
RACIONALIDADE, PREVISIBILIDADE, PRECEDENTES E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**Jair Teixeira dos Reis¹****Lucas Gil Carneiro Salim²****Resumo**

O objetivo do presente trabalho é verificar os fundamentos de uma teoria dos precedentes e sua aplicabilidade em decisões não-judiciais. Para tanto, será feita uma breve revisão sobre as tradições jurídicas ocidentais, identificando as ferramentas que cada uma utiliza para dar previsibilidade ao direito. Considerando que os precedentes têm fundamento na racionalidade e na segurança jurídica, conclui-se que, a despeito de ser uma teoria voltada aos processos judiciais, é plenamente possível e desejável sua aplicação nos processos administrativos. Ao final, serão apresentados comentários sobre a Lei Federal n. 13.655/2018 e a aproximação que ela estabelece entre esferas não-judiciais com um modelo de precedentes.

Palavras-chave: precedentes, administração pública, racionalidade, segurança jurídica.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estudar os fundamentos do sistema de precedentes e sua aplicabilidade na esfera não-judicial. Para tanto, adota-se como premissa que a Teoria dos Precedentes não é uma questão processual judicial, mas um aprofundamento da Teoria do Direito.

¹ Concluiu o Curso de Doutorado em Direito pela Universidade Lusíada de Lisboa, Mestre em Educação, Auditor Fiscal do Trabalho, Professor do Curso de Mestrado Profissional em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. E-mail: jairteixeirareis@gmail.com

² Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo; Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. E-mail: lucassalim@gmail.com

Serão comparadas as tradições jurídicas ocidentais do common law e civil law, objetivando verificar quais ferramentas cada uma utiliza para buscar certeza jurídica. Passar-se-á pela evolução do modelo civilista e a sua abertura à hermenêutica jurídica.

A passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional e a crise do positivismo serão apresentadas resumidamente como forma de contextualizar os motivos pelos quais o sistema de precedentes vem como alternativa aos problemas do subjetivismo decisório e do modelo jurisprudencial.

Serão diferenciados os modelos precedentalista e jurisprudencial, principalmente quanto à estrutura do raciocínio jurídico exigido para cada um. Entende-se que são metodologias distintas de modo que a operacionalização dos precedentes não pode seguir a tradição jurisprudencial do civil law.

Explicar-se-á os fundamentos do sistema de precedentes, racionalidade e previsibilidade, e assim, passar-se-á à análise de precedentes não-judiciais.

O ordenamento brasileiro e os juristas abrem-se para os precedentes principalmente pelas inovações do Código de Processo Civil de 2015, mas como veremos a frente, a preocupação com as decisões perpassa o judiciário. Serão utilizados os exemplos do Processo Administrativo do Trabalho e dos Processos perante o Tribunal de Contas.

Assim, aprofundar-se-á nas inovações trazidas pela Lei Federal n. 13.655 de 25 de abril de 2018 e abertura do legislador à adoção, pela esfera de controle, da metodologia dos precedentes não-judiciais.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Certeza jurídica no common law e civil law

Na visão de Teresa Arruda Alvim Wambier (2009) o Direito tem a função de gerar a estabilidade às relações sociais e sua dar tranquilidade para o jurisdicionado por meio da previsibilidade. Ocorre que estabilidade e previsibilidade tem em oposição a necessidade de adaptabilidade à dinamicidade das relações sociais.

A busca pela certeza jurídica se dá por diferentes instrumentos quando observadas as tradições jurídicas ocidentais do civil law e do common law.

O sistema consuetudinário, mais figurado no direito britânico, tem uma continuidade histórica de ininterrupto desenvolvimento, de modo que hoje não é exatamente como era no passado, mas sempre foi mantida a característica de que casos concretos são fontes do direito (WAMBIER, 2009).

Já o civil law representou uma ruptura com o passado, tendo nascido na Revolução Francesa. Nesse momento histórico, transferiu-se o poder do monarca para o povo cuja vontade era expressa por meio das leis, que

passaram a ser a fonte primária do direito.

Como bem afirmado por Alexandre Bahia e Aline Ladeira:

“Depreende-se, portanto, que as soluções técnicas encontradas outrora nas diferentes tradições jurídicas para alcançar unidade e certeza do ordenamento jurídico revelam-se distintas, porquanto no civil law a crença era no direito escrito e pretensiosamente completo, sem lacunas ou obscuridades, enquanto o common law pautou-se, desde sempre, pela combinação entre a exigência da certeza com a necessária continuidade do direito. (BAHIA; LADEIRA, 2014, p. 276)

Thomas Bustamante (2012) faz uma interessante comparação entre os estilos discursivos do common law e civil law. A forma como se dialoga é decorrência da própria estrutura de raciocínio jurídico de cada sistema e também é um indicativo de como trata a validade da decisão:

O estilo judicial pode variar desde o extremo do julgamento phrase unique, da Corte de Cassação francesa, que apresenta a decisão como o resultado de um simples silogismo, até o estilo discursivo e quase-literário do Reino Unido, que utiliza uma narrativa detalhada dos fatos do caso, buscando reproduzir tanto o maior número de detalhes possíveis sobre os fatos que demandam solução jurídica quanto as impressões pessoais do juiz sobre eles (BUSTAMANTE, 2012, p. 16).

O modelo das ‘opinions’ é marcado por uma redação livre do magistrado, que adota um estilo pessoal nos seus julgamentos. Como consequência, explica o autor que os juízes têm uma vontade geral de encarar os casos em sua essência, analisando os valores e opções políticas envolvidas (BUSTAMANTE, 2012).

TARUFO (1997) apresenta que no common law, as opinions são personalizadas, discutem bem os valores e políticas públicas e sua justificação se dá em farta argumentação, com alto grau de desenvolvimento.

Daí tem-se que a prática jurídica desse modelo é amplamente argumentativa de modo que “o método da corte imerge o processo de tomada de decisão em um contexto argumentativo e aproxima as condições do discurso ideal que as teorias da argumentação jurídica prevêem para a garantia da correção substancial (racional) de uma decisão à realidade dos tribunais” (BUSTAMANTE, 2013, p. 53).

Já o modelo ‘phrase unique’ é explicado:

“O estilo dos julgamentos da corte pode ser descrito como dedutivo (silogístico), legalista (o julgamento é descrito como um simples caso de “aplicação” da lei), magisterial (o julgamento final “é apresentado como o resultado último e necessário de um conjunto de argumentos jurídicos e lógicos que está formalmente estruturado como uma demonstração”) [Taruffo 1997-a:448-449] e impessoal (não há divulgação das opiniões concorrentes ou minoritárias dos juízes que fazem parte da corte: a corte age com uma só voz, e a presunção é de que a decisão foi tomada por unanimidade)”. (BUSTAMANTE, 2013, p. 17)

Assim, o estilo da decisão judicial envolvia estabelecer os fatos e subsumi-los à legislação, declarando o direito, mas não o constituindo. Sobre os valores políticos e as opiniões, Bustamante apresenta a posição de Horatia Muir Watt: “desde o momento em que se passa a conceber a ordem jurídica como um sistema de regras hierarquizadas e fechadas, onde a interpretação corresponde por consequência a uma racionalidade dedutiva, a pesagem dos valores é relegada à periferia; as escolhas ideológicas, sociais ou econômicas, pertencem nessa ótica

apenas ao domínio político, ou seja, do legislador” (BUSTAMANTE, 2013, p. 18).

