

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO DO LARGO DE SÃO FRANCISCO**

**AUGUSTO GUIMARÃES TEDESCHI**

Nº USP 8046399

**PRECEDENTES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO:  
O CASO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Vitor Rhein Schirato

São Paulo

2023



**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO DO LARGO DE SÃO FRANCISCO**

**AUGUSTO GUIMARÃES TEDESCHI**

Nº USP 8046399

**PRECEDENTES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO:**

**O CASO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS**

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Administrativo, sob orientação do Professor Doutor Vitor Rhein Schirato.

São Paulo

2023

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

**Serviço de Biblioteca e Documentação**

**Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

TEDESCHI, Augusto Guimarães.

Precedentes no processo administrativo: o caso da Comissão de Valores Mobiliários / Augusto Guimarães Tedeschi – São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2023.

Orientador: Professor Doutor Vitor Rhein Schirato

Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, USP, 2023.

# FOLHA DE APROVAÇÃO

**Nome:** Augusto Guimarães Tedeschi

**Título:** Precedentes no processo administrativo: o caso da Comissão de Valores Mobiliários

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Administrativo, sob orientação do Professor Doutor Vitor Rhein Schirato.

**Aprovado em:** \_\_\_\_\_

## **Banca Examinadora:**

Presidente: \_\_\_\_\_

Professor: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor: \_\_\_\_\_

Professor: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_



*Às Marias,  
Pelos dons que me foram  
E continuarão sendo.*





## RESUMO

---

TEDESCHI, Augusto Guimarães. *Precedentes no processo administrativo: o caso da Comissão de Valores Mobiliários*. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Este é um trabalho dedicado a investigar a disciplina de precedentes no âmbito de processos administrativos sob o direito brasileiro a partir do caso da Comissão de Valores Mobiliários. Ao mesmo tempo em que tomamos a Comissão de Valores Mobiliários como recorte delimitado, lançamos este caso específico como um esboço de hipóteses em um plano geral dos processos administrativos.

Como ponto de partida, buscamos endereçar, a partir do direito comparado e da teoria do processo administrativo, premissas relevantes para permitir-nos desenhar uma matriz de hipóteses possíveis para a investigação.

Com essas premissas, percorremos o ordenamento jurídico brasileiro em busca de uma norma que obrigue, permita ou proíba a Comissão de Valores Mobiliários proferir e seguir seus próprios precedentes. Adotamos como guias, para tanto, as proposições já formuladas por trabalhos acadêmicos. A literatura disponível levou-nos a examinar disposições constitucionais, a codificação processual civil e a legislação específica de processos administrativos em vigor.

Ao fim, alcançamos a conclusão de que *precedentes não são, de qualquer modo, vinculantes em processos administrativos da Comissão de Valores Mobiliários*. A Comissão de Valores Mobiliários, no entanto, deve sempre decidir segundo a interpretação que melhor atenda as finalidades públicas que o direito impõe, conforme determina o comando expresso do artigo 2º, inciso IX, da Lei de Processos Administrativos Federais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Precedente; Processo Administrativo; Comissão de Valores Mobiliários.



## ABSTRACT

---

TEDESCHI, Augusto Guimarães. *Precedents in administrative proceedings: the case of Comissão de Valores Mobiliários*. 2023. Thesis (Master's in Administrative Law) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2023.

This work aims to investigate the discipline of precedents in administrative procedure under Brazilian law based on the case of *Comissão de Valores Mobiliários*, the Brazilian Securities and Exchange Commission. While we take *Comissão de Valores Mobiliários* as a delimited cut, we launch this specific case as an outline to elaborate hypotheses on a general plan of administrative proceedings.

As a starting point, based on comparative law and the theory of administrative proceedings, we seek the relevant assumptions to allow us to design a matrix of possible hypotheses for the investigation.

Following these premises, we searched within the Brazilian legal system a rule that could oblige, allow or prohibit the *Comissão de Valores Mobiliários* to issue and follow its own precedents. As a guide, we adopted the propositions already formulated by previous academic works. The available literature led us to examine the constitutional, civil procedural and specific administrative procedures provisions in force.

In the end, we concluded that *precedents are not, in any way, binding in administrative proceedings of the Comissão de Valores Mobiliários*. The *Comissão de Valores Mobiliários* n, however, must always decide in accordance with the interpretation construed to mostly reach public purposes provided by law, pursuant to article 2, item IX, of the Brazilian Federal Law of Administrative Procedures.

**KEYWORDS:** Precedent; Administrative Proceedings, Comissão de Valores Mobiliários.



# SUMÁRIO

---

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>17</b>
OBJETO, HIPÓTESES E PROPOSTA INVESTIGATIVA .....	17
ASPECTOS FORMAIS .....	18
<b>PRIMEIRA PARTE – A COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS COMO RECORTE DE ESTUDO .....</b>	<b>21</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	
A COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS COMO NÚCLEO DECISÓRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	23
1.1 <i>A Comissão de Valores Mobiliários como núcleo decisório da Administração Pública</i> .....	30
<b>CAPÍTULO II</b>	
A COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS E SEUS PRECEDENTES .....	33
2.1 <i>A tese de “reliance defense”</i> .....	34
2.2 <i>A colocação privada de quotas de fundos de investimentos fechados</i> .....	37
2.3 <i>A emissão de certificados de recebíveis imobiliários para fins de reembolso de investimentos imobiliários</i> .....	39
2.4 <i>O impedimento de voto sob conflito de interesses com a companhia</i> .....	42
2.5 <i>Conclusões preliminares</i> .....	44
<b>SEGUNDA PARTE – ASPECTOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS PARA UMA INVESTIGAÇÃO JURÍDICA .....</b>	<b>45</b>
<b>CAPÍTULO III</b>	
PRECEDENTE COMO UM OBJETO DE ESTUDO DO DIREITO .....	47
3.1 <i>Considerações preliminares a um estudo comparativo sobre precedentes</i> .....	49
3.2 <i>A formação da “doctrine of stare decisis” na Inglaterra</i> .....	52
3.3 <i>A prática norte-americana de vinculação a precedentes</i> .....	56

3.4 *Modelos teóricos para o caráter vinculante e a aplicação de precedentes no direito*  
61

3.5 *Um primeiro plano de hipóteses sobre o objeto investigado: o modelo teórico do precedente*..... 66

#### **CAPÍTULO IV**

A PROCESSUALIDADE NA ATIVIDADE ESTATAL E A PECULIARIDADE ADMINISTRATIVA..... 69

4.1 *A hipótese de vinculação de precedentes como norma própria da processualidade ampla* ..... 74

4.2 *A hipótese de vinculação de precedentes como norma peculiar ao processo administrativo*..... 76

#### **CAPÍTULO V**

O PERCURSO INVESTIGATIVO..... 85

5.1 *O problema do direito como objeto metodológico e as soluções autointegrativas do ordenamento jurídico* ..... 88

5.2 *As dificuldades quanto ao caráter linguístico do direito e as soluções heterointegrativas do ordenamento jurídico* ..... 93

5.3 *As dificuldades quanto ao caráter linguístico do direito e as soluções heterointegrativas do ordenamento jurídico* ..... 98

**TERCEIRA PARTE – PRECEDENTES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SOB O DIREITO BRASILEIRO** ..... 101

#### **CAPÍTULO VI**

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO PROCESSUAL..... 103

#### **CAPÍTULO VII**

O REGIME DE PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ..... 109

7.1 *A disciplina de vinculação de precedentes no Código de Processo Civil* ..... 112

7.2 *Precedentes positivamente obrigatórios por força do artigo 927 do Código de Processo Civil*..... 115

7.3 *Precedentes vinculantes na argumentação das decisões, conforme o inciso VI do parágrafo primeiro do artigo 489* ..... 120

7.4 *Inviabilidade da aplicação subsidiária e supletiva ao processo administrativo do sistema de precedentes disposto no Código de Processo Civil*..... 122

---

**CAPÍTULO VIII**

PROPOSIÇÕES DOGMÁTICAS SOBRE PRECEDENTES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SOB O DIREITO BRASILEIRO..... 125

8.1 *Dever de incrementar a segurança jurídica*..... 1268.2 *A vedação à aplicação retroativa de nova interpretação do direito*..... 1298.3 *O dever de motivação em face da jurisprudência* ..... 130**QUARTA PARTE – CONCLUSÕES..... 135****CAPÍTULO IX**

CONCLUSÕES CRÍTICAS SOBRE O CASO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS ..... 137

**REFERÊNCIAS ..... 143**

BIBLIOGRAFIA ..... 143

LEGISLAÇÃO E DEMAIS FONTES NORMATIVAS CITADAS..... 156

DECISÕES CITADAS DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS ..... 157

DECISÕES CITADAS DE AUTORIDADES DE DIREITO ESTRANGEIRO ..... 160





# INTRODUÇÃO

---

## *OBJETO, HIPÓTESES E PROPOSTA INVESTIGATIVA*

Este é um trabalho dedicado a investigar precedentes no âmbito de processos administrativos sob o direito brasileiro a partir do caso da Comissão de Valores Mobiliários. Ao mesmo tempo em que tomamos a Comissão de Valores Mobiliários como recorte delimitado, lançamos este caso específico como um possível ponto de partida para um esboço de conclusões em um plano geral dos processos administrativos.

Nossa proposta é, desse modo, observar como a Comissão de Valores Mobiliários lida com suas próprias decisões passadas, com vistas a situar no direito positivo referências normativas que possam orientar o entendimento jurídico sobre esse fenômeno. Há uma obrigação de seguir precedentes exigível da Comissão de Valores Mobiliários? Qual o conteúdo preciso dessa obrigação, se existir?

Temos por hipótese que este estudo poderá revelar novas fronteiras da relação entre a Administração Pública e o direito. Acreditamos que o melhor entendimento sobre precedentes em processos administrativos pode trazer à evidência transformações na ideia de legalidade, base da disciplina do direito administrativo.

É uma hipótese bastante ambiciosa, é verdade. Justamente em razão disso, preconizaremos a cautela na investigação sobre as perguntas que inauguram este trabalho.

Começaremos retratando a Comissão de Valores Mobiliários e sua atuação decisória. Buscaremos firmar um diagnóstico sobre sua relação com seus precedentes, avaliando a experiência concreta de suas decisões.

Com esse ponto de partida, dedicaremos algumas reflexões para firmar premissas relevantes para a própria compreensão da questão sob investigação: o que é precedente e o que é processo administrativo. Isso permitirá traçar uma matriz metodológica para nossa pesquisa.

Com isso, procederemos com a investigação sobre o direito brasileiro. Tomaremos

---

como guias as propostas doutrinárias já existentes sobre a questão, ainda que sujeitos a críticas, para o percurso através das disposições do ordenamento jurídico.

Isso nos permitirá, ao fim, esboçar conclusões sobre a existência ou não de uma vinculação jurídica da Comissão de Valores Mobiliários a seus próprios precedentes. Quiçá, este achado possa refletir-se a outros entes da Administração Pública.

### *ASPECTOS FORMAIS*

Registrem-se alguns esclarecimentos quanto a aspectos formais do trabalho adiante. Optamos por um dos sistemas de referência bibliográfica oficialmente adotados no Brasil, divulgado pela Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Quando se trata de obra reeditada, ainda que um clássico do pensamento mais antigo, citamos o ano de reedição. Por outro lado, tratando-se de edição facsimilar, foi citado o ano original da edição reproduzida.

Ao fim deste trabalho, listamos as principais referências bibliográficas e jurisprudenciais que orientaram o seu desenvolvimento. Entre as fontes bibliográficas adotadas, são indicados em conjunto livros e artigos de periódicos. No caso dos livros que consistam em coletâneas de artigos, a citação foi feita pelo nome do artigo quando o próprio autor lhe tenha dado tratamento individualizado na publicação.

Enumeramos entre as referências, ademais, os casos citados ao longo do trabalho de decisões emitidas pela Comissão de Valores Mobiliários por meio de seu órgão colegiado. Listamos também, em separado, julgamentos proferidos por autoridades de direito estrangeiro que foram mencionados ao longo do desenvolvimento de nossos argumentos.

Procuramos evitar transcrições de citações no corpo do trabalho. Quando a reprodução dos termos da fonte citada pudesse colaborar com o entendimento do leitor, incluímos os termos da referência em nota de rodapé. Nesses casos, quando o original tenha sido produzido em língua estrangeira, a transcrição manteve sua redação original e incluímos nossa tradução livre logo em seguida.

Deliberamos evitar mencionar no corpo principal do texto os nomes de autores das referências adotadas. Preferimos enfatizar os argumentos e as ideias extraídas das fontes, sem induzir o leitor (e a nós mesmos, sobretudo) a preterir ou preferir um argumento em razão da autoria de sua fonte. As referências, de todo modo, foram indicadas em nota de rodapé,

incluindo sua autoria.

Quando citamos diversos autores em sequência numa mesma nota de rodapé, usamos como critério a ordem crescente de ano de publicação. Havendo referências publicadas no mesmo ano, adotamos a ordem alfabética de sobrenome dos autores.

Quanto à estrutura, organizamos este trabalho em quatro partes, as quais se dividem em oito capítulos. O propósito é organizar logicamente os diferentes capítulos do trabalho. Numa primeira parte, introduzimos o problema de pesquisa a ser enfrentado. Na segunda parte, endereçamos a proposta metodológica para investigar a questão de pesquisa formulada, bem como fixamos as premissas necessárias. Na terceira parte, desenvolvemos a investigação segundo o método proposto. Por último, apresentamos nossas conclusões.

Os capítulos, por sua vez, foram eventualmente divididos em tópicos numerados. Essa organização tem por único objetivo colaborar com o entendimento do leitor na concatenação das ideias daquele capítulo. Não possuem, porém, correlação com a organização lógica da pesquisa.

Por fim, para manifestar nossa própria opinião, optamos por adotar uma linguagem em primeira pessoa do plural. Fizemos esta escolha para homenagear a contribuição decisiva do orientador na reflexão dos argumentos aqui desenvolvidos. A execução, contudo, foi conduzida sob a responsabilidade do autor nomeado na capa deste trabalho e, por isso, é de sua exclusiva atribuição quaisquer erros ou críticas que se encontrem.



---

**PRIMEIRA PARTE**

**A COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS  
COMO RECORTE DE ESTUDO**

---



# CAPÍTULO I

---

## A COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS COMO NÚCLEO DECISÓRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Por que estudar a Comissão de Valores Mobiliários? Numa resposta direta, e talvez rasa, diríamos que sua atuação interfere em nossa vida quotidiana, ainda que indiretamente. Constituída como autarquia federal pela Lei 6.385/76,<sup>1</sup> a Comissão de Valores Mobiliários é encarregada de regular e supervisionar os mercados em que, numa ponta, empresários buscam capitais para seus empreendimentos e, noutra, o público em geral aloca suas poupanças e investimentos.

Essa justificativa, um pouco precipitada, seria uma excelente resposta para explicar a relevância de um estudo sobre o mercado de capitais. A análise das dinâmicas entre os agentes privados e sua rede de interrelações contratuais estabelecidas nesse mercado colabora com a melhor compreensão dos aspectos mais sensíveis (e, portanto, relevantes) de como a vida quotidiana é impactada pelo mercado de capitais. Quais fatores influenciam o acesso de empresas a capitais, quais as circunstâncias em que os negócios são estimulados ou prejudicados, a quais riscos a economia popular está exposta, e tanto mais: a adequada compreensão do mercado de capitais é decisiva para o desenvolvimento da economia, bem como para os negócios empresariais, as finanças e investimentos.

Mas, de novo, por que estudar a Comissão de Valores Mobiliários num mercado de participação de agentes privados? Há uma peculiaridade que chama a atenção de antemão: ao contrário de outros setores regulados pelo Estado, o mercado de capitais forma-se a partir de atividades por excelência privadas, cujos impactos na economia coletiva podem alcançar

---

<sup>1</sup> A Lei Federal nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976, conforme alterada.

---

relevância pública e, em função disso, demandam uma regulação estatal.<sup>2</sup> Não é, como se vê no setor de infraestrutura, por exemplo, em que o mercado é originado no seio da economia estatal e, a partir de dado estágio de desenvolvimento, aberto à iniciativa privada.<sup>3</sup>

A Comissão de Valores Mobiliários é, pois, o ente da Administração Pública incumbido dessa regulação. Fundamentada na Lei 6.375/76, compete-lhe disciplinar e fiscalizar todo um rol de atividades relacionadas à negociação de títulos, direitos e contratos de investimento, bem como a prestação de serviços relacionados a esse mercado.<sup>4</sup>

O principal motivo para a regulação estatal é que o mercado de capitais opera trocas de “*uma mercadoria complicada*”.<sup>5</sup> São títulos, contratos e direitos que, inevitavelmente, impõem aos adquirentes uma intensa assimetria de riscos e de informações em relação a quem os originou e alienou.

O problema é que, diante dessa sabida assimetria de informações, os adquirentes de mercadorias – leia-se, aqueles que detêm disponibilidade de moeda – ficam naturalmente desconfiados do próprio mercado. Por consequência disso, as mercadorias negociadas naquele mercado perdem qualidade e as transações ficam mais onerosas para os negociadores. Perde-se, desse modo, eficiência na alocação de recursos e na operação das transações do mercado.<sup>6</sup>

Quando os agentes de um mercado detêm informações assimétricas entre si, a parte menos informada da transação fica exposta a um risco sobre a veracidade das qualidades do produto que está negociando, o que lhe gera desconfiança. A escolha racional desses agentes desfavorecidos acaba sendo, desse modo, tratar indistintamente as oportunidades disponíveis no mercado considerando um risco médio e, nesse cenário, produtos que seriam de má

---

<sup>2</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *A regulação brasileira do mercado de capitais: restrição da autonomia privada para a satisfação do interesse público*. In: Revista de Direito Público da Economia, ano 4, número 16, outubro a dezembro de 2006. 185 p.

<sup>3</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *A alternativa nacional e o setor de infraestrutura*. In: Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, volume 1, abril a junho de 2017. 24-25 pp.

<sup>4</sup> Veja-se, nesse sentido, o artigo 1º da Lei 6.385/76: “*Art. 1º. Serão disciplinadas e fiscalizadas de acordo com esta Lei as seguintes atividades: I – a emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado; II – a negociação e intermediação no mercado de valores mobiliários; III – a negociação e intermediação no mercado de derivativos; IV – a organização, o funcionamento e as operações das Bolsas de Valores; V – a organização, o funcionamento e as operações das Bolsas de Mercadorias e Futuros; VI – a administração de carteiras e custódia de valores mobiliários; VII – a auditoria das companhias abertas; VIII – os serviços de consultor e analista de valores mobiliários.*”

<sup>5</sup> LOSS, Louis. *O Papel do Governo na Proteção dos Investidores*. In.: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 58, abril a junho de 1985. 71 p..

<sup>6</sup> AKERLOF, George A.. *‘The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*. In.: The Quarterly Journal of Economics, volume 84, Issue 03, August 1970. 495-496 pp.



qualidade ganham a oportunidade de equiparar sua precificação ao valor médio do mercado; aqueles de melhor qualidade, todavia, não conseguem ser premiados por suas vantagens competitivas. O mercado de informações assimétricas tende, assim, a desestimular a oferta de boas oportunidades de negócios.<sup>7</sup>

Na esteira desse fenômeno, o mercado de capitais sofre de uma estrutural assimetria de informações entre aqueles emitem no mercado títulos e contratos de investimento, de um lado, e os investidores, de outro. Um ambiente de desconfiança nesse mercado levaria poupadores a reter seus recursos em ativos de mais baixo risco possível e, com isso, empreendimentos de elevada demanda de capital seriam inviabilizados por falta de acesso a meios financeiros.<sup>8</sup>

É importante considerar que os empreendimentos impactados não seriam apenas aqueles de interesse puramente privados. Seriam severamente impactados sobretudo os projetos de infraestrutura de interesse público, vinculados à exploração de bens públicos e à prestação de serviços públicos. Os objetivos estatais de desenvolvimento econômico acabariam impossibilitados.<sup>9</sup>

Para prevenir esse cenário e propiciar o desenvolvimento da economia nacional, o Estado brasileiro deve assegurar condições para que indivíduos persigam suas preferências econômicas.<sup>10</sup> Com isso, a atuação estatal promove a eficiência na alocação de recursos e na operação das transações de mercado.<sup>11</sup> Um mercado de capitais dinâmico, confiável e seguro é, pois, um dos meios fundamentais para esse objetivo.

Essa é, portanto, a finalidade da regulação estatal no mercado de capitais. O combate à assimetria de informações é decisivo para a manutenção de um mercado em que empreendimentos de relevância para o interesse coletivo tenham acesso a capitais, como também para permitir que a economia popular possa participar de investimentos de maior

<sup>7</sup> AKERLOF, George A.. *'The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism*. In.: The Quarterly Journal of Economics, volume 84, Issue 03, August 1970. 489-492 pp.

<sup>8</sup> FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Assimetria de informações no mercado de capitais*. In: Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 1, número 5, 2015. 1037-1038 pp.

<sup>9</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *A regulação brasileira do mercado de capitais: restrição da autonomia privada para a satisfação do interesse público*. In: Revista de Direito Público da Economia, ano 4, número 16, outubro a dezembro de 2006. 212-217 pp.

<sup>10</sup> “[O] conhecimento da melhor escolha econômica da sociedade é o valor fundamental para o processo de desenvolvimento” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação, Desenvolvimento e Meio Ambiente*. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Regulação e Desenvolvimento. Novos Temas*. São Paulo: Malheiros, 2011. 20 p.).

<sup>11</sup> EIZIRIK, Nelson Laks. *Regulação e auto-regulação do mercado de valores mobiliários*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 48, outubro a dezembro de 1982. 48-49 pp.

---

potencial lucrativo.<sup>12</sup>

Note-se, todavia, que essa finalidade não alcança todo e qualquer mercado. O interesse público é afetado particularmente pela assimetria informacional nos mercados em que se operam investimentos coletivos, de amplo alcance à economia popular.<sup>13</sup>

A noção de *valor mobiliário* é, dessarte, o critério adotado para definir o alcance da regulação estatal.<sup>14</sup> Embora a ideia tenha surgido com progressivos atos legislativos, sua caracterização consolidou-se no âmbito da jurisprudência norte-americana.<sup>15</sup>

O caso paradigmático é *Securities and Exchanges Commission v. W. J. Howey Co. et al.* (1946), julgado pela *Supreme Court* norte-americana.<sup>16</sup> O julgamento formulou as bases para a identificação de valores mobiliários (*securities*, no direito norte-americano), das quais se adota a seguinte conceituação: um título ou contrato de investimento, por meio do qual o investidor, em resposta a uma oferta publicamente lançada, aporta recursos econômicos em um empreendimento do qual não possui controle direto, assim contribuindo com uma fração do todo do investimento, com vistas à obtenção de lucro para si, sujeitando-se aos riscos próprios do empreendimento.<sup>17</sup>

No direito brasileiro, essa noção veio a ser incorporada no inciso XI do artigo 2º da Lei 6.385/76.<sup>18</sup> Essa escolha do legislador brasileiro acabou por definir o conceito de valor mobiliário como critério institucional para o exercício das competências regulatórias da

---

<sup>12</sup> MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *Direito dos Valores Mobiliários*, volume 1. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2015. 25 p.; ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. *As Consequências Institucionais do Novo Conceito de Valor Mobiliários: as Competências do CMN, do Bacen e da CVM*. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). *Aspectos atuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais*, 2º Volume. São Paulo: Dialética, 2000. 72-77 pp.

<sup>13</sup> FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Assimetria de informações no mercado de capitais*. In: Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 1, número 5, 2015. 1035-1036 pp.

<sup>14</sup> MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *O conceito de valor mobiliário*. In: Revista de Administração de Empresas, volume 25, número 2, abril a junho de 1985. 38 p.

<sup>15</sup> MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *Direito dos Valores Mobiliários*, volume 1. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2015. 42-43 pp..

<sup>16</sup> A íntegra do julgado está disponível em: WYATT, Walter (rep.). *United States Reports, Volume 328, Cases Adjudged in the Supreme Court at October Term, 1945, from April 22, 1946 (concluded) to and including June 10, 1946 (End of Term)*. Washington, United States: United States Government Printing Office, 1947. 293-302 pp.

<sup>17</sup> MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *Direito dos Valores Mobiliários*, volume 1. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2015. 104-116 pp.

<sup>18</sup> Artigo 2º, inciso IX, da Lei 6.385/76: “Art. 2º. São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: (...) IX – quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante da prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.”

Comissão de Valores Mobiliários.<sup>19</sup>

É importante notar que o critério para se identificar um valor mobiliário é a oferta pública à economia popular, independentemente da natureza do título ou contrato ofertado. É por esse motivo que as ofertas públicas devem ser, obrigatoriamente, registradas perante a Comissão de Valores Mobiliários, conforme estabelece o artigo 19 da Lei 6.385/76.<sup>20</sup> O registro das ofertas públicas, mais do que qualificar títulos e contratos como valores mobiliários, é o meio instrumental adotado para impor a supervisão e a disciplina regulatória da Comissão de Valores Mobiliários aos títulos e contratos por meio dos quais emissores acessam a economia popular.<sup>21</sup>

Com a obrigação de registro da oferta pública, a Comissão de Valores Mobiliários habilita-se a todo um rol de competências sobre as atividades de agentes particulares do mercado de capitais. A matriz da regulação é assegurar a ampla divulgação de informações de emissores e empreendimentos, para que investidores possam romper com assimetria informacional que os prejudica e avaliem livremente as melhores oportunidades de investimentos.<sup>22</sup> A Comissão de Valores Mobiliários fica legalmente encarregada, com esse objetivo em vista, de monitorar, disciplinar e fiscalizar<sup>23</sup> emissores de valores mobiliários, bem como seus respectivos administradores e controladores,<sup>24</sup> podendo, ainda, impor sanções.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. *As Consequências Institucionais do Novo Conceito de Valor Mobiliários: as Competências do CMN, do Bacen e da CVM*. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). *Aspectos atuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais*, 2º Volume. São Paulo: Dialética, 2000. 72-77 pp.

<sup>20</sup> Artigo 19 da Lei 6.385/76: “Art. 19. Nenhuma emissão pública de valores mobiliários será distribuída no mercado sem prévio registro na Comissão.”

<sup>21</sup> EIZIRIK, Nelson. *Caracterização Jurídica da Emissão Pública de Valores Mobiliários*. In.: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 83, julho a setembro de 1991. 55 p..

<sup>22</sup> EIZIRIK, Nelson Laks. *Regulação e auto-regulação do mercado de valores mobiliários*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 48, outubro a dezembro de 1982. 50 p.

<sup>23</sup> Conforme artigo 8º da Lei 6.385/76: “Art. 8º. Compete à Comissão de Valores Mobiliários: I – regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas nesta Lei e na lei de sociedades por ações; II – administrar os registros instituídos por esta Lei; III – fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, de que trata o Art. 1º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados; IV – propor ao Conselho Monetário Nacional a eventual fixação de limites máximos de preço, comissões, emolumentos e quaisquer outras vantagens cobradas pelo intermediários do mercado; V – fiscalizar e inspecionar as companhias abertas dada prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou às que deixem de pagar o dividendo mínimo obrigatório.”

<sup>24</sup> De acordo com o artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei 6.385/76: “Art. 2º. (...) § 2º. Os emissores dos valores mobiliários referidos neste artigo, bem como seus administradores e controladores, sujeitam-se à disciplina prevista nesta Lei, para as companhias abertas.”

<sup>25</sup> Artigo 11 da Lei 6.385/76: “Art. 11. A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei de Sociedades por Ações), de suas resoluções e de outras normas legais cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar as seguintes penalidades, isoladas ou

Para endereçar esse objetivo, a Comissão de Valores Mobiliários é vestida de instrumentos regulatórios diversos. O acúmulo de funções fiscalizatórias, ordenadoras, sancionatórias e normativas caracteriza a autarquia uma autêntica entidade estatal de regulação.<sup>26</sup>

Nesse sentido, a Comissão de Valores Mobiliários possui amplos poderes de política para cumprir com sua função ordenadora sobre o mercado de capitais. Com base no artigo 9º da Lei 6.385/76, a autarquia tem poderes para determinar que agentes do mercado de capitais provenham e retifiquem documentos, esclarecimentos e informações, privadas ou já publicadas.

Além disso, o artigo 18 da Lei 6.385/76<sup>27</sup> outorga à Comissão de Valores Mobiliários uma ampla capacidade regulamentar no contexto de sua competência. Devido à baixa densidade de conteúdo da legislação sobre parte relevante das atividades do mercado de capitais, a

---

*cumulativamente: I – advertência; II – multa; III – (revogado); IV – inabilitação temporária, até o máximo de 20 (vinte) anos, para o exercício de cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta, de entidade do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários; V – suspensão da autorização ou registro para o exercício das atividades de que trata esta Lei; VI – inabilitação temporária, até o máximo de 20 (vinte) anos, para o exercício das atividades de que trata esta Lei; VII – inabilitação temporária, até o máximo de vinte anos, de praticar determinadas atividades ou operações, para os integrantes do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários; VIII – proibição temporária, até o máximo de dez anos, de atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operação no mercado de valores mobiliários.”*

<sup>26</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *A regulação brasileira do mercado de capitais: restrição da autonomia privada para a satisfação do interesse público*. In: Revista de Direito Público da Economia, ano 4, número 16, outubro a dezembro de 2006. 185-198 pp.

<sup>27</sup> Artigo 18 da Lei 6.385/76: “Art. 18. Compete à Comissão de Valores Mobiliários: I – editar normas gerais sobre: a) condições para obter autorização ou registro necessário ao exercício das atividades indicadas no art. 16, e respectivos procedimentos administrativos; b) requisitos de idoneidade, habilitação técnica e capacidade financeira a que deverão satisfazer os administradores de sociedades e demais pessoas que atuem no mercado de valores mobiliários; c) condições de constituição e extinção das Bolsas de Valores, entidades do mercado de balcão organizado e das entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários, forma jurídica, órgãos de administração e seu preenchimento; d) exercício do poder disciplinar pelas Bolsas e pelas entidades do mercado de balcão organizado, no que se refere às negociações com valores mobiliários, e pelas entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários, sobre os seus membros, imposição de penas e casos de exclusão; e) número de sociedades corretoras, membros da bolsa; requisitos ou condições de admissão quanto à idoneidade, capacidade financeira e habilitação técnica dos seus administradores; e representação no recinto da bolsa; f) administração das Bolsas, das entidades do mercado de balcão organizado e das entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários; emolumentos, comissões e quaisquer outros custos cobrados pelas Bolsas e pelas entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários ou seus membros, quando for o caso; g) condições de realização das operações a termo; h) condições de constituição e extinção das Bolsas de Mercadorias e Futuros, forma jurídica, órgãos de administração e seu preenchimento. II – definir: a) espécies de operação autorizadas na bolsa e no mercado de balcão; métodos e práticas que devem ser observados no mercado; e responsabilidade dos intermediários nas operações; b) a configuração de condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários, ou de manipulação de preço; operações fraudulentas e práticas não equitativas na distribuição ou intermediação de valores; c) normas aplicáveis ao registro de operações a ser mantido pelas entidades do sistema de distribuição (Art. 15).”

autarquia adquire um expressivo poder normativo sobre o mercado de capitais.

A Comissão de Valores Mobiliários tem, aliás, capacidade de impor severas sanções àqueles que descumprem suas prerrogativas normativas e de ordenação. As infrações às normas legais ou regulamentares sujeitam seus autores a penalidades desde advertência até a proibição de atuação no mercado de capitais.<sup>28</sup>

Por fim, convém anotar alguns atributos de independência dados pela Lei 6.385/76 à Comissão de Valores Mobiliários. Constituída como autarquia, a Comissão de Valores Mobiliários é constituída pela lei como uma pessoa jurídica de direito público distinta da União Federal. No entanto, a legislação confere à Comissão de Valores Mobiliários prerrogativas adicionais, as quais condições de atuação mais independente no exercício de sua regulação.

Cite-se, nesse sentido, o mandato fixo assegurado aos diretores integrantes do órgão colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, determinado no parágrafo primeiro do artigo 6º da Lei 6.385/76.<sup>29</sup> A autarquia detém, ademais, patrimônio próprio e separado da União Federal por força do artigo 5º,<sup>30</sup> além de exclusividade sobre as fontes de receita listadas no artigo 7º.<sup>31</sup>

Contudo, cabe anotar uma ressalva quanto à independência regulatória da Comissão de Valores Mobiliários. Embora a legislação tenha estabelecido a fixação de mandatos de seus dirigentes e a separação patrimonial da autarquia, não se excluiu totalmente a capacidade do

<sup>28</sup> Como se observa do artigo 11 da Lei 6.385/76: “Art. 11. A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei de Sociedades por Ações), de suas resoluções e de outras normas cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar as seguintes penalidades, isoladas ou cumulativamente: I – advertência; II – multa; III – (revogado); IV – inabilitação temporária, até o máximo de 20 (vinte) anos, para o exercício de cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta, de entidade do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários; V – suspensão da autorização ou registro para o exercício das atividades de que trata esta Lei; VI – inabilitação temporária, até o máximo de 20 (vinte) anos, para o exercício das atividades de que trata esta Lei; VII – proibição temporária, até o máximo de dez anos, de atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operação no mercado de valores mobiliários.”

<sup>29</sup> Parágrafo primeiro do artigo 6º: “Art. 6º. (...) § 1º. O mandato dos dirigentes da Comissão será de cinco anos, vedada a recondução, devendo ser renovado a cada ano um quinto dos membros do Colegiado.”

<sup>30</sup> Artigo 5º da Lei 6.385/76: “Art. 5º. É instituída a Comissão de Valores Mobiliários, entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária.”

<sup>31</sup> Artigo 7º da Lei 6.385/76: “Art. 7º. A Comissão custeará as despesas necessárias ao seu funcionamento com os recursos provenientes de: I – dotações das reservas monetárias a que se refere o Art. 12 da Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, alterado pelo Decreto-lei nº 1.342, de 28 de agosto de 1974 que forem atribuídas pelo Conselho Monetário Nacional; II – dotações que lhe forem consignadas no orçamento federal; III – receitas provenientes da prestação de serviços pela Comissão, observada a tabela aprovada pelo Conselho Monetário Nacional; IV – renda de bens patrimoniais e receitas eventuais. V – receitas de taxas decorrentes do exercício de seu poder de polícia, nos termos da lei.”

---

poder político da União Federal em interferir em aspectos regulatórios do mercado de capitais.<sup>32</sup> Exemplo disto é o fato de que as penalidades impostas pela Comissão de Valores Mobiliários estão sujeitas à interposição de recurso ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, conforme previsto no artigo 11, § 4º, da Lei 6.385/76.<sup>33</sup>

### 1.1 A Comissão de Valores Mobiliários como núcleo decisório da Administração Pública

Se é verdade que a caracterização como valor mobiliário impõe uma disciplina regulatória comum sob a competência da Comissão de Valores Mobiliários, é interessante observar que a noção de valor mobiliário é adjetiva à natureza dos títulos e contratos negociados no mercado de capitais. Ações, debêntures, opções de compra: todos são exemplos de títulos com um regime jurídico próprio, sobre o qual se acrescenta a disciplina dos valores mobiliários quando ofertados publicamente em mercado.<sup>34</sup> Isto significa que a qualificação jurídica dos valores mobiliários variará conforme a disciplina jurídica do título ou contrato de investimento coletivo.

Mais do que isso, valores mobiliários não são necessariamente modalidades típicas de títulos ou contratos de investimento coletivo. Formas contratuais atípicas, se ofertadas publicamente, podem vir a configurar valores mobiliários e, assim, demandarem a intervenção regulatória da Comissão de Valores Mobiliários. A constante inovação dos negócios privados é profícua fonte de novas formas contratuais que vêm a recair na conceituação de valores mobiliários e no problema de assimetria informacional no acesso à economia popular.<sup>35</sup> Para citar um exemplo, direitos econômicos sobre passes de atletas de futebol, se ofertados publicamente, configurarão valores mobiliários.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> Já pudemos demonstrar esta ressalva em outra oportunidade (TEDESCHI, Augusto Guimarães. *O Estado brasileiro e o mercado de capitais: análise crítica de suas funções regulatórias e suas estruturas administrativas*. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, volume 87, janeiro a março de 2020. 81-101.).

<sup>33</sup> Artigo 11, § 4º, da Lei 6.385/76: “Art. 11. (...) § 4º As penalidades somente serão impostas com observância do procedimento previsto no § 2º do art. 9º desta Lei, cabendo recurso para o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.”

<sup>34</sup> QUEIROZ, José Eduardo Carneiro. *Valor mobiliário, oferta pública e oferta privada: conceitos para o desenvolvimento do mercado de capitais*. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, volume 11, número 41, julho a setembro de 2008. 121-126 pp.

<sup>35</sup> MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *O conceito de valor mobiliário*. In: Revista de Administração de Empresas, volume 25, número 2, abril a junho de 1985. 46-47 pp.

<sup>36</sup> Conforme o caso conhecido como “Panelas FC”, em que a Comissão de Valores Mobiliários emitiu a Deliberação CVM nº 738, de 1º de junho de 2015 (BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo CVM nº

Há aqui um aspecto interessante. Em razão da noção de valor mobiliário ser o critério de competência regulatória da autarquia e sendo um conceito adjetivo a formas típicas ou não de títulos e contratos, a Comissão de Valores Mobiliários é levada, sempre, a avaliar e decidir se está ou não se deparando com um valor mobiliário.<sup>37</sup> Para isso, a autarquia necessita apurar as circunstâncias fáticas dos negócios que supervisiona, como também compreender o regime jurídico específico do título ou contrato que está a lidar, para só assim aplicar sua regulação.

Essa é uma necessidade inevitável. Como a Comissão de Valores Mobiliários intervém em negócios elaborados pela dinâmica das atividades privadas – isto é, de terceiros particulares –, a atuação regulatória da autarquia exige uma prévia apuração de circunstâncias concretas de cada caso, bem como da qualificação jurídica dos fatos. Afinal, a Comissão de Valores Mobiliários atua sobre negócios que, por si só, já ocorreriam no mercado de capitais.

Ilustramos essa necessidade com vistas a chamar a atenção para um aspecto que julgamos importante: para exercer suas funções regulatórias, a Comissão de Valores Mobiliários necessita conduzir *processos administrativos*. A atuação da Comissão de Valores Mobiliários é, enfatize-se, resultado de decisões em processos de apuração e qualificação jurídica de circunstâncias concretas de negócios do mercado de capitais.

Não à toa, desde o início de seu funcionamento, a Comissão de Valores Mobiliários conduz processos administrativos no âmbito de sua atuação. A Resolução Bacen 454/77<sup>38</sup> foi a primeira regulamentação de como a Comissão de Valores Mobiliários deve instaurar inquéritos, apreciar provas, propiciar direito de defesa e proferir suas decisões.

