



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

5

O precedente administrativo como fator de autolimitação da discricionariedade negocial do poder público¹

The administrative precedent as a self-limiting factor of the public administration's business discretion

Lorena Miranda Santos Barreiros

Ph.D. and Master in Laws (UFBA). Professor of Civil Procedural Law at Bahia's Faculty Law. State of Bahia Attorney

RESUMO: Este artigo tem por objetivo examinar a atuação consensual do Poder Público, a partir da perspectiva que qualifica a decisão administrativa de celebração de convenção processual como precedente administrativo. Visto como instrumento de concretização do princípio da igualdade, o precedente administrativo é analisado como fator de autolimitação de conduta da Administração e, sob essa perspectiva, são examinadas questões como a possibilidade de se reconhecer algum grau de vinculatividade ao precedente administrativo, bem como os instrumentos predispostos ao particular para resguardar o seu direito a um tratamento isonômico diante do precedente vinculante aplicável ao seu caso concreto.

1 Este artigo é resultado das atividades do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053). Esse grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

PALAVRAS-CHAVE: Convenção processual; Princípio da igualdade; Precedente administrativo; Poder Público; autolimitação negocial.

ABSTRACT: This article intends to analyze the consensual performance of Public Administration, from the perspective that qualifies the administrative decision to sign a contract of procedure as an administrative precedent. Seen as an instrument for implementing the principle of equality, the administrative precedent is analyzed as a factor for the self-limitation of the Administration's conduct and, from this perspective, this paper examines issues such as the possibility of recognizing some degree of bindingness to administrative precedent, as also the predisposed instruments that can safeguard the particular's right to equal treatment, by applying the precedent to his specific case.

KEYWORDS: Contract of procedure; Principle of equality; Administrative precedent; Public Administration; Business self-limitation.

SUMÁRIO: Introdução – 1. A decisão administrativa de celebração de negócio jurídico processual como precedente administrativo – 2. Teoria espanhola dos precedentes administrativos e sua adaptação ao direito brasileiro – 3. Vinculatividade do precedente administrativo – 4. Autolimitação negocial da Administração Pública: o equilíbrio entre discricionariedade administrativo-consensual e igualdade – Conclusão – Referências.

INTRODUÇÃO

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, intensificou-se a discussão concernente ao autorregramento da vontade no processo, com o debate aceso sobre questões diversas, a exemplo da possibilidade de o juiz poder figurar como parte em convenção processual, a delimitação da licitude do objeto das convenções, além, obviamente, de temas específicos, como as convenções em matéria probatória e aquelas envolvendo o Poder Público.

A esta última temática, a autora dedicou sua tese de doutoramento², defendida em 2016, objetivando identificar o regime jurídico a que se submete o Poder Público quando celebra convenções processuais. O ato negocial foi examinado sob sua dupla perspectiva, de ato administrativo e processual, realçando-se, dentre outras temáticas, seus requisitos de validade e a aplicação do instituto aos processos administrativos.

O decurso dos anos desde a finalização daquele trabalho trouxe à tona novos questionamentos relacionados à temática. Os negócios processuais vêm sendo aplicados no âmbito do Poder Público. No entanto, ainda pouco se sabe sobre as convenções concretamente celebradas em todo o país, dado o déficit de publicidade que se verifica nessa área. É fato que existem instrumentos normativos que relacionam,

2 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

abstratamente, os negócios processuais passíveis de celebração por determinados entes públicos³; no entanto, a transposição da norma geral para o caso concreto é, ainda, em geral, pouco divulgada.

A ausência de publicidade adequada acerca das convenções processuais celebradas pelo Poder Público é fator que desencadeia outro problema a merecer sopesamento e avaliação: como resguardar, no âmbito da atuação consensual da Administração Pública (neste trabalho delimitada, para fins de estudo, apenas à celebração de convenções processuais), o respeito à igualdade? Como equilibrar discricionariedade administrativa e tratamento isonômico aos administrados?

Volve-se o presente artigo à análise dessa questão, com a tentativa de formulação de soluções, *de lege lata*, para o problema apresentado. Desse modo, o trabalho pretende demonstrar, em primeiro lugar, que a decisão administrativa de celebração de convenção processual qualifica-se como um precedente administrativo. Para melhor compreensão da temática, buscar-se-á amparo na teoria espanhola dos precedentes administrativos, efetivando-se sua adaptação ao ordenamento jurídico pátrio.

Em seguida, discutir-se-á a eficácia do precedente administrativo sob análise, indicando-se os critérios definidores de sua vinculatividade. Como consequência, demonstrar-se-á em que medida o reconhecimento do caráter vinculante do precedente extraível da decisão administrativa de celebração de convenção processual acarretará a autolimitação negocial da Administração Pública, em prol do respeito ao princípio da igualdade.

Por fim, serão definidos instrumentos concretos de que se pode valer o administrado para garantir o tratamento igualitário na aplicação dos precedentes administrativos concernentes à celebração, pelo Poder Público, de negócios processuais⁴.

1. A DECISÃO ADMINISTRATIVA DE CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

A Administração Pública, ao celebrar negócios jurídicos processuais, submete-se a um regime jurídico diferenciado daquele a que se sujeitam os particulares no exercício da mesma atividade. Trata-se de regime jurídico de caráter híbrido, no qual devem ser conjugadas normas extraídas do Direito Processual e normas oriundas do Direito Administrativo.

3 Tomem-se por exemplo a Resolução PGE/RJ nº 4324, de 07 de janeiro de 2019 (disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/pge-rj-resolucao.pdf>. Acesso em 17/08/2021) e a Resolução AGE/MG nº 11, de 22 de março de 2019 (Disponível em <http://advocaciageral.mg.gov.br/legislacao/resolucao-11-de-22-03-2019/>). Acesso em 17/08/2021).

4 A expressão negócio processual será utilizada, neste artigo, como sinônima de convenção processual, ou seja, de negócio processual bilateral ou plurilateral.

A atuação administrativa consensual revela-se consentânea com o objetivo preconizado pela Constituição Federal de 1988 de valorizar a participação cidadã no exercício das funções públicas, buscando “democratizar a democracia através da participação”⁵, como forma de legitimação do exercício do poder. Embora esteja caracterizada, nessa atuação, a adoção de uma postura mais flexível e paritária da Administração Pública no seu relacionamento com o administrado, se comparada à atuação imperativa, é fato que mesmo nessa seara não poderá o Poder Público se desvincular dos princípios e regras que o estruturam enquanto órgão de exercício de poder.

