

**A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA RAZÃO INSTRUMENTAL NA  
FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES DE GRANDE IMPACTO SOCIAL: UM  
PRESSUPOSTO DE RACIONALIDADE, ESTABILIDADE E PRINCIPALMENTE DE  
DEMOCRACIA.**

**Renan Gouveia Furtado<sup>1</sup>**

## **INTRODUÇÃO**

Um sistema de precedentes busca acima de tudo conferir uma racionalidade ao sistema jurídico, diante disto, sob a ótica da razão crítica de Jürgen Habermas, busca-se demonstrar como um debate amplo e democrático nos Tribunais, onde todos os interessados possam ter acesso ao mesmo, e mais: a capacidade de influenciar no resultado.

Um debate racional, democrático e amplo na criação de um precedente de grande impacto social cria precedentes mais sólidos, mais democráticos e sobretudo mais estáveis. Para tanto, é necessário que haja acesso ao debate, e o meio consagrado pelo sistema processual pátrio é o *amicus curiae*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Precedentes – Razão Crítica – Razão Instrumental – Constitucionalização do Processo – Acesso à Justiça – Participação popular – Hermenêutica – Teorias do discurso.

## **DESENVOLVIMENTO**

O ponto principal desta pesquisa está na crítica feita por Jürgen Habermas (2011, p. 80) à racionalidade de Max Weber, também chamada de “racionalidade técnico-científica ou instrumental”.

---

<sup>1</sup> Aluno Especial do Mestrado em Direito Processual Civil e Constituição da Universidade Federal do Espírito Santo, Pós-Graduando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Pós-Graduando em Direito do Consumidor pela Damásio Educacional, Pós-Graduado em Direito Administrativo pela Universidade Anhuera-Uniderp, Bacharel em Direito pela FDV – Faculdades Integradas de Vitória, Advogado inscrito na OAB/ES sob o nº 21.123 (licenciado), Estagiário de Pós-Graduação do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Indaga-se qual seria a utilidade desta crítica dentro de um nascedouro sistema de precedentes no Brasil. A questão é mais profunda, ela reside no atual momento político-social experimentado por nossa nação. Referimo-nos aqui a evidente crise de representatividade do poder legislativo, e o atual protagonismo do poder judiciário. Tal cenário foi observado pelo Professor Hermes Zaneti Jr. (2014, p. 108), que o chama de “Re-politização do Direito”:

“Trata-se da quarta dimensão dos direitos fundamentais. A dimensão da participação na formulação das decisões políticas, em senso amplo.”

Diante desse papel fundamental que exerce o poder judiciário no atual momento histórico, a crítica à racionalidade instrumental é muito pertinente, isto porque corremos o risco de cair na mesma “vala” do poder legislativo atual, cada vez mais distante das demandas e consequentemente da democracia. Assim observa com maestria Zaneti Jr. (2014, p. 130):

Após o debate sobre a desejabilidade da democracia e suas condições estruturais, passou-se à afirmação de sua possibilidade e à busca pela “*demodiversidade*”, ou seja, *a democracia pluralista que admite várias instâncias de formação e deliberação com a “recuperação das tradições participativas”*. [...] “*a expansão global de democracia liberal coincidiu com uma grave crise desta nos países centrais onde mais se tinha consolidado, uma crise que ficou conhecida com a dupla patologia: a patologia da representação, o fato de os cidadãos se considerarem cada vez menos representados por aqueles que elegeram.*”

O interesse individualista, travestido em um sistema aparentemente racional cria em nós essa sensação de não representatividade pelos nossos eleitos. O sistema como é concebido atualmente, trabalha somente para a manutenção do seu *status quo*. Habermas (2011, p. 79) nos diz que:

No que se refere, pois a sua utilização apologética, a “racionalidade” deixa de representar um parâmetro para a crítica e é reduzida a um mero corretivo *no interior* do sistema; a única coisa que se pode ainda dizer em seu nome, quando muito, é que a sociedade apresenta-se “mal-programada”.

Hoje o poder judiciário se mostra como um caminho extremamente viável à voz das ruas e minorias, eis que em um sistema de precedentes o poder judiciário cria normas em caráter

concreto e geral. Ora, se o poder judiciário cria normas, e a ele tem acesso o cidadão interessado, nada mais certo do que promovermos uma discussão aberta, eclética, lógica e racional. É nesse espaço que ocorrerão os debates fundados em uma racionalidade crítica.

