LC n. 72/1994), que tratava da legitimidade ativa do Procurador-Geral de Justiça para ação civil pública voltada contra atos de determinadas autoridades, concluiu-se, nas palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que não seria matéria processual, mas, sim, relativa à organização, divisão e distribuição de atribuições internas no contexto do MP, regradada por lei complementar estadual, como autoriza o art. 128, §5.º, CF. Embora não fosse o objeto da ação a discussão da legitimidade para o inquérito civil, o Min. Gilmar Ferreira Mendes, em sede de obiter dictum, chega a afirmar que não há como dar tratamento separado à “competência” para o inquérito e à “competência” para ação, não fazendo sentido que o promotor que tome ciência de ato a ser investigado, remeta autos para que Procurador-Geral promova inquérito, e depois os receba de volta para propor a ação. Ambas as “competências” seriam aptas a serem objeto de lei organizacional do Ministério Público, não podendo ser tratadas em separado. O Ministro Cesar Peluso manifestou ainda entendimento de que não se trata de uma questão de legitimação; o que estaria em jogo seria a representação do ente legitimado (Ministério Público) e isso não seria uma questão processual. A votação não foi unânime, houve quem mantivesse a postura de visualizar a legitimação como questão processual (a ex. do Ministro Marco Aurélio), mas imperou a conclusão que se trata de simples organização do Ministério Público, tema alheio ao “direito processual” – que, em nenhum momento, foi definido, enfrentado ou concretizado como conceito jurídico indeterminado. (BRAGA, 2015, p. 416-418).

Em outra ação direta de inconstitucionalidade – ADI, o STF pronunciou que matéria relativa ao valor da causa de uma demanda não pode ser objeto de lei estadual, porque se trata de tema cuja competência é privativa da União.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 7.603, DE 27.12.2001, DO ESTADO DE MATO GROSSO. CUSTAS JUDICIAIS E EMOLUMENTOS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 5º, XXXV, LXXIV, 7º, IV, 22, I, 145, II E § 2º E 154, I, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A jurisprudência desta Corte vem admitindo o cálculo das custas judiciais com base no valor da causa, desde que mantida razoável correlação com o custo da atividade prestada. Precedentes: ADI 948, Francisco Rezek, DJ 17.03.2000, ADI 1.926-MC, Sepúlveda Pertence, DJ 10.09.1999, ADI 1.651-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 11.09.98 e a ADI 1.889-MC, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 14.11.2002.

Presentes um valor mínimo e um valor máximo a ser cobrado a título de custas judiciais, além de uma alíquota razoável (um por cento), não cabe reconhecer qualquer

risco de inviabilidade da prestação jurisdicional ou de comprometimento ao princípio do acesso ao Judiciário. Precedentes: ADI 2.040-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 25.02.2000 e ADI 2.078-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 18.05.2001.

2. Somente o STF e o STJ possuem competência para estabelecer o valor das custas de interposição do recurso extraordinário e do recurso especial. Precedentes: ADI 1.530-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.04.98 e ADI 1.889, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 14.11.2002.

3. Invade a competência da União norma estadual que disciplina matéria referente ao valor que deva ser dado a uma causa, tema especificamente inserido no campo do Direito Processual.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 2655/MT, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 26/03/2004).

O direito processual penal não está imune às incertezas, referentes à competência privativa da União e à competência concorrente dos Estados-membros, que acometem o processo civil, já que também não existe uma delimitação constitucional ao que é processo penal e o que é procedimento penal.

O STF, em regra, não discute sobre os conceitos de processo e procedimento penais. Suas decisões baseiam simplesmente em afirmar se determinada matéria consiste em processo ou em procedimento, sem estabelecer qualquer definição, tal como ocorre no direito processual civil.

A ADI nº 4414/AL¹ consubstancia-se em perfeito exemplo acerca da atuação do STF. Nessa ADI a proclamação de que determinada matéria é processo e que outra certa matéria é

¹ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.414 ALAGOAS RELATOR : MIN. LUIZ FUX [...] 1. Os delitos cometidos por organizações criminosas podem submeter-se ao juízo especializado criado por lei estadual, porquanto o tema é de organização judiciária, prevista em lei editada no âmbito da competência dos Estados-membros (art. 125 da CRFB). Precedentes (ADI 1218, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2002, DJ 08-11-2002; HC 96104, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 16/06/2010, Dje-145; HC 94146, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 21/10/2008, Dje-211; HC 85060, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 23/09/2008, Dje-030; HC 91024, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/08/2008, Dje-157). Doutrina (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 278-279). 2. O conceito de “crime organizado” é matéria reservada à competência legislativa da União, tema interdito à lei estadual, à luz da repartição constitucional (art. 22, I, CRFB). 3. À Lei estadual não é lícito, a pretexto de definir a competência da Vara especializada, imiscuir-se na esfera privativa da União para legislar sobre regras de prevalência entre juízos (arts. 78 e 79 do CPP), matéria de caráter processual (art. 22, I, CRFB). 4. A competência constitucional do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII) não pode ser afastada por Lei estadual, nem usurpada por Vara criminal especializada, sendo vedada, ainda, a alteração da forma de sua composição, que deve ser definida em Lei nacional. Precedentes do Pleno deste Pretório Excelso (ADI 1218/RO, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, julg. 05/09/2002, Tribunal Pleno). 5. A composição do órgão jurisdicional se insere na competência legislativa concorrente para versar sobre procedimentos em matéria processual, mercê da caracterização do procedimento como a exteriorização da relação jurídica em desenvolvimento, a englobar o modo de produção dos atos decisórios do Estado-juiz, se com a chancela de um ou de vários magistrados (Machado Guimarães. Estudos de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro - São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969. p. 68).

6. A independência do juiz nos casos relativos a organizações criminosas, injunção constitucional, na forma do art. 5º, XXXVII e LIII, da CRFB, não está adequadamente preservada pela legislação federal, constituindo lacuna a ser preenchida pelos Estados-membros, no exercício da competência prevista no art. 24, § 3º, da Carta Magna.

7. Os Estados-membros podem dispor, mediante Lei, sobre protocolo e distribuição de processos, no âmbito de sua competência para editar normas específicas sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI, CRFB).

8. A separação entre as funções de acusar defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal (Art. 129, I, CRFB), tornando a atuação do Judiciário na fase pré-processual somente admissível com o propósito de proteger as garantias fundamentais dos investigados (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1998. p. 567).

9. Os procedimentos investigativos pré-processuais não previstos no ordenamento positivo são ilegais, a exemplo das VPIs, sindicâncias e acautelamentos, sendo possível recorrer ao Judiciário para fazer cessar a ilicitude, mantida a incolumidade do sistema acusatório (HAMILTON, Sergio Demoro. *A Ilegalidade das VPIS, das Sindicâncias, dos Acautelamentos e Quejandos*. In: *Processo Penal Reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002).

10. O princípio do juiz natural não resta violado na hipótese em que Lei estadual atribui a Vara especializada competência territorial abrangente de todo o território da unidade federada, com fundamento no art. 125 da Constituição, porquanto o tema gravita em torno da organização judiciária, inexistindo afronta aos princípios da territorialidade e do Juiz natural.

11. A *perpetuatio jurisdictionis* é excepcionada nas hipóteses de modificação da competência *ratione materiae* do órgão, motivo pelo qual é lícita a redistribuição dos inquéritos policiais para a nova Vara Criminal, consoante o art. 87, in fine, do CPC. Precedentes (HC 88.660-4, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julg. 15.05.2008; HC 85.060, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, julg. 23.09.2008; HC 76.510/SP Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julg. 31.03.1998). Doutrina (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. V. III. Padova: CEDAM, 1939. p. 480; MARQUES, José Frederico. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 46. p. 446; TORNAGHI, Tornaghi. *Instituição de Processo Penal*. Vol. I. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 174).

12. A Lei estadual que cria Vara especializada em razão da matéria pode, de forma objetiva e abstrata, impedir a redistribuição dos processos em curso, através de norma procedimental (art. 24, XI, CRFB), que se afigura necessária para preservar a racionalidade da prestação jurisdicional e uma eficiente organização judiciária (art. 125 CRFB) (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 174-175; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 365- 366).

13. O princípio do Juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CRFB) é incompatível com disposição que permita a delegação de atos de instrução ou execução a outro juízo, sem justificativa calcada na competência territorial ou funcional dos órgãos envolvidos, ante a proibição dos poderes de comissão (possibilidade de criação de órgão jurisdicional *ex post facto*) e de avocação (possibilidade de modificação da competência por critérios discricionários), sendo certo que a cisão funcional de competência não se insere na esfera legislativa dos Estadosmembros (art. 22, I, CRFB) (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006. p. 544; SCHWAB, Karl Heinz. *Divisão de funções e o juiz natural*. *Revista de Processo*, vol 12 n 48 p 124 a 131 out/dez 1987).

14. A criação, no curso do processo, de órgão julgador composto pelo magistrado que se julga ameaçado no exercício de suas funções e pelos demais integrantes da Vara especializada em crime organizado é inconstitucional, por afronta aos incisos LIII e XXXVII do artigo 5º da Carta Magna, que vedam, conforme mencionado alhures, o poder de comissão, é dizer, a criação de órgão jurisdicional *ex post facto*, havendo, ainda, vício formal, por se tratar de matéria processual, de competência da União (art. 22, I, CRFB). [...]

17. É vedado à Lei Estadual estabelecer o sigilo do inquérito policial, aplicando-se as normas da legislação federal sobre a matéria.

18. A publicidade assegurada constitucionalmente (art. 5º, LX, e 93, IX, da CRFB) alcança os autos do processo, e não somente as sessões e audiências, razão pela qual padece de inconstitucionalidade disposição normativa que determine abstratamente segredo de justiça em todos os processos em curso perante Vara Criminal. Doutrina (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 558; TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 184; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 11ª ed. São Paulo: 2009. p. 20; CAPPELLETTI, Mauro. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Milano: A. Giuffrè, 1973. p. 756-758). [...]

23. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente pelo Plenário para declarar a nulidade, com redução de texto, dos seguintes dispositivos e termos da Lei estadual de Alagoas nº 6.806 de 2007: (a) as palavras “todos indicados e nomeados pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, com aprovação do Pleno, para um período de dois (02) anos, podendo, a critério do Tribunal, ser renovado”, no art. 2º; (b) o art. 5º, caput e seu parágrafo único; (c) o art. 7º e o art. 12, que violam o princípio do juiz natural ao permitir os poderes de avocação e de comissão; (d) o art. 8º; (e) o art. 9º, parágrafo único e respectivos incisos, bem como a expressão “crime organizado, desde que cometido por mais de dois agentes, estabelecida a divisão de tarefas, ainda que incipiente, com perpetração caracterizada pela vinculação com os poderes constituídos, ou por posição de mando de um agente sobre os demais (hierarquia), praticados através do uso da violência física ou psíquica, fraude, extorsão, com resultados que traduzem significativo impacto junto à comunidade local ou regional, nacional ou internacional”; (f) o art. 10; (g) os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 11, preservado o seu caput; (h) a

procedimento ocorre diversas vezes, no entanto, sequer uma tentativa de conceituação é explanada.

