

OS PARECERES REFERENCIAIS E OS CASOS REPETITIVOS – UMA ANÁLISE DA TÉCNICA DOS PRECEDENTES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

DIEGO ORNELLAS DE GUSMÃO
Procurador Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1. O parecer jurídico referencial como técnica de resolução de casos repetitivos. Adoção do sistema de precedentes no âmbito administrativo; 2. Conclusão.

RESUMO: O presente estudo visa analisar as inovações trazidas pela Orientação Normativa n. 55 da Advocacia-Geral da União, que introduziu o instituto do parecer jurídico referencial no âmbito da Administração Pública Federal. A pesquisa focou na busca de paralelos entre os institutos direcionados para a resolução judicial de casos repetitivos e a sua pertinência em relação ao parecer referencial. Restou concluído que o instituto do parecer referencial vai ao encontro das mais modernas técnicas processuais, que passam a ser adotadas no âmbito dos processos administrativos.

PALAVRAS-CHAVE: Parecer referencial. Precedentes. Processo administrativo. Consultoria jurídica. Casos repetitivos. Stare decisis. Orientação Normativa n. 55 da Advocacia Geral da União.

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar o instituto do parecer referencial, inaugurado no âmbito da Administração Pública Federal pela Orientação Normativa número 55, de 23 de maio de 2014, da Advocacia-Geral da União, que disciplinou a elaboração de manifestações jurídicas referenciais, dispensando a elaboração de pareceres individualizados quando a matéria jurídica for repetitiva e o volume de processos impactar na regular atividade do órgão de consultoria ou na celeridade dos serviços administrativos do órgão assessorado.

O ponto central da discussão diz respeito ao alcance do novo instituto, buscando um paralelo com técnicas processuais consagradas que visam a racionalidade na tramitação dos processos, e em especial na estabilidade da interpretação normativa, permitindo a resolução de casos repetitivos.

Também será analisada a Portaria PGF Nº 262, de 05 de maio de 2017¹, que disciplinou, no âmbito da Procuradoria Geral Federal, a elaboração dos pareceres referenciais.

1. O PARECER JURÍDICO REFERENCIAL COMO TÉCNICA DE RESOLUÇÃO DE CASOS REPETITIVOS. ADOÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

O art. 131 da Constituição da República previu que a representação judicial e extrajudicial da União será feita pela Advocacia-Geral da União, e, levando em conta o postulado da eficiência, pode-se extrair que a Constituição pretendeu unificar não só a defesa jurídica da União em um único órgão, mas a de toda administração pública federal, que irá agir de maneira uniforme na interpretação das normas, atuando de forma coordenada.²

É evidente que a divergência de interpretações a respeito de dispositivos legais, mesmo que indesejada, não é incomum no âmbito da Administração Pública, sobretudo pelo elevado número de órgãos administrativos e jurídicos.

Na esfera das consultorias jurídicas dos diversos órgãos federais assessorados, não raro, os temas acabam se tornando constantes, com as matérias jurídicas se tornando repetitivas, gerando um grande volume de processos que não demandam análise jurídica individualizada, mas que acabam demandando tempo e recursos humanos das procuradorias jurídicas.

Considerando a possibilidade de, em casos repetitivos, os órgãos jurídicos integrantes da Advocacia-Geral da União emitirem manifestações jurídicas referenciais, foi editado pelo Advogado-Geral da União a Orientação Normativa n. 55, de 2014, que tem o seguinte enunciado:

I - Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação.

¹ Publicada no DOU, S1, em 17/05/2017.

² Sobre a integração dos órgãos jurídicos da Advocacia-Geral da União, consulte do autor o texto *Por Uma Advocacia De Estado Íntegra E Coesa - Um Breve Estudo Sobre Integração Dos Órgãos Jurídicos Federais*, disponível em <https://uerj.academia.edu/DiegoOrnellasGusm%C3%A3o>.

II - Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

A Procuradoria-Geral Federal, por sua vez, à luz da Orientação Normativa n. 55, editou a Portaria PGF n. 262, de 2017, normatizando a elaboração de pareceres referenciais para os órgãos de consultoria jurídica das autarquias e fundações públicas federais.

Pela Portaria n 262, de 2017, para ser considerado como manifestação jurídica referencial, o parecer deve analisar todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes (art. 1º, parágrafo único). Uma vez emitida a manifestação referencial, e aprovado pelo procurador chefe da Procuradoria da Unidade (art. 3º, § 1º), ficará dispensada a obrigatoriedade legal de elaboração de parecer individualizado para os respectivos casos concretos, desde que atestada pela área técnica a incidência do referencial no caso concreto (art. 3º, § 2º).

Fica evidente que, além de reduzir o número de manifestações jurídicas nos procedimentos em trâmite perante os órgãos da Administração, a Orientação Normativa n. 55 da AGU traz em seu bojo uma racionalização de atribuições, gerando uma filtragem nos feitos submetidos ao crivo das procuradorias.

A fórmula utilizada na Orientação Normativa n. 55 da AGU reflete a tendência mundial de restringir as matérias a serem apreciadas pelas cortes de justiça, inserindo mecanismos processuais que visam rápida solução da controvérsia e a estabilidade da interpretação do Direito, estimulando a compatibilização vertical das decisões judiciais, prestando homenagem ao valor igualdade e perseguindo a racionalização da atividade judiciária.³

A Orientação Normativa n. 55 da AGU traz, assim, para o âmbito administrativo, uma experiência exitosa no âmbito jurisdicional, à luz dos princípios da eficiência e da segurança jurídica.

O regime da Orientação Normativa n. 55 da AGU é muito próximo ao do tratamento jurídico dos recursos especial e extraordinário repetitivos, especialmente sua técnica de processamento e julgamento por amostragem, que foram inicialmente previstas no revogado Código de Processo Civil de 1973 nos arts. 543-B e 543-C,

³ MARINONI Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: RT, 2007. p. 5.

concebidos com a finalidade de conter e diminuir o fluxo de casos que são encaminhados aos tribunais superiores.

Com efeito, os arts. 543-B e 543-C do CPC disciplinavam o processamento e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, cabendo ao tribunal local proceder à seleção do(s) recurso(s) que mais bem representassem as discussões em torno da questão, que seriam julgadas *por amostragem*; permitia-se, no âmbito do julgamento *por amostragem*, a intervenção de *amicus curiae*. Julgado(s) o(s) recurso(s) selecionado(s), os outros, cujo processamento ficou sobrestado na origem, (i) tinham seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior, ou (ii) eram novamente examinados pelo tribunal de origem, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do tribunal superior⁴.

Esse modelo, destinado a recursos repetitivos, tem contribuído para a efetiva diminuição do número de casos que são encaminhados aos tribunais superiores. Em vez de se destinarem vários recursos aos tribunais superiores, os tribunais locais selecionam um ou alguns poucos recursos, que representa(m) a controvérsia contida em todos eles, sendo destacado(s) para julgamento, firmando-se a tese a ser seguida.⁵

O Novo Código de Processo Civil manteve o instituto dos recursos repetitivos com uma formatação ainda mais sofisticada, ampliando os efeitos da decisão do tribunal superior, uma vez que o sistema vigente permite que o ministro relator determine a suspensão do andamento de todos os processos pendentes que versem sobre a questão afetada, seja em primeira ou segunda instância, conforme dispõe o inc. II do art. 1.037 da atual lei processual civil. No regime processual revogado, a afetação do recurso repetitivo provocava apenas o sobrestamento dos recursos interpostos perante os tribunais de segunda instância.

Além disso, o novo Código de Processo Civil, no art. 976 inova ao disciplinar o incidente de resolução de demandas repetitivas, que visa uniformizar a jurisprudência dos tribunais de segunda instância quando houver repetição de controvérsia sobre questão unicamente de direito, e houver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Consta do artigo 927, inc. III, do Novo CPC que os acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, e os incidentes de resolução de demandas repetitivas, deverão ser observados pelos juízes e tribunais de segunda instância. O julgador somente está autorizado a não observar o precedente

⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Recursos Repetitivos*. Disponível em <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/recursos-repetitivos/>. Acesso em 15/06/2017.

⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit, loc. cit.*

caso fique demonstrada a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento firmado, conforme o artigo 489, VI.

Com isso, busca-se minorar o congestionamento de recursos, concentra-se a discussão, prevenindo a pulverização da orientação e a divergência jurisprudencial.

Tais inovações demonstram uma tendência do direito brasileiro em se aproximar do direito anglo-saxão, considerando a adoção da figura do precedente judicial pelo Código de Processo Civil de 2015⁶. Tal tendência está na esteira daquilo que vem sendo denominado por alguns doutrinadores de “commonlização” do sistema jurídico brasileiro. Ou seja, parece haver certo encanto do sistema com os “precedentes” do Direito do *common law*⁷. Daí o sistema apostar na criação das súmulas vinculantes, jurisprudência dominante, incidentes de resolução de demandas repetitivas, etc., como meios de tornar mais célere e isonômica, em tese, a prestação jurisdicional.

De fato, a harmonização dos julgados é essencial para um Estado Democrático de Direito. Tratar das mesmas situações fáticas com a mesma solução jurídica preserva o princípio da isonomia. Além do que a segurança no posicionamento das cortes evita discussões longas e inúteis, permitindo que todos se comportem conforme o Direito⁸.

A ideia subjacente de uniformização, estabilidade e de coerência da interpretação do Direito, tão cara para o novo Código de Processo Civil⁹, está presente nas manifestações jurídicas referenciais no âmbito administrativo, que visam igualmente garantir segurança jurídica para os órgãos administrativos assessorados, como busca uma maior economia processual, dispensando manifestações jurídicas desnecessárias quando já houver tese firmada no seio do órgão de consultoria jurídica.

Assim como nos recursos repetitivos, caso de processos que tragam matérias jurídicas repetitivas, que impactem na regular atividade do órgão de consultoria jurídica, ou na celeridade dos serviços administrativos, e que a única análise da procuradoria se resuma à conferência de documentos, será admitida a elaboração da manifestação referencial.

⁶ Art. 489, § 1º, incs. V, VI; art. 926, §§ 2º e 5º.

⁷ Por todos, com ácidas críticas: STRECK, Lenio Luiz. *Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em 17/06/2017.

⁸ NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1300.

⁹ Confirma o disposto no art. 926 do CPC-2015: Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

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

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

Tal como nos precedentes judiciais, para a correta compreensão do instituto da manifestação referencial é imperiosa a análise da técnica processual do *stare decisis*, considerando sua pertinência para a Orientação Normativa n. 55 da AGU.

A regra do precedente ou *stare decisis* do *common law* se explica pelo adágio *stare decisis et non quieta movere*, ou seja, continuar com as coisas decididas e não mover as “coisas quietas”¹⁰. Por isso, o precedente possui uma *holding* que irradia o efeito vinculante para todo o sistema, ou, como melhor explica Patrícia Perrone Campos Mello¹¹:

O *holding* ou *ratio decidendi* constitui a norma extraída do caso concreto que vincula os tribunais inferiores. Trata-se de uma das noções mais importantes para a operação com julgados normativos e, paradoxalmente, uma das mais controvertidas, como já antecipado.

Aponta a referida autora que, para se definir os limites do *holding*, ou seja, aquilo que foi efetivamente decidido, da fundamentação da decisão (*rationale*), é necessário discernir: a) a decisão individual de uma demanda; b) seus fundamentos; e c) o comando genérico extraído a partir de ambos. A solução particular e concreta equivale ao dispositivo das decisões brasileiras. Os fundamentos, à sua fundamentação¹².

Por outro lado, não deve ser confundido o *holding* com o *obiter dictum* ou *dicta*.

