

A repercussão da força do precedente prevista no novo CPC na atuação da Advocacia Pública

THE REPERCUSSION OF THE STRENGTH OF THE FORECAST PROVIDED IN THE NEW CPC IN THE ACT OF PUBLIC ADVOCACY

Tiago da Silva Fonseca

Procurador da Fazenda Nacional. Mestre em Direito Público (FDUFMG)

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O que é precedente. 3 Sistemática do precedente no CPC/73. 4 Sistemática do precedente no CPC/15. 5 Precedente e Advocacia Pública

RESUMO. O precedente é a tese firmada na fundamentação de determinados casos julgados pelos Tribunais, que pode ser usada para casos equivalentes a serem decididos em momento posterior. O Código de Processo Civil de 1973 já havia incorporado uma série de institutos no intuito de fortalecer o precedente, como instrumento de garantir a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais, tais como, como a súmula vinculante, a súmula impeditiva de recursos, a vinculação das decisões definitivas de mérito no controle concentrado de constitucionalidade, a reclamação constitucional, o julgamento de recursos repetitivos e representativos de controvérsia. O Código de Processo Civil de 2015 mantém esses instrumentos e, em seus artigos 926 a 928, acaba por conferir natureza vinculante ao precedente. A modificação paradigmática na legislação processual civil deve reorientar a atuação da Advocacia Pública em juízo, especialmente da Fazenda Nacional, que cuida de processos de grande interesse jurídico, repercussão política e efeitos econômicos.

PALAVRAS-CHAVE. Código de Processo Civil de 2015. Precedente. Jurisprudência. Segurança jurídica. Advocacia Pública.

SUBSTRACT. The precedent is the thesis signed in the grounds of certain cases judged by the Courts, which can be used for cases equivalent to be decided later. The Code of Civil Procedure of 1973 had already incorporated a series of institutes in order to strengthen the precedent, as an instrument to guarantee legal certainty and predictability of judicial decisions, such as the binding precedent, linking the final decisions of merit in the concentrated control of constitutionality, the constitutional complaint, the judgment of repetitive and representative resources of controversy. The Code of Civil Procedure of 2015 maintains these instruments and, in its articles 926 to 928, ends up conferring binding nature to the precedent. The paradigmatic change in civil procedural legislation should reorient the performance of Public Advocacy in court, especially the National Treasury, which takes care of lawsuits of great legal interest, political repercussions and economic effects.

KEYWORDS. Code of Civil Procedure of 2015. Precedent. Jurisprudence. Legal certainty. Public Advocacy.

1 Introdução

O precedente é sedimentado a partir da fundamentação dos julgados dos tribunais, com criação de teses jurídicas que podem ser aproveitadas para casos futuros e semelhantes. A jurisprudência consiste na repetição de julgamentos de um tribunal para casos equivalentes ou análogos. O precedente tem eficácia vinculante e a jurisprudência tem força persuasiva.

O precedente e a jurisprudência são instrumentos de realização da segurança jurídica, uma vez que conferem estabilidade, uniformização e previsibilidade das decisões judiciais. As leis criam normas jurídicas que geram expectativas normativas, garantidas pelos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal, como a irretroatividade, a proteção do direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito. As decisões judiciais também criam norma jurídica e expectativas normativas, a serem resguardadas por princípios como a confiança legítima e boa-fé objetiva, aplicados no caso de modificação de precedente e contra eventuais atos contraditórios.

Na vigência do CPC/73, já havia uma série de mecanismos, previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, em favor da

fixação e valorização do precedente. O CPC/15 consolida tais mecanismos e reconhece e consagra a eficácia vinculante ao precedente dos tribunais superiores e dos tribunais de segunda instância (no caso de julgamento de demandas repetitivas). Trata-se de mudança paradigmática no direito processual brasileiro.

A Advocacia Pública deve se adaptar ao novo tratamento dado pelo CPC/15 ao precedente, como forma de consagração de sua força vinculante e da satisfação dos princípios reunidos na nova legislação e no novo Direito Processual Brasileiro.

2 O que é precedente

Os precedentes são teses jurídicas abstratas e gerais (*ratio decidendi*¹), criadas pelos Tribunais Superiores a partir da fundamentação de julgados voltados para a solução de casos concretos, mas que passam a ser aplicadas a casos equivalentes ou assemelhados. É forma de garantir a segurança jurídica no processo, de modo a que exista previsibilidade na composição de conflitos de interesses, e de efetivar a igualdade entre as partes processuais, pois evita soluções contraditórias para situações iguais ou semelhantes.