Atualmente, os processos administrativos da Comissão de Valores Mobiliários são disciplinados pelo regime geral da Lei de Processos Administrativos Federais.<sup>39</sup> Especificamente no âmbito da autarquia, os processos administrativos da autarquia seguem, como forma geral, o rito descrito na Resolução CVM 46/21.<sup>40</sup> Há, porém, dois normativos que preveem ritos especiais: a Resolução CVM 45/21<sup>41</sup> trata dos processos sancionadores e a

---

RJ 2014-11253. Decisão do Colegiado, datada de 30 de junho de 2015. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2015/20150630\\_R1/20150630\\_D9744.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2015/20150630_R1/20150630_D9744.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.).

<sup>37</sup> MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *Direito dos Valores Mobiliários*, volume 1. São Paulo: Fundação Getulio Vargas, 2015. 42-43 pp..

<sup>38</sup> A Resolução do Banco Central do Brasil nº 454, de 16 de novembro de 1977.

<sup>39</sup> A Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, conforme alterada.

<sup>40</sup> A Resolução da Comissão de Valores Mobiliários nº 46, de 31 de agosto de 2021.

<sup>41</sup> A Resolução da Comissão de Valores Mobiliários nº 45, de 31 de agosto de 2021.

Resolução CVM 67/22<sup>42</sup> dispõe sobre o rito de processos de edição de normas e regulamentos.

O que pretendemos enfatizar com essas considerações é o seguinte: diante de uma ampla competência, com o uso de instrumentos regulatórios diversos, a Comissão de Valores Mobiliários atua por meio de decisões proferidas em processos normativos. A autarquia é, ao menos em relação à regulação do mercado de capitais, o *núcleo decisório* do Estado brasileiro.

Acreditamos que, por esse motivo, é relevante estudar a fundo o processo decisório da Comissão de Valores Mobiliários, isto é, seus processos administrativos. Entender o espectro de competências da autarquia ou examinar a fundo seus instrumentos regulatórios, malgrado importante, não será suficiente sem compreender como a Comissão de Valores Mobiliários formula suas decisões.

É nesse contexto que indagamos: como a Comissão de Valores Mobiliários decide em face de suas próprias decisões passadas? Mais especificamente, em que medida as funções regulatórias da autarquia são determinadas juridicamente pelas decisões já tomadas no passado sobre o mesmo assunto? Eis, pois, a questão que iremos investigar adiante.

---

<sup>42</sup> A Resolução da Comissão de Valores Mobiliários nº 67, de 10 de março de 2022.



## CAPÍTULO II

---

### A COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS E SEUS PRECEDENTES

Como ente da Administração Pública, a Comissão de Valores Mobiliários emite decisões no âmbito do exercício de suas funções regulatórias. Sendo amplo seu espectro de atuação, profere decisões dos mais variados objetos e sob expressiva variedade de formas. São autorizações, normas, termos de compromisso, sanções, requisições de informações, ordens de suspensão.

Todas essas decisões, como vimos, são formuladas por um rito processual. Além das disposições da Lei de Processos Administrativos Federais, a Comissão de Valores Mobiliários possui regulamentos próprios para disciplinar seus processos administrativos.

Essas constatações instigam o estudo mais aprofundado sobre sua maneira de decidir, ou seja, o processo administrativo. Entender o processo decisório, de algum modo, conduz à compreensão das decisões sob um ângulo de sua formação, sobre como surgem, como se desenvolvem e, em última análise, sobre como se controlam.

Para não recair numa descrição genérica sobre um tema tão vasto, propomos um escopo específico: como a Comissão de Valores Mobiliários se deixa influenciar por suas próprias decisões passadas? Estaria a autarquia obrigada, ou quiçá ao menos constrangida, a seguir aquilo que ela própria já manifestou em decisões anteriores? Procuramos avaliar, pois, a ideia de vinculação de precedentes da Comissão de Valores Mobiliários.

A pergunta parte de impressões, a serem confirmadas, sobre as práticas decisórias da Comissão de Valores Mobiliários. Parece que a citação de precedente tem sido recorrente em processos administrativos da autarquia e na justificação de suas decisões. Indício disso é o expressivo número de trabalhos acadêmicos dedicados, cada vez mais, a analisar julgados da

---

autarquia em detrimento da pretensão doutrinária de definir conceitos legais para orientar as decisões da Comissão de Valores Mobiliários.<sup>43</sup>

Selecionamos adiante algumas temáticas que percorrem julgados da Comissão de Valores Mobiliários. A ideia é extrair uma amostra que permita, num primeiro momento, alcançar hipóteses razoáveis sobre a questão.

A escolha buscou temas com diferentes densidades nas fontes de direito com que a autarquia se depara. Ora tratarão sobre a questões da Lei 6.404/76,<sup>44</sup> lei que acumula ampla discussão doutrinária e jurisprudência nos tribunais,<sup>45</sup> ora envolverão temas pouco ou nada regulamentados.

Não pretendemos tirar conclusões estatísticas que pudessem oferecer respostas matemáticas para a questão. Isso poderia incorrer numa perda qualitativa do entendimento do processo decisório. Tão importante quanto saber se precedentes são ou não seguidos, interessamos avaliar o que significa seguir um precedente para a Comissão de Valores Mobiliários.

Para evitar que a seleção incorra num retrato inverídico, optamos por eleger temas relevantes entre as funções regulatórias da autarquia. Todos os assuntos cabem no centro da atuação da Comissão de Valores Mobiliários: a ideia de dever fiduciário de administradores de companhias, a definição precisa do critério competência regulatória, a política de incentivo ou restrição de investimentos setoriais e o tratamento dado a conflitos de interesses entre acionistas e companhias.

Vejamos, pois, o que encontramos.

## 2.1 A tese de “*reliance defense*”

Nas situações em que um administrador de companhia, ou algum encarregado de deveres fiduciários, toma uma decisão orientado por assessores técnicos e especializados, é comum suscitar a ideia de *reliance defense* para eximi-lo de responsabilidade sobre erros.

---

<sup>43</sup> Exemplificativamente, podemos mencionar a coleção periodicamente atualizada de livros publicados por LORIA e KALANSKY (cite-se o primeiro volume publicado: LORIA, Eli; KALANSKY, Daniel. *Processo Sancionador e Mercado de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.), bem como o trabalho coletivo organizado por G. BORBA, R. BORBA e ALMEIDA (BORBA, Gustavo Tavares (org.); BORBA, Rodrigo Tavares (org.); ALMEIDA, José Gabriel Assis de (org.). *Comissão de Valores Mobiliários: precedentes comentados*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.).

<sup>44</sup> Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, conforme alterada.

<sup>45</sup> MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A.. *Sociedade por ações: jurisprudência, casos e comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Formulada no contexto da jurisprudência norte-americana, a tese consiste num *álibi* para administradores diante de medidas que exigem alto grau de especialização, desde que não existam riscos, contraindicações ou evidências contrárias à opinião do consultor – os chamados *red flags*.<sup>46</sup>

Temos notícia de que a tese foi acatada pela Comissão de Valores Mobiliários no Caso Petrobras (2017).<sup>47</sup> Tratava-se de um julgamento em processo sancionador em que se discutia, entre outros aspectos, a responsabilidade da instituição financeira que coordenou a oferta pública de ações da Petróleo Brasileiro S/A de 2010. O cerne da discussão estava na ausência de qualquer informação no prospecto da oferta de que a companhia, uma sociedade de economia mista sob controle da União Federal, não poderia conferir direito de voto a suas ações preferenciais, mesmo se não distribuíssem o dividendo mínimo obrigatório,<sup>48</sup> em razão da disposição do artigo 62 da Lei 9.478/97.<sup>49-50</sup>

A defesa do acusado recorreu à *reliance defense* para argumentar pela isenção de responsabilidade da instituição financeira, que teria contratado escritórios de advocacia especializados para auditar a companhia e revisar a minuta de prospecto. Apresentaram a opinião legal em que os assessores legais declaravam plena conformidade do prospecto com a regulamentação.

Porém, a Comissão de Valores Mobiliários veio depois a apontar limitações da tese. Entendeu-se que o *reliance defense* não pode eximir de responsabilidade o administrador que tiver elementos ao seu alcance elementos para duvidar dos pareceres e das opiniões de peritos que lhe são apresentadas; estas evidências, na própria doutrina norte-americana, são chamadas

<sup>46</sup> Para um aprofundamento sobre a *reliance defense*, recomenda-se: HAWES, Douglas W.; SHERRARD, Thomas J.. *Reliance on Advice of Counsel as a Defense in Corporate and Securities Cases*. In: Virginia Law Review, volume 62, No. 1, February 1976. 01-148 pp.

<sup>47</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2015/10276. Julgamento do Colegiado datado de 11 de julho de 2017. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2017/20170711\\_PAS\\_RJ201510276.html](https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2017/20170711_PAS_RJ201510276.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.

<sup>48</sup> Conforme o comando do parágrafo primeiro do artigo 111 da Lei 6.404/76, *in verbis*: “Art. 111. (...) § 1º As ações preferenciais sem direito de voto adquirirão o exercício desse direito se a companhia, pelo prazo previsto no estatuto, não superior a 3 (três) exercícios consecutivos, deixar de pagar os dividendos fixos ou mínimos a que fizerem jus, direito que conservarão até o pagamento, se tais dividendos não forem cumulativos, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso.”

<sup>49</sup> Lei Federal nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, conforme alterada.

<sup>50</sup> Artigo 62 da Lei 9.478/97: “Art. 62. A União manterá o controle acionário da PETRIBRÁS com a propriedade e posse de, no mínimo, cinquenta por cento das ações, mais uma ação, do capital votante.”

---

de *red flags*.<sup>51</sup>

No Caso HRT Petróleo (2018),<sup>52</sup> por exemplo, os administradores tinham em mãos um parecer jurídico com orientação favorável à possibilidade de um conselho de administração declarar a nulidade da eleição de parte de seus próprios membros. No entanto, outros dois pareceres manifestavam opiniões contrárias. A Comissão de Valores Mobiliários entendeu, com isto em vista, que os administradores não poderiam deixar de avaliar o impasse de pareceres como um indício de erro de uma das opiniões. Ao optar por confiar num dos pareceres, os conselheiros assumiram a responsabilidade pela decisão de afastar membros do órgão.

A tese de *reliance defense* foi, novamente, afastada por existência de um *red flag* no Caso Brasil Telecom (2019).<sup>53</sup> O Colegiado não acatou que os diretores presidente e financeiro de uma companhia pudessem, com base apenas numa opinião da diretoria jurídica, deixar de inscrever contingências judiciais nas demonstrações contábeis. O *red flag* apontado é que, a despeito da orientação jurídica em que os diretores se fiaram, era sabido que já estava em fase de execução uma parcela relevante de processos judiciais nos quais a companhia figurava como devedora.

Os *red flags* também afastaram a tese do *reliance defense* no Caso Bahema (2019),<sup>54</sup> desta vez com uma noção ainda mais ampla de indícios que afastam pareceres especializados. Embora as auditorias independentes não tenham apontado ressalvas sobre a adequada divulgação de transações com partes relacionadas nas demonstrações contábeis da companhia, o fato de que o diretor de relações com investidores era também sócio da contraparte das transações e o elevado montante de valores envolvidos deveriam ter suscitado nos administradores uma suspeita maior.

---

<sup>51</sup> HAWES, Douglas W.; SHERRARD, Thomas J.. *Reliance on Advice of Counsel as a Defense in Corporate and Securities Cases*. In: Virginia Law Review, volume 62, No. 1, February 1976. 27 p.

<sup>52</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2013/11703. Decisão do Colegiado datada de 31 de julho de 2018. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2018/20180731\\_PAS\\_RJ201311703.html](https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2018/20180731_PAS_RJ201311703.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.

<sup>53</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo SEI nº 19957.000088/2015-83. Decisão do Colegiado datada de 02 de julho de 2019. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2019/20190702-PAS-03-2011.html>. Acesso em 28 de dezembro de 2022.

<sup>54</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº SP2017/493. Decisão do Colegiado datada de 24 de setembro de 2019. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2019/20190924-PAS-SP2017-493.html>. Acesso em 28 de dezembro de 2022.

Mais recentemente, o entendimento da autarquia recrudescou ainda mais no Caso Recrusul.<sup>55</sup> A despeito da defesa citar a tese do *reliance defense*, a Comissão de Valores Mobiliários não a acatou. Julgou-se firmemente no sentido de que “*uma possível falha dos auditores independentes em detectar irregularidades contábeis também não eximiria os administradores da Companhia de suas respectivas responsabilidades*”. Curiosamente, o voto citava expressamente trecho da decisão do Caso Bahema.

## 2.2 A colocação privada de quotas de fundos de investimentos fechados

Como vimos no Capítulo I, o principal critério de competência regulatória da Comissão de Valores Mobiliários é a oferta pública de valores mobiliários. Essa ideia sugere, no ângulo inverso, que os títulos e contratos de investimento que não forem ofertados publicamente não necessitam ser registrados perante a autarquia.

É por esse motivo que, diante de um pedido de registro de um fundo de investimento em participações destinado ao investimento de poucos investidores, a Superintendência de Registro de Emissores da Comissão de Valores Mobiliários apresentou consulta ao Colegiado da autarquia. No caso que ficou conhecido como a Consulta sobre Fundos Privados (2006),<sup>56</sup> questionou-se qual o entendimento deveria orientar a autarquia sobre pedidos de registro de fundos de investimento fechados que não se destinassem à realização de uma oferta pública de quotas.

A consulta veio a ser paradigmática. O entendimento proferido pelo Colegiado foi no sentido de que, sim, é possível a existência de fundos de investimento sem realização de oferta pública e, com isso, não são obrigados a registrar-se junto à autarquia. Reconheceu-se expressamente a possibilidade jurídica de colocação privada de quotas de fundos de investimento.

Para além disso, o Colegiado consignou que também é admissível que fundos de investimento fechados se registrem perante a Comissão de Valores Mobiliários, ainda que

<sup>55</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo SEI nº 19957.007552/2016-43. Decisão do Colegiado datada de 29 de setembro de 2020. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2020/20200929\\_PAS\\_199570075522016-43.html](https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2020/20200929_PAS_199570075522016-43.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.

<sup>56</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2005/2345. Decisão do Colegiado datada de 21 de fevereiro de 2006. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2006/20060221\\_R1/20060221\\_D01.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2006/20060221_R1/20060221_D01.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.

destinados à colocação de poucos investidores. Contudo, ao registrar-se perante a autarquia, os fundos de investimento devem sujeitar-se integralmente a sua regulação e “*todos os ônus inerentes*” a ela, incluindo realizar os procedimentos de oferta pública ainda que se destinem à colocação privada.

Na prática, todos os fundos de investimento desde então registraram-se junto à autarquia e realizaram oferta pública de quotas para fins formais, mesmo que sob a finalidade de uma colocação privada entre poucos e conhecidos investidores. A razão vem da seara tributária: benefícios fiscais conferidos a fundos de investimento têm, nos termos da legislação tributária, o requisito de registro perante a Comissão de Valores Mobiliários.<sup>57</sup>

O entendimento da Consulta sobre Fundos Privados foi reiterado em decisões posteriores. No Caso do Fundo Trust HSBC (2010),<sup>58</sup> por exemplo, mencionou-se expressamente que “*fundos de investimento cujas cotas não sejam destinadas a oferta pública de distribuição pode, não obstante, ser registrados na CVM. No entanto, tais fundos devem submeter-se a todas as normas impostas pela regulamentação da CVM.*”.

As consequências desse entendimento acabou conduzindo a Comissão de Valores Mobiliários a admitir exceções à própria regulação. No Caso Star FIP (2006),<sup>59</sup> o Colegiado emitiu a expressa orientação à Superintendência de Registro de Emissores para dispensar de realização de oferta pública os fundos de investimentos fechados com um único quotista.

Outra exceção veio a ser aberta pelo Colegiado da autarquia. No Caso Arena FII (2012),<sup>60</sup> solicitou-se a dispensa de realização de oferta pública de quotas de um fundo de investimento em participações. A captação era destinada exclusivamente a investidores que já

---

<sup>57</sup> SALLES, Roberto; FONSECA, Juliana; ABRANTES, Emmanuel. *Aspectos Práticos e Regulamentares da Tributação de Fundos de Investimentos*. In: FREITAS, Bernardo Vianna (coord.); VERSIANI, Fernanda Valle (coord.). *Fundos de Investimentos: Aspectos Jurídicos, Regulamentares e Tributários*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. 340 p.

<sup>58</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2009/3736. Decisão do Colegiado datada de 09 de março de 2010. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2010/20100309\\_R1/20100309\\_D23.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2010/20100309_R1/20100309_D23.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.

<sup>59</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2006/8141. Decisão do Colegiado datada de 28 de novembro de 2006. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2006/20061128\\_R1/20061128\\_D08.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2006/20061128_R1/20061128_D08.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.

<sup>60</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2011/14594. Decisão do Colegiado datada de 27 de março de 2012. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2012/20120327\\_R1/20120327\\_D08.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2012/20120327_R1/20120327_D08.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.

eram quotistas do fundo, que pretendiam aportar recursos adicionais para a continuidade do principal empreendimento do fundo para a construção de um estádio de futebol na Zona Leste da cidade de São Paulo.

A Comissão de Valores Mobiliários deferiu o pedido. Sujeito a determinadas condições para que as quotas distribuídas em âmbito privado não circulassem no mercado, foi admitida a colocação privada por parte de um fundo de investimento registrado perante a Comissão de Valores Mobiliários. O entendimento da Consulta sobre Fundos Privados, aliás, foi expressamente citado e levado em consideração na discussão do Colegiado.

De certo modo, o entendimento do Caso Arena FII permanece em vigor e foi reforçado pela Comissão de Valores Mobiliários. Na oportunidade de edição da Instrução CVM 578/16, o parágrafo primeiro do artigo 22<sup>61</sup> introduziu, pela primeira vez na regulamentação da autarquia, a previsão de colocação privada de quotas de fundos de investimento registrados, observando-se os mesmos requisitos ponderados pelo Colegiado no Caso Arena FII.

### 2.3 *A emissão de certificados de recebíveis imobiliários para fins de reembolso de investimentos imobiliários*

Os certificados de recebíveis imobiliários são títulos de promessa de pagamento em dinheiro emitidos por companhias securitizadoras garantidos por um lastro de créditos de origem em negócios imobiliários. Introduzidos no artigo 6º da Lei 9.514/97,<sup>62-63</sup> esses títulos têm especial interesse por empreendimentos, porque seus investidores, se pessoas físicas, são beneficiados com isenção de imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual, conforme estabelece o inciso II do artigo 3º da Lei 11.033/04.<sup>64-65</sup> Em razão desse benefício fiscal, a rentabilidade dos certificados de recebíveis imobiliários fica favorecida em relação a

---

<sup>61</sup> Artigo 22, parágrafo primeiro, da Instrução CVM 578/16: “Art. 22. (...) § 1º Para fins desta Instrução, não se qualifica como oferta pública a emissão de cotas destinada aos cotistas do fundo, desde que: I – as cotas não sejam admitidas à negociação em mercados organizados; e II – as cotas não colocadas juntos aos cotistas sejam automaticamente canceladas.”

<sup>62</sup> Lei Federal nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, conforme em vigor até a edição da Medida Provisória nº 1.103, de 15 de março de 2022.

<sup>63</sup> Artigo 6º da Lei 9.514/97: “Art. 6º. O Certificado de Recebíveis Imobiliários – CRI é título de crédito nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários e constitui promessa de pagamento em dinheiro.”

<sup>64</sup> Lei Federal nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, conforme alterada.

<sup>65</sup> Artigo 3º, inciso II, da Lei 11.033/04: “Art. 3º; Ficam isentos de imposto de renda: (...) II – na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, a remuneração por letras hipotecárias, certificados de recebíveis imobiliários e letras de crédito imobiliários. (...)”

outros títulos de crédito no mercado e, por isso, os emissores-devedores ganham maiores margens negociais para reduzir da taxa de juros paga a investidores.

Até meados de 2017, preponderava o entendimento de que seria essencial para os certificados de recebíveis imobiliários que o fluxo de recursos destinados para o pagamento de investidores tivesse origem, ainda que indireta, exclusivamente em contratos ou títulos de negócios imobiliários. Portanto, não poderiam ser emitidos e ofertados os certificados de recebíveis imobiliários que, embora os recursos captados financiem a aquisição ou ampliação de imóveis, a atividade que os remunere não tenha caráter imobiliário.

Cite-se, por exemplo, o Caso de CRI da Companhia Energética Paulista (2003).<sup>66</sup> Pretendia-se emitir certificados de recebíveis imobiliários para investimentos de ampliação e reforma de uma usina hidrelétrica. A remuneração dos títulos, contudo, correria o risco de crédito próprio da operação da atividade de geração de energia elétrica da usina. Tendo constatado isso, a Comissão de Valores Mobiliários denegou o pedido de registro de oferta pública, fixando expressamente que “o crédito é imobiliário pela origem e não pela destinação”. Como fundamento, o entendimento pautou-se no enfoque dado pela legislação nos ativos imobiliários como lastro e risco principal do investimento em certificados de recebíveis imobiliários, como observado nas disposições do artigo 6º, do inciso I do 8º<sup>67</sup> e do parágrafo único do artigo 10,<sup>68</sup> todos da Lei 9.514/97.

O Primeiro Caso de CRI Rede D’Or (2013)<sup>69</sup> também merece ser citado. Tratava-se de transação em que uma rede hospitalar buscava recursos para investimentos de expansão das instalações físicas de seus imóveis. A transação envolveria a emissão de debêntures pela rede

---

<sup>66</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2002/3032. Decisão do Colegiado datada de 13 de maio de 2003. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2003/20030513\\_R1/20030513\\_D03.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2003/20030513_R1/20030513_D03.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.

<sup>67</sup> Artigo 8º, inciso I, da Lei 9.514/97: “Art. 8º. A securitização de créditos imobiliários é a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante Termo de Securitização de Créditos, lavrado por uma companhia securitizadora, do qual constarão os seguintes elementos: I – a identificação do devedor e o valor nominal de cada crédito que lastreie a emissão, com a individualização do imóvel a que esteja vinculado e indicação do Cartório de Registro de Imóveis em que esteja registrado e respectiva matrícula, bem como o número de registro do ato pelo qual o crédito foi cedido; (...)”

<sup>68</sup> Parágrafo único do artigo 10 da Lei 9.514/97: “Art. 10. (...) Parágrafo único. O Termo de Securitização de Créditos, em que seja instituído regime fiduciário, será averbado em Registro de Imóveis em que estejam matriculados os respectivos imóveis.”

<sup>69</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2012/12177. Decisão do Colegiado datada de 26 de março de 2013. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2013/20130326\\_R1/20130326\\_D04.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2013/20130326_R1/20130326_D04.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.



hospitalar para a subscrição total e exclusiva por uma instituição financeira. Com lastro nessas debêntures, a instituição financeira emitiria uma cédula de crédito imobiliário, a qual, por sua vez, seria cedida para uma companhia securitizadora a título de lastro para a emissão de certificados de recebíveis imobiliários.

Em linha com o Caso de CRI da Companhia Energética Paulista, a Comissão de Valores Mobiliários negou o pleito. O motivo principal foi o fato de que, embora os certificados de recebíveis imobiliários tivessem lastro em título relacionado a investimentos em imóveis, o fluxo de crédito que remuneraria os títulos teria origem na atividade hospitalar da devedora originária. Isto descaracterizaria, segundo entendeu a Comissão de Valores Mobiliários, a natureza imobiliária do lastro dos certificados de recebíveis imobiliários que seriam emitidos. Citou-se, novamente, os artigos 6º e 8º para respaldar esse entendimento.

A despeito da decisão do Primeiro Caso Rede D’Or, apenas quatro anos depois, a Comissão de Valores Mobiliários proferiu entendimento distinto no Segundo Caso de CRI Rede D’Or (2017).<sup>70</sup> Desta vez, a mesma rede hospitalar envolvida no Primeiro Caso de CRI Rede D’Or celebrou um contrato atípico de investimento imobiliário, do qual a contraparte cederia os créditos devidos pelo hospital a uma companhia securitizadora para lastrear a emissão de certificado de recebíveis imobiliários.

Ainda que fosse a mesma atividade hospitalar que remuneraria o contrato de investimento, assim como ocorria no Primeiro Caso de CRI Rede D’Or, a Comissão de Valores Mobiliários acatou o pedido de registro da oferta pública. O argumento que conduziu o novo entendimento foi o fato de que, apesar da atividade hospitalar ser a fonte de recursos para a remuneração do certificado de recebíveis imobiliários, a destinação dos recursos captados era comprovadamente direcionada a investimentos em imóveis do grupo.

Houve, pois, uma mudança expressiva de entendimento. Certificados de recebíveis imobiliários passaram a poder ser emitidos sempre que se comprovar a destinação de investimentos em imóveis, sem necessariamente atrelar a remuneração dos investidores a negócios imobiliários. O impacto não é meramente formal: com o novo entendimento, empreendimentos de fora do setor imobiliário passaram a ter a oportunidade de emitir esses

---

<sup>70</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo SEI nº 19957.010578/2017-50. Decisão do Colegiado datada de 12 de dezembro de 2017. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2017/20171212\\_R1/20171212\\_D0869.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2017/20171212_R1/20171212_D0869.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.

---

títulos com o benefício fiscal que lhes é conferido.

Curiosamente, à época do julgamento do Segundo Caso de CRI Rede D'Or, permaneciam em vigor as disposições da Lei 9.514/97 que fundamentaram o Caso de CRI da Companhia Energética Paulista e o Primeiro Caso de CRI Rede D'Or. Mais do que isto, o parecer da área técnica que orientou a deliberação do Colegiado manifestou a expressa interpretação desses mesmos dispositivos no sentido de que os créditos imobiliários se caracterizam por sua destinação, ao contrário do entendimento antes adotado.

#### 2.4 *O impedimento de voto sob conflito de interesses com a companhia*

O direito brasileiro impõe restrições ao poder de controle. O parágrafo primeiro do artigo 115 da Lei 6.404/76<sup>71</sup> é um claro exemplo: acionistas não podem votar em assembleias quando houver conflito de interesses.

A noção de conflito de interesses, contudo, é discutida doutrinariamente. Há, de um lado, quem defenda que a caracterização do conflito de interesses entre acionista e companhia é dada sempre que houver uma contraposição formal de interesses; outros opinam que o conflito de interesses deve ser entendido somente quando se houver circunstâncias materiais de oposição de interesses.<sup>72</sup>

Essa divergência doutrinária tem reflexos na jurisprudência da Comissão de Valores Mobiliários. Até 2002, o Colegiado era inclinado a seguir a teoria formalista do conflito de interesses. Confira-se o Caso VASP (2000)<sup>73</sup> e o Caso TIM (2001).<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> Artigo 115, parágrafo primeiro, da Lei 6.404/76: “Art. 115; (...) § 1º o acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.”

<sup>72</sup> Confira-se a sistematização de bibliografia levantada por PARENTE (PARENTE, Norma Jonssen. *A aquisição excepcional de voto para viabilizar a tomada de decisão em Assembleia Geral na qual acionistas com voto estão impedidos – Caso EMAE 2*. In: BORBA, Gustavo Tavares (org.); BORBA, Rodrigo Tavares (org.); ALMEIDA, José Gabriel Assis de (org.). *Comissão de Valores Mobiliários: precedentes comentados*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 284-285 pp.).

<sup>73</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Inquérito Administrativo CVM nº 23/99. Decisão do Colegiado datada de 26 de outubro de 2000. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2000/20001026\\_2399.html](https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2000/20001026_2399.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.

<sup>74</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Inquérito Administrativo CVM nº RJ2001/4977. Decisão do Colegiado datada de 19 de dezembro de 2001. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2001/20011219\\_RJ20014977.html](https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2001/20011219_RJ20014977.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.

O entendimento inverteu-se com o julgamento do Caso Tele Norte Leste (2002).<sup>75</sup> Tratava-se de processo sancionador envolvendo uma assembleia de acionistas de uma companhia telefônica, instalada para deliberar sobre a celebração de um contrato com a Telemar Participações S/A como contraparte. Os acionistas controladores da companhia, os fundos de pensão Previ e Sistel, detinham participação indireta na Telemar e, ainda assim, não se abstiveram de votar a favor da celebração do contrato. A despeito desse conflito formal de interesses, preponderou no Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários que não havia conflito material de interesses entre os controladores a companhia, autorizando a participação dos controladores na assembleia.

A inclinação à teoria material do conflito de interesses foi depois repetida nas decisões da autarquia. O Caso BID (2003)<sup>76</sup> e o Caso Ambev (2004)<sup>77</sup> são exemplos disso.

A tese do conflito de interesses formal, contudo, retornou à jurisprudência da Comissão de Valores Mobiliários em 2010. O Caso Tractebel (2010)<sup>78</sup> foi o ponto de virada de entendimento. Outros julgados posteriores seguiram esse entendimento, como o Caso Eletrobras (2015)<sup>79</sup>, o Caso Eneva (2015)<sup>80</sup> e o Caso Forjas Taurus (2017).<sup>81</sup>

---

<sup>75</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2002/1153. Decisão do Colegiado datada de 06 de novembro de 2002. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2002/20021106\\_RJ20021153.html](https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2002/20021106_RJ20021153.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.

<sup>76</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2002/2405. Decisão do Colegiado datada de 09 de outubro de 2013. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2003/20031009\\_RJ20022405.html](https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2003/20031009_RJ20022405.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.

<sup>77</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2004/5494. Decisão do Colegiado datada de 16 de dezembro de 2004. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2004/20041216\\_R1/20041216\\_D04.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2004/20041216_R1/20041216_D04.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.

<sup>78</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2009/13179. Decisão do Colegiado datada de 09 de setembro de 2010. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2010/20100909\\_R1/20100909\\_D09.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2010/20100909_R1/20100909_D09.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.

<sup>79</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2013/6635. Decisão do Colegiado datada de 26 de maio de 2015. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2015/20150526\\_PAS\\_RJ20136635.html](https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2015/20150526_PAS_RJ20136635.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.

<sup>80</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2015/5021. Decisão do Colegiado datada de 25 de agosto de 2015. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2015/20150825\\_R1/20150825\\_D9784.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2015/20150825_R1/20150825_D9784.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.

<sup>81</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2014/10556. Decisão do Colegiado datada de 29 de novembro de 2017. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2017/RJ\\_201410556\\_Forjas-Taurus.html](https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2017/RJ_201410556_Forjas-Taurus.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.

---

Mais recentemente, a Comissão de Valores Mobiliários parece ter, novamente, invertido de opinião. No Caso Linx-Stone (2020),<sup>82</sup> o Colegiado voltou a admitir a tese de conflito material de interesses para que acionistas sejam impedidos de votar em assembleia de acionistas.

## 2.5 *Conclusões preliminares*

A seleção de temas decisórios que percorremos é uma fração, muito diminuta, de toda a jurisprudência da Comissão de Valores Mobiliários. Representa, contudo, assuntos de suficiente relevância para a regulação do mercado de capitais. Não podem ser descartados para a formulação de hipóteses sobre a influência de precedentes sobre as decisões da Comissão de Valores Mobiliários.

O que vemos, no entanto, é um estado inconclusivo. Ora os entendimentos jurisprudenciais são significativamente estáveis, como a imposição de que CRI seja remunerado por empreendimentos imobiliários que vigorou por vinte anos. Ora a posição inverteu-se quatro vezes nos últimos vinte anos, como se vê quanto aos conflitos de interesses entre acionistas e a companhia.

Há, além disso, diferentes formas de estabilização jurisprudencial. A possibilidade de colocação privada de quotas de fundos de investimento foi cristalizada, por exemplo, entre os normativos da própria Comissão de Valores Mobiliários. A aceitação da tese de *reliance defense*, como também suas exceções, não tem qualquer previsão positiva.

A constatação inconclusiva permite-nos reformular a questão de início, aproximando-nos de um estudo jurídico. Mesmo que deixe de cumprir na prática, a Comissão de Valores Mobiliários *deve* seguir precedentes? Somos conduzidos, pois, a investigar uma norma jurídica que obrigue (ou não) que a autarquia se vincule a suas próprias decisões passadas.

---

<sup>82</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo SEI nº 19957.005563/2020-75. Decisão do Colegiado datada de 13 de novembro de 2020. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2020/20201113\\_R1/20201113\\_D1979.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2020/20201113_R1/20201113_D1979.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022.

---

**SEGUNDA PARTE**

**ASPECTOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS PARA UMA  
INVESTIGAÇÃO JURÍDICA**

---



## CAPÍTULO III

---

### PRECEDENTE COMO UM OBJETO DE ESTUDO DO DIREITO

A pergunta formulada ao fim do capítulo anterior sugere uma premissa: precedentes são, de algum modo, afeitos à disciplina jurídica? É pertinente compreender, antes de propriamente iniciar a investigação proposta, como a ideia de precedente se situa num estudo de direito.

Não é preciso de conhecimentos jurídicos aprofundados para entender o valor prático de um precedente. É intuitivo até mesmo para crianças. Que caçula nunca argumentou por seu direito de ter um brinquedo porque seu irmão mais velho o ganhou quando tinha a mesma idade?<sup>83</sup> De fato, seja para recusar ou conceder o brinquedo, pais se verão constrangidos a, no mínimo, considerar o alegado precedente na justificativa de sua resposta.

O exemplo é vulgar, mas não parece distante do que ocorre nas questões atravessadas pelo direito. Casos passados são constantemente levantados por advogados para defender seus argumentos em juízo. É comum clientes procurarem bancas de advocacia, mesmo aqueles que se considerarem leigos em assunto de direito, ao descobrir que alguém conseguiu êxito num caso passado semelhante. Juízes muitas vezes recorrem a decisões passadas, sejam suas próprias ou de outras instâncias, para justificar seus entendimentos decisórios.

Essa, talvez, seja a razão pela qual se tem a ideia de que o passado é útil para decisões no presente.<sup>84</sup> É comum recorrer à experiência passada para orientar a prática jurídica diante de

---

<sup>83</sup> Provocação originalmente lançada, em termos análogos, por SCHAUER (SCHAUER, Frederick. *Precedent*. In: *Stanford Law Review*, volume 39, No. 3, February 1987. 572 e 577 pp.). DUXBURY utiliza uma alegoria semelhante (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York, United States: Cambridge University Press, 2008. 2 p.).

<sup>84</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York, United States: Cambridge University Press, 2008. 1-4 pp.

---

NOVOS CASOS.

Em sentido mais amplo, a noção de precedente encontra uma definição logo nas considerações introdutórias de trabalhos sobre o assunto: “*um evento passado – em direito, quase sempre uma decisão – a qual nos serve de guia para uma ação no presente*”.<sup>85</sup> Essa não parece ser uma descrição contestada por autores dedicados a estudar precedentes.<sup>86</sup>

Por que, então, um estudo sobre precedentes? Se precedentes são um fenômeno de definição assim inequívoca, sem grandes dificuldades em alcançar, por que autores dedicaram estudos monográficos sobre o assunto? O que haveria para ser investigado em um fenômeno que não encontra dificuldades em ser conceituado?

Embora definir precedentes esteja longe de uma tarefa hercúlea e não se possa negar seu uso na prática jurídica, vemos instigantes debates a respeito de como e quando tratar decisões passadas como precedentes e os aplicar nas decisões jurídicas. Se é intuitivo levantar casos passados na argumentação jurídica, não é tão claro o quanto e quais as circunstâncias necessárias para que um precedente seja decisivo no presente.<sup>87</sup>

Voltemos ao exemplo da criança caçula que argumenta com base no caso de seu irmão mais velho. Talvez por uma questão de justiça, os pais se verão constrangidos a tratar igualmente seus filhos, dando ao caçula o brinquedo na mesma idade com que o irmão mais velho o ganhou. Porém, a decisão seria a mesma se os pais tivessem se arrependido de dar o brinquedo ao irmão mais velho quando ainda era tão pequeno? Se a experiência anterior com esse brinquedo tivesse, por exemplo, sido prejudicial ao filho mais velho, teria o caçula o “direito” de ganhar o mesmo brinquedo na mesma idade?<sup>88</sup> A prudência orientaria esses pais, evidentemente, a negar o pedido do caçula, a despeito do precedente.

O propósito deste capítulo é, pois, identificar o que são precedentes relevantes para o direito e quais os modelos de vinculação que podemos observar, de modo a lançar premissas

---

<sup>85</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York, United States: Cambridge University Press, 2008. 1 p.

<sup>86</sup> Outros trabalhos monográficos definem o precedente em suas considerações iniciais. A título de exemplos, vejam-se: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.. *Introduction*. In: \_\_\_\_\_ (eds.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Aldershot, United Kingdom: Dartmouth; Brookfield, United States of America: Ashgate, 1997. 1 p.; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*, 2ª edição. Rio de Janeiro: GZ, 2021. 2 p..

<sup>87</sup> MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.. *Introduction*. In: \_\_\_\_\_ (eds.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Aldershot, United Kingdom: Dartmouth; Brookfield, United States of America: Ashgate, 1997. 5-6 pp.

<sup>88</sup> Novamente, a provocação é inspirada na reflexão originalmente formulada por SCHAUER (SCHAUER, Frederick. *Precedent*. In: *Stanford Law Review*, volume 39, No. 3, February 1987. 577 p.).



que contribuam com um estudo sobre precedentes no processo administrativo no direito brasileiro. O intuito ainda não é tanto traçar conclusões definitivas sobre um regime jurídico de precedentes – talvez nem seja possível. O que procuramos está, na verdade, em simplesmente revelar os aspectos sob debate no entorno da teorização jurídica dos precedentes que poderiam ser aplicáveis a uma análise do uso das decisões passadas nos processos administrativos no direito brasileiro.

### 3.1 *Considerações preliminares a um estudo comparativo sobre precedentes*

Cabe, inicialmente, esclarecermos que a fixação de premissas sobre precedentes neste estudo envolverá a leitura preponderante da literatura estrangeira sobre o assunto, em especial aquela produzida em língua inglesa. Não é por qualquer demérito dos trabalhos nacionais, mas a ideia de precedente é descrita, entre nós, sempre com uma íntima relação com a tradição jurídica do *common law*. A aplicação de precedentes no direito processual brasileiro é, muitas vezes, descrita como consequência de uma suposta tendência de aproximação do que chamam de *civil law* em relação ao *common law*.<sup>89</sup>

Lamentamos que haja uma maioria de estudos brasileiros que se inclinam a associar precedentes a uma suposta influência da tradição do *common law*. Ainda que vigorem doutrinas de tratamento obrigatório a casos passados no *common law*, o desenvolvimento histórico dessa tradição jurídica antecede em muito a noção de precedentes vinculantes e, portanto, não se pode caracterizar o *common law* apenas pelas doutrinas de obrigatoriedade dos precedentes.<sup>90</sup>

Convém explicarmos. A monarquia inglesa vinha tentando unificar a jurisdição e o direito vigente na Inglaterra desde que seus territórios foram conquistados por uma mesma dinastia normanda em 1066.<sup>91</sup> Esta progressiva centralização veio a formar o *common law*, um direito comum a todo o reino, ligado à monarquia centralizadora em detrimento dos poderes

<sup>89</sup> Para alguns exemplos, em ordem cronológica de publicação, confirmam-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Do Direito Privado na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1989. 55p.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law*. In: Revista de Direito Administrativo, volume 268, janeiro a abril de 2015. 64 p.; LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Precedentes Administrativos e a Vinculação da Atividade Administrativa*. Curitiba: Juruá, 2017. 26 p.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 4 p.;

<sup>90</sup> SIMPSON, A. W. B.. *The Common Law and Legal Theory*. In: \_\_\_\_\_ (ed.) *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series. Oxford, United Kingdom: Clarendon Press, 1973. 77 p..

