

**A NATUREZA DAS ATIVIDADES DE CRIAÇÃO ELECADAS NO ART. 927 DO
CPC/15¹**

***THE NATURE OF THE CREATION ACTIVITIES LISTED IN ARTICLE 927 OF
THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE OF 2015***

Romulo Ponticelli Giorgi Júnior

Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS. Professor na Instituição Educacional São Judas Tadeu, do Curso de Pós-Graduação em Advocacia Pública da UFRGS em convênio com a Escola Superior da AGU e dos cursos de especialização da UFRGS em Direito do Estado e em Direito Penal e Política Criminal. Foi Procurador do Município de Porto Alegre, Procurador do Estado do Rio Grande do Sul e Advogado da União. É Procurador da Fazenda Nacional em Porto Alegre (RS). Porto Alegre/RS. E-mail: romulopg@outlook.com

RESUMO: O presente artigo propõe-se a refletir sobre a natureza das atividades de criação contidas nas decisões elencadas no art. 927 do CPC/15 e suas possíveis consequências para a jurisdição constitucional brasileira, bem como sua função central na busca da separação entre a atividade jurisdicional tradicional (centrada principalmente na aplicação e só secundariamente na criação do direito) das atividades elencadas no art. 927 do CPC (centradas na criação do direito).

PALAVRAS-CHAVE: Precedente – Coisa Julgada sobre Questão – Segurança Jurídica – Novo Código de Processo Civil - Jurisdição.

ABSTRACT: The present essay examines the nature of the creation activities contained in the decisions listed in article 927 of the Brazilian Civil Procedure Code of 2015 (BCPC/15)

¹ Artigo recebido em 05/12/2019 e aprovado em 11/08/2020.

and its possible consequences for the Brazilian constitutional jurisdiction, as well as its central function seeking to separate between traditional jurisdiction (centered in the application and only secondarily in the creation of law) and the activities listed in article 927 of the BCPC/15 (centered in the creation of law).

KEY WORDS: Precedent. Collateral Estoppel. Legal Certainty. New Civil Procedure Rules. Jurisdiction.

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 – Características da Jurisdição Ordinária e sua Inadequação às Atividades do art. 927 do CPC/15 - 2.1 – Elementos caracterizadores da jurisdição - 2.2 - Inadequação do conceito tradicional de jurisdição para parte das atividades de criação elencadas no art. 927 - 3 Principais Conceitos de Atividade Nomofilática - 3.1 - Conceito e caracterização no CPC/15 – 3.2 - Importância no plano do Direito Fundamental das Partes– 3.3 - Foco no aspecto *externo* da fundamentação - 4 Jurisdição Constitucional – 4.1 – Conceito – 4.2 - Abrangência: controle e interpretação constitucionais – 4.3 - Foco no aspecto *externo* da fundamentação - 5 Natureza Jurídica das Decisões elencadas no art. 927 do CPC/15 – 5.1 - Conceito e características fundamentais da *jurisprudência*, da *jurisprudência vinculante*, da *súmula*, da *sumula vinculante*, do *precedente* e do *collateral estoppel* (coisa julgada sobre questão) – 5.2 - Falhas de técnica na redação do art. 927 e necessidade de interpretação extensiva do art. 927, III, *in fine* – 5.3 - Embora a natureza da atividade de criação das decisões referidas no art. 927 seja variável (jurisdição constitucional, atividade nomofilática, *colateral estoppel* etc.) o CPC/15 buscou, em todas as hipóteses, garantir os DDFD das partes e separar os níveis do ordenamento – 6 Limites à Jurisdição e *Self Restraint* - 6.1 - Questões políticas (exemplo da distinção no direito norteamericano) e limites à cláusula constitucional da inafastabilidade do Judiciário – 6.2 - Efeito de substituição estratégico enquanto parâmetro para o controle da interpretação administrativa e limite às discricionariedades judicial e administrativa – 6.3 - Peculiaridades da perda de objeto e do *mootness* na determinação de precedentes (e.g. CPC/15, art. 998, par. ún.) - 7 Conclusão – 8 – Referências Bibliográficas

1 - Introdução

O presente artigo busca elucidar a natureza das atividades de criação elencadas no art. 927 do CPC/15, demonstrando a inadequação da aplicação dos conceitos de *jurisdição* e de *precedente* a todas essas decisões, bem como o seu caráter meramente exemplificativo, principalmente o do inciso III.

Serão analisados os elementos caracterizadores da jurisdição, demonstrando a inadequação desse conceito a várias das atividades elencadas no art. 927. A seguir, verificaremos as características do *collateral estoppel* e da jurisdição constitucional, conceitos necessários para a compreensão da natureza jurídica das decisões contidas nas atividades de criação elencadas no art. 927 do CPC/15.

A compreensão da natureza jurídica das atividades de criação elencadas no art. 927 do CPC/15 permitirá verificar se o CPC/15 avançou na direção da imposição de limites à jurisdição, análogos ao *self restraint* e a uma maior separação entre as jurisdições ordinária e constitucional.

2 - Características da jurisdição ordinária e sua inadequação às atividades do art. 927 do CPC/15

A jurisdição ordinária, enquanto atividade preponderante de aplicação do direito aos fatos *sub judice*, não é adequada a todas as atividades elencadas no art. 927 do CPC/15, como se pode ver por seus elementos característicos.

2.1 – Elementos caracterizadores da jurisdição

Para tanto, iniciaremos analisando o conceito tradicional de jurisdição, demonstrando sua clara inaplicabilidade à maioria das atividades descritas no art. 927 do CPC/15.

Athos Gusmão Carneiro, em seu clássico artigo sobre a jurisdição, trabalha claramente com uma concepção *declaratória* do ato jurisdicional, que se limitaria a

declarar a vontade da lei no caso concreto, ocultado o papel – e principalmente o poder – do julgador na determinação do direito, inerente à interpretação-atividade².

Athos Gusmão Carneiro elenca, como características próprias da atividade jurisdicional ser uma atividade: provocada (inércia), pública, de natureza substitutiva (a atividade jurisdicional fará realizar a vontade da lei), indeclinável e exercida pelo juiz natural e cujas decisões de mérito podem ser dotadas da autoridade da coisa julgada material³⁴.

Athos Gusmão Carneiro permanece preso à teoria declaratória da jurisdição, afirmando que somente a legislação criaria normas de conduta propriamente ditas, pois a atividade jurisdicional, pelo menos como ele percebia, consistiria primariamente em declarar o conteúdo preexistente na lei⁵.

2.2 – Inadequação do conceito tradicional de jurisdição para parte das atividades de criação elencadas no art. 927

A análise das atividades de criação previstas no art. 927 do CPC/15 demonstra claramente a inadequação do conceito tradicional de jurisdição.

O requisito da inércia, por exemplo, não se aplica nem às súmulas vinculantes⁶, nem às súmulas ordinárias⁷, nem ao Incidente de Assunção de Competência (IAC)⁸, nem

² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição – Noções Fundamentais*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, p. 9-22, jul-set. 1980: “O juiz é a *longa manus* do legislador, pois transforma, pela Jurisdição, em comando concreto entre as partes as normas gerais e abstratas da lei. Possível é, também, conceituar a Jurisdição como o poder (e o dever) de declarar a lei que incidiu e aplicá-la, coativa e contenciosamente, aos casos concretos”.

