



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

A LIBERDADE DO JUIZ E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO: análise
crítica sobre um sistema de convencimento *racionalmente* fundamentado

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Laís Durval Leite

Orientador: Professor Doutor Antonio Pedro Pinto Monteiro

Número da candidata: 30004453

Maio de 2023

Lisboa

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões, como requisito parcial para obtenção do título de mestra em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Antonio Pedro Pinto Monteiro – Orientador
Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões

Aprovada em ____/____/____

Dedico este trabalho aos 3 pilares da minha vida, que estão lá para mim todos os dias, e que fazem com que todos os desafios se tornem possíveis de ultrapassar:

Mãe, Pai e Irmã.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto de uma reflexão interna que faço desde que assumi a magistratura no ano de 2017. Agradeço primeiramente a Deus por ter sempre guiado meus caminhos e me colocado numa profissão que faz eu me sentir obrigada a evoluir intelectualmente e eticamente para me sentir capaz de julgar. Agradeço aos meus pais por terem me criado e educado com muito respeito, amor, dedicação e admiração, de modo que hoje me sinto segura para viver conforme meus valores pessoais e minha vocação. Agradeço à minha irmã, maior presente dos meus pais em minha vida, por ser minha fiel companheira em todos os momentos, inclusive para debater exaustivamente sobre o tema deste trabalho. Agradeço aos meus amigos e aos colegas de trabalho que em algum momento pararam para escutar as ideias que agora apresento nesta dissertação. Muito obrigada!

RESUMO

O objetivo deste trabalho foi promover um diálogo crítico entre autores do direito processual civil e teóricos da retórica e da teoria da argumentação jurídica a respeito da fundamentação da decisão judicial, visto que, no Brasil, parcela da dogmática vem afirmando que todas as referências ao livre convencimento fundamentado foram extirpadas do ordenamento jurídico, pois o convencimento do julgador deve agora ser racionalmente motivado – e não livremente. Como problema de pesquisa, questionou-se se a tentativa do legislador brasileiro de abolir a liberdade de convicção do juiz e a imposição de regras a serem observadas na fundamentação das decisões judiciais poderia garantir julgamentos mais racionais do que em sistemas, como o português, que ainda reconhecem a liberdade de convicção como regra. Após contextualização sobre a Era da Desorientação Jurídica, investigamos e interpretamos as leis processuais civis vigentes no Brasil e em Portugal que versam sobre o convencimento judicial, bem como dialogamos com as diversas teorias da argumentação jurídica para concluir que o livre convencimento é compatível com a exigência de argumentos racionais na motivação e que a defesa de um sistema de convencimento racionalmente fundamentado pela dogmática é não só inadequada, como também compromete ainda mais a compreensão de um assunto tão complexo. Como conclusão, após profunda reflexão sobre os contornos de uma fundamentação judicial ideal, verificamos que buscar tolher a liberdade do magistrado é uma afronta ao Estado Democrático de Direito, pelo que apostamos na redefinição do princípio do convencimento livremente fundamentado para uma perspectiva que prima por um procedimento efetivamente dialético, que insere o juiz no contraditório, como o mais adequado para controlar as interferências subjetivas no julgador na condução e resolução do caso concreto.

Palavras-chave: Processo Civil. Filosofia. Fundamentação Judicial. Argumentação Jurídica. Racionalidade. Retórica. Dialética.

ABSTRACT

The objective of this work was to promote a critical dialogue between authors of civil procedural law and theorists of rhetoric and theory of legal argumentation regarding the reasoning of the judicial decision, since, in Brazil, part of the dogmatics has been affirming that all references to free reasoned conviction were extirpated from the legal system, as the conviction of the judge must now be rationally motivated – and not freely. As a research problem, it was questioned whether the attempt by the Brazilian legislator to abolish the judge's freedom of conviction and the imposition of rules to be observed in the reasoning of judicial decisions could guarantee more rational judgments than in systems, such as the Portuguese, which still recognize freedom of conviction as a rule. After contextualizing the Era of Legal Disorientation, we investigated and interpreted the civil procedural laws in force in Brazil and Portugal that deal with judicial conviction, as well as dialoguing with the various theories of legal argumentation to conclude that free conviction is compatible with the requirement of rational arguments in motivation and that the defense of a system of conviction rationally based on dogmatics is not only inadequate, but also compromises even more the understanding of such a complex subject. In conclusion, after deep reflection on the contours of an ideal judicial basis, we find that seeking to restrict the magistrate's freedom is an affront to the Democratic State of Law, which is why we bet on redefining the principle of persuasion freely based on a perspective that strives for an effectively dialectical procedure, which inserts the judge in the contradictory, as the most adequate to control the subjective interferences in the judge in the conduction and resolution of the concrete case.

Keywords: Civil Procedure. Philosophy. Judicial Justification. Legal Argument. Rationality. Rhetoric. Dialectic.

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	8
INTRODUÇÃO	9
1 A ERA DA DESORIENTAÇÃO JURÍDICA	12
1.1 Direito Natural.....	17
1.2 Positivismo jurídico.....	20
1.3 A Era da Desorientação Jurídica	23
2 SISTEMAS DE CONVENCIMENTO JUDICIAL	27
2.1 Os artigos 154 e 607 do CPC português	30
2.2 Os artigos 371 e 489 do CPC brasileiro	Erro! Indicador não definido. 32
2.3 Convencimento judicial: livre ou racional?	34
3 O CONTROLE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL	36
3.1 O controlo da racionalidade do “discurso” jurídico	Erro! Indicador não definido. 40
3.2 O discurso judicial como um ambiente de liberdade argumentativa	56
3.3 A dialética como ferramenta de controlo da subjetividade	61
4 O DIREITO DE REAL INFLUÊNCIA DAS PARTES	74
4.1 A atuação do juiz em um contraditório efetivo	75
4.2 Por um convencimento livre e dialeticamente fundamentado	79
6 CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	88

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AERD	Análise Empírico-Retórica do Discurso
CPC	Código de Processo Civil
CLS	<i>Critical Legal Studies</i>
STJ	Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

O dever de fundamentação da decisão judicial, em direito, é de suma importância, pois tal ato “desempenha um papel fundamental na estruturação do campo epistemológico do saber jurídico”¹. E “como pré-condição de um controlo democrático difuso, a motivação deve estruturar-se numa racionalidade argumentativa de índole justificatória”², pois é pressuposto para formação de teses jurídicas válidas e legítimas, onde todos os atos de cunho decisório praticados pelo Poder Público, inclusive na sua função judicial, devem ter seus motivos devidamente expostos.

Justifica-se, portanto, a natureza constitucional do dever de motivação dos atos judiciais nas seguintes necessidades: racionalização da atividade judicial; controlo da atividade dos juízes e tribunais; legitimação da atividade do Poder Judiciário; garantia do devido processo legal; melhora da qualidade da decisão judicial; redução do número de recursos³.

De acordo com o artigo 205.º da Constituição da República Portuguesa, as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei. No mesmo sentido, o artigo 154.º do Código Processo Civil dispõe que as decisões proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo serão sempre fundamentadas, sendo que a justificação, regra geral, não pode consistir na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição.

Assim, na fundamentação da sentença, dispõe o art. 607 do Código que o juiz deve declarar quais os factos que julga provados e não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção, sendo que o legislador português reconhece expressamente que o juiz, regra geral, aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto.

No Brasil, o inciso IX do artigo 93 da Constituição estabelece que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. O Código de Processo Civil brasileiro, além de reproduzir aquela regra em seu artigo 11, estabelece no §1º do artigo 489 uma série de condições para

¹ BORGES, Hermenegildo Ferreira – **Vida, razão e justiça: racionalidade argumentativa na motivação judiciária**. p. 175.

² *Idem*. P. 180.

³ LUCCA, Rodrigo Ramina de – **O dever de motivação das decisões judiciais: estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes**. p. 80.

que o ato judicial seja considerado como validamente fundamentado, bem como não se vale mais da expressão “livremente” em dispositivos que tratam da formação do convencimento do órgão julgador na apuração dos fatos, como era feito na legislação processual brasileira revogada⁴ e encontra-se previsto no art. 607 do CPC de Portugal.

Na sua Exposição de Motivos, o legislador do diploma processual brasileiro considerou que o princípio do livre convencimento motivado “em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito”, ficando a isonomia comprometida como decorrência do “desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma”.

Nesse contexto, parcela da dogmática brasileira afirma que todas as referências ao livre convencimento fundamentado foram extirpadas do ordenamento jurídico, pois o convencimento do julgador deve agora ser racionalmente motivado⁵ – e não livremente.

Em consonância com a *mens legislatoris*, argumenta-se que a liberdade de convencimento atribuiria ao juiz um poder discricionário de, conforme seus critérios pessoais, dizer quais provas são, ou não, capazes de formar seu entendimento, motivo pelo qual “o sistema processual civil brasileiro, a partir do CPC de 2015, superou o critério do livre convencimento motivado, que deixou de ser referido no texto normativo”⁶.

Por sua vez, na literatura jurídica especializada portuguesa, encontramos que a livre convicção dos juízes e tribunais é a regra geral – com algumas limitações –, mas tendo como contrapartida o dever de fundamentação, que obriga o órgão julgador a explicitar suas razões de decidir de forma “racional, lógica e objetiva e assente nas regras de experiência”⁷. Trata-se de sistemática equivalente ao livre convencimento motivado.

Nota-se, portanto, a intenção de se buscar a máxima objetividade na fundamentação das decisões judiciais em ambos os países, apesar de o legislador brasileiro ter revogado regras bastante semelhantes às que estão hoje em pleno vigor em Portugal. Em ordenamentos jurídicos onde os juízes não são escolhidos pela vontade popular, o monopólio de dizer o direito por último “extraí a sua legitimidade de seu exercício ‘procedimentalizado’, da efetiva participação das partes no processo, e da juridicidade e racionalidade das decisões ao final

⁴ Art. 131 do CPC de 1973: o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

⁵ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de – **Curso de direito processual civil**. p. 118.

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas – **O novo processo civil brasileiro**. p. 230.

⁷ CABRITA, Helena – **A sentença cível: fundamentação de facto e de direito**. p. 18.

proferidas”⁸. A motivação possui, portanto, a função de controlo público e das partes de que esses pontos foram observados no processo judicial.

Mas se o mito da racionalidade⁹ já impera há muito tempo no pensamento e discurso jurídicos ocidentais, porque razão a dogmática brasileira vem agora defender a observância obrigatória da racionalidade estrita no discurso judicial, como se o apelo dos argumentos racionais fosse uma grande inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015?

Nas sociedades contemporâneas, o papel do Direito (estatal) dificilmente consegue se sustentar na romântica ideia de Justiça, ainda mais quando os instrumentos jurídicos de sistematização e interpretação deixam de ostentar o seu sentido de prudência. Em consequência, a legitimidade do Direito “deixa de repousar na concórdia potencial dos homens para fundar-se numa espécie de coerção da eficácia funcional”¹⁰, desencadeando fenômeno fático notório de crise de legitimidade do Poder Judiciário – e do Sistema de Justiça como um todo.

Assim, justificamos a relevância da presente pesquisa, pois, a partir de uma perspectiva que desloca o ato interpretativo do universo da verdade para o da argumentação e da coerência, investigaremos: como a tentativa de abolir a liberdade de convicção do juiz e a imposição de regras a serem observadas na fundamentação das decisões judiciais poderia garantir julgamentos mais racionais do que em sistemas que expressamente reconhecem a livre convicção como regra?

Para responder a essa indagação, apresentaremos o contexto da Era da Desorientação Jurídica para, em seguida, investigar e interpretar as leis processuais civis do Brasil e de Portugal que versam sobre o convencimento judicial, identificando, assim, o sistema de convencimento judicial vigente em cada país. Após, dissertaremos sobre o controlo da fundamentação judicial para, então, identificar parâmetros de validade motivação judicial e, consequentemente, responder à pergunta de pesquisa.

⁸ LUCCA. *op. cit.* p. 125.

⁹ “A ideia de razão como relacionar presidiu o estabelecimento de diversos princípios, como os do pensamento correto (lógica), da pesquisa correta, (metodologia), da correta justificação de juízos valorativos (retórica), do correto comportamento em face das diversas situações vitais (prudência). Neste sentido, a razão, tomada como núcleo essencial da natureza humana (o ser humano como ser racional), acaba por tornar-se, para o homem uma espécie de valor em si, um valor que incorpora a própria dignidade humana, não constituindo um meio para obtenção de outros valores, mas o valor que dá sentido aos demais” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Função pragmática da justiça na hermenêutica jurídica: lógica do ou no direito.** p. 273-318).

¹⁰ FERRAZ jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** p. 6.

CAPÍTULO 1

A ERA DA DESORIENTAÇÃO JURÍDICA

Segundo Adalberto Hommerding, “os documentos mais antigos de natureza jurídica datam de cerca de 3.000 anos da nossa Era e aparecem no Egito e na Mesopotâmia”¹¹, mas, na cultura ocidental, é recente o conhecimento sobre os demais direitos da antiguidade além dos direitos hebraico, grego e romano. Assim, ao tratar do perfil histórico do Direito, geralmente começa-se na antiguidade clássica, atribuindo-se ao direito uma característica de sacralidade e de fenômeno em constante processo de evolução, a ser transmitido entre as gerações por meio da tradição e da prudência, “como virtude moral do equilíbrio e da ponderação no ato de julgar”¹², “com suas regras, princípios, figuras retóricas, meios de interpretação, instrumentos de persuasão etc”¹³.

Nesse tempo, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., o processo de construção do raciocínio jurídico para tomada de decisões era visto como “arte”, já que a dialética correspondia à arte das contradições e um método eficiente de argumentação para se chegar, inclusive, aos primeiros princípios da ciência, sendo uma espécie de “lógica da verdade procurada”, a partir do confronto de teses contrárias, com o descarte de opiniões equivocadas. Ao final desse processo, o juiz decidia e respondia por sua decisão, não mais como uma figura mística¹⁴.

Porém, diversamente dos gregos, que tinham a prudência como orientação para descoberta do certo e do justo, a jurisprudência romana era a confirmação ou fundamento do certo e do justo graças à tríade religião/autoridade/tradição presente naquele contexto, onde a prudência estava ligada à manifestação autoritária dos exemplos, feitos e costumes dos antepassados, responsáveis pela fundação e expansão de Roma, como regras e valores aceitos por todos, na expectativa de continuidade da própria vida naquela sociedade¹⁵.

¹¹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **História do Direito: reflexões histórico-compreensivas sobre o fenômeno jurídico**. p. 63.

¹² Nos dizeres do autor, *Fronesis*, “uma espécie de sabedoria e capacidade de julgar, na verdade consistia numa virtude desenvolvida pelo homem prudente, capaz, então, de sopesar soluções, apreciar situações e tomar decisões. Para que a *Fronesis* se exercesse, era necessário o desenvolvimento de uma arte (*ars, techne*) no trato e no confronto de opiniões, proposições e ideias, que, contrapondo-se, permitiam uma explanação das situações. Essa arte ou disciplina corresponde aproximadamente ao que Aristóteles chamava de dialética” (FERRAZ Jr. – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 34).

¹³ *Idem*. p. 36.

¹⁴ *Idem*. pp. 33-34.

¹⁵ *Idem*. p. 38.

Destaca-se que essa forma de pensamento prudencial levou à distinção entre as questões de fato e de direito, pois o desenvolvimento da prudência permitiu o julgamento do caso concreto a partir de normas tomadas como critério para posterior julgamento em casos futuros semelhantes, sendo que ainda hoje a decisão do juiz no caso concreto passa pela análise de argumentos apresentados nessas duas etapas: fatos e direito.

Embora o período clássico também tenha sido marcado por teorias romanas ligadas à prática, onde a lei era a fonte, mas o caso concreto, em si, era o pronto de partida mais relevante, ainda naquele tempo acabou por preponderar a fase de procedimento caracterizadora da atividade jurisdicional como um juízo declaratório e generalizante, marcado pela cognição exauriente e pela ampla liberdade do julgador, servindo a atividade das partes perante ele somente para iluminar o processo de tomada de decisões¹⁶.

Para Cristiano Isaia, a prevalência do “decisionismo” se deu “exatamente na época da derrocada do Império e do Direito romano, quando o direito passou a ser vulgarizado e concebido por leigos em direito ou práticos e professores com pouca formação profissional”¹⁷.

Sobre as repercussões futuras desse fenômeno, Hommerding destaca que nesse momento ainda não se pode falar no sujeito moderno, pois ele só apareceria com René Descartes. Contudo, nele a subjetividade já estava presente, devido ao reconhecimento da possibilidade de escolhas, que hoje, nos Estados Democráticos de Direito, ainda assombra a cabeça dos juízes, embora tal realidade acabe sendo ignorada até mesmo pelas teorias pós-positivistas que propõem o desenvolvimento e aplicação de métodos prometedoras de um certo controle do direito¹⁸.

Na Era Medieval, “o advento do Cristianismo permitiu uma distinção decisiva entre a esfera da política e a da religião”¹⁹, embora o direito não tenha perdido o seu caráter sagrado. Pelo contrário, nesse período, o direito adquiriu uma dimensão de sacralidade transcendente, ou seja, sua origem não estava mais nos humanos. Nos finais dos anos 800, a sociedade apresentava-se organizada politicamente, em função do modo de produção feudal, com uma tendência revolucionária de abertura à universalidade, mas mantinha-se conservadora para manutenção da ordem existente, de modo que “um breve excuro diacrônico reportando à

¹⁶ HOMMERDING, *op. cit.* p. 208.

¹⁷ ISAILA, Cristiano Becker. **Processo Civil e hermenêutica: os fundamentos do CPC/2015 e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo.** p. 42.

¹⁸ *Idem.* p. 209

¹⁹ FERRAZ Jr. – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação,** p. 38.

baixa Idade Média, melhor nos fará compreender e ilustrar o *modus* constitutivo da experiência jurídica da motivação que apenas será vigente séculos mais tarde”²⁰.

Pode-se considerar que os primeiros traços de uniformização do direito surgiram, então, na Alemanha, onde imperava uma espécie de justiça rural praticada por uma classe econômica que posteriormente daria luz à burguesia “a requerer o rápido surgimento de almotaçarias urbanas, aptas a dirimir conflitos de novo tipo”²¹, dentre as quais as de termo *oberhof* começaram a gozar de grande prestígio, fornecendo jurisprudência às almotaçarias vizinhas. Com a sua progressiva hierarquização, surgiu, pela primeira vez, o recurso judicial.

Porém, em outro ponto do continente europeu, outro modelo de organização judiciária nascia sob influência das formas de direito culto. Apesar de até o século XII não se poder falar em uma ideia unitária do direito e, muito menos, em uma motivação embrionária, nesse contexto de distinção entre os saberes humanos e divinos, a prudência passou a contar com uma nova forma de interpretação, em razão da introdução da dogmática no pensamento jurídico, “graças à resenha crítica dos digestos *justinianeus*, a *Littera Boloniensis*, transformados em textos escolares do ensino na universidade”²².

Borges destaca que “dentre as sistematizações aparecidas neste tempo de pré-recepção do direito romano, é justo destacar o *Corpus iuris civilis* de Justiniano e as diversas *Ordines iudicarii*, tornadas *ius* de referência obrigatória”²³. Identificadas como o próprio direito romano, lhes é atribuído um ar de erudição, que começa a se espalhar por todo o continente europeu por meio do ensino e da aprendizagem, completando-se e aprimorando-se definitivamente no movimento de profunda e intensa transformação cultural trazido pelo Humanismo Renascentista do século XIV²⁴.

O Cristianismo foi fundamental nessa mudança do direito, pois, incluindo caracteres morais e religiosos, concentrou no imperador poder ilimitado e apoiado no *corpus iuris civilis*, também apoiador das decisões dos juízes em substituição às demais obras até então utilizadas, momento no qual o processo consagrou-se como instrumento público, de propriedade do Estado, e a jurisdição como uma de suas funções próprias e exclusivas.