Ainda que seja inequívoco o fenômeno de reformulação valorativa de diversos institutos clássicos do direito administrativo sob a perspectiva constitucional (daí se falar, atualmente, em princípio da juridicidade administrativa⁶ e não mais da legalidade administrativa, apenas para exemplificar), há premissas que não podem ser olvidadas no trato do tema dos negócios processuais envolvendo o Poder Público.

A primeira delas consiste no fato de que a celebração de negócios jurídicos processuais pelo Poder Público é, em regra, fruto de uma decisão administrativa previamente tomada por um agente público. A validade dessa decisão administrativa encontra respaldo nas normas que regem os atos administrativos em geral, devendo ser observados, dentre outros requisitos, a competência para a prática do ato, a motivação e a finalidade pública⁷.

A segunda premissa relaciona-se à necessidade de que a atuação administrativa, qualquer que seja a sua natureza (imperativa ou consensual), desenvolva-se em conformidade com os princípios constitucionais que a estruturam, em especial os princípios da juridicidade, da impessoalidade (garantia – e reflexo – da igualdade entre os indivíduos na seara administrativa) e da publicidade.

Por essas razões, a decisão administrativa de celebração de negócio jurídico processual produz, ao lado do efeito *inter partes*, uma eficácia mais geral, social, decorrente de sua natureza jurídica de precedente administrativo.

5 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 301. Apresentando diversos instrumentos de participação popular na Administração Pública, inclusive previstos na legislação infraconstitucional federal e em legislações estaduais, ver: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na administração pública. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, RT, ano 10, v. 39, abr.-jun./2002, p.133-140.

6 BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 756.

7 A questão atinente à (in)validade da decisão administrativa que lastreia a celebração de negócio jurídico processual foi enfrentada de modo mais detido por esta autora em BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 301-362.

Embora o presente estudo tenha como preocupação central o precedente jurídico e, mais precisamente, o precedente administrativo⁸, impende destacar que o precedente é algo natural e inerente à atividade decisória em geral⁹. Considerado em sua acepção ampla, o precedente é uma decisão tomada à vista de determinada situação concretamente considerada e que se revela capaz de servir como parâmetro para futuras decisões em situações similares. Ele pode, assim, influenciar ou condicionar uma atuação futura¹⁰.

Francisco Rosito afirma que nem toda decisão constitui um precedente, uma vez que, segundo ele, algumas decisões seriam despidas de transcendência potencial¹¹. A exclusão, *a priori*, da transcendência potencial de um caso, ainda que ele se afigure aparentemente particularizado e pouco afeito à repetição em situações semelhantes não é conclusão albergada neste estudo. Crê-se, na linha também defendida por Wambaugh, que todo caso pode fornecer um precedente¹². Além disso, é suficiente uma única decisão (no caso, administrativa) para que o precedente esteja caracterizado¹³.

- 8 Trata-se de tema pouco explorado na doutrina administrativista brasileira, como, inclusive, constatou BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Processo, precedentes e as novas formas de justificação da administração pública brasileira. *Revista digital de direito administrativo*, v. 03, n. 01, 2016, p. 139-140. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rdda/article/download/102556/107562>. Acesso em: 16/08/2021.
- 9 Frederick Schauer evidencia a postura do irmão mais novo que vindica tratamento igual ao que era destinado aos seus irmãos mais velhos, quando possuíam a sua idade. Trata-se de argumentação vinculada a um precedente, embora não de caráter jurídico (SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Maio/2011, p. 1. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1836384>>. Acesso em: 16/08/2021). Há versão em português no referido artigo: SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATÁÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 49-86 (trecho apontado pode ser encontrado na p. 50 da tradução).
- 10 Embora com referência ao âmbito judicial, adotam a acepção ampla de precedente, por todos: ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 91-92; DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.2, p. 455.
- 11 ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 93.
- 12 WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction*. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1894, p. 14. Seguem também essa perspectiva: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.2, p. 455-457; MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 90. Em sentido contrário, destacando hipóteses em que a decisão judicial não se caracteriza como precedente (decisão que se limite a aplicar precedente anterior e decisão que se limite à aplicação da lei, sem conter interpretação jurídica relevante): ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 309-310. Luiz Guilherme Marinoni também não admite que toda decisão seja um precedente, exigindo, para que se configure como tal, a potencialidade de servir como paradigma para orientação futura de juízes e jurisdicionados (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 213-214).
- 13 Também nesse sentido: ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 308.

O precedente administrativo pode ser identificado como a conduta da Administração Pública capaz de, por algum modo, condicionar sua atuação posterior, de modo a que casos similares sejam tratados de modo semelhante¹⁴⁻¹⁵⁻¹⁶. No caso da celebração de um negócio jurídico processual, percebe-se que, diante de uma situação concreta, avaliando as consequências extraíveis do negócios a ser celebrado e em que medida esse negócio promove, satisfaz ou recupera o interesse público, a Administração Pública decide se deve ou não celebrá-lo e em que termos. Assim agindo, o Poder Público faz nascer um precedente administrativo.

A pergunta que se segue a tal conclusão é se este precedente revela-se, em alguma medida, capaz de vincular a Administração Pública, impondo-lhe a mesma conclusão (celebração de negócio processual) quando diante de uma situação similar. Em outros termos: exercida a competência fundada em poder-dever discricionário pelo ente público, ficará ele vinculado à solução adotada, de modo a ter que observar o mesmo padrão de conduta em casos futuros, envolvendo outros administrados?

O exame da resposta a tal questionamento pressupõe, como premissa, que seja avaliada a teoria dos precedentes administrativos. Por se encontrar mais bem sistematizada no direito espanhol, adotar-se-á como parâmetro a teoria espanhola, fazendo-se a devida adaptação à realidade brasileira.