Consoante Braga (2015, p. 354):

Não há dúvidas de que a opção do Constituinte de 1988 em admitir que Estados e Distrito Federal produzam leis suplementares e supletivas sobre “procedimento em matéria processual” dá-se no intuito de viabilizar que a legislação genérica da União seja adaptada às diferentes necessidades e realidades locais – que devem ser atendidas e supridas, ainda que a União seja omissa-, considerando-se a dimensão territorial e a variedade social, cultural, estrutural e econômica brasileira.

Braga (2015, p. 354) continua ao dizer que:

O desafio já anunciado é delimitar os campos de atuação da União e dos Estados (e Distrito Federal) na elaboração da legislação relativa a processo/procedimento. A razão dessa empreitada é o fato de que o art. 22, I, CF, prevê um poder privativo da União para disciplinar o processo, e o art. 24, XI, institui um poder concorrente da União e dos Estados (e DF) para o procedimento – quando estes (processo e procedimento) são temas coincidentes e indissociáveis para este fim.

Contudo, ressalta-se que o art. 22, I, da CRFB/88, tampouco o art. 24, XI, da CRFB/88 mencionam competência específica para legislar sobre direito administrativo. Estaria o processo administrativo abrangido na competência privativa da União?

Braga (2015, p. 350) entende que o art. 22 da CRFB/88 não abrange o processo administrativo, mas somente o processo jurisdicional. Enquanto Carmona (2010, p. 78-79) interpreta que o termo “direito processual” abrange o processo administrativo.

expressão “e procedimentos prévios”, no art. 13. 24. Ação Direta de Inconstitucionalidade parcialmente procedente, ainda, para o fim de conferir interpretação conforme à Constituição: (a) ao art. 1º, de modo a estabelecer que os crimes de competência da 17ª Vara Criminal da Capital são aqueles praticados na forma do art. 1º da Lei nº 9.034/95, com a redação dada pela Lei nº 10.217/01; (b) ao art. 3º, com o fito de impor a observância, pelo Presidente do Tribunal, na designação de juiz substituto, de critérios objetivos, apriorísticos e impessoais, nos termos do quanto decidido pela Corte nos autos do MS nº 27.958/DF; (c) ao art. 9º, inciso I, para excluir da competência da Vara especializada o processo e julgamento de crimes dolosos contra a vida. 25. Modulação dos efeitos temporais da decisão, na forma do art. 27 da Lei 9.868/99, para que os dispositivos objurgados não produzam efeitos sobre os processos com sentenças já proferidas e sobre os atos processuais já praticados, ressalvados os recursos e habeas corpus pendentes que tenham como fundamento a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Estadual ora em exame, ressaltando-se, ainda, que os processos pendentes sem prolação de sentença devem ser assumidos por juízes designados com a observância dos critérios constitucionais, nos termos do presente aresto, fixado o prazo de noventa dias para o provimento dos cargos de juízes da 17ª Vara Criminal da Capital.

A CFEB/88 não versa, expressamente, sobre competência para tratar de direito administrativo. Ele não se encontra no rol de competência privativa da União (art. 22 da CFEB/88), de competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23 da CFEB/88), de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (art. 24 da CFEB/88), tampouco de competência dos Municípios (art. 30 da CFEB/88). Também não há lógica em tratá-lo como competência remanescente dos Estados-membros.

No art. 22, I, da CFEB/88 atribui-se privativamente à União competência para legislar sobre desapropriação e no art. 22, XXVII, sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios [...] e para as empresas públicas e sociedades de economia mista”.

Da análise dos artigos supracitados acerca da repartição de competências no sistema federativo brasileiro, percebe-se que o constituinte originário não se preocupou em distinguir processo de procedimento administrativo, bem como preferiu não atribuir o direito administrativo como competência privativa da União, tal como fez com o direito civil, penal, marítimo, aeronáutico, eleitoral, comercial etc.

Assim sendo, o legislador entendeu por tornar o direito administrativo competência comum de todos os entes da federação, exceto naquilo que tange àquilo que já está delimitado na CFEB/88, a exemplo da desapropriação (competência privativa da União) e das normas gerais sobre licitações e contratos (competência privativa da União, o que, em verdade, culmina em uma espécie de competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, já que todos podem complementar às normas gerais editadas).

E por que se infere essa competência comum, com exceções, sobre direito administrativo, aí incluindo-se o processo administrativo? Simples, ordinariamente no Brasil, todos os entes federativos editam normas sobre direito – e processo – administrativo. Leis sobre processo administrativo, regime jurídico estatutário e processo disciplinar dos servidores públicos civis, todas são editadas por cada ente federativo. Veja-se, a título exemplificativo, a lei nº 8.112 de 1990 no âmbito da União, a Lei nº 6.677 de 1994 no Estado da Bahia e a Lei Complementar nº 01 de 1991 no Município de Salvador, as quais consistem no estatuto jurídico relativo aos direitos e deveres dos servidores públicos civis de cada ente mencionado.

Inclusive, o caput do art. 39 da CFEB/88 que, originalmente, previa competência comum para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estabelecerem normas relacionadas ao regime jurídico único da Administração Pública direta, autárquica e

fundacional², teve sua redação renovada pela Emenda Constitucional nº 19 – EC nº 19, passando a dispor o seguinte:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, BRASIL, 1988, n.p)

É óbvio que a competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios acerca do regime jurídico único mantém-se, porém, não de maneira tão expressa; demonstrando, claramente, que a CRFB/88 possui conteúdo além de sua literalidade.

Diante do exposto, no campo do processo administrativo não surge uma problemática capaz de pôr em risco o interesse público que tal instituto jurídico tem por objetivo preservar. Diferentemente do que ocorre no processo civil e no processo penal, a CRFB/88 não trouxe delimitações ao legislador ordinário no que toca do processo administrativo, deixando-se um espaço de maior amplitude, no qual devido à possibilidade de a União, os Estados, o Distrito federal e o Municípios, todos, estarem aptos a legislar sobre o direito administrativo em proporção regional ou local, afasta o embate ocasionado pela necessidade de definir os conceitos de processo e procedimento administrativos. É óbvio que a questão não deixa de ser relevante, porém, ver-se que essa distinção inexistente no seio do processo administrativo, simplesmente porque foi solucionada já no nascedouro.

A proposta de Braga (2015, p. 354) é justamente a equiparação entre processo e procedimento para conceder maior autonomia aos entes federativos, assim como atender às necessidades culturais e ao interesse público predominante em cada localidade do território brasileiro. A legislação brasileira sobre processo administrativo já se encontra em consonância com essa proposta, mas isso não significa não haja o que melhorar.

² Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas (BRASIL, 1988, n.p).

III. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DE DECISÕES RACIONAIS E EFICIENTES

Apesar da existência de diversas teorias sobre a definição de processo administrativo, dúvidas não há acerca de sua função preponderante: produzir decisões racionais, isonômicas e consoantes o interesse público.

A racionalidade do processo administrativo está em sua essência. É o meio mais adequado encontrado pelo Direito para garantir a segurança jurídica das relações jurídicas internas e externas das quais a Administração Pública participa. Relações jurídicas internas são aquelas existentes em seu interior, enquanto relações jurídicas externas são aquelas que a Administração Pública trava com terceiros e com os cidadãos/administrados.

A segurança jurídica visa garantir o mínimo de certeza nas relações jurídicas. Seu intuito é estabilizar o direito. Daí a necessidade de haver institutos jurídicos como decadência, prescrição, ato jurídico perfeito, coisa julgada, direito adquirido etc.

A segurança jurídica possui dois aspectos subjetivos a boa-fé e a proteção à confiança. A última refere-se à necessidade humana de que a Administração Pública respeite, e faça com que terceiros respeitem, os atos por ela praticados. Já a boa-fé reza que a Administração aja com lealdade e honestidade. Di Pietro (2014, p. 86) discorre acerca do vínculo entre o princípio da segurança jurídica e o da boa-fé.

A segurança jurídica tem muita relação com a ideia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo. Isto não significa que a interpretação da lei não possa mudar; ela frequentemente muda como decorrência e imposição da própria evolução do direito. O que não é possível é fazê-la retroagir a casos já decididos com base em interpretação anterior, considerada válida diante das circunstâncias do momento em que foi adotada.

A existência de uma série de atos coordenados previamente definidos pela lei e/ou ato administrativo objetiva evitar que o agente público atue em prol de interesses pessoais,

colocando em segundo plano o interesse da coletividade. Em termos de direito administrativo, diz-se que se objetiva impedir o abuso de poder.

Carvalho Filho (2015, p. 48) assevera que:

Nem sempre o poder é utilizado de forma adequada pelos administradores. Como a atuação destes deve sujeitar-se aos parâmetros legais, a conduta abusiva não pode merecer aceitação no mundo jurídico, devendo ser corrigida na via administrativa ou judicial. A utilização do poder, portanto, deve guardar conformidade com o que a lei dispuser. Podemos, então, dizer que abuso de poder é a conduta ilegítima do administrador, quando atua fora dos objetivos expressa ou implicitamente traçados na lei.

Prossegue Carvalho Filho (2015, p. 48-49), explicitando que o abuso de poder pode se dá de 02 (duas) maneiras diversas, por excesso de poder ou por desvio de poder ou finalidade:

A conduta abusiva dos administradores pode decorrer de duas causas: 1ª) o agente atua fora dos limites de sua competência; e 2ª) o agente, embora dentro de sua competência, afasta-se do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo. No primeiro caso, diz-se que o agente atuou com “excesso de poder” e no segundo, com “desvio de poder”. Excesso de poder é a forma de abuso própria da atuação do agente fora dos limites de sua competência administrativa. Nesse caso, ou o agente invade atribuições cometidas a outro agente, ou se arroga o exercício de atividades que a lei não lhe conferiu. Já o desvio de poder é a modalidade de abuso em que o agente busca alcançar fim diverso daquele que a lei lhe permitiu. O desvio de poder é conduta mais visível nos atos discricionários. Decorre desse fato a dificuldade na obtenção da prova efetiva do desvio, sobretudo porque a ilegitimidade vem dissimulada sob a aparência da perfeita legalidade.

Quanto ao interesse público, este também se situa no seio da Administração Pública brasileira, a qual, inclusive, possui natureza jurídica de *múnus público*, que significa o dever de proteger e conservar o interesse público.

O interesse público configura-se como o interesse da sociedade. É a melhor escolha que o administrador pode fazer, considerando as necessidades da população. Mello, C. (2010, p. 59-61) cuida de definir perfeitamente o interesse público, ressaltando que este, além de não contrapor o interesse individual, também não lhe é equivalente.

Ao se pensar em interesse *público*, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, *individual*, isto é, ao interesse pessoal de cada um.

Acerta-se em dizer que se constitui no *interesse do todo*, ou seja, do *próprio conjunto social*, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público. [...] Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a um *dado* interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção basta para *exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais*. [...] Donde, o *interesse público* deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem**. (MELLO, C., 2010, p. 59-61).

Nas palavras de Ferraz e Dallari (2001, p.24), O processo administrativo aberto, visível, participativo, é instrumento seguro de prevenção à arbitrariedade. Dele não se pode abrir mão, minimamente que seja.

