

A FORÇA VINCULANTE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS À LUZ DA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO DE JÜRGEN HABERMAS

ISLAUTTER DE OLIVEIRA MARQUES¹ & MARCELO HENRIQUE COUTO FRANÇA²

¹*Graduando em Direito, islautter@hotmail.com*

²*Professor do Curso de Direito, marcelo.couto@unifemm.edu.br*

Caderno Saberes, n. 6, 2020

RESUMO - O objetivo deste trabalho foi analisar, à luz da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas, a intitulada “força vinculante” que foi atribuída aos recursos extraordinário (RE) e especial (REsp) repetitivos por alguma parte da doutrina processualista (civil) desde a promulgação da Lei 13.105/2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil (CPC/15). Utilizou-se, para tanto, pesquisas bibliográficas referentes às obras de Jürgen Habermas para que, além de compreender as proposições da teoria discursiva do direito (TDD), fosse possível contextualizá-la no ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e do CPC/15. Verificou-se que a TDD encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro através do princípio constitucional democrático do devido processo legal que, desde 1988, atribuiu à seara processual uma nova roupagem com viés participativo e discursivo. Observou-se que o CPC/15, com o fito de resolver os problemas inerentes ao judiciário pátrio, impôs aos tribunais superiores, o dever de manter a jurisprudência íntegra, estável e coerente (art. 926) por meio dos provimentos judiciais elencados no artigo 927, denominados por alguma parte da doutrina como “precedentes obrigatórios”. Dentre os “precedentes”, estão o RE e o REsp repetitivos, cujas teses, segundo o mesmo posicionamento, são capazes de vincular as decisões dos Tribunais e Juízes singulares. Ao final, verificou-se que o tratamento despendido ao RE e REsp repetitivos, no sentido de vincular suas teses aos tribunais de segunda instância e juízes de piso, não subsiste, à luz da teoria discursiva do direito, tampouco dos ditames constitucionais de 1988.

Palavras-chave: Recurso Especial. Recurso Extraordinário. Teoria discursiva do direito.

INTRODUÇÃO

A Lei 13.105/2015 (BRASIL, 2015), que instituiu o Novo Código de Processo Civil, promoveu grandes mudanças na sistemática processual civil brasileira, reforçando a base principiológica, o contraditório, simplificando alguns procedimentos, etc., além, é claro, da chamada valorização do direito jurisprudencial. As mudanças, sem sombra de dúvidas, tiveram sua gênese nos grandes problemas que assolam o judiciário brasileiro, o maior deles, talvez, a superlotação e a (in) segurança jurídica provocada pelas inúmeras decisões contraditórias advindas de um mesmo órgão jurisdicional. O legislador, através dos artigos 926 e 927 do CPC/15, criou mecanismos para que os tribunais de segunda instância e juízes de piso, ao proferirem suas decisões, observem aquilo que vem sendo decidido pelos tribunais superiores (STF e STJ).

À vista disso, alguma parte da doutrina

explanou entendimento segundo o qual, as decisões do STF e STJ, a partir do CPC/15, pelo simples fato de serem emanações do entendimento dos referidos tribunais, devem ser obrigatoriamente observadas pelos tribunais e juízes inferiores. Em uma primeira análise, aplicar o referido entendimento poderia corresponder a uma forma de resolução gradativa dos problemas outrora mencionados, todavia, ao aplicar o filtro democrático fornecido pela teoria discursiva do direito e pela Constituição de 1988, a análise deve ser procedida com mais cautela.

A estruturação de técnicas de julgamento em larga escala (massificados) partindo-se de uma suposta homogeneidade de casos (idênticos), devido às contingências de um sistema com inúmeros problemas operacionais de aplicação e a busca de uma Justiça de números, não pode negligenciar a aplicação coerente dos direitos fundamentais dos cidadãos sob argumentos econômicos e

funcionais. (THEODORO JÚNIOR, et al., p. 274)

Jürgen Habermas, com as incursões teóricas procedidas na obra “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, trouxe grandes contribuições para o campo do conhecimento jurídico, sobretudo no que se refere ao debate democrático. No Estado Democrático de Direito, onde há garantia plena de autonomia privada¹ e autonomia pública², a legitimidade do direito será obtida quando, em seu processo de formação, todos os cidadãos (dotados, portanto, de autonomia pública e privada) tenham garantidas iguais possibilidades de participação (HABERMAS, 2012). A teoria discursiva do direito, portanto, está centrada na garantia de participação discursiva do cidadão no processo de formação do direito.

