

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

ROBISON TRAMONTINA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Ilton Norberto Robl Filho, Robison Tramontina – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-205-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias da Justiça. 3. Teorias da Decisão. 4. Teorias da Argumentação Jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Entre os dias 06 a 09 de Julho de 2016, ocorreu em Brasília, o XXV Encontro Nacional do CONPEDI. Entre os diversos Grupos de Trabalhos (GT), tivemos a oportunidade e a satisfação de coordenar o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I. As Teorias da Justiça e da Argumentação Jurídica encontram lugar de destaque tanto nos campos da filosofia como na prática e no pensamento jurídicos. Desse modo, os debates desenvolvidos nesse campo temático permitem uma rica construção interdisciplinar e a partir de diversas perspectivas sobre a estruturação do Estado, da sociedade civil e do conjunto de direitos. Não escapam ainda do debate das Teorias da Justiça e da Argumentação Jurídica o processo de construção das normas jurídicas e a sua aplicação no seio das sociedades complexas.

As apresentações e os debates, na ocasião, foram de altíssimo nível e instigantes.

Os artigos que constituem esta obra passaram por avaliação prévia (double-blind review), foram apresentados e discutidos no GT supracitado. São textos de alta qualidade redigidos por pesquisadores que se encontram em estágios diferentes de suas respectivas investigações. Expressam, cada um a sua maneira e no interior do seu campo investigativo, a evolução recente da pesquisa jurídica no Brasil.

Para assegurar unidade temática e organicidade à obra, os trabalhos foram organizados em três blocos temáticos, a saber: a) Teorias da Justiça, b) Teorias da argumentação Jurídica e c) Teoria da Decisão Judicial.

Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho (UPF)

Prof. Dr. Robison Tramontina (UNOESC)

**SISTEMA DE PRECEDENTES E ÉTICA DE RESPONSABILIDADE – O
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O
INTERLOCUTOR VIRTUAL**

**JUDICIAL PRECEDENTS AND RESPONSIBLE COMMUNICATIVE ETHICS-
ANCILLARY PROCEEDING TO SOLVE REPETITIVE CLAIMS AND THE
VIRTUAL INTERLOCUTOR**

Renê Morais Da Costa Braga ¹

Resumo

O novo código de processo civil, continuou uma tendência legislativa de valorização dos precedentes judiciais e trouxe como importante inovação, o incidente de resolução de demandas repetitivas, que pode fixar teses jurídicas de observação obrigatória para todos os casos pendentes de julgamento e futuros. Essa verticalização da jurisdição é resposta aos altos índices de congestionamento do Poder Judiciário. O presente trabalho questiona se o mecanismo é o mais adequado e se este pode ser aprimorado sob o viés da teoria da democracia deliberativa e da ética de responsabilidade. Também objetiva-se discutir a obrigação de argumentar com interlocutores virtuais.

Palavras-chave: Precedentes, Incidente de resolução de demandas repetitivas, Democracia deliberativa, Ética de responsabilidade, Novo institucionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

The new code of civil procedure continued a legislative tendency that gives prominence to precedents and introduced an important innovation, the ancillary proceedings to solve repetitive claims, which allows the set of mandatory precedents for all claims, waiting for trial and for future cases. This concentration of jurisdiction is a response to high levels of congestion in Brazilian Judiciary. This paper aims to question if the proceeding is the most appropriate and if it can be improved through a reflection about deliberative democracy and responsible communicative ethics. It also intends to argue about the obligation to argument with virtual interlocutors.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precedents, Ancillary proceeding to solve repetitive claims, Deliberative democracy, New institutionalism

¹ Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

1 Introdução

A Lei 13.105 de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil (CPC/2015), trouxe grande agitação no cenário jurídico e diversas discussões sobre seus novos institutos.

O novo Código de Processo Civil se apresenta como uma renovação legislativa que tem como objetivo central a garantia de efetividade dos direitos. Nessa busca por efetividade, o CPC/2015 propõe, em sua exposição de motivos, a superação do “processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais”. (BRASIL, 2010)

Mesmo que seja inegável a necessidade de alterações na justiça Brasileira para fazer frente à crise determinada pelas altas taxas de congestionamento¹ e que afeta sua legitimidade, muitas foram as críticas que surgiram aos mecanismos escolhidos para tanto.