É óbvio que no Brasil vigora a necessidade de processo administrativo anterior às decisões porque se trata de um Estado Democrático de Direito. Todo Estado de Direito sujeita-se ao império da lei, porém da lei que visa à realização do princípio da igualdade e da justiça. (TOURINHO, 2009, p. 33)

Segundo Kelsen (2000, p. 346 apud TOURINHO, 2009, p. 29):

A expressão “Estado de Direito” é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, que seria aquele capaz de satisfazer os requisitos da democracia e da segurança jurídica, ou seja, uma ordem jurídica centralizada onde a jurisdição e a administração estão vinculadas à lei.

No que tange ao regime democrático, vale salientar que a democracia é calcada na (des)confiança política, consistindo em instrumento contendor e distribuidor do poder estatal (FACCI, p. 35-37). E as normas jurídicas, a exemplo daquelas que versam sobre processo administrativo, consistem em instrumento de estabelecimento dessa ordem democrática.

Nessa linha é que Ferraz e Dallari (2001, p. 25) alargam a fileira de doutrinadores que atribuem ao processo administrativo a finalidade de produzir decisões racionais, eficientes e consagradoras do interesse público:

Dois seriam os sentidos teleológicos do processo administrativo: assegurar a produção e a eficiência (para nós, eficiência é outro nome que se poder dar a todas as funções estatais – quem sabe às particulares também –, sobretudo a administrativa) do agir administrativo e maximizar as garantias do administrado.

Embora o ordenamento jurídico brasileiro seja calcado na busca dos fins já elucidados, o processo administrativo não se encontra imune a atuações em desconformidade com seus objetivos. Isto porque as normas jurídicas não possuem a capacidade de prever todas as necessidades da coletividade, tampouco dispor acerca de todos os fatos sociais vindouros. Ou seja, os acontecimentos da sociedade ocorrem em velocidade muito superior às mudanças promovidas pelo Direito, sejam elas de cunho legislativo ou judiciário.

Ademais, em certas situações existe um grau de incerteza quanto às consequências jurídicas que podem advir de um fato social, bem como não se sabe, de logo, qual seria o melhor modo de atuação por parte da Administração Pública a fim de promover e satisfazer o interesse público.

Em face de tais circunstâncias, dentre os poderes-deveres administrativos estão o poder-dever vinculado e o poder-discrecionário.

Meirelles (2000, p. 156) define que “atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização” e “discrecionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e de seu modo de realização”.

Tendo em vista que há uma margem optativa no que se refere aos atos oriundos do poder-dever discrecionário, diversamente dos atos vinculados, ele é passível de sofrer modulações que fujam dos objetivos da Administração Pública, favorecendo, de forma ilegítima, interesses particulares, visto que o controle administrativo diante dele pode não ser exercido com a cautela requerida.

Apesar de centenas de estudos realizados em torno da discricionariedade administrativa, não existe, até os dias atuais, um consenso quanto ao seu real alcance e abrangência do controle dos atos decorrentes da atividade discrecionária. (TOURINHO, 2009, p. 14).

Bielsa (1955, p. 60) ressalta a necessidade de haver forte controle, sobretudo, judiciário sob os atos discrecionários, pois “a faculdade discrecionária se não é objeto de controle jurídico, e especialmente jurisdicional, permite o governo pessoal”.

Ao longo dos séculos na Administração Pública brasileira, o espírito patrimonialista dos administradores, a utilização da coisa pública como coisa de ninguém

caracterizada pelo desperdício, interesses privados sobrepondo-se sobre necessidades coletivas, mudanças legislativas inspiradas para beneficiar determinados setores, como, por exemplo, a elite política e econômica. (OSÓRIO, 1998, p. 16 apud TOURINHO, 2009, p. 15)

Ou seja, a discricionariedade que deveria ser instrumento para melhor alcance da finalidade legal, vem sendo utilizada para a prática de atos visando à satisfação de interesses pessoais ou de grupos econômicos e sociais. (TOURINHO, 2009, p. 14)

A partir disso, pode-se dizer que no Brasil há sérios episódios de distorção da discricionariedade em arbitrariedade. Todavia, não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. “Ao agir arbitrariamente o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois estará se comportando fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente”. (sic, MELLO, C., 2002, p. 382)

“Com efeito, a discricionariedade deve estar encoberta por motivação suficiente, discutível ou não, porém, em todo caso, considerável. Já a arbitrariedade não traz motivação ou esta é eivada de contradições, revelando inautenticidade”. (ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 2000, p. 477).

Nesses termos, verifica-se que em situações faticamente idênticas, das quais resultam decisões administrativas diversas existe contradição, assim como quando se trata de casos similares, cujas decisões de âmbito administrativo não apresentam justificativas compreensíveis; afinal, diante de fatos idênticos ou similares, não devem haver motivação divergentes capazes de tornarem-se incoerente quando comparadas. Do fato surge a norma e não o contrário. Isso constitui expressão de isonomia, assim como de segurança jurídica; ambos princípios constitucionais que devem reger o processo administrativo, visto que, “de acordo com a doutrina mais moderna, todos os princípios de Direito Administrativo são constitucionais, sendo alguns implícitos e outros explícitos, mas todos decorrentes da Constituição Federal”. (CARVALHO, M. 2017, p. 66).

A falta de aplicação concreta ou a aplicação errônea ou equivocada dos princípios no processo administrativo causa danos irreparáveis à sociedade, esta perde a confiança dos administrados e fica exposta a uma gestão oligárquica que coloca o interesse público em segundo plano buscando objetivos pessoais. Qual a função de uma Administração Pública que não tutela o interesse público? Nenhuma! Desvirtuou-se, portanto, deve ser revitalizada. A finalidade dos princípios administrativos é, justamente, evitar esse tipo de acontecimento.

O processo administrativo para não pecar em sua missão deve estar de acordo com as regras e princípios do ordenamento jurídico brasileiro, respeitando, inclusive, os limites do poder discricionário.

IV. DO DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA OBSERVAR PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES

IV.I. DA ABRANGÊNCIA DO ART. 15 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Dispõe o art. 15 do CPC/15:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. (BRASIL, 2015, n.p, grifos nosso)

Da leitura do dispositivo legal supracitado infere-se, primeiramente, que o legislador ordinário inseriu no CPC/15 mandamento para que seja aplicado ao processo administrativo. Em segundo lugar, percebe-se que há um pressuposto para tal aplicação: a ausência de normas, bem como que sua utilização se dará de forma supletiva ou subsidiária. A partir desses elementos, é preciso conceituar os fenômenos da ausência de normas e da aplicação supletiva ou subsidiária.

O ordenamento jurídico é um sistema normativo, cujo objetivo é regular fatos sociais e prever suas consequências jurídicas com vistas a manter a ordem e a estabilidade da sociedade. Todavia, esse sistema é fruto do intelecto humano, o qual encontra delimitações quanto à previsibilidade de situações fáticas, visto ser o Direito “o último vagão no comboio das transformações sociais”, pois nem o ser humano conhece totalmente seus limites e a sociedade evolui com extrema rapidez.

Desse modo, pode acontecer de que em dado momento não haja previsão jurídica específica regulando determinado fato social, ou seja, exista uma abertura não preenchida entre as normas regentes aplicáveis a uma situação. O processo administrativo está apto a vivenciar essa conjuntura, assim como qualquer outro ramo do Direito e, portanto, ser afetado pela ausência de normas ao enfrentar certo quadro jurídico.

Diante da ausência de normas entre as fontes diretas do processo administrativo, é cabível recorrer ao CPC/15, fonte indireta. Entendendo-se as fontes diretas como aquelas que

versam expressamente sobre o processo administrativo e fonte indireta como aquela aplicável somente na falta da primeira.

No que tange à aplicação supletiva ou subsidiária, observa-se que a primeira, sinônimo do vocábulo complementar, refere-se a um contexto que a norma até existe, porém está incompleta, o que torna incabível sua aplicação. Enquanto a segunda, relaciona-se a um cenário de total inexistência de norma regulamentadora, surgindo como um auxílio, uma ajuda, um socorro.

Salienta-se que a mencionada definição não é pacífica na doutrina brasileira, havendo juristas que conceituam os termos inversamente, a exemplo de Carneiro (2016, p. 113) ao dizer que:

Etimologicamente, existe uma diferença entre aplicação supletiva e aplicação subsidiária. A primeira se destina a suprir algo que não existe em uma determinada legislação, enquanto a segunda serve de ajuda ou subsidio para a interpretação de alguma norma ou mesmo um instituto.

Em virtude do apresentado, restou-se verificada a abrangência do art. 15 do CPC/15 em relação ao processo administrativo. Sua importância consubstancia-se no fato de ser o alicerce para a aplicação de precedentes judiciais e administrativos vinculantes, pois, caracteriza-se como norma autorizativa não apenas daquilo já disposto no CPC/15, mas também da constituição analógica de um modelo de precedentes exclusivamente no âmbito da Administração Pública brasileira.

IV.II. DA DEFINIÇÃO DE PRECEDENTES

O debate acerca do estabelecimento de um sistema de precedentes administrativos vinculantes na estrutura da Administração Pública brasileira deve ser precedido da definição conceitual do termo precedente, assim como de diferenciações em face de outros institutos jurídicos (relacionados) consagrados.

Outrossim, faz-se necessário ainda compreender como os precedentes judiciais vinculantes operam, visto que o intuito é aplicar seu funcionamento analogicamente ao processo administrativo, e da mesma maneira esclarecer o porquê de vincularem, além dos órgãos do Poder Judiciário, a Administração Pública, o que será esmiuçado no tópico 4.3.

Sobre o conceito de precedente elucidam Braga; Didier Junior e Oliveira (2015, p. 441-442) que “em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”, ao passo que “em sentido estrito, o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*”.

“A *ratio decidendi* – ou para os norte-americanos, a *holding* – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”. (BRAGA; DIDIER JUNIOR e OLIVEIRA, 2015, p. 442)

Em suma, não se deve confundir decisão judicial (e, *pari passu*, decisão em sede de processo administrativo) com precedente, dado que esse é somente um dos componentes de uma decisão – a fundamentação. Conforme os ensinamentos de Marinoni (2015, p. 610), “os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são *razões generalizáveis* que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial”.

Outra distinção relevante diz respeito a precedente *versus* jurisprudência. Segundo Taruffo (2014, p. 03), “quando se fala do precedente, faz-se geralmente referência a uma decisão relativa a um caso particular” e “quando se fala da jurisprudência faz-se, normalmente, referência a uma pluralidade frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos”.

Marinoni (2015, p. 609-610, grifos do autor) defende que:

A jurisprudência consubstancia-se na atividade de interpretação da lei desempenhada pelas cortes para *solução de casos*, cuja *múltipla reiteração gera a uniformidade* capaz de servir de *parâmetro de controle*, não gozando de *autoridade formalmente vinculante*.

Gonçalves (2014, p. 173) conceitua jurisprudência como “conjunto reiterado de decisões que interpretam o direito em determinado sentido, é variável no tempo, o que indica a evolução da consciência jurídica nacional”.