De igual modo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o ordenamento jurídico brasileiro iniciou um processo de valorização da participação discursiva no âmbito processual através do então positivado princípio do devido processo legal. A partir de então, o respeito ao devido processo legal e às garantias processuais dele decorrentes passaram a ser os pressupostos de legitimidade das decisões judiciais (SOARES; DIAS, 2011).

De fato, a CF/88, ao positivar o princípio do devido processo legal, garantiu ao jurisdicionado a possibilidade de participar discursivamente do processo de formação da decisão judicial, elevando tal garantia ao patamar de direitos fundamentais.

O CPC/15, atendendo ao primado constitucional, expressamente (art. 1º) corroborou a força normativa da Constituição e, demais a isso, promoveu importantes mudanças no regramento processual (civil) brasileiro.

Confirmando o movimento que há muito vinha sendo projetado na sistemática processual civil, o CPC/15, com intuito de resolver os problemas atinentes ao Judiciário brasileiro, atribuiu à jurisprudência, sobretudo do STF e STJ, um grau de valorização elevado, atribuindo a tais tribunais a função de nortear as decisões judiciais do Brasil.

Frente a tal cenário, alguma parte da doutrina iniciou um processo de supervalorização da jurisprudência do STF e STJ, principalmente no que se refere às teses emanadas do RE e Resp repetitivos que, segundo o posicionamento em questão, são suficientes para resolver inúmeros casos, entendidos como idênticos, sem demandar maiores dilações do procedimento judicial. Com tal entendimento, os Tribunais e Juízes não podem se furtar à aplicação da tese fixada pelos Tribunais Superiores.

Esse, portanto, foi o problema no qual o presente trabalho se debruçou, qual seja, analisar a força vinculante do RE e REsp repetitivos à luz da teoria discursiva do direito.

MATERIAL & MÉTODOS

Para a realização do presente trabalho, foi realizado um levantamento bibliográfico, inicialmente, da obra relativa ao marco teórico e, posteriormente, de obras que tiveram como objetivo analisar a teoria discursiva do direito.

Após o levantamento do marco teórico, buscou-se obras relacionadas à temática constitucional e processual civil. Para o campo constitucional, foram realizadas análises específicas da Constituição Federal e de obras que sincretizam a matéria constitucional com a material processual civil.

Para a análise da seara processual, buscou-se obras relativas à exposição dos motivos do CPC/15, bem como autores que fizeram as primeiras explanações o sobre o novo diploma.

Foi necessário, ainda, verificar como a valorização da jurisprudência tem repercutido na doutrina a fim de que, ao final, fosse possível confrontar o tratamento doutrinário como o marco teórico utilizado.

RESULTADOS & DISCUSSÃO

Com o desenvolvimento e crescimento social, as sociedades foram se tornando cada vez mais complexas e plurais e, em razão disso, os sistemas sociais então vigentes, religião e costumes, foram aos poucos perdendo sua legitimidade. Por tal fato, tais sistemas não eram mais capazes de resolver as querelas sociais, pois as soluções que deles advinha não encontrava a aceitação social necessária.

¹ V.g. de opinião, de crença, de associação, de reunião, etc.

² V.g. direito ao voto, direito de ser votado

Assim, o discurso, através do que Habermas intitulou “razão comunicativa”, se tornou o meio pelo qual os indivíduos chegariam a um consenso sobre determinado fato controverso. Com efeito, o discurso seria capaz de legitimar as decisões tomadas em uma discussão social (HABERMAS, 2012).