O que se pretende demonstrar é que as tradições jurídicas ocidentais buscavam resolver o problema da certeza jurídica de forma distinta. Civil law pretendia na codificação a igualdade, de modo que a lei deveria ter sentido único e sua aplicação se daria de forma racional-dedutiva, de modo uniforme, já que o juiz era mera boca da lei. Já o common law buscou suprir a exigência da igualdade e segurança jurídica, com os precedentes, que têm função de racionalizar um sistema não-codificado com pretensões a ser coordenado e coerente. Como aponta Marinoni:

“A segurança e previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Porém, supôs-se no civil law que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto no common law, por nunca ter existido dúvida que os juízes interpretam a lei, e por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e previsibilidade de que a sociedade precisa para se desenvolver”. (MARINONI, 2013, p. 61)

Abertura do civil law

Atualmente, a dualidade direito codificado e direito consuetudinário já não tem a mesma força, sendo observado uma confluência de ideias, como aponta BAHIA e LADEIRA (2014, p. 277): “Fato é que, hoje, a dicotomia entre essas suas tradições não se apresenta tão nítida e radical como foi outrora, sendo visível uma gradativa e mútua aproximação entre elas”.

Daniel Mitidieiro fala em recíproca aproximação destas tradições, à qual ele atribui a inúmeros fatores. Nas palavras do autor:

De um lado, a tradição do common law cada vez mais trabalha com o direito legislado, fenômeno que já levou a doutrina a identificar a statutorification do common law e se perguntar a respeito de qual o lugar do common law em uma época em que cada vez mais vige o statutory law. De outro, a tradição de civil law cada vez mais se preocupa em assegurar a vigência do princípio da liberdade e da igualdade de todos perante o direito trabalhando com uma noção dinâmica do princípio da segurança jurídica, o que postula a necessidade de acompanharmos não só o trabalho do legislador, mas também as decisões dos tribunais, em especial das Cortes Supremas, como expressão do direito vigente. (MITIDIERO, 2015, p. 334)

Nesta oportunidade, o foco está na abertura do modelo civilista a uma teoria do precedente, de modo que não se tratará das práticas do civil law que já são adaptadas ao common law. Entende-se que o civil law pretendido pelo fenômeno da codificação mostrou-se insuficiente aos seus propósitos originais.

Zaneti (2015-b) traz que a fragilização desse modelo pode ser subdividida em virtuosa e não-virtuosa. Virtuosa é a fragilidade decorrente da incompletude pretendida pelo ordenamento. Em outras palavras, originariamente foi assumido que o Direito poderia ser reduzido a um sistema fechado e completo, ocorre que com a evolução do direito positivo e sua incapacidade de coibir as lacunas hermenêuticas, acabou-se por

reconhecer que o sistema hermético era insuficiente para regular as relações sociais.

Já a fragilidade não-virtuosa é decorrente da relativização de todo o ordenamento jurídico:

Sobre a segunda, fragilização não-virtuosa, vale referir que a quebra da estrutura segura das codificações, a ausência do parâmetro legal ou o seu descrédito, decorrente da vulgarização da crítica ao positivismo e do processo de inflação legislativa, fez surgir uma 'elite' judicial que 'cria' seus próprios códigos e procedimentos, ao arripio do direito legislado, inadvertidamente, sem a consulta das partes ou referência à constituição. Essa postura resulta o mais odioso arbítrio no Estado de Direito: o subjetivismo judicial. (ZANETTI-b, 2015, p. 110).

Consonante é a posição de WAMBIER (2009) quando trata da limitação de interpretação imposta ao juiz no civil law. Tendo em vista que se buscava certeza e unicidade na aplicação legal, o modelo civilista não era compatível com a interpretação do julgador, sob pena de distorção do dispositivo normativo. Porém, com a evolução da sociedade as relações se tornaram mais complexas:

As mudanças da sociedade moderna impuseram uma visão diferente do direito. O mundo estável, com divisão nítida de classes sociais, em que praticamente não havia mobilidade e em que o acesso a justiça era razoavelmente restrito, passou, aos poucos, a dar lugar a uma sociedade em que as alterações ocorrem muito rapidamente; que abrange, possibilita e incentiva a mobilidade social, o que acaba, de certo modo, gerando correlata modificação na esfera dos valores sociais. Por outro lado, o acesso à justiça, tradicional sonho dos juristas de civil law, se tornou uma realidade. (WAMBIER, 2009, p. 125)

Assim, o texto da lei não provia a resposta a todos os problemas levados ao judiciário, ficando comprometida a segurança jurídica almejada. A sociedade contemporânea multifacetada exigia do juiz uma análise mais flexível. Assim: "as decisões já não mais podem ser vistas como resultado da aplicação automática da lei e o pensamento jurídico tradicional, de natureza lógico-dedutiva" (WAMBIER, 2009, p. 125).

Bustamante aprofunda a análise do julgamento no estilo 'phrase unique', de raciocínio silogístico-legal, afirmando que "se torna manifestamente insuficiente para desempenhar a tarefa pedagógica que os cidadãos esperam das decisões judiciais. O tecnicismo e a falta de acessibilidade do julgamento acabam por arruinar a sua autoridade" (BUSTAMANTE, 2013, p. 32).

Há assim uma evolução do direito que passa de um momento de concretude hermética e aplicação uniforme-impessoal do texto legal, para um direito aberto à interpretação. Tudo isso faz parte de um contexto maior. A constante evolução do direito atinge um marco histórico que didaticamente pode ser reduzido à crise do positivismo. O que se verifica é a transformação de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional que traz as três seguintes transformações:

(1) o enfraquecimento da noção de soberania (pois esta se vê debilitada por "forças corrosivas" como, no plano interno, o "pluralismo político e social, que se opõe à ideia de uma única e mesma soberania", e, no plano externo, a "progressiva institucionalização de 'contextos' que integram seus poderes em dimensões supraestatais"); (2) a afirmação de uma supremacia constitucional que desloca o centro de gravidade da lei para um sistema de princípios e valores com caráter não-absoluto (os quais, apesar de entrarem em conflito, aspiram à convivência e à concordância prática); e (3) a formação gradual de uma

dogmática jurídica fluida, que deve ser vista “como o líquido de onde as substâncias que se vertem – os conceitos – mantêm sua individualidade e coexistem sem choques destrutivos, ainda que com certos movimentos de oscilação, e, em todo caso, sem que jamais um só componente possa se impor sobre ou eliminar os demais” [idem:17].” (BUSTAMANTE, 2013, p. 33).

Daniel Mitidiero (2012) aponta que a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional é marcada por mudanças na teoria das fontes jurídicas, teoria da interpretação e na técnica legislativa.

No Estado Constitucional as fontes do Direito deixam de ser unicamente as regras para abarcarem os princípios e os postulados. Trata-se de uma mudança qualitativa na qual os princípios ganham força normativa e os postulados servem como disciplina a aplicação de outras normas. Também verifica-se uma mudança quantitativa dada a pluralidade de fontes: “a forma Código perde o seu caráter de plenitude, próprio do Estado Legislativo, e passa a desempenhar função de centralidade infraconstitucional. Abundam estatutos, legislações especiais e instrumentos infralegais que concorrem para disciplina da vida social. O ordenamento jurídico adquire feição complexa” (MITIDIERO, 2012, p. 66).