<sup>91</sup> ADAMS, George Burton. *The Origin of the Common Law*. In: Yale Law Journal, Volume 34, No. 2, December 1924. 115-128 pp.

---

feudais locais.<sup>92</sup>

É verdade que casos passados eram citados em julgamentos desde o século XIII.<sup>93</sup> No entanto, poucos tinham acesso aos registros de julgamentos anteriores e nunca se conferia caráter obrigatório aos precedentes; os juízos davam preponderância ao direito consuetudinário ou ao direito especial cabível ao caso sob julgamento. O fato é que, dada a existência de pouquíssimas leis escritas, precedentes eram admitidos como prova do direito vigente e aplicável ao caso, sobretudo dos costumes locais.<sup>94</sup>

O uso de precedentes como prova do direito aplicável intensificou-se após o fim da guerra civil inglesa (1642-1651). As atividades de ensino jurídico foram interrompidas até a restauração da monarquia inglesa (1660), levando a declínio os conhecimentos acadêmicos até então lecionados sobre o direito romano e o direito canônico.<sup>95</sup> Nesse contexto, os anuários de jurisprudência, colecionados pelas guildas de advogados, tornaram-se importantes fontes históricas de evidências de princípios e entendimentos jurídicos aplicados pelos tribunais em casos prévios.<sup>96</sup>

Foi, por fim, a partir de julgamentos da *House of Lords* no século XIX que gradativamente se afirmou a noção de precedentes como juridicamente vinculantes a casos futuros.<sup>97</sup> O caso *Fletcher v. Soudes* (1827)<sup>98</sup> é tido como pioneiro no tratamento de precedentes como vinculantes, de mesmo modo com o qual o caso *London Tramways v. London County Council* (1898)<sup>99</sup> é emblemático pela afirmação expressa, realizada pela primeira vez em juízo, de que os tribunais são obrigados a seguir seus próprios precedentes.<sup>100</sup>

---

<sup>92</sup> LOSANO, Mario G.. *Os grandes sistemas jurídicos. introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 324 p.

<sup>93</sup> DAWSON, John P.. *The Oracles of the Law*. Ann Arbor, United States: University Of Michigan, 1968. 53 p.

<sup>94</sup> POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederick William. *The History of English Law Before the Time of Edward I*. London, United Kingdom: Cambridge University Press, 1895. 162 p.

<sup>95</sup> DAWSON, John P.. *The Oracles of the Law*. Ann Arbor, United States: University Of Michigan, 1968. 49 p.; BOON, Andrew; WEBB, Julian. *Legal Education and Training in England and Wales: Back to the Future?* In: *Journal of Legal Education*, volume 58, No. 1, 2008. 82-83 pp.

<sup>96</sup> LEWIS, T. Ellis. *The History of Judicial Precedent*. In: *Law Quarterly Review*, volume 47, issue 3, 1931. 421-423 pp.

<sup>97</sup> DAWSON, John P.. *The Oracles of the Law*. Ann Arbor, United States: University Of Michigan, 1968. 80 p.

<sup>98</sup> A íntegra do julgado está disponível nas compilações publicadas pela House of Lords. (REINO UNIDO. The House of Lords. *The English Reports*, Volume X. Edinburgh, United Kingdom: William Green and Sons; London, United Kingdom: Stevens & Sons, 1901. 826-866 pp.).

<sup>99</sup> É possível consultar o registro da decisão em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1898/1.html>. Acesso em 19 de outubro de 2022.

<sup>100</sup> PUGSLEY, David. *London Tramways (1898)*. In: *Journal of Legal History*, volume 17, No. 2, August 1996. 172 p.

Esse percurso histórico, embora sucinto, permite-nos alcançar uma constatação relevante: a noção de *common law* antecede em séculos a ideia de que precedentes sejam vinculantes. O *common law* não se define, por conseguinte, necessariamente pelo tratamento vinculante dado aos precedentes pela *doctrine of stare decisis*.<sup>101</sup>

Num mesmo sentido, não é procedente acreditar que tradições que nunca dialogaram com o direito inglês deixem de atribuir relevância a decisões passadas nos atos decisórios posteriores.<sup>102</sup> Tomem-se por exemplo as construções jurisprudenciais com que se desenvolveu o direito romano até a época de Constantino I (272-337), bem como a complexa vinculação dos jurisconsultos e dos juízes leigos às opiniões emitidas pelo imperador romano.<sup>103</sup>

Esclareça-se, com essas considerações, que não recorremos à literatura de língua inglesa porque precedentes seriam um tema exclusiva ou necessariamente afeito à tradição do *common law*. Acreditamos ser bastante possível estudar o tema dos precedentes *a partir do direito brasileiro*, sem o tratar como uma tendência ou anomalia necessariamente dada pela influência estrangeira.

O predomínio de trabalhos ingleses e norte-americanos adiante se dá, na verdade, pelo fato de reconhecermos que os acadêmicos sob essas tradições são aqueles que mais se dedicaram ao assunto dos precedentes como fenômeno jurídico. Ao poderem desapegar-se do argumento de que precedentes são inovações incorporadas da prática estrangeira, os estudos a partir do próprio direito inglês ou do próprio direito norte-americano, conforme o caso, permitiram aos autores tratar dos precedentes sob uma abordagem voltada a situá-los numa

<sup>101</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York, United States: Cambridge University Press, 2008. 34 p.

<sup>102</sup> “*The caricature picture of civil law systems free from the shackles of precedent in contrast to the common law enslaved to its own past (or ‘preserving the good old order’) is certainly no longer remotely accurate, if ever it was. There is in fact no sharp dichotomy here, but a continuum. In civil law systems, although courts seldom explicitly acknowledge this, precedents are in practice generally recognized at least as providing strong (but defeasible or outweighable) force, and can also be cited as providing further support afforded by reference to precedent(s).*” Em nossa tradução livre: “*A imagem caricata de que sistemas de civil law estão livres das algemas dos precedentes em contraste a um common law subserviente a seu próprio passado (ou “mantenedor de uma boa velha ordem”) não é mais, nem de perto, verdadeira, isso se algum dia o foi. Não existe, na verdade, uma dicotomia clara aqui, mas uma continuidade. Nos sistemas de civil law, embora os tribunais raramente reconheçam de modo explícito, precedentes são reconhecidos na prática de modo geral, ao menos como forma de apontar relevante (ainda que refutável ou superável) força, bem como podem ser citados para reforçar argumentos por meio da referência a precedente(s).*” (MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.. *Further General Reflections and Conclusions*. In: \_\_\_\_\_. (eds.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Aldershot, United Kingdom: Dartmouth; Brookfield, United States of America: Ashgate, 1997. 532 p.).

<sup>103</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*, 2ª edição. Rio de Janeiro: GZ, 2021. 35-38 pp.

---

teoria geral do direito.<sup>104</sup>

Essa ressalva é relevante para chegarmos ao principal valor que a literatura de língua inglesa pode oferecer para uma investigação sobre precedentes no direito brasileiro. Não poderíamos buscar pressupostos teóricos sobre precedentes no direito brasileiro sem observar aquilo que já foi refletido sobre o tema no plano da teoria geral do direito, ainda que sejam proposições formuladas a partir do direito estrangeiro.

Definir um conceito de precedentes, nesse sentido, não é suficiente para o propósito desta revisão bibliográfica. Embora possamos tratar pacificamente o precedente como decisões do passado que vinculam – ou devem vincular – os atos decisórios do presente a seguirem o mesmo desfecho, importa-nos mais entender o que se discute sobre como se dá essa vinculação e se é um fenômeno que podemos tratar como manifestação dada por força do direito. Eis a direção que pretendemos percorrer.

### 3.2 A formação da “*doctrine of stare decisis*” na Inglaterra

Embora precedentes já fossem citados há séculos nos julgamentos sob o *common law*, a noção de obrigatoriedade de segui-los é, como vimos alhures, bem mais recente. Até reformas da lei processual inglesa da década de 1870, que centralizaram a jurisdição recursal e organizaram os registros escritos das decisões judiciais de instâncias superiores, não havia condições práticas de confiabilidade dos registros de precedentes.<sup>105</sup> Contudo, o caso *Fletcher v. Soudes* (1827)<sup>106</sup> é a primeira notícia que se tem de um julgamento pela *House of Lords* no qual se decidiu sob o estrito motivo de que havia precedente anterior sobre caso semelhante.<sup>107</sup>

A questão debatida em *Fletcher v. Soudes* dizia respeito à validade da outorga a Brice William Fletcher do usufruto de uma determinada reitoria eclesiástica mantida sob o patronato do Lorde Soudes. A outorga havia sido dada sob a expressa condição de que Fletcher se comprometesse a renunciar àquele título quando um dos irmãos mais novos do Lorde Soudes alcançasse as condições clericais exigidas para assumi-lo. Pois quando um dos irmãos do Lorde

---

<sup>104</sup> SIMPSON, A. W. B.. *The Common Law and Legal Theory*. In: \_\_\_\_\_ (ed.) *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series. Oxford, United Kingdom: Clarendon Press, 1973. 77 p.

<sup>105</sup> KEMPIN JR., Frederick G.. *Precedents and Stare Decisis: The Critical Years, 1800 to 1850*. In: *The American Journal of Legal Theory*, volume 3, No. 1, January 1959. 30-33 pp.

<sup>106</sup> Vide nota 98 retro.

<sup>107</sup> PUGSLEY, David. *London Tramways (1898)*. In: *Journal of Legal History*, volume 17, No. 2, August 1996. 172 p.

Sondes passou a atender os requisitos para assumir a reitoria eclesiástica, Fletcher recusou-se a cumprir com o compromisso e o caso foi levado a juízo.

Analisando o caso, os julgadores identificaram uma decisão anterior, *Bishop of London v. Ffytche* (1783), a qual afirmou que são nulos os compromissos em termos genéricos de renúncia a títulos sob condições determinadas. Este precedente, portanto, revelaria que o direito aplicável ao caso tornaria nula a condição da outorga dada a Fletcher.

Contudo, observando casos ainda anteriores a *Bishop of London v. Ffytche*, os julgadores notaram que, ao longo de duzentos anos, a *House of Lords* proferiu diversas outras decisões envolvendo compromissos análogos àquele em lide, sem que fosse suscitada qualquer invalidade dessa obrigação. A recorrência com que obrigações semelhantes eram tratadas em juízo sem qualquer questionamento de validade sugeriria o compromisso entre o Lorde Sondes e Fletcher seria válido segundo os costumes do *common law*.

A despeito das evidências de que obrigações semelhantes fossem tacitamente tratadas como válidas de acordo com os costumes do *common law*, o julgamento de *Fletcher v. Sondes* resultou na declaração de invalidade do compromisso de renúncia. O entendimento da maioria dos julgadores foi no sentido de que a *House of Lords* estava obrigada a seguir o mesmo entendimento proferido no caso passado pela própria corte em circunstâncias equivalentes, ainda que os próprios julgadores discordassem do conteúdo desse precedente.<sup>108</sup> A novidade do caso *Fletcher v. Sondes*, portanto, está na superposição da decisão precedente aos costumes do *common law*, tratando-o como a fonte de direito aplicável ao caso.<sup>109</sup>

<sup>108</sup> Veja-se a reflexão de Lorde Eldon durante o julgamento: “*The doctrine established in that case was, I must admit, certainly never thought right by some great judges. Your Lordships, however, are bound by that decision, unless there be some special circumstances to take this case out of the principle of that case; (...)*” (em nossa tradução livre: “*A doutrina firmada naquele caso, devo admitir, certamente jamais foi considerada correta por alguns grandes juízes. A Corte, contudo, está vinculada àquela decisão, a não ser que existam circunstâncias especiais para distinguir este caso dos princípios daquele; (...)*”).

<sup>109</sup> Merece nota a declaração de Mr. Justice Gaselee no julgamento: “*(...) since the case of Ffytche and the Bishop of London, which was decided in this House in the year 1783, I am precluded from contending that a general resignation bond can, under any circumstances, be supported.*” (em nossa tradução livre: “*(...) desde o caso Ffytche and Bishop of London, o qual foi decidido nesta Câmara no ano de 1783, estou impedido de argumentar no sentido de que um compromisso genérico de renúncia possa, em qualquer circunstância, ser avalizado.*”).

O comentário proferido por Lorde Eldon é também interessante para observar a preponderância dada ao precedente: “*Before the decision in the Bishop of London v. Ffytche, this bond might have been held to be legal. But I have no difficulty in saying, that after this House has declared and decided, as it did in the case of Bishop of London v. Ffytche, as to general bonds, I conceive myself bound to apply the principles of that decision to this case, because it appears to me perfectly impossible to say it is any thing but a general bond.*” (em nossa tradução livre: “*Antes da decisão do caso Bishop of London v. Ffytche, este compromisso poderia ter sido considerado lícito. Porém, eu não tenho qualquer dificuldade em dizer que, após esta Câmara ter declarado e decidido, como*

A regra de vinculação aos seus próprios precedentes foi, a partir de então, incorporada na jurisdição da *House of Lords* ao longo das décadas seguintes.<sup>110</sup> Contudo, embora *Fletcher v. Soudes* tenha sido o primeiro caso de vinculação a decidir de acordo com um precedente, foi o caso *London Tramways v. London County Council*<sup>111</sup> que consagrou a *doctrine of stare decisis*.

Os registros de *London Tramways v. London County Council* são suscintos e não permitem compreender a fundo as circunstâncias fáticas envolvidas caso concreto. Relata-se, contudo, que a lide envolvia determinada situação em meio à qual a autoridade pública do *London County* sancionou a *London Tramways* por adotar práticas contábeis em desconformidade com o que a *House of Lords* já havia decidido sobre uma questão análoga no caso *Edinburgh St. Tramways Co. v. Lord Provost of Edinburgh* (1894).<sup>112</sup>

Especula-se, a respeito dos registros escritos do caso *London Tramways v. London County Council*, que houve esforços em ofuscar o julgado por parte de Sir POLLOCK, editor responsável pelos cadernos de divulgação de jurisprudência da *House of Lords*. Ele não escondia suas discordâncias com a *doctrine of stare decisis* que ali se afirmava.<sup>113</sup> Existem, aliás, dúvidas sobre a precisão com que os registros reproduzem o voto proferido oralmente por Lorde Halsbury, denunciadas pela usos de linguagem em desconformidade com a norma culta da língua inglesa, algo incomum para lordes em ocasiões formais.<sup>114</sup>

A despeito das imprecisões dos registros, o voto condutor de Lorde Halsbury, seguido pelos demais julgadores, é categórico em afirmar a regra de que a *House of Lords* deve seguir seus precedentes em novos julgamentos. Declarou-se expressamente que a *House of Lords* não tinha competência para decidir questões de direito sobre as quais já havia emitido julgado.<sup>115</sup>

---

*o fez no caso Bishop of London v. Ffytche em relação a compromissos genéricos, eu me vejo obrigado a aplicar os princípios daquela decisão ao presente caso, porque me parece perfeitamente impossível afirmar de que se trate de qualquer coisa senão um compromisso genérico.”*

<sup>110</sup> PUGSLEY, David. *London Tramways (1898)*. In: *Journal of Legal History*, volume 17, No. 2, August 1996. 172-173 pp.

<sup>111</sup> Vide nota 99 retro.

<sup>112</sup> LANGBEIN, John H.. *Modern Jurisprudence in the House of Lords: the Passing of London Tramways*. In: *Cornell Law Review*, volume 53, No. 5, 1967-1968. 808 p.

<sup>113</sup> LAW QUARTERLY REVIEW. *Notes*. In: *Law Quarterly Review*, volume 14, issue 4, 1898. 331-332 pp.

<sup>114</sup> PUGSLEY, David. *London Tramways (1898)*. In: *Journal of Legal History*, volume 17, No. 2, August 1996. 176-177 pp.

<sup>115</sup> Confira-se: “*My Lords, for my own part I am prepared to say that I adhere in terms to what has been said by Lord Campbell and assented to by Lord Wensleydale, Lord Cranworth, Lord Chelmsford and others, that a decision of this House once given upon a point of law is conclusive upon this House afterwards, and that it is*

A *doctrine of stare decisis* foi, desde *London Tramways v. London County Council*, canonicamente aplicada. Somente em 1966, a doutrina veio a ser flexibilizada por ato da *House of Lords*, embora ainda em vigor, para que precedentes sejam “geralmente” vinculantes.<sup>116</sup>

A relativização da *doctrine of stare decisis* foi promovida em face de dificuldades às quais a rigidez da doutrina impunha. Eram recorrentes os casos em que membros da *House of Lords* manifestavam sua discordância com o conteúdo dos precedentes e, no entanto, viam-se obrigados a segui-los.<sup>117</sup> Dada a impossibilidade de revogar precedentes, a *House of Lords* ficava incapaz de revisá-los no desenvolvimento da jurisprudência ao longo do tempo, tornando-se dependente da iniciativa do Parlamento britânico de proferir leis que corrigissem ou alterassem erros cristalizados no conteúdo jurídico dos precedentes.<sup>118</sup>

A rigidez da *doctrine of stare decisis* na experiência inglesa até 1966 chama a atenção para um aspecto interessante: o fenômeno da vinculação de precedentes pode ser explicado como decorrência de *atos jurídicos positivados*. Vemos que, por um lado, o tratamento vinculante aos precedentes foi expressamente afirmado pela *House of Lords* no julgamento de *London Tramways v. London County Council* e, de outro, necessitou-se proferir um ato declaratório expresso para permitir a flexibilização da *doctrine of stare decisis* na experiência inglesa. Observa-se, ademais, que os precedentes ingleses se sujeitavam à revogação por atos

---

*impossible to raise that question again as if it was res integra and could be reargued, and so the House be asked to reverse its own decision. That is a principle which has been, I believe, without any real decision to the contrary, established now for some centuries, and I am therefore of opinion that in this case it is not competent for us to rehear and for counsel to reargue a question which has been recently decided.*” (em nossa tradução livre: “Excelências, de meu lado, estou pronto para afirmar minha aderência aos termos do que foi dito por Lord Campbell e assentado por Lord Wensleudale, Lord Cranwarth, Lord Chelmsford e outros, de que uma decisão desta Câmara, uma vez dada sobre uma questão de direito, é conclusiva para esta Câmara a partir de então, e que é impossível voltar a questioná-la como se tratasse de res integra e pudesse ser rediscutida e, assim, a Câmara fosse instada a reverter sua própria decisão. Este é um princípio o qual não teve, acredito, qualquer decisão em contrário, vigente há alguns séculos, e tenho, portanto, a opinião de que, neste caso, não nos compete conhecer novamente, e ao advogado rediscutir, a questão que já foi recentemente decidida.”).

A referência de que a vinculação a precedentes era praticada havia “alguns séculos” foi objeto de comentário crítico na mesma época do julgado, recordando-se que a prática foi inaugurada no caso *Fletcher v. Soudes* em 1827 (LAW QUARTERLY REVIEW. *Notes*. In: Law Quarterly Review, volume 14, issue 4, 1898. 331-332 pp.). Contudo, existem dúvidas se esses teriam sido os exatos termos proferidos por Lord Halsbury e se não erros e imprecisões de transcrição do julgado. (PUGSLEY, David. *London Tramways (1898)*. In: Journal of Legal History, volume 17, No. 2, August 1996. 177 p.)

<sup>116</sup> Conforme o *Practice Statement (Judicial Precedent)*, 26 de julho de 1966. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08/judg/redbook/redbk45.htm>. Acesso em 19 de outubro de 2022.

<sup>117</sup> GOODHART, Arthur L.. *Case Law in England and America*. In: Cornell Law Quarterly, volume 15, No. 2, February 1930. 177-178 pp.

<sup>118</sup> LANGBEIN, John H.. *Modern Jurisprudence in the House of Lords: the Passing of London Tramways*. In: Cornell Law Review, volume 53, No. 5, 1967-1968. 812 p.

---

do Parlamento, por mais inflexíveis que fossem.

Contudo, a flexibilização da *doctrine of stare decisis* a partir de 1966 inaugura problemas para uma perspectiva da vinculação do precedente por força de atos jurídicos positivos. Na prática, admitiu-se que a obrigatoriedade de seguir precedentes comporta exceções discricionárias. Em que circunstâncias, então, poderia um precedente deixar de ser aplicado? Não estaria, portanto, a *doctrine of stare decisis* revogada? Surge, dessarte, a relevância de investigar práticas de vinculação de precedentes motivada por causas para além da positivação no direito.

### 3.3 A prática norte-americana de vinculação a precedentes

A comparação com a experiência norte-americana pode ser útil para compreender o fenômeno da vinculação dos precedentes sem as balizas da sua instituição por atos positivos. Aliás, a relativização da *doctrine of stare decisis* no Reino Unido aproximou a disciplina de precedentes das ilhas britânicas ao que vinha sendo praticado nos Estados Unidos desde meados do século XX. A rigidez da vinculação aos precedentes mantida pela *House of Lords* até 1966 destoava da dinâmica relação de vinculação, afastamento e superação das jurisdições norte-americanas com seus precedentes.<sup>119</sup>

É verdade que, de modo semelhante ao que ocorreu no direito inglês a partir de 1827, já em meados do século XIX os tribunais norte-americanos espontaneamente prestavam deferência a suas decisões passadas. Não se viu nenhuma formulação explícita de uma obrigação de tribunais seguirem seus precedentes, como houve com a *House of Lords* no caso *London Tramways v. London County Council*. Porém juízes viam-se constrangidos, quando não seguissem precedentes, a sempre justificar os motivos do caso presente que permitiam uma decisão distinta.<sup>120</sup>

Herdeira das práticas de *common law* do direito inglês, a cultura jurídica estadunidense admitia, já nas primeiras décadas da incipiente federação, o recurso a decisões passadas em

---

<sup>119</sup> GOODHART, Arthur L.. *Case Law in England and America*. In: Cornell Law Quarterly, volume 15, No. 2, February 1930. 181 p.

<sup>120</sup> GOODHART, Arthur L.. *Case Law in England and America*. In: Cornell Law Quarterly, volume 15, No. 2, February 1930. 179-180 pp.



juízo para demonstrar o direito aplicável ao caso.<sup>121</sup> No entanto, são relevantes as distinções propiciadas pela organização do Estado norte-americano na forma de uma federação de estados, cada um autônomo e dotado de suas próprias jurisdições.

Nesse contexto federativo, o uso de precedentes não se destinava tanto a revelar o direito consuetudinário não positivado, como o que ocorria no Reino Unido. Servia, na verdade, para demonstrar princípios gerais do direito, deduzíveis pela comparação de casos passados de distintas jurisdições estaduais.<sup>122</sup>

Estados interioranos ou na longínqua costa oeste do território americano, constituídos posteriormente em relação às treze colônias originais, não tinham repertório de julgados suficiente para permitir uma prática de vinculação rígida a decisões passadas. A prática de citação de precedentes, nessas jurisdições estaduais, era mais relevante por revelar o direito aplicado nos estados da costa atlântica e na Inglaterra do que devido a uma expectativa de vinculação a decisões passadas.<sup>123</sup>

Há, além disso, mais um aspecto crucial: ao contrário da tradição britânica, os Estados Unidos fundaram-se pela promulgação de uma constituição formal e promulgada por escrito.<sup>124</sup> O advento de textos normativos, seja no plano constitucional ou legal, suscitou nas cortes norte-americanas o debate sobre em que medida as normas positivadas por aquele Estado incipiente poderiam revogar os costumes coloniais e britânicos que vinham sendo revelados por precedentes. Gradativamente, ao longo da primeira metade do século XIX, a aplicação das normas positivadas foi ganhando preponderância sobre os costumes inscritos nos julgados passados.<sup>125</sup>

Na medida em que os termos constitucionais se firmam numa fonte textual, o reconhecimento pelos julgadores do direito aplicável nos tribunais deixa de ser a investigação

<sup>121</sup> KEMPIN JR., Frederick G.. *Precedents and Stare Decisis: The Critical Years, 1800 to 1850*. In: The American Journal of Legal Theory, volume 3, No. 1, January 1959. 33 p.

<sup>122</sup> GOODHART, Arthur L.. *Case Law in England and America*. In: Cornell Law Quarterly, volume 15, No. 2, February 1930. 189-191 pp.

<sup>123</sup> KEMPIN JR., Frederick G.. *Precedents and Stare Decisis: The Critical Years, 1800 to 1850*. In: The American Journal of Legal Theory, volume 3, No. 1, January 1959. 48-50 pp.

<sup>124</sup> MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: Columbia Law Review, volume 88, No. 4, May 1988. 769 p.; LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. 14 p.

<sup>125</sup> Sobre as tensões entre a aplicação de normas positivas e costumes constantes de precedentes, recomenda-se o interessante estudo de HARTOG a respeito da criação de porcos nas ruas da cidade de Nova Iorque no início do século XIX (HARTOG, Hendrick. *Pigs and Positivism*. In: Wisconsin Law Review, volume 1985, No. 4. 899-936 pp.).

---

das tradições, construídas pelo devir histórico sem necessariamente formar-se com coerência. A observância a precedentes torna-se, neste novo cenário, uma avaliação de pertinência dos costumes identificados aos termos textuais da constituição, organizada numa fonte única, conhecida e fechada.<sup>126</sup>

Essa noção de vinculação de precedentes nos Estados Unidos, contudo, destoa da experiência britânica. Ao passo que juízes ingleses avaliavam precedentes para determinar os costumes aplicáveis ao caso, a prática estadunidense evoluiu no sentido de recorrer a precedentes para determinar o sentido pertinente na interpretação dos textos normativos.<sup>127</sup>

O precedente nas cortes norte-americanas, dessarte, constrange julgadores a interpretar dos termos da Constituição os sentidos que já lhe foram previamente atribuídos. Ao invés de instituir e impor uma regra a futuras decisões, o modelo de precedente no Estados Unidos estabelece uma interpretação passada do texto constitucional. Julgadores de casos posteriores se veem vinculados a precedentes na medida em que a leitura dos termos vagos e abertos do texto constitucional não possa desconsiderar as interpretações já proferidas no passado, tampouco afastá-las sem um razoável motivo.<sup>128</sup>

Nesse mesmo sentido, o regime constitucional inaugurado pelos Estados Unidos possui, ademais, uma terceira diferença relevante: o Poder Judiciário ficou encarregado do juízo de constitucionalidade das leis e costumes em abstrato. A constituição estadunidense inaugurou um regime de jurisdição constitucional dotado da capacidade de tornar sem efeitos leis proferidas pelo Congresso, como também costumes. Esta nova função jurisdicional veio a ser reconhecida como *judicial review*.<sup>129</sup>

A proposta de formulação do *judicial review* esteve presente durante as discussões dedicadas à redação da constituição norte-americana,<sup>130</sup> mas o caso *Marbury v. Madison*

---

<sup>126</sup> GOODHART, Arthur L.. *Case Law in England and America*. In: Cornell Law Quarterly, volume 15, No. 2, February 1930. 188 p.; LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. 16-17 pp.

<sup>127</sup> HARVARD LAW REVIEW. *Constitutional Stare Decisis*. In: Harvard Law Review, volume 103, No.6, April 1990. 1355-1356 pp.

<sup>128</sup> HARVARD LAW REVIEW. *Constitutional Stare Decisis*. In: Harvard Law Review, volume 103, No.6, April 1990. 1351-1355 pp.

<sup>129</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. 18 p.

<sup>130</sup> HAMILTON, Alexander. *The Federalist Papers: No. 78*. Disponível em: [https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed78.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp). Acesso em 23 de dezembro de 2022.

(1803)<sup>131</sup> foi decisivo nesse aspecto.<sup>132</sup> Firmaram-se no direito norte-americano, a partir de então, as noções de que, por um lado, as leis, atos e outras formas jurídicas estão sujeitas a um controle de conformidade em abstrato com o texto constitucional, sob pena de invalidade. A *Supreme Court* ainda se afirmou, de outro lado, como o órgão responsável pelo juízo final e decisivo a respeito da constitucionalidade das normas do direito norte-americano.<sup>133</sup>

Essa combinação do controle de constitucionalidade em abstrato com sua concentração no órgão de cúpula judiciária desdobrou-se numa consequência interessante para o uso de precedentes na prática norte-americana. Por basear-se na interpretação de uma fonte textual estável, os precedentes da *Supreme Court* tornaram-se provas com a autoridade de expor os sentidos já dados à Constituição pelo próprio tribunal.<sup>134</sup> Ao mesmo tempo, pelo fato de a *Supreme Court* ter conquistado para si a palavra final sobre a interpretação da Constituição, cujos termos sobrepõem-se a todas as leis, seus julgados passaram a ter efeito prático de vinculação sobre todas as jurisdições norte-americanas.<sup>135</sup>

Essas características constitucionais próprias dos Estados Unidos, portanto, propiciaram a prática comum em muitas das jurisdições norte-americanas de dar valor vinculante aos precedentes. A posição final e definitiva da jurisdição da *Supreme Court*, somada à estabilidade textual da Constituição, levou diferentes tribunais estaduais recorrerem aos entendimentos passados e a decidir casos em razão de precedentes já proferidos pelo assunto.<sup>136</sup>

Para além das cortes infraconstitucionais, o desenho institucional da jurisdição norte-americana constringe a própria *Supreme Court* a seguir seus precedentes. Ao reiterar seus entendimentos passados em casos posteriores, a corte constitucional acaba por agregar consistência, legitimidade e certeza acerca do próprio poder que exerce sobre o controle da

<sup>131</sup> O teor do julgado de *Marbury v. Madison* foi registrado em: CRANCH, William. *Reports of cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States, in August and December Terms, 1801, and February Term, 1803*, volume I. Washington City, United States: Rapine, Conrad and Co., 1804. 137-180 pp.

<sup>132</sup> GOODHART, Arthur L.. *Case Law in England and America*. In: Cornell Law Quarterly, volume 15, No. 2, February 1930. 179-181 pp.

<sup>133</sup> LAWSON, Gary. *Panel II: Stare Decisis and Constitutional Meaning. The Constitutional Case Against Precedent*. In: Harvard Journal of Law & Public Policy, volume 17, 1994. 25-28 pp.

<sup>134</sup> MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: Columbia Law Review, volume 88, No. 4, May 1988. 770-771 pp.

<sup>135</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. 127-129 pp.

<sup>136</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. 40-41 pp.

---

legislação.<sup>137</sup>

No entanto, em comparação com a experiência inglesa, note-se que a prática norte-americana de *stare decisis* comporta relativizações à rigidez da vinculação de precedentes, sobretudo na própria jurisdição da *Supreme Court*. As mesmas características constitucionais do Poder Judiciário norte-americano que subsidiaram a prática de seguir de precedentes trouxeram-lhe consigo limites à própria vinculação das decisões passadas.

Cite-se, em primeiro lugar, a noção de supremacia do texto constitucional. Tendo em vista que os precedentes da *Supreme Court* teriam sua vinculação por decorrência da superioridade da Constituição sobre as demais normas, a corte viu-se obrigada a contrariar precedentes quando a aplicação dessas decisões passadas em novos casos se revelaram contrárias à própria Constituição.<sup>138</sup> A *Supreme Court*, nesses casos, lança argumentos para superar seus próprios precedentes a partir da releitura do texto constitucional, estabelecendo uma nova interpretação vigente – a técnica argumentativa que veio a ser conhecida como *overruling*.<sup>139</sup>

Os aspectos constitucionais específicos dos Estados Unidos também propiciavam a adoção de outra técnica de relativização da *doctrine of stare decisis*: o frequente afastamento de precedentes por distinção das circunstâncias decisórias do caso passado com o presente. Os tribunais ingleses, de fato, refutavam a aplicação precedentes quando identificavam distinções relevantes aos novos casos por decidir, porém a prática era particularmente frequente na experiência norte-americana.<sup>140</sup> Trata-se da prática a que se veio denominar como *distinguishing*.

A adoção do *overruling* e a maior intensidade da prática do *distinguishing* na cultura jurídica norte-americana demonstra, portanto, um arcabouço de práticas voltadas a afastar a incidência de precedentes, desenvolvido a partir das particularidades constitucionais dos Estados Unidos. O contraste com a rigidez que se adotava na Inglaterra até 1966 permite, aliás,

---

<sup>137</sup> MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: Columbia Law Review, volume 88, No. 4, May 1988. 748-755 pp.

<sup>138</sup> LAWSON, Gary. *Panel II: Stare Decisis and Constitutional Meaning. The Constitutional Case Against Precedent*. In: Harvard Journal of Law & Public Policy, volume 17, 1994. 29-30 pp.; GOODHART, Arthur L.. *Case Law in England and America*. In: Cornell Law Quarterly, volume 15, No. 2, February 1930. 188 p.

<sup>139</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York, United States: Cambridge University Press, 2008. 116-123 pp.

<sup>140</sup> GOODHART, Arthur L.. *Case Law in England and America*. In: Cornell Law Quarterly, volume 15, No. 2, February 1930. 180 p.

questionamentos se de fato existiria uma tendência de falecimento da *doctrine of stare decisis* nos Estados Unidos.<sup>141</sup>

De todo modo, é interessante perceber que nunca houve nos Estados Unidos uma norma positiva e expressa impondo a *doctrine of stare decisis*<sup>142</sup>, ao contrário do que ocorria na Inglaterra durante o período entre o julgamento do caso *London Tramways v. London County Council* e o ato de revogação de 1966. Houve, na realidade, uma prática enraizada na cultura jurídica, manifestada espontaneamente a partir das circunstâncias histórico-institucionais daquela federação formada a partir de uma constituição escrita.

Observar a experiência norte-americana nos revela, portanto, que o fenômeno da vinculação de precedentes pode ser explicado como *um dogma de uma cultura jurídica*, construído a partir de circunstâncias institucionais do Estado e que não depende de previsão em norma positiva para ser praticado. A *doctrine of stare decisis* nos Estados Unidos não pode ser revogada ou alterada por um único ato, como poderia ter sido por um ato da *House of Lords* ou do Parlamento na Inglaterra. Extinguir ou mesmo apenas alterar a prática de vinculação jurídica de precedentes dependeria de uma transformação tão profunda quanto o enraizamento que esse dogma alcançou na cultura norte-americana.<sup>143</sup>

### 3.4 Modelos teóricos para o caráter vinculante e a aplicação de precedentes no direito

Esse percurso comparativo sobre a formação da *doctrine of stare decisis* na Inglaterra e nos Estados Unidos sugere a possibilidade de propormos dois modelos teóricos para conceber e justificar o caráter vinculante do precedente. Cada uma dessas abordagens merece ser tomada como uma hipótese relevante para um estudo sobre precedentes no âmbito do direito brasileiro a ser desenvolvido nos capítulos seguintes. Convém, pois, observá-las.

#### 3.4.1 O modelo de obrigatoriedade do precedente por força do direito positivo

Podemos formular, em primeiro lugar, uma *perspectiva teórica da vinculação do*

<sup>141</sup> GOODHART, Arthur L.. *Case Law in England and America*. In: Cornell Law Quarterly, volume 15, No. 2, February 1930. 180-186 pp.

<sup>142</sup> HARRISON, John. *The Power of Congress over the Rules of Precedent*. In: Duke Law Journal, volume 50, No. 2, November 2000. 513 p.

<sup>143</sup> LAWSON, Gary. *Panel II: Stare Decisis and Constitutional Meaning. The Constitutional Case Against Precedent*. In: Harvard Journal of Law & Public Policy, volume 17, 1994. 33 p..

---

*precedente a partir do direito positivo*. Com base na experiência inglesa, é possível atribuir a vinculação jurídica do precedente como resultado de um ato positivo anterior – a decisão de *London Tramways v. London County Council*. Esse ato seria uma fonte de direito da qual se extrairia uma norma jurídica que obrigaria julgadores a seguir suas decisões pretéritas em novos casos.

Num plano abstrato, é interessante notar que essa abordagem teórica opera segundo as mecânicas do direito positivo. Um ato jurídico equivalente, outrossim, poderia posteriormente revogar ou alterar a norma proferida pelo ato anterior, como o que ocorreu por força do ato da *House of Lords* em 1966.<sup>144</sup>

Essa perspectiva positivista traz, além disso, a possibilidade de imposição de condições e limites, pelo próprio direito positivo, para a validade da própria obrigação de vinculação aos precedentes. Do mesmo modo com o qual uma norma positiva poderia instituir ou revogar a obrigação, a vinculação a precedentes poderia ser condicionada a requisitos de forma ou limitações da matéria sobre a qual se permite proferir precedentes.<sup>145</sup>

Nesse sentido, quando precedentes forem obrigatórios por força de uma norma jurídica positiva, vincularão julgadores segundo a própria estrutura do direito positivo que instituiu essa obrigatoriedade. O direito positivo, assim, pode dispor sobre mais ou menos condicionantes de aplicabilidade, de formalidades, de exceções ou até mesmo de revogação.<sup>146</sup>

Precedentes obrigatórios por positivação, portanto, não só deverão ser instituídos por uma norma de direito positivo, como poderão ter sua aplicação condicionada pelas disposições do direito positivo. A vinculação de precedentes estará sujeita a requisitos de ordem formal postos pela norma positiva, quer sobre as decisões passadas tratadas como precedentes, quer sobre as circunstâncias presentes com que os precedentes são aplicados.

Para além de instituir a obrigatoriedade, é o direito positivo que institui como precedentes *devem vincular* julgadores.<sup>147</sup> É imprescindível, dessarte, compreender o dever de

---

<sup>144</sup> Conforme o método positivo de solução cronológica de antinomias retratado por BOBBIO (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 2ª edição. São Paulo: Edipro, 2014. 93-95 pp.).

<sup>145</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 2ª edição. São Paulo: Edipro, 2014. 62-65 pp..

<sup>146</sup> Para uma descrição teórica sobre o estabelecimento de limites materiais e formais de aplicação da norma jurídica pelo próprio direito positivo, ver: BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 2ª edição. São Paulo: Edipro, 2014. 62-65 pp..

<sup>147</sup> Este seria um aspecto da noção de hierarquia de normas no ordenamento jurídico (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 181 p.). Na explicação de BOBBIO: “Para entender o mecanismo do sistema kelseniano, considero oportuno partir da tese segundo a qual a característica de um

um julgador em seguir precedentes segundo os termos com que essa obrigação foi posta no direito positivo, sem que se tome por absoluta uma obrigação de todo e qualquer julgador seguir a todo e qualquer precedente em toda e qualquer circunstância decisória.