O grande protagonista da interpretação jurídica era o imperador, apossando-se o direito como mero instrumento de governo. O cristianismo influenciou também a ação condenatória e suprimiu poderes punitivos por difundir os valores como os da piedade, da

²⁰ BORGES. *op. cit.* p. 19

²¹ *Idem.* p. 20

²² FERRAZ Jr. – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 39.

²³ BORGES, *op. cit.* p. 21.

²⁴ BORGES, *op. cit.* p. 21.

clemência, da humanidade e da moderação para assegurar ao réu um conjunto diversificado de defesas, que “acabou fazendo da jurisdição uma jurisdição carente de força executiva, de poder de imperium, restando, assim, reduzida à função de declaração”²⁵.

A ciência européia do direito é oriunda, então, desses tempos de Bolonha, século XI. A *Littera Boloniensis* correspondia ao texto escolar do *jus civile* europeu, num momento em que os glosadores estavam preocupados em reconstruir a obra jurídica romana a partir da adaptação meticulosa dos escritos e de forma lógica e às margens dos fragmentos dos textos antigos, que então receberam a denominação de glosa, gerando, nesse contexto, o denominado empirismo analítico dos glosadores²⁶.

Tais textos nem sempre estavam em perfeita harmonia, cabendo ao jurista da época, para evitar a incompatibilidade por meio do uso de instrumentos retóricos, como a divisão do objeto dentro de limites de tempo e de espaço, a sua hierarquização de acordo com a autoridade de quem o proferiu e a análise do texto normativo conforme sua generalidade e especialidade. Para tanto, os juristas medievais “passaram a dar aos textos de Justiniano um tratamento metódico, baseado nas técnicas explicativas usadas em aulas, principalmente no *Trivium*, composto de gramática, retórica e dialética”²⁷.

A ciência do Direito com caráter dogmático (a dogmática jurídica) surge com os glosadores, devido ao “caráter exegetico dos seus propósitos e a forma dialético-retórica (no sentido aristotélico) do seu método”²⁸. O jurista dessa época não mais se utilizava dos recursos prudenciais, como a equidade e a apreciação dos interesses em jogo, e, sim, procurava princípios e regras gerais capazes de reconstruir harmonicamente o *corpus*. Nesse sentido, “a prudência se fez dogmática”²⁹, apesar de esse pensamento jurídico predominante até o século XVI (Renascimento) pecar pela ausência de sistematicidade³⁰.

E dogmatizar a prudência só foi possível na Era Medieval quando a Igreja assumiu papel de instituição política e adotou a distinção entre autoridade e poder, deixando o poder para os príncipes seculares e demais figuras políticas, pois a autoridade de Cristo transcendia ao mundo político e transcendia à própria razão³¹.

Ademais, “a recepção do direito romano, e a positivação do direito que convoca, teve o mérito de fazer introduzir a ruptura com a irracionalidade de processos que a alta Idade

²⁵ BORGES, *op. cit.* P. 21.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. p. 69.

²⁷ *Idem*, p. 69.

²⁸ *Idem*, p. 70.

²⁹ FERRAZ Jr. – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 39.

³⁰ DINIZ, *op. cit.*, p. 70.

³¹ FERRAZ Jr. – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 40.

Média levava ao seu paroxismo, indo além das Ordálias, já proibidas pelo Concílio de Latrão em 1215, do juízo de Deus, das justas, da justiça privada, do costume e do arbítrio³².

O jurista desse momento histórico, ainda que tivesse a imagem do “homem despreocupado”, por se dedicar mais ao debate e, principalmente, às interpretações de textos com o auxílio de técnicas da retórica prudencial, contribuiu decisivamente no progresso de ideia de Estado que dominou a política dos séculos seguintes, visto que a teoria jurídica passava a se tornar uma disciplina universitária quando era possível objetivizar as questões públicas por meio da camuflagem, num certo limite, das emoções e dos interesses subjetivos.

Já que “só o jurista é que dominava, àquela altura, as operações analíticas pelas quais a complexa realidade política podia ser devidamente dominada”³³, seu pensamento dogmático auxiliou diretamente na construção do Estado Moderno, influenciando não apenas o Direito Privado, mas também as atividades administrativas, a partir das concepções de concentração, racionalização e objetivização, mediante a instauração de aparelhos públicos que prevaleciam sobre os interesses individuais.

Desse modo, a concepção jurídica do poder, fundada na noção de soberania, passou a se basear também numa visão eminentemente ética de que o respeito à lei devia ser algo primário não só entre particulares, mas também nas relações de governo, pois os objetivos do poder devem ser o bem comum. Assim, perdendo progressivamente seu caráter sagrado com o Renascimento, o direito se confunde com a correspondente tecnização do saber jurídico³⁴.

Com o resgate da ideia romana de centralização como noção de soberania, que concebe o direito como único e exclusivo dentro de um mesmo território e de determinada esfera de poder, o pensamento medieval se fez essencialmente em torno do poder real (figura política) como figura soberana que domina a organização jurídica e a verdade, embora limitada pela soberania divina, que legitima o poder e a autoridade dessa figura central.

Na tradição da *civil law*, herdou-se, consequentemente, um modelo fundado no direito *justinianeus* vulgarizado e na figura do *iudex*, que exaltava a submissão do magistrado à lei, de forma mecânica, visto como funcionário do Estado e um mero burocrata, perfeitamente compatível com os futuros contornos a serem trazidos pelo positivismo legalista e pelo racionalismo iluminista. Em contrapartida, a tradição da *common law* foi influenciada diretamente pelo Direito romano clássico, “guardando íntima conexão com o direito

³² BORGES. *op. cit.*, p. 21.

³³ *Idem*, p. 41.

³⁴ *Idem*, pp. 41- 42.

jurisprudencial, em que os precedentes judiciais possuem importância e utilidade relevantes na decisão dos casos”³⁵.

1.1 Direito natural

As ideias sobre autoridade e razão dominaram o pensamento jurídico medieval, enquanto o Direito, influenciado pelo humanismo renascentista, também passou a se mostrar (pretensamente) racional, devido à purificação e refinamento dos métodos de interpretação dos textos, despreocupados com as relações morais, e preocupados com as condições efetivas e racionais de sobrevivência na sociedade³⁶. O direito respondeu, então, ao impulso racionalista do Renascimento com a sua cientificidade e humanização “a exprimir-se já na pretensão de substituir à irracionalidade, ao misticismo, ao empirismo e à pura intuição dos procedimentos associados à produção da prova da pesquisa e os estudos racionais”³⁷.

Essa postura despreocupada com a moral se sustentava na ideia de que os primeiros princípios da moralidade eram permanentes e universais por decorrerem da natureza humana, “perceptíveis de imediato pela razão comum da generalidade dos homens, independentemente de sua cultura”³⁸. Satisfeita com a obviedade das premissas morais, a ordem jurídica imperante clamava por uma organização racional da sociedade pelo desenvolvimento de um pensamento jurídico aparentemente neutro, condizente com as exigências formais técnicas³⁹.

Nesse período, a concepção do direito natural objetivo e material, “de espírito *tomista*, que estabelecia o valor moral da conduta tendo como base de referência a natureza do sujeito humano, considerado na sua realidade empírica”⁴⁰, passa a ser substituída por uma perspectiva subjetiva e formal, que confere autonomia à vontade humana e parte da concepção de que a voluntariedade que é inerente à natureza do homem, como algo universal, imutável e abstrato.

Pautando-se numa hipótese lógica sobre o estado natural do homem, surge, assim, o pensamento sistemático, dentro de um sistema fechado que se legitima por meio da concatenação lógica de suas proposições, numa metodologia especial que servirá de fundamento para formulação das leis naturais (universalmente válidas). Trata-se do jusnaturalismo – o direito da Era Moderna (Estado Absolutista) –, que de um lado quebrava o

³⁵ HOMMERDING, *op. cit.*, p. 213.

³⁶ FERRAZ Jr. – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 42.

³⁷ BORGES, *op. cit.*, p. 21.

³⁸ DINIZ, *op. cit.*, p. 53.

³⁹ FERRAZ Jr. – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 42.

⁴⁰ DINIZ, *op. cit.*, p. 52.

elo entre a jurisprudência e a autoridade dos textos romanos, mas sem romper com o caráter dogmático, visto que, muito pelo contrário, tenta aperfeiçoar a ideia de dogmas em premissas cuja validade repousa numa generalidade racional intrínseca. A partir de um procedimento empírico-analítico, o direito conta com instrumentos técnicos de controle das situações vigentes por deixar de ser apenas objeto de contemplação e adquirir funcionalidade⁴¹.

É possível inclusive afirmar que o jusnaturalismo de São Tomás de Aquino que “foi dos primeiros a estabelecer como que uma pirâmide normativa, antes da concepção piramidal positivista-logicista que hoje leva o nome de Hans Kelsen”⁴². Nesse cenário, a ação política instaura uma revolução que substitui o sistema antigo, apoiado no fundamento ético e bíblico, por um sistema de enunciados normativos baseado na razão, na centralização e na burocratização dos aparelhos estatais, apoiado na ideia de estado de natureza como uma situação hipotética para compreensão do homem civilizado.

Havia divergência sobre como a natureza humana foi concebida: se genuinamente social, como defendiam Grotiu, Pufendorf e Locke; ou originariamente anti-social ou individualista, segundo Hobbes, Spinoza e Rosseau. Mas no meio desse impasse filosófico, prevaleceu a teoria de Kant que, embora considerado jusnaturalista, pois admitia leis anteriores ao direito escrito (positivo), acreditava que essas leis decorriam da razão humana (prática), e não de sua natureza.

Para a teoria kantiana, “sendo racional e livre, o homem é capaz de impor a si mesmo normas de conduta, designadas por normas éticas, válidas para todos os seres racionais”⁴³. Nessa concepção, a ciência do direito no jusnaturalismo moderno ostenta a qualidade de sistema que se constrói a partir de premissas construídas pela generalidade racional, quando o direito passa a ser uma construção sistemática da razão e um instrumento crítico da realidade⁴⁴.

Para Cunha, o jusnaturalismo procurou submeter, ao menos teoricamente, a política ao Direito, como na de Antígona, “que tem em Sófocles a sua formulação canónica, mas que também adquire aportações de relevo na Antígona anti-nazi de Jean Anouilh, e na de António Sérgio”⁴⁵, numa novidade que coloca o público em diálogo com os atores, desempenhando assim, também um papel de intérpretes da peça teatral.

⁴¹ FERRAZ Jr. – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 44.

⁴² CUNHA, Paulo Ferreira da. **Repensar o direito natural. Humanística E Teologia**. p. 12.

⁴³ DINIS, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁴ *Idem.*, p. 59.

⁴⁵ CUNHA, *op. cit.*, p. 14.

Assim, não se falava mais em orientação para se chegar ao certo e ao justo. O pensamento jurídico racional, ou sistemático, se preocupava com a convivência a partir do estado de natureza do homem, mas no contexto da civilização. O rompimento com a prudência antiga, com um caráter inclusive pedagógico, leva a sistemática moderna a um sentido mais técnico para ser possível uma expectativa de controle das relações humanas, numa convivência ordenada, como contribuição de maior destaque do jusnaturalismo para o Estado Moderno⁴⁶.

O jusnaturalismo encontrou no mínimo uma ponte entre Direito e Moral, pois trata de assuntos morais e éticos como reflexão filosófica do Direito, mas sem linguagem moralista. Contudo, há quem entenda que o direito natural não passe de uma camuflagem para mascarar dogmas morais ou religiosos e, segundo Cunha, esta linguagem universalizante de valores humanos há muito que deixou de ser usada correntemente, inclusive pelos tribunais, devido ao aproveitamento político que algumas ditaduras e conservadorismos dela fizeram⁴⁷.

De todo modo, se as raízes históricas da jurisdição, inclusive a processual civil, estão em Roma, inegável que sua sedimentação definitiva se deu no século XVII, com os movimentos racionalistas, que pretenderam fazer do direito uma matemática que o afastou dos fatos concretos, uma vez que a busca pela verdade passa a se restringir a um método de demonstração e dedução rigorosa, “cujo reflexo é a cisão entre o mundo dos conceitos e o mundo dos fatos”, num contexto social caracterizado por ser excludente e concentrador de poder, tão preocupado, portanto, com proposições jurídicas garantidoras de segurança⁴⁸.

A crise do direito natural nesses contornos aparecerá no início do século XIX, em razão do surgimento de “formulações românticas sobre o direito, visto como fenômeno histórico, sujeito a contingências da cultura de cada povo”⁴⁹, perdendo, então, o seu caráter de universalidade, pois essa visão comprometia a sua legitimidade e a autoridade do poder central. E o fato de o direito ter se tornado cada vez mais escrito também contribuiu para importantes mudanças em relação ao seu conhecimento e concepção no século das Luzes, pois isso não só aumentou a segurança e a precisão de seu entendimento, como também aguçou a consciência dos limites.

⁴⁶ DINIZ, *op. cit.*, p. 54.

⁴⁷ *Idem.*, p. 16.

⁴⁸ HOMMERDING, *op. cit.*, p. 207.

⁴⁹ FERRAZ Jr. – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 47.

1.2 Positivismo Jurídico

Como resposta ao fenômeno de concentração do poder de legislar no Estado Moderno (Absolutista), a teoria clássica da divisão dos poderes de Montesquieu apresentou proposta de uma progressiva separação entre política e direito e uma ideia de neutralização do Judiciário, de modo que a ciência do direito encontraria sua expressão mais característica no exegetismo⁵⁰. Tal teoria, que reduziu o Judiciário a um poder submisso, se manifestou no plano processual na doutrina de Giuseppe Chiovenda, “que vê a atividade jurisdicional como atividade secundária, em que o juiz é um reproduzidor da vontade da lei”⁵¹.

A Escola da Exegese se desenvolveu ancorada em premissas, que, de certo modo, atenderam aos anseios do século das revoluções. A começar pela Revolução Industrial, quando a velocidade das transformações tecnológicas clamava por respostas mais rápidas e precisas, que o direito costumeiro e prudencial não podiam fornecer, a positivização do direito “era maleável e, ao fim, manipulável, possibilitando um detalhamento dos comportamentos como judicializáveis, mesmo que não houvesse um costume sólido nesse sentido”⁵². Em seguida, com a Revolução Francesa, enfatizou-se a passagem “de uma prudência prática para uma técnica poiética”⁵³, quando o manuseio, a compreensão e a aplicação do direito exigiam um conhecimento técnico, revelando o seu nível máximo de abstração.

Nessa escola, o direito positivo se identifica por completo com a lei escrita, devendo o jurista se ater ao rigor absoluto ao texto legal e apenas revelar o seu sentido (o juiz é a *boca da lei*), sendo o direito natural um norte para elaboração racional dos códigos. A aplicação do direito reduzia-se, assim, à mera interpretação exegética dessas leis⁵⁴.

No sentido filosófico, positivar é o ato de estabelecer o direito por um ato de vontade, que corresponde a um ato de decisão, enquanto que, no sentido sociológico, positivização é um fenômeno decorrente da crítica dos iluministas e da necessidade de segurança jurídica da sociedade burguesa, que passou a exigir a valoração previsível dos preceitos legais no julgamento dos casos concretos. Se antes o direito era visto como algo imutável, seja pela tradição (romanos), pela vontade divina (Era Medieval) ou pela razão (Era Moderna), a partir

⁵⁰ DINIZ, *op. cit.*, p. 66.

⁵¹ HOMMERDING. *op. cit.*, p. 216.

⁵² FERRAZ Jr. – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 49.

⁵³ *Idem*, p. 50.

⁵⁴ DINIZ, *op. cit.*, p. 66.

do século XIX, com o positivismo jurídico, surge a ideia de que, em tese, todo direito é mutável, sendo a lei a sua principal fonte; o direito muda quando muda a legislação⁵⁵.

Essa nova concepção gerou perplexidade e não demorou muito para surgirem questionamentos à positivização, como, por exemplo, feito pela Escola Histórica, de *Savigny*, para quem “não será a lei, norma racionalmente formulada e positivada pelo legislador, mas a convicção comum do povo a fonte originária do direito, que dá o sentido (histórico) ao direito em constante transformação”⁵⁶.

Apesar de a Escola Histórica acentuar o valor preponderante do espírito do povo sobre a lei, *Puchta*, discípulo de *Savigny*, transformou esse espírito em categoria formal do conhecimento jurídico, pois não lhe interessava a íntima convicção da população responsável pelo surgimento do direito. Nessa perspectiva, elaborou a jurisprudência dos conceitos, que enfatizou o caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico enquanto desdobramento de conceitos abstratos, momento em que a desconsideração das questões éticas, políticas e sociológicas atingiu seu ápice no estudo jurídico⁵⁷.

Esse pensamento representou uma simbiose entre o direito posto e o direito histórico, fazendo do legislador seu máximo representante, pelo que a investigação histórica, em si, perdeu importância no processo de interpretação e aplicação do direito⁵⁸. Com essa abstrativização máxima, a sociedade passou a lidar com o distanciamento mais expressivo do direito, situação que levou ao aparecimento de outras escolas interpretativas em oposição ao legalismo exegético, como: o utilitarismo de Jeremy Bentham, o teologismo de Rudolf Von Ihering, a experiência prática de Oliver Wendell Holmes, a livre investigação científica de François Geny, a ofensiva sociologista de Eugen Ehrlich, o movimento do direito livre, a jurisprudência de interesses etc.

Embora surgissem concepções renovadas do saber jurídico, tentando aproximá-lo da realidade na primeira metade do século XX, prevaleciam preocupações metodológicas com o positivismo, surgindo cada vez mais correntes destinadas ao seu aperfeiçoamento, como a teoria pura do direito de Hans Kelsen, que procurou delinear uma nova ciência do direito desprovida de quaisquer tipos de influências externas ao próprio direito. Distinguindo a realidade do direito (o jurídico do não jurídico), por meio dos planos do ser e do dever-ser, a

⁵⁵ FERRAZ Jr. – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 49.

⁵⁶ *Idem*, p. 50.

⁵⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. p. 424.

⁵⁸ FERRAZ Jr. – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 52.

teoria pura propõe-se a uma análise estrutural de seu objeto, expurgando influências como justiça, sociologia, origens históricas e ordens sociais determinadas⁵⁹.

Sem dúvida, a mais importante teoria ou filosofia do direito no século XX foi o positivismo jurídico. Apesar das diversas vertentes dentro do mesmo movimento, o traço comum a todas elas é a ideia de que o direito é algo a ser tratado como algo simplesmente posto (*positum*), sem correspondência entre o real e o ideal, importando apenas a descrição e explicação do direito tal qual ele se apresenta e seus temas centrais, como: a coerção jurídica, o imperativismo da norma jurídica, as fontes do direito, a ordem jurídica (sistematização das normas), a atividade de interpretação (exegese, na tradição francesa, ou dogmática conceitual, na tradição alemã)⁶⁰.

Como ideologia, nas palavras de Norberto Bobbio, “o direito, pela maneira como está posto e se faz valer, ou pelo fim a que serve, qualquer que seja seu conteúdo, tem por si mesmo um valor positivo e deve-se prestar obediência incondicionada a suas prescrições”⁶¹. E mesmo se não for aceita a ideologia positivista, é possível continuar aceitando a teoria positivista e, por consequência, o seu modo de abordagem ou a sua metodologia. Por isso, a Teoria pura não se dedica ao estudo da hermenêutica ou da política legislativa, pois, como como reconheci pelo próprio Kelsen, o estudo e o exame da criação e da aplicação do direito são objeto da política do direito, e não da ciência⁶².

Importa frisar que o movimento de positivização não se desprende dos estudos romano-germânicos, dos seus conceitos e institutos; muito pelo contrário, os resgatou. Além disso, também foi fortemente influenciado pelo movimento de codificação e sistematização do direito, visto que a ciência dogmática costuma encarar o direito posto “como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente”⁶³.

Mas seria possível a norma abstrata ser anterior a todas as situações? Para Tércio, por exemplo, o problema das lacunas é fruto da Era Moderna, pois decorre da centralização e do monopólio da violência nas mãos do Estado, que detém o domínio sistemático exclusivo da produção de normas e se diz onipresente sobre todos os comportamentos sociais

⁵⁹ BITTAR; ALMEIDA, Op. cit., p. 433.

