Contribuição da advocacia pública para o sistema brasileiro de justiça por meio do regime de precedentes obrigatórios

Pedro Fabris de Oliveira¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Uma *proposta* de sistema de precedentes e um *projeto* para a Justiça Civil brasileira: a precisa definição das funções dos tribunais como pressuposto para o funcionamento eficiente do sistema de justiça; 3 – O sistema brasileiro de precedentes; 4 – A importância da correta assimilação do modelo brasileiro de precedentes e de julgamento de casos repetitivos pelos entes públicos e os instrumentos processuais disponíveis para o advogado público; 5 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

O Novo Código de Processo Civil (CPC/2015), instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015,² em substituição àquele veiculado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC/1973), deu continuidade a um processo já iniciado no sistema jurídico brasileiro de conferir autoridade vinculante a determinadas decisões de tribunais – sobretudo os tribunais superiores – e a alguns enunciados de súmula.

1 Procurador do Estado de São Paulo.

2 E alterado pela Lei nº 13.256/2016 – que modifica regras sobre o juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, ação rescisória, reclamação, embargos de divergência e agravo em recursos especial e extraordinário – antes mesmo de entrar em vigor.

O modelo criado pela nova codificação ampliou as hipóteses de precedentes vinculantes, bem como incrementou os instrumentos processuais disponíveis às partes para fazer respeitar um precedente obrigatório. Houve, pois, uma evolução no sistema brasileiro para garantir a observância dos precedentes firmados pelos tribunais, sobretudo os tribunais superiores.

Apesar do grande passo evolutivo em busca de um modelo de *stare decisis* – no qual a estabilidade e a previsibilidade do direito são garantidas pelo respeito aos precedentes –, o CPC/2015 criou um regime que ainda apresenta distorções e dubiedades incompatíveis com um sistema que pretende garantir isonomia e segurança jurídica.

O presente texto tem três objetivos principais, destrinchados nos três tópicos subsequentes: (I) apresentar uma proposta de sistema de precedentes fundada na precisa definição das funções que os tribunais devem exercer em um sistema de justiça, diferenciando as Cortes Supremas dos Tribunais de Apelação (Cortes Superiores) para demonstrar que eles possuem papéis distintos na distribuição da justiça; (II) analisar o sistema de precedentes existente no Brasil, a partir da interpretação dos dispositivos constitucionais e legais pertinentes, sobretudo o CPC/2015; (III) demonstrar que a alteração promovida pela nova codificação processual no regime brasileiro de precedentes conferiu novos instrumentos processuais para as partes e para os magistrados, transformando a forma de litigar. Demonstrar, ainda, como essa transformação afetou a forma de litigar dos entes públicos, impondo à advocacia pública a incumbência de bem compreender o novo sistema para garantir a representação judicial adequada da Fazenda Pública. Analisar, por fim, os novos desafios da advocacia pública à luz do sistema de precedentes criado pelo CPC/2015, demonstrando que a correta aplicação do novo modelo é indispensável tanto para a defesa eficiente dos entes públicos quanto para o bom funcionamento do sistema brasileiro de justiça.

2. Uma proposta de sistema de precedentes e um projeto para a Justiça Civil brasileira: a precisa definição das funções dos tribunais como pressuposto para o funcionamento eficiente do sistema de justiça

O CPC/2015, no artigo 927, ampliou e sistematizou as hipóteses de precedentes obrigatórios no peculiar sistema brasileiro de precedentes.

Assim, aprofundou o processo de aproximação entre o modelo brasileiro do *civil law* e o modelo do *common law*³, consolidando no Brasil a ideia de necessidade de respeito às decisões dos tribunais superiores para conferir estabilidade e previsibilidade ao direito (*stare decisis*).

A consagração normativa feita pelo CPC/2015 é a aplicação legal da evolução da própria teoria do direito – mais especificamente da teoria da interpretação (que passou a diferenciar texto e norma) – e do papel que o Poder Judiciário assumiu no Estado Constitucional de Direito. Com efeito, ficou superada a ideia de que o Poder Judiciário tem como função tão somente a resolução de conflitos e passou a ser reconhecida a sua função de desenvolvimento do direito ou enriquecimento das normas jurídicas⁴.

Em outras palavras, ganhou destaque a noção de que a decisão judicial expressa um duplo discurso: a prolação de uma decisão justa para as partes no processo (dimensão particular da tutela dos direitos) e a formação e o respeito ao precedente judicial para a sociedade como um todo visando a conferir unidade ao direito. “É necessário perceber, portanto, a necessidade de um duplo discurso no processo a partir da decisão judicial – um discurso ligado às partes e um discurso ligado à sociedade. Sem esse duplo discurso, a Justiça Civil será incapaz de realizar os direitos proclamados pela ordem jurídica e de orientar de forma segura a conduta social.”⁵

3 Com a globalização e o conseqüente incremento da comunicação entre os doutrinadores e as cortes de diferentes países, passou a ser percebida uma maior influência e aproximação entre os direitos dos países. Tal fenômeno já foi denominado de transconstitucionalismo, cross-constitucionalismo, transjudicialismo e mundialização do direito. Nesse contexto, observa-se também uma aproximação recíproca entre os modelos *civil law* (que tem como principal fonte do direito a legislação) e *common law* (no qual há maior valorização dos precedentes, e a legislação é considerada fonte secundária e tem aplicação literal e restritiva). Enquanto países do *civil law* passam por uma valorização dos precedentes, países do *common law* estão aumentando a utilização da legislação. (PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 145-147; MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 245, p. 333 – 349, jul/2015).

4 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 290.

5 MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 28.

A doutrina tem analisado a inovação legislativa de diversas formas. Ora para dizer que a vinculação aos precedentes prevista por lei ordinária é inconstitucional⁶; ora para criticar a heterogeneidade das hipóteses de precedentes obrigatórios previstas no artigo 927 do CPC/2015⁷. Há, ainda, quem reconheça a constitucionalidade do dispositivo legal, bem como a utilidade e a peculiaridade do modelo de precedentes obrigatórios existente no Brasil⁸.

A crítica formulada por Luiz Guilherme Marinoni ao sistema de vinculação de decisões judiciais instituído pelo CPC/2015 decorre, sobretudo, do modelo que o autor apresenta como ideal para um regime de precedentes, *fundamentado na definição precisa das diferentes funções que os tribunais devem exercer no sistema de justiça brasileiro*.

Segundo o autor, os tribunais de apelação (Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal) têm como função “[...] *revisar a ‘justiça’ das sentenças de primeiro grau sem qualquer restrição. [...] a função dos tribunais é resolver litígios, e não atribuir sentido ao direito*”. São, portanto, tribunais de correção, de controle, de jurisprudência.

Por outro lado, as Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) possuem a função de outorgar sentido e unidade ao direito; ou seja, produzem precedentes com a expectativa de que haja “[...] *aderência das soluções jurídicas à realidade e à cultura sociais, ou seja, a emissão de decisões capazes de atribuir ao direito um sentido conforme as necessidades da vida das pessoas*”. São, portanto, tribunais de interpretação, de precedentes.^{9 10}

6 Entendimento manifestado por Nelson Nery Jr. acerca da inconstitucionalidade do artigo 927 do CPC/2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/nery-jr-critica-norma-obriga-juiz-observar-jurisprudencia>. Acesso às 22:25 horas do dia 24 de maio de 2016. No mesmo sentido: ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 222.