A teoria da interpretação importa à atividade jurisdicional a função reconstrutora do sentido normativo. Há uma separação entre texto e norma de modo que o legislador produz o texto, mas as normas demandam um diálogo de modo que o sentido pressupõe a participação dos destinatários. O direito se torna ‘poroso’, como aponta Zaneti (2015-b) ao discutir o texto de Herbert Hart “American jurisprudence through english eyes: the nightmare and the noble dream”.

Por fim, quanto à técnica legislativa à a utilização da casuística e da aberta, inserindo no ordenamento normas contendo conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais:

No Estado Constitucional, o legislador redige as suas proposições ora prevendo exatamente os casos que quer disciplinar, particularizando ao máximo os termos, as condutas e as consequências legais (técnica casuística), ora empregando termos indeterminados, com ou sem precisão de consequências jurídicas na própria proposição (técnica aberta). (fundamentação e precedente). (MITIDIERO, 2012, p. 67).

Assim, não só a atividade judicial sofre alterações, como a própria atividade legislativa que se flexibiliza. É o que se extrai de WAMBIER (2009, p. 129): “esta rigidez é razoavelmente suavizada por algumas técnicas empregadas recentemente na redação das leis, que consistem na inclusão de conceitos tidos como vagos, indeterminados ou abertos e de cláusulas gerais. Ademais, cada vez mais frequentemente, princípios jurídicos, que são verbalmente formulados com auxílio de expressões propositadamente vagas, integram os raciocínios jurídicos”.

Até o presente momento discutiu-se resumidamente uma evolução histórica do Direito, o reconhecimento de que a ideia originária do civil law apresentava insuficiências e que as soluções se apresentaram numa mudança de Estado Legislativo para o Estado Constitucional. Mesmo assim, críticas foram tecidas sobre essa evolução.

Subjetivismo e jurisprudência

O subjetivismo, decorrente da livre interpretação, e a utilização do método jurisprudencial são pontos que influem para a incerteza jurídica. Seja porque faltam parâmetros interpretativos além do texto legal, permitindo incontáveis decisões conflitantes, seja porque utiliza-se destas decisões como argumentos persuasivos, permitindo julgamentos casuísticos.

O subjetivismo representaria a ponta de uma hipotética escala de interpretação judicial, de modo que em seu oposto está a aplicação silogística literal da norma. Ou seja, de um lado tem-se a subsunção do fato à lei, como exigido originariamente no civil law do juiz boca-da-lei, e no extremo oposto tem-se a interpretação do livre convencimento subjetivo. Entende-se que em ambos os casos, verificamos um problema à certeza jurídica.

A aplicação uniforme da legislação já se mostrou insuficiente dada a complexidade da sociedade moderna multifacetada. Aqui pretende-se demonstrar que a hermenêutica jurídica exige parâmetros, se quiser prover certeza e isonomia na aplicação do direito. É o alerta que Zaneti faz sobre a fragilização-não-virtuosa e toda a relativização ao ordenamento jurídico:

Entre a descodificação e a recodificação por meio das cláusulas gerais e por meio da unidade constitucional do ordenamento, por um lado, e a inflação legislativa ou abstinência do legislador, somadas à edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo, por outro, há o aumento da insegurança jurídica na sociedade, causando a erosão do direito positivo - que é ultrapassado, sem critério, pelos juizes e pelos costumes e práticas dos operadores do direito. Trata-se, em uma palavra, da fragilização não-virtuosa. (ZANETI, 2015-b, p.114).

O autor defende uma posição hermenêutica que reconhece a necessidade de se interpretar o texto legal, porém, estando balizado nos limites e vínculos firmados pelo ordenamento.

“Portanto, este momento requer a aplicação de uma interpretação realista moderada, ou seja, uma interpretação comprometida com o texto e com o contexto, apresentando uma fidelidade dinâmica ao texto e ao ordenamento jurídico cisto em sua unidade e coerência. Esta interpretação ao mesmo tempo em que reconhece a necessidade de interpretação de todo e qualquer texto, uma vez que texto e norma não se confundem, corrigindo o desvio formalista interpretativo (PINO, 2010, p.15), busca eliminar os erros de afirmações absurdas, subjetivistas e arbitrárias, eliminando o vício realista do decisionismo judicial”. (ZANETI, 2015-a, p. 1432).

A ideia defendida é no sentido de que balizado pelo texto e contexto o julgador melhor atribuirá o sentido à norma do que se o fizesse de modo individual e desconectado destes balizadores. Inclusive, quando adentra no estudo dos precedentes, o autor entende que estes fazem parte do contexto que limita a interpretação do juiz.

“O modelo de precedentes não é uma forma de liberar o juiz da lei, mas um método de vincular a discricionariedade do juiz na interpretação da lei, controlando a sua autoridade de forma democrática, tendo como parâmetro a universalização da decisão para os casos futuros (formação do precedente) e o já decidido nos casos anteriores (aplicação do precedente). (ZANETI, 2015-a, p. 1435).

TARUFO (2014) também apresenta que o recurso aos precedentes infere na estrutura da argumentação jurídica, tanto na interpretação quanto na sua justificação. Precedentes orientam na interpretação da norma durante a fase dialética e dão suporte a esta interpretação para ser considerada válida na argumentação jurídica.

Inclusive já defendemos (SALIM, 2016) que a vinculação vertical dos precedentes pressupõe uma adesão dos juízes à interpretação operativa realizada pelas das Cortes Superiores. Entendemos irracional permitir ao juiz e à Administração Pública que interpretassem o ordenamento atribuindo sentido diverso daquele já atribuído pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e pelo Superior Tribunal de Justiça, em matéria de legislação federal infraconstitucional, ou seja, nos precedentes firmados por essas Cortes.

Neste ponto é relevante trazeremos a distinção conceitual e metodológica de um modelo de jurisprudência e um modelo de precedentes. Isso porque sendo originados de tradições jurídicas distintas, não só os conceitos teóricos são distintos, mas também o raciocínio e forma de aplicação o são.

Mitidiero traz uma diferenciação conceitual entre jurisprudência e precedentes:

Tradicionalmente, 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.

(...)

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. E porque tem como matéria-prima a decisão, o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão de maneira como foi prolatada. (MITIDIERO, 2015, p. 340)

TARUFO (2014) apresenta aspectos práticos que distinguem jurisprudência e precedentes. O primeiro aspecto levantado é o quantitativo. O precedente geralmente se refere a uma decisão ao passo que a jurisprudência se refere a uma pluralidade. Assim, o autor aponta que é fácil identificar a decisão que é precedente ao passo que é um trabalho de árdua superação definir qual a decisão é relevante ou quantas são decisões necessárias para se afirmar existir uma jurisprudência.

Também há o aspecto qualitativo. O precedente fornece uma regra universalizável que exige uma análise dos fatos para aferir se há semelhança entre a situação em que se estabeleceu o precedente e a qual se pretende aplica-lo. Trata-se de uma estrutura de raciocínio diversa da utilizada na jurisprudência. Conforme o autor: “em regra, os textos que constituem a nossa jurisprudência não incluem os fatos que foram objeto de decisão, de modo que a aplicação da regra formulada em uma decisão anterior não é baseada na analogia dos fatos, mas na subsunção da fattispecie sucessiva em uma regra geral” (TARUFO, 2014, p.5), em outras palavras, uma aplicação mecânica do fato ao texto.

Feita a breve diferenciação, é possível desde já, exemplificativamente, apresentar alguns problemas para a ‘doutrina da jurisprudência’. O primeiro, já apresentado anteriormente, é saber quando se forma jurisprudência: não existe um número mínimo de decisões sobre as quais poderíamos afirmar a existência de jurisprudência. Além disso, tem-se o problema da verificabilidade da jurisprudência: dada a quase impossibilidade de se conhecer toda a jurisprudência, não se permite a sua validação, de modo que a jurisprudência é utilizada somente como argumento persuasivo, sem vinculatividade por parte do juiz.