³ CARNEIRO, 1980, *loc. cit.*

⁴ Adotando uma concepção mais atualizada, DIDIER JR. salienta que “A coisa julgada é situação jurídica que diz respeito exclusivamente às decisões jurisdicionais. Somente uma decisão judicial pode tornar-se indiscutível e imutável pela coisa julgada. Isso não quer dizer que só haverá jurisdição se houver coisa julgada. A existência de coisa julgada é uma opção política do Estado; nada impede que o legislador, em certas hipóteses, retire de algumas decisões a aptidão de ficar submetida à coisa julgada; ao fazer isso, não lhes retira a “jurisdicionalidade”. A coisa julgada é situação posterior à decisão, não podendo dela ser sua característica ou elemento de existência. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015a, pp. 163-164)

⁵ CARNEIRO, 1980, *loc. cit.*: “enquanto a Legislação é uma atividade constitutiva, no sentido de criação de normas de conduta, a Jurisdição assume uma posição preponderante de direito preexistente, mesmo naqueles casos em que, por omissa a lei, cabe ao juiz encontrar e “revelar” as normas de conduta “latentes” na ordem jurídica”.

⁶ Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, *de ofício* ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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

ao IRDR⁹, nem à chamada *jurisprudência* vinculante, de que é exemplo o Incidente de Inconstitucionalidade, que podem ser iniciados de ofício.

A atuação *ex officio* em incidentes com competência distinta do recurso, como pode ocorrer no caso do IAC e do Incidente de Inconstitucionalidade e do IRDR em matéria constitucional gerará dois critérios distintos para o juiz natural – para o recurso e para o incidente.

Embora o caráter público esteja presente em todas as decisões referidas no art. 927, ele não serve para distinguir atos legislativos, administrativos e judiciários, pois todos eles são públicos.

O caráter substitutivo não está presente nas decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, pois, estando há muito superada a teoria do *legislador negativo*¹⁰. Esse requisito não se aplica, igualmente, às súmulas vinculantes (SVs), às súmulas ordinárias, à orientação vinculante do plenário, aos acórdãos proferidos em sede de incidente de assunção de competência (IAC) ou de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e apenas em grau subsidiário aos recursos especiais e extraordinários repetitivos, como se verá abaixo.

Quanto à habilidade das decisões de mérito serem dotadas da autoridade da coisa julgada material, algumas atividades de criação previstas pelo art. 927 apresentam

indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

(BRASIL. *Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006*. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111417.htm. Acesso em: 28 set. 2019, grifamos.

⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REGIMENTO INTERNO*. Brasília: STJ, 2019, p. 84, art. 125, § 1º: “Qualquer dos Ministros poderá propor, em novos feitos, a revisão da jurisprudência compendiada na súmula [...]”

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *REGIMENTO INTERNO*. Brasília: STF, 2019, p. 70, art. 103: “Qualquer dos Ministros poderá propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula [...]”

⁸ CPC/15, art. 947, § 1º: “Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, *de ofício* ou [...]”

⁹ CPC/15, art. 977, I: “O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente do tribunal: I – pelo juiz ou relator, por ofício;”

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 1.235-1.236 e 1.316-1.320, especialmente p. 1.317 e MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In. _____ & NASCIMENTO, Carlos Valder do. (orgs). *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. I, pp. 362-366, especialmente p. 366.

peculiaridades especiais, como o IRDR, que tem a natureza de *collateral estoppel*¹¹ ou coisa julgada sobre questão com efeitos *erga omnes*, enquanto outras, como as súmulas, são tão próximas do ato legislativo que sequer contém uma *parte dispositiva*, único elemento atingido pela coisa julgada¹².

3 - Principais conceitos de atividade nomofilática

A compreensão da natureza das atividades de criação previstas no art. 927 do CPC exige a prévia conceituação das suas várias espécies: atividade nomofilática, jurisdição constitucional, jurisprudência, jurisprudência vinculante, súmula, súmula vinculante, precedente e coisa julgada sobre questão (*collateral estoppel*). Esse capítulo tratará da atividade nomofilática.

3.1 – Conceito e caracterização no CPC/15

Um tribunal exerce função nomofilática quando designa a interpretação exata ou vigente¹³. O termo busca separar o plano da definição do direito do da preponderante aplicação do direito aos fatos da causa *sub judice*. Trata-se da separação entre os níveis do ordenamento¹⁴, necessária a manutenção do “véu de ignorância”¹⁵ inerente à separação de poderes.

Como a determinação do direito – a escolha política da forma de realizar o bem comum, votando leis ou aprovando precedentes – envolve opções e afasta a imparcialidade, ela não pode ser feita pelo julgador ordinário. A violação deste “véu da ignorância” geraria a vinculação das partes a uma norma escolhida após os fatos aos quais

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a, pp. 16-17, 21, 23, 31-33 e 104-105.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz & MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a, v. 2: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum, p. 682.

¹³ KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 3 (nota 7) e 90-91.

¹⁴ SOUZA JR., Cezar Saldanha. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. *Cadernos do PPGDIR/UFRGS*, n. III, p. 7-18, mar. 2005.

¹⁵ O “véu da ignorância” envolve a necessidade de ausência de controle total sobre as premissas da norma concreta. O legislador estabelece a norma, mas desconhece os fatos sobre os quais essa será aplicada, enquanto o juiz conhece os fatos, mas não pode escolher com total liberdade o conteúdo da norma.

ela será aplicada, incidindo retroativamente. Isto confere um poder excessivo ao julgador ordinário e gera uma grave violação à separação de poderes¹⁶ e ao Estado de Direito¹⁷.

A atividade nomofilática pode ser vista sob duas concepções: das cortes superiores, inerente à visão declaratória da jurisdição e das cortes supremas, inerente à visão constitutiva da jurisdição.

O modelo das cortes superiores é inerente à visão de direito das Escolas da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos, assim como de Montesquieu. Supõe a existência de uma única interpretação correta, deriva diretamente do texto da lei, que é identificada com a norma, que seria simplesmente *declarada* pela sentença. *Nessa concepção, o intérprete se limitaria à mera declaração do conteúdo do direito, previamente contido na lei, de forma que não haveria diferença relevante entre a interpretação-atividade e a interpretação-resultado*¹⁸.

Nesse modelo, a ideologia e o papel do juiz são completamente ignorados e a atividade nomofilática ideal que se busca nas cortes superiores é identificada com a correção, caso a caso, da interpretação, controlando a legalidade das decisões judiciais buscando uma jurisprudência uniforme¹⁹.