7 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 284 e 285.

8 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016 e DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

9 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 290 e 291.

10 Com ideia aproximada, apontando a relevância da definição precisa das funções das Cortes

As críticas formuladas por Daniel Mitidiero e por Luiz Guilherme Marinoni, bem como o modelo por eles proposto de definição precisa das funções das Cortes Supremas e dos Tribunais de Apelação (Cortes Superiores) como pressuposto para um sistema racional de precedentes, são irrefutáveis. Contudo, o modelo normativo existente no Brasil é diferente. As funções do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça possuem traços de tribunais revisores e também de tribunais que formam precedentes. Ou seja, o Brasil não adota o modelo puro e de limites precisos separando as funções de Cortes Superiores (Tribunais de Apelação) e de Cortes Supremas.

A adoção de um modelo como o proposto pelos autores acima mencionados demandaria alteração na competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – como, por exemplo, um filtro maior para a análise de recursos e a supressão de competências relacionadas à mera correção de decisões de instâncias inferiores – e, por conseguinte, demandaria reforma na Constituição da República. Ou seja, trata-se de um “*projeto para a Justiça Civil*”¹¹ brasileira.

Embora o sistema de precedentes acima resumido não seja o modelo normativo vigente no Brasil, os pressupostos teóricos utilizados para fundamentá-lo são indispensáveis para a correta compreensão do modelo brasileiro. Outrossim, o modelo proposto pode servir como parâmetro para a evolução do nosso sistema, tendo em vista que o regime de precedentes no Brasil está em processo evolutivo e a importação de premissas teóricas já desenvolvidas no direito estrangeiro é importante para o desenvolvimento de um modelo racional e sem deturpações, ainda que peculiar.

3. O sistema brasileiro de precedentes

Ainda que o sistema brasileiro de *stare decisis* seja imperfeito – o que é próprio de um modelo novo e em evolução –, ele precisa garantir o mínimo

para um funcionamento racional de um sistema de justiça: MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

11 MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 131.

para que possa ser legitimamente chamado de sistema de precedentes. Ou seja, ele deve servir para garantir o binômio igualdade e segurança jurídica – pedras de toque de um modelo de precedentes¹² – de forma mais racional e eficiente do que o modelo de processo civil proposto pelo código revogado.

Com efeito, “[...] *chegou-se à conclusão de que ou a interpretação dada ao direito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça era encarada como algo dotado de normatividade ou então o princípio da igualdade se esfumaça em uma abstração irritante em um sistema indiferente à imensa maioria de casos concretos idênticos ou semelhantes cotidianamente julgados de maneira diferente*”.¹³

Desse modo, o modelo proposto pela nova codificação é um passo evolutivo relevante na criação de um regime de precedentes adequado no Brasil e aproximou o processo civil pátrio da sua função no Estado Constitucional que é a de promover a tutela dos direitos: *seja resolvendo casos concretos, seja possibilitando a unidade do direito com a formação de precedentes*.

O núcleo do regime de precedentes criado pelo CPC/2015 são os artigos 926 a 928.

O artigo 926¹⁴ dispõe sobre o dever dos tribunais de “*uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”. Enuncia, ainda, uma possível forma de uniformização, mediante a edição de “*enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante*” que deverão estar adstritas às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação¹⁵.

12 Enunciado n° 323 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). A formação dos precedentes observará os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

13 MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 245, p. 333 – 349, jul/2015.

14 Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

15 Enunciado n° 166 do FPPC. A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente.

Mais relevante do que definir cada um dos termos enunciados no artigo é compreender a ideia que eles expressam. O dispositivo legal impõe aos tribunais a exigência de solucionar as divergências internas, bem como de respeitar as próprias decisões (*stare decisis* horizontal).

O respeito às próprias decisões, todavia, não impede de forma absoluta a superação do precedente (*overruling*), essencial para a evolução do direito. Mas é preciso compreender que a superação em um sistema de precedentes não pode ser feita por qualquer órgão judicial, nem pode ser considerada uma decisão judicial rotineira. Ela deve observar algumas premissas, como o dever de autorreferência, a imposição de fundamentação adequada e específica e o ônus de superar o princípio da inércia argumentativa. Tais exigências impedem que a superação seja uma prática corriqueira exercida ilimitadamente e, por conseguinte, conferem estabilidade às decisões das cortes.

O dever de autorreferência consiste na imposição de que os tribunais dialoguem com os precedentes anteriores, seja para distingui-los do caso sob julgamento, seja para superá-los. Mas não se pode simplesmente ignorar um precedente existente. Não se admite, pois, no ordenamento brasileiro, a superação tácita ou implícita (*implied overruling*), pois haveria ofensa aos artigos 489, §1º, VI¹⁶; 926 e 927, §4º¹⁷ do CPC/2015, que exigem que os tribunais respeitem as próprias decisões e, em caso de superação, que o façam com fundamentação adequada e específica.

Já o princípio da inércia argumentativa consiste no ônus argumentativo maior imposto à parte que litiga contra precedente vigente, bem como ao tribunal que proponha a sua superação. Quem pretende litigar contra ou superar um precedente precisa demonstrar, por exemplo, a existência de um fundamento ainda não apreciado judicialmente, o

16 Artigo 489, §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.

17 Artigo 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.

evidente equívoco da decisão contrária ou que o precedente vigente não mais corresponde aos padrões de congruência social e consistência sistêmica¹⁸. Por outro lado, o princípio da inércia argumentativa facilita a argumentação daqueles que litigam ou decidem em consonância com o precedente vigente, cabendo à parte e ao órgão julgador tão somente a demonstração de que o caso sob julgamento se assemelha ao precedente paradigma (correlação fática e jurídica).^{19 20}

Os precedentes podem ter eficácia persuasiva ou vinculante (obrigatória)²¹. A eficácia persuasiva é a eficácia mínima de todo precedente e consiste na influência que uma decisão anterior tem para que um julgador decida da mesma maneira em um caso semelhante, conquanto não tenha qualquer obrigação formal de seguir a decisão originária. A transformação trazida pelo CPC/2015 foi a enumeração, no artigo 927, de um rol de precedentes vinculantes que obrigarão juízes e tribunais. Ademais, a nova codificação previu instrumentos processuais para que a parte faça prevalecer o precedente obrigatório, caso algum órgão jurisdicional desrespeite a vinculação imposta. Tais instrumentos serão objeto do próximo tópico.

18 Enunciado nº 322 do FPPC. A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida.

19 Enunciado nº 524 do FPPC. O art. 489, §1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado.

20 PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 202.

21 Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira identificam outros efeitos dos precedentes como: (I) eficácia de obstar a revisão de decisões (artigos 332, 496, §4º, 932, IV e 1040, I do CPC); (II) eficácia autorizante para admissão ou acolhimento de ato postulatório (artigos 311, II, 932, V e 1035, §3º do CPC); (III) eficácia rescindente ou deseficazante para rescindir ou retirar a eficácia de uma decisão judicial transitada em julgado (artigos 525, §§ 12, 13, 14 e 15, 535, §§ 5º, 6º e 7º e 966, V do CPC); (IV) eficácia de permitir a revisão de coisa julgada referente à relação jurídica sucessiva (artigo 505, I do CPC). O aprofundamento de alguns dos referidos efeitos será objeto do tópico seguinte deste artigo. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454 – 461).