⁶⁰ LOPES, *op. cit.* p. 70

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** p. 51.

⁶² *Idem*, p. 74.

⁶³ FERRAZ Jr. – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 50.

imagináveis⁶⁴. Entretanto, há correntes que afirmam ser essa plenitude lógica do ordenamento jurídico uma ficção teórica, pois o ordenamento, na prática, acaba se revelando lacunoso em diversas situações, enquanto outros defendem ser a incompletude apenas uma ficção prática, pois o próprio ordenamento dá instrumentos que autorizam o juiz a criar o direito para o caso concreto.

Nas palavras de José Reinaldo Lopes, a redução da ciência do direito a uma tarefa exegética dos textos legais nunca foi unânime entre os juristas teóricos, apesar de bastante aceita pelos juristas de formação mediana, que consideram assuntos como esse desnecessariamente complicados. E, de fato, não podem ser simples, exatamente porque cada lei e cada dispositivo legal precisam ser inseridos em um todo e têm relações entre si, que se consolidam em conceitos e institutos que frequentemente não estão definidos previamente⁶⁵.

De todo modo, apesar de muitos criticarem o “positivismo” fazendo referência ao positivismo ideológico, que ignora o direito como um fenômeno social e histórico, certo é que há várias acepções do termo e, como destacado acima, o próprio Kelsen – assim como Alf Ross e Herbert Hart – “tinha consciência de que o direito tanto tem um papel na organização da sociedade, quanto é fenômeno histórico e abrange alguma ou várias concepções de bem e moral”⁶⁶. Por tal razão, na sua obra, o estudo e o exame da criação e da aplicação do direito (hermenêutica) estão fora da Teoria Pura, pois constituem objeto de outra disciplina, que Kelsen chama de política do direito.

1.3 A Era da Desorientação Jurídica - neopositivismo

Se já não era fácil estabelecer uma separação estanque entre direito positivo e direito racional ou natural, com o aparecimento do neopositivismo, na segunda metade do século XX, o dilema entre decidir para garantir segurança ou buscar a “decisão mais justa” a todo custo ficou ainda mais evidente. O neopositivismo, ou pós-positivismo, “situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o direito: o jusnaturalismo e o positivismo”⁶⁷.

Segundo Barroso, o positivismo clássico perdeu espaço, pois “a aproximação entre direito e norma e sua hígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade”, mas seus

⁶⁴ FERRAZ Jr. – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 178.

⁶⁵ LOPES, *op. cit.*, p. 82.

⁶⁶ *Idem*, p. 75.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. p. 280.

operadores, apegados ao cientificismo, não desejavam o *jusnaturalismo*, com seus fundamentos metafísicos e preponderantemente subjetivistas⁶⁸.

Assim, podemos dizer que “a doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática, buscando ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto”⁶⁹, em um fenômeno que aposta na fundamentação racional de princípios de moralidade e de justiça através de artifícios racionais construtivos, ultrapassando a literalidade dos textos normativos.

Na visão de Cunha, “o direito natural não pode ser, por definição, injusto, e se, realmente, há muito direito positivo injusto por esse mundo, o facto é que direito natural e direito positivo, mesmo numa teoria *jusnaturalista* pura, precisam um do outro. Nenhum direito natural pode determinar a cor dos impressos, o montante das propinas (mensalidades universitárias), ou as penas a atribuir a um crime. Nesse sentido, um outro lugar-comum, considerando o direito natural – também com erro, mas menor – um “conjunto de princípios”, é uma tentação para o teórico mais facilitista. Talvez o direito natural seja um conjunto de princípios, mas, como eles em boa medida se positivaram já, é, assim, direito natural positivo”⁷⁰.

Apesar de reconhecer tal esforço desempenhado pelos doutrinadores neopositivistas na reintrodução das ideias de justiça e razão para o debate jurídico científico dogmático, o resultado disso tem mostrado que, se antes o positivismo clássico procurava garantir segurança para a sociedade e, porque não, para quem julga, hoje podemos dizer que vivemos a Era da Desorientação Jurídica⁷¹.

No seu livro de introdução ao estudo do direito, o professor Tércio traz uma nota ao leitor intrigado, analisando com muita clareza esse momento atual: “há trinta anos, ainda vivíamos um quadro relativamente equilibrado das tarefas postas ao jurista”⁷². Hoje, porém, a percepção sobre Direito, Estado e soberania popular mudou, de modo que as “fronteiras entre o público e o privado se tornaram porosas nas diversas tentativas de enfrentamento de riscos sociais potencialmente expansivos, revelando a ineficiência dos mecanismos tradicionais”⁷³.

Nas sociedades contemporâneas, os instrumentos jurídicos de sistematização e interpretação passaram “a buscar uma legitimação social, propiciada pela real efetivação dos direitos”, não só como regras, mas como princípios em eventual conflito e, por isso, objeto de

⁶⁸ BARROSO, *op. cit.*, p. 282.

⁶⁹ *Idem*, p. 283.

⁷⁰ CUNHA, *op. cit.*, p. 15.

⁷¹ FERRAZ Jr. – *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*.

⁷² *Idem*.

⁷³ *Idem*.

ponderação, não de subsunção. Sobre a legitimação do ativismo judicial, Nagibe de Melo Jorge Neto adverte que tem sido apresentada, sobretudo pela doutrina europeia e brasileira, como um problema hermenêutico ou metodológico⁷⁴.

Pelo menos existem seis métodos de interpretação constitucional e oito princípios de interpretação especificamente constitucionais, mas inexistem critérios consolidados, mesmo que mínimos, que possam validar a escolha dentre esses métodos e princípios, que constatemente entram em conflitos entre si, seja em razão das peculiaridades do próprio caso concreto, das normais aplicáveis ou dos objetivos perseguidos⁷⁵.

Nota-se que direito não ostenta mais o seu sentido de prudência e “a sua legitimidade deixa de repousar na concórdia potencial dos homens, para fundar-se numa espécie de coerção da eficácia funcional”⁷⁶. Sendo assim, é muito difícil encontrar uma convergência aparentemente unânime na sociedade contemporânea, o papel do direito não se sustenta mais na romântica ideia de Justiça.

Inclusive o Código de Processo Civil brasileiro do ano de 2015 trouxe disposições inéditas relacionadas à fundamentação dos atos judiciais, por exemplo, no art. 8º e no §2º do art. 489, obrigando o juiz a observar a proporcionalidade e a razoabilidade e, no caso de colisão de normas, a justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada. Com essa referência expressa ao termo ponderação, gerou-se desconfiança sobre a recepção da teoria de Robert Alexy no ordenamento jurídico brasileiro, mas “as tentativas de interpretar corretamente o dispositivo ainda são escassas”⁷⁷.

O próprio Alexy reconhece que os cânones de interpretação, mesmo os por ele propostos, não são regras, ou seja, “não indicam o que se deve fazer ou o que se deve alcançar condicionada ou incondicionadamente”⁷⁸. Todavia, no Brasil, há tanto entendimentos sustentando que o CPC/2015 incorporou essa teoria, mas adaptada pela lei para a realidade nacional⁷⁹, como existem pensamentos no sentido de que, “em decorrência da linguagem específica do direito, não se deve admitir interpretação de que o Código fez referência direta à sua recepção”⁸⁰.

⁷⁴ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça**. p. 131.

⁷⁵ *Idem*. p. 131.

⁷⁶ FERRAZ Jr. – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**.

⁷⁷ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; BACK, Gabriela Cristina. **A ponderação no código de processo civil de 2015**. p. 76.

⁷⁸ JORGE NETO, *op. cit*, p. 131.

⁷⁹ TARTUCE, Flávio. **A técnica da ponderação e suas aplicações ao direito de família e das sucessões**.

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!**

Nesse cenário nebuloso, a atuação do juiz carece de um roteiro predefinido capaz de lhe garantir um mínimo de sensação de segurança, para si e para a sociedade. Entre os próprios juízes, as crescentes divergências geram descrédito em relação à imagem da magistratura, situação que fragiliza a legitimidade do Judiciário e do Sistema de Justiça como um todo, pois tratar desigualmente pessoas que se encontram em situações idênticas é uma das maiores sensações de injustiça.

O direito constitucional à fundamentação das decisões judiciais acaba sendo encarado como única ferramenta democrática disponível para frear arbitrariedades por parte dos juízes (desorientados), pelo que se observa, no Brasil, preocupação explícita por parte do legislador e da dogmática processual civil com a limitação da liberdade de convencimento do juiz e com a exposição de argumentos nos atos decisórios por ele proferidos, como veremos melhor no capítulo seguinte.

CAPÍTULO 2

SISTEMAS DE CONVENCIMENTO JUDICIAL

No plano internacional, o dever de fundamentação das decisões judiciais encontra-se nos artigos 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, 14º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e 66 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Sobre a sua origem, José Carlos Barbosa Moreira afirma que “foi a partir da segunda metade do século XVIII que se começou a generalizar, nas legislações ocidentais, a exigência feita aos juízes de declarar, em seus pronunciamentos decisórios, as razões em que se baseavam”⁸¹. As razões do dever de fundamentar relacionam-se principalmente com a preocupação de racionalizar a atividade jurisdicional, mas também tem a ver com o princípio da publicidade para fins da verificação da imparcialidade do magistrado, da observância da legalidade e de que as partes foram efetivamente ouvidas⁸².

Não é recente, portanto, a preocupação com a estrutura dos argumentos usados pelo juiz. Contudo, o modo como o tema da motivação foi geralmente enfrentado no plano do direito processual civil não foi suficiente para amenizar os contrastes e as incertezas sobre a natureza e a estrutura da decisão judicial de entre os estudiosos do direito processual, da filosofia, da sociológica e da política, sendo qualquer análise sobre a fundamentação dos atos judiciais muito mais complexa nos tempos atuais⁸³.

Segundo Helena Cabrita, há uma preocupação crescente do legislador português com o dever de fundamentação judicial, principalmente porque hoje as decisões são alvo de escrutínio pelo público em geral, “donde que a impercetibilidade ou incompreensibilidade das mesmas apenas poderá levar a um maior afastamento do sistema judiciário das pessoas que o mesmo visa servir”⁸⁴.

Todavia, no plano constitucional, J. M. Sérvulo Correia e José Duarte Coimbra destacam que, “em consonância com o silêncio dos textos constitucionais portugueses anteriores e, bem assim, com a tendência também generalizadamente silente dos textos

⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação da sentença como garantia inerente ao estado de direito**. p. 281.

⁸² *Idem*. p. 286-287.

⁸³ TARUFFO, Michele – **La motivación de la sentencia civil**, p. 5-6.

⁸⁴ CABRITA, *op. cit.*, p. 23.

constitucionais europeus de então sobre a matéria”⁸⁵, a versão originária da Constituição Portuguesa omitia qualquer referência ao dever de fundamentação judicial, sendo que a primeira revisão constitucional a este propósito “se saldou na positivação de uma solução relativamente pouco ambiciosa, pois se entregou ao legislador ordinário a delimitação, quer do âmbito de incidência quer do conteúdo desse dever”⁸⁶.

Tal realidade não se limita a Portugal nem ao Brasil, pois, nas palavras de Michele Taruffo, “a extensão do princípio constitucional da obrigatoriedade da motivação permanece até hoje amplamente indeterminada”⁸⁷. E apesar de os processualistas cíveis terem ocupado desse fenômeno inevitavelmente processual, nunca conseguiram colocá-lo de modo adequado ao ponto de definir, de forma exauriente, a natureza da motivação judicial⁸⁸.

Por isso, Taruffo afirma que o conceito de motivação acaba por ser uma espécie de recipiente vazio, em que se faz comodamente entrar aquilo que se pretende excluir do âmbito do julgado. Tudo isso não deve, de resto, surpreender, visto que se trata da consequência normal do emprego de noções indefinidas ou definidas somente por exclusão, de modo puramente negativo⁸⁹.

Manifestação explícita dessa sensação de vazio conceitual quando se fala em motivação judicial é a redação do § 1º do art. 489 do CPC brasileiro, que regulamenta a fundamentação dos atos judiciais decisórios com dispositivos negativos, pois estabelece as hipóteses em que uma decisão não pode ser considerada fundamentada, justamente porque, hoje, seria impossível definir critérios legais metodológicos de uma motivação válida em termos jurídicos ou ideais (filosóficos).

Assim, na dogmática, de modo insuficiente para fins de compreensão, inclusive, da própria função do Poder Judiciário na condução e julgamento dos processos, costuma-se relacionar (e até mesmo confundir) o tema da fundamentação judicial com o próprio convencimento do juiz, mencionando-se a existência de três sistemas ou teorias: provas tarifadas, livre convicção pura e persuasão racional (livre convencimento motivado).

Tais teorias referem-se à formação do convencimento do órgão julgador sobre os fatos, e não sobre a interpretação do direito aplicável ao caso concreto. Destacar isso é importante, porque a doutrina e a jurisprudência brasileiras às vezes também se confundem sobre o assunto. De todo modo, frisamos inexistir teoria dogmática específica sobre um

⁸⁵ CORREIA, J. M. Sérvulo; COIMBRA, José Duarte. **O dever de fundamentar e a anulação de decisões arbitrais**. p. 176.

⁸⁶ *Idem*. p. 176.

⁸⁷ TARUFFO, Michele – **La motivación de la sentencia civil**, p. 34.

⁸⁸ *Idem*. p. 35.

⁸⁹ *Idem*. p. 37.

sistema de fundamentação judicial em termos de interpretação do direito. Podemos dizer, porém, que o senso comum entre os juristas converge para a necessidade de fundamentos racionais explícitos, como na análise probatória.

Sobre esses sistemas de convencimento judicial, Helena Cabrita afirma que, historicamente, “a importância da fundamentação coincide com o declínio do sistema de prova legal ou tarifada”⁹⁰. Nesse sistema, o dever de fundamentação acaba sendo bem reduzido, pois basta o juiz se basear na lei para decidir, dispensando a formação da sua íntima convicção. Tal sistema, em que a lei já pré-concebe o valor da prova, não deixando qualquer valoração por critério subjetivo para o julgador, praticamente desapareceu, sendo que algumas exceções, como o art. 444 do CPC⁹¹ brasileiro, pode ser citado como exemplo.

Em contrapartida, o sistema do livre convencimento puro – livre convicção pura, procurava prestigiar unicamente a figura do juiz, provocando arbitrariedades ao conceder-lhe ilimitado poder de apreciação das provas dos autos, de modo que os julgamentos poderiam ostentar caráter puramente subjetivo.

Como terceira via, e considerada uma conquista desde a Revolução Francesa, surge o princípio da livre apreciação da prova como um sistema no qual o julgador deve decidir sobre a matéria fática seguindo a sua íntima convicção formada diante do confronto entre os vários meios de prova admitidos no processo, como decorrência dos princípios (imedição, oralidade e concentração) e das máximas de experiência que lhe forem aplicáveis⁹². Trata-se de uma terceira via, pois, ao declarar os fatos que julga provados ou não provados, o julgador deverá fundamentar especificamente quais provas foram analisadas e consideradas no processo de formação da sua convicção, indicando precisamente quais as normas jurídicas aplicáveis e a sua devida interpretação⁹³.

Por isso, segundo a autora, o sistema da livre convicção, hoje adotado no direito luso, não significa que o juiz pode decidir de modo arbitrário, irracional e ilógico, visto que existe a contrapartida de fundamentar explicitando de forma lógica, racional e objetiva e assente nas regras de experiência, a razão pela qual se baseou em certo meio de prova e não em outro disposto nos autos⁹⁴.

⁹⁰ CABRITA, *op. cit.*, p. 23.

⁹¹ Art. 444, CPC/2015: Nos casos em que a lei exigir prova escrita da obrigação, é admissível a prova testemunhal quando houver começo de prova por escrito, emanado da parte contra a qual se pretende produzir a prova.

⁹² FREITAS, Jose lebre de – **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código**. Sobre o tema, veja, ainda, ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções elementares de Processo Civil*. pp. 291 e 292.

⁹³ FREITAS, *op. cit.*, p. 141.

⁹⁴ *Idem*, p. 141.

Tal sistema vigente em Portugal corresponde ao princípio da persuasão racional, ou livre convencimento motivado, que confere liberdade ao julgador para apreciar e valorar a prova, com a condição de que, na decisão, exponha as razões de seu convencimento. No Brasil, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, era pacífica a sua prevalência no ordenamento jurídico, cuja permanência vem sendo questionada pela doutrina brasileira desde o advento da Lei processual de 2015.

2.1 Os artigos 154 e 607 do CPC português

No plano interno, o artigo 205.º da Constituição da República Portuguesa dispõe que as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei. Nesse sentido, o artigo 154.º do Código Processo Civil estabelece que as decisões proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo serão sempre fundamentadas⁹⁵, sendo que a justificação, regra geral, não pode consistir na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição.

Dispõe o art. 607 do Código processual português que o juiz deve declarar quais os factos que julga provados e não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção, sendo que o legislador português reconhece expressamente que o juiz, regra geral, aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto.

Assim, a partir do Código de Processo Civil de 2013, “foi eliminada a distinção entre a decisão sobre a matéria de facto e a decisão sobre a matéria de direito, ocorrendo ambas no momento da prolação da sentença”⁹⁶. E destacando a prevalência da verdade formal no âmbito do processo civil, Rita Lobo Xavier afirma não ser “necessário que a convicção do julgador equivalha a uma certeza absoluta, bastando um juízo de probabilidade ou de verosimilhança”⁹⁷. Havendo dúvida, o fato não pode ser dado como provado (art. 414.º do CPC) e a causa deverá ser decidida contra os interesses da parte que tinha o ônus de provar.

Prevalece, como dito, o princípio da livre apreciação da prova em relação às declarações de parte (art. 466.º, n.º 3, do CPC), à prova testemunhal (art. 396.º do CC), à

⁹⁵ Veja-se, designadamente, MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de – **Manual de Processo Civil**. pp. 109 e 110.

⁹⁶ XAVIER, Rita Lobo; FOLHADELA, Inês; CASTRO, Gonçalo Andrade e – **Elementos de direito processual civil: teoria geral, princípios, pressupostos**. p. 138.

⁹⁷ *Idem*. p. 138.

prova por inspeção (art. 391.º do CC) e à prova pericial (art. 389.º do CC). E mesmo na hipótese de prova legal (que não seria tarifada), essas se classificam em: “1) pleníssima, quando o seu valor probatório é insusceptível de ser destruído (art. 350.º, n.º 2, do CC; ex. arts. 243.º, n.º 3, e 1260.º, n.os 2 e 3, do CC); 2) plena, quando apenas pode ser contrariada por meio de prova de que resulte ser falso o facto objecto de prova, havendo então inversão do ónus da prova (ex. falsidade de documento autêntico); 3) bastante, quando a simples dúvida do julgador sobre a realidade do facto em princípio provado por imposição legal é suficiente para que cesse o valor probatório para ela fixado (ex. presunção da paternidade estabelecida com base em escrito)”⁹⁸.

Nesse sentido, JP Remédio Marques afirma que “a regra é a da prova livre, e não a da prova tarifada ou com um valor fixo”, pois serão apreciadas livremente “de harmonia com a convicção que imprimem no espírito do julgador acerca da existência do facto (dado como facto controvertido)”⁹⁹.

Em contrapartida, o dever de fundamentação implica na exigência de o juiz, por exemplo, “explicitar porque acreditou em determinada testemunha e não em outra, porque se afastou das conclusões dum relatório pericial para se aproximar das de outro, por que razão o depoimento de uma testemunha com qualificações técnicas o convenceu mais do que um relatório pericial divergente ou porque é que, não obstante vários depoimentos produzidos sobre certo facto, não se convenceu de que ele se tivesse realmente verificado”¹⁰⁰.

Segundo Lebre de Freitas, a análise crítica da prova pelo órgão julgador vai além da simples interpretação das palavras do depoente, pois evidencia “o modo como ele depôs, as suas reações, as suas hesitações e, de um modo geral, todo o comportamento que rodeou o depoimento”. Em contrapartida, a necessidade de fundamentação obriga o juiz a melhor confrontar os vários elementos de prova presentes nos autos, não se limitando, portanto, a decidir conforme sua intuição ou impressões pessoais¹⁰¹. A fundamentação exerce, pois, “a dupla função de facilitar o reexame da causa pelo tribunal superior e de reforçar o autocontrolo do julgador sendo um elemento fundamental na transparência da justiça”¹⁰².