Constitui o *obiter dictum*¹³ qualquer manifestação do Tribunal não necessária à solução do caso concreto, a exemplo de considerações marginais efetuadas pela corte, argumentos lançados por um dos membros do colegiado e não acolhidos ou apreciados pelo órgão, dissensos constantes de votos divergentes¹⁴.

Assim, conforme sustenta Maurício Ramirez, a diferença entre o *holding* e do *obiter dictum* pode ser traçada nos seguintes termos:

O *holding* é o que foi discutido, arguido e efetivamente decidido no caso anterior, enquanto que o *dictum* é o que se afirma na decisão, mas que não é decisivo (necessário) para o deslinde da questão. Apenas o *holding* pode ser vinculante (*binding*) para os casos futuros, pois ele representa o que foi realmente estabelecido. O *dictum* é o que é tido meramente circunstância em

¹⁰ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et Non Quieta Movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 2-3.

¹¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 118.

¹² MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Ob. cit.* P. 122.

¹³ Traduzindo literalmente: dito para morrer.

¹⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Ob. cit.* P. 125.

um dado caso¹⁵.

Não é possível adotar uma manifestação jurídica referencial, verdadeiro *holding*, sem que em conjunto sejam pensadas as técnicas de aplicação de precedentes vinculantes, importados da doutrina norte-americana, em particular o *distinguishing* e o *overruling*.

Conforme reconhecido pela própria Suprema Corte Norte-Americana, a doutrina do precedente promove o desenvolvimento dos princípios jurídicos de forma imparcial, previsível e consistente, promovendo a confiança nas decisões judiciais e contribuindo para a integridade do processo jurisdicional¹⁶.

A Suprema Corte Norte-Americana igualmente entende que a técnica do precedente (*stare decisis*) é um princípio de política, e não um comando inexorável, uma fórmula mecânica de simples aplicação da decisão mais recente¹⁷, na medida em que a própria Corte pode considerar que decidiu erroneamente, ou o precedente é impraticável, e, trabalhando com a técnica do *stare decisis*, superar o precedente ou deixar de aplicá-lo em determinado caso concreto¹⁸.

O *distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. A necessidade de *distinguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratio decidendi* ou *holding* do precedente. Como a *ratio* espelha o precedente que deriva do caso, trata-se de opor o caso sob julgamento à *ratio* do precedente decorrente do primeiro caso¹⁹. É uma técnica, típica do *common law*, consistente em não se aplicar o precedente quando o caso a ser decidido apresenta uma peculiaridade, que autoriza o afastamento da *rule* e que a decisão seja tomada independentemente daquela²⁰.

Patrícia Perrone Campos Mello²¹, por sua vez, sustenta que a distinção entre casos (*distinguish*) pode ser promovida quer pela corte vinculante, quer pela corte

¹⁵ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 68-9.

¹⁶ Payne v. Tennessee, 501 U. S. 808, 827 (1991). Tradução livre de: [*stare decisis*] promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process.

¹⁷ Payne v. Tennessee, 501 U. S. 808, 828 (1991). Tradução livre de: Stare decisis is not an inexorable command; rather, it "is a principle of policy and not a mechanical formula of adherence to the latest decision." Helvering v. Hallock, 309 U. S. 106, 309 U. S. 119 (1940).

¹⁸ Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 854-69 (1992). Sobre o tema, confira Payne v. Tennessee - 501 U.S. 808, 842 (1991): We can recede from the erroneous holding that created the tension and extended the false promise, and there is precedent in our *stare decisis* jurisprudence for doing just this. In prior cases, when this Court has confronted a wrongly decided, unworkable precedent calling for some further action by the Court, we have chosen not to compound the original error, but to overrule the precedent calling for some further action by the Court, we have chosen not to compound the original error, but to overrule the precedent.

¹⁹ JOBIM, Marco Félix. *Entendendo a nomenclatura dos precedentes*. Disponível em: <http://www.reajdd.com.br/html/ed4-6.pdf>, acesso em 16/06/2017.