Toda sentença tem uma resposta geral e uma resposta singular. A resposta singular é aquela dada às partes para resolver o seu conflito no caso concreto. A resposta geral é a fundamentação da decisão que, retiradas as especificidades e as partes, vai ser aproveitada para grupo de casos similares. A resposta geral quando se torna obrigatória para juízes e tribunais na análise de casos futuros se transforma em precedente.

Nessa perspectiva, as normas podem ser criadas não somente por leis, mas também por decisões judiciais, através da formação do precedente. Toda norma gera expectativa normativa e presunção de validade. As expectativas normativas criadas pelas leis são preservadas por direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, tais como a irretroatividade,

¹ Para Arenhat, Marinoni e Mitidiero, a *ratio decidendi* não é sinônimo de fundamentação: “A fundamentação – e o raciocínio judiciário que nela tem lugar – diz com o caso particular. A *ratio decidendi* refere-se à unidade do direito. Nada obstante, tanto a *ratio* como a fundamentação são formadas com material recolhido na justificação. E justamente por essa razão a *ratio* toma em consideração as questões relevantes constantes dos casos. A *ratio* é uma razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante constante do caso. A *ratio decidendi* envolve a análise da dimensão fático-jurídica das questões que devem ser resolvidas pelo juiz”. In: ARENHAT, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 874.

a proteção do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, a anterioridade, a espera nonagesimal. As expectativas normativas criadas pelo precedente devem ser protegidas por princípios como a confiança legítima e a boa-fé objetiva.

Não obstante a força vinculante dos precedentes, o instituto não serve para mera padronização das decisões judiciais, a serem aplicados indissociadamente, independente da análise perfunctória das vicissitudes do caso concreto. Ainda que o precedente atue na uniformização das questões jurídicas, as partes podem apontar as especificidades das questões fáticas, no intuito de afastar a subsunção ao precedente (*distinguish*), ou mesmo discutir o próprio precedente, apontando razões jurídicas para a sua transformação ou superação (*overruling*).

A jurisprudência consiste na repetição de respostas jurídicas dadas a casos iguais ou análogos. A reiteração de decisões num mesmo sentido acaba se transformando em entendimento majoritário do tribunal, consolidando a sua jurisprudência sobre o tema. Não obstante a diferença conceitual, a jurisprudência também é diferente do precedente quanto aos efeitos. O precedente é vinculante e obrigatório, ao passo que a jurisprudência tem mera eficácia persuasiva para outros julgamentos.

A jurisprudência tem funções importantes no processo, tais como tornar a decisão judicial mais consistente, orientar e delimitar as escolhas jurídicas que o juiz deve fazer na análise do caso concreto e criar expectativas normativas, de modo a tornar previsíveis as decisões futuras sobre a mesma matéria. Além disso, tem papel importante na estabilização do Direito, na simplificação da composição de conflito de interesses, na definição e enunciação judicial dos conceitos dos princípios e das regras que formam as leis e na criação de soluções jurídicas mais corretas, completas e profundas.

O art. 926 do Novo CPC impõe expressamente aos tribunais que mantenham a sua jurisprudência estável, íntegra e coerente. A jurisprudência é estável quando não se modifica sem razão relevante, que seja fundada em efetivo contraditório, com a proteção das expectativas normativas geradas a partir do entendimento judicial². A jurisprudência é íntegra quando é resultado da sedimentação de argumentos considerados em julgados an-

² De acordo com o enunciado n. 316 do FPPC: “A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários”. No mesmo sentido o enunciado n. 453 do FPPC: “A estabilidade a que se refere o caput do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem os seus próprios precedentes”.

teriores³. A jurisprudência é coerente quando os julgamentos dos tribunais não contradizem entendimento anterior atribuído à determinada questão jurídica⁴.

3 Sistemática do precedente no CPC/73

Ao longo da vigência do CPC/73, já havia sucessivas alterações legislativas no sentido de fortalecer o precedente, como forma de solução para o crescimento exponencial de demandas ajuizadas no Poder Judiciário.