Uma observação adicional é necessária antes da análise do artigo 927. Quando se fala em precedente obrigatório, significa dizer que a tese jurídica adotada na fundamentação da decisão paradigma deverá ser observada em casos posteriores pelos órgãos jurisdicionais submetidos ao precedente. Ou seja, o órgão jurisdicional deverá reproduzir na sua decisão a tese jurídica fixada na decisão paradigma. Essa tese jurídica – fixada na fundamentação da decisão paradigma – recebe o nome de fundamento determinante, razão de decidir ou *ratio decidendi*.

O artigo 927 do CPC/2015 enumerou os precedentes obrigatórios do direito brasileiro^{22 23}: 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.²⁴

Como já mencionado, a vinculação do precedente decorre do fundamento determinante (ou *ratio decidendi*) da decisão paradigma. Portanto, é necessário perceber que a previsão de que as decisões do

22 Enunciado nº 170 do FPPC. As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.

23 Há discussão na doutrina sobre a taxatividade ou não do rol previsto no artigo 927. Para defender que o rol apenas enumera *alguns precedentes obrigatórios*, Luiz Guilherme Marinoni argumenta que a obrigatoriedade de observância dos precedentes formados no Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal decorre das normas constitucionais que delineiam a função que tais cortes exercem no sistema brasileiro de justiça. Assevera, pois, que “os motivos determinantes das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado ou em controle difuso, devem ser observados pelos demais órgãos judiciários, sob pena de a função do Supremo Tribunal Federal restar comprometida [...] A não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal debilita a força normativa da Constituição. A força da Constituição está ligada à autoridade dos precedentes do Supremo Tribunal Federal” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 288, 298 e 299).

24 Luiz Guilherme Marinoni, com base numa análise mais técnica e teleológica de um sistema de precedentes, critica a falta de homogeneidade das hipóteses previstas no artigo 927 do CPC/2015, bem como a falta de menção a precedente, *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes da decisão (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 284 e 285).

Supremo Tribunal Federal – STF em controle concentrado de constitucionalidade formam precedentes obrigatórios precisa ser compreendida no sentido de que o fundamento determinante das referidas decisões deve ser observado pelos demais juízes e tribunais.

Não se deve confundir a previsão do CPC/2015 com a eficácia *erga omnes* da coisa julgada das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, pois o dispositivo mencionado trata de precedentes obrigatórios e não de autoridade da coisa julgada.

Em resumo, não se pode confundir o efeito vinculante do precedente (decorrente da *ratio decidendi* fixada, com fundamento no artigo 927 do CPC/2015) com o efeito vinculante atribuído por lei às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (decorrente da coisa julgada *erga omnes*, com fundamento nos artigos 102, §2º da CF/1988, 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99 e 10, §3º da Lei nº 9.882/99).²⁵

Um exemplo demonstra a relevância prática da distinção. Se uma lei estadual X for declarada inconstitucional pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, tal decisão vinculará *como decorrência da autoridade da coisa julgada da decisão do STF*. Se houver em outro Estado a lei estadual Y de teor semelhante ao daquela lei estadual X (declarada inconstitucional), *a ratio decidendi* da decisão de inconstitucionalidade da lei estadual X se aplicará à lei estadual Y, *como efeito vinculante dos precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade* (artigo 927, inciso I, do CPC/2015). Ou seja, a lei estadual X não mais poderá ser aplicada em virtude do efeito vinculante da autoridade da coisa julgada da decisão do STF (respeito ao dispositivo da decisão); ao passo que a lei estadual Y não mais poderá ser aplicada em virtude do efeito vinculante da *ratio decidendi* do precedente firmado (respeito aos fundamentos determinantes enunciados na fundamentação da decisão).²⁶

25 Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 285, 304 e 305; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 464.

26 O exemplo é uma adaptação dos exemplos dados nos seguintes livros: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista

O exemplo serve para ilustrar bem as vantagens de um sistema de precedentes bem aplicado. *Confere unidade e racionalidade ao direito*: se as leis estaduais são idênticas, não é necessário que o STF se manifeste duas vezes para declarar essa inconstitucionalidade; *garante isonomia*: a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual X pelo STF garante a um só tempo que os cidadãos de todos os Estados que possuam leis idênticas fiquem submetidos à mesma situação jurídica (uns em decorrência do efeito vinculante da coisa julgada da decisão de inconstitucionalidade, outros em decorrência do efeito vinculante da *ratio decidendi* da decisão de inconstitucionalidade); *garante segurança jurídica*: não é mais necessário aguardar o julgamento de tantas ações diretas quantas forem as leis estaduais idênticas, eis que uma única decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade já produz efeitos vinculantes para todos os Estados da federação que possuam leis estaduais idênticas (ora decorrente da autoridade da coisa julgada, ora decorrente do fundamento determinante da decisão do STF).

O artigo 927 também enumerou os enunciados de súmula vinculante e os enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional como de observância obrigatória por juízes e tribunais. Vale lembrar que os enunciados de súmula vinculante editados pelo STF já possuem efeito vinculante por força de disposição constitucional, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, nos termos do artigo 103-A da CF/1988 e da Lei nº 11.417/2006. Ademais, os enunciados de súmula vinculante obrigam não só os juízes e tribunais, mas também a administração pública.²⁷

dos Tribunais, 2016, p. 285; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 464.

27 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses

Parte da doutrina critica a utilização dos enunciados de súmula em um modelo de precedentes obrigatórios com o argumento de que servem tão somente para enunciar uma tese de direito, ao passo que os fundamentos determinantes de um precedente trazem “[...] *não apenas uma tese de direito, mas, mais propriamente, a racionalidade da tese em face de determinada moldura fática*”.²⁸

Contudo, como a proposta do presente artigo é fornecer subsídios teóricos e práticos para uma atuação racional da advocacia pública em prol do sistema brasileiro de justiça *a partir do modelo normativo vigente*, duas observações são necessárias.

Primeiramente, impende mencionar que os enunciados de súmula consistem na compilação dos fundamentos determinantes dos precedentes que deram origem ao verbete. Ou seja, enunciam de forma direta a *ratio decidendi* dos precedentes que lhes dão sustentação.

A segunda observação – decorrente da primeira – está relacionada ao modo de formação e aplicação dos enunciados de súmula. Tais enunciados são originados de precedentes. Portanto, tanto a sua formulação quanto a sua aplicação devem observar os precedentes originários. Consta do artigo 926, §2º, do CPC/2015 que “*ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação*”. Nesse sentido, o enunciado nº 166 do FPPC: “*a aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente*”. O descolamento dos enunciados de súmula dos precedentes que os originaram afasta esse instrumento do sistema de precedentes,

e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

28 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 286-287.

no qual há sempre apego às circunstâncias fático-jurídicas das decisões judiciais que originam precedentes.