²⁰ JOBIM, Marco Félix. *Op. cit., loc. cit.*

²¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Ob. cit.* P. 202.

vinculada, e corresponde à não-aplicação de um precedente, a despeito de o caso concreto aparentemente incluir-se no âmbito normativo de seu *holding*, ao argumento de que a nova hipótese possui especificidades que demandam um tratamento diferenciado.

A referida autora²² sintetiza as técnicas para o abandono de um julgado (*holding*), nos seguintes termos:

- a) *overruling*: integral superação do precedente anterior;
- b) *overriding*: revogação parcial de uma decisão;
- c) *transformation*: atribuição de um novo significado a um entendimento, ensejando os mesmos efeitos práticos de sua revogação;
- d) *prospective overruling*: mudança da doutrina com efeitos futuros;
- e) *signaling*: mera sinalização de intenção de se alterar o direito aplicável.

A utilização da técnica do precedente judicial é fundamental para a correta aplicação dos pareceres referenciais, uma vez que, ao ser fixada a tese jurídica sobre a questão repetitiva pela procuradoria jurídica, o órgão administrativo local irá formatar suas rotinas processuais segundo a orientação referencial, deixando de submeter o processo administrativo à análise jurídica individualizada.

Esse fato demanda muita responsabilidade por parte do órgão de assessoramento jurídico, impondo um sério ônus argumentativo a respeito do preenchimento dos requisitos para a elaboração da manifestação jurídica referencial, devendo ser destacado em capítulo próprio do parecer a existência dos requisitos da Orientação normativa n 55, conforme determina o § 3º do art. 2º da Portaria PGF n. 262, de 2017, evitando, assim, a vulgarização do instituto, que não deve ser utilizado indistintamente.

Percebe-se que a Orientação Normativa n. 55 da AGU provocou verdadeira virada de Copérnico no âmbito das consultorias jurídicas da Administração Pública Federal, já que trouxe para a esfera administrativa a técnica processual de resolução de casos repetitivos, modernizando a atividade de consultoria jurídica pela sistemática de predefinição de manifestações jurídicas, indo ao encontro das mais sofisticadas técnicas processuais de resolução de demandas repetitivas.

²² MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Ob. cit.* P. 236.

2 . CONCLUSÃO

Vistos os principais pontos relativos à inovação trazida pela Orientação Normativa n. 55 da AGU, é possível sistematizar algumas considerações acerca do instituto do parecer jurídico referencial:

- (i) a utilização de técnicas de resolução de demandas repetitivas no âmbito administrativo inaugura um novo cenário na gestão dos processos administrativos.
- (ii) a doutrina sobre precedentes judiciais é aplicável aos pareceres referenciais;
- (iii) o instituto do parecer referencial não deve ser vulgarizado, devendo ser utilizado quando a matéria jurídica repetitiva, devido ao seu volume, impactar na atividade do órgão de consultoria jurídica, ou prejudicar a celeridade dos serviços administrativos.
- (iv) por gerar a dispensa de análise individualizada nos futuros processos administrativos, a edição de parecer referencial demanda reponsabilidade do órgão jurídico, com sério ônus argumentativo a respeito da presença dos requisitos para a emissão da manifestação referencial.

REFERÊNCIAS

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Recursos Repetitivos*. Disponível em <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/recursos-repetitivos/>. Acesso em 15/06/2017.

GUSMÃO, Diego Ornellas de. *Por Uma Advocacia De Estado Íntegra E Coesa - Um Breve Estudo Sobre Integração Dos Órgãos Jurídicos Federais*, disponível em <https://uerj.academia.edu/DiegoOrnellasGusm%C3%A3o>.

JOBIM, Marco Félix. *Entendendo a nomenclatura dos precedentes*. Disponível em: <http://www.reajdd.com.br/html/ed4-6.pdf>, acesso em 16/06/2017.

MARINONI Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: RT, 2007

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2016.

OS PARECERES REFERENCIAIS E OS CASOS REPETITIVOS

Diego Ornellas de Gusmão

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et Non Quieta Movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em 17/06/2017.

US SUPREME COURT. *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808 (1991).

US SUPREME COURT. *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).