E por fim, a nosso ver, o maior problema deste modelo é o aumento da incerteza jurídica dada a pluralidade de decisões, ou ‘aluvião descontrolada de decisões’, nos termos do próprio Tarufo, que não se preocupam com isonomia, estabilidade e certeza na aplicação do direito. São as críticas observadas em alguns estudiosos do tema, como Zaneti:

Um modelo apenas de “jurisprudência”, como se verá, também não atende a um Estado Democrático Constitucional. Um modelo de jurisprudência não revela o compromisso que o direito tem com a institucionalização, com a coerência e com a igualdade, permitindo a inflação de decisões contraditórias fomenta um dos piores danos sofridos nos últimos anos decorrente da instabilidade teórica do chamado neoconstitucionalismo: o decisionismo judicial (ativismo judicial negativo) e a aplicação de princípios sem critérios de racionalidade (panprincípioalização). (ZANETI, 2014-b, p. 294).

O autor inclusive complementa que a ‘doutrina da jurisprudência’ é marcada por um personalismo e senso individual de justiça que gera um modelo de justiça caso a caso. (ZANETI, 2015-a).

Também Marinoni entende que a ausência de previsibilidade decorrente das decisões contrastantes causa o aumento da litigiosidade e “conspira contra a racionalidade da distribuição da justiça e contra a efetividade da jurisdição”. (MARINONI, 2013, p. 76).

O que se pretende demonstrar é que a adoção de um modelo de precedentes vem para tentar dar racionalidade e previsibilidade às decisões do civil law, conforme apontam Neil MacCormick e Robert Summers (1997, 533):³ “A normatividade do precedente evoluiu a uma questão de prática judicial e marca a emergência de um novo tipo de autoridade legal aceita nos países de civil law, além da constituição, códigos, estatutos e regulações administrativas ou decretos, e além até da reversibilidade hierárquica. Precedentes agora são citados e aceitos em todos os lugares – até solicitados – na argumentação legal como essenciais para aferir a legalidade satisfatória do caso”.

³ Tradução livre. No original: The normativity of precedent has evolved as a matter of judicial practice and marks the emergence of a new type of accepted legal authority in civil law countries beyond constitution, code, statute and administrative regulation or decree, and even beyond hierarchical reversibility. Precedent is now everywhere cited and accepted - even called for - in legal argumentation as essential to making a legally satisfactory case.

FUNDAMENTOS DO SISTEMA DE PRECEDENTES

A adoção de um sistema de precedentes vai além da determinação legal insculpida no Código de Processo Civil de 2015. Como afirmado na introdução, a teoria dos precedentes é uma questão da Teoria do Direito e não somente do processo judicial.

Um modelo de precedentes é um novo método cujo fundamento é conferir racionalidade e previsibilidade ao sistema jurídico. A ressalva que fazemos é a de que não se substituir o termo ‘jurisprudência’ por ‘precedente’ e seguir operando da mesma forma que sempre se operou, devemos nos adaptar a esta nova estrutura do raciocínio jurídico que impõe a vinculação aos precedentes e não aplicação casuística como se faz em relação à jurisprudência.

Zaneti (2015-a) fala em ‘cultura dos precedentes’ que não se limita à vinculação das decisões futuras ao que foi decidido no passado. O fundamento para esta metodologia é a racionalidade das decisões, de modo que mantidas as mesmas condições observadas anteriormente é racional que seja mantido o padrão decisório utilizado para decidir os casos futuros.

“Devemos seguir precedentes não mais apenas porque eles constituem direito positivo formalmente produzido por alguma autoridade institucionalmente autorizada a criar direito, mas porque os precedentes passam a ser vistos como uma exigência da própria ideia de “razão prática”. Não pode haver um sistema jurídico racional sem um método universalista e imparcial de aplicação do direito positivo. (ZANETI, 2015-a, p. 1437).

E defende que a premissa da racionalidade, traduzida como tratar igualmente os casos iguais (treat cases like alike). A partir do momento que se pretende a universalização da decisão, abre-se o ônus argumentativo para considerar o que foi decidido no passado e inclusive o que se vincula no futuro. É o que observamos nos ensinamentos de MacCormick: “Por isso, o princípio da justiça formal (exigência de igualdade de tratamento) exige que a decisão seja tomada olhando-se para o futuro (forward-looking) e para o passado (backward-looking)” (BUSTAMANTE, 2012, p.45).

Bustamante chega a afirmar que o sistema jurídico que busque um mínimo de racionalidade necessidade de certo grau de aderência ao precedente, seja pela característica de universalização, seja por razões institucionais:

“A força dos precedentes encontra fundamento tanto em razões morais como em razões institucionais em sentido estrito. Entre as primeiras cito o princípio da universalizabilidade – que está impregnado na filosofia prática a partir do imperativo categórico de Kant –, e entre as últimas podem ser citadas tanto normas positivas que dispõem sobre a força do precedente quanto a obrigação de levar em conta os precedentes, que decorre da própria estrutura escalonada do sistema jurídico (e em especial dos mecanismos de uniformização de jurisprudência e solução de divergência jurisprudencial que estão institucionalizados em cada sistema jurídico)”. (BUSTAMANTE, 2012, p.298).

Complementa Zaneti que a mudança de sistema jurisprudencial para precedentalista está embasada em assegurar racionalidade e reduzir a discricionariedade e ativismo judicial: “Os princípios da igualdade e segurança

jurídica, normalmente elencados para justificar a teoria dos precedentes, são consequências colaterais do atendimento da racionalidade e universabilidade das decisões” (ZANETI, 2015-b, p. 410).

Além da racionalidade, um sistema de precedentes tem pretensão à previsibilidade e segurança jurídica, aqui entendida como direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas (MITIDIERO, 2012).

A necessidade de previsibilidade, que se desdobra em confiança legítima por parte do cidadão em relação aos órgãos de administração da justiça e segurança jurídica, consistente no maior grau de certeza possível sobre o que é o direito, permitindo aos cidadãos exercerem suas liberdades mediante trâfegos econômicos e sociais tutelados pelo direito, obriga que tradições jurídicas fundadas na legalidade disciplinem claramente na lei qual a força normativa dos precedentes, dando conteúdo de jure, formal, à vinculatividade das decisões dos tribunais. (ZANETI, 2014-b, p. 301).

Sobre a previsibilidade vale colacionar os ensinamentos de Marinoni: “A previsibilidade é essencial ao Estado de Direito. É preciso que o sujeito saiba o significado das condutas que pode praticar para viver com liberdade e se desenvolver” e dando sequência ao seu argumento: “Isso quer dizer que para a previsibilidade não resta alternativa a não ser a unidade do direito, derivada do exercício da função das Cortes Supremas. Um sistema que realmente se preocupa com a previsibilidade não pode admitir que, depois da pronúncia da Corte Suprema, as condutas possam ser avaliadas ao sabor dos casos e conforme a opinião de cada juiz” (MARINONI, 2014, p. 109).

Conforme conclui Marinoni: “A previsibilidade, além de evitar surpresas, permite ter confiança nos direitos. Sabe-se, dessa forma, que a opção por uma conduta não só não acarretará algo imprevisto, como também se tem a garantia de que, diante de determinada situação, decorrerá um direito que não poderá ser contestado e, assim, poderá ser plenamente exercido” (MARINONI, 2014, p. 110).