O presente artigo propõe a análise, especialmente, do Capítulo VIII, do Título I, do Livro III do CPC/2015 que versa sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas, compreendendo os artigos 976 a 987.

A inovação se insere dentro de uma sequência de alterações legislativas que, cada vez mais, atribuem força vinculante aos precedentes judiciais, seguindo a tendência já verificada com a Emenda Constitucional número 45/2004 que inseriu o artigo 103-A na Constituição da República Federativa do Brasil e criou o instituto da súmula vinculante.

Nesse sentido, apesar de a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas não ser exatamente uma surpresa, o procedimento merece atenção pois terá grande aplicabilidade quando comparado com a súmula vinculante, uma vez que não fica restrito ao Supremo Tribunal Federal.

A adoção desse procedimento para combater os índices de congestionamento de processos no Poder Judiciário brasileiro demonstra que a estratégia escolhida foi a verticalização das decisões, assim como recomendava o Documento Técnico 319 do Banco Mundial, que foi elaborado para indicar elementos para reforma do setor judiciário na América Latina. (BANCO MUNDIAL, 1996)

O Documento Técnico 319 elenca recomendações para realização de reformas no Poder Judiciário adequando-o aos interesses do mercado, assumindo a posição de facilitador das atividades do setor privado, veja-se.

¹ Ver “Justiça em números” do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>>, acesso em 21.12.2015.

Os países da América Latina e Caribe passam por um período de grandes mudanças e ajustes. Estas recentes mudanças tem causado um repensar do papel do estado. Observa-se uma maior confiança no mercado e no setor privado, com o estado atuando como um importante facilitador e regulador das atividades de desenvolvimento do setor privado. Todavia, as instituições públicas na região tem se apresentado pouco eficientes em responder a estas mudanças. (Banco Mundial, 1999, p. 7)

A proposta do Banco Mundial é, portanto, reduzir a atuação do Poder Judiciário à pacificação social (garantidor de previsibilidade para o mercado), de preferência com respostas rápidas e minimalistas.

Nesses termos, a proposta do Banco Mundial indica que a postura do Poder Judiciário mais adequada a seus interesses é aquela típica do modelo neoliberal, na medida em que este deve limitar sua atuação e deixar o protagonismo social para o setor privado.

No entanto, se faz necessária uma advertência. A afirmação de que o banco mundial recomenda a adoção do modelo de verticalização das decisões judiciais e, no mesmo documento, propõe a adoção de um modelo neoliberal de Poder Judiciário não implica, necessariamente, na conclusão de que o modelo de verticalização das decisões judiciais é neoliberal.

Apesar de este não ser o ponto de análise do presente trabalho, é o ponto inicial de investigação sobre a valorização do sistema de precedentes e do *stare decisis*. Essa proposta é adequada ao Estado Democrático de Direito e ao projeto de sociedade inscrito na Constituição da República Federativa do Brasil?

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, a taxa de congestionamento (que representa o percentual de processos que não foram baixados durante o ano) do Poder Judiciário no ano de 2014 atingiu o assustador número de 71,4% (BRASIL, 2015).

Não se nega o fato de que as taxas de congestionamento de processos no Judiciário são, de fato, um problema grave e que contribuem para a diminuição da legitimidade do Poder Judiciário. No entanto, as reformas para combater este quadro devem ser, antes de tudo, qualitativas.

A mal falada “crise do judiciário”, em sua leitura feita pelos instrumentalistas do processo e constitucionalistas nacionais, deixa transparecer na realidade outro problema: uma crise de legitimidade das decisões proferidas pelo Judiciário brasileiro, quer por submisso aos interesses funcionais do Mercado ou do Poder Administrativo, quer por

ainda apegado a uma leitura paradigmática de Estado incompatível (a nosso ver) com a atual. Na realidade, estamos no meio do turbilhão apontando uma ruptura que é iminente; enquanto isso, nossos juristas viram as costas ou se limitam a apresentar propostas paliativas- como súmulas vinculantes, repercussões gerais/transcendências e demais efeitos vinculantes – procurando por meio de *força* e uma pseudo autoridade (já que carente de legitimação) fixar e (re)afirmar uma “segurança jurídica” equivocada. (FERNANDES; PEDRON, 2008)

Nesses termos, o presente trabalho parte do questionamento sobre o modelo de resolução de demandas repetitivas, perquirindo se este represente, de fato, uma alteração capaz de fazer frente à situação denunciada nos dados do CNJ, citados acima.

