

Programa de Pós-graduação  
em Direito



70 ANOS  
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO

# Seminários de Pesquisa de Doutorado – 2º/2020

Linha de Pesquisa

O PROCESSO NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO



**CRISTIANO DA SILVA DURO** – PODERES DO JUÍZO E TÉCNICA PROCESSUAL: A Superação dos Precedentes

**EDUARDO AUGUSTO GONÇALVES DAHAS** – Teoria geral da conciliação

**TULIO MARCIO SANTOS DA TRINDADE** – SISTEMA JURÍDICO EM AUSTIN: ordenamento jurídico ou sistema jurídico

## PODERES DO JUÍZO E TÉCNICA PROCESSUAL:

### A Superação dos Precedentes<sup>1</sup>

O presente resumo expandido tem por objetivo apresentar ideias decorrentes das pesquisas de doutorado. Em uma primeira apresentação da pesquisa, cuidamos de traçar uma ideia sobre a República e a fiscalidade necessária exercida pelo povo. A compreensão do cenário que permite a construção de um sistema de precedentes foi necessária. Abusos cometidos causaram preocupações. A solução encontrada foi estabelecer padrões normativos, decorrentes de um órgão superior que, a um só tempo, representa o Estado, mas também limita seus poderes. A descrença e desconfiança na magistratura exige sua limitação interpretativa, não se pode permitir ao juiz – ou qualquer juiz – decidir em sentido diverso do padrão normativo estabelecido, sob pena de criar-se verdadeira insegurança jurídica, com graves reflexos sociais.

Enfrentou-se, então, o significado jurídico de vinculação, tomando emprestado o inferencialismo neopragmático de Robert Brandom, afastando da concepção de vinculação decorrente da mera autoridade do Tribunal formador, em caminho de uma vinculação argumentativo-metodológica, normatizando pragmaticamente os casos subsequentes análogos.

Tornou-se necessária a distinção entre observância obrigatória, decorrente do método adotado para formação do padrão decisório, e a vinculação, que é intrínseca à autoridade do argumento - e não ao argumento de autoridade - fazendo com que se estabeleça um jogo de proposições apto a permitir a fiscalidade da conclusão.

Em continuidade, na segunda apresentação sobre a pesquisa, torna-se importante adentrar ao neopragmatismo precedentalista<sup>2</sup>, com a problematização das hipóteses e formas de superação dos precedentes, testificando a hipótese do exercício do controle de vinculatividade argumentativa do precedente no caso concreto.

---

<sup>1</sup> CRISTIANO DURO. Doutorando em Direito (PUC Minas). Mestre em Direito Processual (PUC Minas). Especialista em Processo Civil (IDDE/IGC-Universidade de Coimbra). Professor de Direito Processual da Graduação e Pós-Graduação. Membro da ABDPro. Membro da Comissão de Processo Civil da OAB/MG. Advogado. cristianoduro@ludassociados.com

<sup>2</sup> O termo neopragmático utilizado faz referência ao neopragmatismo linguístico (inferencialismo), e não jurídico, sem qualquer relação com o pragmatismo jurídico norte-americano. O pragmatismo jurídico parte da escola teórica do realismo jurídico, de Roscoe Pound, Benjamim Cardozo e Oliver Holmes Jr., em sua concepção instrumental do Direito, para construir uma teoria da decisão. Esta teoria adota três pilares de sustentação. O primeiro refere-se ao contextualismo, de forma que toda e qualquer proposição deve ser julgada a partir de sua conformidade com as necessidades humanas e sociais. O consequencialismo, por sua vez, requer que toda e qualquer proposição seja testada por meio da antecipação de suas consequências e resultados possíveis. E, por fim, o anti-fundacionalismo consiste na rejeição de quaisquer espécies de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais e dogmas, entre outros tipos de fundações possíveis ao pensamento.

A importância do problema proposto – a aplicação do precedente e sua superação – é revelada pelas inúmeras posições em sentidos diametralmente opostos, após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, não encontrando a doutrina, até o presente momento, meio adequado de superação dos precedentes, o que acaba por concluir pelo risco de inconstitucionalidade dos precedentes ou, então, de completo engessamento do ordenamento jurídico.

