III CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO CIVIL, PROCESSO CIVIL E EMPRESARIAL

A532
Anais do III Congresso de Direito do Vetor Norte [Recurso eletrônico on-line] organização Faculdade de Minas – Belo Horizonte;

Coordenadores: Fabrício Veiga da Costa, Rayssa Rodrigues Meneghetti e Raphael Moreira Maia – Belo Horizonte: FAMINAS, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-000-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tensões contemporâneas e consolidação da Democracia Brasileira.

1. Estado Democrático de Direito. 2. Direitos Fundamentais. 3. Direitos Humanos. I. III Congresso de Direito do Vetor Norte (1:2010 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

III CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO CIVIL, PROCESSO CIVIL E EMPRESARIAL

Apresentação

No dia 22 de outubro de 2020 foi realizado no II Congresso do Vetor Norte, Faminas –BH, profícuas discussões envolvendo o direito civil, direito processual civil e direito empresarial. Debates referentes à autonomia privada no contexto do exercício dos direitos da personalidade; questões que permeiam o estudo do regime de bens no casamento e na união estável; a problemática da recuperação judicial e a preferência dos credores; os efeitos erga omnes e vinculantes no contexto das decisões de uniforminzação de jurisprudências; a constitucionalidade envolvendo a metade disponível no direito sucessório, correlacionando com o princípio da autonomia privada e outras temáticas ora pertinentes foram pauta de amplo debate crítico no contexto do respectivo GT.

Pretendeu-se, com as discussões propostas, desconstruir dogmas, ressignificar ideologias e premissas absolutas que perpassam o direito civil, direito processual civil e o direito empresarial. Foram realizados estudos críticos voltados ao estudo crítico de temáticas de relevância jurídica, teórica e prática, de temas atuais e de importância para a sociedade brasileira.

Renata de Lima Rodrigues

Henrique Lanza Neto

Cinthia Moreira Gonçalves

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E LEGITIMIDADE DE DECISÕES JUDICIAIS

CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND LEGITIMITY OF STANDARDIZED COURT DECISIONS

Carolline Leal Ribas [1]

Resumo

Este trabalho visa analisar a legitimidade das decisões judiciais padronizadas tendo como parâmetro a teoria constitucional de direito democrático sob a visão da teoria neoinstitucional do processo. Tal questão torna-se extremamente relevante tanto na comunidade acadêmica quanto na vida profissional, uma vez que a análise de decisões padronizadas – produzidas sem a estrita observância dos argumentos das partes - proferidas por magistrados concursados, ou seja, não eleitos pelo povo, coloca que pauta o tema da legitimidade desses julgados.

Palavras-chave: Princípios constitucionais, Legitimidade, Decisões judiciais

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to analyze the legitimacy of standardized court decisions, having as a parameter the constitutional theory of democratic law under the view of the neoinstitutional theory of the process. Such a question becomes extremely relevant both in the academic community and in professional life, since an analysis of standardized norms - produced without strict observation of the parties' arguments - delivered by concealed magistrates, ie not elected by the people, who agenda or theme of the legitimacy of these judges.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional principles, Legitimacy, Judicial decisions

[1] Orientadora. Doutoranda em Humanidades. Mestre. Especialista em Direito Público e em Gestão Pública. Assessora Jurídica no Governo de Minas Gerais. Professora de Direito

1. INTRODUÇÃO: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao processo judicial um caráter democrático de modo que os julgados sejam proferidos observando os princípios do contraditório, da duração razoável, da imparcialidade, da ampla defesa e da fundamentação.

Deste modo, para se garantir decisões legítimas, faz-se necessário que o processo se desenvolva em sintonia com o modelo constitucional de processo, o qual se estrutura pela principiologia constitucional e pela participação das partes na construção do provimento.

Contudo, a demanda por uma justiça mais célere e pela efetividade na prestação jurisdicional foi fonte inspiradora para o desenvolvimento de um sistema de padronização de jurisprudência, o que ocorreu em virtude de alterações promovidas pelo Poder Legislativo, com a instituição de mecanismos como súmulas vinculantes, técnicas de julgamento liminar e uniformização de recursos repetitivos nos Tribunais Superiores.

Como consequência, por meio dessas técnicas processuais, abriu-se a possibilidade de se atribuir ao julgado um efeito vinculante, de modo que em futuros processos seja adotado o posicionamento jurisprudencial já firmado, considerado decisão-padrão.