O art. 102, §2º da Constituição Federal confere efeito vinculante e eficácia contra todos às decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade. O art. 103-A da Constituição Federal ainda confere efeito vinculante à súmula do STF, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

No STF, além das súmulas vinculantes e do efeito *erga omnes* das decisões definitivas de mérito no controle concentrado de constitucionalidade, a EC 45/04 incluiu o §3º no art. 102, de modo a exigir do recorrente no recurso extraordinário a demonstração de questões constitucionais discutidas no caso. Assim, o relator, de acordo com antigo art. 543-A, §3º do CPC, podia deixar de conhecer recurso extraordinário, quando a questão não oferecesse repercussão geral, assim considerada sempre que o recurso impugnasse decisão contrária a súmula do Tribunal ou sua jurisprudência dominante.

A Constituição Federal ainda prevê, nos artigos 102, I, I e 105, I, f, a competência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça para a reclamação com vistas a garantir a autoridade das suas decisões. O art. 7º da Lei 11.417/06 previa a reclamação ao STF da decisão ou ato ad-

³ De acordo com o enunciado n. 456 do FPPC: “Uma das dimensões da integridade previsto no caput do art. 926 consiste na observância das técnicas de distinção e superação dos precedentes, sempre que necessário para adequar esse entendimento à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico”.

⁴ De acordo com o enunciado n. 431 do FPPC: “O julgador, que aderir aos fundamentos do voto-vencedor do relator, há de seguir, por coerência, o precedente que ajudou a construir no julgamento da mesma questão em processos subsequentes, salvo se demonstrar a existência de distinção ou superação”. E, ainda o enunciado n. 455 do FPPC: “Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não-contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação”.

ministrativo que contrariasse, negasse vigência ou aplicasse indevidamente enunciado de súmula vinculante.

O art. 518, §1º do antigo CPC previa a súmula impeditiva de recursos, pela qual o juiz deixava de receber a apelação quando a sentença estivesse em conformidade com súmula do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça. Pela alteração do CPC trazida pela Lei 11.276/06, a observância de enunciados de súmulas do STF e STJ, formadas a partir de precedentes adotados em matérias controversas, passou a ser requisito de admissibilidade extrínseco de recurso de apelação.

Pelo art. 557 do CPC/73, o relator já podia analisar, liminar e monocraticamente, o recurso tendo como parâmetro súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, podendo negar seguimento a recurso ou dar provimento ao recurso de decisão em confronto com os precedentes. Não obstante a regra se referir a recursos, o STJ sempre admitiu o julgamento liminar e monocrático pelo relator em obediência aos precedentes do próprio tribunal e do STF também para os casos de reexame necessário⁵. Existia, ainda, a previsão do art. 38 da Lei 8.038/90, que cuida do procedimento das ações de competência originária do STF e STJ, artigo esse revogado pelo Novo CPC, que permitia ao relator monocraticamente julgar improcedente o pedido contrário, nas questões predominantemente de direito, à súmula do respectivo tribunal⁶.

A Lei 11.227/2006 incluiu os artigos 543-B e 543-C no CPC/73, introduzindo no processo brasileiro a sistemática de recursos repetitivos. No caso de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, o STF e STJ escolhe recursos representativos do conflito, mantendo suspensos nos tribunais de segunda instância os processos em que são discutidas a mesma tese. Decididos os recursos representativos de controvérsia, os tribunais de segunda instância julgam de acordo com a tese jurídica formada no STF ou STJ. Interpretando o art. 543-C do CPC/73, o STJ nega-

⁵ Súmula 253 do STJ: “O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário”.

⁶ Não obstante a autorização legislativa, havia resistência no STJ acerca da possibilidade de julgamento monocrático fundado em precedente nos processos de competência originária. Nesse sentido: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO POR DECISÃO DE RELATOR. INVIABILIDADE. A faculdade que o art. 557 do Código de Processo Civil atribui ao relator é a de decidir recursos, rol em que não se inclui o mandado de segurança; por ser ação, este deve ser julgado em colegiado. Agravo regimental provido (AgRg no MS 19764/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler, DJe 05/12/2014).

va ao tribunal a possibilidade de recusar a aplicação do precedente no caso concreto, num sinal claro de já conferir efeito vinculante aos julgamentos de recursos representativos de controvérsia⁷.

O art. 475, 3º do CPC/73 dispensava o reexame necessário em razão de sentença fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula do STF ou de Tribunal Superior.

A mesma Lei 11.227/2006 incluiu ao art. 285-A no CPC/73, que permitia ao juiz sentenciar, independente de citação do réu, quando a matéria controvertida fosse unicamente de direito e o Juízo já houvesse decidido pela total improcedência em casos idênticos. A medida visava implementar os princípios de celeridade e economia processuais, em benefício da redução do trâmite de demandas repetitivas e infrutíferas no Poder Judiciário, bem como em benefício do réu, ao sair vitorioso do processo sem nem mesmo ter integrado a lide. Interpretando o art. 258-A do CPC, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a improcedência liminar do pedido deveria ser realizada não só a partir da equivalência da decisão com precedentes do próprio Juízo, mas também com precedentes dos tribunais superiores⁸.