2. TEORIA ESPANHOLA DOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS E SUA ADAPTAÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO

Buscando delinear os parâmetros necessários para a aplicação de um precedente administrativo a um caso concreto, a doutrina espanhola, tomando por base construção teórica esboçada pela jurisprudência do país, sistematizou a chamada teoria do precedente administrativo. Silvia Sastre, fazendo a compilação desses parâmetros, aponta,

- 14 DIEZ-PICAZO, Luis M^a. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 98, maio-ago./1982, p. 07. Dissociando os precedentes administrativos das práticas administrativas, José Ortiz Díaz esclarece que enquanto as práticas possuem eficácia interna para a Administração, consistindo nas regras seguidas pelos funcionários para desenvolvimento de sua atividade, os precedentes atinam a decisões da Administração acerca de questões capazes de gerar direitos e interesses para os particulares (DÍAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 24, set.-dez./1957, p. 79-80).
- 15 Silvia Díez Sastre conceitua o precedente administrativo como sendo a decisão tomada pela Administração para solucionar um caso antecedente e que poderá servir de base ou influenciar futuro posicionamento decisório seu em caso similar (SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 265).
- 16 José Ortiz Díaz conceitua o precedente administrativo como norma de direito objetivo extraível de, ao menos, duas decisões proferidas pela Administração no exercício do poder-dever discricionário. A acepção ampla de precedente adotada neste trabalho prescinde da reiteração apontada por José Ortiz Díaz, reputando-se possível identificar como precedente uma única decisão administrativa. Há de se enfatizar que o próprio autor, em trecho posterior no mesmo artigo, reconhece que a aplicação do princípio da igualdade de relação ao precedente não depende de critério quantitativo, mas, sim, qualitativo, pelo que seria possível invocar a autoridade de uma única decisão precedente para resguardo daquele princípio (DÍAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 24, set.-dez./1957, p. 103).

nesse sentido, nove critérios para viabilizar essa utilização¹⁷. Os cinco critérios reputados aplicáveis no ordenamento jurídico nacional serão apresentados conjuntamente com as críticas a eles formuladas pela doutrina espanhola e com as ponderações concernentes às suas utilizações no sistema jurídico-administrativo pátrio.

O primeiro critério para a aplicação de um precedente administrativo a um caso concreto consiste na identidade objetiva entre ambos, caracterizada pela similitude entre as circunstâncias de fato relevantes extraídas do precedente e da situação concreta a demandar solução, além da identidade de norma aplicável aos dois casos¹⁸. Onde se revele aplicável a mesma *ratio*, há de se ter, a princípio, a mesma atuação administrativa¹⁹.

Sobre tal critério, Silvia Sastre soergue a crítica de que, no âmbito judicial espanhol, é comum os juízes não fazerem a distinção entre as circunstâncias fáticas determinantes para o alcance da decisão e as acidentais, exigindo, ao revés, uma identidade fática absoluta para aplicação do precedente administrativo, o que desvirtua a sua utilização²⁰.

O direito brasileiro, examinado sob perspectiva histórica, aponta para a existência de uma tradição marcada pelo respeito aos precedentes judiciais, de que é exemplo a utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de precedentes norte-americanos, nos primeiros anos da República. Ainda quando se reconhecesse aos precedentes apenas efeito persuasivo (buscando-se evitar suposta usurpação da função legislativa e a violação à liberdade de interpretação dos juízes), houve a preocupação em lhes conferir eficácia mais ampla, prevendo-se, desde a Constituição Federal de 1934, a possibilidade de o Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso²¹⁻²².

- 17 O texto cuidará apenas dos cinco critérios aplicáveis (com ou sem ajustes) ao direito brasileiro. Para a consulta a todos os critérios apresentados pela autora, ver: SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 267-271..
- 18 SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 267. A autora esclarece que a mudança legislativa superveniente ao surgimento do precedente descaracteriza-o enquanto tal para aplicação às novas situações ocorridas sob a égide do novo regramento legal.
- 19 DIEZ-PICAZO, Luis M^a. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 98, maio-ago./1982, p. 21-22.
- 20 SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 267-268.
- 21 DIDIER JUNIOR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de processo comparado*, São Paulo, ano 01, v. 02, jul.-dez./2015, p. 108-111. O artigo citado contempla uma análise histórica do direito brasileiro desde o período imperial até os dias atuais, demonstrando como o fenômeno recente de valorização dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico pátrio revela, em verdade, a culminância (até o momento) de um delongado avançar histórico, construído sob as bases de um direito sempre voltado, em maior ou menor escala, à consideração aos precedentes. Outras demonstrações desse fenômeno são apresentadas pelos autores quando aludem à tradição de publicação dos acórdãos e de estabelecimento de repositórios autorizados de precedentes pelos tribunais, a valorização da jurisprudência, a edição de súmula da jurisprudência dos tribunais, a possibilidade de interposição de recursos especial e extraordinário fundados em divergência jurisprudencial, dentre outros (*idem, passim*).
- 22 Há, por exemplo, notícia histórica da existência, no Império, do Decreto nº 2.684 de 23/10/1875, que atribuiu força de lei a assentos da Casa da Suplicação de Lisboa e, ainda, concedeu ao então Supremo Tribunal de

A despeito de tal circunstância, a crítica apresentada por Silvia Sastre apresenta-se, em grande medida, compatível com a atual realidade jurisprudencial brasileira. No Brasil, o julgamento de causas converte-se, no mais das vezes, em julgamento de teses²³; sob a justificativa de concretização do princípio da isonomia, julgam-se casos distintos como se iguais fossem.

No entanto, tal crítica revela uma desconsideração ao critério doutrinário de aplicação do precedente, a ser superada culturalmente, o que não infirma a compatibilidade do critério com o ordenamento jurídico brasileiro, sendo ele inerente à sistemática de aplicação de precedentes (judiciais ou administrativos).

Há de se esclarecer que o ordenamento jurídico brasileiro confere relevância, na caracterização do precedente, a três distintos elementos: além dos fatos relevantes e da norma geral do caso concreto extraível da fundamentação do julgado (*ratio decidendi*), também a argumentação jurídica conducente ao alcance daquela decisão íntegra do precedente²⁴.

Não por outra razão, aliás, o art. 966, §6º, do CPC/2015 prevê a possibilidade de a ação rescisória fundar-se em *distinguishing* não realizado pela decisão transitada em julgado, tendo ela aplicado precedente judicial sem

Justiça brasileiro a competência para utilizá-los como precedentes (“art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juizos de primeira instancia nas causas que cabem na sua alçada”). No entanto, essa função não foi efetivamente exercida pelo Supremo Tribunal de Justiça no período imperial, prevalecendo o entendimento de que competia ao Poder Legislativo proceder à interpretação autêntica das leis. Nesse sentido: DIDIER JUNIOR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. *Revista de processo*, São Paulo, ano 38, n. 220, p. 407-421, jun./2013. Reconhece-se que a produção legislativa brasileira recente reflete uma clara intenção de fortalecer o papel dos precedentes no direito pátrio, conferindo-lhes, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, maior força no país (pela previsão de institutos como a súmula vinculante, dos precedentes com poder obstativo de recursos ou de remessa necessária e, ainda, de precedentes com carga persuasiva, tais como aqueles que justificavam, naquele diploma legislativo, a improcedência *prima facie*). No particular, o Código de Processo Civil de 2015 contempla regramento ainda mais inovador na temática dos precedentes judiciais, prevendo, inclusive, uma sistematização geral para o instituto, extraível, por exemplo, dos seus arts. 926 a 928. Busca-se superar, inclusive culturalmente, o uso aleatório, improvisado e descontextualizado de precedentes para solução de casos concretos (realidade examinada por: RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 31).