Cambi e Fogaça (2015, p. 343) destacam que “a jurisprudência possui diferença quantitativa em relação ao precedente”, pois, “remete a uma multiplicidade de decisões relativas a vários casos concretos”, enquanto “o precedente é um julgado individual que poderá ou não formar jurisprudência”.

É válido ainda diferenciar o precedente e a jurisprudência das súmulas. “Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal”. (BRAGA; DIDIER JUNIOR e OLIVEIRA, 2015, p. 487)

Ou seja, “a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* [...] de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente. Há, pois, uma evolução: precedente – jurisprudência – súmula. (BRAGA; DIDIER JUNIOR e OLIVEIRA, 2015, p. 487)

Nas palavras de Leal (1981, p. 02), as súmulas são um “método destinado a ordenar melhor e facilitar a tarefa judicante”

A explanação desses conceitos tem por objetivo demonstrar que é perfeitamente possível que a Administração Pública adote tal estruturação, fazendo com que, a partir da reiteração dos fundamentos (*ratio decidendi*/precedente) de suas decisões em sede de processo administrativo, organizem-se enunciados normativos aptos a orientar sua atuação.

No que toca aos efeitos dos precedentes, eles podem ter natureza vinculante ou obrigatória ou meramente persuasiva. O precedente é vinculante/obrigatório (*binding precedente*), ou dotado de *binding authority* (autoridade vinculante), quando tiver eficácia vinculativa em relação aos casos que, em situações análogas, lhe forem supervenientes. (BRAGA; DIDIER JUNIOR e OLIVEIRA, 2015, p. 455). Já “a definição de precedente persuasivo é feita por exclusão, ou seja, são persuasivos todos aqueles que não forem obrigatórios ou relativamente obrigatórios”. (SOUZA, 2011, n.p. apud RAMOS, 2013, n.p.)

Ressalta-se que não se trata de uma classificação excludente. Consoante asseveram Braga; Didier Junior e Oliveira (2015, p. 455) “o efeito vinculante do precedente abrange os demais efeitos, sendo o mais intenso de todos eles e, desse modo, “o precedente que tem efeito vinculante por determinação legal também deve ter reconhecida sua aptidão para produzir efeitos persuasivos, obstativos, autorizantes etc.”

Com base nessa hipótese, abre-se espaço para a figura do *obiter dictum*.

O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão. [...] trata-se de colocação ou opinião jurídica adicional, paralela e dispensável para a fundamentação e conclusão da decisão. (BRAGA; DIDIER JUNIOR e OLIVEIRA, 2015, p. 444)

Não há impedimentos para que o *obiter dictum* seja “erigido à condição de *ratio*, bem como a *ratio*” seja “rebaixada à condição de *obiter dictum*”. (BRAGA; DIDIER JUNIOR e OLIVEIRA, 2015, p. 446)

O principal requisito para a aplicação de precedentes é “que sejam consideradas as circunstâncias de fato em que foi construído, para que só se o aplique a causas em que a base fática seja similar”. (BRAGA; DIDIER JUNIOR e OLIVEIRA, 2015, p. 489)

[...] é preciso saber quando um precedente para a solução de uma questão e quando não o é. Se a questão que deve ser resolvida já conta com um precedente – se é a *mesma questão* ou se é *semelhante*, o precedente aplica-se ao caso. O raciocínio é eminente *analógico*. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem *particularidades fático-jurídicas não presentes* – e por isso *não consideradas* – no precedente, então é caso de *distinguir* o caso do precedente, recusando-lhe a aplicação é o caso de realizar uma distinção (*distinguishing*). (MARINONI, 2015, p. 615, grifos do autor)

Cambi e Fogaça (2015, p. 353) reforçam esse argumento ao afirmar que:

[...] é preciso demonstrar que as regras e os princípios jurídicos que conduziram a criação da *ratio decidendi* não abrangem os fatos trazidos no caso em exame, exigem sua limitação, não se coadunam com as proposições sociais, que reclamam por um novo tratamento jurídico, ou, ainda, que a *ratio decidendi* não apresenta consistência sistêmica, ao gerar conflito entre normas já existentes ou surgidas posteriormente à construção do precedente ou, também, reforçar certas normas em detrimento de outras e, por isso, justificar a sua ampliação ou a sua restrição no julgamento da nova situação em análise. Portanto, serão os casos subsequentes, pelas distinções ampliativas ou restritivas, que servirão para sedimentar a *ratio decidendi*, isto é, determinarão sua extensão e seus limites, ampliando ou restringindo a sua configuração inicial, bem como corrigindo pequenos erros.

Há também o *overruling*, “técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. (BRAGA; DIDIER JUNIOR e OLIVEIRA, 2015, p. 494)

“Por meio dessa técnica (*overruling*) o precedente é revogado ou superado em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação”. (DONIZETTI, p. 11-12)

Contudo, “isso não se aplica [...] quando o precedente tem mais de uma *ratio* e apenas uma delas é superada. Nessa hipótese, o precedente subsiste como dado relevante para a construção normativa no que toca às *rationes decidendi* que foram preservadas”. (DIDIER JUNIOR e MACÊDO, 2014, p. 150)

Destaca-se que que o *distinguishing* e o *overruling* não atentam contra o princípio da segurança jurídica. Essas técnicas não são aplicadas incontrolavelmente. É preciso que sejam devidamente fundamentadas e, caso a motivação configure-se incoerente, o órgão (na hipótese de precedentes administrativos as autoridades também gozariam dessa prerrogativa) superior deve reformar a decisão. Ademais, o CPC/15 prevê, em seu art. 927, §2º, que “a alteração de tese jurídica adotada [...] poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

IV.III. DOS ARTIGOS 926, 927 E 928 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Os arts. 926, 927 e 928 do CPC/15 cuidam de estabelecer e regulamentar a organização e aplicação dos precedentes judiciais vinculantes.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. (BRASIL, 2015, n.p)

O caput do art. 926 do CPC/15 ao mencionar que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” não faz referências às entidades da Administração Pública, contudo, não há impedimentos para que, analogicamente, esta siga tais orientações e passe a organizar suas decisões em sede de processos administrativos de acordo com os padrões de reiterações.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual. (BRASIL, 2015, n.p)

O rol de precedentes vinculantes judiciais disposto nos arts. 927 e 928 do CPC/15 não é de observação obrigatória somente dos juízes e tribunais. De acordo com Carneiro (2016, p. 114):

O tratamento que o novo Código deu a jurisprudência (arts. 926 a 928) também tem grande importância no processo administrativo. Se, por um lado, já havia previsões da obrigatoriedade da administração pública em observar os julgados no controle concentrado de inconstitucionalidade (art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999), nas previsões das súmulas vinculantes (art. 2º da Lei 11.417/2006) e nas decisões iterativas dos Tribunais (art. 4º, XII e 43, da LC 73/1993, combinado com o art. 4º, da

Lei 9.469/1997), deverá, também, observar as decisões resultantes do julgamento de recursos repetitivos e do incidente de resolução de demandas repetitivas, ambos previstos na novel legislação adjetiva civil.

O art. 985, §2º, do CPC/15³ reforça a argumentação acima exposta, haja vista que ao estabelecer que caso o incidente de resolução de demandas repetitivas tenha por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento deverá ser comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada, concretizando a ideia de que os precedentes judiciais dos arts. 927 e 928 do CPC/15 também se estendem à Administração Pública; afinal, como leciona Carneiro (2016, 114-115), se assim não fosse,

[...] os princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência (art. 37 da CF), da segurança jurídica, da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 2º da Lei 9.784/1999), que informam a administração pública em geral, estariam comprometidos se ela, a despeito de uma decisão vinculante oriunda de processo judicial, conscientemente, procedesse em um processo administrativo de modo diverso ao estipulado pelo Poder Judiciário. A economicidade e a eficiência estariam comprometidas, a administração seria mais onerosa, teria maiores prejuízos, sendo que o ato desconforme praticado poderia caracterizar violação do dever funcional ou mesmo abuso de poder do agente público, também o princípio da isonomia [...] estaria comprometido, pois não é minimamente razoável que alguém tenha que recorrer ao Poder Judiciário para assegurar que a administração pública cumpra o direito já reconhecido pelos Tribunais, o qual alcança todos os processos pendentes, além dos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito.

VI. DOS PRECEDENTES VINCULANTES ADMINISTRATIVOS

³ Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada. (BRASIL, 2015, n.p, grifo nosso).

Precedente administrativo é uma categoria jurídica emergente no âmbito do direito brasileiro. O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 – CPC/15 instituiu o sistema de precedentes judiciais, estabelecendo deveres de estabilidade, integridade e coerência entre as decisões judiciais e fixando hipóteses em que novas decisões devem ser proferidas de acordo com decisões anteriores originárias de órgãos colegiados do poder judiciário hierarquicamente superiores.

No âmbito do processo administrativo não existe expressamente na legislação determinação de deveres similares a serem observados nas decisões administrativas. Porém, o ordenamento jurídico não é composto exclusivamente de leis. A lei, regra jurídica, consiste em espécie do gênero norma jurídica, a última também engloba os denominados princípios jurídicos, os quais são elementos fundamentadoras da aplicação do sistema de precedentes no processo administrativo. Os princípios jurídicos são normas jurídicas, tal como as regras, dotadas de elevada normatividade. Esta invulgar força jurídica permite que os princípios jurídicos sirvam de fundamento para um instituto jurídico, ainda que não regulado pela legislação. (CARVALHO, G., 2016, s.n.).

É com base nesse raciocínio que se pode afirmar que os precedentes administrativos não foram instituídos diretamente através da legislação, porém não lhe foi retirada sua origem normativa, pois os principais fundamentos jurídicos que conduzem ao dever de autovinculação da Administração às suas decisões pretéritas ostentarem natureza principiológica.

Hachem (2014, p. 224) leciona que:

Em solo nacional, sob o ponto de vista do Direito positivo, inexistente uma regra legal de cunho geral que discipline específica e claramente o tema, de modo a constringer os órgãos administrativos a seguirem no futuro a mesma orientação que vinham manifestando em situações similares anteriores. Todavia, sabe-se que a Administração não se sujeita apenas à lei em sentido formal, mas também aos princípios constitucionais implícitos e explícitos, entre os quais se situam os princípios da igualdade, da impessoalidade administrativa, da segurança jurídica, da proteção à confiança legítima e da proibição de discriminação atentatória aos direitos fundamentais. São justamente esses elementos, integrantes da juridicidade à qual se subordina o Poder Público, que demandam o respeito aos precedentes administrativos.

O art. 15 do CPC/15 é um fator legitimador da ideia de precedentes administrativos vinculantes, pois, trazendo o mandamento de aplicação das normas de processo civil ao processo administrativo, subsidiária ou supletivamente, em casos de omissões, indica que a

legislação, malgrado não tenha sido expressa, está direcionada em sentido permissivo no que tange à transposição dos sistemas de precedentes judiciais para o processo administrativo através da utilização de interpretação analógica.

Segundo a conceituação de Carvalho, G. (2016, s.n.):

O precedente administrativo é a norma jurídica extraída por indução de um ato administrativo individual e concreto, do tipo decisório, ampliativo ou restritivo da esfera jurídica dos administrados, e que vincula o comportamento da Administração Pública para todos os casos posteriores e substancialmente similares. Em outras palavras: casos substancialmente similares deverão ter a mesma solução jurídica por parte da Administração Pública.