Destarte, ao longo da vigência do CPC/73, foi sendo construída uma sistemática de valorização do precedente, a partir de diversos institutos como a súmula vinculante, a vinculação das decisões definitivas de mérito no controle concentrado de constitucionalidade, a reclamação constitucional, o julgamento de recursos repetitivos e representativos de controvérsia, a inexistência de remessa necessária quando a sentença estivesse fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula de Tribunal Superior, o julgamento monocrático por relator de recurso, o indeferimento liminar da petição inicial. O Novo CPC consolida esses institutos e inova a sistemática do precedente, ao atribuir-lhe efeito vinculante, antes restrito às súmulas vinculantes e às decisões definitivas de mérito em controle concentrado de constitucionalidade.

⁷ HC 274806/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Dje 18/02/2004.

⁸ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. SENTENÇA LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA. ART. 285-A DO CPC. NECESSIDADE DE CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL LOCAL E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. 1. Sentença de improcedência proferida com fulcro no art. 285-A do CPC que, embora esteja em consonância com a jurisprudência do STJ, diverge do entendimento do Tribunal de origem. 2. O art. 285-A do CPC constitui importante técnica de aceleração do processo. 3. É necessário, para que o objetivo visado pelo legislador seja alcançado, que o entendimento do Juiz de 1º grau esteja em consonância com o entendimento do Tribunal local e dos Tribunais Superiores (dupla conforme). 4. Negado provimento ao recurso especial (REsp 1225227/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Dje 12/06/2013).

4 Sistemática do precedente no CPC/15

O Novo CPC abre o seu Livro III da Parte Especial, dedicado aos processos nos tribunais e aos meios de impugnação das decisões judiciais, com artigo dedicado exclusivamente à formação e proteção do precedente.

O caput do art. 927 do Novo CPC determina que “os juízes e os tribunais observarão” os precedentes, aí incluídos os enunciados de súmula do STF e STJ, a jurisprudência pacificada e as teses adotadas em julgamento de casos repetitivos. É possível defender, a partir da interpretação do art. 927, que o CPC consagra a eficácia vinculante do precedente⁹.

Não há como defender que o CPC, ao estender o efeito vinculante para hipóteses que vão além do controle concentrado e da súmula vinculante, previstos no art. 102, §2º e 103-A da Constituição Federal, tenha incorrido no vício de inconstitucionalidade. A eficácia vinculante do precedente não implica a imutabilidade da tese que veicula, mas sim a uniformização de seu entendimento. O próprio CPC prevê a oportunidade de rediscussão das teses em abstrato, que pode ser precedida de audiências públicas e contar com a intervenção de *amicus curiae*, bem como a rediscussão das teses em concreto, através da argumentação de distinção ou superação a serem invocadas pelas partes.

O precedente sempre orientou as partes no processo, seja na elaboração dos argumentos do autor e do réu, seja na fundamentação das decisões do juiz. Afastar a aplicação do precedente no caso concreto sempre exigiu especial força argumentativa, ainda que não se reconheça a eficácia vinculante que o Novo Código procura lhe dar. Logo, a exigência de que os juízes os tribunais observem os precedentes, agora prevista expressamente, ao contrário de ser tomada como inconstitucional, vem tão somente reafirmar os valores constitucionais da segurança jurídica, da proteção da confiança e isonomia.

⁹ Nesse sentido: “Para parcela minoritária da doutrina o dispositivo cria tão somente um dever ao órgão jurisdicional de levar em consideração, em suas decisões, os precedentes e enunciados sumulares lá previstos. De forma que, não havendo outro o a previsão expressa de sua eficácia vinculante, o órgão jurisdicional teria o dever de considerar o precedente ou súmula, mas não estaria obrigado a segui-los, podendo fundamentar sua decisão com o argumento de ser equivocado o entendimento consagrado no precedente ou na súmula. Não parece, entretanto, ser esse o melhor entendimento. Conforme entende a doutrina amplamente majoritária o art. 927 do Novo CPC é suficiente para consagrar a eficácia vinculante aos precedentes e enunciados sumulares previstos em seus incisos. Ou seja, ‘observarão’ significa aplicação de forma obrigatória”. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.492.