23 STRECK, Lênio Luiz. À guisa de prefácio. In: RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 11-12.

24 Francisco Rosito afirma que o conceito de *ratio decidendi* contempla os três elementos apontados no texto: os fatos relevantes ao deslinde da causa (*statement of material facts*), a argumentação jurídica conducente ao alcance da decisão (*legal reasoning*) e a decisão propriamente dita (*judgement*) (ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p.107). Em perspectiva diferente, Fredie Didier Junior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga afirmam que o precedente (em sentido amplo) seria composto das circunstâncias fáticas, da argumentação jurídica e da norma geral do caso concreto, esta última intitulada de *ratio decidendi* (precedente em sentido estrito). (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.2, p. 455). Este último posicionamento doutrinário é o adotado neste texto.

examinar questão jurídica particularizada capaz de impor outra solução ao caso. A mesma tríade estrutural dos precedentes pode ser transposta para a esfera administrativa.

O segundo critério consiste na identidade subjetiva entre o precedente e o caso concreto (ou seja, que o precedente tenha advindo do mesmo ente público envolvido no caso concreto – ainda que por órgãos diversos – e não de outro distinto)²⁵. Sobre o ponto, Silvia Sastre aponta que haveria uma má importação dos requisitos atinentes ao precedente judicial, tendo em vista que, no âmbito administrativo, apenas seria considerado o autoprecedente, desconsiderando-se o princípio de hierarquia inerente à estrutura administrativa. A autora defende que os precedentes de autoridades superiores vinculem os órgãos inferiores que lhes sejam hierarquicamente subordinados²⁶.

No direito brasileiro, a identidade subjetiva exigida para aplicação do precedente administrativo deve estar vinculada à pessoa jurídica de quem emanou. Havendo divergência entre precedentes advindos de órgãos distintos integrantes da mesma pessoa jurídica, dever-se-á promover a sua harmonização²⁷, seja pela prevalência do de maior hierarquia, seja pela uniformização de jurisprudência administrativa, levada a efeito pelo órgão competente para tanto. Reputa-se possível, inclusive, a utilização das câmaras de mediação e conciliação a que se refere o art. 174 do CPC/2015 também para desempenho dessa função uniformizadora, tendo em vista a competência que lhe foi atribuída pelo inciso I do referido artigo, para dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública, bem como o caráter exemplificativo do rol de atribuições estabelecido naquele dispositivo legal.

O terceiro critério a que alude a doutrina espanhola para aplicação do precedente administrativo diz respeito à sua conformidade com o Direito. Não se admite que, a pretexto de concretização do princípio da igualdade, seja perpetuado um erro, uma conduta contrária ao direito vigente²⁸. Sobre a temática, Silvia Sastre pondera que o critério envolve questão prévia concernente à natureza jurídica e aos efeitos

25 DIEZ-PICAZO, Luis M^a. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 98, maio-ago./1982, p. 19-20.

26 SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 268.

27 A coerência que se exige do ente público em sua atuação não se excepciona pelo fato de o mesmo se estruturar de modo compartimentalizado para o exercício de suas atividades. Tal circunstância não o autoriza a agir de modo contraditório perante os administrados (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista de direito do Estado*, ano 01, n. 04, out.-dez./2006, p. 237).

28 SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 270; DIEZ-PICAZO, Luis M^a. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 98, maio-ago./1982, p. 25-26.

atribuíveis ao precedente. Por outro lado, aponta que esse critério não deve redundar na substituição, pelo parâmetro tido judicialmente como correto, de um critério também adequado eleito pela Administração no âmbito de sua discricionariedade. Por fim, salienta a necessidade de resguardo dos direitos decorrentes do precedente que atinem ao particular que, de boa-fé, agiu tomando por base o precedente, com base na proteção da confiança²⁹.

Adota-se, neste trabalho, quanto ao terceiro critério apontado, o posicionamento segundo o qual a conformidade exigida do precedente é com o Direito e não com a lei, sendo imperioso o respeito, acima de tudo, à Constituição Federal. Além disso, sendo legítimo o exercício de um poder-dever discricionário, descabe a substituição dos parâmetros adotados pelo administrador por aqueles eleitos pelo órgão jurisdicional, sob pena de desconsideração ao princípio da independência e harmonia entre os poderes, consagrado no art. 2º da CF/1988.

Quanto à possibilidade de se tutelar situação jurídica alcançada por particular que atuou de boa-fé em respeito ao precedente posteriormente reputado contrário ao Direito, a situação há de ser examinada à luz dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé (proteção da confiança)³⁰. Ainda que se vislumbre na hipótese a possibilidade de aplicação de precedente contrário ao Direito³¹, trata-se de exceção incapaz de infirmar a regra aposta no critério apresentado, sobretudo porque decorre ela – a exceção –

29 SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 270.

30 O princípio da segurança jurídica exige conhecimento da regra reguladora da ação (cognoscibilidade do direito) e possibilidade de o cidadão minimamente prever as consequências jurídicas atribuídas à conduta (calculabilidade do direito), além, é claro, de confiabilidade no direito. Vindo o particular a atuar tomando como base um determinado precedente administrativo posteriormente reputado contrário ao direito e superado, a valoração de sua conduta pelo precedente modificador pode acarretar violação à segurança jurídica, por estarem ausentes, no momento da prática do ato a ser valorado, a cognoscibilidade e a calculabilidade do direito. Nesse ponto, revela-se importante, para exame da premissa fática apresentada, o exame da protetividade da confiança à vista de mudança de precedente. A tutela da confiança, nessa hipótese, pressupõe quatro fatores: a) que exista uma base da confiança (precedente tido como contrário ao direito, desde que eficaz); b) que exista a confiança do cidadão na decisão orientadora (conhecimento ou potencialidade de conhecimento de fato acerca da decisão que afirma ter seguido); c) que essa confiança tenha sido exercida (prática de atos concretos baseados no precedente); d) que essa confiança tenha sido frustrada (precedente modificador do qual advenha decisão desfavorável a quem atuou com base no precedente superado). Presentes tais requisitos, pode-se impor restrição de conteúdo ou de efeito ao novo precedente, de modo que ele não incida sobre o caso concreto (aplicando-se a este o precedente superado) ou que ele incida de modo parcial. Os efeitos a serem atribuídos a uma decisão modificadora não podem ser fixados *a priori*, sendo imprescindível a análise particularizada de cada caso concreto. O afastamento do precedente novo ou sua aplicação dependeria, assim, de se perquirir, antes de mais nada, se presentes os requisitos justificadores da proteção da confiança (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 484-502).