O que se traz neste ponto é que um sistema de precedentes é um método não exclusivo para as decisões e processos judiciais, tanto que foram apresentados como seu fundamento, a racionalidade e a previsibilidade, que a nosso ver são exigidos de qualquer órgão decisor. Ainda que as ideias apresentadas se inclinem ao judiciário, os precedentes não são exclusivamente judiciais.

Com base nessa premissa passamos ao estudo de um sistema de precedentes não-judiciais.

PRECEDENTES NÃO JUDICIAIS

Frederick Schauer (1987, p.1) faz a afirmação de que os precedentes não são uma forma de decidir exclusiva dos órgãos judiciais. Sem dúvida que possuem maior concentração e importância nos domínios da

decisão legal – mais ainda nos sistemas de common law do que de civil law – porém, não são exclusividade destes⁴. Como complemento o autor traz exemplos de filhos que demandam tratamento semelhante ao aplicado a seu irmão mais velho; consumidores que exigem pagar o mesmo preço oferecido anteriormente a outro cliente; e também, conselhos ou órgãos de tomada de decisão que verificam a existência de decisão prévia de outro grupo como fundamento racional para emitir decisão semelhante.

Luiz Guilherme Marinoni, quando discute o tema de precedentes, poder e respeito ao passado inicia sua argumentação informando que “Uma decisão, na medida em que deriva de fonte dotada de autoridade e interfere sobre a vida dos outros, constitui precedente que deve ser respeitado por quem o produziu e por quem está obrigado a decidir caso similar” (MARINONI, 2013, p. 105).

Complementa a ideia da autoridade a posição de Taruffo (2014, p. 10) no sentido de que: “Uma corte que, sobre o mesmo assunto, trocasse a cada dia a sua opinião teria muito pouca autoridade e violaria qualquer princípio de igualdade dos cidadãos perante a lei”.

Ao analisar o exercício de poder, entende que o respeito ao passado é inerente a qualquer tipo de sistema e natural a qualquer espécie de poder. Importante também a reflexão que faz sobre o direito que possuem as pessoas sujeitas ao exercício do poder, de crer na racionalidade e na estabilidade dos órgãos decisores e nas suas decisões (MARINONI, 2013, p. 106). Em suas palavras, os sujeitos ao poder possuem “legítima expectativa de que os julgamentos que podem os atingir não variarão sem justificativa plausível e que, assim, podem dirigir as suas atividades de acordo com as diretrizes já fixadas” (MARINONI, 2013, p. 106). A conclusão de sua análise perpassa pelo princípio do ‘*treat like cases alike*’: “Tratar da mesma forma casos similares é algo fundamental para a estabilidade do poder e para a manutenção da segurança necessária ao desenvolvimento das relações sociais” (MARINONI, 2013, p. 107).

Temos por *stare decisis* a descrição de Marinoni na Introdução de seu livro ‘Precedentes Obrigatórios’: “Lembre-se que, embora os precedentes tenham sido fundamentais para o desenvolvimento do common law, o *stare decisis* – isto é, a eficácia vinculante dos precedentes – tem sustentação especialmente na igualdade, na coerência e na estabilidade da ordem jurídica e na previsibilidade” (MARINONI, 2013, p.15). Ideia que é semelhante na descrição de Zaneti Jr. ao comentar o art. 926 do Novo CPC, principalmente o dever de estabilidade: “Estabilidade significa dizer não alteração, pelo menos tendencial, ou seja, não alteração frequente. A estabilidade é o dever de seguir os próprios precedentes, a presunção em favor dos precedentes já estabelecidos pelo tribunal, resultante da vinculação horizontal, ou seja, do *stare decisis*” (CABRAL; CRAMER, 2015, p. 1315).

⁴ Tradução livre. No original: “It is worth noting at the outset that precedent, although arguably concentrated in and more important in law than in other decision-making domains, and more important in common-law legal systems than in their civil-law counterparts, is by no means unique to legal decision making.”

Relevante é o trabalho de Michael J. Gerhardt (2015) intitulado 'Non-Judicial Precedent'. Defende o autor que a expressão precedente vem acompanhada, ou é sinônima, de julgamentos constitucionais da Suprema Corte, o que em sua visão é um erro⁵. Isso porque existem autoridades, atores, não judiciais que realizam julgamentos constitucionais mais frequentemente do que as cortes, sendo que tais julgamentos geram precedentes⁶.

Conforme o autor: cada questão constitucional que é levada à consideração da Corte já foi decidida, no mínimo, por uma autoridade não judicial; além disso, a Corte derruba uma pequena fração de julgamentos constitucionais de autoridades não judiciais que ela escolhe revisar; assim, a Corte mantém intacta a maioria dos julgamentos constitucionais feita pelas autoridades não judiciais⁷.

Ao final, explica que utiliza o termo 'precedente' para se referir a julgamentos constitucionais de ambas autoridades: judiciais e não judiciais, ao passo que a expressão 'precedente não-judicial' para se referir a todo o grupo de decisões constitucionais, valores e crenças de autoridades não judiciais⁸.

Nesses termos, o que se demonstrou é que uma teoria dos precedentes que vise a promoção da previsibilidade e racionalidade é aplicável a qualquer instituição que exerça poder. Pelo fato de exercerem influência em terceiros, aqueles que decidem devem adotar estrutura argumentativa racional de modo que suas decisões proferidas sirvam às decisões futuras.

Sequencialmente serão apresentadas duas situações não-judiciais em que os precedentes têm relevância, o processo administrativo do trabalho e o processo de controle externo quanto a prestação de contas dos gestores públicos.

Modelo de precedentes aplicados à inspeção do trabalho

O Ministério do Trabalho, dentre suas competências legais, atua na fiscalização do trabalho. Tal atuação se dá por meio da Secretaria de Inspeção do Trabalho, na qual atuam os Auditores-Fiscais do Trabalho aos quais compete 'orientar e fiscalizar administrativamente o cumprimento das normas legais de proteção ao trabalho e

⁵ Tradução livre. No original: "When we think of precedent, we usually make a mistake. We usually assume precedent is synonymous with the constitutional judgments of courts, particularly those of the Supreme Court".

⁶ Tradução livre. No original: "Non-judicial actors make constitutional judgments more frequently than courts do, and these judgments comprise precedents".

⁷ Tradução livre. No original: "Every constitutional question that the Court considers has already been decided by at least one non-judicial authority, and the Court overturns only a small fraction of the constitutional judgments of non-judicial actors that it chooses to review. The Court leaves intact most constitutional judgments made by non-judicial actors."

⁸ Tradução livre. No original: "I use the term "precedent" to refer to prior constitutional judgments of either or both judicial and non-judicial actors, while I use the term "non-judicial precedent" to refer to all sets of constitutional decisions, values, and beliefs of non-judicial actors"

aplicar sanções' (REIS, 2009, p.14). Além disso, relevante é a atuação dos membros do Ministério Público do Trabalho que atuam na defesa da ordem jurídica, inclusive em demandas judiciais.

Em sua obra, Jair Teixeira dos Reis trata do processo administrativo do trabalho, sendo relevante para este artigo, a parte tocante aos precedentes administrativos. Os entendimentos do Departamento de Fiscalização do Trabalho sobre as matérias utilizadas para embasamento da atuação fiscal são firmados nestes precedentes, que orientam os Auditores-Fiscais nas suas atribuições (REIS, 2009, p. 64).