Tais precedentes “são o resultado de decisões anteriores proferidas pelo ente administrativo a respeito de determinada matéria, que traduzem a sua orientação interpretativa do ordenamento jurídico a propósito do assunto”. (HACHEM, 2014, p. 222).

V.I. DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS QUE FUNDAMENTAM A APLICAÇÃO DE PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS VINCULANTES

Um sistema organizado a fim de promover os interesses da coletividade deve respeitar a isonomia, a razoabilidade e a segurança jurídica. Não há fundamentos para que sob situações que envolvam contextos e direitos similares recaiam decisões diferentes. A discricionária da Administração Pública se encontra sujeita aos princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser considerada legítima decisão discricionária desproporcional, irrazoável e anti-isonômica, a qual comprometeria a credibilidade e a imagem da Administração Pública, pondo em risco e dúvida a segurança jurídica.

Poder-se-ia “dizer que decisões várias para um mesmo caso não significa desordem, mas o reflexo de uma natural diversidade de opiniões. [...], mas não há como deixar de ver [...] que isso atenta contra a igualdade, a imparcialidade e a segurança jurídica”. (ELY, 1980, p. 44 apud MARINONI, 2016, p. 2308)

“Segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. [...] articula-se com a garantia da tranquilidade jurídica” (ROCHA, 2004, s.n.) e “com a sua certeza de que as relações jurídicas não podem ser alteradas numa imprevisibilidade que as deixe estáveis inseguras quanto ao seu futuro, quanto ao seu presente e até mesmo quanto ao passado”. (ROCHA 2004, s.n.) “Expressa-se em termos de estabilidade e continuidade da

ordem jurídica e de previsibilidade acerca das consequências jurídicas praticadas no convívio social”. (MARINONI, 2016, p. 2309) E “tem como elemento nuclear a proteção da confiança”. (LARENZ apud MARINONI, 2016, p. 2309)

“A idéia de confiança legítima defende a manutenção de atos administrativos, cujos efeitos se prolongaram no tempo, gerando no administrado uma expectativa legítima de continuidade (sic, ROCHA e DINIZ, 2008, p. 167), haja vista que “o comportamento de uma pessoa gera expectativas legítimas capazes de induzir o comportamento alheio. Essas expectativas não podem ser frustradas de maneira volúvel, porquanto fundadas na boa-fé”. (LARENZ apud MARINONI, 2016, p. 2309)

Portanto, “aquele que se coloca em situação similar à do caso já julgado possui legítima expectativa de não ser surpreendido por decisão diversa”. (MARINONI, 2016, p. 2309), sendo que “o que pode garantir a unidade do direito, a segurança jurídica e a igualdade é o precedente obrigatório”. (MARINONI, 2016, p. 2310).

Nas palavras de Gonçalves (2014, p. 174), “a ideia de que, em um mesmo contexto histórico e cultural, possam ser proferidos pronunciamentos judiciais contendo teses jurídicas diferentes e até opostas repugna à consciência jurídica”. O mesmo é igualmente válido para as decisões proferidas em âmbito de processo/procedimento administrativo, afinal é uma violação à sistemática do ordenamento jurídico brasileiro manifestações da Administração Pública desiguais em idênticas situações.

Rui Barbosa (1999, p. 26), jurista brilhante, teceu em seu livro *Oração aos Moços* comentários imprescindíveis à interpretação e aplicação do princípio da isonomia. Diz ele que devemos “quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam”, pois “nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. [...] Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.

Tartuce (2014, n. p.), a par dos comentários de Rui Barbosa, observa que o princípio da isonomia é subdividido em isonomia *lato sensu* e isonomia *stricto sensu*:

A Constituição consagra a isonomia ou igualdade *lato sensu*, traduzido no art. 5.º, caput, da Lei Maior, segundo o qual ‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’. No que toca a essa igualdade, princípio maior, pode ser ela concebida pela seguinte oração, atribuída, entre tantos, a Ruy Barbosa, o seguinte sentido: a lei deve tratar de maneira igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais (*Oração aos*

Moços). Esclareça-se que em relação à expressão da igualdade transcrita, nota-se na sua primeira parte a consolidação do princípio da igualdade *stricto sensu* (a lei deve tratar de maneira igual os iguais...), enquanto a segunda frase traz o princípio da especialidade (... e de maneira desigual os desiguais).

O princípio da isonomia orienta a Administração Pública a respeitar a pluralidade da nossa sociedade, tornando o fazer administrativo um ofício dotado de eticidade, de acordo com o que preceitua o princípio da dignidade humana (art. 1º, II, da CF/88).

No direito administrativo, a isonomia atua por meio de outros princípios como moralidade, impessoalidade e legalidade. Quando, por exemplo, a Administração edita uma norma, deve observar como a mesma incidirá sobre os destinatários e notar se é necessário algum ajuste, como inserir dispositivo concedendo prerrogativas a parcela dos destinatários, com o intuito de igualá-los aos demais, a exemplo da norma existente em órgãos administrativos que prestam atendimento direto ao público, dispondo que *será preferencial o atendimento a idosos, gestantes e pessoas com deficiência*.

Da isonomia decorre o princípio da impessoalidade, o qual apresenta duas faces, a primeira significa que ser impessoal é agir calcado em critérios objetivos que não permitam haver quebra da isonomia entre os administrados, tampouco entre os servidores públicos. A Administração Pública não deve atuar de modo a promover diferenciações, para o bem ou para o mal, no atendimento ao público, bem como não pode ocorrer manipulações com o intuito de prejudicar ou beneficiar servidores públicos.

Schauer (2015, 76) assevera que:

Dentre as justificativas mais comuns para tratar precedentes como relevantes, está o argumento sobre equidade, por vezes tratado como um argumento de justiça. O argumento é comumente expresso em termos de uma estrutura simples “tratar casos iguais igualmente”. Falhar em tratar casos semelhantes semelhantemente, argumenta-se, é tido como arbitrário, e conseqüentemente injusto. Alcançamos a equidade por regras decisórias destinadas para assegurar a coerência entre uma série de decisões. Quando a coerência também está entre os indivíduos simultaneamente, expressamos esta regra decisória como “igualdade”. Onde a coerência entre decisões ocorre através do tempo, chamamos nossa regra de decisão de “precedente”. Igualdade e precedente são, assim, respectivamente, os ramos espacial e temporal do mesmo e maior princípio normativo da coerência.

“Não se pode admitir como isonômica a postura de um órgão do Estado que, diante de uma situação concreta, chega a um determinado resultado e diante de outra situação concreta, em tudo semelhante à primeira, chega a solução distinta”. (BRAGA; DIDIER JUNIOR e OLIVEIRA, 2015, p. 468) Todavia, deve-se atentar também que “utilização acrítica dos precedentes [...], pode dar ensejo a sérias violações ao princípio da igualdade, haja vista que esse princípio abrange também um tratamento diferenciado quando se tratar de sujeitos ou circunstâncias diferenciadas”. (BRAGA; DIDIER JUNIOR e OLIVEIRA, 2015, p. 469)

Schauer (2015, p. 80) ainda complementa aduzindo que o princípio da eficiência justifica o uso de um sistema de precedentes vinculantes ao afirmar que “o regime de precedentes permite menos considerações sobre questões já consideradas do que no sistema que não possui a regra do precedente”.

A legalidade administrativa é marcada por uma peculiaridade que a faz diversa da legalidade referida no art. 5º, II, da CF/88, a reserva legal: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988, s.n).

A reserva legal preceitua que *o que não está legalmente proibido, está permitido*, ou seja, as pessoas são livres para fazer o que desejarem, desde que não haja dispositivo legal que proíba tal conduta. No direito administrativo, o princípio da legalidade atua com muito mais rigor, pois é encarado de modo que *tudo o que não está legalmente permitido, está proibido*. Legalidade administrativa significa que todas as ações que a Administração Pública pode tomar devem ser tipificadas. Direitos, obrigações e sanções administrativas devem estar previamente prescritas em lei.

Alguns autores, como Diogo de Figueiredo (2014, n.p.), defendem que, atualmente, o princípio da legalidade não se restringe somente às leis, expandindo-se por todo o direito. Desse modo, estaria permitido o que estivesse normatizado no ordenamento jurídico como um todo, não apenas em leis. Denomina-se isso de princípio da *juricidade*.

Respeitar o princípio da legalidade administrativa é fundamental para o e correto funcionamento da máquina pública. Os administradores públicos não podem ser amplamente livres para exercer suas funções. A legalidade vem para limitar a discricionariedade – e evitar a arbitrariedade –, além de fornecer segurança jurídica aos administrados, os quais terão a certeza de que a Administração Pública não praticará atos autoritários.

Braga; Didier Junior e Oliveira (2016, p. 467) coadunam com o referido entendimento ao mencionar que “a referência à ‘legalidade’ é metonímica: observar a dimensão material do

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

V.II. DOS BENEFÍCIOS DO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES ADMINISTRATIVOS

O primeiro efeito direto da adoção dos precedentes administrativos é fazer com que as decisões em sede de processo/procedimento administrativo, “considerasse-se ‘autovinculada ao precedente’, isto é, predeterminada na escolha de uma decisão dentre as possíveis [...] em razão da reiterada adoção por ela mesma de um mesmo padrão decisório. (MODESTO, 2010, p. 02)

Em segundo lugar, destaca-se a necessidade de evitar decisões conflitantes no âmbito de um Estado Democrático de Direito, visto que a ideia de precedentes administrativos vinculantes “esteia-se, por um lado, na lógica e no senso comum de justiça, que pressupõem a harmonia e o respeito entre os diferentes órgãos e entidades estatais, sobretudo se vinculadas ao mesmo Poder” (ARAGÃO, 2008, p. 13); ao passo que “confere o maior grau de eficácia possível aos princípios que informam a atividade sancionadora do Estado, com especial destaque para o da utilidade do processo”. (ARAGÃO, 2008, p. 13-14)

Consoante já salientado, a adoção do sistema de precedentes administrativos não tem por intuito engessar a capacidade decisória da Administração Pública. O ideal do precedente é “tratar casos semelhantes de modos semelhantes”, valendo-se da mesma “razão de decidir”, isto é, dos mesmos motivos fundamentadores de decisão anteriormente proferida pelo ente político. Assim sendo, não há por que aplicar um precedente que não esteja calcado em um plano fático similar ao originário de uma decisão anterior ser aplicado em outro caso concreto. Cabe dizer que os precedentes administrativos, assim como os precedentes judiciais, podem ser “superados” ou “afastados” desde que de maneira fundamentada. Afinal, nos dizeres de Modesto (2010, p. 04):

[...] é evidente que a Administração não está impedida de modificar o seu comportamento ou o seu padrão decisório. Mas se assim entender, deve motivar a mudança de rota, justificar não apenas a decisão concreta, mas a própria alteração de critério decisório, afastando qualquer suspeita de atuação caprichosa ou contrária aos padrões éticos da boa-fé.