Esse aspecto metodológico é particularmente relevante para as condições de revogação de precedentes obrigatórios por positivação. Assim como o dever em seguir precedentes é instituído de acordo com toda uma ordenação anterior do direito positivo, a revogação desta obrigatoriedade dependerá do próprio método de direito positivo.<sup>148</sup>

Essa necessidade metodológica de revogação segundo o direito positivo, resultado de uma escolha política de distribuição de funções estatais em detrimento do arbítrio, impede que um julgador tenha poder de afastar por si só a obrigação de vinculação a precedentes à qual ele próprio está sujeito.<sup>149</sup> A desvinculação de julgadores somente será possível se o direito positivo assim permitir, necessariamente segundo as condições por ele dadas.

Em termos práticos, significa dizer que, exceto naquilo permitido pelo direito positivo, julgadores jamais poderão superar precedentes obrigatórios por positivação, tal como ocorreu na Inglaterra até 1966. Poderão, talvez, deixar de aplicar precedentes em razão de distinções materiais do julgado passado ao caso presente, mas sempre em observância, novamente, às condições dispostas pelo direito positivo.

Caso julgadores tivessem a prerrogativa de eventualmente deixar de aplicar precedentes, do ponto de vista lógico, nunca teria existido uma obrigação, senão uma permissão para aplicar precedente como fundamento jurídico de suas decisões. Seria um cenário em que o direito positivo autorizaria ou até poderia aconselhar<sup>150</sup> a aplicação de precedentes, mas nunca anular uma decisão porque não seguiu um precedente.

### 3.4.2 O modelo de força gravitacional do precedente pela práxis jurídica

Lembremos, contudo, que não observamos na experiência norte-americana uma norma

---

*ordenamento jurídico é que ele regula a própria produção. O que significa que o direito enquanto direito positivo é um conjunto de normas produzidas por atos de vontade, mas também que outros atos de vontade produzem normas para regular os atos de vontade que produzem normas.*” (BOBBIO, Norberto. *Direito e Poder*. São Paulo: Editora UNESP, 2008. 158-159 pp.).

<sup>148</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 570-572 pp..

<sup>149</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 402-403 pp..

<sup>150</sup> Recomendamos conferir as reflexões de BOBBIO sobre as consequências do conselho no âmbito da metodologia do direito positivo (BOBBIO, Norberto. *Comandos e Conselhos*. In: \_\_\_\_\_. *Estudos por uma Teoria Geral do Direito*. Barueri: Manole, 2015. 43-74 pp.).

---

positiva que tenha instituído a *doctrine of stare decisis*. O tratamento vinculante aos precedentes foi propiciado por um dogma da cultura jurídica formado sob condições institucionais próprias das jurisdições norte-americanas. Podemos, portanto, referir-nos também a uma *teoria da vinculação do precedente a partir da práxis jurídica*.

É complexa a tarefa de explicar as condições de vinculação de precedentes pela práxis jurídica. Dependerão das circunstâncias institucionais que conduziram à

formação dessa prática, conforme variarem em cada cultura jurídica. Quanto mais fatores institucionais influírem e entrelaçarem-se na cultura jurídica do julgador, mais será difícil nominar as condições de vinculação e aplicação dos precedentes.<sup>151</sup>

Consequentemente, não é possível prescrever em abstrato, sob este modelo teórico, como precedentes devem vincular e ser aplicados por julgadores, tal qual seria por força do direito positivo. É preciso apurar os critérios de vinculação conforme eles são efetivamente praticados naquela cultura jurídica, isto é, a vinculação de precedentes obrigatórios pela práxis jurídica é uma constatação de fato.

O que importa mencionar sobre essa abordagem teórica para com a *doctrine of stare decisis* é que, ao contrário do que ocorreria numa visão positivista, julgadores espontaneamente se vinculam aos precedentes. Não há um ato jurídico a colocar a obrigação de que precedentes devem ser seguidos, senão práticas socialmente reiteradas, dogmas da cultura jurídica ou axiomas morais de justiça que conduzem o julgador a decidir de acordo com casos passados.

A experiência norte-americana pode, pois, servir de ilustração para a vinculação de precedentes tomados obrigatórios pela prática jurídica. Tendo constatado que precedentes eram tomados por obrigatórios, observando o comportamento de julgadores nos tribunais dos Estados Unidos, estudiosos puderam lançar diversas hipóteses sobre os critérios que influenciam no caráter vinculante de um precedente. A hierarquia na organização judiciária, a composição de colegiados, o quão antigo ou quão reiterado um precedente é, a forma e a publicidade com que precedentes são formulados; diversos fatores institucionais podem ser identificados para

---

<sup>151</sup> Sobre a diversidade de fatores institucionais que podem influir na vinculação de precedentes, confira-se: TARUFFO, Michele. *Institutional Factors Influencing Precedents*. In: MACCORMICK, D. Neil (ed.); SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Aldershot, United Kingdom: Dartmouth; Brookfield, United States of America: Ashgate, 1997. 437-460 pp.



justificar o caráter vinculante de um precedente.<sup>152</sup>

Essa diversidade de fatores e a complexidade da análise exigida para identificá-los resulta que, no contexto da prática jurídica vigente, quanto mais presentes e destacados forem os fatores institucionais observados num precedente, maior será sua força gravitacional para vincular os julgadores. Portanto, o grau de vinculação de um precedente está correlacionado à percepção de relevância institucional daquela decisão passada na prática em que o julgador está imerso.<sup>153</sup>

É curioso observar nessa lógica gravitacional do precedente que uma maior força vinculante não necessariamente traduz na sua conseqüente aplicação. A prática pode constranger julgadores a considerar precedentes em suas decisões, mas não necessariamente forçar a segui-los.<sup>154</sup>

A prática norte-americana demonstra como ocorre essa dissociação entre a vinculação e a aplicação de um precedente. As técnicas utilizadas para afastar a aplicação de um precedente, seja por distinção ou por superação, ilustram bem o constrangimento que juízes estadunidenses têm em considerar precedentes nas suas decisões, porém sem necessariamente segui-los. Poderiam simplesmente ignorar os julgados passados e decidir por outras razões de direito aplicáveis, como a lei ou os costumes.

O sentido de tratar um precedente como vinculante sob esta perspectiva gravitacional, portanto, não está necessariamente na obrigação de segui-los, senão no constrangimento do julgador presente em considerá-los nas suas razões de decidir. Precedentes acabam por operar como vetores decisórios, os quais direcionam para decisões já previamente formuladas e justificadas. Servem, portanto, como *modelos argumentativos* para novas decisões.<sup>155</sup>

Ressalte-se que o caráter argumentativo dos precedentes não os caracteriza, sob essa perspectiva gravitacional, como regras a serem cumpridas. As razões decisórias apontadas por

---

<sup>152</sup> Para conferir um estudo de revisão dos fatores institucionais que influem na vinculação de precedentes a partir da comparação de ordenamentos, veja-se o trabalho de TARUFFO (TARUFFO, Michele. *Institutional Factors Influencing Precedents*. In: MACCORMICK, D. Neil (ed.); SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Aldershot, United Kingdom: Dartmouth; Brookfield, United States of America: Ashgate, 1997. 437-460 pp.).

<sup>153</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York, United States: Cambridge University Press, 2008. 62-66 pp..

<sup>154</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York, United States: Cambridge University Press, 2008. 109 p.; SCHAUER, Frederick. *Precedent*. In: Stanford Law Review, volume 39, No. 3, February 1987. 591-595 pp..

<sup>155</sup> ALLEN, Carleton Kemp. *Precedent and Logic*. In Law Quarterly Review, volume 41, No. 3. 1925. 340 p.

---

um precedente não necessariamente coincidem ou correspondem às justificativas das decisões tomadas pelo julgador presente.<sup>156</sup>

Nesse cenário de divergência, o que dá força vinculante ao precedente é a necessidade imposta ao julgador presente de refutar a pertinência das razões do precedente ao caso presente. Assim, quando o julgador tiver motivos para negar a aplicabilidade das razões do precedente ao caso presente, terá de argumentar os aspectos de distinção do precedente para afastá-lo; quando se deparar com motivos pela improcedência das razões do precedente, ainda que aplicáveis ao caso presente, o julgador terá de argumentar pela superação do precedente.<sup>157</sup>

Em consequência desse caráter argumentativo, não cabe tratar precedentes sob o critério de validade quando tomados por uma prática jurídica, tal qual seria se fossem operados pelo método de direito positivo. Como argumentos, precedentes sob essa perspectiva são avaliados por sua pertinência lógica.<sup>158</sup>

### 3.5 *Um primeiro plano de hipóteses sobre o objeto investigado: o modelo teórico do precedente*

O percurso sobre as experiências inglesa e norte-americana permite-nos, tendo em vista todo o exposto, encontrar boas métricas de compreensão de dois modelos distintos para compreender e qualificar precedentes como objeto de estudo jurídico. Há, por um lado, o modelo inglês relacionado a uma perspectiva positivista, a qual implica uma obrigação de juízes em seguir as decisões passadas; de outro, as circunstâncias institucionais do direito norte-americano produzem um fenômeno de precedentes vinculantes no âmbito da práxis jurídica, resultando num constrangimento de julgadores que os vincula a tomar em consideração os argumentos desenvolvidos em decisões passadas.

Cada uma dessas experiências oferece-nos dois possíveis modelos de precedentes com forças vinculantes, ambos capazes de qualificar-se como hipóteses para uma análise detida no direito brasileiro. Mesmo que, talvez, não se encontre em processos administrativos um fenômeno de vinculação de precedentes à guisa do modelo positivista inglês, poderá ser válida

---

<sup>156</sup> SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. New York, United States: Claredon Press, Oxford University Press, 1991. 181-182 pp.

<sup>157</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York, United States: Cambridge University Press, 2008. 111-113 pp.

<sup>158</sup> SCHAUER, Frederick. *Precedent*. In: *Stanford Law Review*, volume 39, No. 3, February 1987. 591-592 pp..

---

a hipótese de que precedentes vinculem como o fazem no direito norte-americano; e vice-versa. A investigação do presente estudo, portanto, deverá verificar no direito positivo brasileiro cada um desses possíveis modelos.



## CAPÍTULO IV

---

### A PROCESSUALIDADE NA ATIVIDADE ESTATAL E A PECULIARIDADE ADMINISTRATIVA

Existe um aspecto de fundo quando observamos o precedente como objeto de estudo do direito: precedentes parecem, num primeiro momento, ser proferidos e vincular autoridades no exercício de funções judicantes. Quer na experiência da *House of Lords* na Inglaterra, quer entre os tribunais das jurisdições norte-americanas, precedentes são reconhecidos em decisões judiciais passadas, as quais vinculam juízes, novamente, em julgamentos do presente.

Esta coincidência entre a função judicante e a noção de precedentes vinculantes sugeriria que precedentes sejam afeitos exclusivamente à atuação judicial do Estado. Conseqüentemente, seria descabido tratar de precedentes em sede das funções da Administração Pública.

É uma impressão precipitada, no entanto. Se observamos atentamente, precedentes parecem formar-se e manifestar-se no exercício decisório em geral,<sup>159</sup> sem que atributos do Poder Judiciário tenham de estar presentes. De fato, para retomar o exemplo do filho caçula que invoca o precedente do irmão mais velho, nem se cogita qualquer correlação com a atividade jurisdicional para se reconhecer que pais se vêm constrangidos a considerar o precedente em sua resposta.<sup>160</sup>

Assumindo este enfoque sobre a atividade decisória e desapegando-se da correlação com o Poder Judiciário, a ideia de precedentes encontra, sim, pertinência à atuação da Administração Pública. Assim como fazem juízes, o gestor público profere decisões concretas.

---

<sup>159</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York, United States: Cambridge University Press, 2008. 109 p..

<sup>160</sup> Ver Capítulo IV retro.

---

Veja-se o caso da Comissão de Valores Mobiliários, para retomar o recorte deste estudo.<sup>161</sup>

A dinâmica de criação e aplicação do direito positivo é uma boa explicação para esta convergência das funções jurisdicionais e administrativas do Estado em torno da decisão. Ambas se dedicam a aplicar normas abstratas previamente estabelecidas, compelidas por uma relação de legalidade, ainda que seja proferindo novas normas em caráter abstrato.<sup>162</sup> Seja condenar alguém a uma pena, seja emitir uma licença de funcionamento, vemos exemplos de atos decisórios proferidos a partir da aplicação de normas anteriores.<sup>163</sup>

Observe-se que o ato decisório, em cada uma das situações, revela-se como um desdobramento lógico da norma. Decisões jurídicas são resultado de um complexo raciocínio, o qual parte da identificação da norma aplicável e compreensão de seu sentido, perpassa pela apuração dos fatos relevantes por meio da produção da prova jurídica, para enfim desdobrar-se num ato decisório.<sup>164</sup>

É por isso que, sob a perspectiva da dinâmica de reprodução do direito positivo, as funções administrativas e jurisdicionais do Estado pouco se distinguem entre si. Na verdade, convergem na predominância do papel executivo das normas estatais, isto é, compartilham o aspecto funcional de dar realização subjetiva ao poder. Tanto o Poder Judiciário quanto a Administração Pública são incumbidos da aplicação das normas jurídicas abstratas à luz das contingências concretas da vida em sociedade.<sup>165</sup>

Vê-se, afinal, que as funções administrativa e jurisdicional, juntas, contrapõem-se à função normativa do Estado. Sem poderes para ditar concretamente toda e qualquer situação da vida social, o legislador (ou quem for encarregado de proferir normas jurídicas) dedica-se a formular normas em abstrato, relegando à Administração Pública e ao Poder Judiciário a função de aplicá-las nas circunstâncias concretas. Estas funções executivas, de seu turno, vestem-se de validade jurídica se (e somente se) exerceram suas decisões concretas com base nas normas

---

<sup>161</sup> Ver os argumentos e demonstrações trazidas no Capítulo I retro.

<sup>162</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 216-221 pp..

<sup>163</sup> Essa é uma constatação de KELSEN, para quem a tripartição de poderes estatais deveria, na verdade, ser abordada como uma dicotomia entre funções normativas, geralmente atribuídas ao Poder Legislativo, e funções executivas das normas, cumpridas conjuntamente pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 396-397 pp.). Em sentido semelhante: BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1952. 119-121 pp.

<sup>164</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. 290-297 pp..

<sup>165</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 390 p..

abstratas proferidas pela função legislativa.<sup>166</sup>

Com esta dicotomia, percebe-se que ambas as funções administrativa e jurisdicional estão sujeitas a uma relação de legalidade com as normas proferidas pela função normativa.<sup>167</sup> Por um lado, nenhuma das decisões administrativas ou judiciais será válida se deixar de compatibilizar-se com as normas abstratas em vigor.<sup>168</sup> Por outro, a efetiva realização das normas abstratas depende da apuração das contingências situacionais concretas pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário.<sup>169</sup>

É importante destacar esse aspecto de contingência da relação de legalidade entre criação do direito e sua aplicação. Em seus atos decisórios, a Administração Pública e o Poder Judiciário devem apurar as circunstâncias concretas de aplicação da norma, caso a caso. Por isso, a aplicação do direito em um ato decisório é precedida, necessariamente, por um *processo de concretização do poder pelo ato decisório*,<sup>170</sup> em que seja reconhecida a norma válida e aplicável à luz das circunstâncias concretas que sejam identificadas e justificadas como relevantes.<sup>171</sup>

A esse propósito, a necessidade de cumprimento de um processo prévio à aplicação do direito é expressamente reconhecida e determinada na Constituição. Nos termos de seu artigo 5º, inciso LIV, é preceito fundamental à privação da liberdade ou de bens pelo Estado a realização do prévio e devido processo.<sup>172</sup>

Eis, pois, a relação entre decisão e processo na metodologia do direito positivo.

<sup>166</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 386-387 pp..

<sup>167</sup> EISENMANN, Charles. *O direito administrativo e o princípio da legalidade*. In: Revista de Direito Administrativo, volume 56, 1959. 48-50 pp..

<sup>168</sup> Particularmente sobre o aspecto da função administrativa, confira-se: EISENMANN, Charles. *O direito administrativo e o princípio da legalidade*. In: Revista de Direito Administrativo, volume 56, 1959. 66-69 pp.. Já sobre uma perspectiva específica da função jurisdicional, no mesmo sentido, veja-se: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La democracia y el lugar de la ley*. In: \_\_\_\_\_; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*. Madrid, España: Civitas, 1997. 49-52 pp..

<sup>169</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. In: Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1952. 128-130 pp.; CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli, Italia: Morano, 1958. 19-20 pp.; SANDULLI, Aldo M.. *Il procedimento amministrativo*. Milano, Italia: Giuffrè, 1964. 1-2 pp.

<sup>170</sup> BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. In: Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1952. 128 p.

<sup>171</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Decisão Jurídica em Tempos Pós-Positivistas*. In: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, volume 4, número 12, julho a setembro de 2010. 254-256 pp.

<sup>172</sup> Na literalidade do dispositivo do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição, lê-se: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (...)”.

Podemos conceber e denominar como processo, ainda que em sentido alargado,<sup>173</sup> este necessário encontro entre a norma abstrata e as circunstâncias concretas de sua aplicação.<sup>174</sup> Veremos manifestações de processualidade, portanto, sempre que houver um ato de decisão jurídica, quer entre funções administrativas, quer entre função jurisdicionais.<sup>175</sup>

A dinâmica de criação e aplicação do direito positivo, desse modo, revela um atributo comum de processo decisório à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Por essa razão, fala-se na noção de processualidade ampla como gênero em que se inserem as espécies de processo administrativo e processo judicial.<sup>176</sup>

Esse breve desvio pela mecânica de criação e aplicação do direito, ao revelar a processualidade na atividade decisória do Estado, permite cogitar uma possível correlação entre a noção de precedente e o processo administrativo. Se, de um lado, a Administração Pública tem por função predominante aplicar normas jurídicas por meio de um processo decisório e, de outro lado, precedentes manifestam-se a partir e sobre decisões, é pertinente cogitar que decisões administrativas podem caracterizar-se como precedentes, ainda que hipoteticamente.

Seguindo-se por esse raciocínio, é interessante perceber, observando a noção de processualidade sob a dinâmica de aplicação do direito positivo, que a vinculação do precedente

---

<sup>173</sup> Na língua italiana, como também na espanhola, diferencia-se o *procedimento* do *processo*. Ambos se referem à expressão concreta de funções executivas do poder estatal, sendo o procedimento caracterizado pelos atributos da função administrativa e o processo, à função jurisdicional (BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. In: Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1952. 130-136 pp.; SANDULLI, Aldo M.. *Il procedimento amministrativo*. Milano, Italia: Giuffrè, 1964. 6 p.). O direito positivo brasileiro, contudo, refere-se a ambos os fenômenos como pertencentes a um gênero *processo*, distinguindo-os apenas pela adjetivação *judicial* (ou *jurisdicional*) e *administrativa* (MEDAUAR. Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 3ª ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 46-49 pp.; MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*, 5ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2017. 67-68 pp.; FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, 4ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2020. FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, 4ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2020. 54-56 pp.; SUNDFELD, Carlos Ari. *As leis de processo administrativo e o desenvolvimento institucional*. In: \_\_\_\_\_ . *Direito Administrativo para Céticos*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 298-300 pp.).

<sup>174</sup> A proposição de CARNELUTTI nesse sentido merece transcrição: “(...) *il processo è il metodo*, mediante il quale si ottiene la pronuncia ufficiale di comandi giuridici (concreti), sia che preesistano sia che non preesistano leggi (giuridiche), delle quali i comandi concreti costituiscano applicazione. *Col metodo legislativo si ottiene una lex generalis; col metodo giurisdizionale o processuale si ottiene una lex specialis (dove lex è usata col significato specifico di comando).*” (grifos no original) (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli, Italia: Morano, 1958. 19 p.) Em tradução livre: “(...) o processo é o método, mediante o qual se obtém o pronunciamento oficial dos comandos jurídicos (concretos), preexistam ou não leis (jurídicas), das quais os comandos concretos constituem sua aplicação. Com o método legislativo se obtém uma *lex generalis*; com o método jurisdicional ou processual se obtém uma *lex specialis* (onde *lex* é usada com o significado específico de comando).” Em sentido semelhante, veja-se: SANDULLI, Aldo M.. *Il procedimento amministrativo*. Milano, Italia: Giuffrè, 1964. 4-6 pp.

<sup>176</sup> MEDAUAR. Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 3ª ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 20-28 pp..



---

operaria como uma regra sobre como o processo decisório deve ser cumprido. Independentemente do conteúdo da norma sob aplicação pela Administração Pública (ou pelo Poder Judiciário), a vinculação do precedente se manifestaria no plano processual, sobre como a autoridade estatal deve cumprir o processo decisório.

É verdade que nem toda decisão jurídica, ainda que sujeita a uma formação processual, exige uma formulação sofisticada das razões decisórias. Há despachos judiciais ou atos administrativos simples que dispensam a argumentação de sua motivação decisória. Pense-se, como ilustração, na decisão que confere benefício de gratuidade de justiça em processo judicial ou na interdição de um edifício em ruína: as circunstâncias fáticas demonstradas no processo bastam por si só para justificar a decisão jurídica sob a legalidade.

De todo modo, podemos assumir a ideia de vinculação obrigatória como uma *norma processual*. Trata-se de uma norma cujo conteúdo dispõe sobre os comandos daquilo que é devido, proibido ou permitido nos processos decisórios envolvendo a aplicação de outras normas jurídicas.<sup>177</sup>

Explique-se com um exemplo. Imaginemos um cenário hipotético em que a Comissão de Valores Mobiliários tenha de decidir sobre um pedido de dispensa de determinado requisito para o registro de uma oferta pública de ações. Entre os argumentos trazidos pelo requerente, há um precedente sobre um caso passado semelhante. Nesta situação, a relevância do precedente interfere no processo decisório, sem que tenha qualquer importância o conteúdo material sob decisão da Comissão de Valores Mobiliários. É, pois, uma norma que dita comportamentos devidos na realização da relação processual entre uma norma material abstrata e sua aplicação.

A caracterização da vinculação de precedentes como norma processual é importante para tomarmos a viabilidade lógica de ambos os modelos teóricos do precedente anteriormente levantados no Capítulo III. Se a processualidade decorre da realização do método de aplicação do direito positivo, não há dificuldade em conceber a compatibilidade lógica entre a ideia de processualidade e a aplicação de um precedente vinculante segundo o modelo teórico por força do próprio direito positivo. O modelo de precedente vinculante pela práxis jurídica, por outro lado, poderia suscitar dúvidas.

É, todavia, apenas aparente essa incompatibilidade entre a processualidade e

---

<sup>177</sup> FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, Quinta Edizione. Padova, Italia: CEDAM, 1989. 94 p..

---

precedentes como modelos argumentativos. É relevante ter em mente que a vinculação do precedente seria uma norma processual, distinta da norma material sujeita ao processo de aplicação que resulta na decisão jurídica. Haveria, assim, o processo de aplicação da norma material independentemente da aplicação da norma processual.<sup>178</sup>

Com essa distinção, é possível cogitar a seguinte hipótese: de um lado, haveria uma norma material, cuja aplicação é dada sob o método positivo e, por consequência disso, pressupõe um processo decisório; de outro lado, uma norma incidente sobre o processo de aplicação da norma material (positiva), a qual é reconhecida pelas práticas sociais ou pela natureza das instituições de funcionamento do próprio direito positivo. Seria, pois, um cenário de pluralismo jurídico, em que o direito positivo coexistiria e interagiria com outras manifestações sociais ou naturais do direito.<sup>179</sup>

Portanto, se assumirmos como verdadeira a viabilidade teórica de uma perspectiva pluralista do direito, poderíamos ter uma norma processual determinada pela práxis jurídica incidindo sobre o processo decisório de aplicação de uma outra norma segundo a dinâmica do direito positivo. Isto é possível, do ponto de vista lógico, porque a processualidade é observada a partir da mecânica de aplicação das normas materiais; é em relação às normas materiais que o método de direito positivo é imprescindível para haver processualidade.

Com essa justificativa, enfim, podemos concluir que ambos os modelos teóricos do precedente têm compatibilidade lógica com a processualidade. Em decorrência disso, é possível aventar vinculação do precedente no processo administrativo (como em toda a atuação processualizada do Estado), seguindo-se as duas abordagens apuradas sobre o precedente. A investigação deste estudo poderá, portanto, buscar e observar a vinculação do precedente no processo administrativo de acordo com os dois modelos teóricos indicados no Capítulo III, quer por força do direito positivo, quer pela práxis jurídica.

#### 4.1 A hipótese de vinculação de precedentes como norma própria da processualidade

---

<sup>178</sup> FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, Quinta Edizione. Padova, Italia: CEDAM, 1989. 94 p..

<sup>179</sup> Para um aprofundamento nas proposições de uma perspectiva pluralista do direito, leia-se: TAMANAHA, Brian Z.. *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*. In: *Sydney Law Review*, volume 30 No. 3, 2008 375-411 pp.; e COSTA, Piero. *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*. In: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volume 50, 2021. 29-118 pp.

---

*ampla*

Quando tomamos por verdadeira a noção ampla de processo, para além do processo judicial, podemos vislumbrar a existência de normas processuais comuns a toda a atividade processualizada do Estado. Lembremos que tanto a Administração Pública quanto o Poder Judiciário estão subjulgados, em última instância, às normas de uma mesma constituição.<sup>180</sup>

Por esse motivo, é largamente reconhecida a aplicação de normas processuais constitucionais tanto no processo administrativo quanto no processo judicial. A própria exigência constitucional de devido processo, tanto à função administrativa como à judicial, já assinala a Constituição como sede das normas aplicáveis a uma processualidade ampliada.<sup>181</sup>

Em desdobramento desta ideia, não se encontrarão opositores à proposição de que processos administrativos devem assegurar ampla defesa e contraditório, como também a razoável duração do processo.<sup>182</sup> Todas essas garantias processuais são constitucionalmente previstas sem distinção entre as funções administrativas e jurisdicionais.<sup>183</sup>

Estaria, pois, a noção de vinculação do precedente inserida entre essas normas devidas no exercício da processualidade ampliada? Esta é uma *primeira hipótese* que deveremos investigar no âmbito do direito positivo brasileiro.

Para verificar esta hipótese, buscaremos avaliar o arcabouço jurídico aplicável à processualidade no direito brasileiro. Tomaremos a Constituição como ponto de partida, norma hierarquicamente superior a toda a legislação aplicável tanto à Administração Pública como ao

---

<sup>180</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009. 12 p.

<sup>181</sup> Conforme disposto no artigo 5º, inciso LIV, reproduzido na nota 172 retro.

<sup>182</sup> MEDAUAR, Odete. *O princípio da razoável duração do processo administrativo*. In: \_\_\_\_\_ (org.); SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 99-107 pp.; SOUZA, Rodrigo Pagani. *As várias faces do princípio do contraditório no processo administrativo*. In: MEDAUAR, Odete (org.); SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 109-173 pp.; MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*, 5ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2017. 351-439 pp.; FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, 4ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2020. 99-102, 136-156 pp.; MARRARA, Thiago. *Princípios do processo administrativo*. In: Revista Digital de Direito Administrativo, volume 7, número 1, 2020. 93-100 pp..

<sup>183</sup> De acordo com as disposições do artigo 5º, inciso LV (“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...)”) e inciso LXXVIII (“Art. 5º. (...) LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação. (...)”).

---

Poder Judiciário. O Capítulo VI adiante será especificamente dedicado a este recorte.

Esta hipótese merecerá, ademais, uma investigação no Código de Processo Civil.<sup>184</sup> Por força de seu artigo 15,<sup>185</sup> adiante-se, normas de caráter geral da codificação processual civil têm aplicação subsidiária e suplementar ao regime jurídico aplicável aos processos administrativos. É possível, em razão disso, que normas próprias à processualidade ampla tenham sido positivadas entre as disposições gerais do Código de Processo Civil e, conseqüentemente, pertinentes à presente investigação sobre processos administrativos.

Assim, devemos empreender uma análise detida às disposições da codificação processual civil que influem à disciplina jurídica da processualidade ampla. Dedicaremos, pois, o Capítulo VII adiante para seguir este flanco de investigação,

#### 4.2 *A hipótese de vinculação de precedentes como norma peculiar ao processo administrativo*

Se, no entanto, não pudermos encontrar na disciplina jurídica da processualidade ampla uma norma de vinculação de precedentes, convirá verificarmos o regime da processualidade especificamente administrativa. Direcionamos a investigação, portanto, de uma abordagem geral da processualidade para um regime específico do processo administrativo.

Embora as funções administrativas e jurisdicionais do Estado compartilhem entre si o aspecto processual em sentido amplo, também é verdade que o processo administrativo tem atributos peculiares que o distinguem do processo jurisdicional. Em meio ao gênero processual, podemos encontrar especificidades que qualificam o aspecto administrativo e, assim, inauguram uma disciplina processual específica da Administração Pública.

As peculiaridades da função administrativa podem, pois, vir a influir, se não forem sua causa, no eventual caráter vinculante dos precedentes nos processos administrativo. Necessitamos, por decorrência disso, examinar a disciplina específica da atuação processual da Administração Pública. Eis, assim, uma *segunda hipótese* para a investigação no direito positivo brasileiro.

---

<sup>184</sup> A Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, conforme alterada.

<sup>185</sup> Artigo 15 do Código de Processo Civil: “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

Mas o que caracterizaria o processo administrativo? A busca por essa definição é o primeiro passo necessário para delinear um regime peculiar aos processos administrativos e, assim, investigar a existência de uma norma de vinculação de precedentes.

A processualidade, como vimos, é manifestação própria às funções estatais de aplicação das normas jurídicas; diz respeito ao complexo de normas processuais que regulam a aplicação do direito pelo Estado. Dentre essas funções executivas, destacam-se a Administração Pública e o Poder Judiciário.

É natural que o critério subjetivo seja o primeiro a ser levado em conta.<sup>186</sup> Processos administrativos seriam aqueles conduzidos pela Administração Pública, simplesmente assim. Estaríamos cogitando, por esse raciocínio, que a diferenciação do processo administrativo em relação ao jurisdicional é dada pela autoridade que empreende o processo.

No entanto, não é difícil refutar esse critério. Imagine-se um órgão do Poder Judiciário – um tribunal de justiça estadual, por exemplo –, que conduz processos licitatórios, concursos públicos, sindicâncias ou autorizações de uso de seus bens públicos. Seriam essas funções todas atreladas à atividade jurisdicional? O que se vê, evidentemente, são atribuições administrativas de contratações, de pessoal ou de patrimônio público; não há como caracterizar essas funções do Poder Judiciário como processos jurisdicionais.

A jurisdição é identificada por uma finalidade singular: consiste no poder estatal de substituir as partes na resolução de suas disputas, impondo-lhes uma decisão para a solução definitiva das lides e, desse modo, promover a pacificação social.<sup>187</sup> Essa finalidade desdobra-se em atributos que identificam a jurisdição e seus processos: a inércia do poder estatal, a atuação restrita em lides previamente existentes, a necessária independência e equidistância do julgador e a definitividade de suas decisões.<sup>188</sup> Nenhuma dessas características, como se vê, pode ser observada nas funções administrativas do tribunal que tomamos por exemplo acima.

Qual é, portanto, a finalidade que caracteriza a função administrativa? A título

---

<sup>186</sup> A ideia de separação de poderes, consagrada por MONTESQUIEU, classicamente empregava a distinção de das funções legislativas, jurisdicionais e executivas em três órgãos estatais (MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril, 1973. 156-162 pp.), sugerindo a ideia comum de que os poderes estatais (isto é, suas funções) devem ser segregados em diferentes órgãos (MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, 3ª edição. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. 136-137 pp.).

<sup>187</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 29ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2013. 156 p.

<sup>188</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 29ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2013. 158-164 pp.

---

preliminar, podemos definir a função administrativa como o dever de atendimento, pelo Estado, dos interesses sociais publicamente relevantes.<sup>189</sup> Esta conceituação, contudo, merece melhor caracterização para a compreensão de um regime jurídico do processo administrativo.

#### 4.2.1 A caracterização da função administrativa

É comum ver o conteúdo da função administrativa retratado como todo o espectro de poderes do estado que não se enquadram nem na legislação, nem na jurisdição.<sup>190</sup> Desse modo, a Administração Pública seria definida negativamente, ou seja, pelo que ela não é. Porém, esta é uma explicação insuficiente, do ponto de vista científico, para reconhecer o processo administrativo,<sup>191</sup> como o propósito que pretendemos nesta investigação.

De fato, os movimentos principiantes do constitucionalismo trataram da Administração Pública em caráter residual, sem lhe atribuírem uma função própria e característica.<sup>192</sup> Movido pelo projeto de imposição do soberano à lei proferida pelo povo e à justiça independente,<sup>193</sup> o constitucionalismo liberal inicialmente caracterizou a Administração Pública como todo o poder estatal excluído das funções legislativas e jurisdicionais.<sup>194</sup> Por esse motivo, salvo pelas limitações da legalidade, fala-se que a Administração Pública seguiu práticas autoritárias nas margens deixadas pela legislação.<sup>195</sup>

No entanto, a progressiva evolução do constitucionalismo desde o século XIX gradativamente incorporou no regime constitucional atribuições próprias à Administração Pública. As tensões sociais desde os primeiros movimentos revolucionários conduziram à constitucionalização de direitos fundamentais para além da liberdade e da propriedade, incorporando direitos sociais dos mais diversos.<sup>196</sup> Com esse fenômeno, as atribuições da

---

<sup>189</sup> SORACE, Domenico; TORRICELLI, Simone. *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, decima edizione. Bologna, Italia: Mulino, 2018. 27-28 pp.

<sup>190</sup> MERKL, Adolf. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Santiago, Chile: Olejnik, 2018. 19 p.; MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 3ª ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 60 p.

<sup>191</sup> MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 3ª ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 60 p.

<sup>192</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 53-54 pp.

<sup>193</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. 217 p.

<sup>194</sup> MERKL, Adolf. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Santiago, Chile: Olejnik, 2018. 21-23 pp.

<sup>195</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. 11 p.. Registrem-se, contudo, críticas a esta visão: MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, 3ª edição. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. 10-11 pp.

<sup>196</sup> HERRERA, Carlos Miguel. *Estado, Constituição e Direitos Sociais*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 102, janeiro a dezembro de 2007. 374-385 pp.

Administração Pública tornaram-se mais evidentes no direito positivo, por um lado, e diversificaram-se, por outro.<sup>197</sup>

É nesse contexto que a Constituição brasileira foi promulgada.<sup>198</sup> Vemos em suas disposições um extenso rol de atribuições ao Poder Público que não se enquadram nem na função legislativa, nem da função jurisdicional.

Com base na leitura da Constituição, podemos organizar as funções da Administração Pública, ainda que de modo simplificado, em dois perfis de atribuições: em primeiro lugar, vemos funções de ordenação de vida social,<sup>199</sup> como a disposição prevista no artigo 182,<sup>200</sup> e, em segundo lugar, há atribuições de cunho prestacional à população, como se vê nas iniciativas da seguridade social descritas no artigo 194,<sup>201</sup> por exemplo.

As funções administrativas ordenadoras seriam aquelas destinadas à intervenção, contenção e direcionamento dos interesses sociais para uma convivência ordenada e harmoniosa.<sup>202</sup> Manifestam-se nos poderes de fiscalização, de regulamentação, de sanção e de restrição de atividades.<sup>203</sup>

Aliás, a atuação da Comissão de Valores Mobiliários, como se viu no Capítulo I, é predominantemente dedicada à ordenação de interesses no mercado de capitais. As funções incumbidas à autarquia compreendem a autorização prévia para que sejam realizadas ofertas públicas de valores mobiliários e o exercício de certas atividades, a supervisão e fiscalização de informações divulgadas, bem como a edição de normas de regulamentação do mercado de capitais.

<sup>197</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, 3ª edição. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. 145-146 pp.

<sup>198</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021. 127-129 pp.

<sup>199</sup> SORACE e TORRICELLI utilizam a expressão “regulação” para descrever essas atribuições (SORACE, Domenico; TORRICELLI, Simone. *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, decima edizione. Bologna, Italia: Mulino, 2018. 63 p.). Preferimos, no entanto, utilizar o termo adotado por SUNDFELD (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.), o qual previne interpretações que restrinjam a função administrativa ordenadora à regulação estatal da economia.

<sup>200</sup> Artigo 182 da Constituição: “Art.182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”

<sup>201</sup> Artigo 194 da Constituição: “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

<sup>202</sup> SORACE, Domenico; TORRICELLI, Simone. *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, decima edizione. Bologna, Italia: Mulino, 2018. 63-65 pp.

<sup>203</sup> Para um aprofundamento nos poderes de ordenação do Estado, confira-se: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

---

As funções administrativas prestacionais, a seu turno, compreendem notoriamente a assistência social e os serviços públicos.<sup>204</sup> Consistem em atividades, as quais podem ser traduzidas em conteúdo financeiro e econômico, voltadas à satisfação de direitos fundamentais.<sup>205</sup>

Embora essas atribuições guardem fortes discrepâncias entre si, podemos notar que todas são funções destinadas ao atendimento de interesses sociais difusos na sociedade, os quais a lei (ou Constituição) elege como publicamente relevantes. O objeto da função administrativa, desse modo, são interesses coletivos esparsos na vida social, para os quais não necessariamente se pode identificar titulares.<sup>206</sup>

A função administrativa, portanto, é reconhecida por sua finalidade. Podemos, assim, defini-la como o *exercício de poderes estatais, praticados mediante a aplicação de normas jurídicas e sujeitos ao controle jurisdicional, destinados à finalidade de intermediação e atendimento de interesses sociais publicamente relevantes, que interagem politicamente entre si.*

Essa definição, que formulamos com base nas atribuições constitucionalmente previstas para a Administração Pública, compreende determinadas características que merecem ser destacadas. Dessa descrição, desdobram-se aspectos relevantes da disciplina jurídica do processo administrativo.

Frise-se, em primeiro lugar, que a função administrativa destina-se à aplicação de normas jurídicas previamente postas – notoriamente a Constituição e a lei parlamentar. Significa, por consequência, que consiste num exercício de poder sujeito e condicionado a uma relação de *legalidade* com uma norma jurídica anterior. Mais do que mera conformidade, a legalidade impõe deveres à função administrativa, que devem ser proativamente perseguidos conquanto se guarde a compatibilidade com os termos legais.<sup>207</sup>

A função administrativa, ademais, não exclui o direito de ação contra a Administração

---

<sup>204</sup> SORACE, Domenico; TORRICELLI, Simone. *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, decima edizione. Bologna, Italia: Mulino, 2018. 105-126 pp.

<sup>205</sup> Nesse sentido, veja-se a caracterização proposta por SCHIRATO a respeito de uma revisão da noção de serviço público (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*, 2ª ed.. Belo Horizonte: Fórum 2022. 229-238 pp.).

<sup>206</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. 159-162 pp.

<sup>207</sup> EISENMANN, Charles. *O direito administrativo e o princípio da legalidade*. In: Revista de Direito Administrativo, volume 56, 1959. 47-70 pp.