Mas como atribuir legitimidade às decisões tomadas no seio de uma discussão social? Segundo Habermas (2012, p. 142, grifos do autor), o discurso seria regido pelo chamado princípio “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”, dito de outra forma, uma decisão seria legítima na justa medida em que os possíveis atingidos por seu teor normativo pudessem ter a possibilidade de influir no processo de sua formação.

Desse modo, para que o princípio do discurso possa assumir sua forma jurídica, é preciso que sejam garantidas ao cidadão, a autonomia pública e privada.

O cerne da compreensão habermasiana constitui a concepção de co-originalidade entre autonomia pública e privada. Sem direitos fundamentais, que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haver como institucionalizar as condições sob as quais os indivíduos poderiam fazer uso de sua autonomia pública; mas sem o exercício de sua autonomia pública, os cidadãos não alcançariam uma real compreensão acerca de suas necessidades. (BUNCHAFT, 2009, p. 380-381)

Com tais premissas, Habermas transpõe o princípio D para o direito e apresenta o princípio da democracia, cuja prescrição aduz que a legitimidade do direito advém da possibilidade de que todos os cidadãos detenham iguais liberdades de participação no discurso de formação democrática do direito (HABERMAS, 2012).

Com a positivação constitucional do princípio do devido processo legal, o processo civil brasileiro, em termos democráticos, foi extremamente vitorioso. Isso, pois, não há que se falar mais em atuação isolada do magistrado, é dizer as partes podem e devem influir na construção do provimento judicial de forma ativa ou, nos dizeres de Soares e Dias (2011, p. 35) “a construção participativa da

decisão judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público e fundamentalmente das partes e dos advogados”.

Além de possibilitar a participação discursiva, o princípio do devido processo legal tornou-se, ainda, parâmetro de legitimidade das decisões judiciais, maculando aquelas que não primem por sua garantia.

Nesse contexto, a teoria discursiva do direito pôde ser balizada no ordenamento jurídico brasileiro através do princípio do devido processo legal, já que as garantias dele decorrentes subsomem-se às preposições da teoria habermasiana.

Prosseguindo com a pesquisa, foi necessário analisar as mudanças encetadas pelo CPC/15, dentre as quais, pôde-se verificar o reforço da base principiológica, da força normativa da constituição e, como dito, a valorização da jurisprudência do STF e STJ, aqui delimitada no RE e REsp repetitivos.

Em tempos de um judiciário caótico, o CPC/15 foi promulgado com o intuito basilar de resolver os grandes problemas que o assolam, especificamente o vultoso abarrotamento. No primeiro momento, para fins práticos e imediatos, a proposta parecia satisfatória.

O problema surge quando a análise é pautada pelo filtro fornecido pela Constituição, quando se percebe que a utilidade dos novos mecanismos processuais não pode ser alçada acima daquilo que foi construído ao longo da história brasileira.

De fato, os provimentos do artigo 927 podem ser úteis à resolução de algumas contendas de ordem institucional, todavia, quando se apregoa lições no sentido de que a tese editada pelo STF ou STJ tem aplicabilidade cogente pelo fato de ser produção dessas cortes, ocorre um total esvaziamento da garantia de participação discursiva do cidadão no seio do procedimento judicial.

Embora o novo Código tenha introduzido legislativamente o conceito de precedente entre nós, a autoridade do precedente obviamente dele não decorre. Na verdade, autoridade do precedente decorre do fato desse encarnar o significado que é adscrito ao

direito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Vale dizer: a autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta. (LEAL apud MITIDIERO, 2017, p. 306)

Assim, de nada adianta garantir um contraditório mais efetivo (art. 9º e 10 do CPC), estabelecer ao magistrado o dever de fundamentação das decisões (art. 489, § 1º do CPC), dar à parte a possibilidade de demonstrar a distinção entre o seu caso e aquele do qual se originou a tese (art. 1.037, § 9º).

