

10

A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NOS TEMPOS DO PROCESSO ELETRÔNICO

Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes

1. INTRODUÇÃO

A construção coeva do processo judicial como expressão do Estado democrático de direito, que se realiza a duras penas, tem como pilar a exposição dos motivos que qualificam a decisão judicial, levando em conta que esta, como exercício de poder, encontra os seus limites não apenas na norma vigente e nos precedentes judiciais, mas também na correção da justificação da escolha dos argumentos privilegiados pelo juiz.

Com efeito, o poder de aplicação do direito, como corolário da autoridade concedida ao juiz, cidadão esse que faz parte de um corpo perene inserido na burocracia estatal, tem por consequência a perturbação da vida de outros integrantes da sociedade e, por conseguinte, só pode ser exercido de forma legítima, em uma democracia, caso a audiência tenha a faculdade de sindicarem se a competência outorgada ao Judiciário está a ser exercida dentro do perímetro que separa a ação válida da conduta arbitrária. A concretização desse controle, por sua vez, está diretamente ligado à transparência das decisões judiciais – *accountability* –, que apenas será possível por meio da apresentação pelo juiz dos motivos de fato e de direito que lastreiam o comando judicial.

AMAGIS JURÍDICA — ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS | BELO HORIZONTE | ANO II | N. 4 | JUL./DEZ. 2010

Sendo uma conquista tão cara à sociedade democrática, a motivação passa a ser erigida como princípio constitucional,¹ como se nota pela disposição do artigo 93, IX, da Constituição brasileira, ainda que remanesça a divergência, pulverizada em uma miríade de teorias a respeito da justificação judicial, sobre a amplitude da atuação do juiz e as condições que sustentam a validade de seu pronunciamento decisório.

Em verdade, mesmo que houvesse consenso sobre a efetividade do comando judicial – tomando mão do conceito de *enforcement* como *pièce de résistance* –, ainda haveria de se buscar o reconhecimento de sua validade e a legitimidade de sua autoridade no contexto do justo processo de direito (*due process of law*). Mas, em um último esforço, se tal fosse alcançado, com o estabelecimento do controle da atividade jurisdicional por meio da observância do contraditório, da publicidade e, com relevância, da necessidade da motivação das decisões – *answerability* –, continuaria a subsistir a discussão sobre as fronteiras da justificação e, portanto, os limites do poder concedido ao juiz.

Pois bem, embora o procedimento eletrônico, *per se*, não provoque a ruptura da base dialógica do processo judicial, como instrumento democrático, sendo, a princípio, mero instrumento de adequação tecnológica da liturgia processual, permanecem as dúvidas acerca da possibilidade de o meio eletrônico, com a conseqüente velocidade da transmissão de dados, oralidade e massificação da prestação jurisdicional, atuar como fator de influência da argumentação jurídica e, por conseqüência, da motivação das decisões judiciais.

O ensaio que se segue, para a melhor condução, é iniciado com a digressão a respeito de algumas formas – não só afetas à teoria da argumentação jurídica – que tem por escopo perquirir sobre os critérios de validade da motivação das decisões judiciais, bem como os limites eventualmente alterados pelo processo eletrônico, como força ambiental. Em seguida, serão enfocados os próprios limites do meio eletrônico e da sociedade de massa como fatores relevantes para uma teoria de justificação judicial. Por fim, especular-se-á se a forma como o Estado, por meio de sua estrutura judicial, está res-

¹ Cf. Brüggemann, citado por Barbosa Moreira (2004, p. 107), o estado de direito se caracteriza justamente como “Estado que se justifica” (*rechtfertigender Staat*).

pondendo à rápida transformação tecnológica está a contribuir para a crise ética na sociedade.

2. OS LIMITES DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS PROVOCADOS PELO PROCESSO ELETRÔNICO

A decisão judicial, pela abordagem de O. FISS (2007), deve ser analisada em um contexto amplo, servindo para dar significado aos nossos valores públicos, o que exige a atividade constante do juiz, não apenas na definição dos argumentos apresentados pelos participantes do processo, mas também – e, talvez, principalmente – na condução do processo judicial, como processo democrático, permitindo a participação dos sujeitos no diálogo processual, bem como afastando os entraves que ameaçam os valores civilizatórios em jogo, inclusive com a utilização do seu poder geral de cautela.

Tal competência é exclusiva e em muito se difere da mera resolução de conflitos, esta que poderia ser alcançada, e deveria ser buscada, por meio de formas alternativas de composição² ou pela atuação mais efetiva do Estado, através de suas agências reguladoras e dos seus canais de resolução de conflitos, máxime observando as vertentes administrativas, tributárias e previdenciárias, sendo suficiente, por vezes, a mera abstenção da atuação do Estado, por meio de seus órgãos de (re)apresentação, como litigante compulsivo.