Ressalta-se a atuação da Coordenação-Geral dos Recursos no sentido de promover a orientação e a uniformização de procedimentos, bem como de propor os precedentes administrativos. Inclusive, os primeiros precedentes já possuem quase 20 anos de vigência, conforme o Ato Declaratório n. 1, de 20 de Outubro de 2000, que aprovou os Precedentes Administrativos de n. 1 a 11.

Também são relevantes os Enunciados da Secretaria das Relações do Trabalho, que, conforme Reis (2009, p. 81) buscam dar maior eficiência nos atendimentos ao público prestado pelas Superintendências Regionais do Trabalho. A padronização dos procedimentos administrativos internos em ementas iniciou-se em 2006, sendo que em 2014 foi publicada a Portaria SRT n. 4 que altera as 'ementas' por 'enunciados', além de revisar e organizar aqueles que estão vigentes.

Em consonância ao entendimento acostado anteriormente, entende o autor que a aplicação dos precedentes tem suas ressalvas:

Registramos que os precedentes são meras orientações administrativas que não possuem qualquer cunho obrigacional. A adoção desses precedentes deve ser bem-vinda, contudo deve ficar restrita a matérias pacíficas. Não se pode admitir, de outra parte, que o Ministério do Trabalho, ao orientar os agentes de fiscalização, acabe por firmar posição sobre temas polêmicos cuja solução final é de competência privativa do Poder Judiciário (REIS, 2009, p. 65).

REIS apresenta uma posição já defendida por nós anteriormente (SALIM, 2016), no sentido de que a formação dos precedentes administrativos deve sempre levar em conta o posicionamento das Cortes Superiores, sob pena de condenar o sistema jurídico ao inchaço da máquina judiciária com demandas originadas de pretensões face à Administração Pública.

Nessa oportunidade fica claro que pela busca de eficiência, a adoção de um sistema que, além de facilitar a atuação dos Auditores-Fiscais do Trabalho, permite a estabilidade e proteção das legítimas expectativas daquele que está circunscrito ao processo administrativo do trabalho, seja o trabalhador, seja o empregador.

Modelo de Precedentes nos Tribunais de Contas

O segundo exemplo que se pretende estudar é a formação de precedentes administrativos no âmbito dos

Tribunais de Contas, dada a peculiaridade deste procedimento ‘judicialiforme’⁹, que não integra o Poder Judiciário¹⁰, mas nas palavras do Ministro Marco Aurélio possuem um colorido quase-jurisdicional¹¹.

Levando em consideração o plexo de competências constitucionais dos Tribunais de Contas, tem-se o julgamento das contas de todos os administradores ou demais responsáveis por recursos públicos, em sentido amplo, bem como as contas daqueles que causaram algum prejuízo ao erário. Além disso, existe a competência para apreciação das contas anuais dos chefes do Poder Executivo, seja federal, estadual ou municipal.

Entende-se que para ambos os casos, um sistema de precedentes é plenamente admissível.

A aplicação de uma teoria dos precedentes nos Tribunais de Contas já é matéria de discussão nos debates jurídicos. A título de exemplo, cita-se o posicionamento de Jefferson Carús Guedes e Thiago Aguiar de Pádua (2015), que se mostraram opositores da possibilidade de o Tribunal de Contas da União julgar irregulares as contas da Chefe do Poder Executivo, tendo em vista os precedentes sucessivos firmados desde 2002 e a necessidade de se respeitar a segurança jurídica e a previsibilidade. Entendem os autores pela necessidade de aplicar os efeitos prospectivos da teoria dos precedentes.

Verifica-se em algumas oportunidades a preocupação com a processualística e a jurisprudência dos Tribunais de Contas, como a exercida pelo Instituto Rui Barbosa. Nos encontros técnicos promovidos entre os servidores dos Tribunais de Contas do Brasil, aspectos sobre precedentes já foram ressaltados como o enunciado n. 5, da Carta de Palmas - I Fórum de Processualística dos Tribunais de Contas: “5. Os enunciados inscritos na súmula do Tribunal de Contas poderão ser arguidos com força vinculativa, e os Tribunais adotarão medidas para se aproximar do sistema de precedentes que preconiza o CPC”¹².

Os Tribunais de Contas, órgãos de estatura constitucional e responsável por deliberar questões constitucionais cotidianamente devem adotar um sistema de precedentes de seus próprios julgados.

⁹ O Supremo Tribunal Federal utiliza o termo ‘judicialiforme’ quando órgãos não jurisdicionais se imbuem na função de processar e julgar. A exemplo temos o seguinte trecho de ementa: “O Senado, posto investido da função de julgar o presidente da República, não se transforma, às inteiras, num tribunal judiciário submetido às rígidas regras a que estão sujeitos os órgãos do Poder Judiciário, já que o Senado é um órgão político. Quando a Câmara Legislativa – o Senado Federal – se investe de ‘função judicialiforme’, a fim de processar e julgar a acusação, ela se submete, é certo, a regras jurídicas, regras, entretanto, próprias, que o legislador previamente fixou e que compõem o processo político-penal.” (MS 21.623, rel. min. Carlos Velloso, julgamento em 17-12-1992, Plenário, DJ de 28-5-1993.)

¹⁰ Os Tribunais de Contas não estão incluídos no rol de órgão componentes do Poder Judiciário descrito no artigo 92 da Constituição Federal de 1988.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 23550-1/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 4 de abril de 2001. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, 31 de out. 2001, p. 6

A ESFERA DE CONTROLE E A LEI FEDERAL N. 13.655/2018

O legislador tem demonstrado preocupação com a segurança jurídica e racionalidade nas decisões emanadas da Administração Pública. Trata-se da adoção da teoria dos precedentes, principalmente na vertente já tratada neste trabalho sobre os precedentes não-judiciais.

A Lei Federal n. 13.655 de 25 de abril de 2018 alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Tal lei incluiu na LINDB disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Para o presente trabalho, nos é relevante os artigos 23, 24 e 30 na LINDB. Primeiramente serão tratados os artigos 23 e 24:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. (g.n.)

O artigo 23 prevê a interpretação operativa, que como dito anteriormente é fundamento para uma teoria de precedentes. Isso porque a partir da construção do sentido da norma pelo intérprete, somente se considera racional um sistema que pretenda à universalização desta interpretação e vincule sua decisão a casos posteriores:

Nos momentos em que há dúvida sobre o significado do texto normativo, o intérprete deverá decidir qual significado atribuirá ao texto. Esta decisão que dirime a dúvida interpretativa é chamada de interpretação operativa, conceito sugerido inicialmente por Luigi Ferrajoli e desenvolvido por Józef Wroblewski para traduzir as hipóteses em que há reconstrução da norma pelo intérprete na atividade jurisdicional e a devolução ao ordenamento jurídico de conteúdo normativo reconstruído. Todas as vezes que houver interpretação operativa, abrir-se-á a possibilidade para a formação de um precedente (do ponto de vista material) (ZANETTI JR; PEREIRA, 2016, p. 379)

Já o art. 24 traz nova visão sobre a revisão quanto à validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas. Reconhece que tal revisão possa ocorrer na esfera judicial, administrativa e controladora.

¹² Disponível em: <http://www.irbcontas.org.br/site/index.php/2014-11-07-12-36-15/publicacoes/item/543-carta-de-palmas-v-juristics-jurisprudencia-nos-tribunais-de-contas>. Acesso em 10/06/2018.

