XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA II

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

FABRÍCIO VEIGA COSTA

SÍLZIA ALVES CARVALHO

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

P963

Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fabrício Veiga Costa; Sílzia Alves Carvalho; William Paiva Marques Júnior. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-826-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição e Teorias da Justiça. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA II

Apresentação

A presente coletânea é composta dos artigos aprovados, apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: "Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça II", no âmbito do XII Encontro Internacional do CONPEDI, realizado entre os dias 12 a 14 de outubro de 2023, na cidade de Buenos Aires/Argentina, na Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires (UBA), e que teve como temática central "Derecho, democracia, desarrollo y integración".

Os trabalhos expostos desenvolveram de forma verticalizada diversas temáticas atinentes ao Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça, especialmente na relação dialogal com os Direitos Fundamentais, as novas tecnologias e a consequente constitucionalização do processo, da jurisdição e da justiça. As pesquisas ora apresentadas funcionam como canais indispensáveis nos debates e propostas das pendências existentes nos campos indicados e na busca de soluções efetivas para as problemáticas indicadas.

Wilian Zendrini Buzingnani e Luiz Fernando Bellinetti abordam o contexto de o Incidente de Assunção de Competência, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o Recurso Especial e Extraordinário Repetitivo, com fulcro nas teorias: procedimentalistas, substancialistas, ao proporem uma teoria intermediária, eclética, para resolução de casos excepcionais, onde a mera subsunção da norma ao fato não é suficiente para de atender à pretensão deduzida.

Beatriz da Rosa Guimarães, Gabriely Vivian Vieira e Guilherme da Rosa Guimarães investigam os possíveis impactos do populismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal, a fim de garantir decisões em que prevaleça a independência e a imparcialidade deste órgão, zelando pela real garantia dos direitos fundamentais. Concluem que o problema do populismo pode se relacionar com o excesso de ativismo judicial e da judicialização da política quando a jurisdição constitucional é vista como o principal meio para a solução dos conflitos políticos e morais mais relevantes da sociedade, na medida em que esta postura configura uma atuação antidemocrática por parte do Supremo diante do risco de desequilíbrio entre os poderes.

Renata Apolinário de Castro Lima , Érica Jaqueline Dornelas Concolato e Lorena Hermenegildo de Oliveira refletem sobre os critérios pelos quais se pode caracterizar os

conceitos jurídicos indeterminados e diferenciá-lo da linguagem determinada habitual. Foram também abordados conceitos da filosofia, pelos quais se pode identificar critérios de determinação na linguagem em geral, por meio da doutrina aristotélica e também de elementos da filosofia analítica. Ao fim, foi estudada a análise judicial de pedido fundado em lei que contenha conceito juridicamente indeterminado e a discricionariedade do magistrado para o deferimento ou indeferimento assim como na fundamentação em suas decisões, considerando o disposto no art. 489, § 1º, II, do CPC.

Gabriela Fonseca De Melo investiga a fórmula "Estado de Direito" e sua transformação para o Estado Constitucional de Direito para asserir que neste último estágio, quando se deu o processo de constitucionalização do Direito, houve o despontar do Direito e Processo do Trabalho – igualmente constitucionalizados – que se desenvolveram e se consolidaram imbuídos de princípios e regras próprios, bem como de normas-precedentes a clamarem por respeito e consideração por parte da corte constitucional. O segundo momento da pesquisa analisa três julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal – ADIs. 5.766, 1.721 e 1.770 e RE 760.931 – com o desiderato de refletir sobre os limites de sua atuação, seja no âmbito do trabalho hermenêutico, seja no âmbito processualístico. O primeiro e o segundo casos envolveram o problema em torno da interpretação judicial e o terceiro caso abarcou a não observância de norma processual fundamental voltada à fase preliminar que antecede o julgamento – a repercussão geral.

Luana Carolina Bonfada examina quais as principais vulnerabilidades que assolam a sociedade brasileira, num todo, quanto à concretização de seus direitos por meio do acesso à justiça. Para além, se busca evidenciar como os institutos da Justiça Itinerante e da Assistência Judiciária Municipal, que adveio ao ordenamento jurídico brasileiro a partir do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 279 no ano de 2021 podem auxiliar no fortalecimento do exercício da cidadania através do acesso à justiça. Quanto à cidadania, utiliza-se por embasamento o conceito de cidadania deliberativa de Habermas, no sentido de evidenciar a possibilidade que há de se efetivar os direitos fundamentais do homem, nesse caso, excepcionalmente através da justiça, justamente caso se tenha cidadãos ativos e participativos.

Fernanda Resende Severino e Lilian Mara Pinhon tratam das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações Embargos Declaratórios na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.106 de Minas Gerais; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.792 do Rio Grande do Norte e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.241, objetivam constatar se há coerência e respeito ao permissivo legal e excepcional da modulação dos efeitos temporais. A CF/88 prevê o Controle de Constitucionalidade, ao passo que a

modulação de efeitos temporais está prevista na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Contudo, este instituto é excepcional e deve ser aplicado apenas por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social. Com a análise de tais decisões é possível compreender como o órgão de cúpula do Poder Judiciário vem aplicando a modulação dos efeitos temporais. E, consequentemente, se há a observância ou não dos respectivos pressupostos para sua aplicabilidade.

Ivan Martins Tristão e Luiz Fernando Bellinetti analisam que o acesso à Justiça não é compreendido apenas como admissão ao juízo, vai além e exige que o Estado promova a prestação jurisdicional de forma célere, efetiva e adequada (acesso à ordem jurídica justa). E nessa reformulação da compreensão de acesso à Justiça, passando pelas ondas renovatórias, demonstra-se que atualmente os obstáculos e soluções devem ser repensadas diante da virtualização da Justiça. Demonstram que há necessidade de buscar novos paradigmas mais eficientes, sendo a Análise Econômica do Direito um importante vetor interdisciplinar que pode auxiliar a concretizar melhores soluções, de forma eficiente a equalizar o sistema de Justiça, usando menos recursos ao mesmo tempo em que se pode alcançar resultados práticos efetivos, com o fim último de pacificação social, com realização da justiça.

José Bruno Martins Leão e Albino Gabriel Turbay Junior propõem uma análise sistêmica dos aspectos processuais à luz dos valores e das normas constitucionais. No âmbito do julgamento conjunto das ADI nº 5.492 e 5.737, o Supremo Tribunal Federal examinou determinadas questões relevantes ao processo civil ante a estrutura estatal conformadora do federalismo brasileiro e dos princípios processuais na Constituição Federal. No julgamento foram analisados vários dispositivos do CPC/2015, exemplificativamente, a concessão liminar da tutela de evidência fundada em prova documental associada a precedente vinculante, a aplicação supletiva e subsidiária do CPC aos processos administrativos, o foro competente para a execução fiscal e para as ações em que estados e Distrito Federal figurem como partes, entre outros dispositivos impugnados nas referidas ações diretas de inconstitucionalidade. Destacam que os argumentos utilizados nos votos tiveram como fundamento o fato de que o CPC/2015 é resultado de um modelo constitucional de processo, que busca a efetiva realização dos direitos, influenciado pela força normativa da Constituição e pela proteção dos direitos fundamentais, neste sentido, o STF analisou a constitucionalidade dos diversos dispositivos processuais envolvidos nas ações.