Da admissão da distinção entre o texto e a norma, bem como da existência de uma série de pontos de vista ideológicos necessariamente utilizados pelos intérpretes para elaborar normas concretas, passa-se à natural conclusão da *diferença essencial entre a leitura de uma interpretação (interpretação-resultado)*, por exemplo, em um texto doutrinário referindo um precedente do STF, *e a determinação de um, dentre os vários sentidos possíveis, escolhida pelo intérprete institucional (interpretação-atividade)*²⁰.

¹⁶ VERMEULE, Adrian. Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law. *Yale Law Journal*. New Haven: Yale Law Journal, v. 111, pp. 399-433, especialmente pp. 400-404 e 409-411, 414, 424, 426-427, 429 e 431, oct. 2001. Disponível em <http://www.yalelawjournal.org/essay/veil-of-ignorance-rules-in-constitutional-law>. Acesso em 30 jan. 2016.

¹⁷ FINNIS, John. *Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: UNISINOS, 2007, p. 264: “Um sistema jurídico exemplifica o Estado de Direito na medida (é uma questão de grau para cada item da lista) em que (i) suas regras são prospectivas, não retroativas [...].”

¹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a, pp. 49-50.

¹⁹ MITIDIERO, 2017a, p. 57.

²⁰ MITIDIERO, 2017a, pp. 74-75 e 119.

A interpretação-atividade, evidentemente, envolve tanto o exercício do de poder como uma opção politicamente orientada²¹. Nessa concepção atividade jurisdicional é claramente admitida como fonte do direito, pois a sentença cria (e não meramente declara) a norma concreta.

O uso de precedentes vinculantes pressupõe a possibilidade da adoção de interpretações politicamente orientadas, e conseqüentemente a necessidade do controle do exercício do poder dos intérpretes. Nesse contexto os precedentes se tornam uma das principais formas de equilíbrio institucional²². O CPC/15, ao introduzir o conceito de precedente no Brasil, bem como ao adotar o modelo de uma vinculação forte²³ adota claramente o modelo de cortes supremas.

3.2 – Importância no plano do Direito Fundamental das Partes

Grande parte da decisão de uma questão jurídica pertine à escolha do texto normativo incidente sobre o caso²⁴, que sofrerá de dupla indeterminação, devido *ao caráter equívoco dos textos normativos*, “pois todo texto admite uma pluralidade de interpretações, sendo, portanto, sujeito a controvérsias interpretativas”²⁵ (ambigüidade) e à *vagueza das normas*, pois “toda norma vigente é indeterminada, no sentido de que não se sabe quais fatos estão abrangidos por sua hipótese de incidência”²⁶.

²¹ GRAU afirma claramente o erro da visão da unidade interpretativa do ordenamento, assim como da neutralidade do intérprete.

"Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico" (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 40).

"[...] ainda que os princípios o vinculem, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros" (GRAU, 2006, p. 55).

²² SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, CA, EUA, v. 39, p. 571-605, especialmente pp. 604-605, fev. 1987.

²³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da Persuasão à Vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b, pp. 83-85. No mesmo sentido MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz & MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1.007 e ZANETI JR., HERMES. *O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 344-356.

²⁴ A discussão sobre a aplicação ou não do CDC, ou de suas normas sobre inversão do ônus da prova, seriam exemplos típicos na esfera cível. A qualificação jurídica – contrato de adesão, hipossuficiência, cláusula abusiva, boa-fé objetiva – é outro, dentre vários exemplos existentes.

²⁵ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 2011, p. 39, tradução nossa.

²⁶ GUASTINI, 2011, pp. 52-53, tradução nossa.

Nesse contexto, a separação de poderes e o véu de ignorância exigem a separação entre os níveis fundamental, legal e judicial do ordenamento²⁷. Como os textos normativos são ambíguos e vagos, o intérprete, se puder interpretá-los politicamente sem limite algum, tornará a segurança jurídica uma quimera.

A função nomofilática das Cortes Supremas lhes confere um papel fundamental na eliminação da equivocidade do Direito ao formar precedentes e guiar a interpretação futura²⁸. O *stare decisis*, mesmo mitigado, é um meio para o incremento da segurança jurídica, que é um instrumento²⁹ necessário para a obtenção e a manutenção dos demais direitos fundamentais, exigindo do Direito cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e efetividade³⁰.

Ao separar a determinação e a aplicação dos precedentes, separam-se os níveis do ordenamento, limita-se o poder e amplia-se a eficácia e a eficiência das normas, ao reduzir a incerteza sobre seu conteúdo e campo de aplicação e impulsionar os juízes à imparcialidade e à objetividade³¹.

3.3 – Foco no aspecto *externo* da fundamentação

O juiz, ao prolatar sua sentença, tem evidentemente ampla margem discricionária³², mas deve manter-se dentro dos limites legalmente admitidos. Para tanto, exige-se uma fundamentação racional.

Enquanto o aspecto interno da fundamentação pertine à sua correção lógica e completude, sendo essencial principalmente para o seu controle recursal, o seu aspecto

Essa dupla indeterminação também é apontada por Friedrich Müller, que chama de *Programa da Norma* o resultado da atividade interpretativa inicial sobre o texto da norma, tratando o problema da equivocidade dos textos normativos e de *Campo da Norma* o resultado da análise do segmento da realidade sobre a qual incide a norma, tratando o problema da vagueza da norma. (MÜLLER, Friedrich, *Discours de La Méthode Juridique*. Paris: PUF, 1996, p. 15.

²⁷ SOUZA JR., 2005, pp. 7-18.

²⁸ MITIDIERO, 2017a, p. 85.

²⁹ CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional* (1955). 6. ed., revista e ampliada por Miguel Galvão Teles, Coimbra: Almedina, 2010, t. I, pp. 143-145 e 147.

³⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 106-128.

³¹ FERRERES COMELLA, Víctor. Sobre la Posible Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia. In. _____ & Xiol, Juan Antonio. *El Carácter Vinculante da la Jurisprudencia*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 43-80, especialmente p. 46.

³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 108 e ss.

externo pertine ao controle da escolha das premissas utilizadas pelo julgador. A decisão somente será razoável se puder ser generalizada³³. A atividade nomofilática das Cortes Supremas, ao estabelecer precedentes, exige que o resultado seja generalizável, relacionando-se com a fundamentação externa e o controle do poder³⁴.

4 – Jurisdição Constitucional

O inciso I e o final do inciso III do art. 927 determinam que:

I - os juízes e tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

III – os acórdãos em [...] julgamentos de recurso extraordinário [...] repetitivos;

A compreensão da natureza dessa decisão exige a prévia conceituação da jurisdição constitucional.

4.1 – Conceito

Além do caráter ambíguo e vago dos textos normativos, especialmente sensível no texto constitucional, não há hierarquia fixa entre os métodos interpretativos tradicionais³⁵ – gramatical, sistemático, histórico e teleológico – exigindo-se a atribuição de um intérprete institucional.

Como em muitas situações posições neutras serão simplesmente inviáveis e uma definição terá de ser tomada, a Constituição atribuiu à Corte Constitucional o papel de órgão institucional plural encarregado de definir um direito que acompanhe a evolução das experiências em um país que compartilha princípios atemporais³⁶.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio & MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. I: teoria do processo civil, pp. 116-120.