Faz-se mister observar, na esteira do mesmo FISS (2007), que a legitimidade da decisão judicial em um sistema político democrático, baseado, em última instância, no consentimento do povo, não depende do assentimento particular deste, pois o consentimento popular se dirige ao sistema e não a uma instituição em especial, mas está, sim, assentado na competência do Judiciário em contribuir para a melhoria da qualidade da vida social e em conferir aos valores públicos seu significado adequado.

Por outro ângulo, mesmo que circunscrita à ação decisória legítima do juiz, levando em conta que *motivar implica exprimir, de*

² *Vg:* RAC para os estadunidenses e métodos extrajudiciais de soluções de controvérsias – MESCS no âmbito local.

*maneira ordenada e clara, razões juridicamente válidas, aptas para justificar a decisão,*³ há que se definir o que pode ser considerado como razão juridicamente válida, da mesma forma que é necessário perquirir, *in casu*, se o processo eletrônico, com sua expressão multimídia, pode alterar substancialmente a exposição dessas razões.

Sem embargo, é possível justificar a decisão judicial por meio de diferentes abordagens. Pode-se, por exemplo, discorrer sobre o *principle of integrity of adjudication* preconizado por Ronald Dworkin, com a observância de um conjunto coerente de princípios fundamentais de uma comunidade política que devem ser ponderados na dimensão dos valores, afastando a mera aplicação das regras, que permanecem no patamar da dimensão de validade (tudo ou nada: “*all*”), pois as regras jurídicas deveriam ser observadas como aplicações dos princípios, na linha de autores do quilate de Canotilho, Bonavides e Eros Grau.

Em contrapartida, levando em conta que o silogismo aristotélico esbarra na imprecisão da linguagem do direito e na possibilidade de conflitos entre normas, na linha de Karl Lorenz, sendo igualmente impossível os juízes observarem, sem o perigo de cometimento de atrocidades, o método exegético clássico da interpretação literal, o caminho da argumentação jurídica igualmente surge como norte interessante para a motivação da decisão judicial.

Nessa toada, conforme ALEXY (2001), não sendo possível uma única resposta para o caso complexo (*Hard Case*), entre as várias opções deve a escolha ser pautada pelo critério de correção do discurso e, por consequência, pelas regras pragmáticas de argumentação, como a ponderação. Assim, caberia ao juiz, ao decidir, ponderar os interesses das partes expressos em argumentos, devendo ser levada em conta a construção discursiva (racional), voltada para o agir humano (prático), para se obter o resultado correto (ou mais aceitável).

Não obstante, partindo do pressuposto de que o direito válido é racional, a racionalidade do discurso jurídico estaria limitada pela lei, pelo precedente jurídico e pela norma, inclusive, processual. Assim, exatamente quanto a este último ponto, há que se analisar a amplitude dos instrumentos eletrônicos de transmissão de dados e manifesta-

³ Cf. artigo 19 do Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial.

ções, filmagem de audiências, atos executivos *on line*, digitalização de documentos, que permanecem à disposição dos interessados sem restrição de tempo ou espaço, em conjunto com uma miríade de procedimentos e a influência desses meios na motivação da decisão judicial.

É claro que não se está a adotar a concepção instrumental restritiva do processo, qualificando-o como pouco mais do que uma concatenação de atos que busca amparar a efetividade do direito substancial, mas é lícito inferir que na construção dialógica levada a cabo no decorrer de um processo judicial, a linguagem utilizada pode persuadir o juiz na exposição dos seus argumentos, sendo, portanto, relevante para a motivação da decisão judicial.

Por sua vez, levando em conta a formulação habermasiana, embora o critério de ponderação seja afastado, ao argumento de que tal destruiria a estrutura deontica (juízos de dever/obrigação) dos direitos, é dada ênfase à construção do critério da Universalidade como orientador da correção discursiva, aproximando-se da linha esposada por Alexy.

Portanto, a argumentação jurídica poderia igualmente ser caracterizada por seu relacionamento com a norma válida, inclusive processual, e com o precedente judicial, o que a diferenciaria da argumentação prática geral, devendo a *ratio decidendi* do precedente, que é elemento essencial da motivação da decisão judicial, ser observada em face do princípio da universalidade, pois tem o condão de limitar o alcance do que é discursivamente possível. Tal assertiva acabaria por ser ressaltada pelo princípio da inércia, trazido por PERELMAN⁴ (1999), por meio do qual é ressaltada a força da opinião jurídica anterior como critério orientador da decisão judicial, que só poderia ser modificada com superior justificação, não perdendo de vista que a argumentação jurídica não prescinde da norma ou da decisão judicial anterior como ponto de partida.