Ocorre que, hodiernamente, especialmente após a promulgação do Novo Código de Processo Civil, , Lei n° 13.105/2015, percebe-se que a utilização de provimentos vinculantes no direito brasileiro, muitas vezes, tem acontecido de forma indiscriminada, pois os julgadores simplesmente decidem com base em um precedente sem ao menos verificar se há razoabilidade ou diferenças entre a decisão anteriormente prolatada e o caso concreto. Muitas vezes, ainda que o caso seja o mesmo, a parte vai ser atingida por uma decisão de cuja construção ela não participou. Ademais, ao padronizar, fecha-se o argumento, ou seja, é como se a legitimidade da decisão fosse se erodindo, na medida em que não se aceita mais discussão.

Tal fato traz à tona a questão da legitimidade desses julgamentos padronizados, uma vez que, embora haja previsões normativas quanto ao uso dessas técnicas de vinculação, dá-se ensejo à violação direta aos princípios do devido processo constitucional e a garantia de ampla argumentação das partes.

Assim, chega-se a seguinte indagação: são legítimas as decisões judiciais padronizadas no contexto principiológico processual democrático estabelecido pela Constituição de 1988?

Para tanto, será apresentado, inicialmente, uma breve síntese do sistema de precedentes vigente nos países de tradição de common law, com especial ênfase para os pontos de convergência e divergência que apresentam com tendência legislativa em se adotar

cada vez mais no ordenamento processual técnicas que visam a utilização de padronização decisória.

Outro assunto mencionado é, sob a luz da lição de Robert Alexy, analisar o problema da legitimidade das decisões judiciais, no Brasil, onde o Poder Judiciário não é composto por membros eleitos diretamente pelo povo. Diante disto, será exposta uma teoria segundo a qual a legitimidade argumentativa do Poder Judiciário deve ser tomada como limite e parâmetro para a regulamentação das hipóteses de padronização decisória.

Sob pena de se transformar em restrição indevida ao acesso à jurisdição. Por fim, far-se-á uma análise crítica da legislação processual civil vigente, tendo como embasamento teórico a teoria Neoinstitucionalista do processo, com o intuito de avaliar a pertinência não apenas das reformas já efetivadas, as disposições trazidas pelo novo Código de Processo Civil.

2 OBJETIVOS

O objetivo geral desse projeto é propor uma análise a respeito da legitimidade das decisões padronizadas sob a visão do constitucionalismo democrático.

Estabeleceu-se um conjunto de objetivos específicos que irão ajudar na formação e no desenvolvimento do projeto em estudo, todos eles visando atingir o objetivo geral. São eles:

• Identificar a crise do Poder Judiciário e a necessidade de se recorrer a mecanismos de padronização das decisões.

• Analisar os precedentes judiciais e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro

• Analisar o problema da legitimidade das decisões padronizadas em face do constitucionalismo processual discursivo..

.• Desenvolver uma análise das Teorias do Processo sob a óptica do Estado Democrático de Direito, com ênfase na teoria constitucionalista e na teoria discursiva proposta Jürgen Habermas.

• Conhecer institutos como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*, que são técnicas de confronto e superação dos precedentes judiciais

• Desenvolver um estudo aprofundado da Teoria Neo-institucionalista do Processo, do professor Rosemiro Pereira Leal, a fim de se estudar a legitimidade das decisões judiciais padronizadas mediante a institucionalização da principiologia constitucional do processo e do discurso.

3. ASPECTOS METODOLÓGICOS

Em conformidade com os objetivos expostos nesse projeto de pesquisa, o presente estudo abrange uma pesquisa predominantemente qualitativa, utilizando-se, também, estudo de casos, por meio de pesquisa à jurisprudência de Tribunais Superiores.

Utilizar-se-á, predominantemente, o método revisional crítico tendo como ênfase a teoria constitucionalista do processo, desenvolvida por Habermas, a fim de se estabelecer um cotejamento com a Teoria Neoinstitucionalista do processo, desenvolvida por Rosemiro Leal. A partir daí, será analisada a técnica processual resultando da construção lógico-discursiva, trazendo ao processo bases legitimantes por meio da cidadania.

Outro método a ser usado é o historiográfico, por que se levará a cabo uma historiografia das teorias do processo, desde a teoria do processo como contrato, perpassando pelas teorias do processo como relação jurídica, como situação jurídica, como procedimento em contraditório, como instituição jurídica, como entidade complexa, até as teorias pós-modernas, o que facilitará a compreensão da atual tese de Rosemiro Leal, atento às peculiaridades brasileiras no contexto do Novo Código de Processo Civil.

Há, entretanto, que se fazer uso do método observacional empírico sobre como os Tribunais Superiores, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, vêm aplicando a teoria dos precedentes. Esse método propiciará a análise de conflitos repetitivos, verificando, de um lado, o excesso de ações e recursos ajuizadas perante o Poder Judiciário, o que leva à otimização de técnicas de uniformização de jurisprudência e, de outro, institutos do contraditório, ampla defesa e isonomia, utilizados para operar e assegurar o devido processo legal.