Ao enfrentar o problema descrito, no âmbito dos precedentes, busca-se a compreensão do termo vinculação, a partir da crítica de prevalência do discurso de autoridade para construção de uma decisão democrática, adequada à hermenêutica constitucional. Em seguida, coloca-se em cena as propostas de superação apresentadas até então pela doutrina para, ao final, apresentar a proposta de controle de vinculação a ser feito na compreensão do precedente, para, ao final, buscar uma interpretação conforme a Constituição do art. 986 do CPC/2015, estabelecendo criticamente uma proposta hermenêutica da quebra de vinculação para superação de precedentes.

Programa de Pós Graduação em Direito - Doutorado em Direito  
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
Linha de Pesquisa: O processo na Construção do Estado Democrático de Direito  
Orientador: Vítor Salino de Moura Eça  
Discente: Eduardo Augusto Gonçalves Dahas  
Disciplina: Seminário de Doutorado II

## **TEORIA GERAL DA CONCILIAÇÃO**

A Conciliação não se trata apenas de uma fase processual, mas de um princípio intrínseco às relações jurídicas modernas e carrega, dentro de si, algumas faces que merecem ampla pesquisa, inclusive de forma interdisciplinar.

Sob a ótica meramente processual, pode ser vista como uma fase consensual breve dentro de um procedimento, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, do momento “pré-judicial” das partes.

Por vezes, o fenômeno conciliatório tem prevalecido em relação ao juízo decisório, influenciando e ampliando a aplicação do instituto em outros procedimentos, conhecidos como plataforma multiportas de solução de conflitos, os quais foram fortalecidos com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

O amplo privilégio deste instituto decorre da possibilidade de sua utilização em qualquer fase do conflito ou grau de jurisdição, posto que é possível às partes celebrarem acordo antes de instaurado o processo e mesmo após o seu ajuizamento, ainda que já tenha encerrado o juízo conciliatório ou mesmo a fase cognitiva, buscando a solução dos conflitos de uma forma mais célere e supostamente efetiva.

Por outro lado, também podemos levantar críticas quando contrastamos o instituto da conciliação como forma de solução do conflito em uma análise meramente econômica, em prol de uma precoce composição da lide mitigando a paridade entre os players e a ausência da solução real do conflito em si.

Em outras palavras, uma conciliação pode apresentar aspectos considerados como positivos, bem como aspectos que devem ser rigorosamente analisados e avaliados para composição justa de uma demanda levada ao judiciário, inclusive na perspectiva da psicanálise, da psicologia comportamental e do próprio Processo Constitucional Democrático.

Toda a discussão da conciliação, como não poderia deixar de ser, passa pelos aspectos psicológicos inerentes ao conflito e da “pré-judicialização”, quando na relação jurídica material em que temos em alguns momentos, inclusive, partes desiguais.

Portanto, faz-se necessário analisar como é realizada a conciliação no ordenamento jurídico brasileiro, seus aspectos objetivos e subjetivos, traçando seus “players”, tal como os diversos interesses na chamada “autocomposição” de conflitos.

Para tanto, a aplicação da Teoria dos Jogos e do Equilíbrio de Nash poderia ser um eixo norteador para aplicar de uma maneira mais objetiva e justa a conciliação em cada caso concreto e respeitando a essência da solução do conflito e os princípios norteadores do Processo Constitucional Democrático como marco teórico.

A Teoria dos Jogos é a ferramenta estratégica que estuda cenários onde existem vários interessados em otimizar os próprios ganhos, tal como ocorre nas demandas judiciais.

Neste aspecto, o resultado denominado como ganho ou perda depende necessariamente da movimentação dos dois concorrentes (Autor e Réu), tornando a tomada de decisão muito mais complexa.

Portanto, é necessário saber efetivamente os ganhos ou perdas de cada combinação e identificar quais são os incentivos mais atraentes para seu adversário, sabendo que ele está imaginando quais são os seus ganhos para também tomar uma decisão, razão pela qual a psicologia e as demais formas de interpretação da conduta e do comportamento humano são fundamentais para uma justa composição.