O inciso III do artigo 927 do CPC/2015 trata também como precedentes vinculantes os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos²⁹. Em complemento, o artigo 928 dispõe que se considera julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas e em recursos especial e extraordinário repetitivos.

Há duas informações relevantes contidas na conjugação dos referidos dispositivos legais que, embora interligadas, precisam ser destrinchadas para que se compreenda o modelo estipulado pelo CPC/2015.

A primeira delas se refere ao fato de que as decisões proferidas em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos têm aptidão para formar precedente obrigatório. Trata-se, todavia, de um tipo específico de precedente, já que a sua formação é feita de forma concentrada.

Tradicionalmente, a ideia de precedente está vinculada à decisão sobre um caso concreto. Dessa decisão é extraída uma razão de decidir universalizável, aplicada pelo juiz do caso seguinte³⁰. O CPC/2015, contudo, além de enumerar de antemão o que poderá ser tido como

29 Para Luiz Guilherme Marinoni há diferença entre os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas e a técnica dos recursos extraordinário e especial repetitivos em relação ao sistema de precedentes. Enquanto aqueles são meios de resolução de casos de massa ou de questões múltipla; este tem como escopo atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo de acordo com as necessidades sociais, agregando conteúdo à ordem jurídica e, por conseguinte, orientando a sociedade e os juízes e tribunais (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 285-286).

30 Eis a dinâmica do precedente nos sistemas jurídicos vinculados à tradição de *common law*: “[...] quem diz que uma decisão judicial é precedente é o juiz do caso seguinte [...]. No direito processual civil brasileiro a situação é diferente. É que a lei já estipula, com antecedência, quais são as decisões judiciais que terão eficácia de precedente vinculante. [...] Pode-se, assim, dizer que no Direito brasileiro, diferentemente do que acontece em outros ordenamentos, o precedente é criado ‘para ser precedente vinculante’. Pode-se mesmo dizer que tais pronunciamentos são ‘precedentes de propósito’.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 347).

precedente vinculante, criou uma modalidade própria de formação de precedente – a formação concentrada de precedente.

A formação concentrada de precedente é feita a partir de um incidente ou de um procedimento que não se destina diretamente à solução do caso concreto, mas à fixação da tese jurídica. Há a afetação de uma questão jurídica para que, mediante o referido incidente/procedimento, o órgão competente delibere sobre ela, formando o precedente obrigatório.

A análise fática – é preciso lembrar que a formação de precedente está sempre atrelada às circunstâncias fáticas do caso – também apresenta peculiaridade: em vez de se analisar propriamente os fatos de um caso concreto, há uma delimitação fática sobre a qual incidirá a questão jurídica decidida. A diferença é que em vez de haver extração da base fática a partir de um caso concreto, a própria decisão do incidente/procedimento delimita uma categoria fática sobre a qual está sendo decidida a questão jurídica. É por isso que Sofia Temer fala que há, nesse tipo de decisão, abstração e concretude.³¹

Esse modelo de formação de precedente é reproduzido em alguns incidentes e procedimentos previstos no CPC/2015: procedimento de criação de súmula vinculante, incidente de arguição de inconstitucionalidade em tribunal, incidente de assunção de competência e julgamento de casos repetitivos³². As normas de tais instrumentos processuais que se referem à formação concentrada de precedentes formam o *microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios*³³.

31 Sofia Temer tratou da questão especificamente para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, mas a lógica aplica-se a todo o microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios. (TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 200 – 207).

32 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 229.

33 No peculiar sistema brasileiro de precedentes é possível a formação de precedente de forma difusa e concentrada. Fala-se em formação concentrada de precedente quando há previsão de incidente processual próprio para a elaboração da tese jurídica, com natureza de processo objetivo. Neste, isola-se a questão de direito a ser decidida, observando-se um procedimento específico para o julgamento. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 465-466).

Tal microsistema é composto por normas que se comunicam entre si. Eventuais omissões legais existentes em determinado instituto podem ser supridas por normas *compatíveis* previstas para outro instrumento processual que compõe o microsistema. E é possível observar certa homogeneidade nas normas que regulam a formação concentrada de precedentes obrigatórios no CPC/2015. O núcleo do microsistema é caracterizado pela ampliação da participação e da cognição (artigos 138; 927, § 2º; 950, §3º; 983; 1.038, I e II), pela fundamentação reforçada (artigos 984, §2º; 1.038, §3º) e pela divulgação e publicidade ampliadas (artigo 979).³⁴

Em resumo, é essencial saber que parte das normas que regulam o incidente de assunção de competência, o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos se referem à formação de precedentes obrigatórios. Mas não é essa a única função que tais instrumentos processuais exercem no ordenamento brasileiro.

A segunda informação relevante para a compreensão do modelo do CPC/2015 é que o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos têm natureza híbrida. Tais instrumentos se destinam também à gestão e ao julgamento dos casos repetitivos (função que não se confunde com a de formação concentrada de precedentes obrigatórios).

Compõem, portanto, também o *microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos*, cujas normas centrais tratam da suspensão dos processos em que a questão a ser decidida se repete (artigos 982 e 1.036, §1º); do exercício do direito à distinção e consequente revogação da suspensão indevida (artigo 1.037, §§ 8º a 13); do estímulo à desistência do processo antes de proferida a sentença, caso a tese fixada seja contrária à pretensão autoral (artigo 1.040, §§ 1º a 3º); da comunicação ao órgão, ente ou agência reguladora da tese fixada, caso a questão decidida se relacione com a prestação de serviço objeto de concessão, permissão ou autorização (artigos 985, § 2º, e 1.040, IV); da desistência ou do abandono

34 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.229.

da causa afetada para julgamento (artigo 976, §1º); da competência para concessão da tutela de urgência durante a suspensão dos processos (artigos 982, §2º, e 1.029, § 5º, III); e da incorporação da tese fixada ao julgamento dos processos pendentes (artigos 985, I, e 1.040, I e III).³⁵

Ou seja, há normas sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos relacionadas ao regime brasileiro de precedentes judiciais, e outras relacionadas ao sistema brasileiro de gestão e julgamento de casos repetitivos.

É imprescindível diferenciar as duas técnicas normatizadas pelo CPC/2015 e os dois microsistemas destacados pela doutrina – criação e aplicação de precedentes obrigatórios; gestão e julgamento de casos repetitivos – para que se entenda com clareza o modelo criado pela nova codificação.

Por fim, o artigo 927 prevê como precedente obrigatório a orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais aos quais os julgadores estiverem vinculados. Há no dispositivo legal a previsão de uma vinculação interna, para os membros e órgãos fracionários de um tribunal, e outra externa, para os demais órgãos de instância inferior que estiverem submetidos àquele tribunal.

Esse é o regime de precedentes criado pelo CPC/2015 com o objetivo de racionalizar o sistema brasileiro de distribuição de justiça, conferindo previsibilidade, segurança jurídica e isonomia aos jurisdicionados. Trata-se de um modelo que confere força vinculante a determinadas decisões de tribunais, demonstrando que juízes e tribunais são órgãos que servem ao Poder Judiciário e ao sistema brasileiro de justiça.