Percebemos então que, a ferramenta que se encontra disponível ao cidadão é o *amicus curiae*, e diante da constitucionalização do processo, da superação da racionalidade instrumental e a evolução para uma racionalidade crítica, necessitará de uma maior fomentação e estímulo por parte dos órgãos competentes. Como bem observa Cássio Scarpinella Bueno (2012, 108):

Quem precisa de contraditório não é a regra impugnada em si mesma considerada. É o seu destinatário – sociedade civil ou Estado -, que por intermédio de alguém (*o amicus*), consegue *dialogar* com o prolator da decisão, forte nos efeitos e nas consequências que qualquer decisão a ser proferida pelos tribunais terá para a sociedade civil.

Desta forma, o *amicus curiae* é uma forma de a sociedade influenciar diretamente na produção das normas que irão lhe afetar. Possibilitar, o debate racional e crítico não é de uma liberalidade dos órgãos julgadores, e sim de uma obrigação dos Tribunais.

## CONCLUSÃO

Observa-se então que, é necessário que os Tribunais na solução destas demandas de alto relevo social, abram as portas aos jurisdicionados (HÄBERLE, 1997, p. 24). Para tanto, a ferramenta adequada é a intervenção do *amicus curiae*. O referido instituto processual ganha notável importância no Código de Processo Civil de 2015, em razão da vinculação aos precedentes positivada nos arts. 926 e 927, além de ganhar um artigo específico para a sua regulamentação (art. 138).

É necessária uma pluralidade de formas de comunicação, na qual haja paridade de armas, e que dentro de um debate racional chegue-se a uma conclusão democrática no seu sentido mais profundo, sobre o tema leciona Hermes Zaneti Jr (2014, p. 157):

[...] o equilíbrio só se torna possível em um quadro institucional que constringe à “disponibilidade para a cooperação”, marcada por “regras do jogo” previamente delimitadas e objetivando resultados não conceituais, na medida em que podem ser aceitos pelos participantes por razões diferentes.

Para tanto, é necessário observar uma “pluralidade de formas de comunicação”, e não só a autocompreensão ética, o equilíbrio de interesse e compromissos, a relação entre os meios e fins, justificada moral e juridicamente em um discurso coerente. Esses meios precisam ser institucionalizados de forma a garantir o espaço deliberativo. É justamente aí que aparece o terceiro modelo sugerido por Habermas: “o terceiro modelo de democracia, que eu gostaria de defender, apoia-se precisamente nas condições de comunicação sob as quais o processo político pode ter a seu favor a presunção de gerar resultados racionais, porque nele o modo e o estilo da política deliberativa realizam-se em toda sua amplitude.

Todavia há muitos desafios de toda a sorte a serem enfrentados, que vão desde o acesso à justiça até a falta de interesse do próprio destinatário da decisão. Sendo assim, a médio prazo a atuação mais incisiva de instituições como o Ministério Público, Defensoria Pública e demais entidades de classe na fomentação do debate será determinante para a formação de um sistema de precedentes democrático e estável.

Somente um sistema racional e crítico poderá conferir a legitimidade a um sistema de precedentes. Uma vez que, é uma conclusão lógica de que uma decisão tomada após um amplo debate racional, onde todos estão em o que Habermas, citado por Thomas Bustamante (2012, p. 147), chama de “situação ideal de fala”, onde haja regras aplicadas de forma isonômica a todos os debatedores e onde haja a produção de argumentos cogentes e convincentes, haverá então a produção de um precedente muito mais sólido, estável e democrático. Hermes Zaneti Jr (2014, 158), observa bem que:

Trata-se de uma cultura institucional capaz de, independentemente do consenso, fornecer um ato final, um ato decisório, do qual as partes interessadas tenham tido a possibilidade de participar na formação, influenciando e debatendo efetivamente todos os tópicos relevantes do *thema in decidendum* (auxiliando inclusive na identificação correta dos “problemas” apresentados à solução), tudo em contraditório, no máximo grau possível de igualdade com a autoridade decisória.

Mudando nossa cultura não teremos mais a previsibilidade weberiana (MARINONI, 2014, p. 32-36), aquela que atua em benefício somente em benefício das estruturas de poder dominantes, mas uma previsibilidade democrática, isonômica e que de fato proporcione a tão almejada igualdade.

## **REFERÊNCIAS**

**BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 23 out. 2015.

**BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*: um terceiro enigmático, 3ª ed. rev., atual., São Paulo: Saraiva, 2012.**

**BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial*: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais, 1ª ed., Noeses: São Paulo, 2012.**

**HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.**

**HABERMAS: Jürgen. *Técnica e ciência como “ideologia”*, Tradução de Felipe Gonçalves Silva. São Paulo: Editora Unesp, 2011.**

**MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: Justificativa do novo CPC. 1ª Ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2014.**

**ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do Processo*: O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2ª ed. rev., ampl. e alt., São Paulo: Atlas, 2014.**