O último método que será adotado consiste no comparativo. Isso porque se analisará aspectos gerais dos sistemas *civil law* e *common law*, no intuito de se verificar a força que os precedentes judiciais têm no Direito especialmente neste último sistema, além de demonstrar as técnicas de uniformização que foram trazidas para o ordenamento brasileiro, país que, tradicionalmente, deposita maior confiança nas leis escritas.

4. DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

Essa pesquisa será desenvolvida tendo como referência a teoria neoinstitucionalista do processo sob o prisma de se trazer a este trabalho o estudo do processo como uma instituição constitucionalizada. Igualmente, pretende-se estabelecer um cotejamento da teoria com um

estudo empírico de decisões dos Tribunais Superiores que vêm aplicando a teoria dos precedentes, a fim de se verificar se tais decisões se legitimam perante o ordenamento jurídico.

Faz-se necessário também recorrer à doutrina de Jürgen Habermas, que, em sua obra "Direito e Democracia (entre facticidade e validade)", reformula a concepção da legitimação do direito, a qual é baseada em discursos racionais e participação dos destinatários da norma. Segundo Habermas, o Direito constrói-se por meio da autonomia dos sujeitos e, com base em uma política deliberativa, institucionaliza-se um procedimento democrático, com a devida observância do contraditório, ampla defesa e isonomia.

> Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da verdade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo [...]. Entretanto, o princípio do discurso revela que todos têm um direito a maior medida possível de iguais liberdades de ação subjetiva (LEAL, 2018, p. 159).

Com o intuito de apresentar novos elementos para a teoria processual dos precedentes e verificar se o modelo trazido pelo Novo Código de Processo Civil é eficaz, a partir da processualidade democrática é que se recorreu à teoria neoinstitucionalista do Processo. Precursor de tal teoria, Rosemiro Pereira Leal, em sua obra "Teoria Geral do Processo: primeiros estudos", propõe que o processo deve ser institucionalmente constitucionalizado pelos fundamentos do contraditório, ampla defesa e isonomia.

> [...] uma teoria da constituição que preconiza uma coinstitucionalização formalizada de direitos e deveres pelo devido processo constitucionalizante em que qualquer do povo, como, desde sempre e indistintamente, legitimado ao processo, possa exercer, de modo irrestrito e incessante, o direito de fiscalidade procedimental do sistema jurídico coinstitucionalizado sem qualquer ônus. (LEAL, 2018, 142-143).

Doutrinadores renomados do campo do Direito fazem menção a essa teoria reconhecendo que o processo é uma garantia de direitos fundamentais, que, para ser legítimo, deve ser construído pelas partes por meio da argumentação, evitando com que a decisão seja mero produto da vontade dos julgadores. Nesse sentido, anotam-se as doutrinas de Dias (2005), Barracho (2008), Barros (2008).

Trabalha-se, neste momento, com uma teoria epistemologicamente demarcada pelo racionalismo crítico de Karl Popper (1993), em que o processo passa a ser analisado sob a égide constitucional, priorizando, portanto, a efetivação de direitos e garantias fundamentais já previstos no ordenamento jurídico. Tal racionalidade do ser humano é o que lhe capacita para, por meio de uma linguagem argumentativa, produzir discursos críticos que poderão garantir o contraditório, ampla defesa e isonomia em um processo judicial.

Assim, para um processo ser legítimo deve haver devida fundamentação, observação dos princípios do contraditório e ampla defesa, já que estes são os elementos que propiciam a construção de um devido processo legal no contexto pós Constituição Federal de 1988.

> No processo, as "razões de justificação (argumentos)" das partes, envolvendo as "razões de discussão (questões)", produzidas em contraditório, constituirão "base" para as "razões da decisão", e aí encontraremos a essência do dever de fundamentação, permitindo a geração de um pronunciamento decisório participado e democrático (DIAS, 2005, p. 153-154).

A devida presença dos princípios constitucionais, contudo, ainda não é suficiente para se garantir uma decisão judicial efetivamente justa. É nesse sentido que a teoria neoinstitucionalista dá voz aos cidadãos para que estes atuem como verdadeiros sujeitos ativos no momento da construção de um processo.

Propõe-se a sistematização de uma sociedade democrática pelo povo, visto como um conjunto total de legitimados ao processo, de modo que a participação dos cidadãos constitui pressuposto para a criação e viabilidade de um processo.