31 Admite a hipótese, expressamente, quanto aos precedentes administrativos ilegais: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 59.

de ponderação da juridicidade com outros princípios regedores da aplicação dos precedentes judiciais (segurança e boa-fé).

O quarto critério para a aplicação do precedente é a sua anterioridade em relação ao fato a ser apreciado³². Trata-se de premissa inerente à própria ideia de precedente e, portanto, aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro. A doutrina espanhola concebe a possibilidade de uma decisão posterior (envolvendo outra parte) alterar a solução dada um caso anterior, denominando essa decisão, reversa à figura do precedente, de “consequente”³³. Não se trata, porém, propriamente, de exceção à ideia consignada no quarto critério sob exame. Essa decisão denominada de “consequente” servirá como base para a revisão de uma decisão anterior, qualificando-se, em relação à decisão revisora, como precedente. Além disso, o seu surgimento que faz nascer, *ex nunc*, o direito ao tratamento isonômico.

Por fim, o quinto critério apontado pela doutrina espanhola para a aplicação de precedente administrativo é a sua prova. Silvia Sastre aponta a dificuldade inerente ao atendimento desse critério, ante a ausência de repositórios de precedentes administrativos, diferentemente do que sucede com os precedentes judiciais³⁴. Cuida-se de crítica extensível ao direito brasileiro e para o qual há de se buscar solução, consentânea, inclusive, com o dever de publicidade dos atos administrativos.

Destaque-se, por fim, que Luís M^ª. Díez-Picazo e José Ortiz Díaz apontam um outro critério (limite negativo) para aplicação do precedente: o atendimento ao interesse público. Ao dissociar-se dos princípios da igualdade, da segurança e da boa-fé em razão da necessidade de resguardo de um específico interesse público, a Administração assume a carga argumentativa e probatória de demonstrar a efetiva existência desse interesse público, que não se presume³⁵.

Firmada a noção de precedente administrativo e delineada a estruturação de uma teoria desse precedente à luz do direito brasileiro, resta indagar sobre a sua eficácia: em que medida o precedente administrativo autolimita a atuação administrativa? É possível falar-se em precedente administrativo vinculante?

32 SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 271.

33 DÍAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 24, set.-dez./1957, p. 101; SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 271.

34 SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 271.

35 DIEZ-PICAZO, Luis M^ª. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 98, maio-ago./1982, p. 22-23; DÍAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 24, set.-dez./1957, p. 99.

3. VINCULATIVIDADE DO PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

A doutrina controverte quanto ao caráter vinculante do precedente administrativo. Há posicionamento doutrinário que recusa ao precedente administrativo a vinculatividade, buscando distingui-lo do precedente judicial anglo-saxão. Há quem admita a vinculatividade daquele precedente, conferindo-lhe a natureza consuetudinária ou, por outro viés, a natureza de norma jurídica diversa do costume³⁶.

Há de se reconhecer a força normativa do precedente, decorrente não de seu enquadramento como costume, mas, sim, como norma geral do caso concreto. A atribuição de caráter vinculante ao precedente administrativo prescinde da existência de uma específica previsão, nesse sentido, no Direito positivo. Trata-se de conclusão que se atrela à ideia de respeito aos princípios da igualdade e da segurança jurídica³⁷.

O ordenamento jurídico pátrio não se furtou ao reconhecimento da existência de precedentes administrativos dotados de caráter vinculante, a exemplo do que se observa no art. 496, §4º, IV, do CPC, que trata da inaplicabilidade da remessa necessária quando a sentença adotar posicionamento consentâneo com precedente administrativo vinculante ou, ainda, no art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)³⁸, cujo parágrafo único atribui caráter vinculante a determinadas normas administrativas.

O sistema de precedentes, de caráter dinâmico, estrutura-se com vistas a resguardar, empiricamente, a igualdade, vinculando o aplicador da norma às suas decisões anteriores, sem desconsiderar, logicamente, fatores que conduzam à evolução

36 A resenha doutrinária é apresentada por SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 274-275. A autora dedica-se, em seguida, a enfrentar cada um dos argumentos concernentes à natureza jurídica do precedente, concluindo que ele não é fonte do direito, mas que é dotado de força vinculante indireta, haurida de princípios como os da igualdade, da boa-fé (proteção da confiança) e da segurança jurídica. Essa força vinculante indireta não seria capaz de obrigar a Administração a agir tal como o fez no passado, dando ensejo, quando muito, ao dever de ressarcimento, pelo Poder Público, dos danos causados por eventual mudança irregular de critério de atuação (*idem*, p. 275-290).

37 MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 76 (a afirmação feita pelo autor e aqui adaptada refere-se ao precedente judicial). Segundo o autor: “A força vinculante do precedente judicial não depende, portanto, de uma manifestação específica do direito positivo. É consequência de uma determinada concepção a respeito do que é o Direito e do valor que deve ser reconhecido à interpretação. A vinculação ao precedente, portanto, resulta da consideração do *ordenamento jurídico como um todo* e, especialmente, do valor que deve ser dado à *igualdade e à segurança jurídica*”.

38 “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.

social e peculiaridades que diferenciem os casos confrontados³⁹. Independentemente de um dado ordenamento jurídico haver se comprometido com determinada doutrina de precedentes, o respeito às decisões anteriores e a atuação coerente na solução de casos similares são condutas que decorrem do respeito ao princípio da justiça formal⁴⁰.

A doutrina do precedente administrativo funciona como técnica para controle da discricionariedade administrativa, resguardando a igualdade, a segurança jurídica e a boa-fé na atuação do Poder Público, por meio da autolimitação de sua esfera de opção⁴¹.

É possível defender, portanto, que o precedente da Administração tenha caráter vinculante para esta, buscando resguardar não apenas o princípio da igualdade, mas, também, princípios outros, como os da segurança jurídica e da boa-fé, bem como servindo de vedação à atuação estatal arbitrária⁴². A vinculatividade não afeta a esfera de liberdade do particular.

Exercida a competência fundada em poder-dever discricionário pelo ente público, fica ele vinculado à solução alvitrada, devendo observar o mesmo padrão de conduta em casos futuros. Note-se, porém, que embora se defenda que toda decisão administrativa de celebração de negócio processual origina um precedente, a igual conclusão não se pode chegar quando se trata de conferir a esse precedente a força vinculante.