Também não procede o argumento de que a eficácia vinculante do precedente invade competência do Poder Legislativo, em sua função precípua de criar norma geral e abstrata. Admitindo a decisão judicial como ato não só de aplicação da norma, mas também de criação do Direito, a atividade criativa do juiz é bem diferente daquela própria do legislador. Ainda que o juiz crie normas de eficácia *erga omnes*, como antes admitia a Constituição Federal para as decisões de controle concentrado de constitucionalidade e como agora pretende o CPC com o precedente, a criação se dará estritamente dentro dos limites previamente estabelecidos pelo Legislativo. Enquanto que ao legislador cabe produzir normas gerais, ao juiz cabe produzir normas individuais, interpretando a norma geral no caso concreto e fazendo as devidas escolhas a partir das delimitações dos tipos definidos na lei. Portanto, a criação da norma pelo Poder Judiciário, seja decidindo um caso específico ou criando um precedente, é bem diversa da criação de leis gerais e abstratas operada pelo Poder Legislativo, de modo a não haver conflito ou invasão de funções precípuas entre os poderes.

Luiz Guilherme Marinoni classifica os tribunais em Cortes de Justiça e Cortes Supremas. As Cortes de Justiça são os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, que funcionam como instância de revisão das causas, reapreciando argumentos e provas, julgadas pelos juízos de primeiro grau. As Cortes Supremas são o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, que dão unidade à interpretação judicial das normas constitucionais e legais.

O Novo CPC aparelha tanto as Cortes Supremas como as Cortes de Justiça para que criem e mantenham os seus precedentes e a sua jurisprudência, respectivamente. Para as Cortes Suprema,s mantém as figuras do controle concentrado de constitucionalidade e da súmula vinculante (STF), súmulas, reclamação, recurso extraordinário e especial repetitivos, orientação de plenário ou órgão especial de tribunal.

Nada obstante, o art. 927, I do CPC determina que os juízes e tribunais observem as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Interpretando do art. 102, §2º da Constituição Federal, o STF restringe o efeito vinculante das decisões definitivas de mérito no controle concentrado de constitucionalidade ao dispositivo dos julgamentos. Para o STF, os motivos invocados nas decisões definitivas de controle concentrado de constitucionalidade (fundamentação ou *ratio*

decidendi) não são vinculantes, não sendo adotada a teoria de transcendência dos motivos determinantes¹⁰.

Vale registrar a posição divergente do Ministro Gilmar Mendes, que sempre defendeu no âmbito do STF a recepção no Brasil da tese da “abstrativização do controle difuso de constitucionalidade”, estendendo o efeito vinculante previsto no art. 102, § 2º da Constituição Federal aos fundamentos dos julgados, não ficando restrita a vinculação aos seus dispositivos. Para o Ministro Gilmar Mendes, a eficácia da decisão do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade transcende o caso singular, de modo que não só o dispositivo, mas os fundamentos determinantes sobre a interpretação constitucional devem ser observados pelos demais juízes e tribunais nos casos futuros¹¹.

Se a Constituição Federal, a partir da interpretação do STF, já confere efeito vinculante e eficácia contra todos ao dispositivo das decisões definitivas de mérito, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade e o art. 927, I do CPC determina que os juízes e tribunais observem as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, a determinação só pode se referir à fundamentação de tais decisões. Logo, o CPC traz como importante novidade a consagração da teoria da transcendência dos motivos determinantes nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, de modo a conferir efeito

¹⁰ AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. 1º-F DA LEI 9.494/97. PODER AQUISITIVO DA MOEDA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE MATERIAL ENTRE OS COMANDOS NORMATIVOS. PERTINÊNCIA ESTRITA. MOTIVOS DETERMINANTES. 1. A presente reclamação é incabível, por tratar de situação que não guarda relação de estrita pertinência com o parâmetro de controle. 2. Ainda que se admita a correspondência da *ratio decidendi* entre as matérias, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme em afirmar o não cabimento de reclamação, quando ela estiver fundada na transcendência dos motivos determinantes de acórdão com efeito vinculante, por tal efeito abranger apenas o objeto da ação. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (Rcl 16802, AgR/PE, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 28/10/2015).

¹¹ Nesse sentido: “Nesses termos, resta evidente que o efeito vinculante da decisão não está restrito à parte dispositiva, mas abrange também os próprios fundamentos determinantes. Como se vê, com o *efeito vinculante* pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado” *In*: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.444.

vinculante também aos fundamentos das decisões do STF, nesses casos especiais¹².