Michel Elias De Azevedo Oliveira , Nair de Fátima Gomes e Bruno Martins Neves Accadrolli investigam, sob a ótica do Direito e da Psicologia, que a legislação vigente que trata sobre o tema impõe como regra que a guarda seja exercida de forma compartilhada. Em um relacionamento harmonioso em que os pais são de fato respeitosos, essa modalidade

poderá ser eficiente. Contudo, não havendo essa relação harmoniosa, evidente que a guarda compartilhada será prejudicial. De outro lado, notam-se acordos e decisões judiciais de guarda compartilhada, mas que apenas um dos pais exercerá o poder. Embora a regra seja a guarda compartilhada, se um dos pais exerce um poder, anulando o do outro, como busca de filho na escola, dentre outros, a modalidade é e será a guarda unilateral, pois do contrário será danoso e prejudicial.

Para Agatha Gonçalves Santana , Nicoly Souza Araujo e Carla Noura Teixeira, existe a necessidade da estruturação de um Devido Processo Legal Digital, partindo-se de pesquisa teórica, por meio de uma abordagem qualitativa de natureza aplicada, por intermédio de procedimento de pesquisa bibliográfica e documental e, em um segundo momento, utilizando-se da pesquisa empírica, por meio de análise de decisões, com o objetivo de conferir maior respaldo ao usuário de ambientes virtuais, examinando a evolução da informatização do processo judicial, ao traçar as diferenças básicas entre um processo informatizado e um processo automatizado e os aspectos lógicos distintos entre eles a fim de demonstrar os problemas resultantes desta informatização, e de que forma podem afrontar o princípio do devido processo legal.

Helena Patrícia Freitas e Danúbia Patrícia De Paiva, a partir do método de revisão bibliográfica se faz pela racionalidade ético-crítica, abordam uma nova teoria do processo, qual seja, a teoria dos Processos Pluriversais, assim entendido como garantia de direitos fundamentais e direitos da natureza. Referida teoria apresenta-se como alternativa contemporânea às teorias do processo moderno-cartesianas, que trazem uma perspectiva limitada com relação às garantias do contraditório e da ampla defesa para a construção de decisões, o que, de modo inevitável, compromete a cognição. Este é, portanto, o problema que se aponta na pesquisa. O deslinde da questão passa por aferição a partir do marco teórico eleito, qual seja, a racionalidade ambiental e o diálogo de saberes elaborado por Enrique Leff.

Sergio Nojiri , Vitor Gustavo Teixeira de Batista e Frederico Favacho, traçam um panorama quanto ao histórico, aos fundamentos e ao conceito da perspectiva realista de tomada de decisões judiciais para entender se é possível estendê-la ao instituto da arbitragem. Como resultado, verificam que a perspectiva realista, isto é, a ideia de que não é - ou não é apenas - o pensamento lógico-racional jurídico o principal fator determinante para a tomada de decisão dos juízes, tem se mostrado cada vez mais válida, por meio de métodos empíricos de áreas distintas ao Direito como: Psicologia, Economia, Biologia e Ciência Política, e que a arbitragem também pode (e deve) ser enxergada sob esta perspectiva.

Lincoln Mattos Magalhaes e Jânio Pereira da Cunha defendem a cláusula constitucional do devido processo, indagando sobre possíveis inconsistências teóricas que decorrem do publicismo processual e da concepção de processo como relação jurídica de direito público. Indaga-se, no ponto, de que modo, o conceito ou a compreensão do processo como um instrumento da jurisdição à serviço da realização de escopos jurídicos e metajurídicos compromete a democraticidade da atuação judicial, alçando os juízes ao papel de protagonistas do sistema, e de intérpretes oficiais do ordenamento jurídico. A título de testar a hipótese e examinar a tese de não-alinhamento do Código de Processo Civil brasileiro ao modelo constitucional de processo plasmado na Constituição Federal de 1988, escrutina-se o art. 370 daquele estatuto.

Rafael Rodrigues Soares e Daniel Barile da Silveira consideram a aplicação das tutelas provisórias de urgência no âmbito do processo jurisdicional perante os Tribunais de Contas, que tem como corolário os princípios regentes da administração pública. Neste diapasão, as tutelas provisórias de urgência são como instrumentos de preservação do direito material ou mesmo processual, sendo que seus institutos e sua aplicação supletiva e subsidiária estão previstas tanto na legislação processual civil quanto nas normas de direito administrativo. Em razão dos procedimentos multifacetados adotados no processo administrativo, as tutelas provisórias de urgência são instrumentos importantes no acesso à justiça no âmbito da jurisdição dos Tribunais de Contas. Com o objetivo de promover a efetividade das tutelas provisórias, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso passou a adotar o seu próprio Código de Processo de Controle Externo, ao sistematizar os procedimentos e promover maior segurança jurídica aos envolvidos nos processos de contas.

Paulo Roberto Pegoraro Júnior e Bruno Fernando Gasparotto constatam que a adoção de novas tecnologias pelo Poder Judiciário brasileiro, sobretudo a partir da vigência da Lei nº 11.419/2006 – a qual informatizou o processo judicial inclusive no âmbito dos juizados especiais -, vem se traduzindo em impactos significativos não apenas no tocante à celeridade, mas também em aspectos qualitativos importantes. As novas ferramentas advindas de tais iniciativas registram impressões empíricas, não apenas em seu contexto positivos quanto ao ganho de eficiência da prestação jurisdicional, mas provoca reflexões acerca da assimetria informacional em relação às partes, em especial naquelas causas em que se dispensa a assistência de advogado, perante o juizado especial (Lei nº 9.099/1995). O artigo se propõe a discorrer acerca das dificuldades enfrentadas pelos “analfabetos digitais” para o pleno acesso à justiça e o exercício da ampla defesa.

Paulo Roberto Pegoraro Júnior e Valdir Alberto Krieger Junior revelam o impacto da aplicação de elementos do Legal Design no direito processual brasileiro, especificamente na

editoração e utilização de peças processuais no âmbito do juizado especial. A linguagem dos atos e provimentos judiciais é relevante para a eficiência do processo, pois permite que as decisões sejam compreendidas pelos próprios cidadãos. O sistema de justiça brasileiro não tem padrão de linguagem na fundamentação, porém, há um movimento, atualmente, que tem defendido a utilização do visual law.