Em relação ao princípio da universalidade, por sua vez, especular-se-ia se o discurso jurídico, como modalidade do discurso prático, teria preocupações com a correção de suas afirmações, cuja veracidade dependeria do consenso bem fundamentado, baseado no melhor

⁴ Estudioso da lógica de Gottlob Frege.

argumento definido em um processo dialógico, que, no nosso caso, poderia ser identificado, de forma limitada, com a apresentação das teses jurídicas no contexto do processo judicial, que devem estar expressas como delineadoras das razões que amparam o comando judicial.

Nesse diapasão, faz-se mister observar que para existir consenso sobre a aplicação da norma jurídica deveria haver a identificação de uma necessidade comum em relação aos participantes do discurso. E a busca dessa necessidade, quando os argumentos apresentados são díspares, é tarefa delicada a ser realizada sob orientação do juiz, independente da linguagem, escrita ou oral, ou do meio, mecânico ou eletrônico, utilizados.

Por ângulo diverso, caso avançássemos pelo pragmatismo norte-americano, inicialmente seguindo uma linha mais tradicional, deveríamos trazer à memória as lições de CARDOZO (2004), que asseverava que os juízes, quando instados a dizer até que ponto seria necessário ampliar ou restringir as normas deveriam deixar que o bem-estar da sociedade determinasse o caminho, a direção e a distância disso. Para tanto, porém, no sistema do *stare decisis*, cada caso deveria ser tomado como uma nova experiência, sendo necessária a verificação diuturna pelos juízes, *nesses grandes laboratórios de Direito que são os tribunais de justiça*, tanto da norma quanto dos princípios que a geram, sendo lícito o seu reexame judicial se o resultado produzido decorrente de sua aplicação parecesse injusto. Aliás, o mote “a vida do Direito não tem sido lógica; tem sido experiência” é atribuído a Oliver Holmes, ícone do pragmatismo estadunidense.

Em uma vertente mais recente, que se avizinha da atacada Análise Econômica do Direito, Richard Posner, professor da Faculdade de Direito de Yale, que foi nomeado, juntamente com outros seus colegas, juiz federal pelo conservador presidente Ronald Reagan, ajudou a desenvolver uma teoria pragmática também assentada no *stare decisis*, ativista, empírica, cética, antidogmática, antimetafísica e realista.

Assim, a decisão judicial, na esteira do pragmatismo de POSNER (2009), seria um ato criativo, voltado para o futuro, sempre buscando a eficiência e levando em conta as consequências das decisões judiciais, que devem ser constantemente testadas para a correção de seus erros (consequencialismo), com vistas à maximização do resultado (rique-

za), devendo o juiz adaptar a norma ao contexto social e político cotejado com os interesses veiculados no caso concreto (*background*).

Por consequência, a vertente em testilha, que entende o processo como instrumento de efetividade do direito substancial, tem no processo eletrônico mais do que um mecanismo procedimental, pois o desenvolvimento tecnológico seria uma consequência lógica da necessidade de se encontrar instrumentos eficientes para possibilitar a maximização da riqueza.

A rigor, nesse diapasão, a decisão judicial poderia ser justificada pragmaticamente por meio do teste de suas consequências, ou, ainda, descambar a observação para a Análise Econômica do Direito, que busca uma racionalidade instrumental extrema, bitolando a atividade decisória dos juízes à escolha dos meios mais eficientes para o incremento da riqueza, embora por vezes se esqueça, como afirma FISS (2007), que o dever do juiz não é servir ao Mercado, mas, sim, determinar se este deve prevalecer.

Por fim, levando em conta a teoria dos sistemas sociais capitaneada por Niklas Luhmann, por meio da qual a Sociedade deve ser reconhecida como um sistema ambientalmente aberto, mas operacionalmente fechado, o sistema parcial do Direito é percebido em seu fechamento autopoiético, o que lhe dá autonomia operacional relativa, pois em tal situação só poderiam participar da reprodução do sistema aqueles elementos que são produzidos pelo próprio sistema (clausura operacional). Em decorrência, o sistema jurídico deveria definir o que pode ser considerado *output*, dentro do modelo binário *input/output* (estímulo/resposta), como prestação jurisdicional, para, só então, ser transferido a outros sistemas no meio.