A pesquisa, ainda em desenvolvimento, já visitou os principais aspectos das formas consensuais de solução de conflitos, assim como a teoria dos jogos, merecendo ainda maior aprofundamento na teoria do conflito e a influência da psicologia comportamental, o que será objeto de apresentação no seminário.

Assim, ao analisar todo o conjunto da pesquisa, e o que ainda se pretende produzir, poderemos avaliar com maior propriedade a pergunta central da proposta: A conciliação é uma forma justa e efetiva para solução das demandas ou apenas mais um mecanismo de flexibilização dos Direitos? Como a Teoria dos Jogos e do Equilíbrio de Nash pode auxiliar a correta tomada de decisão? Como a Psicologia Comportamental tem papel fundamental para a tomada desta decisão de forma justa? A conciliação e a mediação antes da apresentação da contestação violam a paridade entre players e conseqüentemente o devido processo constitucional?

Referências Preliminares:

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Novo Código de Processo Civil e Processo Constitucional. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro, Belo Horizonte, n. 91, 2015. p. 225-240.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Processo constitucional e Estado Democrático de Direito. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CALMON, Petrônio, Fundamentos da mediação e da conciliação. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

DANIELS, Harry. Mediation: an expansion of the socio-cultural gaze. History of the Human Sciences, 2015, v. 28, n. 2, p. 34-50.

DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. Revista LTr. São Paulo, v. 66, n. 6

KOVACH, Kimberlee K. Mediation: Principles and Practice. 3. ed. St. Paul: Thomson West, 2004

ROBALO, S. M. M. O Mediador de Conflito: Ser e Saber - A Formação e a Transformação do Profissional Face ao Conflito. 2006. Dissertação (Mestrado em Psicologia Legal) - Instituto Superior de Psicologia Aplicada-ISPA, Lisboa, Portugal.

SIX, J. F. Dinâmica de La mediación. Barcelona: Paidós, 1997.

SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação de conflitos: da teoria à prática / Fabiana Marion Spengler. 2. Ed. rev. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017a.

TARTUCE - Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis / Fernanda Tartuce. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2008.

TARTUCE, Fernanda. Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar? In: Salles, Carlos Alberto de; Lorencini, Marco; Alves da Silva, Paulo Eduardo. (Org.). Negociação, Mediação e Arbitragem - Curso para Programas de Graduação em Direito. São Paulo, Rio de Janeiro: Método, Forense, 2012, v. 1, p. 145-177

WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGRASTA NETO, Caetano (Coords.) Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Ed. Atlas, 2007

VIANA, Marcio Tulio. Os paradoxos da conciliação: quando a ilusão da igualdade formal esconde mais uma vez a desigualdade real. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, v.45, n.75, p.185-198, jan/jun. 2007

**Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas**

**Programa de Pós-graduação em Direito – PPGD - Doutorado**

**Linha: O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito**

**Seminários de Pesquisa II**

**Doutorando: Túlio Márcio Santos da Trindade**

**Tese: Limites Normativos da Ampla Defesa como Pressupostos Isonômicos do Contraditório numa Concepção Democrática Contemporânea**

**Marco teórico: Teoria Neoinstitucionalista do Processo**

**Desenvolvimento da tese: tema relativo ao Capítulo II (Ordenamento Jurídico e Sistema Jurídico)**

**Tema: SISTEMA JURÍDICO EM AUSTIN: ordenamento jurídico ou sistema jurídico**

Popper propõe a via da discussão crítico-problematizante como meio para se eleger uma dentre várias teorias concorrentes e como modo de sustentação de um sistema pela testificação teórica continuada. A linguagem teórico-processual proposta pela teoria neoinstitucionalista do processo oferece ao direito democrático a possibilidade de inclusão das ideias de vida, liberdade e dignidade como concepção de vida humana pela abertura ao contraditório, ampla defesa e isonomia, franqueando-se ao homem debater processualmente os entraves e erros relativos à fruição de seus direitos fundamentais a partir de uma teoria do sistema.

John Austin constrói sua teoria de um sistema jurídico, em *The Province of Jurisprudence Determined*, através das ideias de hábito e obediência pessoal, definindo a lei como comando geral de um soberano dirigido a seus súditos. A soberania é elemento de identidade do sistema, pois o soberano não é dotado do hábito de obediência aos indivíduos, mas é obedecido com habitualidade pela maioria, identificando-se a sociedade desse modo, na visão do autor, como política e independente.