Paulo Cezar Dias , Marlene de Fátima Campos Souza e Ana Cristina Neves Valotto Postal desenvolvem pesquisa em torno dos diversos formatos de meios adequados de resolução de conflitos; atual modelo multiportas adotado pelo Judiciário, com utilização de dois métodos sendo a ADR - Alternative Dispute Resolution e o ODR - Online Dispute Resolution, em especial, nesta última, acerca de a contribuição das inovações tecnológicas, principalmente no que tange a realidade virtual e realidade aumentada. Desta forma, o presente trabalho, utilizando-se do método bibliográfico de pesquisa, estudo doutrinário, estudos legislativos, sem, contudo, esgotar o tema, objetiva demonstrar como as novas tecnologias podem contribuir para o acesso da sociedade a novos meios de audiências, as quais indo além do uso da internet, telefonia móvel e computadores, podem efetivamente vir a realizar uma audiência no Metaverso e contribuir para que o indivíduo tenha o acesso efetivo à justiça. Pretende-se contribuir na propagação de informações, principalmente com relação a evolução da tecnologia desde a WEB 1.0 até a WEB 3.0, a realidade aumentada e realidade virtual, inclusive sobre o uso dos óculos de realidade virtual, como um meio utilizado para imersão em 3D no ambiente do Metaverso, algo novo que desponta para a sociedade, agora, como mais um mecanismo para agregar aos métodos existentes na busca de uma prestação de serviços de qualidade ao jurisdicionado.

Paulo Cezar Dias e Marisa Sandra Luccas investigam sobre a Justiça Restaurativa Brasileira. Primeiramente, apresenta-se uma abordagem conceitual sobre Justiça Restaurativa e os principais princípios que a caracterizam; em um segundo momento é realizada uma análise de sua evolução histórica, pesquisando seus desdobramentos ao longo do tempo, de acordo com autores diversos em diferentes ambiências. Na sequência, são realizadas algumas reflexões acerca do conflito presente nas relações humanas, suas possíveis origens, caracterizações e a sua conexão com a Justiça. Por fim é feita a abordagem sobre o sagrado e o seu elo com justiça restaurativa, sua importância, suas possibilidades.

Com grande satisfação coordenamos e apresentamos a presente obra, agradecendo aos autores (as)/pesquisadores(as) envolvidos(as) em sua produção pelas profícuas reflexões surgidas e debatidas, bem como reiteram e louvam a dedicação e competência de toda a equipe do CONPEDI pela organização e realização do exitoso e arrojado evento, realizado em Buenos Aires/Argentina.

Reiteramos a esperança que a obra ora apresentada sirva como parâmetro acadêmico para a compreensão dos problemas da complexa realidade social sob a óptica do processo, da jurisdição e da justiça. Desejamos leituras proveitosas na construção de uma nova perspectiva para os desafios impostos ao Direito Processual no contexto contemporâneo pós-pandêmico de utilização dos mecanismos dos Direitos Fundamentais como força motriz da constitucionalização e democratização do processo, da jurisdição e da justiça.

Profa. Dra. Sílzia Alves Carvalho - UFG (Universidade Federal de Goiás)

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa – Universidade de Itaúna/Minas Gerais

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior- UFC (Universidade Federal do Ceará)

A ESTRUTURAÇÃO TEÓRICA PARA FORMAÇÃO DA RATIO DECIDENDI NOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS BRASILEIROS. LIMITES DA ATIVIDADE RECURSAL TRANSINDIVIDUAL.

THE THEORETICAL STRUCTURE FOR THE FORMATION OF RATIO DECIDENDI ON BRAZILIAN MANDATORY PRECEDENTS. LIMITS OF TRANSINDIVIDUAL APPEAL ACTIVITY.

Wilian Zendrini Buzingnani
Luiz Fernando Bellinetti

Resumo

Com o advento do novo Código de Processo Civil Brasileiro foram introduzidos novos institutos ao ordenamento jurídico brasileiro o Incidente de Assunção de Competência, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o Recurso Especial e Extraordinário Repetitivo. Já existiam, antes do advento do mencionado diploma legal, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, todos institutos que têm como escopo a criação de precedentes, normas produzidas pelo poder judiciário que têm aplicabilidade transindividual. Tem o estudo a finalidade de analisar da aplicação da vertente axiológica (teoria dos valores - ética) e a teoria deôntica (vinculada a moralidade) para na formação de princípios de ordem política-legislativa. Busca também debater as teorias que identificam os limites atribuídos ao poder judiciário na confecção de normas jurídicas de eficácia geral e abstrata (precedentes). Para isto, analisa-se as teorias: procedimentalistas, substancialistas e se propõe uma teoria intermediária, eclética, para resolução de casos excepcionais, onde a mera subsunção da norma ao fato não é suficiente para de atender a pretensão deduzida. Assim, o estudo busca dar os contornos teóricos filosóficos, uma base epistemológica a teoria brasileira dos precedentes obrigatórios emanados pela suprema Corte, sobretudo a na estruturação de sua ratio decidendi. O artigo foi confeccionado tendo por base os métodos histórico, dedutivo e comparativo, com base em pesquisa de legislação, doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: 1) precedentes, 2) procedimentalismo x substancialismo, 3) axiologia x deontologia, 4) ratio decidendi, 5) limites da atuação jurisdicional

Abstract/Resumen/Résumé

With the advent of the new Brazilian Civil Procedure Code, new institutes were introduced to the Brazilian legal system: the Incident of Assumption of Competence, the Incident of Resolution of Repetitive Claims, the Special and Extraordinary Repetitive Appeal. There already existed, before the advent of the aforementioned legal diploma, the Declaratory Action of Constitutionality, the Declaratory Action of Unconstitutionality, the Argument of Non-compliance with a Fundamental Precept, all institutes that have as their scope the

creation of precedents, norms produced by the judiciary that have transindividual applicability. The purpose of the study is to analyze the application of the axiological (theory of values - ethics) and the deontic theory (linked to morality) for the formation of political-legislative principles. It also seeks to discuss the theories that identify the limits attributed to the judiciary in the making of legal norms of general and abstract effectiveness (precedents). For this, the theories are analyzed: proceduralist, substantialist and an intermediate, eclectic theory is proposed for the resolution of exceptional cases, where the mere subsumption of the norm to the fact is not enough to meet the deduced claim. Thus, the study seeks to give philosophical theoretical contours, an epistemological basis to the Brazilian theory of mandatory precedents issued by the Supreme Court, especially in the structuring of its ratio decidendi. The article was prepared based on historical, deductive and comparative methods, based on research of legislation, doctrine and jurisprudence.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: 1) precedents, 2) proceduralism x substantialism, 3) axiology x deontology, 4) ratio decidendi, 5) limits of jurisdictional action

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe, de forma expressa, uma nova dinâmica processual, sobretudo no aspecto da Teoria Recursal. O que de início era visto exclusivamente sobre o prisma do processo individual, passa a ser visto sobre o prisma transindividual.

Vários institutos de processo civil, dentre eles o incidente de resolução de demandas repetitivas, o recurso especial e extraordinário repetitivos, além dos incidentes de assunção de competência, são responsáveis pela produção de normas produzidas pelo judiciário, que transcendem a concretude da questão individual debatida, transpassando seus efeitos a outros processos, por vezes, inclusive, com viés de obrigatoriedade. Ante a este paradigma, surge formalmente com o Código de 2015 o instituto processual do precedente.

A missão atribuída ao poder judiciário brasileiro que compreende, dentre outras, a criação de normas de eficácia transindividual (precedentes) é de extrema relevância para a sociedade, importante para a manutenção do Estado democrático de Direito e fundamental para manutenção, amadurecimento e estruturação da democracia.