Será dotada de vinculatividade a decisão administrativa de celebração de negócio(s) jurídico(s) processual(ais) proferida pelos órgãos superiores da advocacia pública de cada ente federado. Um negócio jurídico processual celebrado por um advogado público não detém, *ipso facto*, caráter vinculante, cabendo-lhe, ao revés, quando

39 MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: compreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: RT, 2013, p. 165.

40 DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 171. Chaïm Perelman, refletindo acerca das concepções de justiça tidas por ele como as mais correntes (cita o autor as seguintes: a cada qual a mesma coisa, a cada qual segundo seus méritos, a cada qual segundo suas obras, a cada qual segundo suas necessidades, a cada qual segundo sua posição, a cada qual segundo o que a lei lhe atribui), conclui que todas resultam da aplicação da mesma ideia: a de que a noção de justiça sempre se relaciona, em alguma medida, com a de igualdade. Partindo dessa constatação, apresenta a concepção de justiça formal ou abstrata, que consistiria em um princípio de ação que obrigaria a conferir, aos seres enquadrados na mesma categoria essencial, o mesmo tratamento. Referida definição apresenta um denominador comum a todas as concepções de justiça antes mencionadas. A justiça formal é, pois, conceito que se sobrepõe às ideias particulares de justiça, às justizas materiais concretas extraídas dos diversos sistemas jurídicos, desempenhando verdadeiro papel conciliatório entre as diversas concepções de justo (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 09-19).

41 DIEZ-PICAZO, Luis M^º. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 98, maio-ago./1982, p. 43. Trata-se de aplicação da teoria das autolimitações administrativas, que objetiva resguardar a coerência e a razoabilidade na atuação do Poder Público, bem como a igualdade de tratamento destinado aos particulares pela Administração (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista de direito do Estado*, ano 01, n. 04, out.-dez./2006, p. 232).

42 DIEZ-PICAZO, Luis M^º. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 98, maio-ago./1982, p. 09-15.

inexistente autorização específica prévia para a sua prática, informar a realização do acordo ao órgão de direção da Advocacia Pública que integra, que poderá conferir à prática caráter geral.

Há de se esclarecer, porém, que essa vinculação do Poder Público aos seus precedentes não é absoluta, hipótese que, se admitida, acarretaria um engessamento da atuação administrativa. À Administração Pública deve remanescer sempre a possibilidade (sem violação a direitos adquiridos e a atos jurídicos perfeitos) de modificação de posicionamento, revisando-se o precedente que se revelou ineficiente ou incapaz de atender à finalidade pública para a qual se destinou ou superando-se o que se tornou ultrapassado.

Essa alteração de posicionamento, porém, impõe ao Poder Público a exigência de apresentação de fundamentação adequada e específica para a prática do *overruling* (superação do precedente), resguardando-se os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da igualdade. Além disso, a depender do precedente a ser superado, revela-se recomendável que a modificação seja precedida de ampla participação dos administrados na rediscussão da tese, inclusive com a possibilidade de a alteração ser modulada no tempo. Aplicam-se, no particular, por analogia, os §§2º a 4º do art. 927 do CPC/2015, concernentes ao precedente judicial e de observância obrigatória pelo Poder Judiciário.

4. AUTOLIMITAÇÃO NEGOCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O EQUILÍBRIO ENTRE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVO-CONSENSUAL E IGUALDADE

Já foram estabelecidas as premissas de que o negócio jurídico processual celebrado pelo Poder Público é antecedido de uma decisão administrativa de celebração e de que esta tem eficácia de precedente, inclusive dotado, em certos casos, de vinculatividade.

A ideia de vinculatividade do precedente administrativo concretiza, em certa medida, o princípio da igualdade, já que, apesar de limitar futura margem de “liberdade” para a celebração de convenções processuais pelo Poder Público, fá-lo em consideração ao direito do administrado de receber da Administração Pública tratamento não discriminatório e consentâneo com o comportamento ordinariamente por ela adotado em casos semelhantes. A mesma lógica que rege a aplicação dos precedentes judiciais (*treat like cases alike*) também deve se estender à seara administrativa, tributária que é do princípio da isonomia.

A ideia de que a celebração de uma convenção processual pela Administração Pública (sobretudo aquelas atípicas, fundadas no art. 190 do CPC/2015) poderá conduzir a uma futura autolimitação de sua esfera liberdade negocial (leia-se, de sua discricionariedade administrativa negocial) pode, a princípio, apresentar-se como pouco afeita à noção de atuação consensual do Estado.

No entanto, é preciso não perder de vista, ainda uma vez, que o Poder Público, ao celebrar convenções processuais, não se vincula apenas às normas processuais, mas, também, àquelas oriundas do Direito Administrativo. A ideia de liberdade que subsidia a atuação privada não pode ser simplesmente transportada à esfera pública. E a discricionariedade administrativa (espaço de atuação no qual se praticam os atos negociais) não confere ao agente público margem ampla e aberta de liberdade para atuar, em cada concreto, como melhor o aprouver. O autorregramento da vontade do Poder Público no processo é revelado, portanto, por uma conjunção indissociável de elementos processuais e administrativos.

Ao celebrar um determinado negócio jurídico processual com um administrado, o Poder Público deve adotar postura consequencialista, ou seja, sopesar, concretamente, os efeitos de sua decisão, inclusive diante da possibilidade de vir a ser aquela decisão replicada em outros casos. A preocupação com a celebração de convenções processuais não deve, portanto, estar adstrita ao caso concreto, mas, também, estender-se à possível formação de precedente invocável e aplicável em casos futuros. Trata-se de aplicação responsável do instituto em apreço.

Não se deve concluir, porém, que a vinculatividade do precedente extraível da decisão de celebração de um negócio processual acabaria por engessar o Poder Público, inibindo a utilização do instituto das convenções processuais pela Administração Pública. Existe, para os negócios processuais considerados mais “simples”, corriqueiros, uma tendência à generalização, havendo, inclusive, atos normativos que regulamentam essa possibilidade⁴³⁻⁴⁴.

No entanto, ainda haverá espaço para que o Poder Público possa celebrar negócios processuais específicos, os quais, por suas peculiaridades fáticas (que deverão estar minudentemente explicitadas no instrumento contratual), não são facilmente replicáveis. Assim como ocorre com o precedente judicial, também no âmbito administrativo pode ser invocado o *distinguishing* como técnica de aplicação de precedente, demonstrando-se a ausência de similitude fática entre o caso paradigma e o caso concreto no qual o administrado pretende convencionar.