Outrossim, convém, ainda, “questionar como e por que é importante defender a aplicação desse instituto como forma de justificação da administração”. (BARROS, 2015, p. 143).

Para a Administração Pública esse exercício voluntário de autocontenção frequentemente é útil, pois: a) evita disparidade de resposta dos órgãos da estrutura administrativa a demandas equivalentes; b) reduz o risco de litígios acerca da aplicação da lei, em face de suspeita de decisão caprichosa ou discriminatória; c) acelera a capacidade de resposta da máquina pública a demandas repetitivas; d) antecipa decisões futuras em matérias de alta incerteza, facilitando a mobilização de capitais privados em tempo útil para a oferta de bens e serviços para a própria Administração, ou a adesão de terceiros a políticas públicas. (MODESTO, 2010, p. 07).

Observa-se que os precedentes administrativos com força vinculante quando adotados pela Administração Pública estabelecem uma série de vantagens não apenas para os administrados/cidadãos, atingindo igualmente os próprios órgãos exercentes da função administrativa.

De acordo com a visão de Modesto, acima exposta, haverá enorme utilidade com o uso dos precedentes, justamente, porque a tendência é diminuir consideravelmente o quantitativo de divergências no seio da Administração Pública brasileira, aliando as decisões em sede processo/procedimento administrativo e, por conseguinte, afastando as incidências de arbitrariedades.

Além disso, o princípio da razoável duração do processo, insculpido no art. 5º, inciso LXXVIII, da CRFB/88, terá maior efetividade comparado ao que ocorre nos dias atuais, tendo em vista a organização sistemática que será aplicada ao processo/procedimento administrativo, a qual resultará ainda em relevante consagração da segurança jurídica inerente a todo Estado Democrático de Direito.

O sistema de precedentes administrativos vinculantes também demonstra aptidão para:

[...] assegurar um melhor controle das próprias decisões exaradas pela administração pública em razão do desestímulo à litigância, pois a previsibilidade das decisões pode dissuadir a proposituras de demandas; racionalizar o processo de reexame na medida em que precedentes administrativos reconhecidos pelo Judiciário podem facilitar o reexame e o controle de legalidade; reforçar a legitimidade e a credibilidade dos

posicionamentos técnicos dos órgãos administrativos e facilitar a efetivação da decisão administrativa, considerando-se a possível demora no processo de revisão judicial. Em síntese, a aplicação criteriosa de precedentes pode refletir uma eficiente e boa administração pública, levando a sério o processo administrativo e as soluções extrajudiciais. (BARROS, 2015, p. 143-144).

O controle dos atos emanados da Administração Pública é essencial para assegurar que, de fato, o interesse público é a finalidade perseguida pelos responsáveis pela gestão administrativa do Estado. A partir dos resultados originados pelas ações de controle interno e, sobretudo, externo a sociedade reagirá, positiva ou negativamente, ao modo de gerenciamento da coisa pública.

A adoção de uma logística sistêmica, justa e razoável, a exemplo dos precedentes administrativos vinculantes, aumentará a confiança dos administrados na Administração Pública e consolidará a boa imagem desta perante a coletividade.

V.III. DA DINÂMICA ESTRUTURAL DA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS VINCULANTES

De acordo com Carvalho, G. (2016, s.n.) são 04 (quatro) os pressupostos para a aplicação dos precedentes administrativos de natureza vinculante:

(i) identidade subjetiva da Administração Pública, (ii) identidade objetiva fundamental entre as situações fáticas de cada caso, (iii) identidade das normas jurídicas superiores incidentes, (iv) legalidade do ato administrativo do qual se extraiu o precedente.

A identidade subjetiva da Administração Pública refere-se ao ente político do qual parte a decisão em sede de processo/procedimento administrativo. Não se destaca, aqui, a entidade administrativa ou órgãos administrativos de onde emanado o ato decisória. A importância, com efeito, é atribuída aos entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Vale lembrar que “entidade é pessoa jurídica, pública ou privada; órgão é elemento despersonalizado ao qual cabe realizar as atividades da entidade de que faz parte, por meio de seus agentes, pessoas físicas investidas em cargos e funções” (MEIRELLES, 1999, p. 60-61).

Os entes políticos, entidades políticas ou entes federativos, também pessoas jurídicas, diferenciam-se das entidades administrativas porque gozam de autonomia política, isto é, podem se auto-organizar de forma autônoma, sendo dotadas, por exemplo, de capacidade legislativa.

As entidades administrativas não possuem autonomia política, mas apenas autonomia administrativa., consistente, basicamente, na capacidade de proferir decisões próprias nos termos da legislação estabelecida pelos entes políticos. Entre eles não existe hierarquia, possuem personalidade jurídica própria, respondendo pelos seus atos.

Os órgãos da Administração Pública, presentes tanto nas entidades políticas quanto nas administrativas, são “unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado. Estes devem ser expressados pelos agentes investidos dos correspondentes poderes funcionais, a fim de exprimir na qualidade de titulares deles, a vontade estatal”. (MELLO, C., 1981, p. 69)

A concepção de identidade subjetiva da Administração focaliza nos entes políticos porque é necessário que haja um centro consolidador das decisões proferidas em sede de processo/procedimento administrativo por cada unidade federativa. Não se alcançaria os objetivos e benefícios que a sistemática de precedentes administrativos vinculantes busca se cada ente administrativo pudesse proferir decisões baseadas somente nos seus próprios fundamentos. É obvio que dentro de um mesmo ente político existiriam várias entidades diferentes decidindo casos semelhantes de modos diversos e até divergentes.

Essa é a linha de pensamento trilhada por Carvalho, G. (2016, s.n.):

[...] por exemplo, não produz qualquer efeito jurídico vinculante a invocação de um precedente administrativo oriundo do Estado de São Paulo em pretensão administrativa formulada perante o Estado de Minas Gerais, haja vista que não se trata da mesma Administração Pública direta. Em função da autonomia administrativa de cada ente federativo (art. 18, caput, CF), é possível que sobre um mesmo assunto existam precedentes administrativos com conteúdos distintos.

Mas se por um lado a autonomia administrativa deva ser respeitada e, portanto, precedentes administrativos antagônicos possam existir entre entes federativos distintos (= inexistência de identidade subjetiva), certo é que no âmbito de atuação de um mesmo ente federativo (Administração Pública direta) isto não pode ocorrer, pois a identidade subjetiva está ligada ao ente federativo e não a um órgão específico de seu organograma administrativo. Isso significa dizer que deve haver entre os diversos órgãos da Administração Pública direta, coerência na aplicação do Direito.

Díez-Picazo (1982, p. 19 apud CARVALHO, G., 2016, s.n.) justifica que a Administração Pública deve agir dessa maneira porque:

[...] neste ponto que a Administração do Estado tem personalidade jurídica única. Por isso, todos os seus órgãos devem atuar coordenadamente e não poderá se invocar a falta de identidade subjetiva, quando um órgão alega que o precedente provém de outro órgão, que também pertence à Administração do Estado.

Torres (2011, p. 239) acompanha Carvalho, G. afirmando que:

Para a aplicação da autovinculação, basta que os emissores dos atos sejam órgãos da mesma Administração Pública para que impliquem o dever de afastamento da contrariedade decisória entre eles sobre uma mesma ou semelhante situação fática. Portanto, o dever de coerência impõe-se à pessoa de direito público interno, não ao órgão. Ainda que órgãos dotados de competências distintas a integrem, a Administração Pública é sempre una e indivisível quanto aos atos que emite, o que vale igualmente para afastar contradições entre atos de órgãos administrativos, em cumprimento às autolimitações administrativas.

A identidade objetiva fundamental entre situações fáticas de cada caso configura a similaridade fático-concreta entre as conjunturas sujeitas à apreciação da Administração Pública.

[...] a teoria dos precedentes (administrativos ou judiciais) prega que casos similares devem ser solucionados da mesma maneira. Isto significa dizer que havendo identidade entre o caso que deu origem ao precedente e o caso presente, deve-se aplicar a este último a mesma *ratio decidendi*, sob pena de nulidade. Naturalmente que as semelhanças a que nos referimos não podem ser consideradas de maneira absoluta, pois sabemos que não existem no mundo fenomênico dois eventos rigorosamente idênticos. É por isso, portanto, que não se exige a identidade absoluta entre os casos, mas apenas o que denominamos de similitude substancial do suporte fático, ou seja, o caso presente precisa ser semelhante àquele que deu origem ao precedente apenas em seus aspectos mais relevantes (substanciais) [...]. Conclui-se, desta forma, que havendo similitude substancial do suporte fático entre o caso em análise e o caso que deu origem ao precedente, deve-se aplicar a mesma *ratio decidendi*. Ao revés, quando não houver congruência entre o caso em análise e o caso que deu origem ao precedente, não se deve aplicar o precedente, mas sim outro precedente eventualmente existente ou na hipótese de inexistir precedente sobre o tema, criar-se-á um novo precedente administrativo. (CARVALHO, G., 2016, s.n.)

A identidade das normas jurídicas superiores incidentes significa que o precedente administrativo só será válido enquanto mantida a legislação que fundamenta sua aplicação. Se emerge norma jurídica que versa justamente o oposto do previsto em determinado precedente administrativo, utilizá-lo com força vinculante representa tornar obrigatório ilegalidades, fugindo e violando totalmente o ideal de ordenamento jurídico – sobretudo de legalidade – em um Estado de Direito.

Ou seja – nas palavras do próprio Carvalho, G. (2016, s.n.):

[...] na hipótese do legislador infraconstitucional ou o legislador constituinte derivado alterar o estabelecido em determinada lei ou na Constituição Federal, os precedentes fundados no texto anterior, não poderão mais ser invocados, na medida em que se tornarão incompatíveis com as novas normas jurídicas superiores que lhe conferem validade.

A legalidade do ato administrativo do qual se extraiu o precedente também é pressuposto que homenageia o Estado de Direito.

Não obstante a convivência harmônica entre os precedentes administrativos e o princípio da legalidade, certo é que não se pode invocar um precedente administrativo construído a margem das normas jurídicas vigentes. A razão para esta vedação ao uso dos precedentes administrativos estriba-se no fato de que não se deve tolerar a aplicação isonômica de uma ilegalidade ou inconstitucionalidade. (CARVALHO, G., 2016, s.n.)

Hachem (2014, p. 225-226) aduz que para que o precedente administrativo adquira força vinculante deverão estar presentes os seguintes pressupostos:

1. tratar-se de um precedente da mesma entidade da Administração Pública que decidirá o novo processo;
2. existir identidade de objetos entre a questão fática e jurídica apreciada no precedente e no novo processo;
3. serem ainda válidas e eficazes as normas jurídicas incidentes sobre o precedente e sobre a nova situação submetida à apreciação estatal;
4. tratar-se de um precedente compatível com o ordenamento jurídico, já que não se poderá invocar decisões antijurídicas pretéritas como fundamento para estender ao novo processo uma orientação contrária ao Direito;

5. tratar-se de um precedente favorável ao cidadão, pois nada impede que a Administração, que antes negava a concessão de um direito aos indivíduos, perceba que sua orientação anterior era equivocada, dissonante do sistema normativo e prejudicial à cidadania, modificando então o seu entendimento para dali em diante passar a satisfazer aquela pretensão jurídica deduzida no processo administrativo;
6. inexistirem razões suficientemente fortes que demonstrem a existência de um interesse público concreto, obrigatoriamente deduzido de uma disposição normativa específica, que demande a modificação fundamentada da praxis administrativa habitual em situações futuras.