Fato muitas vezes oculto nesse contexto é a grande complexidade teórica que antecede a criação dos precedentes (normas de eficácia abstrata) produzida pelo poder judiciário. O debate teórico, tem como escopo último definir os limites da atividade jurisdicional, e de forma indireta, a harmonização do poder, em tese distribuído entre o judiciário, executivo e legislativo.

Dentro deste contexto, a natureza axiológica ou principiológica da norma constitucional, sobretudo para a criação de precedentes pela Suprema Corte, bem como, os limites de atuação do poder judiciário analisadas pelas Teorias procedimentalistas e substancialistas, guardam enorme relevância teórica para se criar normas jurídicas pelo poder que, a priori, tem a possiblidade de aplica-las.

Este Trabalho é elaborado a partir de análise de legislação, jurisprudência e doutrina, com utilização dos métodos dedutivo, histórico e comparativo.

2 BREVES ASPECTOS HISTÓRICOS

De início, importante contradizer a tese que os precedentes, inclusive de cunho obrigatório, se desvelam no processo civil brasileiro com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

Os precedentes sempre estiveram presentes no ordenamento jurídico brasileiro e, antes, inclusive, no ordenamento jurídico português. Importa, portanto, abandonar a perspectiva de que, de uma hora para outra, o legislador pátrio importou o instituto do direito anglo saxão, inovando e quebrando o paradigma instituído da *civil law*.

Panutto, citando Marcato, trabalha a história dos precedentes e ressalta que:

> **[...] a primeira determinação legal de observância dos precedentes veio expressa nas Ordenações Manuelinas de 1513 [...] A qual criou em Portugal e consequentemente no Brasil, o instituo dos assentos, os quais eram "representações gerais e abstratas elaboradas por juízes da Casa de Suplicação de Lisboa [e tinham por finalidade] a resolução de questões jurídica a serem apreciadas por ocasião do julgamento de causas e recursos de sua competência**". (PANUTTO, 2017. p. 33).

Mesmo antes do advento do Código de Processo Civil, o ordenamento jurídico brasileiro já possuía de forma direta instituto que tinha como escopo a produção de normas gerais e abstratas pelo poder judiciário, que simbolizavam o entendimento dominante dos órgãos superiores sobre determinada questão, dentre eles citamos as ações declaratória de constitucionalidade[1], ação direta de inconstitucionalidade[2] e a arguição de descumprimento de preceito fundamental[3].

---

[1] A Ação Declaratória de Constitucionalidade é um instrumento relativamente novo, criado sob a égide da Constituição em vigor, pela Emenda Constitucional nº 3, documento este promulgado em 17 de março de 1993, de autoria do Prof. Ives Gandra em conjunto com o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, e à época Consultor Jurídico da Secretaria Geral da Presidência da República, Gilmar Ferreira Mendes.

[2] A Ação Direta de Inconstitucionalidade tem por objeto a aferição da constitucionalidade da norma, abstratamente considerada, ou seja, divorciada de qualquer caso concreto. A ação é principal, competindo apreciar diretamente a norma jurídica em relação à Constituição como mérito da ação,
não como questão incidente preliminar ou prejudicial a uma pretensão processual intersubjetiva. Nessa ação é a norma que está em julgamento e o bem juridicamente tutelado é a ordem jurídica fundada na Constituição – Federal, que será julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF); Estaduais, pelos Tribunais de Justiça dos estados. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, pp. 904-906).

[3] A arguição de descumprimento de preceito fundamental, para André Ramos Tavares, é ação ou incidente judicial, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, que desencadeia o denominado processo objetivo, cujo fundamento é o descumprimento de preceito constitucional que consagra valores basilares para o direito pátrio, descumprimento este perpetrado por ato de natureza estatal, quando direta a modalidade, ou por atos normativos, quando se tratar de arguição na modalidade incidental. (TAVARES, 2006, p. 171).

É fato que nosso sistema base é a *civil law*, sendo o juiz visto como boca da lei, colocando o legislativo em evidencia no ato de criação de normas jurídicas abstratas, a perspectiva dominante em nosso sistema.

Desta forma, a atividade jurisdicional no Brasil sempre possuiu institutos que se identificavam com os atuais precedentes jurisdicionais, ora chamados de assentos, ora de jurisprudência dominante, outras vezes de súmula vinculante. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, todo sistema recursal é rebatizado com nova roupagem, cingindo-se em dois sistemas, um sistema para as causas individuais, com recursos típicos (apelação, agravo, embargos de declaração etc.), e outro, recursal transindividual, com instrumentos para confecção de verdadeiras normas de eficácia plena aplicáveis ao judiciário de forma verticalizada, tendentes a formar precedente normativo (obrigatórios).

Desta forma, tempos antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, julgados com eficácia geral e abstrata, verdadeiros precedentes, eram produzidos por meio da ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Após o advento do Código de Processo Civil, novos institutos internos ao processo, portanto, de natureza recursal, instrumentalizam a criação dos precedentes, dentre eles, o incidente de assunção de competência, o incidente de resolução de demandas repetitivas, os recursos especiais e extraordinários repetitivos.

3 O QUE É UM PRECEDENTE?

O Código de Processo Civil de 2015 não conceituou de forma expressa o que é um precedente. O texto legal cita o termo precedente em seis ocasiões. Em duas oportunidades no artigo 489, § 1º, V e VI, no artigo 926, 927, § 5º, e nos revogados artigos 988, inciso IV e § 1º, inciso II do artigo 1042.

É de se observar, pelas referências legislativas, que, a despeito de mencionar originalmente seis vezes no texto de lei o vocábulo precedente, o legislador, em nenhuma delas, conceituou e deu contornos precisos ao instituto, relegando a literatura jurídica tal mister.

Em obra sobre o tema, Jobim e Oliveira Junior conceituam, inclusive com base na doutrina estrangeira que um precedente é:

> **[...] um evento passado que serve como um guia para o presente. Para Francisco Schauer, precedente se revela no fato de que as cortes devem seguir suas decisões anteriores, dando a mesma resposta às questões legais já decididas no passado, quer seja por cortes de maior hierarquia, quer seja por terem decidido a questão anteriormente a sua aplicação. Rupert Cossa e Y.J.W. Haris, abordando o precedente no sistema inglês, confirmam a ideia de que a primeira das características dessa família sobre os precedentes é que todos os tribunais devem respeitar o anteriormente decidido por um tribunal Superior. Tomas G. Handford e James F. Springgs II alertam que o precedente contém doutrinas, princípios e regras na *opinion* emitida pela Corte, contendo consequências legais que serão definidas na solução das demais disputas em potencial existentes, caminhos que perece ser o mesmo defendido por Heitor Eduardo Cabral Bezerra. (JOBIM, OLIVEIRA JUNIOR, 2021. p. 58).**

Cassio Scarpinella Bueno comunga de entendimento similar:

> **Em síntese, podemos conceituar o precedente como uma decisão judicial que, tomada à luz de um determinado caso concreto, serve de diretriz para julgamentos posteriores. Portanto, em sentido lato, o precedente é uma decisão judicial que foi tomada em um processo antecedente, sendo que, aquilo que expressa em termos de decisão, vincula casos análogos julgados posteriormente. (BUENO, 2017. p. 633).**

Conforme se observa pelos conceitos acima deduzidos, com o advento dos precedentes, surge, a princípio, a necessidade de uniformização das decisões judiciais, com a submissão dos juízes hierarquicamente inferiores às decisões proferidas por tribunais hierarquicamente superiores.