Assim, por exemplo, se o Poder Público decidir celebrar uma convenção processual atípica para aceitar a apresentação, no âmbito administrativo pré-processual (antes do ajuizamento da execução fiscal), de seguro garantia de crédito inscrito em dívida ativa, nos termos do art. 9º, II, da Lei nº 6830/1980 (Lei de Execução Fiscal), deve

43 Citem-se como exemplos a Portaria PGFN nº 742, de 21/12/2018 e a Portaria nº 70, de 16/09/2020, da Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco, além das Resoluções da PGE/RJ e da AGE/MG, já mencionados em nota precedente deste trabalho.

44 Janaína Noleto defende, inclusive, que a regulamentação, em abstrato, pelos órgãos de advocacia pública, das hipóteses em que se revela possível a celebração de convenções processuais pelo Poder Público serve ao propósito de superar a barreira que possa ser soerguida pelos advogados públicos à prática de tais atos, conferindo-lhes maior margem de segurança em sua atuação (BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia pública e solução consensual de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 165.

estar ciente de que tal decisão possui uma forte aptidão para ser generalizada, podendo outros contribuintes exigir que semelhante negócio seja com eles celebrado, respeitando-se, obviamente, os critérios administrativos preestabelecidos para a aceitação da garantia.

No exemplo mencionado, cuida-se de hipótese em que a garantia apresentada (seguro garantia) é equiparável a dinheiro, nos termos do art. 835, §2º, do CPC e, portanto, revela-se capaz de tutelar adequadamente o interesse do erário a ser perseguido em juízo. Poder-se-ia, inclusive, adotar uma interpretação ampliativa do precedente administrativo (por semelhança de *ratio*) para aceitação, nas mesmas circunstâncias, de fiança bancária.

O mesmo não se poderá dizer, por exemplo, no caso de o Poder Público, em hipótese específica, firmar um negócio processual em que o administrado defina previamente um bem sobre o qual a penhora haverá de recair preferencialmente. As peculiaridades do caso concreto que conduziram à celebração de tal negócio (e, obviamente, sua excepcional vantagem ao interesse público) deverão estar minudentemente explicitadas no acordo a ser celebrado e poderão ser invocadas como base para o necessário *distinguishing* que afaste sua aplicação generalizada.

O maior desafio para a aplicação da teoria dos precedentes administrativos reside na ausência de ampla publicidade desses precedentes. Ao contrário do que se possa pensar, os negócios processuais envolvendo o Poder Público são uma realidade inexorável. Que o digam os já mencionados diplomas normativos que explicitam os tipos de negócios previamente autorizados no âmbito de cada pessoa jurídica de direito público. Tomando-se como exemplo o Estado de Pernambuco, consta a informação, em seu *site*, de que 25 (vinte e cinco) negócios processuais foram celebrados no ano de 2019⁴⁵.

O que se observa, porém, é que, na grande maioria dos sítios eletrônicos de órgãos de advocacia pública, o administrado não encontrará, com facilidade, informações acerca dos negócios processuais que estão sendo celebrados pelo ente público respectivo, de modo que, embora lhe seja resguardado o direito ao tratamento isonômico também nessa seara, seu direito se transforma em letra morta ante a dificuldade de conhecer o teor do que vem sendo decidido/negociado pela Administração Pública.

Nota-se que o respeito ao princípio da publicidade é premissa indispensável à concretização do princípio da isonomia no presente caso, garantindo-se ao administrado o acesso aos precedentes administrativos em matéria negocial. Desse modo, o Poder Público deverá manter base de dados de fácil acesso (que poderá ser estabelecida não apenas em meio físico, mas, especialmente, disponibilizada na rede mundial de

45 Informação encontrada em: <<http://www.pge.pe.gov.br/negociosjuridicosprocessuais.aspx>>. Acesso em 16/08/2021.

computadores⁴⁶) contendo a listagem dos precedentes administrativos em matéria de negociação processual⁴⁷.

Adotando-se como parâmetro o art. 927, §4º, do CPC, essa publicidade deverá, tanto quanto possível, ser temática, organizando-se os precedentes pelo objeto do negócio celebrado. Poderão, inclusive, ser disponibilizados modelos de acordos processuais, previamente aprovados pelo órgão de direção da advocacia pública correspondente, a serem oferecidos aos litigantes⁴⁸, como modo de divulgação do precedente e garantia de respeito à igualdade.

É possível, ainda, que o Poder Público celebre com o Poder Judiciário um protocolo institucional que tenha por objeto justamente a divulgação, já no momento do ajuizamento da demanda, de modelos de acordos processuais compatíveis com a ação proposta, facultando-se a sua celebração com a simples anuência da parte autora, uma vez que a aprovação do modelo pelo ente público já corresponderia à sua manifestação de vontade formadora do negócio.

Essa postura de publicidade proativa do Poder Público não afasta, obviamente, a publicidade reativa que é seu dever, consistente no atendimento a consultas feitas pelos administrados, no exercício do seu direito de solicitar informações, inclusive com a obtenção de certidões pertinentes aos atos consultados⁴⁹.

Superado que venha a ser o óbice da deficiência de publicidade desses atos administrativos (inclusive com vistas a se evitar a incidência do art. 11, IV, da Lei nº 8429/1992, que qualifica como ato de improbidade administrativa a negativa de publicidade a atos oficiais), remanesce, ainda, ao menos uma questão adicional a ser debatida: como poderá o administrado fazer valer o seu direito de ver aplicado ao seu caso concreto o precedente administrativo por ele invocado?

Em primeiro lugar, caber-lhe-á a busca, na esfera administrativa, da celebração do negócio processual pretendido, podendo valer-se para tanto, inclusive, de requerimento administrativo indicando a situação concreta em que deseja ver aplicado o negócio formulado e o precedente no qual lastreia o seu pedido. Caberá ao órgão de advocacia pública, neste caso, avaliar o pleito formulado, seja para acatá-lo, seja para refutar a pretensão formulada, neste caso apontando os fundamentos da distinção realizada e/ou a eventual superação do precedente.

46 A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) iniciou a etapa de publicização dos negócios processuais por ela celebrados, os quais podem ser encontrados em: < <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/painel-dos-parcelamentos/termos-de-negocio-juridico-processual>>. Acesso em 16/08/2021.

47 Na linha do quanto explicita o Enunciado nº 573 do FPPC: “As Fazendas Públicas devem dar publicidade às hipóteses em que seus órgãos de Advocacia Pública estão autorizados a aceitar autocomposição”.

48 Solução engendrada por: SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 507-519.

49 RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. *Revista de direito administrativo*, n. 266, maio-ago./2014, p. 108-109.