> Na teoria jurídica da democracia, o procedimento só é legítimo quando construído pela instituição (proposição) do devido processo coinstitucional e coinstitucionalizante que assegure a todos indistintamente uma estrutura espácio-temporal (devido processo legal e devido processo legislativo) na atuação (exercício), aquisição, fruição, correição e aplicação de direitos (LEAL, 2018, p. 60).

Acontece que a problemática se instaura na medida em que o Poder Judiciário é chamado para atender aos clamores sociais, o que gerou uma sobrecarga e superlotação deste Poder, em uma espécie de abarrotamento de processos. Nesse contexto, a fim de prezar pelos princípios da celeridade e segurança jurídica, recorreu-se à técnica tão utilizada nos sistemas common Law, conhecida como precedentes judiciais.

A partir daí, os julgadores poderão formar julgamentos uniformes os quais serão aplicados, de forma mecânica, a casos idênticos que lhes forem submetidos à apreciação. Tal concepção, no entanto, mitiga a participação do cidadão, colocando-o à mera condição de receptor do Direito imposto, não tendo participação direta no devido processo legal.

> [...] o judiciário brasileiro é mesmo chamado a ocupar o lugar de tutor (daí a tutela jurisdicional) de uma sociedade interditanda, ou de prestador de serviços judicantes a consumidores cidadãos (prestação jurisdicional) – o que reduz o cidadão à condição de mero destinatário normativo, exatamente em razão de sua suposta e irretorquível incapacidade de decidir sobre a sua própria vida e de resolver amigavelmete eventuais desavenças (posição de infantilização) (LEAL, 2012, p. 104)

Como exemplos de instrumentos, pode-se citar: A dispensabilidade da remessa necessária quando a decisão estiver fundada em sumula do Superior Tribunal de Justiça ou do Superior Tribunal Federal; ou em acórdão do Superior Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos; ou ainda em entendimento formado

em incidente de demandas repetitivas ou de assunção de competência; b) A uniformização da jurisprudência; c) O julgamento de casos repetitivos (o incidente de resolução de demandas repetitivas; e recurso especial e extraordinário que sejam repetitivos); d) A negação do provimento a recurso que contrarie sumula do Superior Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal prolator da decisão; ou que seja contrário a decisão tomada no incidente de resolução de demandas repetitivas, ou a acórdão do Superior Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça no julgamento de casos repetitivos; e) O reconhecimento publico de assunção de competência , e a vinculação dos órgãos fracionários a decisão tomada; f) O incidente de demandas repetitivas ; dentre outros.

5. CONCLUSÃO

De tal forma que o que se objetiva neste breve estudo é provocar uma reflexão quanto à necessidade de se debater a respeito desta questão do uso indiscriminado de "julgados" (decisões padrões) no julgamento de novos outros casos da forma como vem acontecendo no Brasil.

Que não rara às vezes são mencionados pelos nossos tribunais com a denominação "precedente". Pois como visto no decorrer deste estudo, não é a forma mais adequada, adotar tal denominação, pois não há qualquer semelhança na forma como os julgados brasileiros são formados e aplicados. Bem como não há qualquer tradição histórica e institucional na elaboração e aplicação dos precedentes no Brasil.

Por não haver no Brasil qualquer tradição na elaboração e aplicação de precedentes, tal como ocorre nos países de tradição de common law, em que esses são formados após longos debates, após analise detalhada dos casos, é que a adoção de tais mecanismos requer maior analise e cuidado. Para que isto não gere, e não se torne como já mencionado, uma solução de conflitos que vise tão somente eficiência quantitativa (alta profusão numérica de julgados), deixando-se de lado a eficiência qualitativa, onde as decisões devem ser adequadas e por conseguinte legitimas.

Tal fato trouxe efeitos positivos e negativos no direito brasileiro. Não se desconhece que os precedentes são hoje uma realidade que trouxeram várias vantagens na solução de conflitos buscando alternativas para o excesso de demandas ajuizadas perante os órgãos jurisdicionais. Contudo, além de confusões conceituais no momento da transposição da teoria dos precedentes para o ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se uma possível restrição ao próprio direito à jurisprudência ao reduzir o princípio constitucional do direito de ação.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

BARRACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p.131-148, 2008

DIAS, Ronaldo Brêtas C. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 147-161, 2º sem. 2005

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões:** no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira [et al.]. Súmulas vinculantes: sua ilegitimidade no Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.8, n.16, p.162-198, 2º sem 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Direito e legitimidade: uma reconstrução da tensão entre constitucionalismo e democracia nas tradições republicana e liberal do pensamento político moderno à luz da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas. **Revista da Faculdade Mineira de Direito,** Belo Horizonte, v.8, n.16, p.87-121, 2º sem. 2005.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica.** ed. 9. São Paulo: Cultrix, 1993