³⁴ TARUFFO, Michele. *A Motivação da Sentença Cível*. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, introdução à edição brasileira, pp. 20-21.

³⁵ KOMMERS, Donald P. & MILLER, Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany: with a new foreword by Justice Ruth Bader Ginsburg*. 3rd ed. London: Duke University Press, 2012, tópico *Interpretative Modes and Techniques*, no capítulo 2, *The Basic Law and Its Interpretation*, livro eletrônico.

³⁶ TRIBE, Laurence & MATZ, Joshua. *Uncertain Justice: The Roberts Court and the Constitution*. New York, NY, USA: Henry Holt and Co., 2014, livro eletrônico, posição 5770.

A chamada *jurisdição constitucional* nada mais é do que uma forma de controle do poder, fugindo da clássica tripartição de poderes³⁷

A expressão *jurisdição constitucional* foi cunhada por Hans Kelsen, para explicar sua visão, hoje aliás ultrapassada, do legislador negativo. Kelsen propunha, ao utilizar a expressão *jurisdição*, que a atividade da Corte Constitucional fosse preponderantemente de aplicação do direito constitucional, havendo criação apenas em caráter secundário. Salientava, ademais, que a necessidade de fundamentação era outra característica que assemelhava a Corte Constitucional aos tribunais ordinários³⁸.

Há que salientar, entretanto, as *três diferenças fundamentais entre a jurisdição ordinária e a jurisdição constitucional*³⁹:

- I) Foco na aplicação do direito aos fatos x foco no controle do próprio direito;
- II) Foco na aplicação das normas infraconstitucionais e na tutela ao interesse da parte x foco na aplicação da Constituição e na tutela à validade do ordenamento e
- III) Foco na aplicação imparcial de uma decisão política fundamental x foco na aplicação de valores fundamentais.

4.2 – Abrangência: controle e interpretação constitucionais

A jurisdição constitucional tem duas vertentes, igualmente importantes: o controle e a interpretação constitucionais. A importância do controle de constitucionalidade enquanto uma das principais formas de filtragem e de definição e determinação do direito vigente em um país democrático não precisam ser salientadas, pois, como salienta Gilmar Ferreira Mendes, “ninguém ignora que o constitucionalismo moderno se caracteriza, dentre outros aspectos, pelo esforço desenvolvido no sentido de positivizar o direito natural”⁴⁰.

Igualmente importante, entretanto, é a interpretação constitucional, pois sequer as cláusulas pétreas terão seu conteúdo determinado antes de sua interpretação. O mesmo ocorre com os princípios constitucionais.

³⁷ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970, pp. 67-68 e 308-309.

³⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 153.

³⁹ GIORGI JR., Romulo Ponticelli. *Controle de constitucionalidade pelo juiz de primeiro grau*. Charleston, SC, USA: Create Space Independent Publishing Platform, 2015, pp. 48-50 e 63-64.

⁴⁰ MENDES & BRANCO, 2015, p. 1.073.

A *função social da propriedade*⁴¹ pode ser interpretada desde a mera tutela aos direitos de vizinhança, estagnando a evolução social desde Roma antiga, até concepções que enquadram a contratação de funcionários com salários abaixo da média da OCDE como *dumping social*, eliminando o direito de propriedade.

Cabe às Cortes Supremas conferir unidade ao direito. Uma vez definido pelo STF, por exemplo, que o regime de caixa não deve ser aplicado sobre os rendimentos recebidos acumuladamente em decorrência de uma ação judicial⁴², não caberá ao intérprete, salvo distinção razoável, discordar politicamente do critério adotado pelo Supremo.

4.3 – Foco no aspecto *externo* da fundamentação

Assim como na atividade nomofilática, na jurisdição constitucional o foco também será no aspecto *externo* da fundamentação, ou seja, sobre o aspecto que pertine ao controle do exercício do poder discricionário do juiz na escolha das suas premissas gerais e na possibilidade de sua generalização.

Como se verá ao longo do presente artigo, *todas as decisões referidas no art. 927*, embora possuam naturezas distintas, destinam-se ao controle do exercício do poder jurisdicional.

O juiz inerte e desprovido de poder, em grande parte, jamais passou de um mito e, de qualquer forma, é completamente incompatível com o Estado Social Contemporâneo⁴³. O reconhecimento do seu poder, entretanto, exige o seu controle.

5 – Natureza Jurídica das Decisões elencadas no art. 927 do CPC/15

Passemos aos conceitos finais necessários para a análise da natureza jurídica das decisões contidas nas atividades de criação elencadas no art. 927 do CPC/15.

⁴¹ CRFB/88, arts. 5º, XXII; 153, VI c/c § 4º, I; 156, I c/c § 1º; 170, III; 182, §§ 2º e 4º; 186 e 243.

⁴² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso extraordinário nº 614.406*. Julg. 23/10/2014, maioria, DJe 26/11/2014.

⁴³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Comentários aos arts. 1º a 12 do CPC. In. _____ *et al. Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 1-27, especialmente p. 3.

5.1 – Conceito e características fundamentais da *jurisprudência*, da *jurisprudência vinculante*, da *súmula*, da *sumula vinculante*, do *precedente* e do *collateral estoppel* (coisa julgada sobre questão).

Não é possível a análise conjunta de termos completamente distintos, como jurisprudência, precedente e súmula.

O termo *jurisprudência* é utilizado em duas acepções principais: a interpretação das normas diante dos casos *sub judice* e o estudo histórico-comparativo da aplicação do direito⁴⁴. Na primeira acepção, utilizada pelo CPC, a *jurisprudência significa a atividade dos tribunais na sua função de interpretar as leis para aplicá-las aos casos sub judice sem força vinculante*⁴⁵. A reiteração das decisões serve como parâmetro de controle da uniformidade⁴⁶.

Como os textos normativos são ambíguos e vagos e não cabe às Cortes Supremas substituir-se ao Poder Legislativo, as múltiplas interpretações possíveis deverão, sempre que possível, ser previamente filtradas pelas Cortes de Justiça, buscando uniformidade pela jurisprudência. Em casos raríssimos e extremamente excepcionais, normalmente apenas após muito tempo de discussão em casos de pouca relevância ideológica e exclusivamente em direito privado, a jurisprudência chega a uma posição única. O normal, entretanto, é a adoção de um conjunto limitado de linhas (ou posições) conflitantes. Disse, então, que o caso está maduro (os norte-americanos dizem que está cumprido o requisito do “*ripeness*”), para julgamento pela Corte Suprema.

A chamada *jurisprudência vinculante* é ressignificação, feita pela CPC/15, a algumas decisões das Cortes de Justiça (TJs, TRFs e TRTs), em sede de julgamentos repetitivos e em incidentes de assunção de competência, assim como ocorre no incidente de inconstitucionalidade, nos quais, de um lado, se dispensa a reiteração de julgados para considerar formada a jurisprudência e, de outro, se confere caráter vinculante a estas decisões⁴⁷.

⁴⁴ GORLA, Gino. Giurisprudenza. In. *Enciclopedia del Diritto*. Milão: Giuffrè, 1970, v. XIX, p. 489-510, especialmente p. 490.