Caso, no entanto, a parte entenda que os fundamentos apresentados pelo órgão de advocacia pública não se adequam ao caso concreto (o que ocorreria, por exemplo, na hipótese de ter sido indevidamente realizado o *distinguishing*), não se lhe pode tolher a possibilidade de buscar a tutela judicial do seu direito ao tratamento isonômico perseguido. Neste caso, a tutela a ser perseguida poderá ser similar àquela destinada a suprir vontade não manifestada (a exemplo do que ocorre na adjudicação compulsória, art. 16, §2º, do Decreto-Lei nº 58/1937), impondo a decisão judicial, neste caso, que sejam produzidos os efeitos do negócio jurídico que deveria ter sido celebrado pelo Poder Público e não o foi.

Volvendo-se ao exemplo anteriormente apresentado (celebração de convenção processual atípica para aceitar a apresentação, no âmbito administrativo pré-processual, de seguro garantia de crédito inscrito em dívida ativa), o comando sentencial determinaria a produção dos efeitos decorrentes do negócio processual não celebrado (ter-se como válida e aceita a garantia, determinar-se que aquele débito tributário não obste a emissão de certidão positiva com efeito de negativa, conforme o art. 206 do CTN etc.).

Soluções de tal natureza (judicialização da possibilidade de celebração de negócio processual com o Poder Público) haverão, obviamente, de ser excepcionais. O gerenciamento de um sistema de precedentes administrativos, sobretudo em matéria consensual (como é o caso, especificamente tratado neste artigo, das convenções processuais) pressupõe, em um primeiro momento, a formação consciente e responsável dos precedentes, atentando o Poder Público para o potencial efeito multiplicador daquela solução engendrada.

Em um segundo momento, deve ser estruturada uma base de dados consistente e organizada, com o escopo de divulgar aos administrados os precedentes de que poderão se valer em seus casos concretos (não apenas por intermédio de regimentos gerais, como as Portarias e Resoluções, mas, também, pela própria criação de um banco de precedentes).

Por fim, em um terceiro momento, a aplicação dos precedentes deve atentar ao máximo respeito ao princípio da isonomia e à eficiência administrativa, na medida em que o uso sistemático de soluções consensuais (ainda que de cunho processual) integra-se no escopo maior de solução adequada de controvérsias, prevenindo-se a excessiva judicialização de controvérsias e promovendo-se uma gestão processual mais racional. Trata-se, em suma, de se aperfeiçoar uma nova cultura jurídica de tratamento de conflitos pelo Poder Público⁵⁰.

CONCLUSÃO

A substituição do paradigma da legalidade administrativa pelo da juridicidade administrativa conduz, necessariamente, à ressignificação do processo de densificação

50 FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos*. Londrina: Thoth, 2021, p. 215.

da normatividade. A constatação de que a Administração Pública está submetida ao Direito (e não apenas à lei) e de que, ao interpretar o texto normativo, produz norma, enseja maior preocupação com o produto dessa construção normativa: a decisão administrativa.

O respeito, pelo Poder Público, ao princípio da igualdade está intrinsecamente relacionado com o fortalecimento da ideia de precedente administrativo e com a estruturação, no direito brasileiro, de uma teoria desses precedentes. Nessa linha, é possível, inclusive, defender-se a vinculatividade dos precedentes administrativos, ainda que à míngua de texto legal expresso que nesse sentido disponha. Tal conclusão decorre de interpretação sistemática do ordenamento pátrio, como forma de resguardar a igualdade, a segurança jurídica e a boa-fé na atuação do Poder Público, que, ao decidir, autolimita a sua esfera de opção para decisões futuras.

Ao celebrar uma convenção processual, típica ou atípica, o Poder Público profere uma decisão administrativa de celebração que, se for endossada por um órgão superior da advocacia pública (ou se for por ela proferida), torna-se vinculativa. Por consequência, a Administração Pública, nesses casos, autolimita-se em sua esfera discricionária, fazendo surgir, ao administrado que se encontre em condições fáticas similares à do precedente criado, o direito de exigir que a mesma solução seja adotada no seu caso.

Além disso, caber-lhe-á manter uma acessível base de dados em que seus precedentes estejam acessíveis e organizados por matéria, garantindo-se, assim, a concretização da necessária publicidade de seus atos administrativos, para que estes possam produzir sua eficácia social. Já o respeito à isonomia será garantido com a aplicação, quando for o caso, do precedente invocado pelo administrado, o qual poderá buscar a tutela do direito tanto na esfera administrativa, como regra, quanto, excepcionalmente, no âmbito jurisdicional.

Naturalmente, a vinculação do Poder Público ao precedente administrativo formado não impede o seu afastamento diante do caso concreto (*distinguishing*) nem sua superação (*overruling*). A teoria do precedente judicial afigura-se como ferramenta útil à consecução de tais objetivos. Há de se ter em mente, porém, que o maior legado haurido da ideia de vinculatividade do precedente administrativo é a exigência de uma atuação administrativa mais democrática e responsável, na medida em que o afastamento – pontual ou definitivo – do precedente formado exigirá do Poder Público um compromisso inarredável com a motivação adequada e específica de seus atos.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista de direito do Estado*, ano 01, n. 04, p. 231-244, out.-dez./2006.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Processo, precedentes e as novas formas de justificação da administração pública brasileira. *Revista digital de direito administrativo*, v. 03, n. 01, 2016, p. 133-149. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rdda/article/download/102556/107562>. Acesso em: 16/08/2021.
- BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 743-780.
- BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia pública e solução consensual de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DÍAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 24, p. 75-115, set.-dez./1957.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, 11. ed. Salvador:Juspodivm, 2016, v.2.
- _____; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. *Revista de processo*, São Paulo, ano 38, n. 220, p. 407-421, jun./2013.
- _____; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de processo comparado*, São Paulo, ano 01, v. 02, p. 99-120, jul.-dez./2015.
- DIEZ-PICAZO, Luis M^a. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de administración pública*, n. 98, p. 07-46, maio-ago./1982.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos*. Londrina: Thoth, 2021.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na administração pública. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, RT, ano 10, v. 39, p. 132-144, abr.-jun./2002.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.
- _____. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: RT, 2013.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013.

- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. *Revista de direito administrativo*, n. 266, p. 89-123, maio-ago./2014.
- ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 507-519.
- SASTRE, Silvia Díez. El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 263-294.
- SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Maio/2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1836384>>. Acesso em: 16/08/2021).
- _____. Precedente. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 49-86.
- STRECK, Lênio Luiz. À guisa de prefácio. In: RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 11-20.
- WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction*. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1894.
- ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.