Pública e, dessarte, suas decisões não são definitivas por si só. Na verdade, sujeitam-se a um *controle jurisdicional*.<sup>208</sup> Aliás, o texto constitucional estabelece remédios específicos para ações administrativas que violem a legalidade.<sup>209</sup>

Merece, ainda, ser destacado que a função administrativa envolve amplos e diversos *interesses coletivos de relevância pública*. Esses interesses não podem ser identificados, na maioria das vezes, pela titularidade de um sujeito (ou grupo de sujeitos), difundindo-se por toda a sociedade.<sup>210</sup> Como também não necessariamente conflitam entre si, mas podem alinhar-se, reforçar-se, limitar-se parcialmente e harmonizar-se.<sup>211</sup>

Por fim, observe-se que a função administrativa coleciona múltiplas finalidades, diversas e complexas, ora de cunho ordenador, ora de cunho prestacional. Isto impõe a atipicidade do conteúdo da ação estatal, que se sujeita às transformações sociais e às contingências da realidade, exigindo flexibilidade e capacidade adaptativa da Administração Pública para readequar-se às demandas sociais.<sup>212</sup>

#### 4.2.2 A disciplina jurídica do processo administrativo

O processo administrativo é, em suma, o pressuposto do exercício do poder estatal para a realização da função administrativa. Compreende o complexo das normas processuais que regulam a aplicação do direito pela Administração Pública e sua disciplina jurídica, consequentemente, guardará correlação com as características jurídicas dessa finalidade estatal.

Nessa esteira, na mesma medida em que tem por objeto interesses coletivos difusos, o dever de contraditório no processo administrativo deve assegurar a mais ampla *participação*

<sup>208</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, número 06, 2001. 15-16 pp.

<sup>209</sup> Veja-se, nesse sentido, o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; (...)”

<sup>210</sup> GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *A participação no processo administrativo*. In: MEDAUAR, Odete (org.); SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 90-95 pp.

<sup>211</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.); JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. pp. 404-409

<sup>212</sup> CASSESE, Sabino. *New paths for administrative law: a manifesto*. In: International Journal of Constitutional Law, volume 10, issue 3, July 2012. 603-613 pp.

---

*social*. Todos aqueles que tiverem interesses interferidos pela decisão estatal terão a prerrogativa de fiscalizar e contribuir com razões jurídicas e de fato para a finalidade administrativa.<sup>213</sup>

A noção de interesse, desse modo, tem particular relevância no processo administrativo. Em contraste com o processo jurisdicional, que se manifesta pela lide concreta e se identifica pelas partes com interesses contrapostos, o processo administrativo visa a coletar interesses diversificados para subsidiar e dar legitimidade à ação estatal. O processo administrativo, em razão disso, torna-se um mecanismo jurídico de participação democrática na aplicação do direito pelo Poder Público.<sup>214</sup>

É relevante ter mente, contudo, que o processo administrativo tem por destacada finalidade o cumprimento dos deveres legais da Administração Pública por meio da aplicação do direito. A participação social não só requer legitimidade de interesses como uma contribuição para o atingimento das finalidades juridicamente relevantes para a ação estatal. Não se admite, portanto, a participação de interesses que orientem a Administração Pública a violar seus próprios deveres jurídicos.<sup>215</sup>

Em razão disso, é interessante perceber que a própria Administração Pública é uma parte legitimamente interessada no processo administrativo. Interessa ao Poder Público agir para aplicação do direito no âmbito de seus deveres impostos pela legalidade.<sup>216</sup>

Por essa razão, a Administração Pública deve *agir de ofício* na busca da *verdade material* que influi sobre sua decisão.<sup>217</sup> Não depende, pois, da iniciativa dos demais interessados, ainda que tenha de dar-lhes participação e considerar suas contribuições.

Chama a atenção, nesse sentido, que a Administração Pública assume um *dúplice papel* no processo administrativo: é incumbida da decisão jurídica ao mesmo tempo em que é

---

<sup>213</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia*. In: MEDAUAR, Odete (org.); \_\_\_\_\_ (org.). *Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 39-40 pp.

<sup>214</sup> ALLEGRETTI, Umberto. *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*. In: Il Foro Italiano, volume 107, No. 7/8, luglio ad agosto di 1984. 215 p.

<sup>215</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 159-166 pp.

<sup>216</sup> SUNDFELD fala em “vontade funcional” da Administração Pública para retratar seu interesse em fazer cumprir as determinações da legalidade (SUNDFELD, Carlos Ari. *A importância do procedimento administrativo*. In: Revista de Direito Público, número 64, outubro a dezembro de 1987. 65 p.). Em sentido semelhante: MARTINS, Ricardo Marcondes. *O conceito científico de processo administrativo*. In: Revista de Direito Administrativo, volume 235, janeiro a março de 2004. 339-340 pp.

<sup>217</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os Princípios do Processo Administrativo*. In: Boletim de Direito Administrativo, volume 25, número 4 abril de 2009. 440-441 pp.

diretamente interessada no seu resultado. Não há, como ocorre necessariamente na função jurisdicional, um juiz independente e desinteressado no desfecho da lide.<sup>218</sup>

Por outro lado, na mesma medida em que a Administração Pública acumula o poder decisório com o interesse pela decisão, requer-se a imposição de salvaguardas para controlar e, se for caso, revisar as decisões administrativas. Devido a isso, é retirada da Administração Pública a definitividade jurídica de suas decisões, reservando a coisa julgada à função jurisdicional.<sup>219</sup>

A sujeição da autoridade administrativa ao processo administrativo desdobra-se num aspecto relevante: a *transparência* dos motivos da decisão pública. Ao organizar a decisão da Administração Pública em um processo, confere-se transparência e possibilidade de controle para além do resultado da ação administrativa.<sup>220</sup> Revelam-se, assim, as premissas adotadas na decisão, as finalidades e interesses envolvidos, bem como as margens de discricionariedade exploradas pelo Poder Público. O processo administrativo, dessarte, favorece o controle jurídico das decisões políticas da Administração Pública.<sup>221</sup>

Por fim, é preciso ter em mente que o processo administrativo tem por objeto uma miríade de finalidades da função administrativa. Resultados diversos de ordenação social e prestação estatal a interesses coletivos serão perseguidos pelo processo administrativo e seu procedimento variará de acordo com seu escopo.<sup>222</sup> Assim, a título de exemplo, para a aplicação de sanção, emulará as salvaguardas próprias do processo penal, com especial enfoque no contraditório e ampla defesa daquele diretamente interessado; já para a produção de normas regulamentadoras, a participação social merece ampla abertura para que todos e quaisquer interessados possam oferecer contribuições às minutas de normativos.<sup>223</sup>

<sup>218</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *As partes do processo administrativo: os papéis da Administração Pública na Lei Federal de Processos Administrativos*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, número 46, outubro a dezembro de 2011. 123-124 pp.

<sup>219</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *A importância do procedimento administrativo*. In: Revista de Direito Público, número 64, outubro a dezembro de 1987. 71 p.

<sup>220</sup> HEINEN, Juliano. *Processo administrativo e transparência*. In: BITENCOURT NETO, Eurico (coord.); MARRARA, Thiago (coord.). *Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 133-134 pp.

<sup>221</sup> ALBERTO, Marco Antônio Moraes. *A lei brasileira do processo administrativo como estrutura jurídica do poder político: parâmetros e possibilidades*. In: BITENCOURT NETO, Eurico (coord.); MARRARA, Thiago (coord.). *Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 291-301 pp.

<sup>222</sup> SANDULLI, Aldo M.. *Il procedimento amministrativo*. Milano, Italia: Giuffrè, 1964. 41-43 pp.

<sup>223</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Legitimidade processual e tipos de processo administrativo*. In: Interesse Público, ano 12, número 62, julho a agosto de 2010. 98-101; 105-109 pp.

---

O regime jurídico do processo administrativo, como se vê, é desdobramento da sua finalidade intrínseca de realização da função administrativa. Assim, são aqueles atributos próprios da caracterização das finalidades jurídicas da Administração Pública que condicionarão e disciplinarão a processualidade especificamente administrativa.

Podemos, assim, sintetizar o regime jurídico do processo administrativo como *o complexo de normas processuais destinadas a regular a aplicação do direito pela Administração Pública, assegurando, por um lado, ampla participação dos legítimos interessados e, de outro, poderes para a Administração Pública perseguir de ofício a verdade material necessária para a justa e adequada realização de seus deveres jurídicos, segundo estabelece a legalidade e controla a jurisdição.*

Com essa caracterização em mente, tendo discernido as particularidades do processo administrativo como espécie, poderemos prosseguir na investigação originalmente lançada.

## CAPÍTULO V

---

### O PERCURSO INVESTIVATIVO

Retomemos a questão endereçada de início: se verificamos inconsistências na aplicação pela Comissão de Valores Mobiliários de suas próprias decisões passadas como fundamento jurídico em novos processos administrativos, estaria ou não a Comissão de Valores Mobiliários vinculada juridicamente a suas decisões? Eis, enfim, o ponto de partida da presente investigação.

Dê-se a devida ênfase no desafio proposto: *investigação*. O tema dos precedentes instiga debates de teorizações complexas, desde sua caracterização como juridicamente vinculante ou não, passando por sua relação com outras modalidades normativas, alcançando até mesmo desafios de sua aplicação. A resposta seria complexa até mesmo entre estudiosos do direito norte-americano e do direito inglês, tradições em que o tratamento juridicamente vinculante encontra formulações teóricas mais difundidas.

Não deveria espantar, pois, a afirmação que não existe norma categórica no direito brasileiro que enderece o tratamento juridicamente vinculante de decisões passadas da Administração Pública, que dirá especificamente sobre o caso da Comissão de Valores Mobiliários. Em verdade, nem mesmo as tradições afeitas ao *common law* dispõem atualmente de comando positivo e categórico no sentido de que precedentes são fonte de direito diretamente vinculante.<sup>224</sup>

Essa ressalva merece ser apontada, de todo modo, para destacar a complexidade do

---

<sup>224</sup> HARRISON, John. *The Power of Congress over the Rules of Precedent*. In: Duke Law Journal, volume 50, No. 2, November 2000. 513 p.; BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. In: MACCORMICK, D. Neil (ed.); SUMMERS, Roberto S. (ed.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Aldershot, United Kingdom: Dartmouth; Brookfield, United States of America: Ashgate, 1997. 327 p.

problema enfrentado. Não é possível uma solução construída a partir um singelo e precipitado exercício de subsunção do fato (a Comissão de Valores Mobiliários é inconsistente da deferência a suas decisões passadas) à norma (se a Comissão de Valores Mobiliários está ou não obrigada a seguir seus precedentes). Na ausência de norma categórica sobre a questão, portanto, é mister conduzir uma *investigação sobre o direito aplicável* antes de formular um tratamento sobre como a Comissão de Valores Mobiliários deve agir em face de suas decisões passadas.

Abstraindo-se do caso específico da Comissão de Valores Mobiliários, há também trabalhos acadêmicos que já se lançaram sobre o tema dos precedentes no âmbito do direito administrativo brasileiro. Estes autores, cada um por suas próprias referências, tendem a convergir a um mesmo posicionamento com base em alguns argumentos principais. Concluem, adiante-se, que o precedente no processo administrativo é, sim, juridicamente vinculante às novas decisões da Administração Pública.<sup>225</sup>

Mesmo que não tratem especificamente do caso da Comissão de Valores Mobiliários, esses trabalhos já existentes podem oferecer um bom ponto de partida para a investigação. O objetivo desta Terceira Parte a seguir será, pois, aprofundar nos argumentos já sustentados sobre o tema.

Não significa, porém, que se possa aderir automaticamente aos posicionamentos desses trabalhos já existentes. O valor desses argumentos já colecionados está em oferecer *hipóteses previamente organizadas* para nossa investigação, mas que não dispensam uma revisão e uma convalidação quanto ao método investigativo antes de serem tomadas como

---

<sup>225</sup> CARVALHO, Gustavo Marinho. *Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015.; HACHEM, Daniel Wunder. *Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, número 59, janeiro a março de 2015. 63-91 pp.; LOPES FILHO, Juraci Mourão; BEDÊ, Fayga Silveira. *A força vinculante dos precedentes administrativos e o seu contributo hermenêutico para o Direito*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, número 66, outubro a dezembro de 2016. 239-265 pp.; MOREIRA, Egon Bockmann. *O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no direito administrativo*. In: Revista de Direito Administrativo, volume 273, setembro a dezembro de 2016. 313-334 pp.; LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Precedentes Administrativos e a Vinculação da Atividade Administrativa*. Curitiba: Juruá, 2017.; MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. *Art. 30 da LINDB – O dever público de incrementar a segurança jurídica*. In: Revista de Direito Administrativo, edição especial, novembro de 2018. 243-274 pp.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.; HEINEN, Juliano. *Precedente administrativo ou jurisprudência administrativa: a força normativa do art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, volume 66, número 1, janeiro a abril de 2021. 149-167 pp.; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *O precedente administrativo como fator de autolimitação da discricionariedade negocial do poder público*. In: Civil Procedure Review, volume 13, número 2, maio a agosto de 2022. 135-155 pp.

verdadeiras.

As reflexões desta investigação, portanto, deverão apresentar e esmiuçar os posicionamentos e argumentos já construídos por trabalhos dogmáticos a respeito do tema de precedentes nos processos administrativos sob o direito brasileiro. Cada uma dessas proposições será devidamente confrontada com o método exigido para a investigação em curso – ou seja, identificar o direito aplicável ao caso específico da Comissão de Valores Mobiliários. Será possível convalidar, desse modo, argumentos já construídos na bibliografia acadêmica e tomá-los como pontos de partida seguros para a investigação aqui proposta.

Convém, seguindo esse propósito, traçar considerações quanto ao método que se propõe à investigação do direito aplicável à Comissão de Valores Mobiliários em relação a suas próprias decisões passadas. Investigar o direito aplicável é, aliás, o primeiro propósito de uma abordagem científica sobre o direito.<sup>226</sup>

É dizer, propomos desenvolver uma avaliação orientada pelo juízo de fato sobre a existência de um comando jurídico válido que determinaria o tratamento vinculante de precedentes em relação à Comissão de Valores Mobiliários, independentemente de qualquer valoração que se possa lançar se essa norma seria desejável ou não.<sup>227</sup> Em termos de lógica formal, estamos a investigar se é possível tratar como verdadeira ou falsa a afirmação de que existe uma prescrição jurídica válida<sup>228</sup> de vinculação da Comissão de Valores Mobiliários em relação a suas decisões passadas.

Distinguimos, desse modo, de uma avaliação crítica que se poderia empreender sobre a adequação de uma norma, presumindo-se válida, a valores ou fins considerados por quem investiga. Seria, se assim fosse, uma proposição sobre como seria desejável que a norma fosse, segundo vantagens e prejuízos que se possa elucubrar a respeito de sua aplicação em relação a uma finalidade pretendida de antemão<sup>229</sup>. Não consta entre os objetivos primários deste estudo, contudo, avaliar vantagens ou prejuízos de uma norma que prescreva que a Comissão de

<sup>226</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Poder*. São Paulo: Editora UNESP, 2008. 69-72 pp.

<sup>227</sup> A alegoria trazida por BOBBIO ilustra bem o exercício investigativo sobre o direito: “*Vejam os: as normas de um sistema são para o jurista os instrumentos de trabalho que utiliza para cumprir a própria função social, que é a de qualificar comportamentos como obrigatórios, proibidos ou permitidos, e, portanto, atribuir direitos ou deveres. Não diferente de um artesão que também é artista, o jurista não encontra tais instrumentos prontos para usar: para usá-los, precisa procurá-los (por vezes, estão distantes ou escondidos), depois moldá-los segundo a finalidade em pauta, e até mesmo fabricá-los com as próprias mãos.*” In: BOBBIO, Norberto. *Direito e Poder*. São Paulo: Editora UNESP, 2008. 69-70 pp.

<sup>228</sup> TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 35-41 pp.

<sup>229</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. 135-138 pp.

---

Valores Mobiliários deve seguir suas decisões passadas, tampouco interessa criticar ou elogiar uma norma que prescreva o contrário.

O que se pretende chamar a atenção é o fato de que se abster de ponderações valorativas não simplifica um estudo destinado à investigação fática da existência de uma norma. Na verdade, pretensões científicas sobre o direito são sempre desafiadoras, sobretudo pela variedade de métodos com que se pode abordar os fenômenos jurídicos.<sup>230</sup> A viabilidade da investigação, portanto, requer um exercício anterior em busca de uma definição clara e justificada da metodologia a ser adotada.

É possível identificar o problema entorno da metodologia de estudo do direito sob *duas distintas dimensões*. Determinadas circunstâncias específicas do caso da Comissão de Valores Mobiliários, como se demonstrará, permitem contornar ou mitigar esses desafios metodológicos, porém a avaliação crítica dos argumentos desenvolvidos pela bibliografia acadêmica brasileira pode, ainda assim, ter de enfrentá-los. Convém, assim, percorrer brevemente cada uma dessas duas dimensões antes de se prosseguir com a investigação proposta.

### 5.1 *O problema do direito como objeto metodológico e as soluções autointegrativas do ordenamento jurídico*

Numa *primeira dimensão*, em razão da correlação epistemológica entre o método e seu objeto, as discussões de metodologia do direito absorvem as complexidades envolvendo a definição de “o que é direito”, isto é, o objeto sujeito ao método jurídico. Ao contrário das denominadas ciências naturais, o direito não é um objeto que possa ser fisicamente percebido,

---

<sup>230</sup> Conforme afirmado mais de uma vez por CASSESE (CASSESE, Sabino. *La Sonrisa del Gato, o de los Métodos de Estudio del Derecho Público*. In: CASSESE, Sabino. *Derecho Administrativo: Historia y Futuro*. Sevilla, España: Global Law Press / Editorial Derecho Global, Instituto Nacional de Administración Pública, 2014. 388-393 pp.; CASSESE, Sabino. *New paths for administrative law: a manifesto*. In: *International Journal of Constitutional Law*, volume 10, issue 3, July 2012. 612-613 pp.).

A afirmação de CASSESE deve ser tomada com cautela. Defende-se com clareza a relevância para o jurista de pesquisas conduzidas segundo métodos adotados por estudiosos de formação extrajurídica, como historiadores, sociólogos, antropólogos e economistas. Não quer dizer, todavia, que o autor deixe de reconhecer um método jurídico único. Ao contrário, CASSESE reconhece uma metodologia única tradicionalmente aplicada por juristas, ainda que denuncie a sua insuficiência para a completa compreensão dos fenômenos jurídicos no contexto de globalização econômica. (CASSESE, Sabino. *La Sonrisa del Gato, o de los Métodos de Estudio del Derecho Público*. In: \_\_\_\_\_, *Derecho Administrativo: Historia y Futuro*. Sevilla, España: Global Law Press / Editorial Derecho Global, Instituto Nacional de Administración Pública, 2014. 388-393 pp.)



nem observado com distanciamento por quem o estuda.<sup>231</sup>

A característica de abstração do direito abre margem para diversas formulações historicamente construídas sobre sua concepção, agravada pela polissemia que o vocábulo “direito” adquire em relação a distintos, se bem que correlacionados, significados.<sup>232</sup> Dizer sobre o direito, sem determinação do significado a que se remete, pode referir-se desde uma pretensão individual de fazer cumprir uma prerrogativa legítima (o vendedor tem *direito* a receber o preço, por exemplo), passando pela referência a um conjunto organizado de normas (a referência ao *direito* brasileiro como o conjunto das normas proferidas pela República Federativa do Brasil), alcançando até mesmo o significado da disciplina dos saberes dedicados à compreensão das normas jurídicas (como o direito contratual que busca firmar uma compreensão sobre as normas aplicáveis aos contratos). Costuma-se especificar, em face dessa múltipla significação do “direito”, que o método jurídico tem por objeto a norma jurídica em detrimento de outros possíveis sentidos do vocábulo.<sup>233</sup>

A noção de norma jurídica, contudo, não passa incólume de controvérsias. O problema do objeto do método jurídico persiste diante dos inúmeros fenômenos capazes de manifestar um conteúdo normativo na vida em sociedade, nem todos passíveis de se qualificarem como “jurídicos”. Lançam-se, assim, disputas a respeito de quais dessas diferentes formas de manifestação normativa deve ser qualificada e legitimada como expressão do direito – isto é, a determinação das fontes de direito.<sup>234</sup>

Há, pois, quem prescreva que normas jurídicas têm como fonte preponderante os atos emanados pelo Estado.<sup>235</sup> Existem propostas, por outro lado, de que o direito se manifesta nos valores justos de uma ordem natural.<sup>236</sup> Numa terceira visão, pode-se postular que as normas jurídicas são observadas entre as práticas sociais a dinâmica espontânea da vida em

<sup>231</sup> NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 11 p.

<sup>232</sup> NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 11-16 pp.

<sup>233</sup> TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 68-70 pp.

<sup>234</sup> Para dialogar com a proposta de FRANÇA, refere-se a “fontes de direito” como o que o autor preferiu denominar “formas de expressão do direito” em contraposição aos fenômenos que seriam efetivamente geradores do direito, as fontes do direito propriamente ditas (FRANÇA, Rubens Limongi. *Delle forme di espressioni del diritto*. In: *Revista da Faculdade de Direito*, volume 70, Universidade de São Paulo, 1975. 148-149 pp.).

<sup>235</sup> Para uma proposição extrema desta perspectiva positivista estatal, excludente de toda forma de fonte de direito que não seja positivada pelo Estado, ver o discurso de DICEY (DICEY, Albert Venn. *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan and Co., 1885. 35-56 pp.).

<sup>236</sup> Como exemplo de autores contemporâneos que defendem a justiça natural entre os fundamentos teóricos do direito, ver os posicionamentos de GEORGE (GEORGE, Robert P. *Natural Law*. In: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Volume 31, No. 1, 2008. 171-196 pp.).

sociedade.<sup>237</sup> Existem, por fim, perspectivas que apontam a coexistência e a interação entre diferentes matizes jurídicas.<sup>238</sup>

A depender da proposição teórica adotada, cada um desses extremos pode combinar com outro em diferentes arranjos de complementariedade de uma abordagem em relação à outra. No plano teórico, haveria quem se filie a uma única dessas perspectivas, atribuindo-lhe predominância sobre as demais ou até mesmo negando a existência de todas as demais. Por outra visão, também é possível defender a coexistência entre diferentes formas de manifestação do direito, sem que se estabeleça uma relação de preponderância de uma sobre a outra.<sup>239</sup>

Em face dessa multiplicidade de perspectivas sobre as manifestações jurídicas, quer pelas disputas sobre o reconhecimento das fontes do direito, quer pelas disputas sobre a preponderância ou não de qualquer delas, a adoção de um método único de investigação do direito tende a tornar-se insuficiente ou até mesmo inviável.<sup>240</sup> Proposições investigativas sobre o direito, portanto, estão sujeitas a ressalvas quanto à perspectiva sobre o direito com base na qual foram formuladas.

O recorte adotado na presente investigação em torno da Comissão de Valores Mobiliários, felizmente, contribuiu para afastar as controvérsias de identificação das fontes de direito aplicáveis. Por envolver a edição de atos jurídicos formais de caráter decisórios por um ente da Administração Pública – isto é, atos administrativos –, a Comissão de Valores Mobiliários está presumivelmente vinculada a fontes de direito compatíveis com uma perspectiva monista e positivista sobre o direito. É razoável assumir que se aplica tão-somente o direito posto pelo Estado brasileiro, nos termos de sua ordem constitucional vigente, desconsiderando-se práticas sociais ou valores de justiça natural.

Há uma justificativa simples: as demais perspectivas existentes provavelmente não encontrariam aplicação ao caso da Comissão de Valores Mobiliários. Por um lado, já

---

<sup>237</sup> Para citar uma das vertentes teóricas empiristas, que enxergam o direito segundo normas reveladas pela prática socialmente observadas, ver o manifesto de HOLMES em prol do realismo jurídico norte-americano (HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. In: *Harvard Law Review*, Volume 110, No. 5, March 1997. 991-1009 pp.).

<sup>238</sup> TAMANAHA, Brian Z.. *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*. In: *Sydney Law Review*, volume 30 No. 3, 2008 375-411 pp.; e COSTA, Piero. *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*. In: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volume 50, 2021. 29-118 pp.

<sup>239</sup> TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 43-45 pp.

<sup>240</sup> CASSESE, Sabino. *La Sonrisa del Gato, o de los Métodos de Estudio del Derecho Público*. In: CASSESE, Sabino. *Derecho Administrativo: Historia y Futuro*. Sevilla, España: Global Law Press / Editorial Derecho Global, Instituto Nacional de Administración Pública, 2014. 388-393 pp.; CASSESE, Sabino. *New paths for administrative law: a manifesto*. In: *International Journal of Constitutional Law*, volume 10, issue 3, July 2012. 612-613 pp.

demonstramos que não é possível identificar um padrão de prática social entre os casos julgados pela Comissão de Valores Mobiliários – a perspectiva empirista fica, assim, prejudicada. Por outro, a matéria de decisões para as quais a Comissão de Valores Mobiliários tem competência – valores mobiliários – dificilmente encontraria correspondência nos fenômenos e valores da ordem natural, inviabilizando adotar uma perspectiva jusnaturalista.

Não poderia ser diferente. Como já assinalado no Capítulo I, a Comissão de Valores Mobiliários é uma pessoa jurídica constituída por força da Lei 6.385/76, uma fonte de direito posta pelo Estado brasileiro. Não é um ente naturalmente existente, nem surgiu nas práticas espontâneas da vida em sociedade. A Comissão de Valores Mobiliários é eminente e exclusivamente inserida no positivismo jurídico estatal e, em decorrência disso, a investigação proposta poderá (e deverá) abranger estritamente as normas estabelecidas segundo os ditames constitucionais vigentes no Brasil.

Dada a viabilidade de adotar uma abordagem pura de direito posto sob uma ordem constitucional – para aludir à consagrada teoria positivista<sup>241</sup> –, torna-se possível tratar o direito como um sistema ordenado de proposições capazes de integrar-se dinamicamente entre si, refutando comandos contraditórios segundo suas próprias regras de ordenação. Assim, possibilita-se assumir como verdadeiro o *dogma da completude do ordenamento jurídico*.<sup>242</sup>

Este postulado da completude do ordenamento jurídico possibilita a dedução por exercício lógico de uma prescrição normativa decorrente da ordenação de normas positivas como um todo quando não houver norma expressamente posta.<sup>243</sup> Permite-se, portanto, a formulação de *soluções autointegrativas* para a identificação de normas não expressas nas disposições jurídicas disponíveis.<sup>244</sup>

Aliás, as proposições e os argumentos já colecionados por trabalhos acadêmicos sobre precedentes no processo administrativo caracterizam-se, em geral, como propostas

<sup>241</sup> Refere-se, evidentemente, à proposta teórica do direito formulada por KELSEN, em defesa de uma abordagem metodológica própria e autônoma para o saber jurídico, dita “pura” em relação à valoração moral ou às dinâmicas observáveis entre os fatos da sociedade (KELSEN, Hans. *La Teoría Pura del Derecho*, Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina: Losada, 1946. 26-27 pp.).

<sup>242</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 2ª edição. São Paulo: Edipro, 2014. 117-119 pp.

<sup>243</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*, Terza Edizione. Roma, Italia: Foro Italiano, 1951. 78-79 pp.; LOPES, José Reinaldo de Lima. *Heremênutica e completude do ordenamento*. In: Revista de Informação Legislativa, número 104, outubro a dezembro de 1989. 238 p.

<sup>244</sup> Utiliza-se a expressão em alusão ao fenômeno indicado por CARNELUTTI da autointegração do ordenamento jurídico (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*, Terza Edizione. Roma, Italia: Foro Italiano, 1951. 86-90 pp.).

autointegrativas para endereçar se decisões passadas devem ou não vincular novos atos da Administração Pública. Na ausência de norma expressa, autores empregam um exercício interpretativo para alcançar um sentido para o comando investigado a partir da aplicação de dispositivos normativos de sentido mais genérico.

Nessa senda, existem autores que afirmam que precedentes são vinculantes no processo administrativo por força do que interpretam de dispositivos da Lei de Processos Administrativos Federais;<sup>245</sup> outros, vêm esse comando na aplicação de disposições inseridas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.<sup>246-247</sup> Há, acrescente-se, quem argumente que a vinculação jurídica da Administração Pública a suas decisões passadas decorre de uma aplicação subsidiária ou por analogia da disciplina dos precedentes disposta no Código de Processo Civil.<sup>248</sup> Por fim, argumenta-se também que precedentes são vinculantes no processo administrativo por decorrência da aplicação de princípios jurídicos firmados em sede constitucional.<sup>249</sup>

Cada uma dessas propostas, assim, deverá ser tomada pormenorizadamente adiante,

---

<sup>245</sup> CARVALHO, Gustavo Marinho. *Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015. 142-148 pp.; HACHEM, Daniel Wunder. *Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, número 59, janeiro a março de 2015. 71 p.; LOPES FILHO, Juraci Mourão; BEDÊ, Fayga Silveira. *A força vinculante dos precedentes administrativos e o seu contributo hermenêutico para o Direito*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, número 66, outubro a dezembro de 2016. 258 p.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 108 p.; HEINEN, Juliano. *Precedente administrativo ou jurisprudência administrativa: a força normativa do art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, volume 66, número 1, janeiro a abril de 2021. 158-161 pp..

<sup>246</sup> O Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, conforme alterado.

<sup>247</sup> CARVALHO, Gustavo Marinho. *Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015. 142-148 pp.; MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. *Art. 30 da LINDB – O dever público de incrementar a segurança jurídica*. In: Revista de Direito Administrativo, edição especial, novembro de 2018. 243-274 pp.; HEINEN, Juliano. *Precedente administrativo ou jurisprudência administrativa: a força normativa do art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, volume 66, número 1, janeiro a abril de 2021. 155-158 pp.; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *O precedente administrativo como fator de autolimitação da discricionariedade negocial do poder público*. In: Civil Procedure Review, volume 13, número 2, maio a agosto de 2022. 146 p..

<sup>248</sup> Seguindo as datas de publicação: MOREIRA, Egon Bockmann. *O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo administrativo*. In: Revista de Direito Administrativo, volume 273, setembro a dezembro de 2016. 313-334 pp.; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *O precedente administrativo como fator de autolimitação da discricionariedade negocial do poder público*. In: Civil Procedure Review, volume 13, número 2, maio a agosto de 2022. 148 p..

<sup>249</sup> CARVALHO, Gustavo Marinho. *Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015. 132-142 pp.; HACHEM, Daniel Wunder. *Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, número 59, janeiro a março de 2015. 66-69 pp.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 107-108 pp.

com o intuito de conferir se essas proposições cumprem os preceitos da dedução lógica à luz das disposições presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Uma vez que possam ser convalidados à luz das disposições vigentes do ordenamento jurídico, assim como das condições específicas aplicáveis à Comissão de Valores Mobiliários como recorte de estudo, poderemos traçar conclusões à investigação sobre a obrigatoriedade (ou não) de a Comissão de Valores Mobiliários seguir suas próprias decisões passadas em novos processos administrativos.

## 5.2 *As dificuldades quanto ao caráter linguístico do direito e as soluções heterointegrativas do ordenamento jurídico*

Uma hipótese razoável da causa para que o direito, como objeto do método jurídico, possa assumir tantas complexidades é o fato de o direito ser percebido por meio da linguagem.<sup>250</sup> A norma jurídica é, afinal, um comando prescritivo de uma ação, omissão ou permissão.<sup>251</sup> Como comando, é inserida no contexto de um sistema ordenado de linguagem deôntica e percebida a partir da observância das fontes de direito<sup>252</sup> – isto é, formas simbólicas das quais o intérprete extrai o significado do direito.<sup>253</sup>

Lançamos, assim, uma ponte para a *segunda dimensão* de dificuldade envolvendo o método jurídico: o caráter notadamente linguístico do direito. Se o direito pode ser identificado em distintas expressões simbólicas – a lei, o costume etc. –, o comando da norma jurídica compreende o significado extraído desses símbolos pelo seu intérprete.<sup>254</sup> Mais do que identificar as fontes de direito pertinentes, é necessário compreender seu sentido para apontar a norma jurídica aplicável. Pode ser insuficiente para a investigação aqui proposta, portanto, simplesmente levantar dispositivos aplicáveis da lei, sem esmiuçar o comando por trás de seu significado.

<sup>250</sup> A hipótese, que julgamos plausível, foi lançada por NINO. (NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 11 p.)

<sup>251</sup> VON WRIGHT, Georg Henrik. *Norm and action: a logical enquiry*. London, United Kingdom: Routledge & Kegan Paul; New York, United States of America: The Humanities Press, 1963. 71 p.

<sup>252</sup> TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 67-70 pp.

<sup>253</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Hermenêutica e completude do ordenamento*. In: Revista de Informação Legislativa, número 104, outubro a dezembro de 1989. 246 p.; TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 35-36 pp.

<sup>254</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Hermenêutica e completude do ordenamento*. In: Revista de Informação Legislativa, número 104, outubro a dezembro de 1989. 246 p.

---

Envolver a tarefa interpretativa na investigação é, todavia, desafiador. Nem sempre os comandos são expressos nas fontes de direito, sejam escritas, orais ou costumeiras. Dizer que “está frio nesta sala” não significa, na sua literalidade, “a janela deve ser fechada”, porém, a depender do contexto e da maneira com que se pronuncia, é possível pedir para que se feche a janela ao dizer “está frio nesta sala”.<sup>255</sup> É um exemplo vulgar, mas ilustrativo de como circunstâncias contextuais e pragmáticas podem conferir caráter normativo a expressões as quais, em princípio, não significariam um comando.

A dificuldade surge, ademais, quando aquilo expresso nas fontes de direito pode compreender mais de um sentido possível. Termos expressos nas fontes de direito, mesmo que não sejam implícitos, não necessariamente oferecem um significado unívoco à norma jurídica.<sup>256</sup> Veja-se que o vocábulo “direito”, para retomar o exemplo levantado alhures, pode compreender distintos significados por si só. Algo semelhante pode ocorrer com expressões que permitiriam interpretar sentidos distintos – ou seja, normas jurídicas diferentes – de um mesmo vocábulo inscrito na fonte de direito.

Esta característica linguística do direito traz, portanto, um desafio metodológico a mais. Dada a necessidade de se enunciar o significado das fontes de direito aplicáveis, o investigador é levado à posição de ser quem dita a norma jurídica, podendo capturar para si, em última instância, a capacidade de proferir o comando jurídico válido.<sup>257</sup>

Este problema de método decorre do conteúdo valorativo nas normas jurídicas. Na medida em que comandos se manifestam na forma de prescrições, não se sujeitam à verificação de verdade ou falsidade, senão a um juízo de validade em relação a uma prescrição anterior<sup>258</sup> – como exemplo, um ato é válido ou não em relação à lei. Assim, quem aponta uma norma jurídica por trás do significado de uma fonte de direito está a atestar, ainda que tacitamente, a validade desse comando em relação a outra prescrição superior.<sup>259</sup>

O desafio surge, pois, quando já não se pode identificar a prescrição superior a conferir

---

<sup>255</sup> O exemplo é originalmente formulado por TROPER. (TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 35 p.)

<sup>256</sup> NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 305-307 pp.

<sup>257</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O problema teórico das lacunas e a defesa do consumidor*. In: Revista de Informação Legislativa, número 99, julho a setembro de 1988. 243-245 pp.

<sup>258</sup> TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 96-97 pp.; BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 2ª edição. São Paulo: Edipro, 2014. 58-62 pp.

<sup>259</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*, Segunda Edição. São Paulo: Atlas, 2021. 130-131 pp.

validade à norma jurídica revelada pelo aplicador do direito. Na ausência de norma de validação, a investigação pode recair na tentação de validar a norma jurídica segundo os valores subjetivos do investigador, isto é, sua ideologia.<sup>260</sup>

A missão de indicar o significado das fontes de direito, em razão disso, confere uma posição de poder ao investigador do direito.<sup>261</sup> Quem se propõe a investigar uma norma deve atentar-se para a permeabilidade de sua investigação a sua própria ideologia, sem perder de vista que, se o direito é um fenômeno linguístico, o investigador está inserido nessa linguagem. É necessário, dessarte, cuidar para que não se perca de vista a convalidação das normas investigadas, sob pena de incorrer no arbítrio de eleger uma norma de preferência como aquela válida.

O caráter linguístico do direito revela, desse modo, que haverá cenários nos quais se identificarão dois sentidos distintos, porém logicamente possíveis, para um mesmo comando, ainda que as soluções autointegrativas do ordenamento jurídico sejam cumpridas rigorosamente segundo as deduções lógico-formais. Quando não houver disponível uma norma superior para convalidar um sentido único da prescrição jurídica investigada, mais de um comando poderá ser identificado como possivelmente extraído do ordenamento jurídico, eventualmente conflitantes entre si.

Nesse aspecto, algumas mitigações podem ser aproveitadas dado o escopo limitado desta investigação ao caso da Comissão de Valores Mobiliários, não obstante as dificuldades próprias do caráter linguístico do direito. A limitação da análise ao direito positivo estatal permite, no plano infraconstitucional, a certeza de que sempre haverá uma norma superior para convalidação – a Constituição Federal, em última instância.<sup>262</sup>

A dificuldade persistirá, todavia, mesmo se considerarmos a validação dos comandos ao plano constitucional. Restam ainda presentes cenários hipotéticos, bastante plausíveis de que ocorram, nos quais os termos dispostos na Constituição Federal não serão suficientes para permitir apontar o sentido único e inequívoco de um comando previsto nas normas

---

<sup>260</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O problema teórico das lacunas e a defesa do consumidor*. In: Revista de Informação Legislativa, número 99, julho a setembro de 1988. 243-244 pp.

<sup>261</sup> GIORGI, Raffaele de. *Scienza del Diritto e Legittimazione*. Lecce, Italia: Pensa Multimedia, 1998. 166-172 pp.

<sup>262</sup> SILVA, José Afonso da. *A Lei*. In: Revista de Direito Administrativo, volume 215, janeiro a março de 1999. 18 p.; NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 178-182 pp.

---

infraconstitucionais.<sup>263</sup> Mesmo entre os termos da Constituição Federal, adotada como última norma de convalidação dos sentidos do direito, pode-se sofrer das dificuldades impostas pelas características da linguagem de semântica normativa, sem que se possam afastar sentidos concorrentes entre si.