Como se percebe, a utilidade está acima da Constituição. A constitucionalidade cede terreno para a funcionalidade. Os fins justificam os meios [...] Teremos um “sistema” de produção de teses abstratas e gerais – em uma imitação pandectista (ou sua vulgata) – que, embora inconstitucional porque inverterá a disposição dos poderes no tocante à legitimidade de produção do Direito, funcionalmente será aceita [...] (STRECK, 2018, p. 19)

A resolução dos problemas do judiciário é urgente, porém, a solução não pode ser encontrada à margem da constituição e sim dentro de seus moldes. Em termos racionais, não há como admitir que uma tese seja suficiente para julgar milhares de casos “idênticos”, em algum momento, haverá um que em razão das contingências fáticas será diferente dos demais e, portanto, demandará uma decisão diferente.

É preciso se ter em mente que, em termos jurídicos, uma decisão proferida com viés qualitativo, ou seja, apreciando todos os argumentos levantados pelas partes, afastando-os, acolhendo-os, utilizando os mecanismos fornecidos pelo CPC à ótica da Constituição, poderá apresentar muito mais eficácia do que aquelas proferidas em termos quantitativos, que na maioria das vezes não se atém às peculiaridades do caso concreto. (STRECK, 2018)

Não menos importante, é o fato de que pouco adianta grandes mudanças legislativas se o problema subjacente também não for solucionado, qual seja, o déficit de pessoal dos

órgãos judiciários, também responsável pelos índices de morosidade.

Garantir ao jurisdicionado a participação efetiva no processo, com poder de influir no provimento final que lhe será dirigido é, à luz da teoria discursiva do direito e do princípio do devido processo legal, dotar o procedimento judicial de legitimidade e cumprir o pacto democrático celebrado em 1988.

[...] sendo o processo uma questão de democracia, eu devo com ele poder participar da construção das decisões que me atingirão diretamente [...]. Somente assim é que farei frente a uma dupla exigência de legitimidade, a medição entre as autonomias pública e privada. Sou autor e destinatário de um provimento. Por isso é que tenho direito de participar efetivamente do processo. (STRECK, 2016, p. 150)

CONCLUSÕES

A partir de uma premissa habermesiana, segundo a qual a legitimidade do direito advém da possibilidade de que todos tenham iguais possibilidades de participação no seu processo de formação democrática e, a partir do primado constitucional do devido processo legal, do qual emanam diversas garantias para seio procedimento, as quais, eventualmente violadas, são capazes de eivar todo o tramitar processual de nulidade, verificou-se que a resolução dos problemas do Judiciário, tal qual apregoa uma parte da doutrina processualista civil, a partir de uma hipervalorização das decisões tomadas pelo STF e STJ no julgamento de recursos repetitivos, não é foi capaz de resistir.

Isso porque, o entendimento analisado (vinculação extrema das decisões do STF e STJ) remontaria a um completo afastamento do poder discursivo do jurisdicionado, cujo argumento não tem mais razão de ser em razão de uma tese que, geral e abstrata, é capaz de solucionar inúmeras demandas. Demais a isso, a aplicação sistemática de tal entendimento corresponderia, sem sombra de dúvidas, ao esvaziamento da função dos tribunais e juízes de piso, cuja função seria tão somente analisar o caso e aplicar a tese obrigatória, sem qualquer ato de interpretação.

Decerto, à luz da teoria discursiva do direito, a força vinculante do RE e REsp repetitivos não se mostra concebível no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 15 set. 2019

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março 2015**. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm <Acesso em: 16 set. 2019.

BUNCHAFT. Maria Eugênia. A filosofia política do reconhecimento. In SARMENTO, Daniel: **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 373-381.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume I, 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

LEAL. Rosemiro. Pereira. A questão do precedente e o devido processo. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 25. n. 98, p. 295-313, 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/116682>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

SOARES. Carlos Henrique. DIAS. Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Manual elementar de processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey. 2011. STRECK. Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. – Salvador: JusPodivm. 2018.

STRECK. Lenio Luiz. Uma análise hermenêutica dos avanços trazidos pelo novo CPC. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, 2016. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/39>>. Acesso em: 5 abr. 2019.