Destaca-se, ainda, o disposto no n. 2 do art. 608, que impõe ao juiz o dever de resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, excetuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras, não podendo se ocupar senão das

⁹⁸ *Idem*, p. 164.

⁹⁹ MARQUES, J. P. Remédio – **Acção Declarativa à Luz do Código Revisto**. p. 217.

¹⁰⁰ FREITAS, *op. cit.*, p. 316.

¹⁰¹ FREITAS, *op. cit.*, p. 317.

¹⁰² FREITAS, *op. cit.*, p. 317.

questões suscitadas pelas partes, salvo se a lei lhe permitir ou impuser o conhecimento oficioso de outras.

Em relação ao direito aplicável ao caso concreto e aos argumentos invocados pelas partes, inexistente no direito português normativo expresso e específico equivalente aos dispositivos presentes na legislação brasileira, como veremos a seguir.

2.2 Os artigos 371 e 489 do CPC brasileiro

No Brasil, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece no §1º do artigo 489 uma série de condições para que o ato judicial seja considerado como validamente fundamentado, ao dispor que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Analisando detidamente os incisos do § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil brasileiro, vê-se que o raciocínio subjuntivo (silogístico) deve ser robustamente demonstrado, pois o juiz não pode se limitar somente à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, especialmente quando houver o emprego de conceitos jurídicos indeterminados. Além disso, caberá ao magistrado enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão por ele adotada.

Ademais, a legislação processual civil brasileira não se vale mais da expressão “livremente” em dispositivos que tratam da formação do convencimento do órgão julgador na

apuração dos fatos, como era feito no código revogado de 1973¹⁰³ e está vigente no art. 607 do CPC de Portugal.

Nesse cenário, parcela da dogmática brasileira passou a defender que a sistemática cognitiva anterior teria sido totalmente superada, pois o juiz não seria mais livre, nem para se convencer, nem para fundamentar suas decisões. Nesse sentido, encontramos posicionamentos como o de Fredie Didier Jr., para quem todas as referências ao livre convencimento motivado foram abolidas do ordenamento jurídico, pois o convencimento do julgador deve agora ser racionalmente motivado, num modelo processual cooperativo, “onde o juiz e as partes atuam juntos, de forma coparticipativa, a fim de alcançar um devido processo justo”¹⁰⁴.

Em consonância com a vontade expressada pelo legislador, argumenta-se que a liberdade de convencimento atribuiria ao juiz um poder discricionário de, conforme seus critérios e sentimentos pessoais, dizer quais das provas são aptas a formar seu entendimento, motivo pelo qual “o sistema processual civil brasileiro, a partir do CPC de 2015, superou o critério do livre convencimento motivado, que deixou de ser referido no texto normativo”¹⁰⁵.

Por outro lado, há correntes no sentido de que defender a observância dessa postura racional argumentativa como algo desejável do juiz e como exigência do CPC/2015 não significa que o princípio secular do livre convencimento deixou de existir, justamente porque “jamais foi concebido como método de alforria para o juiz julgar o processo como bem entendesse, como se o ordenamento jurídico não fosse o limite”¹⁰⁶.

Sobre o tema, merecem destaque os ensinamentos de Humberto Theodoro Jr., pois, embora o professor diga expressamente que a legislação processual em vigor não repetiu o princípio do convencimento livremente motivado, também nega que a livre apreciação da prova seja sinônimo de arbitrariedade, já que mesmo no Código de Processo Civil de 1973 “havia de ser feita segundo critérios lógicos e máximas da experiência, cabendo ao juiz fundamentar a sentença”¹⁰⁷.

Nas lições do jurista, seria melhor dizer que o convencimento agora é racionalmente motivado para enfatizar que a intenção da norma é impedir o cometimento de arbitrariedades, mas não tolher a liberdade do magistrado, pois “no livre convencimento o juiz pode julgar

¹⁰³ Art. 131 do CPC/73: o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm).

¹⁰⁴ BRAGA; DIDIER JR.; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 118.

¹⁰⁵ CÂMARA, *op. cit.*, p. 230.

¹⁰⁶ GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de – **Teoria Geral do Processo**. p. 234.

¹⁰⁷ THEODORO Jr., Humberto – **Curso de direito processual civil**, p. 650.

sem se atentar, necessariamente, para a prova dos autos, recorrendo a métodos que escapam ao controle das partes, no sistema da persuasão racional, o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo. Sem a rigidez da prova legal, em que o valor de cada prova é previamente fixado na lei, o juiz, atendo-se apenas às provas do processo, formará seu convencimento com liberdade e segundo a consciência formada. Embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos”¹⁰⁸.

Com percepção semelhante, Marinoni, Arenhart e Mitidiero defendem que o direito brasileiro continua adotando o sistema de valoração racional da prova, apesar da supressão do adjetivo “livre”, sendo que a aferição da racionalidade do proceddo de convencimento do juiz ocorre mediante a análise da fundamentação¹⁰⁹, como entende a doutrina portuguesa.

2.3 Convencimento judicial: livre ou racional?

A convicção devidamente fundamentada é um sistema pautado do culto da racionalidade, de forma incontroversa tanto no Brasil como em Portugal, embora parcela da dogmática brasileira tenha repudiado a liberdade cognitiva do juiz, por, aparentemente, partir da concepção de que o julgamento livre respaldaria um sistema ilógico, arbitrário e irracional.

E apesar de a lei processual brasileira se ter preocupado muito mais em regulamentar o dever de motivação judicial, nota-se, em ambos os países, a mesma preocupação de o Poder Judiciário proferir decisões com fundamentações racionais enquanto legitimadoras democráticas da atuação judicial, pois os juízes não são eleitos pelo povo, mas ingressam na carreira por concurso público. Segundo Helena Cabrita, é através da fundamentação que é possível exercer o escrutínio do poder judicial, controlando-se a lógica, a objetividade e a racionalidade das decisões¹¹⁰.

Porém, conforme será demonstrado ao longo deste estudo, mesmo que a intenção de parcela da dogmática brasileira seja frisar a necessidade de decisões judiciais racionais, propor um princípio inédito intitulado convencimento racionalmente fundamentado, em oposição à liberdade de cognição, em nada contribui para o aprimoramento e maior legitimação do papel do Poder Judiciário.

¹⁰⁸ THEODORO Jr., Humberto – **Curso de direito processual civil**, p. 1272.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de processo civil comentado**. p. 416.

¹¹⁰ CABRITA, *op. cit.*, p. 26.

Na verdade, essa perspectiva tida como inovadora até prejudica (ainda mais) a compreensão da atividade cognitiva do juiz na condução e julgamento do processo, de modo que somente clamar por mais racionalidade não garantirá (como, de fato, não garante) decisões mais racionais, principalmente se focada numa pretensa limitação abstrata da liberdade interpretativa do magistrado sobre as normas aplicáveis e provas presentes nos autos, como veremos adiante.

CAPÍTULO 3

O CONTROLE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL

Num modelo processual liberal burguês, “manter o judiciário alienado é situação condicionante para conservar o estado de conquistas burguesas e o juiz sem poder é ideal e necessário para o sistema legal orquestrado no século das luzes”¹¹¹. Nessa linha, a ideologia positivista ajustou-se a um modelo de juiz “neutro, imparcial, equidistante das partes para, após cognição ampla, plena e exauriente, dizer a lei ao caso concreto com certeza”¹¹².

Aspectos históricos destacados por Alexandre Araújo Costa demonstram que, no modelo liberal clássico (burguês), “a segurança jurídica era um dos aspectos mais relevantes e não poderia ser influenciada pelas posturas individuais dos juízes”¹¹³. Contudo, um tratamento juridicamente igualitário a pessoas em situações desiguais provocaram lutas pela igualdade e liberdade materiais nos movimentos sociais do século XX, instaurando-se “uma crise de legitimidade das decisões jurídicas”¹¹⁴.

Com isso, o natural e necessário desenvolvimento social suscitou novas demandas, por via oblíqua, novos direitos, sendo possível vislumbrar um juiz atuante, inclusive, para decidir e determinar políticas públicas¹¹⁵, como característica marcante de um fenômeno denominado ativismo judicial, que:

tem a sua origem após a Segunda Grande Guerra Mundial, com o alargamento das declarações de direitos na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU (1948) e nas novas Constituições dos países democráticos. Além disto, Tribunais Constitucionais na Europa e mais tarde na América Latina (v.g., Colômbia e Costa Rica), passaram a ter grande influência na interpretação das Constituições¹¹⁶.

Apesar disso, no processo de formação do “senso comum” dos juristas, sua articulação encontra suas referências teóricas “em pensadores da década de 1920 e até hoje organiza o pensamento dogmático, ainda construído sobre o pressuposto de que existem sentidos linguísticos a serem desvendados por meio de métodos racionais de interpretação”¹¹⁷. Segundo Melo Neto, “a corrente que vê a decisão judicial como um ato de conhecimento

¹¹¹ BORGES, *op. cit.*, p. 6.

¹¹² PEREIRA Filho, Benedito Cerezo; MORAES, Daniela Marques de. **A Imprescindível Reforma no e do Poder Judiciário como Corolários do Acesso à Justiça.**

¹¹³ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica.** p. 352.

¹¹⁴ *Idem*, p. 352.

¹¹⁵ *Idem*, p. 352.

¹¹⁶ FREITAS, Vladimir Passos de. **Ativismo judicial: afinal, do que se trata?**

¹¹⁷ COSTA, *op. cit.*, p. 355.

frequentemente a identifica como um ato racional mecanicista, onde o resultado alcançado em casos semelhantes seria sempre o mesmo, onde a decisão poderia ser predita”¹¹⁸.

Consequentemente, em relação à fundamentação dos atos proferidos pelo juiz, sua estruturação continua a assumir geralmente um caráter persuasivo, prestando-se muito mais a justificar a decisão adotada, com o fim de terminar a lide posta em juízo, do que convencer seus destinatários¹¹⁹.

Por isso, normalmente, nos países da *civil law*, a argumentação jurídica não recebe a mesma atenção que o estudo do texto normativo numa cultura de aplicação silogística da lei. Isso porque somente na segunda metade do século XX, com a ascensão do pós-positivismo e valorização do Direito Constitucional, que a metodologia jurídica da Europa continental faz um caminho de reaproximação à argumentação jurídica¹²⁰, quando merecem destaque as teorias da argumentação.

Segundo Atienza, “ninguém duvida que a prática do Direito consista, fundamentalmente, em argumentar, e todos costumamos convir em que a qualidade que melhor define o que se entende por um "bom jurista" talvez seja a sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade. Entretanto, pouquíssimos juristas leram uma única vez um livro sobre a matéria e seguramente muitos ignoram por completo a existência de algo próximo a uma "teoria da argumentação jurídica”¹²¹.

Contraditoriamente, o neopositivismo lógico negou a possibilidade de se escolher racionalmente entre valores conflitantes, “marcando as fronteiras da hermenêutica jurídica moderna, que já não poderia mais se ligar a perspectivas epistemológicas tão deslocadas do atual cenário filosófico”¹²². Assim, já em meados do século XX, passou-se a descrever a prática jurídica por meio de categorias ligadas à argumentação, mas ainda com a esperança de estabelecimento de critérios de validade universais, passando pela lógica e pela retórica aristotélicas, pela argumentação jurídica e pela resignificação de antigas concepções sobre a verdade.

Demonstrando a complexidade do assunto, é importante ressaltar que mesmo a mudança de perspectiva sobre o discurso jurídico não impediu o aparecimento de teses defendendo a falência das teorias da argumentação em termos de universalização do discurso, no sentido de que, “em vez de se insistir na tentativa de construir uma ponte para o

¹¹⁸ JORGE neto, *op. cit.*, p. 261.

¹¹⁹ FERRAZ Jr. – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 61-65.

¹²⁰ JORGE neto, *op. cit.*, p. 137.

¹²¹ ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. p 17.

¹²² COSTA, *op. cit.*, p. 355.

universal, por meio da razão, mais útil seria contribuir para um pensamento que não busca fundamentação alguma”¹²³, de modo que uma mitologia circular da hermenêutica ofereceria “o melhor repertório de categorias para nos ajudar a construir uma sociedade de indivíduos mais livres para assumirem e exercerem suas próprias autonomias”¹²⁴.

Quando analisamos decisões judiciais para além da dogmática, a questão metodológica também deve ser esclarecida para compreensão dos contornos da análise, havendo diferenças e semelhanças entre a retórica e a argumentação jurídica *standard*. Num infundável debate teórico, identificamos tanto usos que consideram argumentação ser um termo tão amplo, capaz de abranger todas as formas de uma complexa tradição de pensamento, que remonta a Aristóteles, como também compreensões em sentido oposto, pois a retórica seria a dimensão mais ampla e adequada, em que as argumentais racionais estão inseridas, junto com outras formas de linguagem e comunicação humanas.

Para Claudia Roesler, “quando esse processo de oferecimento de razões e de persuasão sobre a correção da decisão tomada é observado do ponto de vista das suas características argumentativas em sentido estrito, pode ser analisado pela teoria da argumentação. Se o interesse maior é desvelar suas formas retóricas, ou seja, localizar os elementos que o fazem ser mais persuasivo, pode ser descrito a partir do instrumental teórico da teoria da argumentação jurídica que podemos qualificar como retórica”¹²⁵.

As teorias da argumentação jurídica normalmente são atribuídas às obras de três autores – Theodor Viehweg, Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca – e estudam os argumentos produzidos em contextos jurídicos, que basicamente acontecem em três diferentes campos: a) o da produção da norma; b) o da aplicação de normas jurídicas à solução de casos concretos; c) o da dogmática jurídica, responsável por fornecer critérios para a produção e aplicação do Direito, além de ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico¹²⁶.

Mas é somente a partir do final da década de 70 que podemos falar sobre o nascimento da teoria da argumentação *standard* em obras como as de Robert Alexy, Neil MacCormick, Aulis Aarnio, Aleksander Peczenik e Manuel Atienza, preocupados com os diferentes aspectos da argumentação jurídica e com o desenvolvimento de modelos de análise e avaliação da argumentação judicial nos casos concretos.

¹²³ COSTA, *op. cit.*, p. 414.

¹²⁴ *Idem*, p. 414.

¹²⁵ ROESLER, Claudia. **A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais?** p. 25.

¹²⁶ ATIENZA, *op. cit.*, p. 18.

Segundo Roesler, “ainda que o interesse seja discutir a racionalidade do discurso jurídico em geral, o foco central acaba sendo rapidamente concentrado nos discursos judiciais realizados por ocasião de decisões tomadas institucionalmente por sujeitos encarregados da jurisdição (...) Os modelos de análise mais disseminados são desenvolvidos para demonstrar como, sobretudo nos hard cases, é possível argumentar racionalmente e indicar os fundamentos decisórios que nos permitem controlar a subjetividade judicial¹²⁷.”

Quanto às perspectivas dogmáticas sobre o discurso jurídico, não podemos deixar de mencionar as considerações de Calamendrei, para quem “a motivação não é a fiel descrição do processo lógico-psicológico que levou o juiz à decisão, mas sim a apologia, que o juiz elabora *a posteriori*, da própria decisão”¹²⁸, crença que levou a doutrina a desmotivar ainda mais para o estudo aprofundado do fenômeno, por defender abertamente a irracionalidade do processo cognitivo.

Nas palavras de Taruffo, “na Itália, o impulso irracionalista é menos evidente, mas o papel dominante assumido em nosso panorama cultural pelo neoidealismo e pelo espiritualismo induz os juristas, muito relutantes em abandonar o tradicional agnosticismo filosófico, a ainda afrontar o problema do juízo com os já envelhecidos instrumentos de racionalização fornecidos pela silogística ou, uma vez refutados tais instrumentos, com uma impressionante pobreza e confusão de premissas metodológicas¹²⁹.”

Não obstante tantas inquietações, a dogmática processual civil brasileira insiste em ressaltar a importância da racionalidade não só como critério de validade da fundamentação judicial, mas como instrumento de controle da liberdade cognitiva do magistrado. Tal pensamento não contribui para o aprimoramento da atividade jurisdicional e mostra-se bastante ingênuo, seja comparado às teorias antigas, mantidas pela tradição, ou às teorias novas – desprovidas de evolução, por não terem passado por crítica rigorosa – e que, nos últimos anos, somaram-se a outras teorias que se atrevem a indicar características essenciais do próprio juízo.

Mesmo de entre os teóricos da argumentação renomados, nenhum propôs um modelo sistematizado suficiente para uma análise específica da formação da cognição judicial (seja externa ou, muito menos, interna). Suas contribuições consistem no fornecimento de um conjunto de instrumentos das estruturas argumentativas ou persuasivas presentes no discurso.

¹²⁷ ROESLER, *op. cit.*, p. 29.

¹²⁸ TARUFFO, Michele – **La motivación de la sentencia civil**. TARUFFO, p. 38.

¹²⁹ *Idem*, p.. 45.

Como afirma Roesler, “aceitar que há sombras e luzes e que não podemos explicá-las todas e ao mesmo tempo faz parte de todo esforço sério de pesquisa acadêmica”¹³⁰.

Apesar de toda essa complexidade para estudo do fenômeno e de uma multiplicidade de possíveis pontos de vista para analisar a motivação judicial, a depender da linha metodológica adotada, nota-se que aprofundamento jurídico no estudo do tema foi e ainda é escasso, sendo mais escassa ainda a atenção dada às implicações de natureza metajurídica presentes na fundamentação.

É necessário e urgente, portanto, integrar as definições tradicionalmente propostas nessa perspectiva abarcando também aspectos inerentes ao fenômeno motivacional, mas que foram excluídos da pesquisa jurídica dogmática, pois, considerando as diversas perspectivas em que esse possa ser estudado, mostra-se supérflua “qualquer tentativa de estabelecer um critério ordenador que compreenda todas as possíveis abordagens do problema”¹³¹.

3.1 O controlo da racionalidade do “discurso” jurídico

Seguindo a escolha de Taruffo, consideramos o “discurso” como único dado empírico possível apontado imediatamente na motivação judicial, identificado como um conjunto de proposições ligadas entre si dentro de um mesmo contexto autonomamente identificável e com as características peculiares de finitude e indefinição, apesar de imodificável, a princípio, pelo orador. E é isso que implica na despersonalização do discurso judicial após sua objetivação em palavras escritas¹³².

No contexto do discurso, fundamentar é prestar contas do que se diz e quem argumenta racionalmente busca o mútuo entendimento, mesmo que isso não exclua a possibilidade de conflito. Havendo convencimento, orador e receptor alcançam a verdade, enquanto na persuasão o ouvinte pode adotar uma postura de conformação ou de contestação¹³³.

Segundo Aristóteles, em certa medida, todos procuram discutir e sustentar teses, defender-se e acusar os outros, mas argumentar, em si, é uma arte, sendo a persuasão racional consagrada como estratégia mais eficiente de comunicação, na medida em que o ser humano tem uma predisposição a acreditar naquilo que aparenta ser verdadeiro e universal¹³⁴. Isso

¹³⁰ ROESLER, p. 25.

¹³¹ TARUFFO, Michele – *La motivación de la sentencia civil*. TARUFFO, p. 53.

¹³² *Idem*, p. 55.

¹³³ FERRAZ Jr., *op. cit.*, p. 46-59.

¹³⁴ ARISTÓTELES. *Retórica*. p. 39.

porque a racionalidade, numa concepção situacional, seria uma espécie de “distância, de neutralidade, no sentido da objetividade das ciências da natureza” que se instala dentro de uma situação comunicativa¹³⁵.

As regras da lógica argumentativa são cogentes, uma vez que seu descumprimento importa numa impossibilidade linguística demonstrável¹³⁶. No âmbito processual, cada parte é dona da sua verdade para tentar alcançar seus próprios interesses, pelo que os argumentos apresentam-se predominantemente nessa estrutura lógica ou racional persuasiva. O discurso jurídico peculiariza a ação comunicativa quando “torna objetiva a dimensão comunicativa subjetiva em que os partícipes da discussão se encontram, permitindo-lhes um panorama da complexidade das suas relações”¹³⁷.