Vale ressaltar que o termo 'revisão' é um gênero no qual suas especificações envolvem a revogação e a anulação, temática amplamente discutida nos manuais de Direito Administrativo, que não nos compete adentrar neste trabalho.

A revisão na esfera judicial não representa nenhuma dúvida considerando o direito e garantia fundamental de amplo acesso ao judiciário, na forma do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. Na discussão envolvendo direitos subjetivos individuais, tratados em procedimentos comuns, ou direitos coletivos, tratados em remédios constitucionais e procedimentos específicos, é plenamente aceito pelo ordenamento jurídico que os atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas sejam revistas pelo julgador.

Também na esfera administrativa, a revisão é permitida pelo ordenamento. Nesses casos, trata-se da própria Administração Pública revendo os atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas. É ampla a gama de legislação que trata da matéria, sendo as leis gerais sobre licitações e contratos, sejam as leis específicas de cada ente público. Como diretriz da revisão administrativa, colaciona-se as duas súmulas do Supremo Tribunal Federal cujos verbetes são:

Súmula 346/STF: "A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos."

Súmula 473/STF: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

A 'esfera de controle' que entendemos ser uma inovação legislativa. Não porque não era admitido à esfera de controle que revisasse os atos e ajustes da Administração Pública, até porque verifica-se competências constitucionais próprias da esfera de controle como aquelas atribuídas ao Tribunal de Contas União, no artigo 71 e seguintes da Constituição da República. Entende-se por inovação o fato de se criar uma 'esfera de controle', que é colocada ao lado da judicial e administrativa. Ou seja, o legislador passa a reconhecer o controle como sistema próprio, dotado de autonomia e competências de revisão.

O reconhecimento pelo legislador das esferas de controle e administrativa corrobora o já discutido nos pontos anteriores. As decisões políticas são tomadas em maior número pelos órgãos não-judiciais, sendo necessário um sistema que garanta segurança jurídica, previsibilidade e eficiência.

Continuando a análise do artigo 24 da LINDB verifica-se que o legislador apresenta o termo 'orientações gerais' e ainda informa a possibilidade de não se aplicar às situações plenamente constituídas a 'mudança posterior de orientação geral'. A nosso ver a ideia de existir uma orientação cujo efeito é a revisão de uma medida da Administração que lhe seja desconforme, é o reconhecimento de que há vinculação a normas que não decorrem de um processo legislativo.

Em outros termos, existem determinações normativas que não decorrem de lei, sendo esse um dos

pilares da teoria dos precedentes. Criticando a leitura positivista das fontes do direito, BUSTAMANTE (2013) afirma que: “As fontes do direito devem ser redefinidas, portanto, como as razões que podem ser empregadas pelos juristas na formulação das normas gerais e individuais que são construídas na aplicação do direito”. Dessa forma, ao utilizar as ‘orientações gerais’ na nova lei, o legislador abre espaço para a adoção de precedentes na administração.

Tal fato, inclusive, é corroborado pelo parágrafo único do mesmo artigo. Na interpretação legal ao termo ‘orientações gerais’ o legislador abarca as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral; jurisprudência judicial; prática administrativa reiterada; e, principalmente ‘jurisprudência administrativa majoritária’. Essa última expressão consagra a importância das decisões administrativas e reconhece inclusive a existência de jurisprudência. Considerando que a teoria dos precedentes é primeiramente normatizada pelo Código de Processo Civil de 2015, entendemos que o termo ‘jurisprudência administrativa majoritária’ seria melhor lido como ‘precedentes administrativos’.

Por fim, corrobora essa abertura para a teoria dos precedentes no âmbito da administração, o fato de que o artigo 24, em seu caput, faz menção inclusive quanto a operacionalidade dos precedentes. Diz-se isso tendo em vista que pretendeu o legislador conferir proteção a situações plenamente constituídas, mesmo diante de uma alteração de orientação geral. Essa temática também é afeta ao sistema de precedentes, especificamente em relação às técnicas para sua operacionalização.

A revogação dos precedentes (overruling) e seus efeitos não são objeto do presente trabalho, mas nos interessa colacionar o ensinamento de MARINONI (2014, p. 399) sobre o tema: “Foi dito que proposições morais, políticas e de experiência, devidamente ancoradas no seio social, assim com a falta de consistência do precedente com exceções ou com outros precedentes, constituem critérios básicos para o overruling”. E, como o legislador fez no artigo 24, o autor informa a possibilidade de estabilidade de um precedente mesmo diante da hipótese de revogação:

“Deixou-se claro que, apesar de precedentes as razões justificadoras da revogação do precedente, esse pode ser preservado em virtude dos fundamentos de estabilidade, particularmente da proteção da confiança justificada e da prevenção contra a surpresa injusta. Porém, afigura-se prudente melhor tratar dos critérios básicos para o overruling, ou melhor, dos critérios que justificam a revogação do precedente ainda que esse possa, em virtude dos fundamentos da estabilidade, ser preservado” (MARINONI, 2014, p. 399).

O legislador buscou afastar a surpresa injusta, conforme apontou Daniel Mitidiero:

“A possibilidade de superação do precedente coloca em evidência a necessidade de proteção da confiança daqueles que o tinham em consideração para fazer suas escolhas socioeconômicas e da manutenção da igualdade de todos perante a ordem jurídica. É que a mudança do precedente não pode causar surpresa injustificada (unfair surprise) nem ocasionar um tratamento não isonômico entre pessoas que se encontram temporalmente em situação de idênticas ou semelhantes”. (MITIDIEIRO, 2012, p. 69-70).

Por fim tem-se o artigo 30, de seguinte redação:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

O artigo 30 traz explicitamente um pressuposto à teoria dos precedentes que é a proteção à segurança jurídica. E o faz de uma forma não-judicial ao afirmar que cabe às 'autoridades públicas' atuar para aumentar a segurança jurídica.

A crítica que se faz ao artigo é elencar exemplificativamente os procedimentos em que se produzirá precedentes: regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Um modelo de precedentes exige a abertura à interpretação principalmente nas próprias decisões das autoridades públicas. O fetiche da concretude do ordenamento já foi superado pela passagem de Estado Legislativo para Estado Constitucional, conforme apresentamos.

Conforme afirmado anteriormente, a alteração do modelo jurisprudencial ao precedentalista nos exige uma alteração de estrutura racional. Inclusive, não se deve aplicar de forma mecânica, típico da jurisprudência, os precedentes que exige valoração dos fatos e interpretação. O problema da aplicação mecânica da jurisprudência também é alvo de crítica por Streck e Abboud (2015) e por Nunes e Bahia (2015), quando discutem a adoção do modelo de precedentes pelo Código de Processo Civil de 2015. Todos informam a impossibilidade de se aplicar precedentes de forma mecânica, como se pretendeu fazer com a jurisprudência.

Por isso mesmo é que devemos tirar lições do sistema de precedentes do common law para melhor compreensão do 'sistema de vinculação jurisprudencial (e não de precedentes) criado pelo CPC no Brasil. A principal é a impossibilidade de se aplicar de forma mecânica os provimentos vinculantes (...), isto é, nenhum texto jurídico, seja lei, enunciado jurisprudencial ou súmula vinculante ou não, pode ser aplicada de forma dedutiva-subsumtiva-mecânica. (STRECK; ABBoud, 2015, p. 176).