4. A importância da correta assimilação do modelo brasileiro de precedentes e de julgamento de casos repetitivos pelos entes públicos e os instrumentos processuais disponíveis para o advogado público

Um modelo de precedentes bem aplicado é importante para toda a sociedade, na medida em que confere previsibilidade às decisões

35 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.222 - 228.

judiciais e isonomia entre as pessoas. No âmbito econômico, a previsibilidade é relevante para propiciar um ambiente de confiança a empresários e investidores, que poderão calcular os riscos do negócio de forma mais precisa. No âmbito social, a previsibilidade e a estabilidade são indispensáveis para que a sociedade sinta confiança no Poder Judiciário, bem como tenha conhecimento do direito que a regula. Com efeito, a isonomia propiciada por um modelo de precedentes aumenta a sensação de justiça. A estabilidade jurisprudencial é, inclusive, fator inibidor de demandas judiciais, pois, quando se tem um Judiciário estável e previsível, os custos de um processo judicial fadado ao insucesso passam a pesar na decisão de quem pretende litigar. Por outro lado, uma jurisprudência instável e imprevisível (“jurisprudência lotérica”) estimula a litigância, eis que a chance de vitória impulsiona a demanda.

São diversos os benefícios propiciados por um sistema de precedentes racional e efetivo. Todavia, o foco aqui é observar como tais benefícios impactam a Fazenda Pública e como o novo modelo altera a atuação da advocacia pública.

Primeiramente, é necessário destacar que a Fazenda Pública é litigante habitual e que muitas das suas demandas decorrem de relações jurídicas semelhantes. Considerando a natureza do vínculo jurídico que o Poder Público tem com os seus agentes públicos, bem como a característica da sua atuação em favor da coletividade, observa-se que as relações jurídicas dos entes públicos são marcadas por atividades reiteradas e que repercutem coletivamente. Por conseguinte, demandas judiciais decorrentes da atuação do Poder Público são marcadas pela repetitividade da questão a ser solucionada (litígios de massa).

Sendo assim, tanto o *microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios* quanto o *microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos* têm importante influência na atuação da Fazenda Pública em juízo. Como dito, os microssistemas não se confundem, mas estão interligados na medida em que a aplicação de precedentes obrigatórios tem maior impacto nas demandas repetitivas.

É incontestável que a atuação do Poder Público em juízo foi remodelada pelo sistema de precedentes vinculantes e de julgamento de casos repetitivos implantado pelo CPC/2015. Todavia, há também uma relação

de mão inversa: *a apreensão, efetiva utilização e correta aplicação pela advocacia pública dos instrumentos disponibilizados pela nova codificação para a formação e aplicação de precedentes obrigatórios e para a resolução de demandas repetitivas é fundamental para o sucesso do modelo, pois a Fazenda Pública é um grande litigante de massa.*

Sendo assim, será feita uma análise dos principais instrumentos previstos no CPC/2015 que poderão ser utilizados pela advocacia pública para formar e fazer valer precedentes obrigatórios e julgamentos repetitivos.

Inicialmente, merece destaque a reformulação e ampliação do julgamento de improcedência liminar do pedido, previsto no artigo 332 do CPC/2015³⁶, que passou a ficar adequado às hipóteses de precedentes obrigatórios. Embora não haja uma correspondência exata entre as hipóteses de precedentes obrigatórios e de julgamento de improcedência liminar, há uma aproximação notória.

Tal técnica serve para garantir o encurtamento do processo – uma das principais vantagens de ter um precedente favorável – fazendo valer de plano a tese sedimentada nos tribunais, seja em enunciado de súmula, seja em julgamento de caso repetitivo, seja em incidente de assunção de competência.

36 Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

- I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
- II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

Como decorrência desse dispositivo, duas condutas são esperadas do órgão de advocacia pública, a depender de o precedente ser ou não favorável ao ente público que ele representa. Caso o precedente lhe seja favorável, e o juiz não tenha julgado liminarmente improcedente o pedido quando deveria fazê-lo, cumpre ao advogado público, na contestação, noticiar a existência do precedente e requerer a sua observância. Conquanto não seja mais possível a improcedência liminar (que é feita antes da citação), é ainda possível o encurtamento do rito para fazer valer logo o precedente, com o julgamento conforme o estado do processo (extinção do processo, julgamento antecipado ou parcial do mérito, com fulcro nos artigos 354 a 356 do CPC/2015).

Caso o precedente lhe seja contrário, cumpre ao órgão de advocacia pública evitar uma improcedência liminar onerosa. Para tanto, deve deixar de ajuizar ação contra o precedente obrigatório³⁷, fixando orientação vinculante no âmbito administrativo para dispensar o ajuizamento de demandas referentes àquele objeto. Ademais, cabe ao órgão de advocacia pública sugerir alterações nas rotinas administrativas ou mesmo na legislação para que o ente público se adeque ao precedente.^{38 39}

Sempre que se fala em aceitação do precedente pelo órgão de advocacia pública é preciso afastar duas situações. Trata-se da possibilidade de demonstrar a distinção (*distinguishing*) ou a necessidade de superação

37 Caso o processo tenha sido ajuizado antes do julgamento do caso repetitivo que fixou a tese desfavorável ao ente público, é possível a utilização do regime do estímulo à desistência do processo antes de proferida a sentença. Caso a desistência ocorra antes de oferecida contestação, haverá isenção de custas e de honorários de sucumbência (artigo 1.040, §§ 1º a 3º).

38 Enunciado nº 26 do Fórum Nacional do Poder Público (FNPP). Cabe à Advocacia Pública orientar formalmente os órgãos da Administração sobre os pronunciamentos previstos no art. 927, com a finalidade de prevenir litigiosidade e promover isonomia, segurança jurídica e eficiência.

39 Embora seja desejável a orientação feita pela advocacia pública para que os órgãos da administração pública internalizem os precedentes obrigatórios – até porque eles são fonte do direito –, cumpre observar que o artigo 927 do CPC é destinado a juízes e tribunais. Ou seja, a vinculação decorrente do artigo 927 não é para a administração pública. A vinculação da administração pública a pronunciamentos judiciais está prevista apenas para as decisões do STF em controle concentrado (artigo 102, § 2º da Constituição Federal de 1988) e para os enunciados de súmula vinculante (artigo 103-A da Constituição Federal de 1988).

(*overruling*). Ambas as técnicas precisam ser compreendidas pelo advogado público para bem aplicar o regime de precedentes.⁴⁰

A distinção consiste na técnica de demonstração de que o caso sob julgamento possui diferenças relevantes que fazem não incidir o precedente vinculante já firmado. Ou seja, trata-se do direito que a parte tem de demonstrar que o caso sob julgamento e o caso julgado que deu origem ao precedente são distintos e, portanto, a tese fixada no julgamento paradigma não se aplica.⁴¹ Cabe à parte alegar a distinção, demonstrando quais as circunstâncias fáticas ou jurídicas afastam a aplicação do precedente. Por sua vez, cabe ao órgão julgador fundamentar o porquê de não estar aplicando o precedente, justificando quais as peculiaridades do caso concreto que o afastam do caso paradigma.⁴²

A possibilidade de demonstrar a necessidade de superação consiste na oportunidade conferida à parte para argumentar que o precedente deve ser modificado. Cabe à parte demonstrar equívoco na decisão paradigma, mediante fundamento novo não analisado na decisão que fixou o precedente; ou alteração do quadro fático econômico, político, cultural, social ou jurídico a ensejar a reanálise da tese fixada.⁴³ Trata-se, pois, de uma fundamentação específica que a parte terá de utilizar. O órgão julgador, por sua vez, terá uma carga de motivação maior para realizar a superação, tendo em vista a existência de precedente em sentido

40 Enunciado nº 23 do FNPP. A existência de pronunciamento elencado no art. 927 não impede que o órgão da Advocacia Pública oriente a continuidade da discussão judicial da tese até o esgotamento das instâncias ou para arguir superação ou distinção.