⁴⁵ GORLA, 1970, pp. 490-491. ZANETI JR., 2016, p. 303.

⁴⁶ MITIDIERO, 2017b, p. 88.

⁴⁷ MITIDIERO, 2017b, pp. 88-89.

As *súmulas* nada mais são do que uma técnica, um método de trabalho, para catalogar e sumarizar a jurisprudência, sem qualquer caráter vinculante⁴⁸. Ao contrário do precedente, que tem um caso base que facilita a identificação dos fatos aos quais se aplica – reduzindo a vagueza – e uma fundamentação na qual se pode buscar a *ratio decidendi* – reduzindo a ambiguidade - a Súmula é quase tão vaga e ambígua como a lei, servindo apenas para facilitar a identificação da posição do tribunal, podendo simplificar⁴⁹ a tarefa da elaboração futura do precedente⁵⁰.

A *Súmula Vinculante* foi prevista no art. 103-A da CRFB/88, incluído pela EC nº 45/04, e regulada pela Lei nº 11.417/06. Ao contrário das súmulas, a súmula vinculante, como o próprio nome evidencia, tem efeito vinculante, viabilizando o ajuizamento de reclamação⁵¹.

O CPC/15 introduziu o conceito de precedente no ordenamento brasileiro⁵². *Precedentes* são *razões generalizáveis, formados a partir de uma decisão judicial*, corroborando para a redução da vagueza e da ambiguidade do direito⁵³.

O precedente distingue-se da jurisprudência, mesmo vinculante, assim como das Súmulas. Enquanto o precedente deriva de uma única decisão⁵⁴ e configura a posição definitiva do Judiciário acerca da delimitação de determinada questão jurídica, tendo função claramente normativa⁵⁵, configurando-se a *ratio decidendi* geralmente⁵⁶ como norma-regra, pois pôde ser aplicada diretamente aos fatos da causa que originou o precedente, decidindo-o⁵⁷, a jurisprudência não tem caráter normativo, é necessariamente plural e vincula-se à análise caso a caso.

⁴⁸ MITIDIERO, 2017b, pp. 84-86.

⁴⁹ ZANETI JR., 2016, p. 304.

⁵⁰ Em sentido contrário, entendendo que o texto da Súmula indicaria a *ratio decidendi* da jurisprudência, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 487.

⁵¹ CPC/15, arts. 927, II c/c 988, III e Lei nº 11.417/06, art. 7º.

⁵² MITIDIERO, 2017b, p. 89.

⁵³ MITIDIERO, 2017b, p. 83: “Os *precedentes* não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são *razões generalizáveis* que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado *a partir* da decisão judicial e colabora de forma contextual para a *determinação* do direito e para a sua *previsibilidade*”.

⁵⁴ ZANETI JR., 2016, pp. 304 e ss. e 308 e ss.

⁵⁵ MITIDIERO, 2017b, pp. 84-86.

⁵⁶ Nem sempre o precedente será uma norma-regra. Em casos de grande relevância e abrangência o precedente pode ter, claramente a função de princípio (CHIASSONI, 2012, pp. 17-19). DIDIER; BRAGA & OLIVEIRA (2015, v. 2, pp. 442-443 e 451) expressam entendimento contrário, defendendo que o precedente será sempre uma norma-regra.

⁵⁷ DIDIER JR., BRAGA & OLIVEIRA, 2015, v. 2, pp. 442-443 e 451.

Collateral Estoppel é a produção do efeito da coisa julgada sobre determinada questão. A princípio abrange todos aqueles que, de alguma forma, participaram ou tiveram a oportunidade de participar no processo. No Brasil utilizamos a técnica do *collateral estoppel* com eficácia *erga omnes*, tanto no IRDR como nas ações do controle concentrado de constitucionalidade.

5.2 – Falhas de técnica na redação do art. 927 e necessidade de interpretação extensiva do art. 927, III, *in fine*

O rol do art. 927 do CPC/15 é meramente exemplificativo, não trazendo todas as hipóteses de decisões oriundas de órgãos constitucionalmente qualificados de judiciários⁵⁸ (CRFB, art. 92, I e II a VI)⁵⁹.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhardt e Daniel Mitidiero⁶⁰ são claros ao salientar a necessidade de uma interpretação extensiva do art. 927, III do CPC/15, que deriva da própria natureza da atividade do STF e do STJ como cortes de precedentes⁶¹.

⁵⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 300, refere como exemplos de precedentes que podem ser enquadrados no art. 927 por uma necessária interpretação extensiva: decisões do STF ou do STJ em processos originários, em recursos ordinários, dos órgãos fracionários dos tribunais, cortes congêneres como um tribunal estadual diverso ou um tribunal regional de outra região, entre outros.

⁵⁹ O CNJ, referido no art. 92, I-A da CRFB, profere apenas decisões com caráter administrativo, como podemos ver nas decisões abaixo: essa Suprema Corte, em distintas ocasiões já afirmou que o CNJ não é dotado de competência jurisdicional [...] [ADI 4.638-MC-REF, rel. Min. Marco Aurélio, voto do Min. Ricardo Lewandowski, j. 8-2-2012, P, DJE de 30-10-2014.] [...] São constitucionais as normas que, introduzidas pela EC 45, de 8-12-2004, instituem e disciplinam o CNJ, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. [...] CNJ. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. [...] [ADI 3.367, rel. min. Cezar Peluso, j. 13-4-2005, P, DJ de 22-9-2006.] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A Constituição e o Supremo: atualizada até a EC 99/2017. 6. ed. Brasília: STF, 2018, pp. 947-948. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/a_constituicao_e_o_supremo_6a_edicao.pdf. Acesso em 28 set. 2019.)

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz & MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a, v. 2: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum, p. 651:

Para que se conclua que os precedentes das Cortes Supremas devem ser observados pelos juízes e tribunais basta estar atento às normas constitucionais que atribuem ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a função de outorga de unidade ao direito constitucional e infraconstitucional.

Portanto, portanto, o art. 927 do CPC, além de desnecessário, tem caráter meramente exemplificativo.

⁶¹ MITIDIERO, 2017b, p. 93:

“O art. 927 do CPC é meramente exemplificativo, tendo em conta que deixa de mencionar que a partir do julgamento de *recursos extraordinários* e de *recursos especiais não repetitivos* julgados pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e a partir do julgamento de *embargos de divergência* é possível formar precedentes, a uma, se o recurso extraordinário e o recurso especial por si só visam a outorga de unidade ao direito, então é óbvio que não é necessário ligar necessariamente a formação

Como acima demonstrado, nem todos os precedentes estão elencados no art. 927 do CPC. A esse problema Luís Alberto Reichelt adiciona outro, salientando que nem todas as hipóteses elencadas no art. 927 do CPC podem ser consideradas *decisões proferidas por órgãos jurisdicionais*, tornando inadequado seu tratamento geral como precedentes⁶².