Hachem (2014) estipula que para configurar precedente administrativo basta que tenha sido originado da mesma entidade da Administração Pública. Diferente de Carvalho, G. (2016, s.n.) que indica que o precedente administrativo deve ter emanado do mesmo ente político ao qual pertence a entidade administrativa.

O raciocínio de Carvalho, G. (2016, s.n.) apresenta-se com maior coerência no que tange ao ponto da identidade subjetiva da Administração, pois seu intuito é evitar a existência de discrepâncias entre entidades administrativas integrantes de um mesmo ente político.

Imagina-se que não se alcançaria a eficiência e segurança jurídica almejada pelo sistema de precedentes administrativos vinculantes se cada entidade administrativa estiver vinculada apenas a ela mesma. Claro que é preciso haver autovinculação de uma entidade administrativa diante dela própria. Porém, a concepção de autovinculação da Administração Pública é mais abrangente do que isso, possuindo 02 (duas) zonas relativas à extensão de seus efeitos, a horizontal e a vertical.

A extensão dos efeitos, tal como ocorre com os precedentes judiciais, é horizontal e vertical. A eficácia vinculante horizontal significa que o precedente administrativo deve ser observado pelo órgão cuja decisão desencadeou o precedente. É o mesmo que ocorre com os precedentes judiciais, quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de uma lei ou de ato normativo. Neste caso, o próprio Supremo Tribunal Federal está vinculado à sua decisão. A eficácia vinculante vertical está relacionada com a estrutura hierárquica da Administração Pública e opera-se da mesma maneira do que ocorre com os precedentes judiciais (art. 927, inciso I a V, Código de Processo Civil de 2015). Os precedentes administrativos originários de órgãos superiores vinculam os órgãos hierarquicamente inferiores, de modo que estes últimos deverão deixar de aplicar os precedentes até então incidentes no caso concreto (proferidos por eles ou pelo órgão hierarquicamente superior), sob pena de nulidade. (CARVALHO, G., 2016, s.n.)

O segundo pressuposto estabelecido por Hachem (2014) é a identidade de objetos entre a questão fática e jurídica apreciada no precedente e no novo processo, que tal como a necessidade de identidade objetiva fundamental entre as situações fáticas de cada caso mencionada por Carvalho, G. (2016, s.n.) refere-se à similaridade entre o fato e o direito que gerou o precedente administrativo e o fato e o direito sob o qual se deseja aplicar o precedente.

O terceiro pressuposto se trata de serem ainda válidas e eficazes as normas jurídicas incidentes sobre o precedente e sobre a nova situação submetida à apreciação estatal, tributo ao princípio da legalidade cujo objetivo é que não haja superposição de ilegalidades.

O quarto pressuposto, a compatibilidade com o ordenamento jurídico, é uma continuação da pressuposição anterior que visa garantir a conformidade com a legalidade, tendo em vista que não estando mais em vigor a norma jurídica que fundamentou a aplicação do precedente, não haverá mais motivos para que ele seja utilizado futuramente em caso similar.

O quinto pressuposto diz respeito à produção de efeitos favoráveis ao cidadão. Segundo Hachem (2014), a Administração Pública não pode invocar precedente administrativo a fim de prejudicar os administrados.

O sexto pressuposto significa que a adoção de precedente administrativa só é cabível se não houver tido superação ou distinção.

A jurisprudência brasileira há algum tempo já vem se aliando ao pensamento de que a Administração Pública deve respeitar um sistema de autovinculação.

O STF negou a segurança de um mandado de segurança – MS argumentando que foram invocados precedentes administrativos:

Aposentadoria dupla. Ferroviário, que é servidor autárquico, indeferimento. Invocação de precedentes administrativos em contradição com o ato aqui impugnado. Cabe notar que non exemplis sed legibus judicandum, e aqueles precedentes não estão sujeitos agora ao nosso exame. A função do Poder Judiciário é corrigir, quando provocado, atos ilegais da administração, e não estender a outros as ilegalidades porventura cometidos por ela em favor de alguns. Segurança negada. (STF, MS nº 15.816, 1966, AUD: 09.03.1966, DF)

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF-1, nos 02 (dois) julgados abaixo, fez referência à existência de precedentes administrativos aptos a influenciarem a condução dos julgamentos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADMINISTRATIVO. COMBUSTÍVEL. MULTA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÃO À ANP. PRECEDENTE ADMINISTRATIVO. NÃO VINCULAÇÃO. OMISSÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS EM PARTE SEM EFEITOS MODIFICATIVOS. 1. Nos termos do art. 535 do CPC, são cabíveis embargos de declaração quando houver no acórdão obscuridade, contradição ou quando for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal, bem assim para corrigir erro material no julgado. 2. Com relação à fração omissa do acórdão - Planilha Eletrônica em substituição às informações que obrigatoriamente devem ser repassadas à ANP (precedentes administrativos) - não possui o condão de alterar o julgado, a uma porquanto inexiste nos autos prova do envio de qualquer informação à agência reguladora, seja convencional seja eletrônica. A duas porque a existência de precedentes, por si só, não vincula a possibilidade de aceitação de uma prestação em detrimento de outra prevista, inclusive, na legislação de regência. Os precedentes, seja em âmbito jurisdicional ou administrativo, prestam-se principalmente para orientar ou indicar a possibilidade de se adotar uma ou outra concepção, ou seja, sevem como opção de se aplicar uma compreensão, não se prestam a vincular/engessar as decisões dos julgadores. É dizer, decisões anteriores da ANP em sentido divergente não impedem outras futuras em sentido contrário, levando em consideração cada caso analisado e as regras e princípios aplicáveis. 3. Embargos de declaração acolhidos em parte apenas para sanar a omissão apontada, mantidas, no entanto, integralmente as conclusões do voto condutor do v. acórdão embargado. (Apelação Cível Nº 00193238820124013400, Sexta Turma, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Relator: Kassio Nunes Marques, Julgado em 02/02/2015)

TRABALHISTA E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTO DE INFRAÇÃO. VALE-TRANSPORTE. LEI Nº 7.418/85. DESLOCAMENTO DO EMPREGADO NO PERÍODO DO INTERVALO INTRAJORNADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRECEDENTE ADMINISTRATIVO SIT/MTE Nº 80. 1 À luz da Lei nº 7.418/85 e de seu Decreto regulamentador, "o vale-transporte constitui benefício que o empregador antecipará ao trabalhador para utilização efetiva em despesas de deslocamento residência-trabalho e vice-versa" (art. 2º, caput, do Decreto nº 95.247/87). 2. Não há previsão legal a exigir do empregador a concessão de Vale-Transporte a fim de custear eventuais deslocamentos dos empregados durante o período destinado ao intervalo intrajornada, a pretexto de tomar refeições fora do ambiente de trabalho. 3. Exsurge cristalino o direito da empresa, a ser amparado por mandado de segurança, de não cumprir determinação emanada de autoridade do Ministério do Trabalho, que lhe impôs a concessão de vale-transporte para atender ao período de intervalo intrajornada. Precedentes do TRF da 1ª Região. 4. A atuação do agente da fiscalização do trabalho, mediante a lavratura de auto de infração, em

semelhante circunstância, em interpretação sobremodo ampliativa e equivocada da legislação trabalhista, contrária, inclusive, orientação do próprio Ministério do Trabalho, conforme evidencia o Precedente Administrativo nº 80 da Secretaria de Inspeção do Trabalho - SIT/MTE. 4. Nega-se provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial. (AMS 23453 BA 2003.33.00.023453-6, Quinta Turma Complementar, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Relator: Rodrigo Navarro de Oliveira, Julgado em 20/03/2012)

O Tribunal de Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJ-RS também já invocou precedentes administrativos em decisão judicial:

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA. EXIGÊNCIA ILEGALIDADE QUANTO À NECESSIDADE DE O PROFISSIONAL RESPONSÁVEL - COORDENADOR GERAL - INTEGRAR O QUADRO PERMANENTE DA EMPRESA LICITANTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA AMPLA CONCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 30 DA LEI N. 8666/93. PRECEDENTE ADMINISTRATIVO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70055463020, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 30/10/2013)

Por fim, com o intuito de ressaltar a importância dos precedentes administrativos com força vinculante, cuida-se de destacar que existe um mecanismo jurídico que possibilita à Advocacia Geral da União – AGU, à Procuradoria Geral do Distrito Federal - PGDF e às Procuradorias Gerais dos Estados - PGE a produção de pareceres técnicos jurídicos habilitado a vincular toda a Administração, direta e indireta, do âmbito do ente federativo sob a competência da AGU, PGDF ou PGE.

Cada ente federativo tem uma lei própria regulando o citado parecer vinculante, a condição, em regra, é aprovação do Chefe do Executivo, porém há casos em que basta a aprovação pelo Procurador-Geral do Estado.

No que tange à AGU, a Lei Complementar nº 73 de 1993 – Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União –, dispõe em seu art. 40, §1º, que:

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. (BRASIL, 1993, s.n., grifo nosso)

Na PGDF a Lei Complementar do Distrito Federal nº 395, de 31 de julho de 2001, dispõe no art. 6º, inciso XXXVI, que compete ao Procurador-Geral do Distrito Federal propor ao Governador do Distrito Federal que aprove parecer jurídico para lhe dar efeito vinculante:

Art. 6º Ao Procurador-Geral do Distrito Federal cabe o desempenho das seguintes atribuições:

[...]

XXXVI - propor ao Governador do Distrito Federal a outorga de efeito normativo a parecer exarado pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal e velar pelo respectivo cumprimento pela Administração Pública do Distrito Federal;

Nas PGE também há a adoção dessa sistemática na maioria das Leis Orgânicas, a título de exemplo, dentre os 26 (vinte e seis) Estados brasileiros, veja-se o art. 3º da Lei Complementar do Estado da Bahia nº 34, de 06 de fevereiro de 2009; o art. 6º, inciso XXV, da Lei Complementar do Estado do Rio de Janeiro nº 15, de 25 de novembro de 1980; o art. 11, inciso VI, da Lei Complementar do Estado de Rondônia nº 620, de 20 de junho de 2011; o art. 27, §1º, da Lei Complementar do Estado do Ceará nº 58, de 31 de março de 2006; o art. 2º, §3º, da Lei Complementar do Estado de Roraima nº 71, de 18 de dezembro de 2003; o art. 4º, inciso XVII, da Lei Complementar do Estado do Acre nº 45, de 26 de julho de 1994; e os arts. 85 e 86 da Lei Complementar do Estado do Maranhão nº 20, de 30 de junho de 1994, respectivamente:

Art. 3º - Os pareceres emitidos pela Procuradoria Geral do Estado e aprovados pelo Governador do Estado, com efeito normativo, assim como as súmulas administrativas por ela editadas, serão publicados e de cumprimento obrigatório por todos os órgãos e entidades da Administração Pública estadual. (BAHIA, 2009, s.n.)