Uma significativa alteração foi prevista no art. 927, §3º do CPC, ao possibilitar ao Supremo Tribunal Federal e demais tribunais modular os efeitos de suas decisões, no caso de alteração de jurisprudência dominante, bem como para julgamentos de casos repetitivos. O CPC praticamente redefina o mecanismo de modulação de efeitos dos julgamentos em tribunais. A modulação de efeitos já havia sido prevista no art. 27 da Lei 9.868/99 e no art. 11 da Lei 9.882/99, como forma de restrição da eficácia da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em controle concentrado (ADI, ADC e ADPF), para além do seu trânsito em julgado ou outro momento a ser fixado pelo STF, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

O Novo CPC garante não só ao STF, mas a todos os tribunais os meios para modular os efeitos das suas decisões, que deixa de ser alternativa exclusiva do controle concentrado de constitucionalidade. Os demais Tribunais Superiores podem agora restringir os efeitos das suas decisões, no caso de alteração de jurisprudência dominante. Os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais passam a ter a chance de modular efeitos no caso de julgamento de demandas repetitivas.

No contexto de aparelhamento com vistas a promover o precedente, para as Cortes de Justiça, o CPC cria os institutos do Incidente de Assunção de Competência e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. O Incidente de Assunção de Competência (IAC) foi previsto no art. 947 do CPC e permite que, havendo um processo em trâmite no tribunal, o relator determine ou qualquer das partes requeiram a remessa para órgão colegiado responsável por acórdão que vincule todos os juízes e órgãos fracionários sob sua abrangência e subordinação. Basta que o processo envolva relevante questão de direito, com grande repercussão social¹³. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) foi previsto entre os artigos 976 e 987 do CPC como meio para dar solução a processos repetidos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direi-

¹² De acordo com o enunciado n. 168 do FPPC: “Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”.

¹³ De acordo com o enunciado n. 469 do FPPC: “A ‘grande repercussão social’, pressuposto para a instauração do incidente de assunção de competência, abrange, dentre outras, repercussão jurídica, econômica ou política”.

to. Tanto o juiz quanto quaisquer das partes do processo podem suscitar a instauração do incidente, a ser julgado por órgão colegiado do tribunal ao qual o juízo da causa está vinculado (TJ ou TRF). A tese jurídica construída pelo tribunal em sede de IRDR deve ser aplicada a todos os processos que tramitem e que venham a tramitar na área de sua jurisdição que cuidem de questão idêntica.

Outra importante novidade do CPC/15 em favor do precedente foi a alteração no instituto da reclamação. Antes prevista para somente para as Cortes Supremas, hoje em dia passa a ser instituto de defesa da autoridade de decisão de qualquer tribunal. O Supremo Tribunal Federal já permitia o ajuizamento de reclamação diante de Tribunal de Justiça, desde que o instituto fosse previsto na Constituição Estadual¹⁴. O Novo CPC deixa expressa a possibilidade de reclamação para a preservação da autoridade das decisões dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, aumentando o alcance do instituto, abrangendo não só a contrariedade de súmula vinculante, mas também as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e o precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou incidente de assunção de competência.

5 Precedente e Advocacia Pública

Uma função de grande relevância do precedente e da jurisprudência é a de criar expectativas normativas. Se toda sentença é composta de uma resposta individual, que dá solução ao processo, e de uma resposta geral,

¹⁴ “Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 108, inciso VII, alínea *i* da Constituição do Estado do Ceará e art. 21, inciso VI, letra *j* do Regimento do Tribunal de Justiça local. Previsão, no âmbito estadual, do instituto da reclamação. Instituto de natureza processual constitucional, situado no âmbito do direito de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea *a* da Constituição Federal. Inexistência de ofensa ao art. 22, inciso I da Carta.

1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF). 2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local. 3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais. 4. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente” (ADI 2.212, Rel.Min. Ellen Gracie, DJ 14.11.2003).

que é a fundamentação a ser aproveitada em casos futuros e similares, a modificação dessa resposta geral (precedente ou jurisprudência) sem alteração legislativa ou sem alteração econômica, política, cultural ou social viola a segurança jurídica, confiança e isonomia¹⁵.

É importante ter em conta que a sentença judicial é pluridimensional porque é criada a partir do passado (fato, jurisprudência, dogmática, conceitos, tipos), no presente, que cria expectativa normativa de que casos futuros com a mesma pergunta geral vão ser respondidos com a mesma resposta geral¹⁶.