2 O incidente de resolução de demandas repetitivas e o modelo de precedentes

Conforme exposto acima, não há como negar o alto grau de congestionamento dos tribunais brasileiros e os efeitos nefastos dessa condição para a celeridade processual e, por via de consequência, para a efetividade dos direitos.

Partindo deste inegável diagnóstico, a solução adotada pelas últimas reformas legislativas foi o que o Fórum Permanente de Processualistas Civis denominou de “microsistema de solução de casos repetitivos”² (NUNES, 2015). Dentro desse microsistema, a inovação que mais merece destaque é a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Mesmo que o propósito do presente trabalho não seja analisar o incidente de resolução de demandas repetitivas sob o viés da ciência processual se faz necessário tangenciar alguns rudimentos sobre o incidente para uma melhor qualidade da discussão.

Sobre o cabimento do citado incidente, dispõe o caput e incisos do artigo 976 do CPC/2015:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:
I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

No que tange aos efeitos do Incidente, dispõe o artigo 985 do CPC/2015:

² Enunciado n.º 345 do FPPC: O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente. (Grupo: Precedentes)

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - **aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal**, salvo revisão na forma do art. 986.

Da leitura dos artigos, é possível inferir que o incidente surge para a criação de precedentes de observação obrigatória dentro da jurisdição do tribunal que o julgar. Nas palavras de Elpídio Donizetti:

Esse procedimento será admitido quando for identificada controvérsia com potencial de ocasionar a multiplicação de causas fundadas na mesma questão de direito, circunstância que pode provocar insegurança jurídica e ofensa à isonomia, frente à possibilidade de coexistirem decisões conflitantes.

O incidente apresenta-se como método de solução de demandas múltiplas (macrolides), em que se parte de um caso concreto entre contendores individuais, cujo debate permite visualizar uma pretensão apta a repetir-se. É, assim, mais uma medida para minimizar os efeitos decorrentes do excessivo número de processos em trâmite no Judiciário brasileiro e viabilizar um tratamento igualitário aos jurisdicionados. (DONIZETTI, 2014)

É de se notar, portanto, que os efeitos do incidente de resolução de demandas repetitivas se perpetuam para além do conjunto de processos pendentes de julgamento ainda no primeiro grau de jurisdição e fixam tese jurídica que **deverá** (ressaltando não se tratar de uma faculdade do juízo, mas sim uma obrigação) ser aplicada a casos futuros.

Chama a atenção, o inciso II do artigo 985, transcrito acima. Além de a criação de um precedente com força vinculante ter se tornado possível para todos os tribunais, este só poderá ser revisto através de procedimento de revisão, conforme previsto no artigo 986, que dispõe:

Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

A despeito de críticas à técnica legislativa, com remissões em sequência, o artigo 986 determina que a tese jurídica firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas só

poderá ser revista de ofício pelo tribunal ou a pedido do Ministério Público ou Defensoria Pública, por petição.

Assim, fica clara a intenção de garantir estabilidade às decisões judiciais, mesmo que de maneira mais preocupada com a forma das decisões do que com sua justiça. O viés restritivo do acesso à justiça também pode ser verificado na restrição dos legitimados para a revisão das teses jurídicas, mencionado acima.

A exposição de motivos do anteprojeto já anunciava esse objetivo através de uma leitura equivocada da realidade, veja-se:

Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência.

(...)

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria idéia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário. (BRASIL, 2010)

O incidente, nos moldes como posto empolga, no mínimo, uma nova leitura dos dispositivos constitucionais, como já defende Elpídio Donizetti:

No Brasil, o art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, comprova a existência do sistema legal adotado ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Do referido dispositivo advém o princípio da legalidade, que, além de proteger o indivíduo em face do Estado, legitimando somente as imposições que respeitem as leis previamente estabelecidas no ordenamento, também serve como de instrumento norteador da atividade jurisdicional.