O discurso lugar-comum que ecoa na literatura jurídica e na jurisprudência nacional é o de que o Superior Tribunal de Justiça deve assumir uma feição nitidamente de Corte de uniformização de direitos (leia-se: de precedentes), na medida em que a atuação lotérica dos órgãos judiciais na aplicação do direito transgride os valores caros a um Estado de Direito, como a igualdade, previsibilidade e coerências, afetando de forma negativa o comportamento dos cidadãos, dos poderes públicos e das agências administradoras.

Por outro lado, segmento oposto da referida literatura, bem como demais órgãos judiciais, notadamente os juízes de primeiro grau, sustentam que a prática jurisdicional deve prezar pela sua independência e pelo direito à livre motivação na interpretação das normas jurídicas na resolução de casos concretos, os quais, por serem eventos particulares demandam decisões individualizadas, de acordo com os fatores relevantes e específicos que os informam.

Nesse contexto, surgem alguns problemas de ordem teórica para constituição dos precedentes, sobretudo os produzidos pela Suprema Corte. O primeiro, no que concerne a natureza das normas constitucionais, se possuem valor axiológico ou principiológico e a segunda, refere-se aos limites da atuação do poder judiciário, carregados debates travados entre as linhas procedimentalista e substancialista do direito.

4. APLICAÇÃO DA TEORIA AXIOLÓGICA DOS VALORES OU TEORIA DOS PRINCIPIOS – FUNDAMENTAÇÃO DAS NORMAS PROCEDIMENTAIS.

Como é de conhecimento geral, a filosofia do direito no Brasil, sobretudo a do século XX, tem forte influência da doutrina de Miguel Reale. Este fato se dá, em primeiro lugar, porque o autor foi, sem dúvida, um dos grandes juristas brasileiro do século anterior, e também, em virtude de sua influência acadêmica, com suas inúmeras obras sendo amplamente estudadas nas universidades brasileiras, bem como, sua influência junto a própria criação do ordenamento jurídico, sobretudo o Código Civil Brasileiro.

É certo que no Brasil a Teoria Tridimensional do Direito, traz ao operador do direito o a tríade (FATO – VALOR – NORMA). Sobre o tema, Pereira discorre:

> **"Onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; Tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta. (PEREIRA, 2014. p. 17)**

E o próprio mestre Miguel Reale complementa:

> **"Mas ainda esses elementos ou fatores não só existem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já que o Direito é uma realidade histórico cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram." (REALE, 2002, p.65).**

Observa-se que tanto a tradição jurídica brasileira, como a tradição jurídica europeia adotam a teoria dos valores de determinada comunidade como elemento motriz do direito. LUHMANN trabalha o tema:

> **Para a antiga tradição europeia da filosofia social e da filosofia do direito era evidente que o homem encontrava sua liberdade e sua virtude, sua sorte e seu direito enquanto parte viva da sociedade também viva. A sociedade era vista como associação de homens concretos, muitas vezes explicitamente chamada de corpo social. Era exatamente por consistir de homens que ela apresentava seu humanismo evidente e abrangente, e sua pretensão moral. Nesse contexto, o ambiente da sociedade, sem se considerar a natureza não humana, só podia constituir-se de outras sociedades - ou seja, de corpos sociais formados por outros homens. Consequentemente, os limites da sociedade eram concebidos como limites da descendência ou dos limites territoriais que agrupavam os homens nas categorias de pertencentes ou não pertencentes (LUHMANN, 1983, p. 169).**

A tradição grega traz os valores éticos à modernidade, agregados às normas jurídicas. A unidade social como forma de sobrevivência, preconizava a defesa de valores intrinsecamente ligados ao modo de vida das pessoas pertencentes ao corpo social. Esta estruturava valorativa é vista até a contemporaneidade, como exemplificado por meio da obra de Miguel Reale.

Ocorre que a sociedade contemporânea deixa de possuir as características da *polis* grega, cidades, de dimensões reduzidas, onde os valores tinham, dentro de seus limites territoriais, dicção de verdades universais.

A contemporaneidade, sobretudo na era das redes, com a instantânea difusão de informação, cultura e conhecimento em sentido lato, altera o paradigma valorativo dos povos. A globalização, com a facilitação do trânsito e permanência de pessoas em várias partes do mundo (blocos econômicos vistos na América, Europa, Asia etc.), trouxe uma acepção multicultural aos estados, impedindo que a tradição ou que o valor titularizado por este ou aquele grupo tivesse dominância sobre os demais, inclusive quando observado no ato de formação da norma jurídica, quer seja legislada ou julgada (precedente).

Além disto, países como o Brasil, constituídos por meio de várias culturas, ou seja, de um pluralismo de valores, tem no bojo social um genuíno debate acerca de qual conteúdo (valor) deve ser assegurado pelo direito.

A par disto, a contemporânea filosofia do direito europeia, sobretudo a partir do término da segunda guerra mundial, traça novos elementos para desvinculação do valor ao direito, deslocando o foco da ética (perspectiva axiológica) a moral, perspectiva principiológica (deontológica)[4].

[4] A ética normativa, por sua vez, pode ser classificada em teleológica e deontológica. A primeira busca alcançar determinado fim, e se subdivide em consequencialista (baseada nas consequências da ação) e ética da virtude (que leva em conta o caráter virtuoso das

Habermas argumenta:

> **Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinada coletividade, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação proposições normativas, como no caso de proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo "sim" ou "não", ou abster-nos do juízo. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor. A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim). Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários; devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Enquanto valores distintos concorrem para obter a primazia; na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e repletas de tensões. (1997, p. 316-317).**

Cabe observar que contemporânea filosofia do direito desloca para deontologia, estruturada na universalidade da moral a teoria dos princípios, deixando de lado o conteúdo meramente axiológico valorativo da norma, sobretudo para que sejam dadas respostas aos concernidos de forma a não priorizar elementos individualizadores desta ou daquela tradição.

---

pessoas). Já a deontológica visa determinar o que é o correto, não segundo uma finalidade a ser atingida, mas consoante regras e normas em que se fundamenta a ação (BORGES; AGNOL; DUTRA, 2002, p. 8)

A ética deontológica, também denominada "não consequencialista", considera moral ou imoral um ato ou comportamento de acordo com outros padrões que não sejam a análise das consequências da ação A ética deontológica, também denominada "não consequencialista", considera moral ou imoral um ato ou comportamento de acordo com outros padrões que não sejam a análise das consequências da ação. Assim, suas principais correntes dividem-se em: intuicionismo moral, ética do dever, ética do discurso e contratualismo moral (BORGES; AGNOL; DUTRA, 2002, p. 11).

Imperioso destacar que a formação dos precedentes, sobretudo na estruturação da *ratio decidendi* das cortes supremas, devem ter por base epistemológica a perspectiva deontológica principiológica e não valorativa axiológica, vinculada os princípios emanados da constituição, sob pena de o julgador aplicar a sua vontade (arbítrio), em detrimento da vontade popular, legitimamente emanada.