A soberania, em Austin, como enumera Joseph Raz, é dotada de quatro atributos: o fato de ser *não subordinada*, pois o poder legislativo não pode ser outorgado nem revogado por uma lei; *ilimitável*, porque o poder legislativo soberano não pode estar sujeito a deveres legais no exercício de sua função; *única*, eis que em cada sistema jurídico só há um poder

legislativo não subordinado e ilimitável; e *indivisível*, já que somente uma pessoa ou um corpo de pessoas titulariza esse poder. Austin considera, ainda, que somente os comandos gerais, que obriguem atos ou omissões de uma classe, podem ser leis, distinguindo-se dos outros atos de vontade pelo poder e intenção daquele que comanda de infligir dano ou sofrimento caso sua vontade seja desrespeitada.

As leis, em Austin, existem necessariamente em sistemas, como partes de grupos de leis. O sistema existe se suas leis existem. Para tanto, extraem-se de sua teoria os seguintes critérios para a existência de um sistema jurídico: a) que seu legislador supremo seja habitualmente obedecido, derivando daí a eficácia das leis do sistema; b) que seu legislador supremo não obedeça habitualmente a ninguém; c) que seu legislador supremo seja superior aos súditos em cada lei no que se relacione à sua sanção; d) que todas as leis do sistema sejam criadas de fato por uma única pessoa ou grupo de pessoas. O critério de existência do sistema, para Austin, funda-se exclusivamente no critério da eficácia, o qual é correlato à superioridade e independência do legislador soberano.

A teoria neoinstitucionalista do processo torna possível a distinção entre Ordenamento Jurídico, que advém do mito do poder constituinte originário pelo legislador racional, indutivo e realista (no sentido de Austin), e Sistema Jurídico, conjecturado a partir do Devido Processo como instituição voltada ao devir redutor de incertezas danosas à existência digna, compreendendo-se dignidade como direito de autoilustração sobre os fundamentos do próprio sistema processualmente instituído. Sistema, em Austin nada mais é que Ordenamento Jurídico no qual os hábitos coercitivos se tornam “ordens jurídicas” pela legiferação, não afetando o soberano que não acolhe a legislação para restringir a si mesmo.

Uma teoria do sistema, em Austin, centrada na soberania do legislador ou de um corpo legislativo não possui aderência às proposições de um direito democrático como ofertadas pela teoria neoinstitucionalista porque não possibilitaria uma prática democrática pelo contraditório a partir do processo como teoria da lei instituinte do sistema, aproximando-se mais das convicções autocráticas de constitucionalidade pela vontade suprema e solipsista do líder político, cujo poder não se funda no direito porque não conferido pela lei, mas pelos fatos sociais e o hábito de obediência deles decorrente.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. da 1ª ed. br. coord. e rev. Alfredo Bossi. Rev. trad. Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence**. Introduction by H. L. A. Hart. London: Hackett Publishing, 1998.

FORTES, Luiz Henrique Krassuski Fortes; PUGLIESE, William Soares. The province of jurisprudence determined, de John Austin. In: **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, v. 62 (2), mai.-ago., 2017, p. 295-301.

JOLIVET, Régis. **Curso de filosofia**. Trad. Eduardo Prado de Mendonça. 20. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes, 2013 (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz).

LEAL, Rosemiro Pereira. O juiz hercúleo e a letalidade do estado dogmático. In: *Delictae*, v. 2 (3), jul.-dez., 2017, p. 115-135.

LEAL, Rosemiro. **Processo como teoria da lei democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LOSANO, Mário G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. Trad. Marcela Varejão. Rev. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Justiça e direito).

POPPER, Karl R. **Conhecimento objetivo**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

POPPER, Karl R. **Conjecturas e refutações**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1972 (Coleção Pensamento Científico; 1).

POPPER, Karl. R. **O racionalismo crítico na política**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. Trad. Maria Cecília Almeida. Rev. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012 (Biblioteca jurídica WMF).