Essas hipóteses serão, pois, os casos em que as soluções autointegrativas disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro não serão suficientes para a determinação do comando investigado. Estritamente nesses cenários, será necessário recorrer à comparação com soluções jurídicas extravagantes ao ordenamento jurídico – *soluções heterointegrativas*, em adição às autointegrativas.<sup>264</sup>

Referimo-nos ao exercício de comparação do regime constitucional brasileiro a modelos constitucionais vigentes em outros Estados – isto é, o recurso ao direito comparado. Quando ordenamentos estrangeiros compartilharem premissas histórico-institucionais em comum, as soluções disponíveis nessas experiências jurídicas comparadas permitiram eleger, por indução lógica, qual deverá preponderar entre os comandos apontados como possíveis pelas soluções autointegrativas do direito brasileiro.<sup>265</sup>

O propósito do exercício comparativo, dessarte, está em induzir, entre os sentidos normativos oferecidos pelo ordenamento brasileiro, a definição do comando válido tendo em conta as semelhanças e as diferenças histórico-institucionais observadas em outros regimes jurídicos.<sup>266</sup> Ao traçarmos comparações com outros ordenamentos, buscamos retomar a formação histórica e das soluções autointegrativas lançadas no direito brasileiro, incrementando-se o contexto segundo o qual se insere o sentido dos comandos jurídicos sob investigação.

Evitamos, ademais, o arbítrio de quem investiga a norma jurídica aplicável nesses casos de possibilidade lógica de aplicação de mais de uma solução autointegrativa. Ao buscar

---

<sup>263</sup> Veja-se, como demonstração desse problema mesmo no plano constitucional, as críticas de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA às pretensões da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em fixar sentidos únicos à legislação infraconstitucional por meio de interpretação conforme a Constituição Federal (SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial*. In: Revista Direito GV, volume 2, número 1, janeiro a junho de 2006. 191-210 pp.).

<sup>264</sup> Alude-se à característica excepcional de heterointegração atribuída ao ordenamento jurídico por CARNELUTTI (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*, Terza Edizione. Roma: Foro Italiano, 1951 90-92 pp.).

<sup>265</sup> Alude-se à ideia de “usable past”, na expressão de SUNSTEIN, para recorrer à história comum do direito estrangeiro para fins da interpretação das instituições jurídicas do presente (SUNSTEIN, Cass R.. *The Idea of Useable Past*. In: Columbia Law Review, volume 95, No. 3, April 1995. 601-608 pp.).

<sup>266</sup> ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do Direito Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980. 73-85 pp.



integração com fenômenos externos ao ordenamento jurídico, mas sujeitos à análise e crítica objetiva por terceiros, neutralizam-se as vocações ideológicas do investigador na procura da norma aplicável ao caso.<sup>267</sup>

A comparação jurídica exige, por consequência desse propósito, observar não apenas como a legislação ou a doutrina estrangeira endereça a investigação enfrentada, mas sobretudo apreender como essas proposições se situam numa perspectiva global de seus próprios ordenamentos.<sup>268</sup> As disposições isoladas do direito estrangeiro, portanto, poderão ser insuficientes ou errôneas para a formulação de soluções heterointegrativas.

Para além disso, não podemos perder de vista o propósito do recurso à comparação com o direito estrangeiro: encontrar premissas históricas, culturais e institucionais que corroborem com a contextualização dos sentidos dos comandos jurídicos observáveis no direito brasileiro. É imprescindível observar a história formativa do direito estrangeiro sob comparação, como forma de se constatar em que medida as soluções ali encontradas aproximam-se ou afastam-se das origens histórico-institucionais do ordenamento brasileiro.<sup>269</sup>

À luz desse propósito, devemos consignar que a adoção de soluções heterointegrativas, na forma aqui proposta, compreende uma abordagem complementar às soluções autointegrativas. Fique-se claro, a esse respeito, que a abordagem heterointegrativa passa longe da aplicação de normas estrangeiras ou da transplantação do direito estrangeiro ao ordenamento brasileiro. Do contrário, estaríamos violando a premissa de completude do ordenamento jurídico, aplicável ao caso da Comissão de Valores Mobiliários segundo as justificativas alhures.

Desse modo, para não incorrerem em contradições metodológicas, o recurso às soluções heterointegrativas deve ser tomado estritamente para revelar, por meio de contrastes e semelhanças, as premissas histórico-institucionais que orientam o próprio ordenamento jurídico brasileiro – e não aquelas aplicáveis aos direitos sob comparação.<sup>270</sup> A completude do

<sup>267</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*, Segunda Edição. São Paulo: Atlas, 2021. 182-183 pp.

<sup>268</sup> ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do Direito Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980. 66-69 pp.; SACCO, Rodolfo. *One Hundred Years of Comparative Law*. In: *Tulane Law Review*, volume 75, No. 4, March 2001. 1169 p.

<sup>269</sup> CASSESE, Sabino. *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano, Italia: Giuffrè Editore, 2010. 08-14 pp.; LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. São Paulo: Contracorrente, 2018. 66-68 pp.

<sup>270</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La dogmática del derecho administrativo*. Sevilla, España: Global Law Press / Editorial Derecho Global, Instituto Nacional de Administración Pública, 2021. 69-70 pp.

---

ordenamento jurídico, com isso, fica preservada.

Com o recurso às soluções heterointegrativas, portanto, será possível encontrar no próprio ordenamento brasileiro elementos contextuais definidores do sentido do direito aplicável em face de uma possível concorrência de soluções autointegrativas. Tomando essa abordagem investigativa, as soluções dogmáticas já formuladas a respeito do processo administrativo em geral poderão ser metodologicamente convalidadas ou refutadas e, se procedentes, aplicadas ao caso da Comissão de Valores Mobiliários.

### 5.3 *As dificuldades quanto ao caráter linguístico do direito e as soluções heterointegrativas do ordenamento jurídico*

Como vimos no Capítulo IV, ao compreendermos que a vinculação de precedentes pode encontrar espaço de manifestação no direito brasileiro por meio das atividades decisórias, identificamos duas sedes normativas possíveis para instituir uma vinculação de precedentes no processo administrativo. Temos, por um lado, a disciplina própria ao gênero da processualidade ampla das atividades decisórias do Estado; de outro extremo, a função administrativa pode revelar atributos específicos que subsidiem ou afastem a vinculação de precedentes nos processos da Administração Pública.<sup>271</sup>

Trata-se, portanto, de um plano de hipóteses quanto à fonte de direito positivo em que se possa verificar ou deduzir uma eventual disciplina vinculante dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, as soluções autointegrativas já lançadas por autores servirão como guias para encontrarmos as disposições de direito positivo melhor aplicáveis.

Contudo, observe-se que este plano investigativo sobre as possíveis fontes de direito no ordenamento brasileiro vem a somar-se à dualidade de modelos teóricos de vinculação do precedente, já identificados no Capítulo III. Nos casos em que as soluções autointegrativas não oferecem respostas suficientes à luz do direito positivo, os modelos de vinculação de precedentes identificados na experiência inglesa e norte-americana poderão orientar soluções heterointegrativas.

---

<sup>271</sup> Como exemplo, considere-se o duplice papel que a Administração Pública assume nos processos administrativos, atuando como julgadora e parte interessada ao mesmo tempo (SCHIRATO, Vitor Rhein. *As partes do processo administrativo: os papéis da Administração Pública na Lei Federal de Processos Administrativos*. In: In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, número 46, outubro a dezembro de 2011. 123-124 pp.)

---

O cruzamento entre esses planos investigativos, conseqüentemente, permite-nos formar uma matriz de *cinco hipóteses* que orientarão a investigação nos capítulos seguintes:

- a) em *primeiro lugar*, precedentes são vinculantes em processos administrativos da Comissão de Valores Mobiliários por força de norma de direito positivo própria à disciplina jurídica da processualidade ampla e, por isso, obriga a Comissão de Valores Mobiliários a seguir seus precedentes;
- b) em *segundo lugar*, precedentes são vinculantes em processos administrativos da Comissão de Valores Mobiliários por força de uma práxis jurídica adotada no seu exercício decisório dentro de uma processualidade ampliada, razão pela qual a Comissão de Valores Mobiliários fica constrangida a seguir o modelo argumentativo de seus precedentes ou, ao menos, argumentar a sua distinção ou superação para deixar de segui-los;
- c) em *terceiro lugar*, precedentes são vinculantes em processos administrativos da Comissão de Valores Mobiliários por força de norma de direito positivo própria à disciplina jurídica peculiar de sua função administrativa e, por isso, obriga a Comissão de Valores Mobiliários a seguir seus precedentes;
- d) em *quarto lugar*, precedentes são vinculantes em processos administrativos da Comissão de Valores Mobiliários por força de uma práxis jurídica adotada no seu exercício decisório dentro das peculiaridades de sua função administrativa, razão pela qual a Comissão de Valores Mobiliários fica constrangida a seguir o modelo argumentativo de seus precedentes ou, ao menos, argumentar a sua distinção ou superação para deixar de segui-los; e
- e) em *quinto e último lugar*, precedentes não são, de qualquer modo, vinculantes em processos administrativos da Comissão de Valores Mobiliários.



---

**TERCEIRA PARTE**

**PRECEDENTES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO  
SOB O DIREITO BRASILEIRO**

---



## CAPÍTULO VI

---

### PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO PROCESSUAL

A Constituição é apontada como a sede, por excelência, de normas fundamentais do direito processual brasileiro. O desenvolvimento histórico do constitucionalismo veio a dar abrigo nas constituições contemporâneas a direitos fundamentais básicos ligados ao processo.<sup>272</sup>

Nessa esteira, a Constituição brasileira estabelece a obrigatoriedade de cumprimento do devido processo legal,<sup>273</sup> a garantia do direito de ação,<sup>274</sup> como também de ampla defesa e contraditório.<sup>275</sup> Todos esses são notórios exemplos de direitos fundamentais que devem ser assegurados pelo Estado no exercício das suas funções sujeitas à processualidade.<sup>276</sup>

É importante destacar que as normas constitucionais afeitas ao processo não são exclusividade da atividade jurisdicional. A Constituição inaugurou, com efeito, expressa menção, ao lado dos processos judiciais, do processo administrativo entre os direitos fundamentais.<sup>277</sup>

Aliás, a edição da Constituição em 1988 foi tomada como evidência de incorporação

---

<sup>272</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 29ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2013. 89 p.

<sup>273</sup> Conforme disposto no artigo 5º, inciso LIV, reproduzido na nota 172 retro.

<sup>274</sup> Conforme disposto no artigo 5º, inciso XXXV, vigente com a seguinte redação: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)”.

<sup>275</sup> Conforme disposto no artigo 5º, inciso LV, reproduzido na nota 183 retro.

<sup>276</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*, 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 105-108; 208-217; 241-248 pp.

<sup>277</sup> MEDAUAR. Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 3ª ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 88-90 pp.

no direito positivo brasileiro da noção de processualidade no direito administrativo.<sup>278</sup> Antes mesmo da elaboração da Lei de Processos Administrativos Federais, a Constituição assegurou no processo administrativo a garantia de ampla defesa e contraditório.<sup>279</sup>

É verdade que já havia processos administrativos no direito brasileiro antes da ordem constitucional de 1988, especialmente aqueles envolvendo a aplicação de penalidades a servidores públicos ou a matéria fiscal.<sup>280</sup> No entanto, foi a partir da promulgação da Constituição que a noção de processualidade ganhou ampla repercussão em toda a atividade administrativa no Brasil.<sup>281</sup>

O progressivo reconhecimento teórico da constitucionalização do direito brasileiro talvez seja o motivo desta correlação entre a Constituição de 1988 e o reconhecimento de uma processualidade ampla no direito brasileiro. Já na década de 1990, deflagraram-se trabalhos diversos sobre os impactos do novo texto constitucional sobre o direito positivo, não apenas no direito processual<sup>282</sup> como no próprio direito administrativo<sup>283</sup> e, ademais, em outros ramos jurídicos.<sup>284</sup> A expressão “constitucionalização do direito” tornou-se recorrente em propostas

---

<sup>278</sup> MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 3ª ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 86-87 pp.

<sup>279</sup> Conforme disposto no artigo 5º, inciso LV, reproduzido na nota 183 retro.

<sup>280</sup> MEDAUAR, Odete. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999: formação e características centrais*. In: BITENCOURT NETO, Eurico (coord.); MARRARA, Thiago (coord.). *Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 13-14 pp.

<sup>281</sup> MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 3ª ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 15 p.

SUNDFELD concorda que a inserção dos processos administrativos ganhou impulso na década de 1990, porém acredita que a principal influência tenha advindo do modelo norte-americano de Estado regulador durante a reorganização administrativa para a abertura da economia brasileira aos movimentos de globalização (SUNDFELD, Carlos Ari. *As leis de processo administrativo e o desenvolvimento institucional*. In: \_\_\_\_\_, *Direito Administrativo para Céticos*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 302-303 pp.).

<sup>282</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O processo civil na nova constituição*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, número 32, 1989. 179-190 pp.

<sup>283</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.); MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 31-63 pp.; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. 69-79 pp.

<sup>284</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. In: *Quaestio Iuris*, volume 02, número 01, 2006. 01-48 pp.

Até mesmo o direito civil, tradicionalmente construído entorno da codificação, foi exposto ao fenômeno da “constitucionalização do direito” no Brasil (vide LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. In: Revista de Informação Legislativa, ano 36, número 141, janeiro a março de 1999. 99-109 pp.; TEPEDINO, Gustavo. *Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República*. In: *[Syn]Thesis – Cadernos do Centro de Ciências Sociais*, volume 5, número 1, 2012. 15-21 pp.)



teóricas de revisão do direito positivo brasileiro à luz da nova constituição.<sup>285</sup>

O fenômeno da “constitucionalização do direito” é observado, entre os diversos trabalhos teóricos, segundo duas variações. Por um lado, a inauguração da nova Carta conduziu uma ressignificação das disposições infraconstitucionais – a lei, inclusive.<sup>286</sup> Por outro, reconheceu-se a eficácia direta das normas constitucionais, independentemente da regulamentação legal de seus preceitos.<sup>287</sup>

A Constituição, tendo tudo isso em vista, revela-se como natural ponto de partida para a investigação sobre a norma de vinculação de precedentes no direito positivo brasileiro, sobretudo no que concerne à processualidade ampla. Convém, pois, analisá-la mais detidamente.

Existe um motivo de método para um alcance tão amplo das novas disposições constitucionais. O constituinte deliberou regulamentar extensamente aspectos materiais do exercício de direitos no ordenamento jurídico brasileiro. Por vezes, há regras constitucionais que furtam qualquer discricionariedade do legislador ou dos aplicadores de direito.<sup>288</sup>

O principal aspecto do impacto transversal da Constituição sobre o direito positivo, no entanto, talvez advenha das disposições formuladas como *princípios jurídicos*.<sup>289</sup> Juntamente com regras bastante pormenorizadas, o constituinte também dispôs sobre direitos subjetivos recorrendo a expressões de elevada abstração, para as quais é possível encontrar ampla significação normativa e com impacto generalizado na compreensão de todo o direito infraconstitucional.

A menção a princípios jurídicos ganha relevo para a presente investigação quando percebemos que não há na Constituição qualquer comando claro e direto sobre a vinculação de precedentes no direito brasileiro. Consequentemente, ao menos no texto constitucional, o tratamento vinculante dependeria de abrigo entre os diversos princípios jurídicos da

---

<sup>285</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. 398 p.

<sup>286</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. In: *Quaestio Iuris*, volume 02, número 01, 2006. 15-17 pp.

<sup>287</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. 63 p.

<sup>288</sup> Veja-se, como exemplo, a regra disposta no § 6º do artigo 37 da Constituição: “Art. 37. (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

<sup>289</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. In: *Quaestio Iuris*, volume 02, número 01, 2006. 08-09 pp.

---

## Constituição.

Na ausência de disposição expressa no direito positivo, diversos estudos formularam proposições autointegrativas a favor da vinculação de precedentes com base em princípios constitucionais. Tanto no processo judicial, quanto no processo administrativo, esses autores defendem que os princípios da igualdade, da segurança jurídica, da razoabilidade e da proporcionalidade, compreendidos em conjunto, impõem um dever da Administração Pública em seguir seus próprios precedentes.<sup>290</sup>

De face, o argumento pode sofrer contestações quanto à sua pertinência no silogismo de causa e consequência. Do ponto de vista lógico, dizer que “a vinculação de precedentes é devida por força do princípio da segurança jurídica”, por exemplo, sugere que não haveria segurança jurídica se precedentes não fossem vinculantes. Assim, se assumirmos como verdade que não existe vinculação de precedentes no direito francês contemporâneo,<sup>291</sup> o argumento

---

<sup>290</sup> CARVALHO, Gustavo Marinho. *Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015. 132-142 pp.; HACHEM, Daniel Wunder. *Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, número 59, janeiro a março de 2015. 66-69 pp.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 107-108 pp.

<sup>291</sup> Seguindo-se o relato de TROPER e GRZEFORCZYK (TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. In: MACCORMICK, D. Neil (ed.); SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Aldershot, United Kingdom: Dartmouth; Brookfield, United States of America: Ashgate, 1997. 103-140 pp.). MORAND-DEVILLER vai no mesmo sentido, embora reconheça que a prática advocatícia busque respaldar seus pedidos ou defesas em julgamentos passados (MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit Administratif*, 11<sup>e</sup> édition. Paris, France: Montchrestien, Lextenso, 2009. 306.307 pp.). TROPER, em outro trabalho, reitera que, como regra geral, precedentes não vinculam no direito francês, mas também reconhece circunstâncias excepcionais que juízes criem normas ao formular decisões concretas (TROPER, Michel. *Les force des précédents et les effets pervers en droit*. In: \_\_\_\_\_. *La Théorie du Droit, Le Droit, L'État*. Paris, France: Presses Universitaires de France, 2001. 163-167 pp.).

Em relação à experiência francesa, convém uma anotação. Entre nós, brasileiros, é comum situar a origem do direito administrativo no desenvolvimento da jurisprudência do *Conseil d'État* (por exemplo: ARAÚJO, Edmir Netto. *O direito administrativo e sua história*. In: Revista da Faculdade de Direito, volume 95, 2000. 153 p.; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *500 anos de direito administrativo brasileiro*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, número 5, janeiro a março de 2006. 2 p.). Diante das afirmações de TROPER e MORAND-DEVILLER, é preciso contextualizar que magistrados franceses não podem furtar-se de decidir, nem mesmo quando houver lacunas ou obscuridades na legislação. Nesses espaços de lacunas, o juiz é levado a fundamentar em princípios gerais do direito e busca entendimentos jurisprudenciais reiterados (MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit Administratif*, 11<sup>e</sup> édition. Paris, France: Montchrestien, Lextenso, 2009. 307-316 pp.; TROPER, Michel. *Les force des précédents et les effets pervers en droit*. In: \_\_\_\_\_. *La Théorie du Droit, Le Droit, L'État*. Paris, France: Presses Universitaires de France, 2001. 167-169 pp.). Dado que a legislação francesa, sobretudo nas décadas iniciais da jurisdição administrativa francesa, pouco regulamentou a disciplina jurídica da Administração Pública, diversos aspectos do direito administrativo francês foram empreendidos pelo *Conseil d'État* a partir de deduções dos princípios gerais do direito no âmbito de situações de lacunas legislativas (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. 39-40 pp.), semelhantemente ao que ocorria no *common law* inglês anteriormente da formulação da *doctrine of stare decisis* (ver Item 3.1 no Capítulo IV retro). Não podemos, pois, falar em vinculação de precedentes no direito francês, como afirmam TROPER e

levaria à conclusão de que não existe segurança jurídica no direito francês contemporâneo.

Evidentemente essa conclusão não é verdadeira.<sup>292</sup> Não há como deduzir, seguindo um raciocínio rigorosamente lógico, que a vinculação de precedentes decorra do princípio da segurança jurídica, conforme se observa em nosso exemplo. Pode-se argumentar o tratamento vinculante de precedentes contribui para a segurança jurídica – o que demonstraria uma relação de sua pertinência com o princípio –, mas não é possível afirmar que a vinculação de precedentes seja imprescindível. A segurança jurídica poderia ser alcançada por outros meios igualmente pertinentes – a legalidade não seria suficiente? –; conseqüentemente, não se pode deduzir do princípio uma obrigação específica.

Esta objeção, de ordem lógica, possivelmente decorre do fato do argumento fiar-se exclusivamente em princípios. Existem controvérsias relevantes sobre a natureza dos princípios como normas jurídicas, as quais se desdobram em discussões sobre seu alcance no ordenamento jurídico, bem como sobre o método para a sua aplicação. O que importa perceber dessa discussão é que princípios jurídicos são reconhecidos, ao menos em algum grau mínimo, como normas jurídicas, que devem ser cumpridas, a despeito do caráter indeterminado de seus comandos.

O reconhecimento de um caráter normativo dos princípios, todavia, não afasta as dificuldades decorrentes da extrema vagueza de seu conteúdo normativo, agravadas pelo ampliado espectro de sua aplicação.<sup>293</sup> Assim, princípios jurídicos desafiam o aplicador do direito, para além de respaldar-se em disposição do direito positivo, a determinar e justificar seu conteúdo normativo à luz das condições concretas de sua aplicação.<sup>294</sup>

Veja-se, por exemplo, o princípio da segurança jurídica. A noção de segurança

---

MORAND-DEVILLER, senão reconhecer que larga medida dos fundamentos do direito administrativo francês foram formulados pelo exercício dedutivo do *Conseil d'État* diante de lacunas legais (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. 40-41 pp.).

<sup>292</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit Administratif*, 11<sup>e</sup> édition. Paris, France: Montchrestien, Lextenso, 2009. 314-316 pp

<sup>293</sup> SUNDFELD denominou “hiperprincípios” as disposições de princípios jurídicos que, embora tenham baixíssima indeterminação de seu conteúdo normativo, têm amplo alcance sobre a compreensão do direito positivo e, em razão disso, nas funções estatais (SUNDFELD, Carlos Ari. *Crítica à doutrina dos princípios no direito administrativo*. In: \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo para Céticos*, 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 180 p.).

<sup>294</sup> Nesse sentido, os termos de ÁVILA merecem ser reproduzidos: “normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada da decisão”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 15<sup>a</sup> ed.. São Paulo: Malheiros, 2014. 100 p.).

jurídica, tomada em abstrato pode incorporar uma pluralidade de sentidos se não agregarmos especificações de quanto a aspectos finalísticos e instrumentais.<sup>295</sup>

A igualdade, como princípio jurídico, padece de dificuldade semelhante.<sup>296</sup> Para conferir direitos e obrigações, é inevitável ao direito deixar de discriminar as situações jurídicas as quais regula.<sup>297</sup> Haverá, contudo, discriminações devidas para a própria consecução dos valores constitucionais.<sup>298</sup>

Retomando o rumo da investigação sobre a vinculação de precedentes no direito brasileiro, vemos que as proposições autointegrativas pautadas em princípios constitucionais acabam por ficar prejudicadas pela vagueza própria dessas normas. Para que sejam soluções válidas e propiciem o reconhecimento de uma norma específica de vinculação de precedentes, dependem de ulteriores disposições jurídicas para a determinação do conteúdo jurídico dos princípios levantados e, conseqüentemente, a exclusão dos sentidos diversos que possam ter.]

É inviável, contudo, sequer antever como esses contornos delinearão uma norma de vinculação dos precedentes em processos administrativos. O conteúdo extremamente amplo desses princípios jurídicos não permite vislumbrar minimamente um modelo de vinculação de precedentes sem propriamente observar o conteúdo específico dessa norma.

Por evidente, a instituição desses princípios constitucionais impõe que a norma de vinculação de precedentes, se existir no direito brasileiro, deverá guardar conformidade com os preceitos de igualdade, segurança jurídica e razoabilidade. Embora não seja suficiente para afirmar a existência de um caráter vinculante de precedentes no direito brasileiro, o argumento entorno dos princípios esboça contornos aos quais uma eventual norma nesse sentido deverá respeitar.<sup>299</sup>

Convém, portanto, prosseguir na investigação em busca de normas infraconstitucionais as quais, guardando compatibilidade com os princípios colecionados por essas proposições, contribuam para superar a vagueza de conteúdo desses postulados.

<sup>295</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, 5ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2019. 132-134 pp.

<sup>296</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*, 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2015. 144-150 pp.

<sup>297</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1995. 12-13 pp.

<sup>298</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009. 45-46 pp.

<sup>299</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009. 15 p.

## CAPÍTULO VII

---

### O REGIME DE PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ainda voltando-se a normas aplicáveis à processualidade das atividades estatais em sentido geral, vemos quem defende o caráter obrigatório de decisões precedentes em processos administrativos a partir da aplicação subsidiária e supletiva das normas dispostas no Código de Processo Civil.<sup>300</sup> O argumento, que busca fundamentar-se em disposições legais, merece uma avaliação mais detida segundo a aplicação do direito positivo.

O Código de Processo Civil introduziu nos seus artigos 927 a 928 uma disciplina de vinculação dos magistrados a decisões passadas e a enunciados sumulados. Inaugurou-se com esses dispositivos um sistema de precedentes no direito processual civil.<sup>301</sup> Baseados nesse novo regramento, certos autores defendem a vinculação de precedentes em processos administrativos.<sup>302</sup>

De fato, o artigo 15 do Código de Processo Civil<sup>303</sup> introduziu no direito brasileiro uma expressa aplicação supletiva e subsidiária das normas da codificação processual civil na disciplina do processo administrativo. Contudo, o comando do dispositivo tem alcance

---

<sup>300</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo administrativo*. In: Revista de Direito Administrativo, volume 273, setembro a dezembro de 2016. 313-334 pp.; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *O precedente administrativo como fator de autolimitação da discricionariedade negocial do poder público*. In: Civil Procedure Review, volume 13, número 2, maio a agosto de 2022. 148 p..

<sup>301</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *A ordem do processo nos tribunais no CPC-2015 e o sistema de precedentes: voto vencido, redação de acórdão e colheita de votos*. In: Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, volume 1, número 1, maio a agosto de 2018. 1 p.

<sup>302</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo administrativo*. In: Revista de Direito Administrativo, volume 273, setembro a dezembro de 2016. 313-334 pp.; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *O precedente administrativo como fator de autolimitação da discricionariedade negocial do poder público*. In: Civil Procedure Review, volume 13, número 2, maio a agosto de 2022. 148 p..

<sup>303</sup> Reproduzido integralmente na nota 185 retro.

---

genérico, sem definir inequivocamente a extensão desse regime supletivo e subsidiário senão apenas quando houver "*ausência de normas que regulem*".

Ressalve-se de antemão que, em conformidade com o quadro constitucional em vigor, este dispositivo somente pode ser aplicado em relação aos processos administrativos conduzidos pela União.<sup>304</sup> Para os processos administrativos de atribuição de estados e municípios, de outro lado, a aplicação subsidiária representaria uma indevida interferência legislativa da União sobre matérias reservadas às demais esferas federativas, qual seja, a regulamentação dos procedimentos de sua própria competência constitucional.

O problema com essa expressão surge quando observamos as disposições do Código de Processo Civil no seu todo. O objeto disciplinado pela codificação é, essencialmente, os procedimentos de conhecimento, julgamento e execução pelo Estado em sede judicial; suas disposições podem estar, desse modo, preenchidas de premissas e especificidades de difícil aplicação fora da atividade jurisdicional propriamente dita.

Tome-se, por exemplo, a obrigatoriedade de atribuição de valor à causa constante no artigo 291 do Código de Processo Civil.<sup>305</sup> Não se encontrará nas normas especiais de processos administrativos qualquer disposição sobre o estabelecimento de valor certo ao objeto do pedido, nem mesmo exclusões expressas desse requisito. Se aplicarmos, pois, o tratamento supletivo e subsidiário do Código de Processo Civil, como sugere esta proposição teórica, processos administrativos deveriam ter valor de causa atribuído para que sejam válidos, ainda que versem sobre questões cujo valor é irrelevante para a decisão da Administração Pública, como a realização de consultas públicas ou pedidos pelo provimento de atos administrativos tidos como vinculados à lei – a exoneração de um servidor público a pedido, por exemplo.

De igual modo, não existem normas específicas que regulem ou afastem o dever de promover audiência de mediação e conciliação em processos administrativos envolvendo os órgãos públicos de previdência social. Assim, se seguirmos a proposta de aplicação supletiva e subsidiária da codificação civil, o Instituto Nacional do Seguro Social deveria realizar audiências de mediação e conciliação sempre que receber um pedido de concessão de benefício

---

<sup>304</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99*. In: Revista de Direito Constitucional & Administrativo, ano 14, número 58, outubro a dezembro de 2014. 109-110 pp.

<sup>305</sup> Artigo 291 do Código de Processo Civil: "Art. 291. A toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível."

---

previdenciário, por força do disposto no artigo 334 do Código de Processo Civil.<sup>306</sup>

Como derradeiro exercício, sendo razoável presumir que a ação da Administração Pública envolve o interesse público, com a aplicação subsidiária e supletiva das normas de processo civil, todo e qualquer processo administrativo deveria provocar a intimação do Ministério Público. Do contrário, haveria descumprimento da norma do artigo 178, inciso I, do Código de Processo Civil,<sup>307</sup> o que incorre em nulidade processual por determinação do artigo 279 do Código de Processo Civil.<sup>308</sup>

Esses exemplos, dentre outros tantos que poderiam ser confabulados, causam justo estranhamento e revelam o problema entorno dos termos genéricos do artigo 15 do Código de Processo Civil. De modo geral, não são pertinentes à função administrativa as particularidades do processo jurisdicional, marcadas pela predominância da adversariedade entre as partes, pela presença de um juízo independente e isento, bem como pelas formalidades de conhecimento de fatos e de direito próprias de processos com conclusões definitivas e irrecorríveis.

Não poderia ser diferente. Os exemplos citados são, afinal, demonstrativos da instrumentalidade do processo a suas finalidades sociais, revelando que as normas processuais devem guardar pertinência ao direito material sob juízo em detrimento do formalismo procedimental.<sup>309</sup>

O processo administrativo, a seu turno, diz respeito às finalidades da função administrativa, conforme vimos no Capítulo V. Não se trata, como presumidamente ocorre no processo judicial, de recurso à tutela estatal para substituir as partes em litígio na decisão pela solução dos conflitos sociais e no cumprimento do direito.<sup>310</sup>

Essa distinção implica a impertinência da aplicação direta e automática das normas processuais civis aos processos administrativos, ainda que em caráter subsidiário ou supletivo.

---

<sup>306</sup> Artigo 334 do Código de Processo Civil: “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.”

<sup>307</sup> Artigo 178, inciso I, do Código de Processo Civil: “Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I – interesse público ou social; (...).”

<sup>308</sup> Artigo 279 do Código de Processo Civil: “Art. 279. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deveria intervir.”

<sup>309</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 83-84 pp.

<sup>310</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 29ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2013. 156-157 pp.

Na medida em que deixem de guardar instrumentalidade para o exercício da função administrativa, as disposições do Código de Processo Civil perderão aplicabilidade no processo administrativo, sob pena de desviá-lo de seus fins ou de incrementá-lo de procedimentos formalistas desprovidos de finalidade.<sup>311</sup>

Retomemos, após essas digressões, o objeto de investigação inicialmente proposto: a existência de obrigatoriedade de seguimento de decisões precedentes em processos administrativos. Existem propostas teóricas as quais sustentam a aplicação subsidiária e supletiva dos artigos 926 a 928 do Código de Processo Civil aos processos administrativos por decorrência do disposto no artigo 15 da própria codificação.

À luz dos empecilhos já lançados a respeito da aplicação subsidiária da codificação processual civil ao processo administrativo, portanto, cabe observar com cuidado a disciplina da norma do artigo 926 e seguintes do Código de Processo Civil para que se possa avaliar a pertinência aos fins instrumentais do processo administrativo.

### 7.1 *A disciplina de vinculação de precedentes no Código de Processo Civil*

Afirma-se que o Código de Processo Civil inaugurou um sistema de precedentes no direito processual brasileiro.<sup>312</sup> É verdade que já vigoravam súmulas vinculantes como instrumento de uniformização de jurisprudência, assim como a prática judiciária já costumava citar julgados como fundamento de decisões,<sup>313</sup> mas foi a edição da atual codificação processual civil que introduziu um regime de amplo alcance de vinculação de precedentes.

A extensão e a mecânica desse sistema de precedentes, no entanto, é bastante discutida. Um percurso sobre a literatura especializada aponta para dois segmentos doutrinários, cujas divergências importam na compreensão distinta sobre o fenômeno da vinculação de precedentes no processo civil brasileiro. Em suma, as divergências se manifestam em dois planos: em primeiro lugar, discorda-se quanto ao reconhecimento de quais são as formas de decisões

---

<sup>311</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 15ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2013. 177-178 pp.

<sup>312</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *A ordem do processo nos tribunais no CPC-2015 e o sistema de precedentes: voto vencido, redação de acórdão e colheita de votos*. In: Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, volume 1, número 1, maio a agosto de 2018. 1 p.

<sup>313</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.); CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.); ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de (coord.); MACÊDO, Lucas Buriel de (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2015. 451-452 pp.



passadas que seriam vinculantes; em segundo lugar e em decorrência do primeiro plano de discussão, diverge-se quanto ao sentido da vinculação estabelecida no Código de Processo Civil.<sup>314</sup>

Há, em primeiro lugar, uma perspectiva doutrinária mais restritiva. Fundamentando-se no artigo 927 do Código de Processo Civil,<sup>315</sup> determinados autores avaliam que a sistemática de precedentes firmada na codificação é, na verdade, a consolidação de mecanismos processuais de julgamento massificado de questões repetitivas. Seriam vinculantes de fato apenas os enunciados produzidos no julgamento de casos repetitivos de acordo com os formatos enumerados entre os incisos do artigo 927.<sup>316</sup>

Mesmo com uma visão restritiva às hipóteses enumeradas no artigo 927, autores desta primeira corrente divergem entre si quanto ao modelo de vinculação atribuídos a elas. Há uma parte que defende a vinculação desses enunciados manifesta-se no plano argumentativo,<sup>317</sup> aproximando a disciplina do Código de Processo Civil ao que ocorre no modelo norte-americano; outros, atribuem caráter obrigatório a determinados enunciados listados nos incisos do artigo 927, em linha com o modelo positivista de vinculação obrigatória observado na Inglaterra até 1966.<sup>318</sup>

---

<sup>314</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Altas, 2022. 141 p.

<sup>315</sup> Artigo 927 do Código de Processo Civil: “Art. 927. Os juízes e tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

<sup>316</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil (arts. 926 a 1.072). Volume 4*. São Paulo: Saraiva, 2017. 17-20 pp.; CARVALHO, Fabiano; GOUVÊA, José Roberto F. (coord.); BONDIOLI, Luís Guilherme A. (coord.); FONSECA, João Francisco N. da (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil. Volume XIX (arts. 926 a 993): da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2022. 18-21 pp.; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Altas, 2022. 177-182 pp.

<sup>317</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil (arts. 926 a 1.072). Volume 4*. São Paulo: Saraiva, 2017. 17-20 pp.; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Altas, 2022. 281-286 pp.

<sup>318</sup> CARVALHO, Fabiano; GOUVÊA, José Roberto F. (coord.); BONDIOLI, Luís Guilherme A. (coord.); FONSECA, João Francisco N. da (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil. Volume XIX (arts. 926 a 993): da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2022. 19-20 pp.; MEDINA, José Miguel García. *Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de Direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015*. In: Revista dos Tribunais, volume 974, dezembro de 2016. 129-154 pp.

Registre-se que muitos dos quais compartilham da interpretação restritiva do sistema de precedentes entorno do artigo 927, embora reconheçam apenas este rol como formalmente vinculante nos termos positivados no Código de Processo Civil, advogam pela inconstitucionalidade da vinculação obrigatória desses enunciados. Admitiriam,

A despeito da divergência quanto ao modelo de vinculação, esta primeira linha doutrinária tem consenso de que as formas processuais vinculantes são típicas e positivamente instituídas. Cada um dos meios de fixação de enunciados depende da consecução de um procedimento formal próprio, o qual deveria assegurar meios de amplo contraditório e participação social. A alteração ou revogação, outrossim, requer formalidades e a contribuição de *amici curie*, seguindo-se a disposição do parágrafo quarto do artigo 927 do Código de Processo Civil.<sup>319</sup>

Note-se que, para esta primeira corrente, as formas de precedentes excluídas dos incisos do artigo 927 não teriam efeito vinculante sobre julgadores. Teriam apenas utilidade argumentativa, mas que não obrigam novas decisões a segui-los nem a justificar distinções ou superações.<sup>320</sup>

Vemos, por outro lado, uma segunda corrente com entendimentos defendendo que, por força do disposto no artigo 926<sup>321</sup> e da menção a “precedente” no inciso VI do parágrafo primeiro do artigo 489,<sup>322</sup> todas as decisões judiciais passadas, indistintamente, adquiriram caráter vinculante em sentido semelhante ao modelo argumentativo norte-americano. Trata-se de uma visão doutrinária que aponta para o sistema de precedentes do Código de Processo Civil como vetor de integração dos entendimentos jurídicos por via das decisões judiciais.<sup>323</sup>

Seguindo essa linha, as razões proferidas nas decisões judiciais constrangeriam novos julgamentos a tomá-las em consideração no dever de motivação. Assim, para afastar a vinculação do precedente, julgadores devem justificar a sua distinção ou superação em relação

---

nesse sentido, que a vinculação fosse meramente argumentativa (confira-se: CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 335-345 pp.).

<sup>319</sup> Artigo 927, parágrafo quarto, do Código de Processo Civil: “Art. 927. (...) § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.”

<sup>320</sup> CARVALHO, Fabiano; GOUVÊA, José Roberto F. (coord.); BONDIOLI, Luís Guilherme A. (coord.); FONSECA, João Francisco N. da (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil. Volume XIX (arts. 926 a 993): da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2022. 20 p.

<sup>321</sup> Artigo 926 do Código de Processo Civil: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

<sup>322</sup> Artigo 489, parágrafo primeiro, inciso VI, do Código de Processo Civil: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

<sup>323</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. 98-105 pp.; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2016. 340-373 pp.

ao caso em lide. Seria, pois, um modelo de vinculação de inspiração na experiência norte-americana.<sup>324</sup>

Ambas as vertentes são passíveis de críticas do ponto de vista do direito positivo. Por um lado, a listagem expressa de hipóteses formais que o legislador empregou no artigo 927 do Código de Processo Civil contradiz com os argumentos da visão que enxerga capacidade de toda e qualquer decisão judicial produzir efeitos vinculantes não parece considerar. Por outro, a perspectiva reducionista entorno dos incisos do artigo 927 acaba por ignorar a menção expressa a “precedente” como um elemento o qual a sentença deve necessariamente considerar, de acordo com o disposto no inciso VI do parágrafo primeiro do artigo 489 do Código de Processo Civil.

Não cabe, neste estudo, a pretensão de alcançar uma conclusão quanto ao debate. Sob o propósito da investigação aqui desenvolvida, o que importa observar é que o Código de Processo Civil não oferece uma sistemática inequívoca que permite extrair uma norma geral aplicável subsidiariamente e supletivamente aos processos administrativos.

Tendo isso em vista, convém firmar e assumir como verdadeira a convivência de dois modelos de precedentes na codificação processual civil: precedentes positivamente obrigatórios, estabelecidos pelos enunciados listados no artigo 927 do Código de Processo Civil; e precedentes vinculantes do ponto de vista argumentativo, por desdobramento da regra prevista no inciso VI do parágrafo primeiro do artigo 489.<sup>325</sup> Analisemos, pois, se esses modelos oferecem uma norma geral que se possa aplicar a processos administrativos.