Art. 6º - Compete ao Procurador-Geral do Estado, sem prejuízo de outras atribuições:

[...]

XXV - solicitar ao Governador que confira caráter normativo a parecer emitido pela Procuradoria-Geral do Estado, vinculando a Administração Pública Direta e Indireta, inclusive Fundações, ao entendimento estabelecido. (RIO DE JANEIRO, 1980, s.n.)

Art. 11. Ao Procurador Geral do Estado de Rondônia cabe o desempenho das seguintes atribuições:

[...]

VI – propor ao Governador do Estado de Rondônia, após aprovação por 2/3 (dois terços) dos membros do Conselho Superior da Procuradoria Geral, a outorga de efeito normativo a parecer exarado pela Instituição. (RONDÔNIA, 2011, s.n.)

Art. 27. Os pareceres da Procuradoria-Geral do Estado, exarados pela Consultoria-Geral ou por outro órgão de execução programática, após aprovação do Procurador-Geral, encerram o assunto examinado na via administrativa e, normalmente, conterão ementa, relatório, fundamentação e conclusão.

§ 1º Os pareceres da Procuradoria-Geral do Estado, após despacho do Procurador-Geral do Estado, devem ser submetidos à aprovação do Governador, quando for o caso de atribuição de efeito normativo. (CEARÁ, 2006, s.n.)

Art. 2º A Procuradoria-Geral do Estado de Roraima é órgão permanente da estrutura da administração pública direta, incumbindo-lhe institucionalmente:

[...]

§ 3º Os pareceres emitidos pelo Procurador-Geral do Estado vinculam os órgãos da Procuradoria-Geral do Estado e, quando aprovados pelo Governador, terão caráter normativo e serão vinculantes para todas as autoridades da administração pública direta, autarquias e fundações públicas do Estado. (RORAIMA, 2003, s.n.)

Art. 4º Ao Procurador-Geral do Estado compete, sem prejuízo de outras atribuições previstas em lei ou regulamento:

[...]

XVII - conferir caráter normativo aos pareceres emitidos pela Procuradoria Geral do Estado. (ACRE, 1994, s.n.)

Art. 85 - Uma vez aprovados, os pareceres terão caráter normativo e serão de cumprimento obrigatório pelo órgão da administração estadual, após publicação no Diário Oficial.

Art.86 - Os pareceres lavrados do Procurador do Estado serão aprovados pelo o Governador do Estado. (MARANHÃO, 1994, s.n.)

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi analisar a possibilidade de aplicação de um sistema de precedentes administrativos com força vinculante em dimensão vertical e horizontal, obrigando a Administração Pública brasileira a atuar de forma coordenada ao proferir decisões em sede de processo/procedimento administrativo.

Inicialmente, nota-se que o problema relativo à repartição de competências não atinge o processo/procedimento administrativo do mesmo modo como o direito processual civil e o processo penal. A CRFB/88 não distribui a matéria administrativa entre privativamente à União ou concorrentemente à União, ao Distrito Federal e aos Estados, optou por conferir alguns temas para que a União edite normas gerais, tal como licitação e contratos públicos; outros, excepcionalmente, a exemplo da desapropriação, ficaram a cargo privativo da União, contudo, o parágrafo único do art. 22 da CRFB/88 possibilita a delegação, através de lei complementar, aos Estados para que versem sobre questões específicas e, por conseguinte, adaptam a questão às suas realidades. Aos Estados resta a competência suplementar sobre as normas gerais administrativas que cabem à União. Quanto às demais normas, gerais ou não, que não competem à União, implicitamente, a CRFB/88 permitiu que surgisse uma competência comum entre todos os entes da Federação. Cada um deverá cuidar daquilo que é de seu interesse no que tange ao direito administrativo. É por isso, por exemplo, que cada unidade federativa possui sua própria lei disciplinadora do regime jurídico único dos seus servidores públicos.

O processo/procedimento administrativo brasileiro deve se calcar em um modelo racional tendo como principais objetivos a eficiência aliada à segurança jurídica e à isonomia na consecução do interesse público.

Os princípios jurídicos são os verdadeiros alicerces fundamentadoras da existência e da necessidade de precedentes administrativos de caráter vinculante. Vivencia-se uma época em que o princípio da legalidade administrativa encontra-se retrabalhado, não se limitando mais apenas às leis, abrangendo todo o ordenamento jurídico, o que inclui as normas-princípio.

A introdução do princípio da eficiência ao rol do art. 37, caput, da Constituição Federal brasileira de 1988 – CF/88 não ocorreu sem motivação. O objetivo do constituinte derivado foi impulsionar o processo de transição da Administração Pública burocrática para a Administração Pública gerencial, cujo sustentáculo consiste na manutenção da racionalização das decisões aliada à concretização do interesse público do modo mais rápido e menos custoso.

A instituição de um sistema de precedentes administrativos admite essa atuação mais gerencial por parte da Administração Pública, facilitando a sistematização das decisões, bem como afastando a incidência de arbitrariedades sob o nome de discricionariedade. Ademais, os precedentes administrativos de caráter vinculante asseguram a efetivação de outros princípios constitucionais como isonomia, segurança jurídica e razoabilidade.

Garantir aos cidadãos que casos iguais ou similares se submetam a decisões administrativas iguais ou similares é mais do que lhes conceder um direito, confiança ou

segurança, é o cumprimento de um dever da Administração, a qual tem de zelar pelos interesses da coletividade sem favorecimentos e sem desigualdades não destinadas a igualar os desiguais.

Os precedentes administrativos vinculantes consistem ainda em instrumento valioso auxiliar na redução da judicialização em tempos de conflitos cada vez mais emergentes no seio da nossa sociedade. Afinal, se a razoabilidade, coerência e isonomia nas decisões forem observadas já nos processos administrativos, com certeza, a necessidade de provocação do exercício da função típica do Poder Judiciário reduzir-se-á.

O CPC/15 com o seu art. 15 trouxe a possibilidade de aplicação subsidiária e/ou supletiva das normas de processo civil ao processo/procedimento administrativo. É claro que isso não impede ou retira a função do legislador ordinário de disciplinar os precedentes administrativos vinculantes, entretanto, enquanto não vier a legislação regulamentadora dessa demanda, a estrutura sistêmica dos precedentes judiciais vinculantes disposta ao longo do CPC/15 é o melhor protótipo para inspiração da Administração Pública brasileira.

A problemática dos precedentes administrativos vinculantes é uma questão ainda pouco discutida pelos pesquisadores e juristas brasileiros. Contudo, o estudo dessa temática é de grande relevância, pois a instituição de um sistema de precedentes administrativos vinculantes no Brasil acarretará uma série de benefícios de ordem prática não apenas aos cidadãos, mas também à própria Administração Pública.

Em virtude do apresentado, conclui-se que os caminhos para continuar o estudo dessa temática continuam abertos, podendo-se prosseguir, por exemplo, com a verificação dos efeitos produzidos pelos pareceres normativos da Advocacia Geral da União, da Procuradoria Geral do Distrito Federal e das Procuradorias dos Estados, já que são espécies de precedentes administrativos vinculantes.

REFERÊNCIAS

ACRE. **Lei complementar nº 45**. Rio Branco, 1994.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 14, maio/junho/julho, 2008. Disponível na Internet: <
<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2017.

BAHIA. **Lei complementar nº 34**. Salvador, 2006.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços: edição popular anotada por Adriano da Gama Cury**. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999. E-book.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Processo, precedentes e as novas formas de justificação da administração pública brasileira**. Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA), vol. 3, n. 1, São Paulo: 2016, p. 133-149. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/102556>>. Acesso em: 28 de dezembro de 2016.

BIELSA, Rafael. **A ação popular e o poder discricionário da administração**. Revista de Direito Administrativo, v. 38, p. 40-65, 1954.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed., Salvador: Juspodivm, 2015.

BRAGA, Paulo Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2015.

BRASIL. **Código de processo civil**. Brasília, 2015.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

BRASIL. **Lei complementar nº 73**. Brasília, 1993.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2655/MT**. Brasília, 26 mar. 2004.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4414/AL**. Brasília, 31 mar. 2012.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº 15.816**. Brasília, 09 mar. 1966.

BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação cível Nº 00193238820124013400**. Brasília, 02 fev. 2015.

BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação em mandado de segurança nº 23453 BA 2003.33.00.023453-6**. Brasília, 20 mar. 2012.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no novo código de processo civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Da aplicação das normas processuais. In: WAMBIER (Org.). **Breves comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Trad. Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2016. E-book.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

CEARÁ. **Lei complementar nº 58**. Fortaleza, 2006.

COSTA, Nelson Nery. **Processo administrativo e suas espécies**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 11ª ed. Rev., atual., e ampl. Salvador: Juspodivm, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29ª ed. Rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 2ª ed. Rev., ampl.e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de. **Reforma no processo trabalhista brasileiro em direção aos precedentes obrigatórios: a lei nº 13.015/2014**. Revista do TST, vol. 80, n. 4, out/dez, Brasília, 2014.

DISTRITO FEDERAL. **Lei complementar nº 395**. Brasília, 2001.

DONIZETTI, Elpídio. **A Força dos precedentes no novo código de processo civil**. Direito UNIFACS – Debate Virtual, n. 175, 2015.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de derecho administrativo I**. Madri: Civitas, 2000.

FACCI, Lúcio Picanço. **Administração pública e segurança jurídica: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativa**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

Ferraz Junior, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. Rev., e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ, SERGIO; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. Vol. 2. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. **Vinculação da administração pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais**. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). Estado, Direito e Políticas Públicas: Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014. p. 217-243.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da súmula do STF**. Revista de Direito Administrativo, v. 145, p. 1-20, 1981.

MARANHÃO. **Lei complementar nº 20**. São Luís, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais. In: WAMBIER (Org.). **Breves comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. atual. por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Marcus Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – plano da existência**. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MODESTO, Paulo. **Autovinculação da administração pública**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 24, outubro/novembro/dezembro de 2010. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-OUTUBRO-2010-PAULO-MODESTO.pdf>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RAMOS, Vinícius Estefaneli. **Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 mai. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24569>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

RECIFE. Tribunal Regional Federal da 5^a Região. **Agravo de Instrumento 67429 PB 2006.05.00.012107-5**. João Pessoa, 22 fev. 2006.

RIO DE JANEIRO. **Lei complementar nº 15**. Rio de Janeiro, 1980.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70055463020**. Porto Alegre, 30 out. 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada—Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**, v. 2, 2004.

RONDÔNIA. **Lei complementar nº 620**. Porto Velho, 2011.

RORAIMA. **Lei complementar nº 71**. Boa Vista, 2003.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível AC 33784 SC 2006.003378-4**. Florianópolis, 08 jul. 2009.

SCHAUER, Frederick. Precedentes. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 9. Ed. São Paulo: Método, 2014.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>. Acesso em: 27 de agosto de 2017.

TERÁN, Juan Manuel. **Filosofía del derecho**. 18ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **Discricionariedade administrativa: ação de improbidade & controle principiológico**. 2. ed. Curitiba: Jurúa, 2009.