Quando se trata da argumentação desejável na motivação judicial, encontramos que a organização do discurso deve convencer os destinatários de que a solução foi correta e justa, pois inserida dentro de um ordenamento jurídico previamente existente¹³⁸. A doutrina do silogismo judicial identifica a estrutura do juízo em um silogismo “cuja premissa maior é dada pela norma aplicável ao caso, enquanto a premissa menor é dada pelos fatos relevantes provados e a conclusão é dada pela decisão do caso concreto”¹³⁹.

Apesar do dever de imparcialidade, em relação à fundamentação dos atos proferidos pelo juiz, sua estruturação assume geralmente o mesmo caráter persuasivo das petições apresentadas pelas partes, prestando-se, assim, muito mais a justificar a decisão adotada, com o escopo de solucionar a lide posta em juízo, do que convencer os seus destinatários¹⁴⁰. Com essa constatação, os anos passam e permanecem atuais discussões sobre o escopo do processo no que diz respeito à busca da verdade real e da Justiça.

Segundo Cláudia Roesler, “a argumentação judicial é, por isso, definível como um complexo jogo de sombra e luz na qual o desenvolvimento do Direito depende da capacidade dos intérpretes de mostrarem continuidade e inovação como as duas faces da mesma moeda. Em ambos os casos, ou seja, quando é mais luz ou mais sombra, o jogo consiste em mostrar a descontinuidade como apenas aparente e a escolha de um novo curso de ação ou decisão como uma consequência natural daquilo que o ordenamento já continha”¹⁴¹.

¹³⁵ FERRAZ Jr. – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 46.

¹³⁶ JORGE Neto. *op. cit.*, p. 132.

¹³⁷ LARENZ, Karl citado por FERRAZ Jr., *op. cit.*, p. 92.

¹³⁸ ROESLER, Claudia, *op. cit.*, p. 25.

¹³⁹ TARUFFO, Michele – **La motivación de la sentencia civil**. 148.

¹⁴⁰ FERRAZ Jr. – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 61-65.

¹⁴¹ ROESLER, *op. cit.*, p. 24.

Na Retórica aristotélica, quanto aos métodos de persuasão, consideram-se como os mais eficientes a demonstração, real aparente, por meio das técnicas argumentativas da indução, do silogismo e do silogismo aparente, que, na retórica, correspondem ao exemplo, ao entimema e ao entimema aparente. Para Aristóteles, os discursos baseados em entimemas geram mais impressão, pois, sendo uma forma de silogismo, suas premissas (gerais e abstratas) e conclusões são máximas.

Isso porque, segundo o filósofo, “quando baseamos a demonstração de uma proposição em um grande número de casos semelhantes, temos a indução na dialética e o exemplo na retórica; quando mostramos que, uma vez verdadeiras certas proposições, uma proposição adicional e completamente distinta tem também que ser verdadeira como consequência, de maneira universal ou majoritária, isso é chamado de silogismo na dialética e entimema na retórica”¹⁴².

A busca de uma objetividade, não importa a sua natureza, “corresponde ao desejo que o orador tem de transcender as particularidades históricas ou locais de modo que as teses defendidas possam ser aceitas por todos”¹⁴³. Dito de outro modo, o ser humano tem uma predisposição a acreditar naquilo que aparenta ser verdadeiro, razão pela qual a objetivização dos fundamentos é o modo mais eficiente para convencer até os dias de hoje.

E o entimema acaba sendo o caminho para essa demonstração de objetividade (verdade aparente) a partir de um processo silogístico, sendo, sem dúvida, o instrumento retórico mais útil, uma vez que nos sentimos mais plenamente persuadidos quando julgamos que alguma coisa foi demonstrada¹⁴⁴.

Etimologicamente, a palavra entimema tem o significado de considerar, ponderar e refletir, mas ganha o sentido de “silogismo incompleto quando passa a ser vista como uma forma de argumentação que persuade, em que pese a ausência de necessidades e certezas lógicas, como um silogismo abreviado, imperfeito”¹⁴⁵. O entimema pressupõe que o receptor da mensagem também conhece e concorda com as premissas e conclusões silenciadas, mesmo que tal concordância, de fato, não ocorra.

Iniciando sua vida intelectual no conflito entre a retórica dos sofistas e a ontologia de Platão, Aristóteles procura dar um tratamento mais sistemático à arte retórica e ao conceito de entimema. Porém, conforme lembrado por Hugo Otávio Tavares Vilela, o próprio Aristóteles não conseguia esconder suas dúvidas quanto à solidez da retórica, que era bastante diferente

¹⁴² ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 47.

¹⁴³ PERELMAN, Chaïm – **Lógica jurídica: nova retórica**. p. 31.

¹⁴⁴ ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 40.

¹⁴⁵ ADEODATO, João Maurício Leitão – **Ética & retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. p. 362.

dos métodos lógicos, pelo que acabou, ao longo do tempo, desusada em detrimento dos sistemas aristotélicos de raciocínio lógico¹⁴⁶.

De todo modo, o sistema de argumento persuasivo racional (aristotélico) prevaleceu na construção do pensamento ocidental, inclusive, na ciência jurídica positivista clássica, expressado por meio de um raciocínio lógico silogístico, com a fixação da lei como máxima, sendo também a consequência nela prevista regramento universal – que sempre deverá acontecer. Para Adeodato, “o direito de algumas sociedades mais complexas, que pode ser dito dogmático, caracteriza-se, como postulados iniciais, por só considerar argumentos alegadamente embasados em um texto de norma preexistente no ordenamento estatal. A interpretação e aplicação desse direito apresenta-se como silogística: a norma estatal alegada em geral expressa pela lei e pela jurisprudência, representa a premissa maior, o caso concreto, por um processo de subsunção, constitui a premissa menor, e a norma individual aplicável ao caso concreto corresponde à conclusão”¹⁴⁷.

Assim, quando falamos no estudo científico positivista, a lei é a verdade, como também é verdade a sua melhor interpretação, ditada pela autoridade competente. Nesse contexto, a ação linguística do jurista, dominada pelo escopo de convencer a outra parte, pela demonstração da verdade, dirige-se, geralmente, a outros juristas, desenvolvendo, por isso, uma terminologia própria.

Contudo, o silogismo só é aplicável quando suas proposições apresentam determinadas características lógicas, razão pela qual apenas em situações extraordinárias a motivação judicial apresentará uma ordem lógica dedutiva, raramente determinando a norma aplicável ao caso concreto¹⁴⁸. Nesse sentido, apesar da ideia difundida dentre os filósofos de que a retórica caiu em desuso, bem esclarece Adeodato que “a estrutura discursiva judicial mostra-se muito mais entimemática (retórica) do que silogística, porque nem todas as normas utilizadas explicitam-se, ou seja, ficam indeterminadas, prestando-se à manipulação”¹⁴⁹.

Considerando, portanto, a normalidade na vida prática, “a doutrina do silogismo judicial é falsa se pretende significar que o juiz usa somente o silogismo”¹⁵⁰, pois “os juízos jurídicos são invariavelmente juízos de valor, e essa imbricação do direito com a cultura e com a moral acaba por realizar o comprometimento de suas estruturas lógicas”¹⁵¹.

¹⁴⁶ VILELA, Hugo Otávio Tavares – **Além do Direito: o Que o Juiz Deve Saber**. p. 76.

¹⁴⁷ ADEODATO, *op. cit.*, p. 370.

¹⁴⁸ TARUFFO, Michele – **La motivación de la sentencia civil**, p. 154.

¹⁴⁹ ADEODATO, *op. cit.*, p. 356.

¹⁵⁰ TARUFFO, Michele – **La motivación de la sentencia civil**, p. 154.

¹⁵¹ BITTAR; ALMEIRA, *op. cit.*, p. 679.

Pensa-se que o raciocínio jurídico é silogístico, e não retórico (entimemático), porque se disseminou que “a estrutura autorreferente com que a dogmática jurídica apresentada pelo Estado constitucional corresponde à realidade”¹⁵², sendo esse o pensamento que “possibilita uma racionalização universalista que esconde o caráter irracional da realidade, casuística e irrepetível”¹⁵³.

Tal racionalização é construída a partir da “inserção de operadores argumentativos e partículas textuais próprias dos silogismos”, apresentando-se “numa cadeia de raciocínios para justificar um conjunto de relações estabelecidas pela argumentação”¹⁵⁴. Dessa maneira, acaba sendo a estratégia mais evidente usada para que as relações de dominação sejam representadas como legítimas.

Sendo a motivação judicial uma variável dependente do critério de interpretação empregado, e não havendo critérios sólidos para definir positivamente a ideia de uma motivação ideal, o raciocínio do juiz, guiado também por intuições, premeditações e valores pessoais, acaba não se revelando totalmente na motivação, apesar da crença presente no senso comum dos juristas dogmáticos de necessidade de todas as suas inclinações estarem racionalmente convalidadas. Os mecanismos psíquicos de ligação desses guias também não estão todos explicitamente concebidos na motivação, até mesmo porque muitas vezes incidem de orientações e condicionamentos inconscientes¹⁵⁵.

Ou seja, há uma grande diferença entre o raciocínio que leva o juiz a formular a decisão e o modo com que essa é justificada, sendo o primeiro muito mais complexo; não pode ser explicado, pois é impossível identificar todas as razões reais do fenômeno cognitivo. Um estudo jurídico relevante e útil da motivação deve-se limitar, portanto, à justificação, ou seja, ao discurso que descreve as razões expostas, pelas quais uma decisão deve ser acolhida, segundo os argumentos expostos pelo orador¹⁵⁶.

Justificação e explicação podem-se confundir quando se explica algo para estabelecer alguma premissa fática do argumento que justificará a conclusão, mas não como argumento principal, pelo que a argumentação, na prática, abarca diversos jogos de linguagem, cuja finalidade é apresentar razões, mais ou menos objetivas, para explicar ou justificar alguma coisa, em forma de sentenças, proposições ou declarações.

¹⁵² ADEODATO, *op. cit.*, p. 374.

¹⁵³ *Idem.* p. 374.

¹⁵⁴ COLARES, Virgínia. **Análise crítica do discurso jurídico: os modos de operação da ideologia.**

¹⁵⁵ TARUFFO, Michele – **La motivación de la sentencia civil**, p. 124.

¹⁵⁶ *Idem.*, p. 128.

Nas palavras de Melo Neto, “tanto da petição inicial, como na contestação, nas sentenças e nos acórdãos o que se pretende justificar e o que se disputa é a resolução da controvérsia, no caso, a aplicação ou não aplicação de uma norma em determinado caso concreto, de acordo com uma dentre várias interpretações possíveis (...) advogados e juízes agregam a essa interpretação razões ou argumentos que possam justificar a interpretação oferecida, a partir daí nasce o processo discursivo”¹⁵⁷.

A argumentação enquanto justificação normativa impessoal é um uso muito específico da linguagem, que se baseia em critérios racionais, pois extrai sua objetividade, ao menos aparente, de uma pretensão de correção lógica, enquanto instrumento de validade, fundada em bons argumentos que possam ser entendidos, aceitos ou rejeitados por qualquer pessoa capaz de avaliar seu conteúdo de forma consciente.

E mesmo tal perspectiva justificatória da decisão judicial é complexa, devido à existência de “pluralidades discursivas heterogêneas, fazendo-se presente e funcional, na medida em que existem universos de discursos jurídicos inteira e absolutamente inexplorado em termos de linguagem”¹⁵⁸. Quando se admite a violência simbólica das formas linguístico-jurídicas a partir de referência aos ensinamentos de *Bourdieu*, ressalta-se que “o Direito, ao gerar seus consensos, permite que o arbitrário, a violência física e a dominação pura e simples sejam eliminadas do universo decisório social”¹⁵⁹.

Na visão de Taruffo, “a motivação, enquanto rigidamente estruturada segundo uma combinação de passagens lógicas cogentes, parece mais com um modo de imposição da decisão, reforçando a sua autoridade formal e substancial, na medida em que visa a demonstrá-la, do que um modo de justificá-la, colocando em evidência as suas características necessariamente ligadas à racionalidade”¹⁶⁰.

Nos sistemas marcados pela presença da codificação, como o brasileiro e o português, constata-se que ainda persiste a ideia de sistematização do ordenamento jurídico como um modelo lógico de raciocínio judicial, compreendido numa perspectiva dedutiva e consequencialista, cuja fonte principal são normas gerais e abstratas¹⁶¹. Todos os positivismos, assim, tomam o direito por norma, encarando o ordenamento como o objeto privilegiado do jurista.

¹⁵⁷ JORGE Neto, *op. cit.*, p. 145.

¹⁵⁸ BITTAR; ALMEIRA, *op. cit.*, p. 547.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 669.

¹⁶⁰ TARUFFO, Michele – **La motivación de la sentencia civil**, p. 162.

¹⁶¹ *Idem*, p. 149.

Porém, mesmo no positivismo, podemos identificar duas ramificações: a) o positivismo empirista, para o qual o estudo do direito – a verdadeira ciência do direito – consiste no estudo e determinação das condições empírico-sociais em que surge e se aplica um determinado sistema jurídico; b) o positivismo legalista, para o qual a ciência do direito tem como objeto a lei, tendo como propósito a procura de uma ciência que emule as ciências naturais ou sociais e a definição de um objeto externo ao observador (a sociedade, o poder, o ordenamento) utilizador de métodos de observação e explicação baseados em leis gerais¹⁶².

Como herança de grande parte da discussão filosófica durante a primeira metade do século XX, o pensamento jurídico atual predominante ainda paira sob uma ontologia da norma jurídica com pretensão exclusivamente descritiva ou especulativa, incorporando as seguintes características: a) linguagem, como modelo de comunicação, a partir de uma noção atomista e solipsista dos seres humanos; b) as normas como formas de comunicação hierárquica de quem manda *versus* quem obedece; c) a ação humana como uma espécie de movimento psicobiológico, ou seja, iniciado por causas externas ao sujeito; d) o sujeito como reagente, e não como agente; f) a racionalidade meramente prudencial para escapar de punições ou sanções (orientação negativa)¹⁶³.

Há certo fetiche no âmbito jurídico ao seu redor¹⁶⁴. Até porque, diante de uma ampla ambiguidade e variabilidade semântica dos termos usados no discurso jurídico, na maioria dos casos é mais fácil obter o consentimento do interlocutor quando nem todas as intenções do orador são reveladas. Intencionalmente, ou não, a cientificidade do Direito a partir das máximas universais abstratas da norma jurídica e de estruturas puramente lógico-formais é uma aposta utópica, pois a motivação dedutiva não exprime o real raciocínio anterior que o juiz percorre para chegar à conclusão da decisão nem o procedimento lógico e valorativo posterior à própria tomada de decisão (e que serão ao fim expostos na motivação)¹⁶⁵.

Tanto que o jusnaturalismo era uma ideologia tolerável num tempo e hoje superado pela fundamentação da axiologia jurídica. Mesmo na linha da teoria pura do direito, a textura aberta das palavras da lei, “a ambiguidade e a vagueza das expressões legais viabilizam a redefinição dos sentidos normativos pela ciência jurídica e a adoção de uma das alternativas de decisão”¹⁶⁶. A “distinção entre contexto logicamente estruturado e contexto argumentativo

¹⁶² LOPES, *op. cit.*, p. 56.

¹⁶³ *Idem.* p. 60

¹⁶⁴ JORGE Neto, *op. cit.*, p. 129.

¹⁶⁵ TARUFFO, Michele – **La motivación de la sentencia civil**, p. 157.

¹⁶⁶ DINIZ, *op. cit.*, p. 188.

não é nítida”¹⁶⁷. No fim, a verdade apreendida a partir do texto normativo se desprende da vontade do legislador e passa a adquirir formas estabelecidas pela autoridade competente para decidir o caso concreto.

Por representar, assim, “mais um meio para eliminar o possível dissenso do que um modo de suscitar consenso crítico”, o uso da formatação lógica por parte dos juristas aparece, em regra, dissociada de qualquer pretensão de definição daquilo que o próprio termo lógica pode significar¹⁶⁸. E sobre a multiplicidade de significações do termo lógica pode significar, desde a matemática até a filosofia da linguagem, Melo Neto destaca, como ponto de partida, a distinção da lógica formal e lógica material da seguinte forma: “a lógica formal ou simbólica ocupa-se do raciocínio puro ou matemático, quando os termos das proposições (sujeito e predicado) são esvaziadas do seu conteúdo semântico. Para a lógica formal somente interessa a relação entre esses termos, ou seja, seu aspecto sintático (...) A lógica informal ou material se ocupa do estudo da lógica que existe por trás da linguagem cotidiana”¹⁶⁹.

Inevitavelmente, a estrutura justificatória exposta na motivação apresenta-se tanto como um conjunto ordenado de motivações lógicas entre as proposições como de componentes não estritamente lógicos, mas de natureza retórica, sendo impossível distinguir, topograficamente, quais seriam a parte lógica e a parte retórico-argumentativa, dado o frequente estado de comistão e interseção entre esses dois fatores¹⁷⁰.

Nas palavras de Taruffo, “a presença, na motivação, de fatores retórico-argumentativos tende a influir também sobre o significado das proposições dotadas de função lógica, seja porque pode ocorrer que uma mesma proposição tenha ao mesmo tempo valor lógico e retórico, seja porque o elemento retórico pode operar no sentido de ulteriormente integrar, modificar ou delimitar o significado próprio da proposição”¹⁷¹.

Nesse sentido, o ponto de vista central do movimento conhecido por *critical legal studies* – CLS é o de que “a promessa de coerência seria um mito que serve a dar suporte à ideia de que o sistema jurídico é lógico e autoreferente de que haveria sempre uma resposta certa. O movimento CLS surgiu nos Estados Unidos no fim da década de sessenta e início da década de setenta e tem como ideias centrais a crítica ao liberalismo e ao positivismo formalista. Contando com duas linhas distintas – a crítica à alienação produzida pela doutrina” e a crítica desconstrutivista apoiada no realismo norte-americano –, o CLS se

¹⁶⁷ TARUFFO, Michele – **La motivación de la sentencia civil**, p. 122.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 129.

¹⁶⁹ JORGE Neto, *op. cit.*, p. 141.

¹⁷⁰ *Idem*, p. 119.

¹⁷¹ TARUFFO, Michele – **La motivación de la sentencia civil**, p. 119.

assume também como um movimento político, que pugnava pela vigilância crítica com relação às decisões proferidas pelos tribunais¹⁷².

Questiona-se, então, como é possível conciliar a ideia de que a formação do direito é essencialmente dialética, pois reflete a luta ideológica na tentativa de prevalência de um determinado modo de ver as relações humanas, com a constatação de ser inviável controlar qual posição vai prevalecer, já que a racionalidade do discurso jurídico é incontrolável.

Para Roberto Freitas Filho, “reconhecendo que a aplicação da norma na decisão judicial nunca é um processo puramente racional, sendo, portanto, ideologicamente condicionado, pois, se as palavras são, em certa medida, indeterminadas, assim também as leis o são, não há como, de fato, determinar a correção de uma determinada decisão. Assim, se as decisões jurídicas são sempre a expressão da opção pessoal daquele que julga, a decisão será sempre o resultado de uma opção política”¹⁷³.

Embora a norma jurídica possa até chegar a ser editada de uma forma válida e legítima, em termos democráticos, usar a estratégia da fundamentação jurídica racional persuasiva (pura), numa teoria dogmática ingênua, que acredita num sistema de “convencimento racionalmente motivado” para interpretação e apreensão dos valores nela embutidos, não é apenas uma utopia, mas uma falácia. Usa-se com certa facilidade o brocardo *in claris cessat interpretatio*, mas “o consenso em torno do sentido de um texto jurídico afigura-se mais como uma utopia hermenêutica”¹⁷⁴, pois o comum são as diversidades de abordagens e múltiplas interpretações de um mesmo fenômeno jurídico.