De todo modo, o Direito deveria ser reconhecido como um sistema normativamente fechado e cognitivamente aberto. Com efeito, o Direito seria um sistema fechado em relação à função de decidir a respeito da licitude ou ilicitude (*Recht/Unrecht*) do caso em discussão, mas que permitiria uma abertura cognitiva para as ocorrências aleatórias do ambiente geral. Portanto, as proposições que orientam as decisões mudariam em decorrência da pressão da adaptação situacional.

Assim, seguindo a teoria dos sistemas, o juiz deveria ter em conta, ao decidir, as consequências derivadas de uma interpretação deter-

minada da lei, máxime quando o Direito passa a se converter em um meio para obter benefícios contra o interesse estatal secundário e, por consequência, forma de interferência na ação política, que deve ser adequadamente motivada.

Luhmann, como é sabido, foi influenciado pelos estudos de Maturana e Varela, sendo que esses autores descrevem que o conhecimento, fruto da mente e da consciência gerados pelo intenso acoplamento linguístico, obrigou o ser humano a assumir uma atitude de permanente vigília contra a tentação da certeza, reconhecendo que nossas certezas não são provas da verdade, pois é necessário o respeito ao ponto de vista do Outro, caso com ele desejemos conviver, uma vez que o nosso ponto de vista é o resultado de um acoplamento estrutural social no domínio experiencial, tão válido quanto o do Outro. Para tanto, necessária é a linguagem como instrumento para a convivência, que dá origem ao humano. Por consequência, toda ação humana teria sentido ético, pois sempre ocorre na linguagem, produzindo o mundo que se cria com os outros. Como ressaltam Maturana e Varela (2001), sem aceitação do outro junto a nós não há socialização, e sem esta não há humanidade.

De qualquer forma, o processo eletrônico, ao ser entronizado como norma processual, ainda que por meio de uma visão instrumental pouco ampla, passa a ter força para influenciar os argumentos utilizados na justificação da decisão judicial, pois sendo o discurso jurídico prático é ele constituído de enunciados normativos, entre os quais as normas processuais, que o limitam e, portanto, devem ser levados em conta, ainda que não sejam criadas novas regras argumentativas – mesmo em relação à oralidade –, na busca do que é justo e, portanto, discursivamente correto.

Com efeito, o processo eletrônico não significa ruptura com a tradição jurídica,⁵ embora tenha o condão, como qualquer nova tecnologia que modifique o ambiente, de influenciar a argumentação jurídica. Em verdade, embora a própria racionalidade da decisão judicial não parta da certeza absoluta, como lembra SESMA (2003), sendo demarcada por limites temporais, espaciais, tecnológicos e procedimentais,

⁵ Tendo sido a herança precedida de testamento, lembrando Hanna Arendt.

tais fronteiras vem sendo constantemente ampliadas e testadas ao longo das décadas, permanecendo a substância da legitimação da decisão judicial, cada vez mais, como corolário do processo democrático, sobressaindo, então, a necessidade da motivação, sob pena de cair-se no domínio do arbítrio – *sic solo, sic jubeo*. Arbítrio esse melhor observado, na era eletrônica, na massificação de decisões judiciais, que restam niveladas e padronizadas em razão da prática propiciada pelo procedimento eletrônico.

O risco que se avizinha é a inversão da lógica jurídica, com a utilização da novidade do meio eletrônico como definidor do processo judicial e, por consequência, da própria motivação da decisão a ser proferida pelo juiz, afastando a sua natureza dialógica. Assim, ao se afastar de seu mister de ferramenta para o desenvolvimento do processo democrático, o meio eletrônico institucionalizado como processo judicial pode provocar uma postura adiaforética da prestação jurisdicional, mensurável por padrões técnicos, mas não por valores morais.

3. AS LIMITAÇÕES SUBSTANCIAIS DO PROCESSO ELETRÔNICO COMO PRESSUPOSTO DE UMA NOVA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Faz-se mister observar de início que se realmente, como defende BAUMAN (1998b, p. 244), *a resposta da organização à autonomia do comportamento moral é a heteronomia das racionalidades instrumentais e processuais*, tornando a ação social adiaforética, estaria sendo fomentada, pela errônea concepção da alvissareira novidade tecnológica, *a tecnologia da segregação e separação, que promove a indiferença pela provação do Outro, a qual de outra forma seria submetida a avaliação moral e a uma resposta moralmente motivada* (1998b, p. 229).