41 Enunciado nº 306 do FPPC. O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.

42 Artigo 489, § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

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;

- 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.

43 Enunciado nº 322 do FPPC. A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida.

contrário⁴⁴. A possibilidade de superação é essencial para a evolução do direito, mas só pode ser feita pela Corte que fixou o entendimento ou por Corte a ela superior⁴⁵. Por regra, a superação tem efeito retroativo, mas o Tribunal poderá modular os efeitos no interesse social ou da segurança jurídica.⁴⁶

Outro instrumento que pode ser utilizado pela advocacia pública e que está relacionado com o modelo de precedentes é a possibilidade de requerer tutela provisória da evidência quando houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.^{47 48}

Como se sabe, a tutela provisória prevista no CPC/2015 pode ser de urgência ou da evidência, sendo que esta independe da demonstração de perigo de dano/ílicito ou de risco ao resultado útil do processo. Portanto, a previsão de concessão de tutela da evidência quando houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante é mais um instrumento à disposição do advogado público para fazer valer, antes do fim do processo, precedente obrigatório.

Tal instrumento ganha maior relevância se conjugado com a previsão contida no artigo 1.012, § 1º, inciso V, do CPC/2015 que prevê que a apelação não terá efeito suspensivo – e, portanto, a sentença produzirá efeitos imediatamente após a sua publicação – quando for

44 Artigo 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.

45 PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 198.

46 Artigo 927, §3º. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

47 Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

[...]

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

48 Por outro lado, quando a tutela da evidência for pleiteada contra a Fazenda Pública, impende mencionar a conclusão indicada no enunciado nº 14 do FNPP: não é cabível concessão de tutela provisória de evidência contra a Fazenda Pública nas hipóteses mencionadas no art. 1.059, CPC.

confirmada, concedida ou revogada a tutela provisória na sentença. Desse modo, embora por regra a apelação tenha efeito suspensivo, é possível retirar tal efeito e permitir a eficácia imediata da sentença quando for caso de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, mediante o requerimento e obtenção de tutela da evidência (artigo 311, inciso II, combinado com artigo 1.012, § 1º, inciso V, ambos do CPC/2015).

Outra forma de encurtamento do rito em decorrência da existência de precedente vinculante está prevista no artigo 932, incisos IV e V, e no artigo 955, parágrafo único, ambos do CPC/2015.⁴⁹ Trata-se da possibilidade de o relator no tribunal julgar monocraticamente recurso ou conflito de competência para aplicar súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; ou tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

49 Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

Art. 955. Parágrafo único. O relator poderá julgar de plano o conflito de competência quando sua decisão se fundar em:

I - súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

II - tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Também a reclamação foi reformulada pelo CPC/2015, que passou a regular integralmente a matéria no âmbito infraconstitucional nos artigos 988 a 993. A nova codificação revogou expressamente os artigos 13 a 18 da Lei nº 8.038/90, que tratavam da reclamação perante o STF e o STJ (artigo 1.072, IV, do CPC/2015).

As hipóteses de cabimento da reclamação foram ampliadas para adaptá-la ao regime de precedentes obrigatórios do CPC/2015. Todavia, impende observar que o cabimento ou não da reclamação não é determinante para a definição do precedente como vinculante.⁵⁰

As típicas hipóteses de cabimento da reclamação – preservar a competência do tribunal e garantir a autoridade das suas decisões – foram mantidas, mas o cabimento foi ampliado para qualquer tribunal⁵¹. Outrossim, é possível utilizar a reclamação para: (I) garantir a observância de enunciado de súmula vinculante (hipótese já prevista na Constituição Federal⁵²) e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (II) garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (III) garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, *somente após esgotadas as instâncias ordinárias*.⁵³

50 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 488 – 493.

O autor critica também a opção legislativa de permitir a utilização da reclamação para a correção na aplicação de determinados precedentes por não ser o modo adequado de desenvolvimento dos precedentes.

51 Artigo 988, § 1º. A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

52 Artigo 103-A. § 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula (vinculante) aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

53 Enunciado nº 27 do FNPP. Cabe reclamação contra a decisão proferida no agravo interno interposto contra a decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido que negar seguimento ao recurso especial ou extraordinário fundado na aplicação de entendimento firmado em repercussão geral ou recurso repetitivo para demonstração de distinção.

A ampliação das hipóteses de cabimento da reclamação transformou este instrumento processual em um mecanismo extremamente útil para fazer valer a aplicação de precedentes obrigatórios, tendo em vista que possui rito célere (com prova pré-constituída, sem dilação probatória)⁵⁴ e que deve ser proposta diretamente perante o tribunal cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

Contudo, se a decisão a ser preservada for acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, o cabimento da reclamação pressupõe o esgotamento das instâncias ordinárias (artigo 988, §5º, II, incluído pela Lei nº 13.256/2016). Impende destacar ainda que, conquanto não esteja previsto no artigo 927 como precedente obrigatório, o acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida pode se fazer respeitado mediante o uso da reclamação, após esgotadas as instâncias ordinárias.

A mera existência de um precedente vinculante impõe a qualquer órgão julgador o dever de dialogar com ele, seja para aplicá-lo, seja para exercer a técnica da distinção, seja para superá-lo (caso o órgão tenha competência para tanto). Como decorrência dessa obrigação, o advogado público que possui precedente favorável ignorado pode utilizar os embargos de declaração para que veja suprida a omissão. Com efeito, nos termos do artigo 1.022, parágrafo único, I, do CPC/2015, “considera-se omissa a decisão que deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento”.

A remessa necessária também sofreu alterações no CPC/2015⁵⁵. Não houve mudança nas hipóteses de cabimento em relação ao regime previsto no

54 Artigo 988, § 2º. A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

55 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.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

CPC/1973⁵⁶. As principais alterações foram nas hipóteses em que será dispensada a remessa necessária. As hipóteses de dispensa são previstas *em função do valor da condenação ou do proveito econômico envolvido na demanda e em função da existência de orientações judiciais ou administrativas em conformidade com a decisão judicial desfavorável ao ente público*.⁵⁷

Com relação à *dispensa prevista em função do valor da condenação ou proveito econômico*, houve significativa ampliação da sua incidência.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

56 Art. 475, CPC/1973. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

57 Enunciado nº 18 do FNPP. A dispensa da remessa necessária prevista no art. 496, §§ 3º e 4º, CPC, depende de expressa referência na sentença.