Inclusive, na própria Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen já inicia “o capítulo VIII afirmando que quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar”¹⁷⁵, devendo existir sempre, de forma intencional ou não-intencional, uma margem com caráter de um quadro ou moldura entre os atos de produção e execução da norma, a permitir a livre apreciação.

Nas palavras do teórico, “que a chamada vontade do legislador ou a intenção das partes que estipulam um negócio jurídico possam não corresponder às palavras que são expressas na lei ou no negócio jurídico, é uma possibilidade reconhecida, de modo inteiramente geral, pela jurisprudência tradicional. A discrepância entre vontade e expressão

¹⁷² FREITAS FILHO, Roberto – **Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões**. p. 44.

¹⁷³ *Idem*, p. 44.

¹⁷⁴ BITTAR; ALMEIDA, *op. cit.*, p. 516.

¹⁷⁵ KELSEN, Hans – **Teoria Pura do Direito**. p. 387-389.

pode ser completa, mas também pode ser parcial (...) pelo menos a uma das varias significações que a expressão da norma veicula”¹⁷⁶.

Na Era da Desorientação Jurídica, esse espaço de moldura interpretativa no discurso jurídico se tornou muito maior e ainda mais evidente, pois, diante de conceitos cada vez mais vagos e indeterminados, principalmente os princípios e cláusulas gerais, qualquer decisão pautada na racionalidade pura é uma grosseira forma de imposição, encerrando o debate antes mesmo de ser iniciado, ou deixando “no ar” argumentos que jamais serão devidamente rebatidos pela autoridade competente.

Teorias dogmáticas reduzidas à lógica puramente formal revelam uma função ideológica silogística do juízo, pois colocam em evidência uma crença relacionada à imagem do magistrado no sentido de como essa deveria ser, e não de como é, de fato. Ao criar um modelo ideal e abstrato de juízo, inserido num sistema jurídico completo e de aplicação essencialmente cognitiva e não valorativa, dentro de um universo mecanicista, onde “a decisão final é consequência automática da ligação dedutiva implícita no próprio modo como são formuladas as premissas de direito e de fato”¹⁷⁷.

A inadequação desse pensamento se verifica porque o discurso jurídico não acontece, como demonstramos neste tópico, pelo uso de símbolos abstratos e porque o argumento dedutivo é insuficiente na argumentação jurídica, cujas questões possuem como cerne a resolução de disputas a respeito da verdade e/ou aceitação de premissas¹⁷⁸.

A teoria das normas, como teoria geral do direito, vem sendo, portanto, enfraquecida por outras teorias gerais, que podem ser genericamente denominadas teorias da ação ou da decisão. Apoiadas por uma série de mudanças na própria filosofia, que deslocaram o centro de gravidade de suas preocupações da tensão sujeito-objeto para o da linguagem como atividade regrada e como condição de possibilidade primeira da convivência cooperativa social humana¹⁷⁹.

Afastando a ideia de um sujeito isolado (solipsista), a filosofia da decisão compreende o agir humano sem explicá-lo causalmente (de fora) ou julgá-lo moralmente. Diversamente da teoria das normas, que se converteu em uma gramática geral do direito, numa sintaxe das normas, a teoria da decisão coloca-se em um nível do discurso que considera a pragmática das normas, embora reconheça que o discurso pressuponha a morfologia (os termos) e a sintaxe

¹⁷⁶ KELSEN, Hans – **Teoria Pura do Direito**, p. 390.

¹⁷⁷ TARUFFO, Michele – **La motivación de la sentencia civil**, p. 159.

¹⁷⁸ JORGE Neto, *op. cit.*, p. 149.

¹⁷⁹ LOPES, *op. cit.*, p. 55.

(as proposições), mas que apenas se completa após um ato sintético de articulação de sentidos (semântica).

Assim, as teorias do direito a partir da decisão, e não das normas, são práticas e apresentam as seguintes características: a) a linguagem como condição de interação humana, que permite a cooperação e tem função não simplesmente referencial, mas constitutiva da realidade; b) a regra é concebida à semelhança das regras de gramática ou das regras constitutivas de um campo qualquer de atividade; c) o soberano, como autoridade, é um recurso comum a ser exercido e utilizado para dirigir o grupo a seus fins; d) a ação humana como um movimento autônomo com motivos, e não uma simples reação imotivada¹⁸⁰.

Num contexto de enfraquecimento do positivismo dogmático ingênuo¹⁸¹, mas sem trazer uma reflexão niilista, nota-se o resgate da prudência aristotélica, proposta por Chaim Perelman, em seus estudos sobre a retórica. Sugerindo uma nova retórica, o autor define as bases de uma lógica jurídica que não se vale mais somente do raciocínio dedutivo, pois considera que a interpretação do texto das premissas normativas é uma atividade bastante complexa para o juiz. O julgador não é um mero tradutor da verdade e tentar convertê-lo em uma máquina logística seria uma posição utópica, pois onde há espaço para interpretação necessariamente residem instrumentos de vasta maleabilidade retórica. Assim, um princípio processual básico é que “a verdade não existe, mas se constrói por um decisum que advem da apreciação de fatos expostos e retoricamente sustentados”¹⁸² e dentro de uma sistemática normativa.

Há certa coerência interna nessa formulação e podemos identificar, em extrema síntese, como premissas da nova retórica: primeiro, o raciocínio jurídico não tem natureza lógico-demonstrativa, mas retórico-argumentativa, dialética, principalmente por envolver abertamente valores e escolhas valorativas indissociáveis do caso concreto; segundo, o raciocínio jurídico corresponde ao raciocínio do juiz, cujo único modelo aceitável é o da argumentação persuasiva dialógica, e não solipsista.

Esse procedimento se aproxima do “particularismo” presente na *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, a revelar que toda decisão (como toda ação) é particular, impossibilitando, assim, um juízo meramente dedutivo para atestar a correção da atitude a tomar, mas que não pode ser tido como relativista ou cético, pois considera justamente o alcance da decisão correta pela virtude intelectual a ser desenvolvida: a chamada prudência.

¹⁸⁰ LOPES, *op. cit.*, p. 57.

¹⁸¹ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**, p. 137.

¹⁸² BITTAR; ALMEIDA, *op. cit.*, p. 516.

Segundo Lima Lopes, “infelizmente, da maneira como foi divulgado e recebido no Brasil, os estudos de *Perelman* serviram mais para divulgar um relativismo quase sofista do que para desenvolver entre nós uma reflexão elaborada sobre o juízo jurídico propriamente dito, pois se confundiu a retórica com a oratória, em sentido contrário ao que pretendia a tradição clássica, toda ela construída contra a sofística, por enfatizar quase que apenas a manipulação do discurso ou a sua simplória ornamentação tendenciosa”¹⁸³.

Sem criticar a realidade, o que Perelman faz é simplesmente a constatar para, então, confirmar a doutrina da argumentação e validar a sua aplicabilidade em oposição ao modelo racionalista das ciências humanas, do direito *more geometrica demonstra*, de sucesso sempre muito limitado e que, hoje, já não pode mais ser considerado dominante na comunidade jurídica.

Não se duvida da racionalidade humana. Mas, diversamente da promessa de trazer a verdade à tona, a razão, numa perspectiva retórica, ou mesmo de acordo com as principais teorias da argumentação jurídica, consiste na faculdade que todo indivíduo ostenta de se posicionar perante o mundo de forma crítica, “reconhecendo nele valores, permanentemente em mutação, sopesando as vantagens e desvantagens da adoção de uma determinada postura, utilizando-se também da indução, da intuição, assim como da dedução”¹⁸⁴.

A retórica filosófica rejeita é o postulado de que os conteúdos éticos e morais estão fixados “por uma instância natural, racional ou qualquer outro critério externo, suficiente para aferir a adequação epistemológica ou ética do direito, para além do discurso jurídico existencial”¹⁸⁵. Nesse sentido, Taruffo identifica a clarificação, trazida pelo contraste entre as doutrinas logicistas e antilogiscistas do juízo, do papel relevante que a atividade valorativa do juiz desempenha no âmbito do raciocínio decisório, embora ainda se esteja muito distante de esclarecer satisfatoriamente as características, os modos e as consequências dessa atividade valorativa¹⁸⁶.

Não é defensável, portanto, a ideia de superação total da lógica no raciocínio jurídico, como fizeram os Estudos Jurídicos Críticos – CLS, mas é inegável sua variação conforme os sujeitos emissores do discurso, cujas características correspondem às diferentes funções e aos

¹⁸³ LOPES, *op. cit.*, p. 59.

¹⁸⁴ GONTIJO, Lucas de Alvarenga. **Lógica dialética-discursiva e teoria do direito: ensaio crítico sobre metodologia jurídica.**

¹⁸⁵ ADEODATO, *op. cit.*, p. 376.

¹⁸⁶ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**, p. 143.

diferentes relevos “atribuídos à argumentação retórica e à argumentação lógica, bem como aos juízos de valor em relação às operações puramente dedutivas”¹⁸⁷.

Na prática, se nem mesmo podemos falar em homegeneidade necessária entre discursos proferidos por sujeitos que ocupam as mesmas funções, pois é fato notório que juízes de um mesmo tribunal podem raciocinar e fundamentar de formas diversas sobre casos concretos idênticos, quiçá sobre uma homegeneidade discursiva de entre todos os intérpretes possíveis do direito. Logo, além de não descrever suficientemente o *modus operandi* da motivação judicial, a nova retórica também não resolve os problemas dela decorrentes, principalmente quando se nota o conceito de auditório universal como critério central de verificação da racionalidade.

Isso porque, em primeiro lugar, uma argumentação não é racional porque acolhida por um auditório universal, mas, sim, porque retira sua validade de qualquer auditório auditório faticamente predisposto a alcançar um consentimento pautado em motivos racionalmente expostos. Em segundo, o conceito de auditório universal é manifestação de uma ideologia conservadora arriscada, pois pode fazer da irracionalidade difundida um critério de racionalidade, sendo esse incontrolável.

Portanto, a deliberação do juiz consigo mesmo se apresenta como uma construção profundamente abstrata e artificial, reprodutora de incertezas e tendente a se apresentar como cânone absoluto do pensamento e de qualquer atividade criativa ou investigativa. Nesse sentido, Melo Neto entende que “uma teoria que descreva a decisão judicial simplesmente como ato argumentativo seria uma teoria claramente insuficiente. Isso porque a argumentação não acontece isoladamente. É impossível argumentar sozinho. A argumentação de alguém consigo próprio é um ato subjetivo, um pensamento intelectual que ainda não foi exteriorizado. A argumentação é, por excelência, um ato intersubjetivo, uma vez que é preciso que se dê, pelo menos, entre duas pessoas”¹⁸⁸.

Nesse panorama, reconhecemos como papel da nova retórica na motivação judicial a demonstração de que nem o raciocínio interno do juiz nem a motivação exposta são construídos por estruturas dedutivas rígidas, fechadas e rigorosamente formalistas, pois o próprio conceito de racionalidade é relativo, considerando o tipo e a função de cada discurso, mas evitando a aplicação de critérios racionalistas puros (das ciências exatas) ao discurso jurídico.

¹⁸⁷ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**, p. 184.

¹⁸⁸ JORGE Neto, *op. cit.*, p. 181.

Na presente análise dissertativa, é também importante considerar, para fins de aprofundamento, a tese exposta por Theodor Viehweg de que a estrutura fundamental do pensamento jurídico é *tópica* e a jurisprudência tem uma estrutura problemática. O pensamento tópico, que parte do problema e é orientado apenas por um catálogo fragmentado, impreciso e aberto, mas que não deve necessariamente se impor, como o pensamento sistemático (silogístico) se impõe – o catálogo orientador pode, ou não, ser usado no caso concreto. Por isso, a tópica seria “a arte da invenção, da disputa, a partir do caso, pois esse modo de pensar parte da luta, a favor e contra, dos móveis em debate: no lugar do reflexo entra a reflexão”¹⁸⁹.

Tem-se esse tipo de pensamento como uma das formas de descrição do raciocínio jurídico em geral e, conseqüentemente, do raciocínio do juiz, pois demonstra “como, em realidade, o raciocínio jurídico não se desenvolve ao longo de linhas dedutivas e em um sistema fechado de conceitos jurídicos”¹⁹⁰.

Segundo Viehweg, “quando se produzem mudanças de situações em casos particulares, é preciso encontrar novos dados para tentar resolver os problemas. Os *topoi*, que intervêm com caráter auxiliar, recebem, por sua vez, seu sentido a partir do problema. A ordenação com respeito ao problema é sempre essencial para eles. À vista de cada problema aparecem como adequados e inadequados, conforme um entendimento que nunca é absolutamente imutável. Devem ser entendidos de um modo funcional, como possibilidade de orientação e como fios condutores do pensamento”¹⁹¹.

Embora não indique um procedimento de premissas e critérios a serem necessariamente empregados na motivação judicial, como método, a teoria tópica apresenta um modo de determinação dessas premissas pelo juiz, que são escolhidas no âmbito de múltiplos *topoi* disponíveis, de significados indeterminados e variáveis. Como exemplo, podemos citar argumentos consubstanciados nos princípios gerais do direito, na retórica emotiva (*reductio ad absurdum*) e nas tracionais da lógica jurídica e da lógica geral, como *a maiori*, *a minori*, *a contrariis*, *a pari* etc.

Entretanto, como adverte Taruffo numa reflexão crítica sobre a teoria tópica, “é difícil não concordar com a opinião de quem entende que a definição tópica do raciocínio jurídico não faz outra coisa que descrever um aspecto bastante banal”¹⁹² devido à incerteza decorrente da ausência de rigorosa determinação do significado e fundamentação do *senso comum*.

¹⁸⁹ GONTIJO, *op. cit.*

¹⁹⁰ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**, p. 164.

¹⁹¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. p. 34.

¹⁹² TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**, p. 168.

Permanecem misteriosas, portanto, as características dos atos que o juiz considera como premissa relevante e o procedimento para resolver os conflitos a partir dessas premissas, como as regras de apreciação ético-política ou econômica dos fatos.

De um modo geral, o que é definido como senso comum decorre de um processo lógico-jurídico, pois a estrutura global do raciocínio justificativo é quase sempre condicionada pelos argumentos que o compõem, cuja validade depende, inevitavelmente, de uma validade lógica. Assim, a argumentação fundada no *topos* resolve-se “por uma estrutura lógica com componentes retórico-persuasivos, que se enxerta nas margens da indeterminação e da carência estrutural lógico-semântica que o próprio *topos* pode apresentar”¹⁹³.

Sobre a releitura de Viehweg das obras de Aristóteles e Cícero, verifica-se um resgate da noção de que o homem precisa deliberar sobre as coisas que não são fornecidas diretamente pela natureza, a partir de um contraste de opiniões e do exame da qualidade das premissas, sendo a tópica, a retórica e a dialética as técnicas de raciocínio mais aptas a conferir algum grau de segurança sobre as decisões adotadas.

Nas palavras de Roesler, “partindo de um problema – judicial ou não – o jurista procura uma boa resposta para resolvê-lo. Para responder ao problema, busca em suas fontes pontos de partida para construir um raciocínio que seja verossímil e aceito pelos participantes de uma cultura jurídica (...) Os juristas fazem um trabalho constante e quase sempre invisível de inserção das inovações em uma tradição jurídica. O direito é, nesse sentido, menos a premissa dada pelo Legislador e mais o resultado da interpretação contínua entre Legislador, juiz e doutrina”¹⁹⁴.

Nesse ponto, conotações positivas são identificadas no raciocínio tópico quando se reconhece a presença de lugares comuns, em forma de expressões e compreensões dentro da sociedade como um todo, proporcionando uma ligação mais fácil entre o discurso presente na decisão judicial e o leitor não especializado em direito, o que possibilita maior controle externo da motivação judicial. Além disso, os *topos* podem servir como controle da racionalidade jurídica pura, principalmente porque, no senso comum, costumam prevalecer os fatores de razoabilidade e equidade¹⁹⁵.

Por outro lado, coadunamos com Taruffo quando o autor faz críticas semelhantes às citadas nas linhas acima em relação ao auditório universal e à deliberação consigo mesmo da nova retórica de Perelman, visto que, em muitos casos, não existe nem mesmo um *topos*, mas,

¹⁹³ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**, p. 174.

¹⁹⁴ ROESLER, *op. cit.*, p. 27.

¹⁹⁵ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**, p. 177.

sim, várias opiniões ou pontos de vista em oposição, tornando a decisão do juiz uma simples escolha quando a fixação de lugares ou sentidos comuns é impossível. Na prática, o pensamento tópico, desprovido de uma reflexão crítica e fora de um contexto efetivamente dialético, tende à escolha do juiz em um sentido mais conservador, com a permissão de ignorar princípios e conceitos diversos das suas conclusões.

De todo modo, o risco de manipulação por meio da linguagem é real, uma vez que a oposição entre raciocínio tópico e raciocínio sistemático é flexível. Principalmente se adotada essa concepção ciceroniana, que entende a tópica como praxe da argumentação retórica, como técnica de persuasão destinada a seduzir o auditório. Por isso, se usar um argumento de forma *tópica* é reduzi-lo a ideia de senso comum, a diferença entre *lógica* e *tópica* pode estar apenas no seu modo de uso, e não na sua essência, num viés de conotação negativa se: não existir um prévio consenso difundido na sociedade ou, pelo menos, em grupo social específico; representar um ponto de vista simplista e insuficiente do próprio problema; servir como mecanismo eficaz de indução ao consenso externo¹⁹⁶.

Por fim, com larga influência no Brasil, mais acadêmica do que prática, a teoria da argumentação de Robert Alexy também parte da constatação de que “a aplicação das normas jurídicas não se resume a uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas”¹⁹⁷ para propor uma metodologia a ser utilizada nos casos de colisão entre princípios jurídicos e axiomas empíricos entram em conflito, nos chamados casos difíceis – *hard cases*.

Nas palavras de Alexy, “quando ocorre de um caso singular não se seguir logicamente nem das normas pressupostas nem dos enunciados solidamente fundamentados de um sistema qualquer (juntamente com enunciados empíricos), nem pode ser fundamentada definitivamente com a ajuda das regras da metodologia jurídica, então resta ao intérprete um campo de ação em que se tem de escolher entre várias soluções, a partir de normas jurídicas, regras metodológicas e enunciados jurídicos não determinados ulteriormente”¹⁹⁸.

Diversamente dos protagonistas Perelman e Viehweg, autores da teoria da argumentação *standard*, como Robert Alexy, mostram-se mais preocupados com a definição de parâmetros de racionalidade para qualificar a motivação judicial, fazendo esforços para oferecer modelos de análises a partir da aceitação do Direito como prática social guiada por valores morais e políticos.

¹⁹⁶ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**, p. 179.

¹⁹⁷ JORGE Neto, p. 202.

¹⁹⁸ ALEXY, Robert, citado por JORGE Neto, *op. cit.*, p. 203.

Acreditando, portanto, na possibilidade de objetivar os juízos de valor ou as valorações, Alexy apresenta propostas para tanto, mas que são falhas, como todas as teorias da argumentação ora citadas, devido à impossibilidade de determinar faticamente consensos e convicções, especialmente em sociedades de pluralidade cultural. Princípios não positivados expressamente e valores sociais são sempre filosoficamente discutíveis, sendo impossível deduzir enunciados normativos específicos geradores de consenso sem todos os casos solucionados a partir da aplicação dessas premissas¹⁹⁹.

Segundo Roesler, “nos casos fáceis, ainda que a plurivocidade linguística das normas pudesse acarretar diversos sentidos possíveis, haveria um elevado grau de consenso sobre a decisão a ser tomada. Nos *hard cases*, ao contrário, há uma aberta e dificilmente contornável opção entre soluções que poder ser claramente vistas como equivalentes e, conseqüentemente, uma maior necessidade de critérios para atribuir racionalmente a justificação apresentada”²⁰⁰.

Das diversas doutrinas citadas neste tópico, que criticam o silogismo positivista, mas são insuficientes para clarificar a “lógica” da motivação judicial, é possível extrair algumas conclusões úteis para prosseguimento desta pesquisa, sendo preciso esclarecer nossa posição de romper com quaisquer tendências que colocam o problema da motivação judicial entre duas teses excludentes e radicais: ou a atividade do juiz acontece de acordo com um sistema silogístico rígido; ou a atividade judicial é uma atividade totalmente irracional e puramente retórica.