Agora, em razão da adoção do sistema do *stare decisis*, há que se repensar a compreensão do termo “lei”, empregado na Constituição de 1988. Se até recentemente “lei” significava apenas as espécies legislativas, agora, em razão da força obrigatória dos precedentes, há que se contemplar também o precedente judicial, mormente aquele que,

em razão do *status* da Corte que o firmou, tem cogência prevista no próprio ordenamento jurídico. (DONIZETTI, 2014)

Aceitando a premissa de que o modelo de precedentes proposto pelo CPC/2015 é constitucional, essa digressão deve ser vista, pelo menos, como um alerta sobre a profundidade da alteração trazida.

Necessária, portanto, uma análise das origens do instituto para melhor compreender os aspectos da transformação sofrida pelo ordenamento brasileiro.

O sistema do *Common Law* é caracterizado por grande deferência ao direito consuetudinário e, justamente por isso, é o berço do sistema de precedentes. Nos ensina Elpídio Donizetti:

O sistema do *Common law*, também conhecido como sistema anglo-saxão, distingue-se do *Civil law* especialmente em razão das fontes do Direito. Como dito, no *Civil law* o ordenamento consubstancia-se principalmente em leis, abrangendo os atos normativos em geral, como decretos, resoluções, medidas provisórias etc. No sistema anglo-saxão os juízes e tribunais se espelham principalmente nos costumes e, com base no direito consuetudinário, julgam o caso concreto, cuja decisão, por sua vez, poderá constituir-se em precedente para julgamento de casos futuros. Esse respeito ao passado é inerente à teoria declaratória do Direito e é dela que se extrai a ideia de precedente judicial. (DONIZETTI, 2014)

Desse excerto, é possível aferir que num sistema de *Common Law* nem toda decisão se torna um precedente. Um caso só é alçado à condição de precedente após ter sido encerrado e amplamente discutido até que seja absorvido pela tradição jurídica. A força do precedente surge, portanto, não do caso em si, mas da tradição.

Diferentemente do esperado, quando da implementação do incidente de resolução de demandas repetitivas, os precedentes não surgirão da decantação de teses jurídicas assentadas pela adoção reiterada. No modelo brasileiro os precedentes surgirão com data e hora marcadas para serem elaborados e, já de início, com força normativa vinculante.

Por via de consequência, necessário observar que os precedentes brasileiros, nos moldes do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, tirarão sua força vinculante dos fundamentos expostos pelos julgadores e não da discussão levada a cabo por toda a comunidade jurídica até que se eleja um julgado passado como precedente.

Ao decidir um incidente dessa natureza, e na medida em que a tese jurídica fixada através do incidente surge com pretensão de estabilidade fortíssima, o julgador deve ter

consciência de que a decisão vinculará uma coletividade até mesmo não identificável, já que o precedente surge com pretensão de vincular casos futuros.

Ressalte-se que a pretensão de estabilidade do precedente é até mesmo superior que a estabilidade legislativa, já que as leis podem ser revogadas, em alguns casos, através de Projeto de Lei com iniciativa popular. No caso da tese jurídica fixada através do julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas os únicos legitimados a requerer a revisão da teses, conforme exposto acima, são o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Por todo o exposto, inafastável a conclusão de que essa estrutura impõe um ônus argumentativo tremendo para a solução do processo originário (caso a partir do qual o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas será julgado).

A análise desse ônus argumentativo é o objeto das próximas linhas e perpassa, necessariamente, uma discussão sobre o entendimento da função do Judiciário dentro de um Estado Democrático de Direito.

3 O papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito e a Ética de Responsabilidade

Uma crise de legitimidade do Poder Judiciário é denunciada por diversos autores³. Tão variados quanto as denúncias da crise do Judiciário são os diagnósticos das causas que levam a essa situação.

Roberto Gargarella (2012), fala sobre o que chama de “modelo de organização dominante” na América e, para tanto, faz uma reconstrução histórica da democracia como um modelo pautado pela desconfiança da maioria.