## 7.2 *Precedentes positivamente obrigatórios por força do artigo 927 do Código de Processo Civil*

Seguindo, pois, a corrente doutrinária defensora da perspectiva positivista de vinculação de precedentes na sistemática do Código de Processo Civil, temos como típicas de precedentes aquelas descritas nos incisos do artigo 927. São, portanto, caracterizados como

---

<sup>324</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2016. 340-356 pp.

<sup>325</sup> Seguindo-se o retrato de tendência histórica proposto por TUCCI (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Variações sobre precedentes judiciais vinculantes e persuasivos*. In: \_\_\_\_\_. *O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. 67-82 pp.). Em sentido semelhante: CARVALHO, Fabiano; GOUVÊA, José Roberto F. (coord.); BONDIOLI, Luís Guilherme A. (coord.); FONSECA, João Francisco N. da (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil. Volume XIX (arts. 926 a 993): da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2022. 18 p.

---

vinculantes os seguintes enunciados: as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmulas relevantes, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais juízes ou tribunais estiverem vinculados.

Malgrado haja discordâncias sobre o modelo de vinculação desses enunciados, é relevante para a presente investigação notar que, sobretudo nas hipóteses dos incisos I a IV, os enunciados consistem em formas processuais tipicamente relacionadas ao processo jurisdicional. É dizer, trata-se de dispositivos cuja formação depende de procedimentos relacionadas a competências e finalidades próprias ao Poder Judiciário.

Veja-se, como primeiro exemplo, a súmula vinculante prevista no inciso II. Nos termos do artigo 103-A da Constituição,<sup>326</sup> a edição de súmula vinculante é atribuição de estrita competência do Supremo Tribunal Federal, dependendo de aprovação de dois terços dos ministros da corte e de reiteradas decisões anteriores que a embase.

Incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, a seu turno, são procedimentos tipicamente jurisdicionais. Os procedimentos têm fundamento no artigo 947<sup>327</sup> e seguintes do Código de Processo Civil, no caso dos incidentes de assunção de competência, e no artigo 976<sup>328</sup> e seguintes do Código de Processo Civil, com relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

Como último exemplo, note-se que o inciso IV é taxativo quanto às súmulas proferidas especificamente pelo Supremo Tribunal Federal, nas matérias de conteúdo constitucional, e pelo Superior Tribunal de Justiça, nas matérias infraconstitucionais. Não há, portanto,

---

<sup>326</sup> Artigo 103-A da Constituição: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

<sup>327</sup> Artigo 947 do Código de Processo Civil: “Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.”

<sup>328</sup> Artigo 976 do Código de Processo Civil: “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.”

---

possibilidade de outros órgãos emitirem súmulas capazes de vincular decisões por força do artigo 927 do Código de Processo Civil.

Esclareça-se que não se está a afirmar que a Administração Pública possa preterir das normas de súmulas vinculantes em seus processos administrativos. Não se ignora que, por força do artigo 64-B da Lei de Processos Administrativos Federais,<sup>329</sup> é cabível ação de reclamação contra decisão administrativa que violar o enunciado de súmula vinculante. O que se quer enfatizar, na verdade, é que as hipóteses previstas no artigo 927 não podem ser tomadas para que a autoridade administrativa pretenda vincular julgamentos futuros a suas próprias decisões.

Observa-se, em suma, que não há como aplicar o disposto no artigo 927 do Código de Processo Civil aos processos administrativos, ainda que a título subsidiário ou supletivo. A redação taxativa quanto a formas, finalidades e competências restritas a órgãos do Poder Judiciário impedem que uma disciplina de precedente vinculantes seja estendida à processualidade da Administração Pública.

#### 7.2.1 A orientação de órgãos plenários ou especiais

Merece ser discutida mais detidamente a prescrição do inciso V do artigo 927 no sentido de que a função jurisdicional observe “*a orientação do plenário ou do órgão especial*” aos quais estiverem vinculados. Ao contrário das demais hipóteses enumeradas no artigo 927, não há qualquer regulamentação de procedimento, ou mesmo definição, sobre a forma que essa orientação deva ser dada pelos órgãos plenários.

A ausência de maior regulamentação da expressão não parece despertar a atenção de trabalhos dedicados ao direito processual civil. Muitos dos comentários ao artigo 927 apenas mencionam a redação do dispositivo do inciso V, sem maiores aprofundamentos, em contraste com os esclarecimentos normalmente prestado quanto à distinção dos demais incisos.<sup>330</sup>

Em caráter excepcional, vê-se uma opinião particular que descreve a “orientação” como os entendimentos manifestados nos acórdãos proferidos especificamente pelos órgãos de

---

<sup>329</sup> Artigo 64-B da Lei de Processos Administrativos Federais: “*Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.*”

<sup>330</sup> TAVARES, André Ramos; MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2022. 1484 p.

cúpula dos tribunais. No exercício da função judicante sobre os casos concretos que alcançam sua competência, os órgãos plenários de tribunais manifestariam entendimentos os quais se estenderiam para além do caso específico e vinculariam todos os magistrados do tribunal.<sup>331</sup>

Aliás, as proposições dogmáticas sobre o processo administrativo parecem adotar esse entendimento como premissa – de que são vinculantes as decisões do órgão colegiado de cúpula proferidas em casos concretos. Tratando os colegiados deliberativos da Administração Pública analogamente como tribunais, afirmam que são essas as decisões vinculantes nos processos administrativos por força da aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil.<sup>332</sup>

No entanto, essa interpretação do inciso V do artigo 927 é contestável. Já numa primeira análise, estranha que esta, dentre todos os demais incisos, tenha sido a única hipótese de vinculação do precedente que tenha se esquivado de um procedimento formal específico.<sup>333</sup>

Observando o Supremo Tribunal Federal como exemplo, vemos que a redação dos incisos I a IV atribui o efeito vinculante restritivamente a decisões sob procedimentos específicos (as decisões em ações de controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes, os recursos extraordinários repetitivos e demais súmulas sobre matéria de constitucionalidade). Porém, se admitirmos como verdadeira essa interpretação extensiva proposta para o inciso V, toda e qualquer decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal teria efeito vinculante, tornando em letras vazias as redações restritivas dos demais incisos.

Há, pois, uma contradição dessa interpretação com a leitura sistematizada do artigo 927. Parece mais adequado, nesse sentido, que o termo “orientação” do inciso V seja entendido como evento excepcional e realizado sob condições específicas.

A propósito de um olhar sobre a codificação como um todo, vemos que a noção de orientações de tribunais é repetida apenas no inciso IV do parágrafo 4º do artigo 496 do Código

---

<sup>331</sup> CARVALHO, Fabiano; GOUVÊA, José Roberto F. (coord.); BONDIOLI, Luís Guilherme A. (coord.); FONSECA, João Francisco N. da (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil. Volume XIX (arts. 926 a 993): da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2022. 19 p.; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2016. 370-371 pp.

<sup>332</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no direito administrativo*. In: Revista de Direito Administrativo, volume 273, setembro a dezembro de 2016. 322-323 pp.; MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. *Art. 30 da LINDB – O dever público de incrementar a segurança jurídica*. In: Revista de Direito Administrativo, edição especial, novembro de 2018. 265 p.

<sup>333</sup> TAVARES, André Ramos; MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2022. 1484 p.

---

de Processo Civil.<sup>334</sup> Não há, em qualquer dos dispositivos, maiores especificações de forma ou procedimento para as orientações dos tribunais.

Chama a atenção, porém, o uso do termo no inciso IV do parágrafo 4º do artigo 496: exclui a obrigatoriedade da remessa necessária a *orientação vinculante consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa*. Este dispositivo sugere, de modo interessante, que a Administração Pública tenha que proferir uma orientação sob um enunciado específico destinado à formulação de um entendimento abstrato, uma direção ou instrução, que, formalizado sob distintas formas possíveis de manifestação, produz efeitos processuais.<sup>335</sup>

Embora desacompanhado de outros dispositivos que o corroborem, o inciso IV do parágrafo 4º do artigo 496 sugere que a “orientação do plenário ou do órgão especial” deve enunciar um entendimento específico sob a forma de comando abstrato. Seriam súmulas, enunciados, instruções, resoluções.

Veja-se, todavia, que essas orientações não seriam decisões de casos concretos passados, senão comandos abstratos. Não se admitiria, portanto, que todo e qualquer julgado concreto desses colegiados tenha o condão de gerar um precedente vinculante.

Podemos, enfim, concluir que, com base nessa disposição e aplicando-a subsidiária e supletivamente aos processos administrativos em conformidade com o artigo 15 do Código de Processo Civil, seriam vinculantes os enunciados formulados por autoridades administrativas. Quando forem produzidas súmulas, pareceres ou orientações formais a partir de decisões em processos administrativos, a Administração Pública estará vinculando-se àquela disposição.

Esta conclusão, contudo, é de pouca utilidade prática. Recorde-se que, em geral, órgãos da Administração Pública não somente proferem decisões, mas também produzem regulamentos. Por que produzir súmulas a partir de precedentes se é possível editar normativos? Somente faria sentido prático, portanto, para aqueles órgãos da Administração Pública que não possuem qualquer competência regulamentar.

Aliás, este é o caso da Comissão de Valores Mobiliários. Não haverá razão para editar

---

<sup>334</sup> Íntegra do Parágrafo 4º do artigo 496: “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. (...) § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: (...) IV – entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.”

<sup>335</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angústias e desconfianças*. In: Revista de Processo, volume 259, setembro de 2016. 307-329 pp.

de enunciados ao invés de adequar suas instruções. Na verdade, editar súmulas e pareceres com base em precedentes poderá caracterizar um desvio do processo normativo previsto no parágrafo terceiro do artigo 8º da Lei 6.385/76. Embora o procedimento de audiência pública seja facultativo à Comissão de Valores Mobiliários, a edição de enunciados a partir de julgamentos representaria um significativo prejuízo à participação social na produção de normativos do mercado de capitais.

Além disso, sendo autarquia federal, a Comissão de Valores Mobiliários deve obedecer ao disposto no Decreto 10.139/19,<sup>336</sup> que regulamenta a edição de atos normativos pela Administração Pública federal. No entanto, segundo seu artigo 2º,<sup>337</sup> não há hipótese prevista de atos normativos caracterizados como súmulas ou enunciados semelhantes.

Por esse motivo, mesmo a hipótese prevista no inciso V do artigo 927 do Código de Processo Civil não parece ser efetivamente aplicável ao caso da Comissão de Valores Mobiliário. Além de não haver motivos práticos para a edição de súmulas ou enunciados a partir das decisões do colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, esta forma de ato normativo não se respalda na regulamentação do Decreto 10.139/19.

### 7.3 *Precedentes vinculantes na argumentação das decisões, conforme o inciso VI do parágrafo primeiro do artigo 489*

Além da perspectiva positivista entorno do artigo 927 do Código de Processo Civil, tem-se a corrente que defende que todos e quaisquer precedentes vinculam decisões no âmbito da argumentação de suas motivações. Apoiam-se, para tanto, na disposição do inciso VI do parágrafo primeiro do artigo 489 do Código de Processo Civil.

O artigo 489<sup>338</sup> estabelece os elementos considerados essenciais da sentença judicial, isto é, a efetiva decisão do processo judicial. Estipula-se a obrigatoriedade de toda a sentença

<sup>336</sup> O Decreto Federal nº 10.139, de 28 de novembro de 2019.

<sup>337</sup> Artigo 2º do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019: “Art. 2º. A partir da entrada em vigor deste Decreto os atos normativos inferiores a decreto serão editados sob a forma de: I – portarias – atos normativos editados por uma ou mais autoridades singulares; II – resoluções – atos normativos editados por colegiados; ou III – instruções normativas – atos normativos que, sem inovar, orientem a execução das normas vigentes pelos agentes públicos.”

<sup>338</sup> Íntegra do artigo 489 do Código de Processo Civil: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.”



prover um relatório do caso, com descrição dos pedidos que originaram o processo e suas contestações, além de um dispositivo de decisão que seja acompanhado dos fundamentos que orientam aquele desfecho.

O dever de fundamentação da sentença é bastante esmiuçado na codificação processual. Não se admitem decisões que não abordem os motivos concretos envolvidos no processo, nem que se pautem em valores abstratos e conceitos indeterminados. A fundamentação deve, ainda, enfrentar todos os argumentos discutidos no processo para refutar a sentença, impondo ao julgador o ônus de argumentar em favor de sua decisão.<sup>339</sup> Sem esses elementos, a sentença será nula.

De fato, são considerados nulos os julgamentos do Poder Judiciário que não derem publicidade aos fundamentos de suas decisões, conforme estipulado no artigo 11 do Código de Processo Civil.<sup>340</sup> Assim, nos termos do inciso IV do parágrafo terceiro do artigo 1.013,<sup>341</sup> a segunda instância deve decretar a nulidade de sentença em que não for observada a adequada fundamentação.

De todo modo, o aspecto que vale observar é que é pertinente, não só ao processo administrativo, como em toda a atividade processualizada do Estado, que decisões sejam racionalmente fundamentadas. Adiante-se, a disciplina do processo administrativo expressamente prevê o dever de motivar decisões da Administração Pública; basta conferir, como exemplo, a disposição do artigo 50 da Lei de Processos Administrativos Federais.<sup>342</sup>

---

<sup>339</sup> Conforme observado na íntegra do parágrafo primeiro do artigo 489: “Art. 489. (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

<sup>340</sup> Artigo 11 do Código de Processo Civil: “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

<sup>341</sup> Inciso IV do parágrafo terceiro do artigo 1.013 do Código de Processo Civil: “Art. 1.013. (...) § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: (...) IV – decretar a nulidade da sentença por falta de fundamentação.”

<sup>342</sup> Artigo 50 da Lei de Processos Administrativos Federais: “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV – dispensem ou declarem inexigibilidade de processo licitatório; V – decidam recursos administrativos; VI – decorram de reexame de ofício; VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada

---

Ocorre que, justamente por haver previsão correspondente na disciplina específica do processo administrativo federal, não é cabível a aplicação supletiva e subsidiária da norma do Código de Processo Civil. A regra do artigo 15 é expressa no requisito de ausência de normas específicas para que as disposições da codificação processual civil incidam sobre o processo administrativo. É preciso, pois, analisar a disposição legal específica de processos administrativos – conforme faremos adiante.

Não bastasse, também entre processos de Administrações Públicas vinculadas a estados e municípios haveria obstáculos na aplicação da regulamentação da motivação de sentenças do artigo 489. Como mencionamos alhures, é conflitante com a autonomia federativa de estados e municípios que a lei federal – o Código de Processo Civil, no caso – estipulasse regras de processos administrativos não abrangidos pela Lei de Processos Administrativos Federais.

O resultado prático que se alcança, desse modo, é que não há aplicabilidade prática a proposta de aplicação subsidiária e supletiva ao processo administrativo da vinculação argumentativa de todas as decisões por meio da disposição do Código de Processo Civil de dever de fundamentação. Ou haverá, no caso federal, disposições próprias e específicas sobre o dever de motivar, ou será inconstitucional, no caso de estados e municípios, a aplicação supletiva e subsidiária da disposição do Código de Processo Civil.

#### *7.4 Inviabilidade da aplicação subsidiária e supletiva ao processo administrativo do sistema de precedentes disposto no Código de Processo Civil*

Vê-se ao longo deste capítulo que, embora sujeito a discordâncias doutrinárias, o Código de Processo Civil oferece duas modalidades distintas de vinculação de precedentes: há a vinculação positiva e obrigatória, fundamentada nas hipóteses listadas entre os incisos do artigo 927 do Código de Processo Civil; e existe, ainda, a vinculação argumentativa conferida a todas as decisões judiciais no âmbito da regulamentação do dever de motivar e justificar a aderência ou o afastamento de um precedente, conforme disposto no inciso V e VI do parágrafo primeiro do artigo 489.

Nenhum desses modelos, contudo, pode ser aplicado ao processo administrativo. Cada

---

*sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.”*

---

um deles, quando analisados pormenorizadamente, apresenta restrições que impedem sua aplicabilidade por decorrência do artigo 15 do Código de Processo Civil.

Como visto, as hipóteses previstas nos incisos I a IV do artigo 927 do Código de Processo Civil têm atribuições e formalidades de típica competência judicial, as quais não encontram aplicabilidade na atividade da Administração Pública. A disposição do inciso V, a seu turno, embora pudesse orientar a Administração Pública a editar súmulas e enunciados jurisprudenciais, não faz sentido prático para autoridades normativas que já possuem a capacidade jurídica de proferir regulamentos e normativos.

O dever de motivar decisões do artigo 489 do Código de Processo Civil, outrossim, não pode ser estendido ao processo administrativo. No plano da Administração Pública federal, a disciplina específica do processo administrativo já dispõe sobre o dever de motivação das decisões, afastando a incidência subsidiária e supletiva das normas da codificação processual civil. Em processos administrativos da Administração Pública de estados e municípios, de outro lado, seria inconstitucional que a lei federal impusesse normas processuais à atividade administrativa de outros entes autônomos da federação.

Conclui-se, com isso, que as normas gerais da processualidade da atividade do Estado, mesmo aquelas deduzíveis do Código de Processo Civil, não oferecem uma norma de vinculação de precedentes que possa ser aplicável no processo administrativo. É necessário, portanto, observar o regime específico da processualidade administrativa no direito brasileiro.



## CAPÍTULO VIII

---

### PROPOSIÇÕES DOGMÁTICAS SOBRE PRECEDENTES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SOB O DIREITO BRASILEIRO

A partir da noção de função administrativa, pudemos deduzir ao longo do Capítulo V aspectos gerais de uma disciplina jurídica do processo administrativo. Pudemos observar que o processo administrativo se destina à realização da função administrativa, por meio da aplicação do direito, assegurando, por um lado, ampla participação dos legítimos interessados e, de outro, poderes para a Administração Pública perseguir de ofício a verdade material necessária para a adequada realização de seus deveres jurídicos.

Porém, para uma adequada investigação pautada no direito positivo brasileiro, é necessário debruçar-se sobre as disposições legais aplicáveis. A legislação brasileira abriga, de todo modo, todo o regime que descrevemos para o processo administrativo sob uma perspectiva geral.

A Lei de Processos Administrativos Federais é bom exemplo disso. Há expressa obrigação da Administração Pública em agir em conformidade com o direito, com o dever de perseguir o atendimento aos fins de interesse geral;<sup>343</sup> estipula-se, ainda, um amplo rol de interessados com capacidade de participação no processo administrativo;<sup>344</sup> e atribui-se ao

---

<sup>343</sup> Conforme consta no inciso I e II do parágrafo único do artigo 2º: “Art. 2º. (...) *Parágrafo único.* Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I – atuação conforme a lei e o Direito; II – atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; (...)”

<sup>344</sup> Como se pode verificar na redação do artigo 9º da Lei de Processos Administrativos Federais: “Art. 9º. São legitimados como interessados no processo administrativo: I – pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação; II – aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; III – as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV – as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.”

---

Poder Público a iniciativa de ofício na condução das atividades instrutórias.<sup>345</sup>

A Lei de Processos Administrativos Federais, contudo, não é o único diploma legal brasileiro que dispõe de normas processuais da Administração Pública federal. Embora não se apresente nominalmente como uma lei de processo administrativo, a mais recente alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro introduziu novas normas dedicadas a orientar a tomada de decisão e aplicação do direito pelo Poder Público.<sup>346</sup> São, afinal, normas processuais de direito administrativo que se agregam àquelas prevista na Lei de Processos Administrativos Federais.

Veja-se, a título de exemplo, a disposição do artigo 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.<sup>347</sup> É um comando legal inequivocamente devido na motivação de processos decisório da Administração Pública.

É, pois, baseados nessas duas leis que autores justificam a vinculação de precedentes no processo administrativo. Tendo essas proposições em vista, este capítulo será dedicado a analisa-las criticamente. Não tendo encontrado fundamentos de direito positivo para justificar o caráter de precedentes da Comissão de Valores Mobiliários sob a perspectiva da processualidade ampla do Estado, esperamos que a disciplina legal específica do processo administrativo permita alcançar uma solução.

### 8.1 *Dever de incrementar a segurança jurídica*

A partir da leitura das disposições de direito positivo brasileiro, autores citam o artigo 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>348</sup> como um primeiro comando legal

---

<sup>345</sup> É o que se vê no artigo 29 da Lei de Processos Administrativos Federais: “Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulso do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.”

<sup>346</sup> MEDAUAR. Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 3ª ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 282-283 pp.

<sup>347</sup> Artigo 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.”

<sup>348</sup> Artigo 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação de 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.”

que evidencia existência de um dever de vinculação da Administração Pública a precedentes.<sup>349</sup> Além de homenagear o princípio da segurança jurídica, impondo-lhe expressamente ao Poder Público, o dispositivo expressamente autoriza a Administração Pública a editar súmulas e respostas de consultas sobre seus entendimentos jurídicos, que lhe teriam caráter vinculante.

Merece ser comentado, ademais, que o artigo 19 do Decreto 9.830/19<sup>350-351</sup> estende o rol de enunciados pelos quais a Administração Pública pode alcançar o fim normativo de segurança jurídica. São incluídos, assim, a edição de normas complementares, orientações normativas e enunciados.

Numa primeira leitura, o legislador parece ter considerado que editar enunciados para formalizar entendimentos da Administração Pública necessariamente incrementa a segurança jurídica. É certo que essa premissa poderá ser verdadeira, porém não sempre. A edição de enunciados significa a positivação textual de um comando, o que pode, sim, provocar prejuízos à segurança jurídica quando houver redação ambígua do dispositivo ou a sua desatualização em face das novas dinâmicas sociais.

Para recorrer a um exemplo clássico, imagine-se a lei da década de 1970 a qual dita laconicamente que “são proibidos veículos no parque”.<sup>352</sup> Podem circular bicicletas no parque? Afinal, bicicletas são veículos? Para endereçar essa insegurança, suponha-se, é sumulado um entendimento: “para fins da proibição, consideram-se veículos apenas os meios motorizados de transporte de pessoas”. Cadeiras de rodas motorizadas, a partir desse entendimento, ficam proibidas de transitar no parque? Perceba-se, nesse exemplo, uma situação que a edição de súmulas poderá, sim, prejudicar a segurança jurídica.

Por isso, o dispositivo do artigo 30 deve ser interpretado como um dever de promover

<sup>349</sup> CARVALHO, Gustavo Marinho. *Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015. 142-148 pp.; MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. *Art. 30 da LINDB – O dever público de incrementar a segurança jurídica*. In: Revista de Direito Administrativo, edição especial, novembro de 2018. 243-274 pp.; HEINEN, Juliano. *Precedente administrativo ou jurisprudência administrativa: a força normativa do art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, volume 66, número 1, janeiro a abril de 2021. 155-158 pp.; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *O precedente administrativo como fator de autolimitação da discricionariedade negocial do poder público*. In: Civil Procedure Review, volume 13, número 2, maio a agosto de 2022. 146 p..

<sup>350</sup> Decreto Federal nº 9.830, de 10 de junho de 2019.

<sup>351</sup> Artigo 19 do Decreto 9.830/19: “Art. 19. As autoridades públicas atuarão com vistas a aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de normas complementares, orientações normativas, súmulas, enunciados e respostas a consultas.”

<sup>352</sup> Aludimos ao consagrado exercício de HART para ilustrar o que ele chamou de “zonas de penumbra” na interpretação do direito (HART, H. L. A.. *Positivism and the separation of law and morals*. In: Harvard Law Review, volume 71, No. 4, February 1958. 606-607 pp.).

---

a segurança jurídica, finalidade para a qual a Administração Pública *pode* recorrer à edição de súmulas ou enunciados. Pela própria disposição legal, não é possível admitir uma obrigação de editar enunciados que possa implicar prejuízos à segurança jurídica.

No entanto, chama a atenção a aproximação que este dispositivo permite com o modelo de precedentes positivamente vinculantes enumerados no artigo 927 do Código de Processo Civil, em especial à hipótese referente a seu inciso V.<sup>353</sup> Assim como ocorre na codificação processual civil, atribui-se efeito vinculante, em caráter positivo, aos enunciados formulados pela autoridade pública a partir da sua jurisprudência. É, pois, possível afirmar que haveria tratamento vinculante aos enunciados proferidos a partir de processos administrativos, segundo o modelo de vinculação positiva observado na Inglaterra até 1966.

Essa aproximação, contudo, acaba trazendo consigo os problemas de aplicação ao processo administrativo da disposição do inciso V do artigo 927 do Código de Processo Civil. Como discutimos alhures, quando a Administração Pública for capaz de editar regulamentos ou de exercitar seu poder normativo, a edição de súmulas não terá sentido prático. Novamente, por que produzir súmulas a partir de julgados se é possível editar regulamentos com base num processo normativo próprio?

Aliás, em relação à finalidade de segurança jurídica, a edição de súmula pode representar um prejuízo em comparação com a edição de regulamentos. Se a súmula é uma síntese de decisões passadas, produzidas a partir de um contraditório dos interesses específicos envolvidos naqueles casos, o processo de edição de regulamentos permite uma ampla participação social para o debate em abstrato dos efeitos daquele comando jurídico em produção. A edição de súmulas acaba por excluir parte da participação social que se teria com a regular produção de regulamentos.

Não cremos que a imposição de restrições à participação social na edição de normas seja o caminho para atender ao comando do artigo 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A ampla participação social é uma oportunidade para o Estado coletar contribuições de agentes diversos, com suas mais diversas perspectivas, a dimensão real e as soluções possíveis para dos desafios da ação estatal. Especialmente no contexto de funções regulatórias sobre mercados, as transformações do Estado em direção à função regulatória revelam que não se pode preterir a colaboração social e assumir onisciência estatal sobre as demandas

---

<sup>353</sup> Veja-se o Item 7.2.1 no Capítulo VII retro.



públicas.<sup>354</sup> A edição de regulamentos, por isso, seguindo o rito de mais ampla participação social, deve preponderar sobre a produção de enunciados de súmulas, exatamente para contribuir com a perseguição da segurança jurídica.

## 8.2 A vedação à aplicação retroativa de nova interpretação do direito

Entre os fundamentos coletados por trabalhos na legislação brasileira, menciona-se também a vedação à aplicação retroativa de nova interpretação do direito, positivada na Lei de Processos Administrativos Federais. De fato, há expressa disposição nesse sentido no inciso XIII do parágrafo único do artigo 2º.<sup>355</sup>

O argumento é confuso, adiante-se. Em suma, os autores defendem que essa restrição dos efeitos da mudança de entendimento normativo assemelha-se com a técnica de superação de precedentes observada na experiência norte-americana e, desde 1966, na inglesa. A imutabilidade das decisões passadas após nova interpretação legal, continuam os autores, seria uma evidência de que o direito positivo reconhece que os entendimentos superados por nova interpretação eram vinculantes até a edição de nova orientação.

A proposta, no entanto, parece querer ler da lei algo que não se diz. Não se extrai do inciso XIII do parágrafo único do artigo 2º da Lei de Processos Administrativos Federais qualquer comando jurídico que obrigue, ou mesmo constranja, a Administração Pública a seguir precedentes,

O dispositivo, evidentemente, consagra a estabilização dos atos jurídicos perfeitamente constituídos por resultado de processo administrativo, ainda que varie a interpretação da lei que os fundamenta. Assim, para aludir a um exemplo, aquela construção feita a partir de uma autorização do Poder Público não será revogada por conta de um entendimento diferente manifestado pela autoridade administrativa em um novo pedido de autorização para construir. Não há, ademais, qualquer restrição ou condição nesses dispositivos

<sup>354</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Regulação econômica e social e participação público no Brasil*. In: IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Madrid, España: CLAD, 2004. pp. 01-07. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/mattos\\_regulacao%20economica%20.pdf](https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/mattos_regulacao%20economica%20.pdf). Acesso em 28 de abril de 2023.

<sup>355</sup> Parágrafo único, inciso XIII, do Artigo 2º da Lei de Processos Administrativos Federais: “Art. 2º (...) Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”

para que a Administração Pública revise sua interpretação da lei, ou seja, não é porque uma primeira licença de construção foi outorgada com base numa interpretação que a segunda deverá ser deferida.

O problema do argumento, parece-nos, está na leitura fragmentada do dispositivo legal. O próprio inciso XIII do parágrafo único do artigo 2º da Lei de Processos Administrativos Federais determina que a Administração Pública siga a interpretação que melhor garanta o atendimento da função administrativa. Em outros termos, a interpretação da norma variará com o escopo concreto de sua aplicação, devendo alterar-se sempre que as circunstâncias do caso permitirem e orientarem a maximização do atendimento das finalidades públicas.

Não há, portanto, como pretender dizer que a Administração Pública está vinculada a entendimentos passados fundamentando-se nesse dispositivo. Ao contrário, a redação dada ao inciso XIII do parágrafo único do artigo 2º da Lei de Processos Administrativos Federais permite deduzir a Administração Pública deve, sim, mudar seus entendimentos considerando a situação concreta de aplicação do direito. E mais do que isso, a obrigação vai além: essa mudança de entendimento da Administração Pública deve levar em conta sobretudo os elementos concretos da decisão presente, sem mencionar a superação, validade ou qualquer forma de pertinência do precedente. Queremos dizer que, ainda que o precedente permaneça válido e aplicável ao caso concreto, a Administração Pública deve deixar tomá-lo como fundamento, se houver interpretação mais favorável à função administrativa para a qual aquele processo administrativo se destina no momento da aplicação.

### 8.3 *O dever de motivação em face da jurisprudência*

Há, por fim, um último argumento fundamentado no inciso VII do artigo 50 da Lei de Processos Administrativos Federais.<sup>356</sup> O dispositivo impõe à Administração Pública, ao proferir suas decisões em processos administrativos, a obrigação de motivar atos que contrariem a “jurisprudência firmada sobre a questão”. Dizem os autores, com base neste comando, que está evidenciada a vinculação da Administração Pública em seguir seus próprios precedentes,

---

<sup>356</sup> Artigo 50, inciso VII, da Lei de Processos Administrativos Federais: “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: (...) VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais. (...)”

na medida em que a obriga a motivar a superação do entendimento passado.<sup>357</sup>

Nesse sentido, é preciso observar que a redação do artigo 50 da Lei de Processos Administrativos Federais obriga a Administração Pública a explicitar a motivação de sua decisão quando determinadas condições forem observadas; uma delas, previstas no inciso VII, refere-se à hipótese em que não for seguida a jurisprudência firmada sobre o objeto da decisão.

O dever de motivar decisões é um desdobramento da noção de devido processo legal num contexto de legalidade. Impõe-se à autoridade, como critério de validade da própria decisão, situar explicitamente os fundamentos jurídicos que a permitem ou desautorizam agir, como também identificar e qualificar juridicamente os fatos que instigam o exercício do poder estatal. Com isso, permite-se a crítica e o controle, social ou institucional, das decisões estatais.<sup>358</sup>

Sob o regime peculiar da função administrativa, o dever de motivar ganha contornos adicionais. Sendo ela própria interessada na realização do direito, para além de qualificar fatos entre os comandos jurídicos, a Administração Pública é levada a também explicitar o seu entendimento sobre o seu próprio dever legal perante aquela situação concreta sob sua decisão. É preciso justificar, assim, não apenas a correspondência de fatos aos conceitos normativos, como também identificar os interesses publicamente relevantes e endereçar sua realização.<sup>359</sup>

Pense-se, como ilustração, num pedido de restrição temporária de circulação de veículos numa via pública. Não bastará que Administração Pública indique o fundamento legal e demonstre a pertinência dos fatos com a permissão legal. Para que esta decisão não incorra em violação de outros deveres jurídicos do próprio Estado, a Administração Pública deverá, ademais, indicar que verificou e ponderou os impactos daquela decisão sobre os interesses sociais publicamente relevantes. Conforme for o caso, a autoridade deverá acatar o pedido

<sup>357</sup> Em ordem cronológica de publicação, citem-se: CARVALHO, Gustavo Marinho. *Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015. 142-148 pp.; HACHEM, Daniel Wunder. *Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, número 59, janeiro a março de 2015. 71 p.; LOPES FILHO, Juraci Mourão; BEDÊ, Fayga Silveira. *A força vinculante dos precedentes administrativos e o seu contributo hermenêutico para o Direito*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, número 66, outubro a dezembro de 2016. 258 p.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 108 p.; HEINEN, Juliano. *Precedente administrativo ou jurisprudência administrativa: a força normativa do art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, volume 66, número 1, janeiro a abril de 2021. 158-161 pp..

<sup>358</sup> TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Martial Pons, 2015. 20-21 pp.

<sup>359</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, número 23, janeiro a março de 2006. 47-48 pp.

desde que determinadas condições ou restrições sejam observadas.

Este aspecto é particularmente relevante quando o direito confere maiores margens de discricionariedade à autoridade administrativa. Ao mesmo tempo em que a discricionariedade importa numa permeabilidade das decisões jurídicas às razões circunstanciais da ocasião, o dever de motivar decisões nos processos administrativos estabelece parâmetros de controle jurídico sobre os aspectos políticos da ação estatal. A Administração Pública tem, portanto, margens circunstanciais para sua decisão, porém sujeitas a um controle jurídico do processo decisório.<sup>360</sup>

É nesse sentido que o dispositivo do inciso VII do artigo 50 da Lei de Processos Administrativos Federais aponta. Nas situações em que o direito propiciar zonas de discricionariedade ou margens interpretativas, a autoridade administrativa deverá decidir segundo a política pública que melhor atenda à função administrativa, isto é, a realização dos interesses publicamente relevantes envolvidos no caso concreto. No entanto, essa capacidade discricionária deverá justificar o entendimento que eventualmente divergir da jurisprudência já firmada sobre o tema.

Perceba-se que o comando não consiste numa obrigação jurídica de seguir o entendimento passado. A Administração Pública tem, sim, a prerrogativa (e o dever) de seguir entendimento diverso quando as circunstâncias decisórias assim orientarem para a maximização dos interesses publicamente relevantes. Contudo, impõe-se um dever de motivar – este sim uma obrigação –, isto é, de argumentar o porquê aquele novo entendimento é o mais adequado ao caso concreto.

Seguindo-se essa interpretação do inciso VII do artigo 50 da Lei de Processos Administrativos Federais, não nos parece possível extrair a ideia de uma necessária vinculação de precedentes. Se a Administração Pública ignorar a jurisprudência vigente mas oferecer motivações adequadas e suficientes para sustentar sua nova decisão, o comando do inciso VII do artigo 50 da Lei de Processos Administrativos Federais estará devidamente atendido.

Há uma diferença relevante entre, por um lado, justificar a decisão com base na legislação, nos fatos do caso ou nos argumentos doutrinários e, de outro, justificar distinções que permitiriam a mudança de entendimento ou a superação das razões de precedentes. Num

---

<sup>360</sup> ALBERTO, Marco Antônio Moraes. *A lei brasileira do processo administrativo como estrutura jurídica do poder político: parâmetros e possibilidades*. In: BITENCOURT NETO, Eurico (coord.); MARRARA, Thiago (coord.). *Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 291-301 pp.

primeiro cenário, tem-se que a decisão é tomada exclusivamente à luz do caso presente; noutro, decide-se em comparação necessária com outra decisão passada.

Desse modo, avaliando sob esta perspectiva, não nos parece válido o argumento dos autores que se respaldam no inciso VII do artigo 50 da Lei de Processos Administrativos Federais para argumentar em favor de um caráter vinculante dos precedentes em processos administrativos.<sup>361</sup> Para cumprir com esse dever de motivação, a autoridade pode oferecer razões e justificativas suficientes sustentar sua decisão, ainda que não cite ou analise casos passados.

É importante enfatizar que não estamos afirmando que a Administração Pública não possa motivar novos entendimentos por meio de distinções ou superações de precedentes. A análise de casos passados pode ser um raciocínio adequado para motivar seu novo entendimento, mas não é um elemento necessário à luz do comando do inciso VII do artigo 50 da Lei de Processos Administrativos Federais.

Para incrementar esse entendimento, destaque-se que o dispositivo menciona *jurisprudência*, mas não trata especificamente de precedente. Isso precisa ser observado com atenção. As noções de jurisprudência e de precedentes costumam ser tratadas distintamente, o que incorre em um sentido diferente para inciso VII do artigo 50 da Lei de Processos Administrativos Federais.

Enquanto o precedente é identificado em decisões individuais, a jurisprudência refere-se a um reiterado entendimento decisório. Há, assim, um critério quantitativo que deve ser observado.<sup>362</sup>

Como consequência prática, dizer que um precedente é vinculante importa dizer que uma única decisão pode constranger novas decisões. A jurisprudência, a seu turno, se lhe for

<sup>361</sup> CARVALHO, Gustavo Marinho. *Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015. 142-148 pp.; HACHEM, Daniel Wunder. *Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, número 59, janeiro a março de 2015. 71 p.; LOPES FILHO, Juraci Mourão; BEDÊ, Fayga Silveira. *A força vinculante dos precedentes administrativos e o seu contributo hermenêutico para o Direito*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, número 66, outubro a dezembro de 2016. 258 p.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 108 p.; HEINEN, Juliano. *Precedente administrativo ou jurisprudência administrativa: a força normativa do art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, volume 66, número 1, janeiro a abril de 2021. 158-161 pp..

<sup>362</sup> TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. In: Revista de Processo, número 199, 2011. 142 p.; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Altas, 2022. 121 p.

atribuído efeito vinculante, requererá que várias decisões se alinhem num mesmo sentido para vincular julgadores.<sup>363</sup>

Para além de uma questão formal, a distinção entre jurisprudência e precedente impacta a compreensão dos entendimentos passados que vinculam o julgador do presente. Porque a jurisprudência se firma em uma pluralidade de decisões, ela tende a ser compreendida por uma síntese comum a todos os julgamentos passados. Por sua vez, o precedente unitário permite identificar e levar em consideração as particularidades do raciocínio jurídico do julgador do passado, incluindo aspectos contextuais e o desenvolvimento lógico de seus argumentos.<sup>364</sup>

Por fim, esse aspecto quantitativo traz ainda mais um reflexo importante. Por ser tomada como um conjunto de decisões, a jurisprudência acaba comportando divergências de entendimentos entre suas decisões. Enquanto o conflito entre dois precedentes pode ser solucionado pelas técnicas de distinção ou superação, a jurisprudência abarcará entendimentos majoritários e minoritários.<sup>365</sup>

Portanto, é importante notar que o caráter difuso da jurisprudência, decorrente da pluralidade de julgados que a compõe, permite-a abrigar tendências e entendimentos distintos sobre uma mesma questão, ainda que contraditórios entre si. Se a Administração Pública seguir uma tendência ou outra de casos passados, estará de todo modo aderindo a jurisprudência firmada sobre a questão.

Para ilustrar esse aspecto, recorde-se dos julgados da Comissão de Valores Mobiliários a respeito do conflito de interesses em assembleias. Há jurisprudência adotando ambas as concepções do conflito de interesses, tanto a formal quanto a material. Se a autarquia seguir uma vertente ou outra, ainda estará seguindo a jurisprudência firmada sobre a questão.