Nesse diapasão, calharia rediscutir a Dialética do Esclarecimento, de ADORNO e HORKHEIMER (1985), que nasceu impulsionada pela crítica ao ideal iluminista de progresso da humanidade creditado ao acúmulo de conhecimentos científicos decorrentes da razão esclarecida, pois a razão instrumental iluminista, que tem por função

a preservação do sujeito, carece de conduta autorreflexiva, e acaba por transformar o homem, que se submete ao processo tecnológico de produção, em um autômato.

No caso da decisão judicial, na medida em que o juiz se afasta da autorreflexão – não se olvidando que a reflexão é também a interiorização do processo discursivo – e passa a proferir decisões pré-formuladas, repetitivas, taylorizadas, indicando como motivação apenas o enunciado de um precedente de um tribunal superior,⁶ passa ele a justificar a ideia de Indústria Cultural, pois sua atividade se apeque-na na racionalização da produção de bens culturais com o escopo de atender os resultados decorrentes das análises estatísticas.

Ora, a padronização das sentenças, em resposta às demandas massificadas, tem como relevante suporte técnico o instrumento eletrônico. Aliás, o novo meio massivo do processo eletrônico, mesmo sendo, *prima facie*, interativo horizontalmente, propicia a comunicação vertical alienante, de cima para baixo, já que a característica da Indústria Cultural é o caráter unilateral de seus produtos. O juiz é transformado, assim, em receptor de informações jurisprudenciais e técnico-burocráticas, perdendo parte de sua autonomia. A própria linguagem técnico-jurídica é uniformizada. É o retorno do monólogo processual, pois, embora o aspecto formal do diálogo seja respeitado, a par de a decisão judicial já ser pré-formulada, haveria pouco a decidir que não tenha sido antecipado, por meio de uma ideia abrangente, corporificada em súmulas mais que persuasivas e instruções normativas vinculantes. Os inesgotáveis e surpreendentes fatos da vida passam a ser adaptados aos rígidos e canhestros compartimentos da lei e da jurisprudência.

Ademais, o excesso de dados padronizados, apresentados em alta velocidade, pode ter como consequência a restrição da faculdade criativa do juiz, que se concentrará em desenvolver sua capacidade de observação, presteza e apreensão de informações, para dar conta da massa de casos repetitivos que lhe são apresentados, em detrimento da reflexão, que é exatamente o que qualifica e diferencia a atuação

⁶ Enunciados que surgem a profusão, lembrando um processo *just in time* nos moldes da toyotização.

do magistrado em relação ao servidor técnico-burocrático. A decisão judicial passa a ser produto, ou seja, mais um serviço realizado pelo Estado e mensurado por critérios estatísticos e mercadológicos; o cidadão, por sua vez, deixa de ser um sujeito de direitos, participativo, para ser um cliente; enquanto ao juiz caberá o gerenciamento da prestação do serviço. O pior: a repetição (imitação), dinâmica e ritmada, estimulada pelas decisões seriadas, de antemão prontas, e que paralisa as correntes da mudança, começa a ser erigida como algo a ser buscado, no âmbito da Indústria Cultural, trazendo em seu bojo, como é perceptível, a obediência hierárquica e a concentração de poder que lhe é inerente, afastando o processo judicial do seu trilho dialógico, democrático.

O discurso passa a substituir seu conteúdo. A rapidez da publicação da decisão judicial passa a significar eficiência. A palavra, exposta em atos orais rápidos, sequenciais e concentrados, é transformada em um falso imperativo fático, enquanto a recomendação normativa e a persuasão do precedente transmudam-se em comandos vinculativos. As decisões judiciais, nesse contexto, são produzidas mecanicamente, e sua motivação nada acrescenta ao inventário cultural, sequer tangenciando o ideal abstrato da justiça, deitando por terra a própria legitimidade da ação judicial em uma sociedade democrática.

Em verdade, o processo eletrônico pode ser considerado, na definição de MCLUHAN (2007), um meio quente, pois prolonga os nossos sentidos em alta definição, por meio do bombardeio de informações multimídias que não deixam muita coisa a ser preenchida ou completada pela audiência. Entretanto, ao construir a decisão judicial é necessário “esfriar” o meio, para permitir maior participação de todos os envolvidos no processo judicial, possibilitando que resultado dialógico seja apreendido. Do contrário, a simultaneidade do meio eletrônico provocará decisões não reflexivas, repetitivas, tornando a motivação uma justificativa pré-formulada em um simulacro de processo judicial.