Ou seja, no regime do CPC/2015 será bem mais rara a ocorrência da remessa necessária, pois o legislador optou por ampliar significativamente os valores da condenação acima dos quais haverá remessa necessária. Ademais, foram criadas faixas de valores de acordo com o ente público condenado.

Já com relação à *hipótese de dispensa de remessa necessária fixada em função da existência de orientações judiciais ou administrativas em conformidade com a decisão judicial desfavorável ao ente público*, houve adequação ao novo regime de precedentes e racionalidade vertical das decisões judiciais adotado pelo CPC/2015. As hipóteses de dispensa foram ampliadas e qualificadas.⁵⁸

Não haverá remessa necessária quando a sentença estiver fundada em: (I) súmula de tribunal superior; (II) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (III) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Mais uma vez, nota-se aproximação com o rol de precedentes obrigatórios previsto no artigo 927; e, mais uma vez, observa-se que não há identidade de hipóteses, o que reforça a crítica já ressaltada de que falta uniformidade no modelo para conferir efeitos idênticos aos precedentes vinculantes.

Vale destacar, também, a inclusão na nova codificação da hipótese que excepciona a remessa necessária caso a decisão judicial coincida com entendimento vinculante firmado no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidado em manifestação, parecer ou súmula administrativa. Em última análise, a previsão legal é corolário da autonomia constitucional dos entes políticos. Ora, se o próprio ente já fixou internamente entendimento acerca da questão judicializada, e esse entendimento é idêntico ao adotado na decisão judicial, não há fundamento para manter o processo em andamento, eis que inexistente a lide.⁵⁹

58 OLIVEIRA, Pedro Fabris de. Panorama das alterações promovidas pelo Novo Código de Processo Civil na atuação da Fazenda Pública em juízo: prerrogativa de prazo, honorários advocatícios e remessa necessária. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Centro de Estudos, v. 82, p. 191/211, jul/dez. 2015.

59 Enunciado n° 433 do FPPC. Cabe à Administração Pública dar publicidade às suas orientações vinculantes, preferencialmente pela rede mundial de computadores.

Como dito, os efeitos decorrentes dos precedentes obrigatórios enunciados no artigo 927 não são uniformes. O precedente produzido pelo STF tem uma eficácia peculiar que merece destaque, chamada de eficácia rescindente ou deseficacizante. Trata-se da aptidão para *rescindir* ou *retirar a eficácia* de decisão judicial transitada em julgado⁶⁰.

Se o STF, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado na referida norma será inexigível, caso a decisão do STF seja anterior ao trânsito em julgado da decisão (artigos 525, §§ 12 a 14, e 535, §§ 5º a 7º, ambos do CPC/2015)⁶¹.

Caso a decisão do STF seja posterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, será cabível ação rescisória para desconstituir o título executivo fundado na norma tida por inconstitucional pelo STF, em controle concentrado ou difuso (artigos 525, § 15, 535, § 8º, e 955, V, ambos do CPC/2015)⁶².

O artigo 966, §§ 5º e 6º (incluídos pela Lei nº 13.256/2016), prevê o cabimento de ação rescisória para desconstituir título executivo judicial fundado em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que deixou, indevidamente, de exercer a distinção (*distinguishing*) entre o caso sob julgamento e o precedente

60 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 459 – 460.

61 Artigo 535. [...]

§ 5º. Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo (inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação), considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 6º. No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

§ 7º. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

62 Artigo 535. [...]

§ 8º. Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

obrigatório⁶³. Trata-se, pois, de hipótese de rescisão de título executivo judicial decorrente da aplicação indevida de precedente.

Como vem sendo reiteradamente destacado, o regime de precedentes adotado pelo CPC/2015, se bem assimilado pela advocacia pública, trará racionalidade à forma de litigar dos entes públicos, bem como economia ao erário. Como dito, há também uma relação de mão inversa, já que a apreensão pela advocacia pública dos instrumentos disponibilizados pela nova codificação para a formação e aplicação de precedentes obrigatórios e para a resolução de demandas repetitivas será benéfica para o sistema brasileiro de justiça, tendo em vista que a Fazenda Pública é litigante de massa. Em contrapartida, se a Fazenda Pública insistir em litigar à moda antiga e ignorar as nuances do novo modelo, vai dar causa a aumento no valor das condenações sofridas e o erário será onerado pela incúria. Isso porque houve alteração também no custo do processo e no custo da sucumbência, ainda relacionados com o regime de precedentes.

Além do aumento do valor das multas por litigância de má-fé^{64 65} e por embargos de declaração manifestamente protelatórios⁶⁶, passaram a ser previstos honorários recursais cumulativos:

63 Artigo 966 [...]

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo (violação manifesta de norma jurídica), contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

64 Artigo 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

65 Enunciado nº 34 do FPPC. Considera-se abusiva a defesa da Administração Pública, sempre que contrariar entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa, salvo se demonstrar a existência de distinção ou da necessidade de superação do entendimento.

66 Artigo 1.026. [...]

§ 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não

“Art. 85, §11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento”.

Certamente, além do aspecto de remuneração do advogado, o dispositivo legal tem o objetivo de inibir a interposição de recursos, tornando o processo mais oneroso. Essa compreensão é indispensável para que os entes públicos pensem estrategicamente a forma de litigar. Portanto, a interposição de recursos deve ser feita de forma estratégica – sobretudo quando houver precedente obrigatório em sentido contrário –, sob pena de o erário arcar com um incremento significativo no custo das condenações judiciais.^{67 68 69}

Outro aspecto de relevância prática para a atuação do advogado público consiste em conhecer a dinâmica dos precedentes nos julgamentos colegiados. Isso porque pode haver maioria ou mesmo unanimidade em relação ao resultado do recurso, mas não existir maioria quanto ao fundamento utilizado por cada julgador para chegar ao resultado⁷⁰.

excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.

§ 3º Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final.

§ 4º Não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios.

67 Enunciado nº 22 do FNPP. A existência de precedente formado em recurso especial ou extraordinário repetitivos ou de súmula do STF ou STJ, em matéria constitucional e infraconstitucional respectivamente, autoriza a não interposição de recurso pela Fazenda Pública ainda que não haja súmula administrativa ou orientação normativa expressa no âmbito do respectivo órgão da Advocacia Pública.

68 Enunciado nº 4 do FNPP. A majoração dos honorários de sucumbência, prevista no § 11 do art. 85 do CPC, não se aplica ao julgamento da remessa necessária.

69 OLIVEIRA, Pedro Fabris de. Panorama das alterações promovidas pelo Novo Código de Processo Civil na atuação da Fazenda Pública em juízo: prerrogativa de prazo, honorários advocatícios e remessa necessária. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Centro de Estudos, v. 82, p. 191/211, jul/dez. 2015.

70 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 293.

Por exemplo, em um órgão colegiado composto por três julgadores é possível que um magistrado negue provimento ao recurso do autor reconhecendo a prescrição da pretensão, outro negue provimento por entender que o autor não tem direito subjetivo e outro dê provimento ao recurso. Nesse caso, há maioria com relação ao resultado, sem que haja maioria com relação ao fundamento.