5. PROCEDIMENTALISMO JURÍDICO OU SUBSTANCIALISMO JURÍDICO. OS LIMITES DA ATIVIDADE JURISDICIONAL. – O DESVELAR DA VONTADE DA NORMA CONSTITUCIONAL.

O procedimentalismo[5] e o substancialismo são correntes a priori em oposição uma a outra. O objeto do debate encontra-se na compreensão do próprio estado de direito, dentre eles, como ressalta STRECK, na própria aplicação dos princípios fundamentais.

Conforme leciona STRECK, "o procedimentalismo e o substancialismo, diz respeito, sobretudo, à divergência teórica sobre o papel do Poder Judiciário e da justiça constitucional em relação ao novo trato conferido aos direitos e princípios após o advento da Constituição de 1988, tendo em vista que, a partir de então, compromissos ético-comunitários passaram a ser cobrados de modo incisivo, o que fez gerar o debate entre os defensores de ambas as correntes" **(STRECK, 2004, p.147).**

Com a formalização dos precedentes pelo Código de Processo Civil, a situação que a priori transparece ser mero debate acadêmico teórico, ganha genuína importância impar no mundo jurídico, uma vez que desvela os limites da atividade jurisdicional transindividual, ante a nova roupagem que é dada as cortes superiores na confecção de norma com eficácia geral e abstrata.

O debate entre o procedimentalismo e o substancialismo jurídico indica quais são os limites de atuação do poder judiciário. O substancialismo ligado ao ativismo

[5] A partir de um esforço de síntese, pode-se categorizar a "corrente procedimental" do controle de constitucionalidade em três características principais: 1) a conciliação dos ideais do constitucionalismo e da democracia no âmbito de uma tensão produtiva; 2) a aposta no modelo de democracia deliberativa; 3) um modelo de controle de constitucionalidade discreto que age para garantir a democracia, tutelar os direitos fundamentais e a participação das minorias nos debates políticos. É desse modo que se pode caracterizar o procedimentalismo enquanto corrente de pensamento sobre a jurisdição constitucional. **(BURCKHART, 2021, p. 254).**

judiciário[67] e o procedimentalismo, vinculado a uma perspectiva republicana onde cabe ao legislativo, poder que a priori espelha a representatividade popular, por meio do voto delegado pelos concernidos a seus legítimos representantes.

A tradição jurídica clássica trazida ao século XX pelo Código de Napoleão, atribui ao judiciário a noção clássica de jurisdição, o ato de dizer o direito, sendo o juiz a "boca da lei", ou melhor, um mero aplicador da vontade popular, expressada pelo legislativo, aos casos concretos levados pelos interessados ao poder estatal de decidir imperativamente conflitos (judiciário).

Sobretudo com a ascensão nazista no século XX, observou que o ato legislado não dava conta da necessária justiça[8], vinculada a moralidade ou a racionalidade que deveria estar implícita a lei.

Desta forma, com o final da segunda grande guerra e a derrocada do nazismo, a inserção de elementos vinculados à moralidade (perspectiva deontológica do direito) à norma jurídica foi a medida indispensável que o direito encontrou para evitar desastres humanos como foi a tentativa de extermínio dos judeus engendrada pelo povo alemão.

Logo após a Segunda Guerra Mundial nota-se que houve um redesenho do constitucionalismo em praticamente todos os países planeta. Nesse sentido, Bruce Ackerman aponta para o "advento do constitucionalismo global" (ACKERMAN, 1997; ONIDA, 2008), na medida em que esse fenômeno deixa de ser um ideário da política

---

[6] "O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por fiat, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la" **(DWORKIN, 1986, p. 451-452).**

[7] "O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva" **(BARROSO, 2008)**

[8] Além da Lei de Restauração do Serviço Público Profissional, os judeus foram excluídos de todos os campos de atuação de trabalho, educação, indústria, jornalismo e economia. O governo excluiu médicos e dentistas dos planos de saúde, perdendo o direito de tratarem seus pacientes pelo sistema nacional de saúde. No setor agrícola, houve a proibição de possuírem terras e negociarem gado. Os estudantes de origem judaica recebiam gravosas medidas a fim de restringirem o acesso às universidades e escolas secundárias **(STACKELBERG, 2002, p. 203-204).**

ocidental territorializada – relativo às Américas e à Europa – e passa a se tornar um ideal tendencialmente universal.

Da mesma forma, a democracia também passou a se firmar como um ideário político global, deixando de ser uma concepção ideal tratada por muitos teóricos de modo pejorativo para se alçar como modelo de regime político dominante (SANTOS; AVRITZER, 2002; MIGUEL, 2014)

Por certo, os princípios ganham no atual cenário jurídico status superior às próprias regras, tendo inclusive caráter normativo, conferindo conteúdo material às constituições democráticas.

Assim, temos que os defensores da corrente substancialista defenderão o ativismo judiciário e a concretização de valores constitucionais, por meio da atuação do poder judiciário. Sobre o tema DWORKIN argumenta:

> **A Constituição é o fundamento para a criação de outras leis, e por esse motivo a interpretação dada por Hércules ao documento como um todo, bem como a suas cláusulas abstratas, deve ser também fundamental. Deve ajustar-se às disposições mais básicas do poder político da comunidade e ser capaz de justificá-las, o que significa que deve ser uma justificativa extraída dos aspectos mais filosóficos da teoria política. Os juristas são sempre filósofos, pois a doutrina faz parte da análise de cada jurista sobre a natureza do direito, mesmo quando mecânica e de contornos pouco nítidos. Na teoria constitucional, a filosofia é mais próxima da superfície do argumento e, se a teoria for boa, explicita-se nela (DWORKIN, 1986, p. 454).**

De outro lado, os adeptos da corrente procedimentalista defendem o regime democrático republicano onde cabe ao parlamento, representante direto das vontades populares, ditar o conteúdo das normas jurídicas que devem ser aplicadas pelo judiciário.

O Código de Processo Civil de 2015 introduz junto ao ordenamento jurídico brasileiro a possiblidade de o poder judiciário criar, por meio de processos inicialmente individuais, regras que serão aplicadas em situações idênticas tanto pelo poder judiciário quanto pelos órgãos da administração estatal (precedentes). O debate acerca dos limites da atividade jurisdicional do estado é de grande destaque social, sobretudo quando se confronta esta atividade frente a clássica tripartição dos poderes.

Ocorre que a dualidade entre procedimentalismo e substancialismo pode ter um ponto de inflexão, um lugar comum que permite uma atuação do poder judiciário,

julgando com justiça e fazendo valer as garantias constitucionais, sem que extrapole as atribuições do poder legislativo, a estrutura republicana e a vontade popular.

É de se observar que aplicação puramente do substancialismo às decisões normativistas produzidas pelas cortes supremas podem expressar um arbítrio do julgador e um desrespeito a vontade popular, sobretudo ante a legitimidade das normas criadas pelo parlamento.

De outro lado, uma aplicação pura do procedimentalismo pode excluir aqueles mais fragilizados no corpo social, aqueles que vivem na periferia da representatividade e não tem resguardados seus direitos frente as castas dominantes da sociedade[9].