Infelizmente, até ao menos a entrada em vigor do CPC-2015, duas posturas são costumeiras no Brasil ao se usar os julgados dos tribunais como fundamento para as decisões: (a) a de se repetir mecanicamente ementas e enunciados de súmulas (...) ou (b) de se julgar desprezando as decisões anteriormente proferidas, como se fosse possível analisar novos casos a partir de um marco zero interpretativo; num e noutro caso o juiz discricionariamente despreza os julgados, a doutrina e o próprio caso que está julgando. (NUNES; BAHIA, 2015, p.722)

Pelo exposto, verifica-se que os contornos de uma teoria dos precedentes administrativos já vêm sendo adotada pelo legislador brasileiro. Da esfera de controle, reconhecidamente autônoma e produtora de jurisprudência administrativa majoritária, são exigidos os mesmos valores almejados na teoria dos precedentes judiciais, a se dizer: segurança jurídica, previsibilidade, isonomia e racionalidade. Reconhece-se um sistema de precedentes não-judiciais na esfera de controle justamente pela necessidade de racionalidade e previsibilidade.

CONCLUSÃO

O raciocínio do presente trabalho passa pelos argumentos de que o Direito tem por objetivo a certeza jurídica e as tradições jurídicas do civil law e common law desenvolveram metodologias diferentes para tanto. Enquanto os civilistas buscavam a completude do ordenamento e a isonomia decorrente da aplicação silogística do texto da lei, os consuetudinários preferiram uma igualdade mediante a vinculação aos precedentes.

Ocorre que a sociedade contemporânea evoluiu em complexidade de modo que o ordenamento já não era capaz de prever e regular todas as possíveis situações. Desta insuficiência, foram observados movimentos na Teoria da Interpretação, na Teoria das Fontes Jurídicas e nas Técnicas Legislativas, de modo que o ordenamento fechado se torna poroso.

Principalmente quanto à interpretação surge o problema do subjetivismo das decisões. Em razão da premissa que todo texto demanda interpretação e de que norma e lei são distintas, abriu-se ao julgador um campo hermenêutico vasto que ante a ausência de balizadores permite a decisão casuística. Tal fenômeno é intensificado com a jurisprudência que traz diferenças conceituais, qualitativas e quantitativas em relação aos precedentes.

O sistema de precedentes é apresentado como solução ao decisionismo e superação da metodologia jurisprudencial. Traz em seu bojo a racionalidade prática e busca da segurança jurídica a partir de uma nova estrutura de raciocínio que leva em consideração o texto e o contexto.

Tendo sido demonstrado os fundamentos do sistema de precedentes passou-se a demonstrar que esta metodologia não é exclusiva dos órgãos judiciais. Demonstrou-se que outros atores constitucionais decidem questões constitucionais em maior número que o judiciário, e, por exercerem poder de decisão, é exigido deles as mesmas racionalidade e previsibilidade de um sistema de precedentes judicial. As decisões proferidas anteriormente pelo órgão são vinculantes para este em processos semelhantes, presentes e futuros.

Corroborando a abertura para tal teoria a publicação Lei Federal n. 13.655 de 25 de abril de 2018 alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que especificamente em seus artigos 23, 24 e 30 traz contornos da teoria dos precedentes aplicados à esfera administrativa e de controle.

A conclusão é que ao reconhecer a autonomia decisória da esfera de controle, o legislador lhe impôs o dever de racionalidade e previsibilidade de modo que um sistema de precedentes não-judiciais deve ser adotado.

RATIONALITY, PREDICTABILITY, PRECEDENTS AND PUBLIC ADMINISTRATION**Abstract**

The purpose of this paper is to verify the foundations of the theory of precedents and their applicability in non-judicial decisions. For this, it will be made a brief review of Western legal traditions, identifying the tools that each use to predict the law. Considering the justification for precedents on rationality and legal certainty, it is concluded that, although it is a theory directed at judicial proceedings, it is fully possible and desirable to apply it to administrative procedures. Finally, it will be made comments on Federal Law n. 13655/2018 and the approximation it establishes among non-judicial spheres with a precedent model.

Keywords: precedents, public administration, rationality, legal certainty.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; LADEIRA, Aline Haddad. **O Precedente Judicial em Paralelo às Súmulas Vinculantes:** pelas (re)introdução da faticidade do mundo jurídico. *Revista de Processo*, v. 234, p. 275-301, 2014.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei Federal n. 13.655 de 25 de abril de 2018, Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF, abril de 2018.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF, set. 19242.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 346:** A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1576>. Acesso em: 09/05/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473:** A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de

conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Disponível em: <http://www.stfj.us.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>. Acesso em: 09/05/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 23550-1/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 4 de abril de 2001. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, 31 de out. 2001.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

_____. **O direito e a incerteza de suas fontes**: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. especial [2]. Belo Horizonte, Universidade de Minas Gerais, 2013, p. 299–325.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

GERHARDT, Michael J. **Non-Judicial Precedent**. Vanderbilt Law Review, Forthcoming; UNC Legal Studies Research Paper No. 1011505. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1011505>. Acesso em: 03/06/2018.

GUEDES, Jefferson Carús; PÁDUA, Thiago Aguiar de. **Pedaladas jurisprudenciais do TCU ou prospective overruling?** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/pedaladas-jurisprudenciais-tcu-ou-prospective-overruling>. Acesso em: 10/06/2018.

MacCORMICK, Neil, e SUMMERS, Robert. **Further general reflections and conclusions**. In: MacCORMICK, Neil, e SUMMERS, Robert (orgs.). *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot, Ashgate, p 531-550, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativas do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e Precedente**: Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial. Revista de Processo, v. 206, p. 61-78, 2012.

_____. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo CPC**. Revista de Processo – REPRO, v. 245, pp. 333:349. São Paulo: RT, julho, 2015.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. “Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil”. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. **Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada**. Salvador: Juspodivm, 2015.

REIS, Jair Teixeira dos. **Processo Administrativo do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2009.

SALIM, Lucas. **A aplicação da teoria dos precedentes na Administração Pública**. Semana Científica do Direito UFES: Graduação e Pós-graduação, v. 3, n. 3, 2016. Disponível em: <http://www.portaldepublicacoes.ufes.br/ppgdir-semanajuridica/article/view/12806>. Acesso em: 10/06/2018.

SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Originalmente publicado na Stanford Law Review, vol. 39, em 1987. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384. Acesso em: 18/10/2015.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. “O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?”. In: DIDIER JR., Freddie (coord.) [et al]. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

TARUFFO, Michele. **Institutional factors influencing precedents**. In: MacCORMICK, Neil, e SUMMERS, Robert (orgs.). **Interpreting Precedents – A Comparative Study**. Aldershot, Ashgate, p. 437-460, 1997.

_____. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a.3, n.2, jul-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>. Acesso em: 03/06/2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo. São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

ZANETI JR, Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2.ed. rev., ampl. alterada. São Paulo: Atlas, 2014-a.

-
- _____ **Comentários aos artigos 926 a 928 do CPC/15.** In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Forense, 2015-a.
- _____ “Precedentes normativos formalmente vinculantes”. In: DIDIER JR., Freddie (coord.) [et al]. **Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2015-b.
- _____ **O valor vinculante dos precedentes.** O modelo garantista (MG) e a redução da discricionabilidade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Jus Podivm, 2015-c.
- _____ **Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil.** Revista de Processo, vol. 235, p. 293–349, set. 2014-b.
- ZANETI JR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?.** Revista de Processo, n. 257, p. 371–388, jul, 2016.

Trabalho enviado em 15 de junho de 2018

Aceito em 03 de setembro de 2018