No rol do art. 927 há tanto decisões sem caráter de precedentes, como o IRDR, que tem a natureza de *collateral estoppel*⁶³ - ou coisa julgada sobre questão com efeitos *erga omnes* - e o incidente de assunção de competência – IAC – que nada mais é do que uma técnica para a definição de questões de direito que têm clara relação com a jurisprudência uniforme, dela se diferenciando por chegar-se a uma interpretação única de forma imediata⁶⁴.

Tanto o IRDR como o IAC, pelo próprio fato de poderem ser emanados por Cortes de Justiça, não podem produzir precedentes⁶⁵.

O contraste com os EUA pode gerar confusão. Devido à ampla competência legislativa dos estados norte-americanos e a uma série de causas históricas, as cortes de última instância em cada estado-membro têm características claras de cortes supremas, frequentemente inclusive com essa denominação⁶⁶.

de precedentes mediante esses recursos ao incidente de assunção de competência (art. 947 do CPC) ou à forma repetitiva (arts. 1.036 a 1.041 do CPC) como, nada obstante, sugere o art. 927, III do CPC. A duas, o recurso de embargos de divergência visa justamente a viabilizar a *composição de eventuais dissensos* entre decisões no âmbito das cortes supremas, de forma que essa função só pode estar evidentemente atada à superação do dissenso e à busca pela unidade do direito. Em outras palavras, à formação de precedentes”.

⁶² REICHELTL, Luis Alberto. Precedentes Judiciais. In. _____ & DALL’ALBA, Felipe Camilo (coords.). *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Do Advogado, 2016, p. 224-230, especialmente p. 226.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a, pp. 16-17, 21, 23, 31-33 e 104-105.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o Incidente de Assunção de Competência. *Revista de Processo*, v. 260, p. 233-256, out. 2016b.

⁶⁵ MARINONI; ARENHARDT & MITIDIERO, 2017a, p. 644: “apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam *precedentes*” (grifos do original). No mesmo sentido MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz & MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1004.

Daniel MITIDIERO separa as funções das Cortes de Justiça (na esfera cível TJs, TRFs e TRTs) das Cortes de Precedentes (STF e STJ, ao qual aduzimos o TST, conforme se percebe pela leitura do disposto na IN/TST nº 39, de 10/03/2016, arts. 3º, XXIII, XXV, XXVII; 7º; 8º e 15). Apenas às Cortes de Precedentes caberia dar unidade ao direito pela aprovação de precedentes (MITIDIERO, 2017a, p. 38).

⁶⁶ CARP, Robert A.; STIDHAM, Ronald & MANNING, Kenneth L. *Judicial Process in America*. 9th. ed. Thousand Oaks, California, EUA: SAGE, 2014, livro eletrônico, passim.

A doutrina constitucional e processual norte-americana embasa a separação entre o judiciário federal e o estadual, principalmente, na interpretação do art. III da Constituição dos EUA (BARRON, Jerome A. & DIENES, C. Thomas. *Constitutional Law*. 7th ed. St. Paul, MN, EUA: West, 2009, livro eletrônico, parte I, cap. I.B – Foundations of Federal Jurisdiction), principalmente na análise da doutrina do *standing*, sobre o

A decisão do IRDR, embora não tenha a natureza de precedente, tanto por produzir decisão vinculante por Corte de Justiça (CPC/15, arts. 982, I e 985, I, II e § 1º) como por sua natureza de *collateral estoppel* ou coisa julgada sobre questão com efeitos *erga omnes*⁶⁷, gera segurança jurídica, permite celeridade na decisão e tem características assemelhadas às do *stare decisis*⁶⁸.

5.3 – Embora a natureza da atividade de criação das decisões referidas no art. 927 seja variável (jurisdição constitucional, atividade nomofilática, *collateral estoppel* etc.) o CPC/15 buscou, em todas as hipóteses, garantir os DDFD das partes e separar os níveis do ordenamento.

Definidos os conceitos acima, pode-se agora analisar a natureza das atividades de criação previstas no art. 927.

Há atividades enquadradas na jurisdição constitucional (927, I e III, *in fine*), que podem ou não gerar precedentes. O controle concentrado de constitucionalidade, os recursos extraordinários repetitivos, o incidente de inconstitucionalidade e o IRDR têm claramente natureza de *collateral estoppel*, ou coisa julgada sobre questão.

Entretanto, como no Brasil/ essas decisões são dotadas de efeitos *erga omnes*, a distinção entre o *collateral estoppel* e o *stare decisis* fica mais sutil. A principal diferença entre o *collateral estoppel* e o *stare decisis* reside exatamente no fato da vinculação, no *collateral estoppel*, apenas àqueles que participaram, efetiva ou potencialmente, do processo, enquanto no *stare decisis* haveria vinculação de juízes e tribunais⁶⁹. A vinculação *erga omnes* aliada à possibilidade do ajuizamento de reclamação contra a autoridade que desobedecer a autoridade da decisão⁷⁰, reduz, mas não elimina a distinção entre esses institutos.

qual remete-se o leitor a SCALIA, Antonin. A doutrina do *Standing* como um elemento fundamental da separação de poderes. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 1-34, 2014. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/48231/31245>. Acesso em 02 nov. 2014.

⁶⁷ MARINONI, 2016a, pp. 16-17, 21, 23, 31-33 e 104-105.

⁶⁸ MARINONI, 2016a, pp. 30-31.

⁶⁹ MARINONI, 2016a, pp. 30-31.

⁷⁰ CPC/15, art. 988, III e IV

Nas decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, por exemplo, os limites objetivos dos efeitos vinculantes (ou os limites objetivos da coisa julgada) serão determinados pela interpretação dos fundamentos determinantes da decisão, tanto na Alemanha quanto no Brasil⁷¹. Trata-se da aplicação da doutrina do *collateral estoppel*, para cuja delimitação exige-se a interpretação dos fatos causa, a análise da motivação da decisão para o correto tratamento jurídico da questão e (quando a decisão não for proferida pelo STF, nem STJ ou TST, como no caso do IRDR) a determinação da abrangência da vinculação.

Ao contrário do que ocorre no *stare decisis*, no *collateral estoppel* a análise da vinculação inicia pela análise de que a questão não somente era idêntica à anteriormente decidida, mas que a questão foi efetiva necessariamente decidida na ação anterior⁷².

A Súmula Vinculante não é um precedente, mas um enunciado sucinto, de caráter claramente normativo. Normalmente se referirá a uma decisão anterior, proferida em sede de precedente. Ainda assim, a súmula e o precedente estão em níveis linguísticos distintos, pois é um enunciado que visa enunciar um precedente⁷³. A interpretação de precedentes é inviável sem a consulta à decisão que lhes deu origem. O mesmo vale, ressalvada a possibilidade do ajuizamento de reclamação, para as súmulas não vinculantes referidas no art. 927, IV.

O acórdão em incidente de assunção de competência (IAC), como acima salientado, é uma técnica para a definição de questões de direito que tem clara relação com a jurisprudência uniforme, dela se diferenciando por chegar-se a uma interpretação única de forma imediata⁷⁴.