Sem embargo, o processo eletrônico, como realidade, apresenta desafios interessantes ao encurtar distâncias e plasmar a noção de tempo, porquanto, diferente da era mecânica, a ação do juiz não pode ser mais fracionada e, conseqüentemente, apartada da reação. A decisão judicial na era eletrônica pode ter conseqüências imediatas (pe-

nhora *on line*, alvará de soltura eletrônico, etc.), porém tal não deve significar a perda da capacidade reflexiva do juiz, que será traduzida na motivação da decisão judicial, já que o resultado imediato (*output*) não deve significar a imediatidade da análise dos estímulos (*input*), que são os fatos e fundamentos jurídicos que lhes são apresentados, pelo contrário, exsurge a exigência, nesta nova era eletrônica, de um juiz melhor preparado e consciente de sua responsabilidade pessoal, que deverá se envolver profundamente na análise prévia de seus atos.

Em sentido diametralmente oposto, há que se tomar cuidado como uma consequência *sui generis* da inovação que se avizinha: a reação inusitada do juiz quando se tem por impotente e frustrado perante as novidades do processo eletrônico, o que o leva a exigir que lhe sejam concedidas competências administrativas, que não lhe são pertinentes, acabando por se transformar em um gerente de uma espessa estrutura econômico-burocrática. Pleito que pode gerar confusão entre as decisões gerenciais/operacionais e as decisões políticas sobre os rumos administrativos do Judiciário, deixando de lado, de todo modo, o debate sobre a responsabilidade pessoal pela autonomia da decisão judicial, que deveria estar estampada em cada motivação pelo juiz, individualmente, apresentada.

O fundamentalismo arraigado na alma de alguns outros juizes, que se sentem ameaçados pela nova tecnologia, também deve ser cuidadosamente combatido, pois toda nova tecnologia cria um ambiente que é logo considerado corrupto e degradante, o que provoca uma reação luddista, quando – o que pode ser mais devastador – não se resolve transformar a forma predecessora em uma forma de arte, criando um culto à linguagem jurídica escrita, privilegiando o formalismo, por vezes rococó, em detrimento da substância da motivação da decisão judicial.

De qualquer modo, a oralidade acentuada no processo eletrônico, com a substituição da linguagem escrita pela gravação ambiental de audiências, que podem ser realizadas sem o limite da distância, o que leva a uma mudança na forma dos participantes do processo se manifestarem e, portanto, argumentarem (fato que pode ser notado na transmissão ao vivo de julgamentos), não pode ser considerada novidade, nem muito menos ruptura com a tradição processual.

CAPPELLETTI (2001), nesse diapasão, já ensinava que o processo, que há muito deixou de ser considerado coisa das partes (*Sache der Parteien*), não comunga com a restrição do juiz julgar apenas com base nos escritos, sem entrar em contato oral com os sujeitos do processo, desde, pelo menos, no âmbito da *civil Law*, do florescimento do *ius comune* na Universidade de Bolonha, no limiar do ano 1000 d.c, passando a ser parte fundamental do sistema processual, ainda que precedido por uma fase *pre-trial*, a partir do século XIX.

O interessante é que a eterna desconfiança no exercício do poder de decidir pelo juiz, que deu origem ao processo judicial escrito como forma de proteção contra o juiz insincero por volta do ano 1000, consubstanciou-se na necessidade de motivação das decisões judiciais como forma de o pronunciamento judicial ser validado pelo direito e legitimado pela sociedade democrática. Sociedade essa que pode estar abrindo mão de uma garantia de sua própria subsistência.

Outro ponto a se discutir, *en passant*, diz respeito à influência das ciências na argumentação jurídica, não perdendo de vista que o conhecimento científico não apenas contribui para o desenvolvimento civilizatório, mas, especificamente, colabora com a construção da sociedade. Pois bem, se na antiga Grécia entendia-se que o *physis* e o *ethos* buscavam o fundamento último do ser, com o escopo de alcançar a verdade, dando origem à lógica aristotélica, que moldou o pensamento ocidental. Com o advento do mecanicismo e do determinismo científico newtoniano, todavia, a modernidade estreou privilegiando o conhecimento e a lógica matemática. A própria repetibilidade da imprensa, de base tipográfica, contribuiu para a divulgação da ideia de um tempo e de um espaço contínuo e mensurável. Na contemporaneidade, por sua vez, após o relativismo decorrente das conclusões de Einstein, que induz a ilusão do tempo e do espaço, a linguagem passa a ser a morada do ser, o que respaldaria uma teoria da argumentação jurídica.

Contudo, na esteira de PRIGOGINE (1996), o mundo estável, ordenado e idealizado, descrito pelas leis da física tradicional, estaria distante da realidade do universo instável e evolutivo em que vivemos. Ao contrário, a irreversibilidade, longe do equilíbrio, constantemente está a criar novas formas de coerência, não perdendo de vista

que é graças aos processos irreversíveis que a natureza realiza suas estruturas mais delicadas, mais complexas. A vida só é possível em um universo longe do equilíbrio.