A natureza vinculativa do precedente e a preocupação em respeitar as expectativas criadas são temas sensíveis à orientação da atuação da Fazenda Pública em juízo, mesmo antes da consagração definitiva do precedente trazida pelo Novo CPC. A atuação de acordo com o precedente se torna especialmente relevante em processos de Direito Tributário, que cria prestações pecuniárias compulsórias cujo descumprimento acarreta sanções consideravelmente gravosas.

Nesse contexto, foi editado o Parecer PGFN/CRJ N. 492/2010, sob a égide do CPC/73, para orientar a atuação da Fazenda Nacional diante dos precedentes formados nos casos de julgamentos de recursos repetitivos e representativos de controvérsia. De acordo com o Parecer, os precedentes do STF e STJ sempre tiveram eficácia persuasiva e não vinculante. A introdução da sistemática de julgamento por amostragem dos recursos extra-

¹⁵ De acordo com o enunciado n. 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”.

¹⁶ Nesse sentido: “Dessa conjugação de dimensões temporais diversas é que surge a conclusão: o encontro do Direito, que a sentença propicia, é pluridimensional. É que o sistema jurídico cumpre função insubstituível, que mais se acentua nas sociedades contemporâneas de alta complexidade. Por meio do binômio lícito/ilícito, o sistema se diferencia do restante do ambiente e se autonomiza, generalizando e estabilizando as expectativas normativas de comportamento. Nele, a autonomização leva a duas noções de tempo diferentes. O tempo do relógio e sua contagem, de maneira unidimensional. E, no sistema jurídico, falamos ainda de tempo autêntico, multidimensional, que mescla passado, presente e futuro em suas operações internas. Se as decisões judiciais se voltam precipuamente para o *input* (passado) do sistema, trabalham – por meio das leis, dos precedentes e da Dogmática – as informações seletivamente, através de conceitos mais universalísticos e de tipos (quer sejam conceitos cerrados ou tipos propriamente ditos), técnica a partir da qual elas envolvem o futuro, possibilitando a extensão das decisões a partes desconhecidas, em casos ainda não ocorridos. Então, surge transparente, como já destacamos, uma desconexão temporal entre o interior do sistema jurídico e a realidade social. O tempo jurídico não coincidirá com o tempo dos fatos ocorridos na realidade social”. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 579.

ordinários repetitivos foi responsável por aumentar a força persuasiva do precedente. A força especial e diferenciada dos precedentes formados sob a sistemática de julgamento de recursos repetitivos decorreria do procedimento específico criado pelos artigos 543-B e 543-C do antigo CPC (com previsão de intervenção de *amicus curiae*, prestação de informações de tribunais estaduais e federais a respeito da controvérsia, oitiva do Ministério Público, julgamento pelo Pleno do STF e Corte Especial do STJ) e da lógica de racionalidade e celeridade do instituto.

O Parecer classifica os precedentes do STF e STJ, de acordo com a sistemática dos artigos 543-B e 543-C do CPC/73, em três espécies. A primeira espécie trata dos precedentes enunciados em súmulas vinculantes ou dos julgamentos definitivos de mérito em controle concentrado constitucionalidade, cujos recursos em sentido contrário necessariamente seriam rejeitados. A segunda espécie trata dos precedentes obtidos a partir da sistemática de recursos repetitivos, cujos recursos em sentido contrário teriam chance reduzida de êxito. A terceira espécie se refere a precedentes do STF e STJ não submetidos à sistemática prevista nos artigos 573-B e 573-C do antigo CPC, cujos recursos em sentido contrário poderiam ou não ter êxito, com significativo grau de incerteza, mesmo se tais precedentes estivessem em consonância com reiterada e pacífica jurisprudência do STF e STJ.

A partir da classificação dos precedentes, de acordo com o CPC/73, o Parecer orienta atuação da Fazenda Nacional em juízo. Contra decisão desfavorável fundada em súmula vinculante ou decisão definitiva de mérito em controle concentrado de constitucionalidade, a Fazenda Nacional deixaria de apresentar contestação ou recurso.