Retoma então sociedade inserida no paradigma da modernidade em que as decisões eram tomadas com base numa razão solipsista exercida por poucos bem nascidos, o que acabava por cancelar injustiças contra diversas minorias. O autor cita como exemplo dessa construção a escravidão.

Diz o autor que só o judiciário era apto a controlar esses desmandos da maioria e que justamente por isso a “separação estrita” dos poderes, defendida na revolução francesa, não se disseminou na América que adotou um sistema de “freios e contrapesos” em que a ambição controla a ambição, ou seja, em que os poderes se relacionam e se fiscalizam.

³ Ver FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo; Pedron, Flávio Quinaud; O Poder Judiciário e(m) Crise. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1. 306p., e VASCONCELOS, Antônio Gomes de; O sistema Núcleo Intersindical de Conciliação Trabalhista: Do fato social ao instituto jurídico: uma transição neoparadigmática do modelo de organização do trabalho e da administração da justiça. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014. v. 2.

Nesse contexto, se torna compreensível como se concebeu a independência judicial, o modo de nomeação dos juízes e as funções dos tribunais. A nomeação de juízes se dava entre os poucos cidadãos que tinham o conhecimento das leis necessário para tomar as decisões adequadas, principalmente para conter os desmandos da maioria. Daí a concepção de que o Poder Judiciário teria de exercer função contra majoritária.

Assim, para compreender a função do Poder Judiciário é preciso ter uma série de compreensões sobre democracia, direitos, imparcialidade, capacidade intelectual do povo e capacidades dos grupos para atuar e decidir em conjunto.

Feita essa construção, se faz necessário questionar se esses pressupostos se mantêm válidos. Resposta negativa leva a conclusão de que a organização do Poder Judiciário, tal como se apresenta, seria anacrônica e insustentável. Isso porque soa muito antidemocrático defender que, nos dias de hoje, apenas poucos possuem a capacidade para decidir sobre direitos aplicáveis a todo o povo.

E é daí que parece surgir o erro de diagnóstico da exposição de motivos do CPC/2015, na medida em que a crise de legitimidade do Poder Judiciário é atribuída a uma suposta ausência de previsibilidade da atividade jurisdicional.

Parece mais acertado o diagnóstico de que o Judiciário passa por uma crise de legitimidade por estar organizado dentro de uma concepção de que apenas os juízes seriam dotados de capacidade intelectual para apontar quais são as decisões adequadas (*iura novit curia*) e, portanto, os únicos que detém autoridade para tanto. A crise de legitimidade do judiciário adviria, portanto, da ausência de diálogo com outros atores sociais.

Em sentido contrário, e dentro de uma perspectiva de democracia deliberativa⁴, as decisões públicas pressupõe um amplo processo de discussão coletiva e a intervenção de todos os possíveis afetados pela decisão.

Não há razões para eximir desse pressuposto as decisões judiciais. Pelo contrário, é justamente pelo quadro de crise de legitimidade do Poder Judiciário que se faz necessária uma construção participativa da atividade jurisdicional.

Conforme já delineado, as questões acerca da legitimidade das decisões judiciais, as questões acerca da legitimidade das decisões judiciais, hoje, mais do que nunca, deslocam-se do virtuosismo ético-político do juiz para a garantia da decisão participada, que considera a argumentação dos diferentes afetados, pois há muito (como afirmamos, na esteira de Cattoni de Oliveira e de Habermas) a questão da legitimidade das

⁴ Ver GUTMANN, Amy. THOMPSON, Dennis: *Why Deliberative Democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004.

decisões deixou de ser um problema que se reduz à pessoa do juiz, que (como também, aqui debatido) no marco teórico instrumentalista deveria buscar a justiça através da identidade cultural e da carga de valores sociais e políticos da nação. (FERNANDES; PEDRON, 2008)

Não obstante, essa não tem sido a tônica do Novo Código de Processo Civil e, retornando ao objeto do presente trabalho, não parece ser a proposta do incidente de resolução de demandas repetitivas. Dispõe o artigo 984 do CPC/2015:

Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem:
I - o relator fará a exposição do objeto do incidente;
II - poderão sustentar suas razões, sucessivamente:
a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos;
b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência.
§ 1º Considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado.
§ 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

Note-se, portanto, que apesar do julgamento do incidente objetivar a criação de um precedente com força normativa que vinculará todos os casos pendentes de julgamento e que vierem a ser propostos, a construção da decisão se dá, em regra, com a participação apenas das partes do processo originário e do Ministério Público.