A única característica que une todas as atividades de criação previstas no art. 927 é o fato de que o CPC/15 buscou separar, dentro do possível e em limites gerais, a definição e a aplicação do direito. Todas as atividades previstas no art. 927 buscam definir o direito vigente no país, reduzindo a ambiguidade e a vagueza inerente aos textos normativos, buscando proteger o direito fundamental das partes a uma decisão justa e imparcial.

6 – Limites à jurisdição e *self restraint*

⁷¹ MENDES & BRANCO, 2015, pp. 1.342-1.345.

⁷² KANE, Mary Kay. *Civil Procedure*. 6th ed., St. Paul., MN, USA: West, 2007, livro eletrônico, §6-11.

⁷³ MITIDIERO, 2017b, pp. 93-94.

⁷⁴ MARINONI, 2016b, p. 233-256.

Do reconhecimento da discricionariedade judicial surge a necessidade da delimitação do poder de interpretação razoável, distinguindo discricionariedade e arbitrariedade, tarefa das Cortes Supremas, por meio do estabelecimento de precedentes – são os limites jurídicos do poder.

Dentro do Direito, a Corte Suprema não tem limites, pois ela é o seu principal intérprete institucional. Isso não quer dizer, entretanto, que não haja limites para o poder da Corte Suprema. Limites há, ocorre que esses limites são políticos, pois o direito só existe quando for possível a sua defesa de forma racional, havendo relação direta entre a existência de um direito e a possibilidade de sua defesa em juízo por meio de argumentos racionais⁷⁵. Um dos principais critérios para a separação entre questões jurídicas e políticas, nos EUA, é exatamente a ausência de padrões judiciais cognoscíveis para a solução da lide⁷⁶.

A delimitação entre o direito e a política é fixa e bem estabelecida em democracias estáveis e consolidadas e confusa em países de terceiro mundo, como o Brasil. A judicialização da política leva, necessariamente, à politização da justiça⁷⁷. A extensão da jurisdição, sem critérios prudentes, até os fundamentos éticos do ordenamento agrava a dificuldade da distinção entre direito e política⁷⁸.

Vejam, *en passant*, como a utilização de precedentes permitiu que os EUA, país de dimensões comparáveis como o Brasil, separasse o direito e a política.

6.1 – Questões políticas (exemplo da distinção no direito norte-americano) e limites à cláusula constitucional da inafastabilidade do Judiciário.

⁷⁵ FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, Dec. 1978, pp. 353-409. Disponível em <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1340368?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101310094827>. Acesso em 20 ago. 2019.

⁷⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Baker v. Carr. **United States Reports**. Washington: Suprema Corte, v. 369, p. 186, 1962. Disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=369&page=186>. Acesso em 28 set. 2019.

⁷⁷ LOEWENSTEIN, 1970, p. 322.

⁷⁸ SOUZA JR., Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*. Porto Alegre: do autor, 2002, p. 39.

A cláusula brasileira da inafastabilidade do controle judicial (CRFB/88, art. 5º, XXXV) surgiu como uma reação ao governo ditatorial de Getúlio Vargas, derivada das 5ª e 14ª emendas à Constituição dos EUA (cláusulas do devido processo), mas sempre teve uma interpretação mais ampla do que a conferida nos EUA⁷⁹.

O critério moderno, adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, é o teste dos seis critérios para determinar se uma questão é jurídica ou política⁸⁰. Esses critérios são referidos em ordem decrescente de importância e de certeza quanto ao caráter político de uma questão, cada um deles individualmente suficiente para caracterizar uma questão como política e, portanto, não apreciável pelo Poder Judiciário⁸¹. Esses seis critérios são:

- I) Vinculação da questão a um determinado departamento político com base no texto constitucional;
- II) Ausência de padrões judiciais cognoscíveis e gerenciáveis para a solução da lide;
- III) Inviabilidade de decidir sem uma determinação política inicial de uma espécie claramente inadequada à discricção judicial;
- IV) Impossibilidade do julgador adotar uma solução independente sem demonstrar desrespeito diante de determinados órgãos governamentais;
- V) Necessidade incomum à adesão inquestionada a uma decisão política já tomada e
- VI) Potencial de embaraço de múltiplos pronunciamentos por vários departamentos em uma questão.

A utilização das atividades de criação elencadas no art. 927 do CPC/15 pode permitir uma maior clareza entre a fronteira do direito e da política no Brasil.

6.2 – Efeito de substituição estratégico enquanto parâmetro para o controle da interpretação administrativa e limite às discricionariades judicial e administrativa.

⁷⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. I, de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, tomo V, p. 106.

⁸⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Baker v. Carr. *United States Reports*. Washington: Suprema Corte, v. 369, p. 186, 1962, disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=369&page=186>>, acesso em 10/10/2012.

⁸¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Vieth et al. v. Jubelirer, PRESIDENT OF THE PENNSYLVANIA SENATE, et. al. *United States Reports*. Washington: Suprema Corte, v. 541, p. 278, 2004. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=541&page=278#278>>. Acesso em 12/10/2012.

Outro critério muito utilizado nos EUA para delimitar a interpretação, nesse caso para estabelecer limites entre as margens administrativa e judicial de interpretação do direito, é o chamado *efeito de substituição estratégico*, segundo o qual o respeito dos tribunais à interpretação administrativa será proporcional à publicidade tanto das decisões como do processo de sua elaboração e fundamentação, ao grau de sua aderência aos precedentes vinculantes e à razoabilidade da política adotada⁸².

Contrariamente, quanto menos fundamentada e pública for a motivação administrativa, menor será a tolerância judicial com a interpretação adotada⁸³.

Seria um critério interessante, se utilizado para delimitar a interpretação administrativa da lei no Brasil e pode ser implementado por meio das atividades de criação elencadas no art. 927 do CPC/15.

6.3 – Peculiaridades da perda de objeto e do *mootness* na determinação de precedentes (e.g. CPC/15, art. 998, par. ún.)

Precedentes, enquanto decisões proferidas pelas Cortes Supremas, voltadas para a tutela do Direito mediante sua adequada interpretação, fazem com que a ação que deu origem ao precedente frequentemente seja pouco mais do que um detalhe sem importância (*obiter dictum*) em relação à *ratio decidendi*.

Assim, institutos como a perda de objeto tem de ser repensados na análise de precedentes (assim como no julgamento da coisa julgada sobre questão – *collateral estoppel*), sob pena de dificultar-se sobremaneira a solução de determinadas questões e incentivar medidas de manipulação processual.

Atento a essa circunstância, o CPC/15 dispôs, expressamente, que a desistência da ação após o reconhecimento da repercussão geral do recurso extraordinário (mesmo o não

⁸² STEPHENSON, Matthew C. The Strategic Substitution Effect: Textual Plausibility, Procedural Formality and Judicial Review of Agency Statutory Interpretation. *Harvard Law Review*. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 120, Dec. 2006, pp. 528-572, especialmente p. 565. Disponível em <<http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/stephenson.pdf>>. Acesso em 12 out. 2012.