A jurisprudência, portanto, tende a ser pouco propícia para vincular decisões. Seu aspecto difuso e potencialmente contraditório, decorrente da pluralidade de decisões que a formam, tende a suprimir sua capacidade de constranger julgadores a segui-la.

---

<sup>363</sup> TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. In: Revista de Processo, número 199, 2011. 142 p.

<sup>364</sup> TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. In: Revista de Processo, número 199, 2011. 143-144 pp.; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2022. 121 p.

<sup>365</sup> TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. In: Revista de Processo, número 199, 2011. 144-145 pp.

---

**QUARTA PARTE**

**CONCLUSÕES**

---





## CAPÍTULO IX

---

### CONCLUSÕES CRÍTICAS SOBRE O CASO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Nossa investigação tomou por início um retrato da relação da Comissão de Valores Mobiliários com seus próprios precedentes. Tendo situado a autarquia como um núcleo decisório da Administração Pública, responsável por funções regulatórias legalmente atribuídas e que adota o processo administrativo como técnica de formação decisória, pudemos observar um recorte empírico de decisões da autarquia e como diferentes entendimentos jurisprudências se comportam através dos julgamentos.

As conclusões sobre esse recorte empírico, porém, foram inconclusivas. Parece haver na jurisprudência da Comissão de Valores Mobiliários, ao mesmo tempo, entendimentos estáveis na jurisprudência e oscilações de posicionamentos institucionais da autarquia. Os casos levantados sugerem que, apenas com base na avaliação empírica, não é viável formular se precedentes vinculam de fato a Comissão de Valores Mobiliários.

No entanto, pudemos com isso reformular nossa questão de investigação. Ainda que a Comissão de Valores Mobiliários, na prática, nem sempre se vincule precedentes, existe um dever jurídico de segui-los? Em outros termos, há alguma norma no direito positivo brasileiro que obrigue, ou ao menos constranja, a Comissão de Valores Mobiliários a seguir entendimentos de decisões passadas?

Antes de buscar respostas a essas perguntas, buscamos endereçar premissas relevantes para a adequada compreensão da própria questão e, assim, colaborar com a consecução dessa pesquisa.

Em primeiro lugar, lançamos um olhar sobre a experiência no direito inglês e no direito norte-americano para entender o que significa um precedente vinculante sob a perspectiva do

---

direito. A comparação com esses direitos estrangeiros permitiu-nos fixar dois modelos de como precedentes se formam e vinculam novas decisões: na experiência inglesa, entre meados do século XIX e 1966, viu-se em vigor um regime tipicamente positivista de vinculação de precedentes; o modelo norte-americano, a seu turno, possibilitou-nos vislumbrar um modelo de precedentes estabelecidos pela prática jurídica e que vincula decisões num plano argumentativo.

Em seguida, tendo caracterizado um eventual comando jurídico de vinculação de precedente como uma norma processual, dedicamo-nos a firmar a noção do processo administrativo como espécie de uma disciplina geral de processualidade da atuação estatal. Pudemos, com isso, lançar duas hipóteses possíveis: a norma de vinculação de precedentes da Comissão de Valores Mobiliários poderia inserir-se na disciplina de todo o gênero da processualidade, como também poderia ser própria da especificidade administrativa do processo administrativo.

Com essas duas premissas fixadas, pudemos identificar dois vetores de investigação. Caberia buscar, de um lado, se a ideia de precedente vinculante provém do regime geral dos processos estatais ou especificamente da disciplina de processos administrativo; de outro, seríamos levados a avaliar se reconhecemos a norma eventualmente vigente no direito brasileiro aos moldes do modelo positivista de vinculação do precedente, à guisa da experiência britânica, ou do modelo de vinculação argumentativa, como vimos no paradigma norte-americano.

O cruzamento desses vetores investigativo permitiu-nos, assim, montar uma matriz de hipóteses investigativas. Pudemos, assim, esboçar as seguintes possibilidades:

- a) em *primeiro lugar*, precedentes são vinculantes em processos administrativos da Comissão de Valores Mobiliários por força de norma de direito positivo própria à disciplina jurídica da processualidade ampla e, por isso, obriga a Comissão de Valores Mobiliários a seguir seus precedentes;
- b) em *segundo lugar*, precedentes são vinculantes em processos administrativos da Comissão de Valores Mobiliários por força de uma práxis jurídica adotada no seu exercício decisório dentro de uma processualidade ampliada, razão pela qual a Comissão de Valores Mobiliários fica constrangida a seguir o modelo argumentativo de seus precedentes ou, ao menos, argumentar a sua distinção ou superação para deixar de segui-los;
- c) em *terceiro lugar*, precedentes são vinculantes em processos administrativos

---

da Comissão de Valores Mobiliários por força de norma de direito positivo própria à disciplina jurídica peculiar de sua função administrativa e, por isso, obriga a Comissão de Valores Mobiliários a seguir seus precedentes;

d) em *quarto lugar*, precedentes são vinculantes em processos administrativos da Comissão de Valores Mobiliários por força de uma prática jurídica adotada no seu exercício decisório dentro das peculiaridades de sua função administrativa, razão pela qual a Comissão de Valores Mobiliários fica constrangida a seguir o modelo argumentativo de seus precedentes ou, ao menos, argumentar a sua distinção ou superação para deixar de segui-los; e

e) em *quinto e último lugar*, precedentes não são, de qualquer modo, vinculantes em processos administrativos da Comissão de Valores Mobiliários.

Para percorrer o ordenamento jurídico brasileiro em busca dessas hipóteses, adotamos como guias as proposições já formuladas por trabalhos acadêmicos. A literatura disponível levou-nos a examinar disposições constitucionais, a codificação processual civil e a legislação específica de processos administrativos em vigor.

Entre as formulações pautadas no plano constitucional, esbarramos no conteúdo excessivamente vago de princípios. O conteúdo normativo dessas disposições não permite extrair comandos precisos e inequívocos sobre a vinculação de precedentes em processos administrativos da Comissão de Valores Mobiliários.

A codificação processual civil, embora lance comandos diretos sobre precedentes vinculantes no ambiente jurisdicional, pouco colabora com a investigação envolvendo processos administrativos. As hipóteses de precedentes previstas no artigo 927 do Código de Processo Civil, que vinculariam segundo o modelo positivista, não têm aplicabilidade jurídica e prática nos processos da Comissão de Valores Mobiliários. A vinculação argumentativa prevista no artigo 489, por sua vez, não pode ser adotada nos processos administrativos justamente em decorrência da impossibilidade da aplicação supletiva e subsidiária das normas processuais civis nas matérias em que existe disposição especial para o processo administrativo.

No plano específico da disciplina do processo administrativo, algumas proposições da literatura se mostraram inadequadas. A proposta baseada no artigo 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por exemplo, parte de uma premissa não necessariamente verdadeira de precedente vinculantes contribuem com a segurança jurídica. Outrossim, a vedação à aplicação retroativa de nova interpretação do direito, prevista no artigo 2º, inciso IX,

---

da Lei de Processos Administrativos Federais, não oferece elementos para acreditarmos que precedentes sejam vinculantes.

A disposição do artigo 50, inciso VII, da Lei de Processos Administrativos Federais também não permite reconhecer uma vinculação obrigatória a precedentes. Analisamos que o dever de motivação previsto no dispositivo não permite deduzir uma necessária obrigação de justificar a distinção ou superação do entendimento jurisprudencial vigente, mas – isto, sim – impõe a obrigação de prover motivações para a nova decisão, seja baseadas em precedentes ou não.

Após percorrer essa investigação, não identificamos qualquer fenômeno jurídico de vinculação de precedentes, nem por adesão à práxis institucional, nem por determinação do direito positivo. Consequentemente, também não se verifica qualquer dos modelos de vinculação do precedente, nem aquele visto na experiência inglesa, nem aquele praticado no Estados Unidos.

Portanto, alcançamos a conclusão de que *precedentes não são, de qualquer modo, vinculantes em processos administrativos da Comissão de Valores Mobiliários*, em linha com a quinta hipótese lançada na matriz anteriormente desenhada. Não é possível, assim, exigir da autarquia que siga um precedente passado.

No entanto, é importante ressaltar que a Comissão de Valores Mobiliários deve sempre decidir segundo a interpretação que melhor atenda as finalidades públicas que o direito impõe. Este é um comando exposto do artigo 2º, inciso IX, da Lei de Processos Administrativos Federais.

Existe, pois, uma vinculação da autarquia a uma finalidade – o melhor atendimento aos interesses publicamente relevantes. Se para cumprimento deste dever for necessário contrariar precedentes, a Comissão de Valores Mobiliários deverá fazê-lo expondo as razões que assim a orientam. Isto não representa, porém, qualquer forma de vinculação a precedentes.

Observe-se que essas conclusões permitem-nos lançar um esboço aplicável aos processos administrativos em geral. A análise do direito positivo, embora empreendida sob o recorte da Comissão de Valores Mobiliários, pode estender-se a toda a atuação da Administração Pública, pelo menos no plano federal. O regime específico de outros entes da Administração Pública poderia, assim, ser testado segundo a matriz originalmente lançada para as hipóteses desta investigação sobre a Comissão de Valores Mobiliários.

A despeito de nossa conclusão, lamentamos que não haja uma norma de vinculação da

---

Comissão de Valores Mobiliários no sentido que a obrigue justificar decisões que contrariem precedentes. Acreditamos que seria desejável que se impusesse à autarquia um dever jurídico de fundamentar o porquê de uma decisão sua deixar de seguir sua própria jurisprudência. Para além de oferecer motivos para a decisão em si, conviria que a Comissão de Valores Mobiliários endereçasse a distinção ou a superação dos entendimentos passados.

Repare-se que não sugerimos uma substituição da vinculação da autarquia à finalidade de atingimento dos interesses publicamente relevantes, previsto no artigo 2º, IX, da Lei de Processos Administrativos Federais. Pensamos que é favorável a capacidade da autarquia em rever seus posicionamentos à luz do melhor atendimento dos interesses publicamente relevantes. Com isso, ainda que houvesse vinculação de precedentes, a Comissão de Valores Mobiliários não poderia invocar precedentes como forma de recusa para a efetiva ponderação da situação concreta ou como meio de tolher a oportunidade de contraditório dos interesses legitimamente envolvidos.

O modelo de vinculação de precedentes, se fosse admitido pelo direito positivo, contribuiria com a identificação de um percurso progressivo da regulação do mercado de capitais. Uma boa ilustração disso é a jurisprudência da Comissão de Valores Mobiliários sobre colocação privada de quotas de fundos de investimento. Ainda que o entendimento tenha oscilado para rever o entendimento da Consulta sobre Fundos Privados e introduzir exceções, a orientação da autarquia evoluiu progressivamente através das decisões, a ponto de consolidar-se positivamente no artigo 22 da Instrução CVM 578/16.

De outro lado, esse modelo de vinculação do precedente preveniria as repentinas inversões de entendimento vistas com relação ao conflito de interesses entre acionistas e companhias. A Comissão de Valores Mobiliários não poderia escolher arbitrariamente o entendimento doutrinário que adotará sobre o conflito de interesses, se assim dispusesse o direito positivo. Seria desejável que a autarquia justificasse, a cada decisão, o porquê de estar preterindo uma concepção de conflitos de interesses em detrimento da outra.

A ideia de vinculação de precedentes no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários, desse modo, viria a reforçar o dever de motivação nos seus processos administrativos. Orientada pelo dever de buscar a interpretação jurídica que melhor atenda aos interesses publicamente relevantes para sua função administrativa, a autarquia assumiria o dever jurídico de comparar suas decisões com os precedentes disponíveis e justificar o porquê de o entendimento passado deva ser seguido, alterado ou afastado do caso concreto.



## REFERÊNCIAS

---

### BIBLIOGRAFIA

ADAMS, George Burton. *The Origin of the Common Law*. In: Yale Law Journal, Volume 34, No. 2, December 1924. 115-128 pp.

AKERLOF, George A.. *'The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism*. In.: The Quarterly Journal of Economics, volume 84, Issue 03, August 1970. 488-500 pp.

ALLEN, Carleton Kemp. *Precedent and Logic*. In Law Quarterly Review, volume 41, No. 3. 1925. 329-345 pp.

ALBERTO, Marco Antônio Moraes. *A lei brasileira do processo administrativo como estrutura jurídica do poder político: parâmetros e possibilidades*. In: BITENCOURT NETO, Eurico (coord.); MARRARA, Thiago (coord.). *Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 277-305 pp.

ALLEGRETTI, Umberto. *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*. In: Il Foro Italiano, volume 107, No. 7/8, luglio ad agosto di 1984. 205-220 pp.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

\_\_\_\_\_. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do Direito Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

ARAÚJO, Edmir Netto. *O direito administrativo e sua história*. In: Revista da Faculdade de Direito, volume 95, 2000. 147-166 pp.

---

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*, 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. *Teoria da segurança jurídica*, 5ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2019.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 15ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2014.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99*. In: Revista de Direito Constitucional & Administrativo, ano 14, número 58, outubro a dezembro de 2014. 107-135 pp.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. In: MACCORMICK, D. Neil (ed.); SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Aldershot, United Kingdom: Dartmouth; Brookfield, United States of America: Ashgate, 1997. 315-354 pp.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *O precedente administrativo como fator de autolimitação da discricionariedade negocial do poder público*. In: Civil Procedure Review, volume 13, número 2, maio a agosto de 2022. 135-155 pp.

BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.); MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 31-63 pp.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. In: *Quaestio Iuris*, volume 02, número 01, 2006. 01-48 pp.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. In: Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1952. 118-145 pp.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. *Comandos e Conselhos*. In: \_\_\_\_\_. *Estudos por uma Teoria Geral do Direito*. Barueri: Manole, 2015. 43-74 pp.

\_\_\_\_\_. *Direito e Poder*. São Paulo: Editora UNESP, 2008.



- 
- \_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 2ª edição. São Paulo: Edipro, 2014.
- BOON, Andrew; WEBB, Julian. *Legal Education and Training in England and Wales: Back to the Future?* In: *Journal of Legal Education*, volume 58, No. 1, 2008. 79-121 pp.
- BORBA, Gustavo Tavares (org.); BORBA, Rodrigo Tavares (org.); ALMEIDA, José Gabriel Assis de (org.). *Comissão de Valores Mobiliários: precedentes comentados*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil (arts. 926 a 1.072). Volume 4*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Altas, 2022.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli, Italia: Morano, 1958.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Generale del Diritto*, Terza Edizione. Roma, Italia: Foro Italiano, 1951.
- CARVALHO, Fabiano; GOUVÊA, José Roberto F. (coord.); BONDIOLI, Luís Guilherme A. (coord.); FONSECA, João Francisco N. da (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil. Volume XIX (arts. 926 a 993): da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2022.
- CARVALHO, Gustavo Marinho. *Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- CASSESE, Sabino. *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano, Italia: Giuffrè Editore, 2010.
- \_\_\_\_\_. *New paths for administrative law: a manifesto*. In: *International Journal of Constitutional Law*, volume 10, issue 3, July 2012. 603-613 pp.
- \_\_\_\_\_. *La Sonrisa del Gato, o de los Métodos de Estudio del Derecho Público*. In: \_\_\_\_\_. *Derecho Administrativo: Historia y Futuro*. Sevilla, España: Global Law Press / Editorial Derecho Global, Instituto Nacional de Administración Pública, 2014. 385-397 pp.
- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

---

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 29ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2013.

COSTA, Piero. *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*. In: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, volume 50, 2021. 29-118 pp.

CRANCH, William. *Reports of cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States, in August and December Terms, 1801, and February Term, 1803*, volume I. Washington City, United States: Rapine, Conrad and Co., 1804. 137-180 pp.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

DAWSON, John P.. *The Oracles of the Law*. Ann Arbor, United States: University Of Michigan, 1968.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Do Direito Privado na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1989.

\_\_\_\_\_. *500 anos de direito administrativo brasileiro*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, número 5, janeiro a março de 2006.

DICEY, Albert Venn. *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan and Co., 1885.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *A ordem do processo nos tribunais no CPC-2015 e o sistema de precedentes: voto vencido, redação de acórdão e colheita de votos*. In: Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, volume 1, número 1, maio a agosto de 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 15ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2013.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York, United States: Cambridge University Press, 2008.

EISENMANN, Charles. *O direito administrativo e o princípio da legalidade*. In: Revista de Direito Administrativo, volume 56, 1959. 47-70 pp.

EIZIRIK, Nelson. *Caracterização Jurídica da Emissão Pública de Valores Mobiliários*. In.: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 83, julho a setembro de 1991. 55-62 pp.

---

\_\_\_\_\_. *Regulação e auto-regulação do mercado de valores mobiliários*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 48, outubro a dezembro de 1982. 48-59 pp.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, Quinta Edizione. Padova, Italia: CEDAM, 1989.

FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, 4ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*, Segunda Edição. São Paulo: Atlas, 2021.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, número 06, 2001. 13-28 pp.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Assimetria de informações no mercado de capitais*. In: Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 1, número 5, 2015. 1025-1049 pp.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Delle forme di espressioni del diritto*. In: Revista da Faculdade de Direito, volume 70, Universidade de São Paulo, 1975. 139-163 pp.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La democracia y el lugar de la ley*. In: \_\_\_\_\_; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*. Madrid, España: Civitas, 1997. 17-62 pp.

GEORGE, Robert P.. *Natural Law*. In: Harvard Journal of Law & Public Policy, Volume 31, No. 1, 2008. 171-196 pp.

GIORGI, Raffaele de. *Scienza del Diritto e Legittimazione*. Lecce, Italia: Pensa Multimedia, 1998.

GOODHART, Arthur L.. *Case Law in England and America*. In: Cornell Law Quarterly, volume 15, No. 2, February 1930. 173-193 pp.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *A participação no processo administrativo*. In: MEDAUAR, Odete (org.); SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 79-97 pp.

HACHEM, Daniel Wunder. *Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, número 59, janeiro a março de 2015. 63-91 pp.

---

HAMILTON, Alexander. *The Federalist Papers: No. 78*. Disponível em: [https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed78.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp). Acesso em 23 de dezembro de 2022.

HARRISON, John. *The Power of Congress over the Rules of Precedent*. In: Duke Law Journal, volume 50, No. 2, November 2000. 503-544 pp.

HART, H. L. A.. *Positivism and the separation of law and morals*. In: Harvard Law Review, volume 71, No. 4, February 1958. 593-629 pp.

HARTOG, Hendrick. *Pigs and Positivism*. In: Wisconsin Law Review, volume 1985, No. 4. 899-936 pp.

HARVARD LAW REVIEW. *Constitutional Stare Decisis*. In: Harvard Law Review, volume 103, No.6, April 1990. 1344-1362 pp.

HAWES, Douglas W.; SHERRARD, Thomas J.. *Reliance on Advice of Counsel as a Defense in Corporate and Securities Cases*. In: Virginia Law Review, volume 62, No. 1, February 1976. 01-148 pp.

HEINEN, Juliano. *Precedente administrativo ou jurisprudência administrativa: a força normativa do art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, volume 66, número 1, janeiro a abril de 2021. 149-167 pp.

\_\_\_\_\_. *Processo administrativo e transparência*. In: BITENCOURT NETO, Eurico (coord.); MARRARA, Thiago (coord.). *Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 133-154 pp.

HERRERA, Carlos Miguel. *Estado, Constituição e Direitos Sociais*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 102, janeiro a dezembro de 2007. 371-395 pp.

HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. In: Harvard Law Review, volume 110, No. 5, March 1997. 991-1009 pp.

KELSEN, Hans. *La Teoría Pura del Derecho*, Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina: Losada, 1946.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KEMPIN JR., Frederick G.. *Precedents and Stare Decisis: The Critical Years, 1800 to 1850*. In: The American Journal of Legal Theory, volume 3, No. 1, January 1959. 28-54 pp.

---

LANGBEIN, John H.. *Modern Jurisprudence in the House of Lords: the Passing of London Tramways*. In: Cornell Law Review, volume 53, No. 5, 1967-1968. 807-813 pp.

LAW QUARTERLY REVIEW. *Notes*. In: Law Quarterly Review, volume 14, issue 4, 1898. 331-342 pp.

LAWSON, Gary. *Panel II: Stare Decisis and Constitutional Meaning. The Constitutional Case Against Precedent*. In: Harvard Journal of Law & Public Policy, volume 17, 1994. 23-34 pp.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

LEWIS, T. Ellis. *The History of Judicial Precedent*. In: Law Quarterly Review, volume 47, issue 3, 1931. 411-437 pp.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. In: Revista de Informação Legislativa, ano 36, número 141, janeiro a março de 1999. 99-109 pp.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Hermenêutica e completude do ordenamento*. In: Revista de Informação Legislativa, número 104, outubro a dezembro de 1989. 237-246 pp.

\_\_\_\_\_. *O problema teórico das lacunas e a defesa do consumidor*. In: Revista de Informação Legislativa, número 99, julho a setembro de 1988. 239-246 pp.

LOPES FILHO, Juraci Mourão; BEDÊ, Fayga Silveira. *A força vinculante dos precedentes administrativos e o seu contributo hermenêutico para o Direito*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, número 66, outubro a dezembro de 2016. 239-265 pp.

LORIA, Eli; KALANSKY, Daniel. *Processo Sancionador e Mercado de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

LOSANO, Mario G.. *Os grandes sistemas jurídicos. introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 324 p.

LOSS, Louis. *O Papel do Governo na Proteção dos Investidores*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 58, abril a junho de 1985. 71-88 pp.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Precedentes Administrativos e a Vinculação da Atividade Administrativa*. Curitiba: Juruá, 2017.

---

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.. *Further General Reflections and Conclusions*. In: \_\_\_\_\_. (eds.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Aldershot, United Kingdom: Dartmouth; Brookfield, United States of America: Ashgate, 1997. 531-550 pp.

\_\_\_\_\_. *Introduction*. In: \_\_\_\_\_. (eds.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Aldershot, United Kingdom: Dartmouth; Brookfield, United States of America: Ashgate, 1997. 01-15 pp.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.); JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. pp. 353-415.

\_\_\_\_\_. *O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law*. In: *Revista de Direito Administrativo*, volume 268, janeiro a abril de 2015. 55-81 pp.

\_\_\_\_\_. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARRARA, Thiago. *Princípios do processo administrativo*. In: *Revista Digital de Direito Administrativo*, volume 7, número 1, 2020. 85-116 pp.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *O conceito científico de processo administrativo*. In: *Revista de Direito Administrativo*, volume 235, janeiro a março de 2004. 321-381 pp.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Regulação econômica e social e participação público no Brasil*. In: IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Madrid, España: CLAD, 2004. pp. 01-22. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/mattos\\_regulacao%20economica%20.pdf](https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/mattos_regulacao%20economica%20.pdf). Acesso em 28 de abril de 2023.

MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *O conceito de valor mobiliários*. In: *Revista de Administração de Empresas*, volume 25, número 2, abril a junho de 1985. 37-51 pp.

\_\_\_\_\_. *Direito dos Valores Mobiliários*, volume 1. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2015.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, 3ª edição. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999: formação e características centrais*. In: BITENCOURT NETO, Eurico (coord.); MARRARA, Thiago (coord.). *Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 13-21 pp.

---

\_\_\_\_\_. *A processualidade no direito administrativo*, 3ª ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

\_\_\_\_\_. *O princípio da razoável duração do processo administrativo*. In: \_\_\_\_\_. (org.); SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 99-107 pp.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de Direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015*. In: Revista dos Tribunais, volume 974, dezembro de 2016. 129-154 pp.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MERKL, Adolf. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Santiago, Chile: Olejnik, 2018.

MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A.. *Sociedade por ações: jurisprudência, casos e comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MONAGHAN, Henry Paul. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. In: Columbia Law Review, volume 88, No. 4, May 1988. 723-773 pp.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril, 1973.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit Administratif*, 11<sup>e</sup> édition. Paris, France: Montchrestien, Lextenso, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015*, 5ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. *O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no direito administrativo*. In: Revista de Direito Administrativo, volume 273, setembro a dezembro de 2016. 313-334 pp.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. *Art. 30 da LINDB – O dever público de incrementar a segurança jurídica*. In: Revista de Direito Administrativo, edição especial, novembro de 2018. 243-274 pp.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*, 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

---

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OTTO, William T.. *Cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States, October Term, 1877*. Boston, United States: Little, Brown and Company, 1878.

PARENTE, Norma Jonssen. *A aquisição excepcional de voto para viabilizar a tomada de decisão em Assembleia Geral na qual acionistas com voto estão impedidos – Caso EMAE 2*. In: BORBA, Gustavo Tavares (org.); BORBA, Rodrigo Tavares (org.); ALMEIDA, José Gabriel Assis de (org.). *Comissão de Valores Mobiliários: precedentes comentados*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 277-290 pp.

POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederick William. *The History of English Law Before the Time of Edward I*. London, United Kingdom: Cambridge University Press, 1895.

PUGSLEY, David. *London Tramways (1898)*. In: *Journal of Legal History*, volume 17, No. 2, August 1996. 172-184 pp.

QUEIROZ, José Eduardo Carneiro. *Valor mobiliário, oferta pública e oferta privada: conceitos para o desenvolvimento do mercado de capitais*. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, volume 11, número 41, julho a setembro de 2008. 121-126 pp.

REINO UNIDO. The House of Commons of the Great Britain. *The Statutes of the Realm*, Volume The First. 1810.

\_\_\_\_\_. The House of Lords. *The English Reports*, Volume X. Edinburgh, United Kingdom: William Green and Sons; London, United Kingdom: Stevens & Sons, 1901. 826-866 pp.

ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. *As Consequências Institucionais do Novo Conceito de Valor Mobiliários: as Competências do CMN, do Bacen e da CVM*. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). *Aspectos atuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais*, 2º Volume. São Paulo: Dialética, 2000. 65-78 pp.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angústias e desconfianças*. In: *Revista de Processo*, volume 259, setembro de 2016. 307-329 pp.

SACCO, Rodolfo. *One Hundred Years of Comparative Law*. In: *Tulane Law Review*, volume 75, No. 4, March 2001. 1159-1176 pp.



---

SALLES, Roberto; FONSECA, Juliana; ABRANTES, Emmanuel. *Aspectos Práticos e Regulamentares da Tributação de Fundos de Investimentos*. In: FREITAS, Bernardo Vianna (coord.); VERSIANI, Fernanda Valle (coord.). *Fundos de Investimentos: Aspectos Jurídicos, Regulamentares e Tributários*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. 339-366 pp.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação, Desenvolvimento e Meio Ambiente*. In: \_\_\_\_\_. (org.). *Regulação e Desenvolvimento. Novos Temas*. São Paulo: Malheiros, 2011. 15-59 pp.

SANDULLI, Aldo M.. *Il procedimento amministrativo*. Milano, Italia: Giuffrè, 1964.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. New York, United States: Claredon Press, Oxford University Press, 1991.

\_\_\_\_\_. *Precedent*. In: Stanford Law Review, volume 39, No. 3, February 1987. 571-606 pp.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Legitimidade processual e tipos de processo administrativo*. In: Interesse Público, ano 12, número 62, julho a agosto de 2010. 83-123 pp.

\_\_\_\_\_. *Livre iniciativa nos serviços públicos, 2ª ed.*. Belo Horizonte: Fórum 2022.

\_\_\_\_\_. *As partes do processo administrativo: os papéis da Administração Pública na Lei Federal de Processos Administrativos*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, número 46, outubro a dezembro de 2011. 115-135 pp.

\_\_\_\_\_. *Os Princípios do Processo Administrativo*. In: Boletim de Direito Administrativo, volume 25, número 4 abril de 2009. 429-443 pp.

\_\_\_\_\_. *O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia*. In: MEDAUAR, Odete (org.); \_\_\_\_\_. (org.). *Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 09-51 pp.

\_\_\_\_\_. *A regulação brasileira do mercado de capitais: restrição da autonomia privada para a satisfação do interesse público*. In: Revista de Direito Público da Economia, ano 4, número 16, outubro a dezembro de 2006. 183-220 pp.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La dogmática del derecho administrativo*. Sevilla, España: Global Law Press / Editorial Derecho Global, Instituto Nacional de Administración Pública, 2021.

---

SILVA, José Afonso da. *A Lei*. In: Revista de Direito Administrativo, volume 215, janeiro a março de 1999. 09-18 pp.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021.

\_\_\_\_\_. *Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial*. In: Revista Direito GV, volume 2, número 1, janeiro a junho de 2006. 191-210 pp.

SIMPSON, A. W. B.. *The Common Law and Legal Theory*. In: \_\_\_\_\_. (ed.) *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series. Oxford, United Kingdom: Clarendon Press, 1973. 77-99 pp.

SORACE, Domenico; TORRICELLI, Simone. *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, decima edizione. Bologna, Italia: Mulino, 2018.

SOUZA, Rodrigo Pagani. *As várias faces do princípio do contraditório no processo administrativo*. In: MEDAUAR, Odete (org.); SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 109-173 pp.

STRECK, Lenio Luiz. *Decisão Jurídica em Tempos Pós-Positivistas*. In: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, volume 4, número 12, julho a setembro de 2010. 247-271 pp.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Crítica à doutrina dos princípios no direito administrativo*. In: \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo para Céticos*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 179-203 pp.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *A importância do procedimento administrativo*. In: Revista de Direito Público, número 64, outubro a dezembro de 1987. 64-74 pp.

\_\_\_\_\_. *As leis de processo administrativo e o desenvolvimento institucional*. In: \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo para Céticos*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 293-316 pp.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, número 23, janeiro a março de 2006. 39-51 pp.

SUNSTEIN, Cass R.. *The Idea of Useable Past*. In: Columbia Law Review, volume 95, No. 3, April 1995. 601-608 pp.

---

TAMANAH, Brian Z.. *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*. In: Sydney Law Review, volume 30 No. 3, 2008 375-411 pp.

TARUFFO, Michele. *Institutional Factors Influencing Precedents*. In: MACCORMICK, D. Neil (ed.); SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Aldershot, United Kingdom: Dartmouth; Brookfield, United States of America: Ashgate, 1997. 437-460 pp.

\_\_\_\_\_. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Martial Pons, 2015.

TAVARES, André Ramos; MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2022.

TEDESCHI, Augusto Guimarães. *O Estado brasileiro e o mercado de capitais: análise crítica de suas funções regulatórias e suas estruturas administrativas*. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, volume 87, janeiro a março de 2020. 81-101.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O processo civil na nova constituição*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, número 32, 1989. 179-190 pp.

TEPEDINO, Gustavo. *Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República*. In: [Syn]Thesis – Cadernos do Centro de Ciências Sociais, volume 5, número 1, 2012. 15-21 pp.

TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. *Les force des précédents et les effets pervers em droit*. In: \_\_\_\_\_. *La Théorie du Droit, Le Droit, L'État*. Paris, France: Presses Universitaires de France, 2001. 163-167 pp.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. In: MACCORMICK, D. Neil (ed.); SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Aldershot, United Kingdom: Dartmouth; Brookfield, United States of America: Ashgate, 1997. 103-140 pp.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*, 2ª edição. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

\_\_\_\_\_. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.); CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.); ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de (coord.); MACÊDO, Lucas Buriel de (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2015. 445-457 pp.

---

\_\_\_\_\_. *Variações sobre precedentes judiciais vinculantes e persuasivos*. In: \_\_\_\_\_ . *O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. 67-82 pp.

UNGER, Roberto Mangabeira. *A alternativa nacional e o setor de infraestrutura*. In: Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, volume 1, abril a junho de 2017. 23-37 pp.

VON WRIGHT, Georg Henrik. *Norm and action: a logical enquiry*. London, United Kingdom: Routledge & Kegan Paul; New York, United States of America: The Humanities Press, 1963.

WYATT, Walter (rep.). *United States Reports, Volume 328, Cases Adjudged in the Supreme Court at October Term, 1945, from April 22, 1946 (concluded) to and including June 10, 1946 (End of Term)*. Washington, United States: United States Government Printing Office, 1947. 293-302 pp.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2016.

#### LEGISLAÇÃO E DEMAIS FONTES NORMATIVAS CITADAS

Lei Federal nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976, conforme alterada

Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, conforme alterada

Lei Federal nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, conforme em vigor até a edição da Medida Provisória nº 1.103, de 15 de março de 2022

Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, conforme alterada

Lei Federal nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, conforme alterada

Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, conforme alterada

Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, conforme alterado

Decreto Federal nº 9.830, de 10 de junho de 2019

Decreto Federal nº 10.139, de 28 de novembro de 2019

Resolução do Banco Central do Brasil nº 454, de 16 de novembro de 1977

Resolução da Comissão de Valores Mobiliários nº 45, de 31 de agosto de 2021

Resolução da Comissão de Valores Mobiliários nº 46, de 31 de agosto de 2021

Resolução da Comissão de Valores Mobiliários nº 67, de 10 de março de 2022

Deliberação da Comissão de Valores Mobiliários nº 738, de 1º de junho de 2015

---

*DECISÕES CITADAS DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS*

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Inquérito Administrativo CVM nº 23/99. Decisão do Colegiado datada de 26 de outubro de 2000. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2000/20001026\\_2399.html](https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2000/20001026_2399.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022. (Caso VASP)

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Inquérito Administrativo CVM nº RJ2001/4977. Decisão do Colegiado datada de 19 de dezembro de 2001. Disponível em:

[https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2001/20011219\\_RJ20014977.html](https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2001/20011219_RJ20014977.html).

Acesso em 28 de dezembro de 2022. (Caso TIM)

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2002/1153. Decisão do Colegiado datada de 06 de novembro de 2002. Disponível em:

[https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2002/20021106\\_RJ20021153.html](https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2002/20021106_RJ20021153.html).

Acesso em 28 de dezembro de 2022. (Caso Tele Norte Leste)

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2002/3032. Decisão do Colegiado datada de 13 de maio de 2003. Disponível em:

[https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2003/20030513\\_R1/20030513\\_D03.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2003/20030513_R1/20030513_D03.html). Acesso em 28

de dezembro de 2022. (Caso de CRI da Companhia Energética Paulista)

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2004/5494. Decisão do Colegiado datada de 16 de dezembro de 2004. Disponível em:

[https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2004/20041216\\_R1/20041216\\_D04.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2004/20041216_R1/20041216_D04.html). Acesso em 28

de dezembro de 2022. (Caso Ambev)

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2005/2345. Decisão do Colegiado datada de 21 de fevereiro de 2006. Disponível em:

[https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2006/20060221\\_R1/20060221\\_D01.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2006/20060221_R1/20060221_D01.html). Acesso em 28

de dezembro de 2022. (Consulta sobre Fundos Privados)

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2006/8141. Decisão do Colegiado datada de 28 de novembro de 2006. Disponível em:

[https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2006/20061128\\_R1/20061128\\_D08.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2006/20061128_R1/20061128_D08.html). Acesso em 28

de dezembro de 2022. (Caso Star FIP)

---

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2009/3736. Decisão do Colegiado datada de 09 de março de 2010. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2010/20100309\\_R1/20100309\\_D23.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2010/20100309_R1/20100309_D23.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022. (Caso Fundo Trust HSBC)

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2011/14594. Decisão do Colegiado datada de 27 de março de 2012. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2012/20120327\\_R1/20120327\\_D08.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2012/20120327_R1/20120327_D08.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022. (Caso Arena FII)

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2012/12177. Decisão do Colegiado datada de 26 de março de 2013. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2013/20130326\\_R1/20130326\\_D04.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2013/20130326_R1/20130326_D04.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022. (Primeiro Caso de CRI Rede D'Or)

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2002/2405. Decisão do Colegiado datada de 09 de outubro de 2013. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2003/20031009\\_RJ20022405.html](https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2003/20031009_RJ20022405.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022. (Caso BID)

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2013/6635. Decisão do Colegiado datada de 26 de maio de 2015. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2015/20150526\\_PAS\\_RJ20136635.html](https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2015/20150526_PAS_RJ20136635.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022. (Caso Eletrobras)

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ 2014-11253. Decisão do Colegiado datada de 30 de junho de 2015. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2015/20150630\\_R1/20150630\\_D9744.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2015/20150630_R1/20150630_D9744.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022. (Caso Panela FC)

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2015/5021. Decisão do Colegiado datada de 25 de agosto de 2015. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2015/20150825\\_R1/20150825\\_D9784.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2015/20150825_R1/20150825_D9784.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022. (Caso Eneva)

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2015/10276. Julgamento do Colegiado datado de 11 de julho de 2017. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2017/20170711\\_PAS\\_RJ201510276.html](https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2017/20170711_PAS_RJ201510276.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022. (Caso Petrobras)

---

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2014/10556. Decisão do Colegiado datada de 29 de novembro de 2017. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2017/RJ\\_201410556\\_Forjas-Taurus.html](https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2017/RJ_201410556_Forjas-Taurus.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022. (Caso Forjas Taurus)

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo SEI nº 19957.010578/2017-50. Decisão do Colegiado datada de 12 de dezembro de 2017. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2017/20171212\\_R1/20171212\\_D0869.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2017/20171212_R1/20171212_D0869.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022. (Segundo Caso de CRI Rede D'Or)

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº RJ2013/11703. Decisão do Colegiado datada de 31 de julho de 2018. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2018/20180731\\_PAS\\_RJ201311703.html](https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2018/20180731_PAS_RJ201311703.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022. (Caso HRT Petróleo)

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo SEI nº 19957.000088/2015-83. Decisão do Colegiado datada de 02 de julho de 2019. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2019/20190702-PAS-03-2011.html>. Acesso em 28 de dezembro de 2022. (Caso Brasil Telecom)

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo CVM nº SP2017/493. Decisão do Colegiado datada de 24 de setembro de 2019. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2019/20190924-PAS-SP2017-493.html>. Acesso em 28 de dezembro de 2022. (Caso Bahema)

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo SEI nº 19957.007552/2016-43. Decisão do Colegiado datada de 29 de setembro de 2020. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2020/20200929\\_PAS\\_199570075522\\_016-43.html](https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2020/20200929_PAS_199570075522_016-43.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022. (Caso Recrusul)

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Colegiado. Processo SEI nº 19957.005563/2020-75. Decisão do Colegiado datada de 13 de novembro de 2020. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2020/20201113\\_R1/20201113\\_D1979.html](https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2020/20201113_R1/20201113_D1979.html). Acesso em 28 de dezembro de 2022. (Caso Linx-Stone)

*DECISÕES CITADAS DE AUTORIDADES DE DIREITO ESTRANGEIRO*

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Marbury v. Madison* (1803).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Securities and Exchanges Commission v. W. J. Howey Co. et al.* (1946).

REINO UNIDO. House of Lords. *Bishop of London v. Ffytche* (1783). *House of Lords*, Reino Unido.

REINO UNIDO. House of Lords. *Fletcher v. Soudes* (1827).

REINO UNIDO. House of Lords. *Edinburgh St. Tramways Co. v. Lord Provost of Edinburgh* (1894).

REINO UNIDO. House of Lords. *London Tramways v. London County Council* (1898).

\* \* \*