Apesar da louvável previsão de que os “demais interessados” possam expor suas razões (conforme art. 984, II, “b”) e da previsão do artigo 927, §2º⁵, as hipóteses de participação na construção da atividade jurisdicional são insuficientes para o exercício da função de Poder Judiciário nos moldes como propõe a teoria da democracia deliberativa.

Resposta mais adequada deveria considerar as questões propostas pela teoria do discurso e da ética de responsabilidade como descrita por Adela Cortina (CORTINA, 1985), com forte inspiração Habermasiana (HABERMAS, 1997), segundo a qual os processos de tomada de decisão devem sempre se dar através do diálogo, considerando todos os destinatários/afetados pela ação, que se tornam, também, responsáveis pelas consequências das conclusões atingidas.

⁵ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
(...)

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Analisando as propostas de Habermas e de Apel, Adela Cortina propõe o reconhecimento pessoal como chave ética e descreve que, para uma adequada ética de responsabilidade, é necessário dialogar com **interlocutores virtuais**, ou seja, considerar e defender, em sério, argumento defensável por qualquer que possa, mesmo que potencialmente, ser afetado pela decisão.

Todos los hombres, como seres dotados de competencia comunicativa, son interlocutores virtuales de cualquier argumentación em la que se decida algo que pueda afectarles. Quien excluya del proceso argumentativo los argumentos – efectivos o virtuales – de cualquiera de los afectados por la decisión que em él se tome, está rechazando la lógica de la argumentación, igual que el científico pierceano podía abjurar de la lógica de la ciencia si rechazaba la participación de algún colega. (CORTINA, 1985)

Assim, um modelo de atividade jurisdicional adequado à democracia deliberativa pressupõe, inclusive, a consideração de interesses alheios àqueles expostos nos limites do processo.

4 O interlocutor virtual e a qualidade da decisão

A princípio, a proposta de impor aos julgadores a obrigação de considerar razões alheias àquelas postas nos limites do processo soa estranho, principalmente em função da tradição jurídica dominante no Brasil.

Não é surpresa encontrar manuais que repetem que a jurisdição deve ser exercida sempre nos limites do processo (*quod non est in actis non est in mundo*). No entanto, este é um resqúcio teórico que não mais se coaduna com a organização da jurisdição como posta na Carta Política de 1988.

Isso fica ainda mais claro quando se atenta para o fato de que as decisões cunhadas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas espalharão seus efeitos para muito além das fronteiras do processo, o que faz com que o atividade jurisdicional tenha que considerar interesses e argumentos que extrapolam aqueles expostos nos autos.

Conforme exposto acima, o incidente de resolução de demandas repetitivas só é cabível nos casos em que se identificar controvérsia jurídica capaz de afetar várias pessoas.

Assumindo que o processo é a construção dialógica de uma conclusão (precedente) e o incidente de resolução das demandas repetitivas propõe a aplicação dessa conclusão para

interlocutores que não participaram da construção da decisão, é legítimo que se imponha ao julgador o ônus de se colocar no lugar de um interlocutor virtual e analisar os interesses desse.

Cabe questionar como, e em quais situações, se desenvolveria esse ônus de argumentar com o interlocutor virtual.

É certo que um maior ônus argumentativo impõe mais tempo para a formulação do precedente, no entanto, defende-se que a qualidade das decisões, principalmente quando essas são construídas de maneira dialógica e participativa, importa em uma estabilidade, até mesmo política, muito maior.

Mesmo que seja de difícil comprovação, não é absurdo considerar que o ambiente de maior estabilidade política e de maior identificação dos jurisdicionados nos entendimentos das cortes faça com que os índices de litigiosidade caiam.