Assim, da mesma forma que o determinismo erige uma barreira em relação à liberdade, criatividade e responsabilidade humanas, pois, além de ser ineficiente, porquanto não pode antever todos os fatos que aleatoriamente surgirão na vida, a massificação de decisões judiciais e o engessamento da competência criativa do juiz, no âmbito do processo judicial, podam o processo construtivo a ser intentado pelos sujeitos do processo. Sendo relevantes as lições de POPPER (2008) no sentido de que a determinabilidade não se aplicaria a efeitos de massa, máxime em razão de depararmos em um universo aberto, de futuro, muitas vezes, imprevisível. Por consequência, se nem todos os fatos que o juiz diuturnamente decide podem ser previstos e classificados de antemão pelos tribunais ou pelas leis, mormente em uma sociedade de massas, onde o franco desenvolvimento tecnológico traz novas questões éticas a cada dia (ambientais, neurocientíficas, genéticas, tecnológicas, etc.), a ênfase deveria ser dada na qualidade da motivação da decisão judicial, que deveria servir como parâmetro crítico para a constante sindicância a ser realizada pela sociedade democrática.

É claro que a técnica inculcada no processo eletrônico, por si só, não define se o meio utilizado será instrumento de emancipação ou de dominação. A utilização do conhecimento, na verdade, é definida pelo contexto sociopolítico-econômico. Contudo, a definição da utilização da ferramenta eletrônica para o desenvolvimento do processo judicial, como corolário do processo democrático, ou o seu emprego como instrumento do fortalecimento do monopólio da razão única, onde a onipresença dos atos procedimentais supera o seu conteúdo, depende apenas da inteligência dos indivíduos que formam a sociedade.

4. CONCLUSÃO

A observância do processo judicial como método democrático casa com a linha traçada por, entre outros, Jürgen Habermas, consubstanciada no desenvolvimento da noção de autonomia de Kant, com a realização da transição da reflexão monológica do Imperativo Categórico para o diálogo, necessário para se considerar a comunidade moral

como “uma comunidade formada de indivíduos livres e iguais que se sentem obrigados a tratar uns aos outros como fins em si mesmo” (2004, p. 13), o que leva à busca do consenso, como um acordo racional, decorrente da autoridade epistêmica de cada participante, que objetiva alcançar soluções que sejam racionalmente aceitáveis para todos os envolvidos, havendo a necessidade, porém, da existência de um órgão garantidor – que, no nosso caso, pode ser identificado com o órgão judicial –, que tenha legitimidade para impor o acordado.

Sem embargo, não apenas a noção de comunidade comunicativa é colocada sob ataque, mas também a própria assertiva de que caberia ao Poder Judiciário promover a resolução consensual de conflitos. Ora, a democratização do correio eletrônico e de outras formas de comunicação à distância tem por corolário a maior universalização do acesso ao Judiciário, com possível diminuição de custos e desburocratização do trâmite procedimental. Por consequência, a via judicial, por natureza destinada primordialmente às questões contenciosas, como vem sendo aparelhada, tornar-se-á a via principal do cidadão para a resolução de conflitos, superando não só as esferas política e administrativa, mas também o próprio diálogo que deveria ele, cidadão, manter com o Outro, transformando-se os argumentos jurídicos, com todas as suas deficiências, na peça principal do discurso público, levando à judicialização da vida.

A situação resta amplificada pela assunção dos processos coletivos (*group action*, *class action*, etc.), causados pelos conflitos trazidos pela complexa sociedade de massa, em uma era de hiperconsumo e de grandes e fechados conglomerados empresariais, assim como pela ação dos entes governamentais, eternos litigantes.

Não seria absurdo pensar, então, que o indivíduo poderia, no futuro, optar pela transferência de sua autonomia para o Estado,⁷ este

⁷ O relato de Raushenbush descrito por CASSIRER (2003, p. 333) é emblemático: “A um merceiro alemão que me tentava explicar a situação do seu país após o advento de Hitler, transmiti o meu sentimento de que alguma coisa de muito valiosa se tinha perdido com as liberdades políticas. Replicou ele: ‘Mas você, afinal. Não compreendeu nada. Antes dessa situação tínhamos de nos preocupar com eleições, partidos, votos. Tínhamos responsabilidades. Mas agora tudo isso acabou. Agora somos livres.’”

na qualidade de um ente asséptico e adiaforético, que decidirá em seu nome, mesmo que não a seu favor, para fugir do incômodo de dialogar diretamente com o Outro ou mesmo pelo descrédito nas instituições estatais reguladoras e administrativas e na conduta dos grandes conglomerados empresariais em uma sociedade massificada.