3.2 O discurso judicial como um ambiente de liberdade argumentativa

Contrariando o que muitos juristas dogmáticos afirmam, especialmente dentre os teóricos do direito processual, a arbitrariedade de uma decisão judicial prolatada num sistema que venera a lógica (racionalidade) pura não decorrerá da exposição da emoção e da subjetividade do órgão julgador, mas, sim, do seu disfarce por detrás de uma “objetividade com a qual se inscreve o discurso decisório, interpretativo e aplicativo, onde se diluem os elementos que condicionam e condicionaram o agente decisório na cunhagem do juízo”²⁰¹.

Principalmente porque, sendo o juiz imparcial, ele não almeja (ou, pelo menos, não deveria) convencer (persuadir) sobre determinado ponto de vista ou interesse de uma das partes, simplesmente justificando o que decidiu. Sua missão deve ser vista como a de única e

¹⁹⁹ JORGE Neto, *op. cit.*, p. 205.

²⁰⁰ ROESLER, *op. cit.*, p. 29.

²⁰¹ BITTAR; ALMEIDA, *op. cit.*, p. 682.

exclusivamente usar a persuasão para legitimar o seu ponto de vista, como fruto da melhor decisão que poderia ser adotada, de forma isenta, após intenso debate processual democrático, e não meramente a partir de um mero juízo solipsista de escolha (deliberação consigo mesmo).

As teorias hermenêuticas normativas, que defendem formas imperativas de concepção do direito, não são capazes de modificar a prática jurídica do mesmo modo que a norma jurídica modifica a prática social, pois “não têm força para obrigar juízes e advogados a se posicionar de acordo com elas”. Não sendo nem mesmo possível afirmar, de forma categórica, qual método hermenêutico é o mais adequado para cada situação, “uma teoria da decisão judicial não pode ser uma teoria do uso correto, mas uma teoria valorativamente neutra com relação aos métodos hermenêuticos”²⁰².

Abrindo, portanto, um espaço propício para o resgate da retórica aristotélica (aprimorada por uma nova retórica), encara-se a convicção do juiz como “atividade de constante ponderação entre opostos, entre tensas pretensões”, para que, “andando num fio de prumo, sua decisão se mostre a mais prudente”²⁰³, e não a única possivelmente correta.

É importante reparar, contudo, que todos os autores renomados da teoria da argumentação jurídica, inclusive os citados no tópico anterior, buscam por uma consistência da argumentação jurídica que exclui a emoção, configurando um evidente prejuízo aos profissionais da área jurídica, que perdem um instrumento de análise de crítica da realidade, apesar de presente e destacado na Retórica de Aristóteles²⁰⁴.

Embora no capítulo I do Livro I da Retórica, o filósofo faça forte censura ao espaço das emoções dos sofistas, por prejudicar a cognição correta do assunto, no capítulo II apresenta as emoções como um dos meios legítimos de persuasão e dedica grande parte do Livro II para tratar sobre os diversos tipos de emoção, sem conotação negativa.

Essa aparente contradição é apreciada por Marcelo Santos da seguinte forma: “a despeito das inconsistências acima apontadas, é seguro concluir que, para Aristóteles, as emoções são indispensáveis tanto na Retórica quanto na Ética. Assim como é impossível ser um bom orador sem o conhecimento adequado das emoções, também é impossível ser um ser humano virtuoso sem possuir disposição emocional, que é a qualidade de ser devidamente afetado pelas emoções”²⁰⁵.

²⁰² JORGE Neto, *op. cit.*, p. 133.

²⁰³ BITTAR; ALMEIDA, *op. cit.*, p. 520.

²⁰⁴ SANTOS, Marcelo Fernandes pires dos – **O lugar das emoções no discurso jurídico**. p. 152.

²⁰⁵ SANTOS, Marcelo Fernandes pires dos – **O lugar das emoções no discurso jurídico**, p. 155.

No início da década de 90, Walton lança a obra “o Lugar das Emoções no Argumento”, expressamente reconhecendo a necessidade de as teorias da argumentação levarem as emoções a sério, se posicionando sobre a sua utilização, apesar de o autor frisar a necessidade de cautela no uso desse recurso retórico, pois podem ter pouca relevância e possuem a tendência de serem logicamente fracos²⁰⁶.

De fato, o direito é uma fina técnica de seleção emotiva que em relação a bens específicos protegidos pelo ordenamento jurídico, pois necessita do despertar da indignação no sujeito para que este saia da posição de inércia e reclame a aplicação do próprio direito, como instrumento de Justiça. Num modelo apático como o estoico, onde os bens da vida são indiferentes não haveria o que proteger juridicamente, pois as ações humanas de resposta aos danos são emocionais.

Assim, concordamos com Marcelos Santos quando afirma que “incorporada ou não a uma teoria da argumentação jurídica, as emoções continuam e continuarão fazendo parte da vida do direito, influenciando a sua teoria e prática. As emoções invadem os aspectos que mais nos preocupam socialmente e, assim, moldam todo o sistema jurídico, desvelando o seu grau de humanidade. Estudá-las possibilita fornecer um poderoso instrumento para análise e avaliação de decisões judiciais”²⁰⁷.

Nesse passo, se a racionalidade humana é incontrollável nos moldes de uma lógica pura e existe espaço para as emoções no discurso jurídico, “há uma íntima relação entre o desenvolvimento da retórica e um regime político de liberdade”²⁰⁸, na medida em que a lógica da argumentação vislumbra “um complexo empreendimento de elaboração, condensação, valoração, ponderação, divisão de elementos de diversas naturezas, em que não somente a norma jurídica é o ponto de partida”²⁰⁹.

No Brasil, inclusive, a lei processual vigente, já no art. 1º, dispõe expressamente que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição. Ora, se o ordenamento jurídico brasileiro vigente deixa claro que o primeiro ponto de partida serão os valores e as normas fundamentais constitucionalmente estabelecidos, como a dogmática processualista pode apostar apenas no raciocínio lógico-dedutivo típico do positivismo clássico?

Mesmo numa perspectiva dogmática, não se pode ignorar que as contribuições decorrentes dos avanços das reflexões filosóficas sobre a motivação judicial mais se

²⁰⁶ WALTON, Douglas – *The place of emotion in argument*. p. 29.

²⁰⁷ SANTOS, *op. cit.*, p. 176.

²⁰⁸ ADEODATO, *op. cit.*, p. 376.

²⁰⁹ BITTAR; ALMEIDA, *op. cit.*, p. 518.

aproximam da ideia de um sistema de convencimento livre do que de um sistema racionalista, principalmente porque o princípio do livre convencimento motivado “jamais foi concebido como método de alforria para o juiz conduzir e julgar o processo, como se o próprio ordenamento jurídico já não funcionasse como um limite, mas, sim, como inovação frente aos antigos sistemas da prova legal e do livre convencimento puro²¹⁰.

Logo, o fato de não mais haver na lei processual brasileira uma norma expressa prevendo a liberdade do juiz para, mediante fundamentação idônea, analisar e valorar a prova não significa que o sistema secular do direito processual civil brasileiro deixou de existir. O próprio Código vigente no Brasil autoriza expressamente o juiz, por exemplo, a determinar de ofício as provas necessárias ao julgamento do mérito, devendo indeferir, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Além disso, confere ao magistrado o poder de admitir o aproveitamento de provas já produzidas em outro processo, conferindo-lhe o peso que considerar adequado, desde fundamente após assegurar o contraditório prévio²¹¹.

A literalidade do CPC de 2015 exige do magistrado, na verdade, muita liberdade cognitiva e de atuação para, se for o caso, determinar provas de ofício ou quando, diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada (art. 370, §1º, do CPC/2015).

E diante da vagueza e ambiguidade da linguagem presentes nessa norma, o sistema jurídico brasileiro não teria conferido ao juiz ampla possibilidade de decidir conforme orienta sua sensibilidade, experiência e, porque não, subjetividade? Desde que oportunize o contraditório e exponha seus fundamentos dialogando com as partes. Como esclarece Gajardoni, “evidentemente, a livre valoração da prova pelo juiz só é possível e recomendável através do exercício do contraditório cooperativo, em que as partes, através do cumprimento do adequado ônus argumentativo, influenciem na formação da convicção do órgão julgador. Mas além de mais uma vez estarmos diante de uma novidade requeitada do Novo CPC (o contraditório cooperativo já existe no CPC/1973), isso não afeta a liberdade que os juízes continuarão a ter de valorar a prova motivadamente²¹².

²¹⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC.**

²¹¹ *Idem.*

²¹² *Idem.*

Diversamente do almejado por alguns hermenêutas do CPC/2015, tal legislação não *robotizou* o julgador ao ponto de tolher qualquer espaço de liberdade decisória. Pelo contrário, além de prever mais autonomia na valoração motivada da prova, também na interpretação do texto normativo há mais espaço para a liberdade de convicção. De acordo com uma interpretação *a contrario sensu* do art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015, o juiz pode deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, desde que demonstre, através de fundamentação idônea, haver distinção no caso em julgamento (*distinguishing*) ou a superação do entendimento (*overruling*).

Verificamos, assim “apenas o advento de uma disciplina mais clara do método de trabalho do juiz, não a extinção da autonomia de julgamento”²¹³. Ou seja, a boa previsão legal de requisitos mínimos de motivação no novo Código (art. 489, § 1º, do CPC/2015) não afeta a liberdade que o magistrado tem para valorar a prova. Até porque, exigir fundamentações melhores a partir de parâmetros de argumentação válida, numa Democracia, jamais pode significar restrição de liberdade, muito menos encargo demasiado, uma vez que o aprimoramento da argumentação é exercício diretamente ligado à participação democrática efetiva de qualquer cidadão.

Enfim, a vinculação de súmulas, precedentes e jurisprudência dominante não se trata de uma limitação na liberdade de convencimento, mas, sim, da fixação de novas premissas gerais, de novas fontes do direito. O silogismo judiciário é (sempre foi, como vimos nas linhas anteriores) a estrutura lógica das sentenças fundamentadas em geral, que tem como premissa maior a norma jurídica aplicável ao caso, como premissa menor a situação de fato respigada dos autos e, como conclusão, a decisão final proferida pelo juiz à luz dessas premissas²¹⁴.

Por isso, pensar que a ampliação das fontes jurídicas limita a liberdade do julgador é uma incoerência lógica com o próprio fundamento de existir do Poder Judiciário de acordo com as teorias mais tradicionais do positivismo jurídico, pois se trata de uma ramificação do poder estatal legitimada na ideia de procedimentalidade minimamente previsível e destinada, em essência, a aplicar regras gerais preestabelecidas. Ademais, o dever expresso de respeito aos precedentes (art. 927 do CPC/2015) não impacta no livre convencimento, já que a disposição também não traz nada de muito novo, “visto que o Judiciário é um poder

²¹³ *Idem*.

²¹⁴ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. **Manual de processo civil: de acordo com o Dec.-Lei 242/85**. p. 671.

verticalizado, em que as instâncias inferiores devem, como regra, aplicar a lei tal como interpretada pelas cortes superiores”²¹⁵.

Já sob um prisma ideológico, defender que os juízes não devem ser livres para decidir é, no fim, clamar pelo retorno de um sistema similar ao já superado sistema da prova tarifada, que desconfia do juiz e confronta com um dos primados máximos da própria democracia: o princípio da liberdade, de pensamento e de expressão. Onde e quando limitar a atividade cognitiva do magistrado engessará, inevitavelmente, a atividade argumentativa de todo o Sistema de Justiça.

Por isso, criar critérios de validade em relação à fundamentação judicial nada tem a ver com a limitação de liberdade do juiz para fins de controle da imparcialidade e ética funcional. Um juiz não livre seria, na verdade, aquele que julga sob estado de coação moral ou física, ou de forma parcial para atendimento de interesses pessoais. É isso que queremos? Juízes que atuam sem liberdade?

Regulamentar aspectos procedimentais da atividade judicial, como o dever de fundamentação, não pode significar tolher liberdades, muito menos uma obrigação penosa para o magistrado. Disseminar a sensação de que fundamentar melhor implica em cerceamento de liberdade de qualquer pessoa é um pensamento incompatível com a construção/evolução de qualquer sociedade democrática, justamente porque a predisposição livre de argumentar exaustiva e dialogicamente no intuito (real) de convencer o outro é o espírito, a essência, desse regime político.

3.3 A dialética como ferramenta de controle da subjetividade

Após uma contextualização a nível dogmático sobre o discurso jurídico, reconhecendo a prevalência do sistema do livre convencimento motivado tanto no Brasil como em Portugal e superadas as tendências radicais – racionalista pura ou irracionalista – para clarificar qual o papel da lógica jurídica e seus contornos no raciocínio do juiz, questiona-se: se, ao mesmo tempo, são inaceitáveis concepções exclusivamente axiológicas (ponto de vista dogmático) e rejeita-se a metodologia formalista e mecanicista que prevaleceu (e ainda prevalece) na sociedade ocidental em relação ao seu alcance e conhecimento (ponto de vista filosófico), como enfrentar adequadamente o tema da motivação judicial?

²¹⁵ GAJARDONI, *op. cit.*, 2015.

Primeiro, é preciso recordar que existem outras formas de construção do pensamento e da fundamentação, pois as consequências deformantes produzidas pelo uso abusivo do silogismo é, dentre outras, a restrição do eventual dissenso a respeito dos critérios do juízo e a indução automática do consenso a partir de uma decisão considerada como única possível para o caso concreto²¹⁶. A própria lógica antiga conhece outras formas, desde a lógica estoica à dialética aristotélica, como também a medieval, com largo espaço na lógica da argumentação e da controvérsia²¹⁷.

No próprio Órganon, de Aristóteles, que funda as bases do pensamento racional, os discursos humanos são classificados em quatro tipos mais importantes de racionalidade, que correspondem ao analítico, dialético, retórico e poético, embora a noção de razão esteja sempre ligada à ideia de verdade, de demonstração lógica, por meio de prova, de uma proposição – *logos*²¹⁸.

Assim, a busca pela objetividade, por meio de um discurso racional, se fez presente em todos os movimentos filosóficos do direito, pois é, sem dúvida, o melhor argumento para gerar convencimento e legitimação, reconhecido como tal também pela dialética e pela retórica. Todavia, “os discursos retórico e dialético também problematizam pretensões de validade ou correção que estão ligadas à aceitação de uma decisão, de um raciocínio ou de um ponto de vista por aqueles que participam do discurso, embora Aristóteles não tenha reduzido a pretensão desses discursos à pretensão de verdade”²¹⁹.

O padrão objetivo é que mudou ao longo dos anos; os jusnaturalistas somente conseguem enxergar valor objetivo naquilo que é universal e imutável e os positivistas querem uma explicação objetiva do mundo desprovida de quaisquer valores²²⁰. De forma alguma negamos o silogismo judicial como uma realidade possível, inclusive como regra geral, mas não se trata do único instrumento lógico à disposição do magistrado para fundamentar suas decisões, muito menos de uma ferramenta capaz de extirpar subjetividades e emoções do discurso jurídico, de modo a restringir a liberdade na atividade interpretativa.

Em outras palavras, sem dispensar mecanismos da lógica formal, a argumentação jurídica deve ser estudada a partir de uma perspectiva empírica, mais condizente com a lógica informal e de como ela de fato acontece no bojo do processo judicial, com a consciência de

²¹⁶ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**, p. 162.

²¹⁷ *Idem*, p. 140.

²¹⁸ HOFFE citado por JORGE Neto, *op. cit.*, p. 181.

²¹⁹ JORGE Neto, *op. cit.*, p. 186.

²²⁰ COSTA, Alexandre Araújo; COELHO, Inocência Mártires. **Teoria dialética do direito: a filosofia jurídica de Roberto Lyra Filho**. p. 29.

que a pretensão de normatização abstrata dificilmente teria eficácia ao ponto de mudar a linguagem dos tribunais de forma significativa.

Conforme visão de Melo Neto, “tanto a lógica formal ou simbólica como a lógica informal têm suas bases na mesma lógica aristotélica, desenvolvida no *Órganon* (...) É claro que o estudo dos mecanismos, regras e critérios da lógica formal ou simbólica, assim como da lógica deôntica, são importantes para e, de algum modo, condicionam o estudo da lógica informal. Mas o jogo de linguagem argumentativo que é usado no dia-a-dia das pessoas está muito mais próximo do que ocorre em uma decisão judicial e requer modos de análises próprios”²²¹.

Em harmonia com essa perspectiva e apresentando um modelo que intitulou *Análise Empírico-Retórica do Discurso – AERD*, Isaac Reis defende que os discursos, sobretudo os judiciais, são retórico-estratégicos, pois “buscam conformar o mundo mesmo enquanto artesanias simbólicas, e outra específica, o campo jurídico com suas linguagem e seus constrangimentos”²²².

Nas palavras do autor, “em vez de pensar o Direito enquanto conjunto de padrões éticos suprapositivos ou universalizantes, ou ainda, como sistema ou conjunto de textos ou prescrições normativas, a teoria do Direito, pressuposta pela AERD, privilegia o seu aspecto de prática discursiva – como conjunto de jogos de linguagem por meio da disputa (política, não há dúvida) por tornar hegemônicos relatos capazes de, normativamente, configurar a realidade e as expectativas sobre ela”²²³.

Para tanto, geralmente todos os participantes do diálogo processual buscam justificar suas pretensões, que são de pelo menos quatro tipos: (a) quais normas devem ser aplicadas ao caso concreto; (b) qual interpretação deve ser dada a essas normas; (c) quais fatos são relevantes; (d) se esses fatos foram pode ser considerados provados. Por isso, uma teoria da decisão judicial deve necessariamente, o que não significa ser suficiente, abranger o problema da fundamentação sob uma perspectiva pragmática, independentemente do critério de análise da adequação do conteúdo da motivação em si²²⁴.

Assim, a motivação judicial, muito mais do que apreciar a questão jurídica em discussão, deve apreciar as razões apresentadas pelas partes, de modo que somente quando oferece razões suficientes, tanto para acolher pedidos como pra, principalmente, rebater os argumentos da parte sucumbente, pode-se dizer que a decisão foi adequadamente

²²¹ JORGE Neto, *op. cit.*, p. 159.

²²² REIS, Isaac – *Análise empírico-retórica do discurso: fundamentos, objetivos e aplicação*. p. 125.

²²³ *Idem*.

²²⁴ JORGE Neto, *op cit.*, p. 169.

fundamentada. Nesse sentido, Melo Neto afirma que “a fundamentação da decisão judicial, na quase totalidade dos casos, é uma resposta aos argumentos das partes. Só faz sentido falar em decisão adequadamente fundamentada, e mesmo em correção da decisão, a partir das questões controvertidas e na medida da extensão dessas questões. Em alguns casos, por exemplo, não há controvérsia quanto aos fatos, mas somente quanto à norma aplicável; em outros casos, a controvérsia será somente quanto aos fatos e não quanto à norma; em outros ainda, haverá controvérsia tão somente quanto ao sentido da norma ou quanto à sua aplicação no tempo e no espaço”²²⁵.

Sobre a necessidade de o juiz efetivamente ouvir as partes, ou seja, analisar os argumentos por elas apresentados, tanto a hermenêutica jurídica quanto a dialética, como método de aplicação do Direito, e não apenas de análise crítica, rejeitam a noção de verdade absoluta e imutável, valorizando a ideia de interpretação, mas também se adaptam a um “relativismo temperado, pautado na existência de um critério objetivo para hierarquizar as verdades relativas, sem o qual seria impossível estabelecer um critério objetivo e histórico de legitimidade”²²⁶.

Em relação à hermenêutica jurídica, Habermas reconhece que “nenhuma regra pode regular sua própria aplicação ao modelo convencional, que vê a decisão judicial como uma subsunção do caso sob uma regra correspondente”²²⁷. Na sua visão, a hermenêutica propõe um modelo processual de interpretação, que tem início “numa pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado de coisas, abrindo o horizonte para ulteriores relacionamentos”²²⁸, onde “a pretensão de verdade não se resolve discursivamente, mas faticamente, ou seja, no contexto de ações e não no contexto de discursos”²²⁹.