Nos Estados Unidos, ELY propõe uma terceira via entre o procedimentalismo e o substancialismo, onde em situações excepcionais o judiciário faria o papel de "árbitro do mercado político".

> **Numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria parlamentar os desaprovar, poderá destituí-los através do voto. O mal funcionamento ocorre quando o processo não merece nossa confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais de mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa pre-conceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos (**ELY, 2016. **p. 137).**

A terceira via proposta por ELY encontra sustentação no direito das minorias, uma vez que a representação democrática nem sempre visa acolhe-los, ou ainda não os acolhe efetivamente.

---

[9] Segundo Willis Santiago Guerra Filho (2001, p. 157), a corrente procedimental pode ser estudada também pelo viés de John Rawls, em um interessante estudo sobre a discussão ética da justiça, segundo o qual a Constituição ideal seria um procedimento balizado por princípios de justiça, capaz de conformar as forças políticas responsáveis pela produção normativa. Há ainda outra importante corrente que preconiza a chamada "Sociedade Aberta aos Intérpretes da Constituição" 1, expressão cunhada por Karl Popper, mas de vertente teórica defendida por Peter Häberle, que propugna o amplo debate sobre a compatibilização dos valores em conflito, uma vez que, diante a complexidade da sociedade contemporânea, somente os procedimentos poderiam levar à melhor solução, uma vez que primam pela possibilidade de que cada posição divergente tenha espaço para demonstrar a parcela de razão que lhe cabe **(GUERRA FILHO, 2001, p. 157-158).**

Para ELY a democracia representativa é a base do regime democrático. No entanto cumpre ao judiciário realizar esse filtro de representatividade, ou ainda, de bom funcionamento do poder que é atribuído de forma preponderante à cristalização da vontade popular. Esta fórmula seria um meio de se buscar chancelar o regime democrático republicano, sem deixar de primar pela justiça nas decisões e na proteção daquele que não se encontra representado pelo sistema político, em regra, quem mais precisa da intervenção do poder estatal.

Desta forma, em sendo os princípios constitucionais um corpo aberto de regramentos, cumpre o judiciário extrair desta estruturação política ditada pela vontade popular a interpretação sistêmica que deve ser dada ao contexto de normas positivadas pelo legislativo. Assim, existe para o Judiciário a possibilidade de proteger o não representado, ou aquele que não foi inserido no debate político por omissão proposital do legislativo, como também, a possibilidade de interpretar os princípios constitucionais de forma sistematizada, realizando a ponderação, harmonização dos princípios e, em consequência, a harmonização dos poderes.

A lição de RAWLS é emblemática para a proposição:

> **O problema do desacordo moral, *i.e.*, a situação na qual os cidadãos não concordam entre si a respeito dos valores fundamentais que devem reger a vida social, tem sido uma preocupação teórica de alguns teóricos que recuperaram a concepção estrutural do argumento contratualista clássico com a finalidade de elucidar os pressupostos teóricos inerentes à estrutura constitucional das sociedades pluralistas. Isso não significa dizer que os pressupostos metafísicos do contratualismo foram recuperados: é inviável, hoje, defender a legitimidade do direito ou a estrutura da argumentação jurídica a partir de ideias como "estado de natureza" ou "contrato social". Mas o contratualismo clássico deixou como legado a estrutura da argumentação a respeito dos pressupostos que precisamos assumir numa cultura democrática. (RAWLS, 2002, p. 135)**

John Rawls denomina "construtivismo kantiano": “a tarefa da filosofia jurídico-política não é "fundamentar" a nossa ordem política, como acreditavam os contratualistas, mas elucidar os pressupostos teóricos que já estão implícitos nas nossas práticas e instituições e que podem justificá-las como resultado de um procedimento justo, que trata as pessoas *imparcialmente* **(RAWLS, 2002, p. 135).**

6. A BASE EPISTEMOLÓGICA PARA CONSTRUÇÃO DE PRECENDENTES – UMA PROPOSTA TEÓRICA ECLÉTICA – UMA BASE TEORICA PARA DAR ENSEJO À TEORIA DA FUNDAMENTAÇÃO DOS PRECEDENTES.

Dentro deste contexto, buscam traçar uma base epistemológica para construção dos precedentes produzidos pelas cortes supremas, sobretudo no que tange a edificação de sua *ratio decidendi*[10].

Observando que os precedentes criados pela Suprema Corte têm como *telos* delimitar os dizeres do próprio texto constitucional, e os contornos políticos engendrados pelo regime republicano, cujas vontades foram trazida pelo poder legislativo, acreditamos existir um ponto de intersecção que possa congregar, na confecção dos precedentes, elementos que atendam de forma preponderante: 1) a manutenção da democracia; 2) a estrutura federativa e tripartite do poder; 3) a justiça das decisões, com a possibilidade de inserção dos debilmente representados ao jogo político, sem, no entanto, vilipendiar as balizas do texto constitucional.

Nessa perspectiva, temos que deve ser adotado como base epistemológica as perspectivas principiológicas deônticas que estão vinculadas à moralidade/universalidade dos preceitos que engendram os princípios constitucionais, uma vez que uma teoria eminentemente axiológica, ligada exclusivamente a ética e a teoria dos valores poderia provocar o arbítrio tanto do julgador, como do legislador que representaria, de forma, preponderante os grupos de domínio social.

Assim, a perspectiva de universalização principiológica nos parece que gera um respeito à pluralidade cultural e, inclusive, a inclusão do debilmente representado no jogo político, mediante o desvelar do modelo principiológico, legitimamente aferido pelo parlamento, por meio da representatividade popular.

---

[10] Para Wambaugh, *racio decidendi* é uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma. O jurista descreve o modo como o teste deve ser feito. Antes de tudo há de ser cuidadosamente formulada a suposta proposição de direito. Após deve inserir-se na preposição uma palavra que inverta o seu significado. Então, é necessário perguntar se, caso a Corte houvesse admitido a nova proposição e a tivesse tomado em conta no seu raciocínio, a decisão teria sido a mesma. Só há precedente se a resposta for negativa. Diante do teste de Wambaugh, inverte-se o sentido da proposição tomada em conta pela Corte, a sua decisão não pode ser a mesma para que a proposição constituía a *racio decidendi*. A proposição – faria com que o caso fosse decidido de outra maneira. Se a nova proposição gera igual decisão, a proposição original, em vez de constituir a *racio decidendi*, representa a obter deictum. **(MARINONI, 2022. pp. 159-160)**.

Nesse prisma, o judiciário não teria uma função criacionista do direito, como preconizam as correntes substancialistas puras, e, tão pouco, faria o papel de boca da lei, exclusivamente aplicando ao caso concreto o que fora legislado, ou ainda, delimitando, com a confecção de precedentes, o *ipis literis* da norma legislada.

Não estamos aqui afirmando que esta situação não possa ocorrer. De fato, na maioria das situações vivenciadas pelo poder judiciário a questão é resolvida por mera subsunção do fato à norma e o judiciário faz, nestas hipóteses, o papel clássico de dizer o direito legislado. No entanto, nas situações de grande complexidade, nos vácuos legislativos, como também nas questões que demandam análise de normas de conteúdo aberto/vago, questões que na maioria das vezes estão vinculadas à análise e ponderação de princípios constitucionais, a atuação do judiciário pode ganhar os contornos/limites aqui defendidos.