⁸³ TILLER, Emerson & CROSS, Frank B. Modeling Agency/Court Interaction. *Harvard Law Review Forum*. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 120, n. 2, Dec. 2006, pp. 13-20, especialmente p. 14. Disponível em: <http://www.harvardlawreview.org/issues/120/december06/forum_487.php>. Acesso em 07 jul. 2012.

repetitivo) e do recurso especial repetitivo não impedirá a análise da questão (art. 998, par. ún.).

Trata-se do requisito do *mootness* da doutrina norte-americana, aproximado da nossa perda de objeto, mas que comporta uma série de exceções. Quando a Suprema Corte dos EUA julgou *Roe v. Wade*, deliberando sobre a constitucionalidade do aborto, havia se passado um período muito superior a nove meses desde o início da gestação de “Roe”. O caso prosseguiu, entretanto, não para definir o direito da parte, mas para definir a constitucionalidade do aborto nos EUA⁸⁴. Situação assemelhada pode ocorrer com quase todas hipóteses que envolvam precedentes e *collateral estoppel*.

7 – Conclusão

Verifica-se que as atividades de criação referidas no art. 927 do CPC/15 apresentam várias naturezas: precedentes, *collateral estoppel*, enunciados sobre precedentes (súmulas) com ou sem forma vinculante e súmulas sem referência a precedentes com ou sem forma vinculante.

Verifica-se, ademais, a necessidade de uma interpretação extensiva, especialmente do disposto no inciso III do art. 927 do CPC/15.

A única característica comum a todas as atividades de criação referidas no art. 927 foi a louvável intenção do legislador de separar os planos de definição e de aplicação do direito, visando garantir o direito fundamental das partes a uma decisão justa, igual e imparcial, propiciando maior segurança jurídica e garantias aos Direitos Fundamentais das partes.

8 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARRON, Jerome A. & DIENES, C. Thomas. *Constitutional Law*. 7th ed. St. Paul, MN, EUA: West, 2009.

⁸⁴ BARRON & DIENES, 2009, livro eletrônico, cap. I, ponto I.D.2.a.

- CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional* (1955). 6. ed., revista e ampliada por Miguel Galvão Teles, Coimbra: Almedina, 2010, t. I.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição – Noções Fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, p. 9-22, jul-set. 1980.
- CARP, Robert A.; STIDHAM, Ronald & MANNING, Kenneth L. *Judicial Process in America*. 9th. ed. Thousand Oaks, California, EUA: SAGE, 2014, livro eletrônico.
- CHIASSONI, Pierluigi. The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In. BUSTAMANTE, Thomas & PULIDO, Carlos Bernal (eds.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Beijing, 2009. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, v. III, p. 13-33.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Comentários aos arts. 1º a 12 do CPC. In. _____ *et al.* *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo e Curitiba: AASP e OAB/PR, 2016, p. 1-27.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 015a.
- _____; BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. Baker v. Carr. *United States Reports*. Washington: Suprema Corte, v. 369, p. 186, 1962. Disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=369&page=186>. Acesso em 28 set. 2019.
- FERRERES COMELLA, Víctor. Sobre la Posible Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia. In. _____ & Xiol, Juan Antonio. *El Carácter Vinculante da la Jurisprudencia*. Madrid: Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 43-80.
- FINNIS, John. *Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: UNISINOS, 2007.
- FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, Dec. 1978, pp. 353-409. Disponível em <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1340368?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101310094827>. Acesso em 20 ago. 2019.

- GIORGI JR., Romulo Ponticelli. *Controle de constitucionalidade pelo juiz de primeiro grau*. Charleston, SC, USA: Create Space Independent Publishing Platform, 2015.
- GORLA, Gino. Giurisprudenza. In. *Enciclopedia del Diritto*. Milão: Giuffrè, 1970, v. XIX, p. 489-510.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 2011.
- KANE, Mary Kay. *Civil Procedure*. 6th ed., St. Paul., MN, USA: West, 2007, livro eletrônico.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- KOMMERS, Donald P. & MILLER, Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany: with a new foreword by Justice Ruth Bader Ginsburg*. 3rd ed. London: Duke University Press, 2012, livro eletrônico.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.
- _____. Sobre o Incidente de Assunção de Competência. *Revista de Processo*, v. 260, p. 233-256, out. 2016b.
- _____; ARENHARDT, Sérgio Cruz & MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a, v. 2: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum.
- _____; _____ & _____. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- _____; _____ & _____. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. I: teoria do processo civil.

- MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In. _____ & NASCIMENTO, Carlos Valder do. (orgs). *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. I, pp. 362-366.
- _____. & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. I, de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, tomo V.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a.
- _____. *Precedentes: da Persuasão à Vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b.
- MÜLLER, Friedrich. *Discours de La Méthode Juridique*. Paris: PUF, 1996.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REICHEL, Luis Alberto. Precedentes Judiciais. In. _____ & DALL’ALBA, Felipe Camilo (coords.). *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Do Advogado, 2016, p. 224-230.
- SCALIA, Antonin. A doutrina do *Standing* como um elemento fundamental da separação de poderes. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 1-34, 2014. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/48231/31245>. Acesso em 02 nov. 2014.
- SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, CA, EUA, v. 39, p. 571-605, feb. 1987.
- SOUZA JR., Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*. Porto Alegre: do autor, 2002.
- _____. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. *Cadernos do PPGDIR/UFRGS*, n. III, p. 7-18, mar. 2005.
- STEPHENSON, Matthew C. The Strategic Substitution Effect: Textual Plausibility, Procedural Formality and Judicial Review of Agency Statutory Interpretation. *Harvard Law Review*. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 120,

Dec. 2006, pp. 528-572. Disponível em
<<http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/stephenson.pdf>>. Acesso em 12 out.
2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REGIMENTO INTERNO*. Brasília: STJ, 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A Constituição e o Supremo: atualizada até a EC 99/2017. 6. ed. Brasília: STF, 2018. Disponível em
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/a_constituicao_e_o_supremo_6a_edicao.pdf. Acesso em 28 set. 2019.

_____. *REGIMENTO INTERNO*. Brasília: STF, 2019.

TARUFFO, Michele. *A Motivação da Sentença Cível*. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, introdução à edição brasileira.

TILLER, Emerson & CROSS, Frank B. Modeling Agency/Court Interaction. *Harvard Law Review Forum*. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review, v. 120, n. 2, Dec. 2006, pp. 13-20. Disponível em:
<http://www.harvardlawreview.org/issues/120/december06/forum_487.php>. Acesso em 07 jul. 2012.

TRIBE, Laurence & MATZ, Joshua. *Uncertain Justice: The Roberts Court and the Constitution*. New York, NY, USA: Henry Holt and Co., 2014, livro eletrônico.

VERMEULE, Adrian. Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law. *Yale Law Journal*. New Haven: Yale Law Journal, v. 111, pp. 399-433, oct. 2001. Disponível em
<http://www.yalelawjournal.org/essay/veil-of-ignorance-rules-in-constitutional-law>. Acesso em 30 jan. 2016.

ZANETI JR., HERMES. *O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.