Ademais, foi o modelo atual de atividade jurisdicional solipsista, no qual juízes, desembargadores e ministros atuam como verdadeiras ilhas de autoridade, negando a participação dos afetados na construção da decisão, que deu azo ao contexto de congestionamento e crise de legitimidade do Judiciário citado acima. É natural, portanto, que se busque alternativas a esse sistema.

A mudança é necessária. As alterações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, no entanto apontam para uma radicalização dos preceitos já aplicados, como indica o Incidente de resolução de demandas repetitivas.

Nesse escopo, surge a proposta da construção dialógica da decisão. Procedimento que contribuiria para essa construção participativa é a consideração do interlocutor virtual na tomada de decisões.

Considerando as grandes dificuldades para o *overruling* (superação) do precedente, muito em função do estreito rol de legitimados para propor a revisão, o diálogo com o interlocutor virtual, ou seja, a consideração de quaisquer argumentos que poderiam ser levantados por terceiros potencialmente afetados pela decisão, surgiria para o julgador, para que este fixe, além da *ratio decidendi* do precedente, os principais pontos contrários a essa *ratio*.

Ora, se há a lide e se há a controvérsia jurídica, necessariamente há interesses contrapostos. Também não é absurdo imaginar que serão sempre vários os argumentos capazes de defender cada uma desses interesses.

Em outros termos, caberia ao relator enumerar as principais teses jurídicas vencidas pela *ratio decidendi* e as razões pelas quais essas teses foram vencidas, desincumbindo-se do

ônus previsto no artigo 489, §1º, IV e dialogando com os interlocutores virtuais, além de possibilitar um diálogo constante com a sociedade.

É possível imaginar, ainda, a criação da figura de um segundo relator. Ou seja, um relator estaria incumbido da delimitação da *ratio decidendi* e um segundo relator estaria encarregado de elaborar relatório apontando todas as questões *obiter dictum*, bem como os principais argumentos que, em tese, poderiam infirmar as conclusões da tese jurídica fixada.

A utilidade desse procedimento fica clara quando se atenta para o fato de que o processo deliberativo é, necessariamente, dinâmico. A sociedade não pode se engessar e se fechar para possíveis alterações de entendimento futuras. Nem mesmo a constituição, decisão política tomada num momento especificamente idealizado para vincular as condutas futuras, ignora a necessidade de abertura para reformas.

Assim, impor a obrigação de considerar em sério os argumentos dos interlocutores virtuais, sistematiza-los e (porque não), até mesmo defende-los é a mais clara filiação a um processo deliberativo dinâmico e democrático.

5 A influência das instituições na atuação dos juízes

Não há dúvida de que a proposta ora defendida pode trazer estranheza, principalmente por ser mais um ônus ao judiciário. No entanto, se uma reforma efetiva que vise a desconstrução da estrutura imposta é desejável, se faz necessária uma alteração nas práticas cotidianas.

Portanto, se desejarmos sair (nos livrar) da “praga” de repetirmos eternamente a experiência de dominação que nos é e sempre foi imposta, poderíamos observar os ensinamentos de Michel Foucault. O mesmo afirma que não é definitivamente mediante grandes revoluções que romperemos com estas práticas seculares de dominação, pois as grandes revoluções tendem a repetir os mesmos paradoxos, no sentido de que vamos mudar os atores mas as estruturas de dominação irão continuar mantidas (vide: revolução francesa e revolução russa). Se quisermos realmente mudar alguma coisa (inclusive o “acesso à Justiça” e a “perspectiva de modelo constitucional do processo”), devemos optar por um processo lento, doloroso, difícil (extremamente difícil), mas, sem dúvida, através do cotidiano pequeno (das pequenas coisas) e pequenas práticas. (FERNANDES; PEDRON, 2008)

A alteração pode parecer singela, até mesmo despicienda, apesar disso é inegável que as estruturas institucionais interferem no modo com o qual os juízes e desembargadores exercem a jurisdição.

O debate entre o novo institucionalismo e os atitudinalistas (CLAYTON; GILLMAN, 2015) já não mais nega a interferência tanto das concepções individuais dos juízes quanto da estrutura institucional em que eles estão inscritos.

A discussão, atualmente, se foca na intensidade com que cada um desses vetores contribui para a formação da decisão.