Contra decisão proferida com respaldo em precedente judicial formado a partir dos artigos 543-B e 543-C, a Fazenda Nacional deveria deixar de apresentar recurso, mas poderia ter que apresentar contestação em alguns casos definidos pela CASTF e CRJ. Contra decisões proferidas em consonância com precedentes do STF e STJ, não formados de acordo com a sistemática de recursos repetitivos, a Fazenda Nacional deveria continuar a interpor recursos ordinários (apelação, agravo, etc), sendo dispensada tão somente da interposição dos recursos extraordinários. Da mesma forma, deveria a Fazenda Nacional apresentar contestação a pedidos respaldados em precedentes do STF e STJ, ainda que formados de acordo com a jurisprudência dominante e reiterada.

O Parecer justifica a distinção na atuação pelo fato de, ainda que julgado de acordo com a sistemática dos artigos 543-B e 543-C do antigo CPC ou de acordo com pacífica jurisprudência do STF e STJ, o precedente poderia ser alterado pelos Tribunais Superiores ou poderia deixar de ser seguido pelos tribunais de segunda instância.

Sem dúvida, o Parecer PGFN/CRJ N. 492/2010 representou grande avanço na atuação da Fazenda Nacional em juízo, ao fortalecer o precedente do STF e STJ ainda que contrário aos interesses do Fisco e ao reconhecer as inúmeras vantagens do respeito ao precedente (otimização na utilização dos recursos da PGFN, aumento da credibilidade da instituição junto ao Poder Judiciário e à sociedade, estímulo ao pensamento crítico dos Procuradores, minoração da condenação em honorários).

Todavia, o Parecer ainda não admitia a natureza vinculante dos precedentes, tal como foi positivado expressamente no Livro III da Parte Especial do Novo CPC. Mesmo para os casos julgados sob a sistemática de recursos repetitivos pelo STF e STJ (artigos 543-B e 543-C do antigo-CPC), cabia à CASTF e à CRJ decidirem acerca da dispensa de contestação ou recurso. Mesmo para os casos de jurisprudência reiterada e dominante dos Tribunais Superiores (fora da sistemática dos antigos artigos 543-B e 543-C), havia a exigência de interposição de contestação e recurso para rediscutir tese contrária aos interesses fazendários.

Pode-se concluir que, nesses termos, a lógica de atuação da Fazenda Pública em juízo acabava sendo a da desconfiança de uma eventual e futura modificação da jurisprudência, quando deve prevalecer a lógica da confiança legítima de manutenção do precedente.

O Parecer PGFN/CRJ/Nº 789/2016, já sob as vestes do CPC/15, altera substancialmente o Parecer PGFN/CRJ N. 492/2010. Imbuído da nova carga principiológica trazida pelo Novo Código, em observância especial aos princípios da cooperação, boa-fé objetiva, efetividade da atividade jurisdicional, redução da litigiosidade, moralidade, legalidade e eficiência, o Parecer passa a dispensar recurso e contestação para casos de teses jurídicas contrárias aos interesses fazendários firmadas em julgamento de recursos repetitivos.

Ademais, o Parecer deixa de considerar jurisprudência pacífica e reiterada do STF e do STJ apenas as matérias antes escolhidas exclusivamente e taxativamente pela CASTF e CRJ. A lista de jurisprudência reiterada e pacificada dos Tribunais Superiores, de modo a dispensar a apresentação

de contestação e recurso por parte da Fazenda Nacional, passa a ser exemplificativa, elaborada a partir da cooperação das Procuradorias-Regionais. A lista de dispensa de contestação e recurso fazendário passa a ser exemplificativa, porquanto não impede que o Procurador que atua no processo demonstrar por Nota Justificativa que a tese jurídica está fundada em precedente do STF ou do STF e deixe de contestar ou recorrer. Essa mudança trata de notável avanço na atuação da Fazenda Nacional em juízo e de efetivo estímulo ao pensamento crítico dos Procuradores.

Ao reduzir a quantidade de contestações e recursos contrários à jurisprudência pacífica e reiterada do STF e STJ, a mudança visa a rápida solução do litígio, a economia de recursos dos custos inerentes ao processo e um maior controle sobre a redução de honorários, considerando que condenações de ônus sucumbenciais tiveram expressivo aumento no Novo CPC.

Passados quase dois anos da vigência do CPC/2015, é preciso reconhecer o esforço da Fazenda Nacional em adaptar a sua atuação em juízo, de acordo com a nova ordem processual consagrada. Entretanto, a superação definitiva de uma lógica de desconfiança de uma eventual e futura modificação de jurisprudência pelas partes também depende que os próprios Tribunais reconheçam a natureza vinculante do precedente, de modo a se evitar julgamentos contraditórios ou superação sem que haja transformação legislativa ou fática.

Bibliografia

ARENHAT, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016.