Assim, o indivíduo estaria abrindo mão de uma liberdade cuja conquista lhe foi muito cara, enquanto o Estado, ao revés, acabaria por montar uma gigantesca, embora sempre insuficiente, estrutura burocrática judicial, com decisões cada vez mais verticalizadas e homogeneizadas. Perderia o cidadão, tutelado, que deixaria de construir os seus limites em contato com o Outro, aprimorando o seu próprio desenvolvimento ao criar instrumentos de convivência social; tal qual perderia o Judiciário, que teria podada a atividade criativa diuturna de seus juízes, bem como a sua função primordial, na linha de FISS (2007), de dar significado e expressão concreta aos valores públicos contidos no direito, e não meramente de resolver conflitos, levando em conta o caráter essencialmente público da decisão judicial, para enfatizar a reprodução mecânica de decisões judiciais concentradas, comportamento que em muito é auxiliado pela utilização da tecnologia inerente ao procedimento eletrônico.

A motivação da decisão judicial é a mais pura expressão do poder que foi ao juiz concedido para dizer o direito, corporificando os valores civilizatórios mais caros àquela sociedade, naquele específico caso. Tal ação é, por natureza, artesanal. Os meios criados pelo gênio humano, como as inovações tecnológicas inseridas nos mecanismos eletrônicos, devem servir para melhor qualificar a decisão judicial, permitindo o acesso seguro a todos aqueles que participam do processo às informações necessárias para a busca da definição mais justa. Não se deve inverter a lógica, quero crer, para moldar a participação dos cidadãos na constante construção do seu Judiciário, dentro de uma sociedade democrática, a uma relação de prestação de serviços massificados. Com efeito, se a crise contemporânea é gerada pelas dúvidas causadas pelo excesso e pela rapidez das informações, o caminho democrático não deveria levar à sacralização do pensamento único, com a recriação dos oráculos, mas, sim, conduzir ao estímulo da reflexão e da responsabilidade pessoal em relação ao Outro.

Não se deve olvidar que a linguagem, qualquer que seja sua forma – não perdendo de vista que o processo eletrônico permite a expressão multimídia –, tem sua origem na experiência humana e, portanto, deve observar o *ethos*, pois as tradições e as instituições são construídas para permitir que homem conviva – mas do que sobreviva –, por meio do estabelecimento de relações pessoais. O juiz ao decidir, portanto, nada mais faz que reviver a experiência fundante daquele pensamento, que se tornou universal através dos tempos para aquela sociedade, remodelando-a de acordo com a nova realidade. Ao assim proceder, o juiz, em conjunto com todos os demais participantes do processo, refunde a experiência comum, modificando condutas e redelineando o próprio conceito a respeito do comportamento até então sedimentado. Cada decisão judicial abala a estrutura da própria sociedade, contribuindo para o seu desenvolvimento civilizatório, devendo, portanto, ser reconhecida como ato humano único, de reflexos extensos, que precisa ser partilhada, controlada e legitimada, uma a uma, por toda a sociedade, o que só pode acontecer por meio da análise da sua motivação.

Se o futuro a Deus pertence, como reza um antigo ditado, cabe ao Homem a responsabilidade pelas suas decisões presentes, já que toda experiência é modificadora. Tem o juiz, então, a obrigação de exercer o poder que lhe fora concedido nos limites do consentimento social, de forma artesanal, como o é toda a ação intelectual, observando o dever de zelar pelo processo judicial como meio de construção do processo democrático, prestando contas a todos, e não apenas aos sujeitos do processo, cada vez que justifica a decisão proferida.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Jorge; BADER, Wolfgang (orgs.). *Pensamento Alemão no Século XX*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

- CAPPELLETTI, Mauro. *O Processo Civil no Direito Comparado*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2001.
- CARDOZO, Benjamin. *A Natureza do Processo Judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CASSIRER, Ernst. *O Mito do Estado*. São Paulo: Códex, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação Jurídica no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.
- FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Rubi (Barcelona): Anthropos Editorial, 2005.
- MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.
- McLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. São Paulo: Cultrix, 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas do Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.
- POPPER, Karl. *Sociedad Abierta, universo abierto. Conversación con Franz Kreuzer*. Madrid: Tecnos, 2008.
- PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: UNESP, 1996.
- POSNER, Richard. *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- SESMA, Victoria Iturralde. *Aplicación del derecho y justificación de La decisión judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.