Partindo de uma perspectiva do novo institucionalismo, o comportamento humano pode ser entendido como um produto da interação entre as características individuais e o contexto da ação. Partindo dessa premissa, é possível demonstrar como as características institucionais influenciam nas ações individuais (BAUM, 2015).

Lawrence Baum (2015), ao analisar o papel do recrutamento dos *Justices* da Suprema Corte americana, defende ser de fundamental importância compreender as estruturas institucionais e a história institucional para compreender a dinâmica dos tribunais.

Isso porque as pessoas tendem a buscar situações e cargos compatíveis com seus próprios objetivos, histórias pessoais, aptidões e crenças. No mesmo sentido vão Howard Gillman e Cornell Clayton:

Individuals who are associated with particular institutions often come to believe that their position imposes upon them an obligation to act in accordance with particular expectations and responsibilities. In other words, institutions not only structure one's ability to act on a set of beliefs; they are also a source of distinctive political purposes, goals, and preferences. (CLAYTON; GILMAN, 2015)

Assumindo essa premissa como verdadeira, alterações institucionais que impõe aos juízes e desembargadores maiores ônus argumentativos, bem como a obrigação de construção de uma decisão aberta e dialógica (considerando até mesmo os interlocutores virtuais) a tendência é a de que os tribunais passem a atrair pessoas filiadas a uma crença de um judiciário que utiliza sua posição institucional privilegiada para a construção de decisões democráticas.

A alteração procedimental pode não alterar, de pronto, os juízes ou desembargadores, ainda assim, ao alterar características institucionais o próprio perfil das pessoas que buscam essas funções é alterado.

6 Conclusões

Segundo Boaventura de Sousa Santos, o mundo atravessa um período de transição paradigmática na qual é preciso buscar um novo rumo que passará a orientar a construção do conhecimento, um paradigma emergente (SANTOS, 2009).

Na construção desse paradigma é necessário desconfiar e duvidar de tudo que parece assentado e imanente. É preciso duvidar, quase como fez Descartes que fundamentou sua única certeza na dúvida.

O presente artigo objetivou, portanto, incutir dúvida, mesmo que brevemente, sobre o modo como se exercerá a jurisdição nos incidentes de resolução de demandas repetitivas.

Se por um lado não se pretende negar a possibilidade de que este instituto traga ganhos para a celeridade processual e para a segurança jurídica, por outro se propõe que o incidente seja regulamentado de forma a possibilitar o exercício da jurisdição de forma dialógica e democrática, refinando seu procedimento para impor aos julgadores a obrigação de dialogar com a coletividade ao formular teses jurídicas de grande repercussão.

Para tanto, se faz necessário instrumentalizar a obrigação de considerar, e até mesmo defender, os argumentos do interlocutor virtual no processo de tomada de decisões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANCO MUNDIAL. Documento Técnico 319 – *O setor judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para reforma*. Washington:1996

BAUM, Laurence. Recruitment and the Motivations of Supreme Court Justices In: CLAYTON, Cornell; GILLMAN, Howard (Org.) *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil : anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010. p. 381

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*, 2015.

CLAYTON, Cornell; GILLMAN, Howard (Org.) *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2015.

CORTINA, Adela. *Razon comunicativa y responsabilidad solidária*. Salamanca: Ediciones Sígueme S.A., 1985.

DONIZETTI, Elpídio. *A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>> com acesso em 21/12/2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo; Pedron, Flávio Quinaud; *O Poder Judiciário e(m) Crise*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1. 306p

GARGARELLA, Roberto. La teoría democrática em la organización y gobierno del poder judicial. In LUQUE, Luis Aguiar de (dir.) *El Gobierno del poder judicial. Uma perspectiva comparada*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Mº de la Presidencia, 2012.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

NUNES, Dierle. *CPC Referenciado - Lei 13.105/2015* / Dierle Nunes, Natanael Lud Santos e Silva. 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015. 288 p.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; *O sistema Núcleo Intersindical de Conciliação Trabalhista: Do fato social ao instituto jurídico: uma transição neoparadigmática do modelo de organização do trabalho e da administração da justiça*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014. v. 2.