Assim, nas questões mencionadas, não usurpa o judiciário o procedimentalismo jurídico, quando busca desvelar e ponderar princípios ao suprir vácuos legislativos, bem como, para corrigir distorções de representatividade ao hipossuficiente representado, sobretudos quando se denota a aplicabilidade de normas principiológicas abertas, de conteúdo vago, que carecem de interpretação sistêmica à luz da constituição, das estruturas institucionais do estado, dos direitos fundamentais humanos. Nesse aspecto uma fração da teoria substancialista seria aproveitada, para harmonização dos poderes, e para correção de eventuais déficits de representatividade.

Importante frisar que não poderia o órgão jurisdicional decidir de forma diversa a uma deliberação clara e inequívoca do legislativo, excetuada a hipótese da inconstitucionalidade dessa deliberação, porque neste caso estaria sendo respeitada a própria norma constitucional. (BELLINETTI, 2006, pags.816-826)

Desta forma, inclusive aproveitando a lição de Rawls, o judiciário, no ato da fundamentação e estruturação da *ratio decidendi* dos precedentes, teria, nas situações excepcionais indicadas, onde exclusivamente a hermenêutica jurídica não dê conta produzir uma resposta que congregue os princípios deontológicos norteadores do ordenamento jurídico, caberia ao judiciário desvelar e elucidar os pressupostos teóricos que já estão implícitos nas instituições e na própria estrutura principiológica constitucional, verificar e suprimir eventuais déficits de legitimidade, respeitando assim, a estrutura republicana democrática de representatividade popular, possibilitando uma verdadeira harmonização dos poderes.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Como conclusão, ressaltando que se tratam ideias que ainda estão sendo objeto de profunda reflexão, sem caráter definitivo, pode-se apresentar as seguintes afirmações:

1) O Código de Processo Civil de 2015, trouxe nova roupagem à estrutura recursal, possibilitando de forma expressa a criação de precedentes, normas produzidas pelo poder judiciário com eficácia geral e abstrata;

2) As normas jurídicas com eficácia geral e abstrata sempre estiveram inseridas no ordenamento jurídico, em alguns momentos foram chamadas de assentos, em outros, de jurisprudência dominante, súmulas vinculantes e atualmente denominam-se precedentes.

3) Apesar de uma importação do instituto dos países que adotam o common law, temos que os precedentes no Brasil devem ter seus paradigmas aprofundados e adequados a nossa realidade;

4) Para estruturação dos precedentes, sobretudo os produzidos pela Suprema Corte, bem como para identificação de uma base teórica epistemológica que visa construir a *ratio decidedi* dos precedentes, temos que se faz necessário o revolver de questões de base teórico-filosófica, sobretudo no que concerne a estrutura da norma principiológica, se axiológica/valorativa vinculadas a eticidade, ou se deontológica, vinculada à moralidade e universalidade;

5) Indispensável também decodificarmos os limites da atuação do poder judiciário, tendo por base as modernas doutrinas da filosofia do direito, oriundas da Europa e dos Estados Unidos;

6) Entendemos que para salvaguardar o pluralismo e o multiculturalismo predominante nas sociedades contemporâneas, a teoria axiológica/valorativa se afasta dos anseios dos diversos grupos sociais, possibilitando o domínio das tradições dominantes, a debilidade da representação de pequenos grupos, e também, quando observado pelo prisma judicial, pode identificar o arbítrio na aplicação da vontade do juiz, vista de forma singular.

7) A estrutura principiológica de base deôntica universalista vinculada a moral/universalidade seria a melhor estrutura para embasar tanto os princípios constitucionais quanto a estrutura da *ratio decidendi* dos precedentes em questões de ponderação, vácuo legislativo, e correção de déficits de representatividade;

8) No que concerne aos limites da atuação do judiciário, destaca-se a teoria substancialista, a qual, de certa forma, desconsidera a norma legislada em prol de uma decisão justa;

9) A corrente procedimentalista entende, em rasa síntese, que o poder legislativo é aquele que possui a legitimidade democrática de identificação das regras e princípios que devem esculpir o ordenamento jurídico, inclusive as perspectivas políticas que determinada sociedade escolheu para instruir a estrutura original constitucional, cabendo ao judiciário apenas aplicá-la.

10) Em regra, cumpre ao judiciário uma aplicação direita (subsunção) da norma ao fato, privilegiando o procedimentalismo e a estrutura republicana democrática que tem como escopo a criação das normas jurídicas;

11) Em situações excepcionais propomos uma terceira via, inclusive para atuação do judiciário na estruturação da *ratio decidendi* dos precedentes. Ela tem por base a teoria procedimentalista, uma vez que entendemos ser o legislativo, em virtude de sua estrutura teleológica o campo apriorístico de identificação das vontades populares. No entanto, elementos da teoria substancialista podem também ser aproveitados, sem desrespeito a deliberações (conformes à Constituição) claras e inequívocas do legislativo, sobretudo para: 1) suprir os déficits de representatividade em situações constitucionalmente previstas; 2) realizar a identificação das vontades institucionais insculpidas no texto constitucional, em situações vinculadas ao julgamento de casos difíceis, onde a Suprema Corte tem que buscar, dentro de uma perspectiva de ponderação a resposta a ser dada pela sociedade, inclusive quando existe colisão entre princípios, 3) a composição de vácuos normativos, em virtude do princípio da inafastabilidade de jurisdição e, por fim, 4) promover a garantia os direitos fundamentais inerentes a todo ser humano.

8. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. (Colección El derecho y la justicia).

ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. Virginia Law Review, 83, n. 4, p. 771-797, 1997.

BORGES, Maria de Lourdes; AGNOL, Darlei Dall; DUTRA, Delamar Volpato. Ética. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Direito e Processo. Processo e Constituição. São Paulo. Ed. RT, 2006, pags. 816-826.

BURCKHART, Thiago Rafael. Revista Direito em Debate. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: Uma Análise Crítica da Dicotomia Substancialismo vs. Procedimentalismo. 2021.

BUENO. Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DWORKIN, Ronald. Law's empire. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria da ciência jurídica. São Paulo: Saraiva, 2001.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Biblioteca tempo universitário, 101-102).

JOBIM, Marcos Felix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação. 2 ed., revista e ampliada – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 7ª edição revista. Atualizada e Ampliada. São Paulo: Editora Thomsom Reauters Brasil, 2022.

PANUTTO, Peter. Precedentes Judiciais Vinculantes: O Sistema Jurídico-Processual Brasileiro Antes e Depois do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015). Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017.

PEREIRA, Paula Pessoa. Legitimidade dos Precedentes: Universalidade das decisões do STJ. Diretor Luiz Guilherme Marinoni. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

REALE, MIGUEL. Lições Preliminares de Direito. 27º Ed. São Paulo: Saraiva , 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: RT. 2012.

STACKELBERG, Roderick. A Alemanha de Hitler: origens, interpretações e legados. Rio de Janeiro: Im STOLLEIS, Michael. The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.