Como dito, o precedente é formado a partir do fundamento determinante (*ratio decidendi*) de uma decisão judicial. Nos julgamentos colegiados – mesmo aqueles que se enquadram nas hipóteses enumeradas no artigo 927 – só haverá formação de precedente caso haja maioria com relação ao mesmo fundamento que sustenta o resultado do julgamento. Nesse sentido, o enunciado nº 317 do FPPC: “*o efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado*”; e o enunciado nº 319 do FPPC: “*os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante*”.

Há, ainda, uma preocupação de ordem pragmática e econômica com relação à formação de precedentes vinculantes nas demandas que envolvem os entes públicos, pois a consolidação de um precedente obrigatório contrário ao interesse fazendário pode causar grande impacto econômico no erário.

Conquanto a preocupação seja relevante, ela não é fundamento para inibir a aplicação do regime de precedentes nas demandas que envolvem o Poder Público. Primeiramente, porque a Fazenda Pública é uma das principais destinatárias do modelo de precedentes, já que é litigante habitual e muitas das suas demandas decorrem de relações jurídicas semelhantes, características que permitem uma aplicação eficaz dos precedentes. Em segundo lugar, porque há, subjacente ao regime de precedentes, o interesse público primário de funcionamento racional da jurisdição que deve se sobrepôr ao interesse público secundário de natureza econômica dos entes públicos. Ademais, é preciso lembrar que o precedente obrigatório também pode ser favorável ao ente público, caso em que os benefícios para o erário também são de grande monta.

Há, por fim, uma questão mais profunda e que merece uma digressão. Existe uma falsa ideia de que apenas a formação do precedente obrigatório contrário ao ente público causa desfalque relevante ao erário. Contudo, as condenações esparsas e reiteradas referentes a uma mesma questão sofridas pelo ente público, ainda que sem a formação de precedente obrigatório, também oneram as despesas públicas. Mesmo na vigência do código revogado (CPC/1973), embora inexistente um regime de precedentes obrigatórios amplo, os tribunais consolidavam sua jurisprudência em determinado sentido. E, na prática, essa jurisprudência consolidada – muitas vezes sumulada – era aplicada na quase totalidade dos casos semelhantes, mesmo que não fosse vinculante.

Se não bastasse, a ausência de vinculação alonga a duração do processo de modo que as condenações ficam maiores, seja em virtude da incidência de juros e correção monetária por mais tempo, seja em razão do acúmulo de prestações que não são implantadas na folha de pagamento do servidor em virtude da ausência de trânsito em julgado (nas frequentes demandas que reconhecem vantagens a servidores públicos).

Outrossim, tais condenações eram esparsas e imprevisíveis, embora reiteradas. Tal característica dificultava a previsibilidade dos custos das condenações, com prejuízo para a previsão orçamentária. Já a formação de um precedente vinculante contrário ao ente público gera uma resposta inequívoca sobre a forma como o Poder Judiciário interpreta o direito com relação àquela questão. Se, por um lado, essa resposta ocasiona custo ao erário (não muito mais do que as condenações assistemáticas e reiteradas, conforme já mencionado), por outro, ela permite que a Fazenda Pública tenha maior previsibilidade sobre as despesas que terá decorrentes do pronunciamento judicial.

Esse fator de certeza confere mais poder de ação para o ente público, que poderá adotar administrativamente a interpretação feita pelo Poder Judiciário (caso queira arcar com os custos de tal medida) ou adotar medidas políticas que estanquem essa despesa – por exemplo, promover uma alteração legislativa. Ou seja, o que se pretende demonstrar é que a previsibilidade do futuro propiciada pelo regime de precedentes obrigatórios amplia os instrumentos à disposição do ente público para solucionar a questão de forma consciente, sistemática e isonômica.

5. Conclusão

Todas essas situações explanadas demonstram que a formação de um precedente vinculante pode gerar repercussão relevante de ordem econômica, social, política ou jurídica.

Desse modo, a atuação do órgão de advocacia pública na *formação* do precedente é relevantíssima. É nesse momento que deverão ser apresentados, de forma exaustiva, os argumentos favoráveis à Fazenda Pública. O CPC/2015 garantiu uma ampliação da participação e da cognição e, por conseguinte, impôs uma fundamentação reforçada no momento da *formação* do precedente. Essa é a oportunidade adequada para a exposição das teses fazendárias, podendo-se exigir a manifestação do órgão julgador sobre cada uma delas. Até porque, como ressaltado, no momento de *aplicação* do precedente, a motivação do órgão julgador é diferenciada e simplificada, tendo em vista que se entende que a motivação da decisão que formou o precedente se incorpora à fundamentação do órgão julgador que decidiu por aplicá-lo.⁷¹

Formado o precedente, a atuação da advocacia pública na sua *aplicação* também é estratégica, seja para fazer valer o precedente favorável, seja para demonstrar a distinção ou a superação do precedente desfavorável (com a argumentação específica e adequada para a utilização de tais técnicas). Há relevância, também, na atuação do órgão de advocacia pública na aceitação da consolidação da tese desfavorável, evitando litigância onerosa e fadada ao insucesso (atuação contenciosa), bem como prevenindo litigiosidade por meio da orientação da administração pública ou da proposição de alteração legislativa (atuação consultiva).⁷²

Ou seja, não há como ignorar a necessidade de uma atuação estratégica por parte dos órgãos de advocacia pública, tanto na *formação* quanto na *aplicação* do precedente. Houve uma transformação no

71 Enunciado nº 524 do FPPC. O art. 489, §1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado.

72 Enunciado nº 26 do FNPP. Cabe à Advocacia Pública orientar formalmente os órgãos da Administração sobre os pronunciamentos previstos no art. 927, com a finalidade de prevenir litigiosidade e promover isonomia, segurança jurídica e eficiência.

sistema processual brasileiro que impõe uma transformação na forma em que a Fazenda Pública litiga e orienta os entes públicos. Se bem apreendida, ela permitirá uma tutela mais eficiente dos entes públicos e do erário.

Há, também, uma relação de mão inversa, eis que a apreensão pela advocacia pública dos instrumentos disponibilizados pela nova codificação para a formação e aplicação de precedentes obrigatórios e para a resolução de demandas repetitivas será benéfica para o sistema brasileiro de justiça, já que a Fazenda Pública é litigante de massa.

São necessárias mudanças de ordem normativa (alterações de leis orgânicas e de rotinas administrativas), de ordem cultural (nem sempre recorrer até a última instância é a melhor forma de tutelar o ente público) e de ordem técnica (é preciso compreender a lógica do novo sistema processual para tirar proveito dele, atuando estrategicamente na formação do precedente, utilizando os instrumentos processuais adequados para fazer valer precedente vinculante favorável, e evitando litigância onerosa desnecessária quando já houver precedente obrigatório desfavorável). A assimilação da transformação do modelo processual é imprescindível para que a advocacia pública cumpra o seu mister de bem representar o ente público. Não é simples, mas quanto antes ela chegar, mais bem tutelado estará o erário.

Referências bibliográficas

ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 245, p. 333 – 349, jul/2015.

OLIVEIRA, Pedro Fabris de. Panorama das alterações promovidas pelo Novo Código de Processo Civil na atuação da Fazenda Pública em juízo: prerrogativa de prazo, honorários advocatícios e remessa necessária. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Centro de Estudos, v. 82, p. 191/211, jul/dez. 2015.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.