Apesar de essa pré-compreensão, inicialmente, aparecer difusa, vai se tornando mais precisa na mesma medida em que a norma e o estado de coisas se concretizam reciprocamente. Por isso, a hermenêutica, desdobrada em teoria do direito, pretende a legitimidade e a justiça da decisão judicial a partir de uma ideia de consenso, mesmo que não seja um consenso imediato. Porém, essa “teoria da verdade consensual” de Habermas merece críticas, pois o alcance de um real consenso entre as partes no processo judicial dependeria sempre de um comum acordo quanto à verdade dos estados de coisas e da sinceridade das

²²⁵ JORGE Neto, *op cit.*, p. 169, p. 174.

²²⁶ LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?**. p. 26.

²²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. p. 247.

²²⁸ JORGE Neto, *op. cit.*, p. 248.

²²⁹ JORGE Neto, *op. cit.*, p. 248.

partes, além da correção do conjunto de valores ou regras que sustentam as interações sociais no agir comunicativo, como se não existissem ações estratégicas e manipuladoras²³⁰.

Já no que diz respeito à “dialética”, acredita-se na existência de critérios objetivos para o direito, mas que não são imutáveis, ou seja, podem-se adaptar ao contexto, sem abdicar de sua objetividade, justamente porque a legitimidade do direito deve ser fundada em valores simultaneamente objetivos e mutáveis. Por isso, a “dialética”, talvez, seja o único “método capaz de identificar, na realidade social, os valores objetivamente válidos em um determinado momento histórico”²³¹.

Como já dito no primeiro capítulo, na antiguidade clássica, o processo de construção do raciocínio jurídico para tomada de decisões era visto como arte, já que a dialética correspondia à arte das contradições e um método eficiente de argumentação para se chegar, inclusive, aos primeiros princípios da ciência, sendo uma “espécie de lógica da verdade procurada e, por meio da crítica, uma das formas mais importantes da dialética, fortaleciam-se opiniões pela erradicação progressiva das equivocidades”²³².

Nem sempre há concordância sobre o significado da palavra “dialética”, pois, “além de figurar entre os mais complexos e difíceis termos, não comporta uma definição genérica abrangente de todos os significados até agora dados a essa palavra”²³³. Nas palavras de Miguel Reale, “de Platão a Aristóteles, dos estóicos a Sartre, passando por Hegel e Marx, a palavra dialética teria as mais contrastantes acepções, ora entendida como forma de conhecimento da verdade, ora como a própria filosofia ou a lógica, sem se esquecer a posição de Kant que a considera a investigação da “aparência”, uma vez afastada a hipótese de significar algo de certo para a razão”²³⁴.

A expressão pode ser definida como um processo formado por ideias, princípios e argumentos que se chocam a respeito de determinado tema até que seja possível vislumbrar uma conclusão sobre a verdade ou uma hipótese aceitável (a melhor alternativa), não importando se os seus debates “não culminam no encontro da verdade, porque o que nela essencialmente interessa são as perspectivas conflitantes na busca do verdadeiro”²³⁵.

De forma simplificada e suficiente para criar bases filosóficas de uma metodologia processual dogmática, definimos “dialética” como uma palavra grega, com origem no termo

²³⁰ JORGE Neto, *op. cit.*, p. 198.

²³¹ COSTA; COELHO, *op. cit.*, p. 29.

²³² FERRAZ Jr., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 33-34.

²³³ REALE, Miguel. *Variações sobre a dialética*.

²³⁴ *Idem*.

²³⁵ *Idem*.

dialektiké e significa a arte do diálogo, a arte de debater e persuadir, com a pretensão de chegar à verdade através da contraposição (66*dequa66e*) e reconciliação de contradições²³⁶.

Como modelo mental dos processos de modificação e desenvolvimento, a partir do diálogo das coisas entre si, das coisas com os homens e dos homens consigo mesmo e com os outros homens²³⁷, numa análise da dialética do ponto de vista histórico, apresentamos o seguinte resumo feito por Geraldo Lopes de Souza:

em Sócrates, a dialética era usada como método de ensino para descobrir as contradições do pensamento, provocando no discípulo a eclosão do conhecimento – a *maieutica*. Como visão de mundo, como filosofia, a dialética nasceu antes de Sócrates. Veio de Heráclito que viveu no século VI a.C. Heráclito ensinou que tudo está em transformação, num total processo de mudança constante (...) Ao contrário de Heráclito, Parmênides, seu contemporâneo sustentava que o movimento é uma ilusão e que a realidade é imutável (...) é exatamente este princípio de identidade que vai ser questionado pela filosofia dialética de Heráclito, o qual admite que um objeto pode ser, ao mesmo tempo, e sob o mesmo aspecto, igual e diferente de si mesmo. Temos, pois, em Heráclito os traços fundamentais da Dialética: dois pólos que se excluem: tese e antítese. O terceiro elemento – a síntese – só será explicitado, mais tarde, por Hegel, pois nem em Platão, a síntese apareceu com clareza. É verdade que, em sua filosofia esotérica (para um grupo de conhecidos e amigos), Platão a tangencia, às vezes, com vigor. Diante do princípio de identidade e do princípio de contradição, Aristóteles optou pelo primeiro, criando sobre ele sua Lógica Formal que vai comandar o pensamento durante a Idade Média e parte da Idade Moderna. A realidade não muda. É a estática prevalecendo sobre a dinâmica²³⁸.

Como princípios da dialética, resumidamente podem ser citados: a) o da totalidade, pelo que nenhum fenômeno pode ser explicado isoladamente²³⁹; b) o do movimento, pois tudo se transforma; c) o da mudança qualitativa, uma vez que “as características qualitativas e quantitativas estão indissolivelmente unidas e mutuamente determinadas, representado aspecto do mesmo objeto”²⁴⁰; d) o da contradição, numa visão de que “os aspectos, as tendências e as forças internas dum objeto ou de um fenômeno se excluem mutuamente, mas, ao mesmo tempo, não podem existir umas sem as outras”²⁴¹.

Segundo Geraldo Lopes de Souza, “é verdade que, hoje, a concepção de síntese, visualizada por Hegel, está superada, já que, por ser tese de um novo processo, não pode ser integração, mas sim, união. Alguns chegam mesmo a pensar que a síntese só existe em nossas cabeças, não passando ela de um ente de razão, uma utopia, a antecipação ideal de algo que ainda não existe. O que não podemos admitir é uma dialética sem a convivência dos

²³⁶ FOULQUIÉ, Paul. **A Dialética**. p. 9.

²³⁷ SOUZA, Geraldo Lopes de. **Dialética e Educação - Dialética e Violência – Dialética e Felicidade**.

²³⁸ *Idem*.

²³⁹ COTRIN, G. **Fundamentos de Filosofia**. p. 260.

²⁴⁰ KAPRÍVINE, V. **O Que é o Materialismo Dialético: ABC dos conhecimentos sociais e políticos**.

²⁴¹ *Idem*.

contrários, nem que seja como ente de razão. É aqui que aparece nossa recusa à chamada dialética negativa, que seria um retrocesso puro e simples a Heráclito”²⁴².

Quanto ao método dialético, como base de raciocínio e exposição de argumentos em pesquisas e investigações científicas, este se baseia na concepção moderna de dialética fundamentada nos estudos de Hegel com influência de novas concepções apresentadas por Karl Marx e Friedrich Engels, que criaram o “materialismo dialético”, pautado na interpretação da realidade a partir de três princípios: “todos os objetos e fenômenos apresentam aspectos contraditórios e são organicamente unidos (unidade dos opostos); b) quantidade e qualidade são características imanentes a todos os objetos e fenômenos e estão interrelacionadas; c) a negação da negação conduz a um desenvolvimento, e não a um retorno das ideias iniciais”²⁴³.

Segundo Roberto Lyra Filho, a consciência de que só possuímos uma verdade relativa não desanda necessariamente em relativismo, no sentido de que todas as verdades relativas estariam no mesmo nível e poderiam ser arbitrariamente escolhidas pela autoridade competente. Numa concepção dialética, procura-se determinar qual é a verdade relativa que, num contexto, representa o ponto que mais tende para uma sensação de verdade absoluta. As teorias científicas, inclusive as doutrinas filosóficas mais avançadas, “em cada época, vão acrescentando pedras à grande, à ininterrupta, à infinita edificação, e constituem, afinal, os momentos imperecíveis do Todo”²⁴⁴.

Na obra “O que é Direito?”, Lyra Filho se arriscou na elaboração de uma ontologia dialética, “que desvendasse a essência do direito sem recair em posições metafísicas, identificando-o a partir de certos valores históricos que formassem um critério objetivo de legitimidade”²⁴⁵, onde a essência do jurídico deveria abranger “todo esse conjunto de dados, em movimento, sem amputar-lhe nenhum dos aspectos (como fazem as ideologias jurídicas), nem situar a dialética nas nuvens”²⁴⁶.

O movimento se faz presente na própria teoria da metodologia dialética, que se faz “em permanente mutação, sopesando valores que podem variar de tons conforme a situação em que se encontram” e alinhada às teorias que se desvinculam do pensamento formal e

²⁴² SOUZA, *op. cit.*

²⁴³ GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. p. 32.

²⁴⁴ LYRA Filho, *op. cit.*, p. 26.

²⁴⁵ COSTA; COELHO, *op. cit.*, p. 30.

²⁴⁶ LYRA FILHO, *op. cit.*, p. 79.

objetivo, postos em curso pelo uso da lógica formal: a retórica, a dialética e o conhecimento relativo.²⁴⁷.

Segundo Lucas de Alvarenga Gontijo, “objeto do conhecimento e conhecedor são contingenciais e desta forma também estão coordenados e se complementam. Não há pois, um objeto sem alguém que o conheça e não há conhecedor que não esteja pré-posicionado sobre aquilo que se conhece. A fratura descartiana sujeito-objeto não está de forma alguma fixa, como este supunha, mas móvel e indefinida. Todo conhecimento e todo procedimento deve se dar conta de que sua contingenciedade lhe é fundamental e por isso deve estar sempre atento às condições específicas que lhe são apresentadas”²⁴⁸.

A discussão, a argumentação e o discurso fazem parte do direito que se movimenta, se adequa à realidade e se legitima socialmente, caracterizando-o como arte, que só alcançará sua plenitude numa democracia se alinhado “à ideia de relatividade dos assentamentos ideológicos e à imperfeição e precariedade da faculdade racional de se impor de forma absoluta”²⁴⁹.

O discurso e a argumentação “não visam à adesão a uma tese exclusivamente pelo fato de serem verdadeiros, podendo-se preferir uma tese a outra por parecer mais equitativa, mais oportuna, mais útil, mais razoável, mais bem adaptada à situação”²⁵⁰, razão pela qual Perelman também aposta na dialética como “método apropriado à solução dos problemas práticos, os que concernem aos fins da ação, que envolvem valores, quando esses são objetos de uma controvérsia”²⁵¹.

Não havendo uma técnica preconcebida, a razoabilidade só será aparentemente garantida quando houver um acordo anterior entre aqueles que dialogam em busca de um processo pautado na racionalidade jurídica, que assenta seus postulados genéricos de forma democrática, mas também atenta às especificidades do caso concreto. Para tanto, às vezes será necessário, principalmente em casos complexos, inverter a lógica do método clássico de subsunção normativa geralmente exposta na decisão do juiz, que parte da norma jurídica (premissa maior) para o caso concreto (premissa menor).

Nesse impasse entre raciocínio sistemático/lógico ou tópico, apesar de já se ter demonstrado a possibilidade de ambos se apresentarem simultaneamente num mesmo argumento, o método dialético, como base da construção de toda a motivação judicial,

²⁴⁷ GONTIJO, *op. cit.*

²⁴⁸ *Idem.*

²⁴⁹ *Idem.*

²⁵⁰ PERELMAN, *op. cit.*, p. 156.

²⁵¹ *Idem*, p. 139.

mostra-se como o mais adequado para controle das subjetividades e, consequentemente, arbitrariedades, porque, primeiro, não invalida as demais formas argumentativas e interpretativas e, segundo, reconcilia ciência, valores e ideologia, pois “a visão ultrapassada de separação desses conceitos consiste, na verdade, em “maniqueísmo que sacrifica a dialética e empobrece a ciência”²⁵².

Vimos que os métodos hermenêuticos não são vinculantes e a sua utilização, na prática jurídica, acaba se dando num contexto de discricionariedade e indeterminação, incapaz, portanto, de atingir o fim último de qualquer das teorias apresentadas nesta pesquisa: gerar uma sensação de maior controle da motivação judicial. Porém, seu estudo e compreensão continuam a ser indispensáveis para uma fundamentação jurídica mais consciente, justamente porque “o caminho argumentativo parece mais promissor na definição de um paradigma espistemológico da decisão judicial”²⁵³.

Em vez de só analisar a argumentação jurídica (discurso jurídico) de uma perspectiva prática sobre o que deve ser feito em termos de justiça e sem se preocupar com o estabelecimento de normas que devem guiar a estrutura da motivação judicial, como propõe Robert Alexy, a dialética como ferramenta de controlo da subjetividade significa propor uma teoria de redefinição dos elementos essenciais do Estado Democrático de Direito sob a perspectiva de um viés procedimental e dinâmico, com a fixação de pressupostos do agir comunicativo que considera todos os sujeitos da discussão como livres e iguais, cabendo ao Estado garantir a legalidade do procedimento não apenas na elaboração da norma jurídica, mas também no bojo do processo judicial²⁵⁴.

Dizer que uma decisão está devidamente fundamentada para fins de legitimação da atividade interpretativa ou até mesmo criativa do Poder Judiciário, do ponto de vista dialético, não significa que “a decisão está correta ou, tampouco, que a decisão será a única decisão correta”²⁵⁵, mas que os argumentos expostos são de fácil submissão ao escrutínio das partes e demais interessados, juridicamente, no seu conteúdo.

Nesse viés, o pensamento tópico de Viehweg se harmoniza com o método dialético, quando comprometido com a prudência e porque são propostas de pensar com opiniões “dentro de um procedimento comunicativo onde o bom senso está presente, havendo de se sopesar argumentos, escolher a melhor premissa, contraditar e aceitar”. Tanto a tópica quanto

²⁵² COSTA; COELHO, *op. cit.*, p. 30.

²⁵³ JORGE Neto, *op. cit.*, p. 262.

²⁵⁴ HABERMAS, Jürgen – **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. p. 287.

²⁵⁵ JORGE Neto, *op. cit.*, p. 180.

a dialética “trabalham com o indefinido e estão diretamente comprometidas com o problema jurídico”²⁵⁶.

Porém, o incremento da dialética em relação à ideia de senso comum presente na *tópica* de Viehweg é que até mesmo a noção de senso comum poderá ser posta em discussão, se levantada pelas partes ou de ofício pelo juiz. Nenhum assunto é imune à discussão num procedimento judicial verdadeiramente dialético, de modo que qualquer tese levantada, por mais irrelevante, impertinente ou absurda que seja, deverá ser explicitamente rebatida para que se considere uma fundamentação judicial válida.

Principalmente porque argumentos morais encontram amparo em princípios positivados, mesmo no processo de aplicação da norma geral e abstrata, será necessário um esclarecimento, ainda mais se houver dissenso, “uma vez que conteúdos morais, na medida em que são traduzidos pelo código do direito, passam por uma transformação jurídica de seu significado”²⁵⁷.

A necessidade de uma argumentação jurídica séria na motivação judicial decorre do próprio sistema e “por indispensável quero dizer que a argumentação não é apenas um mero método que pode ser utilizado dentre tantos outros, mas sim um método que deve ser necessariamente utilizado juntamente com quaisquer outros e que, por isso, se sobrepõe aos demais métodos jurídicos”²⁵⁸.

Para tanto, resta à dogmática, em termos metodológicos, disciplinar o procedimento processual civil privilegiando um discurso efetivamente dialógico, inserindo o juiz no contraditório em oposição à racionalidade pura (solipsista) e reconhecer, sem medo, que o fenômeno de positivização de princípios e normas com conceitos vagos e indeterminados inevitavelmente ampliaram a possibilidade de existirem teses jurídicas com certa carga de subjetividade, tendo em vista a inexistência de compreensões absolutas sobre os valores humanos e seus ideais de justiça.

É preciso inserir o juiz no contraditório, num perspectiva de “dever de dialogar com as partes” para, então, decidir e fundamentar suas decisões, pois nos encontramos num momento em que “a maturidade da ciência do direito reconhece a importância de um profundo e dialético contato das diversas formas de conhecer o homem e suas interações sócio-culturais”²⁵⁹.

²⁵⁶ GONTIJO, *op. cit.*

²⁵⁷ HABERMAS – **A inclusão do outro: estudos de teoria política**, p. 253.

²⁵⁸ JORGE Neto, *op. cit.*, p. 139.

²⁵⁹ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**, p. 200.

O juiz não ostenta poderes absolutos, místicos, devendo, assim, proporcionar um ambiente livre de discussão entre partes e interessados (inclusive com *amicus curiae* e audiências públicas, se for o caso) para chegar à melhor decisão possível, pelo que está obrigado a apreciar todas as teses aptas a contrapor seu convencimento; se a motivação de suas decisões deve ser convincente, não pode deixar de enfrentar argumentos capazes de questioná-la. Numa perspectiva dialética, mesmo ciente da existência de senso comum sobre diversas questões, como da força persuasiva do raciocínio lógico, a argumentação deve se pretender infinita e ilimitada, interferindo eficazmente no convencimento do magistrado.

Como vimos acima, a norma jurídica não esgota o debate, devido à ambiguidade e à vagueza das expressões jurídicas e “porque interpretação e aplicação do direito são uma só operação”²⁶⁰. O texto normativo fruto do processo legislativo é “uma fração da norma, mas não é, ainda, a norma”²⁶¹.

Segundo Roberto Eros Grau, “o intérprete apreende o significado dos textos no quadro da realidade do momento no qual as normas serão aplicadas. Daí a realidade do momento no qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam pesará de maneira determinante na produção das normas aplicáveis ao caso (...) Mas não é só, visto que – repito-o – a interpretação do direito é construtiva, não simplesmente declaratória. Vale dizer: não se limita – a interpretação do direito, a ser mera compreensão dos textos, da realidade e dos fatos. Vai bem além disso”²⁶².

Dito de outro modo, garantir a ampla exposição de argumentos apenas no processo de elaboração da norma é garantir uma “meia democracia”, tendo em vista que nem todas as situações que interessam ao direito podem ser previamente contempladas pelo legislador, bem como as premissas antes fixadas pela sociedade podem se perder num discurso racionalista pouco convincente do juiz, ao se pautar em conceitos vagos e indeterminados.

Habermas coloca em cheque a racionalidade instrumental destacada para fazer oposição ao limitação da racionalidade como ferramenta de persuasão em busca de uma intenção do orador, mas, sim, como instrumento capaz de permitir a formação de entendimentos mútuos entre indivíduos, mesmo que tenham interesses a princípio antagônicos, situando a linguagem no centro do problema da integração social, por meio do agir comunicativo, que compreende a ação de uma pessoa para convencer outra da validade

²⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. p. 31.

²⁶¹ *Idem*, p. 33.

²⁶² *Idem*, p. 31.

de suas pretensões e argumentos, cuja finalidade “é um consenso intersubjetivamente reconhecido acerca da validade de uma pretensão criticável”²⁶³.

Para ele, “é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática da argumentação, que exige de todo participante a assunção das perspectivas de todos os outros”²⁶⁴. Assim, sugere “que se ancorem as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma sociedade aberta dos intérpretes, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade”²⁶⁵.

O direito formal burguês e o direito materializado do Estado Social constituem os dois mais bem sucedidos paradigmas na história moderna do direito, de modo que o filósofo faz uma interpretação da política e do direito à luz da teoria do discurso para criar um terceiro paradigma, capaz de absorver os outros dois²⁶⁶.

Ao tratar sobre a dignidade da pessoa humana, por exemplo, Habermas entende que “a dignidade humana forma algo como o portal por meio do qual o conteúdo igualitário-universal da moral é importado ao direito. A ideia da dignidade humana é a dobradiça conceitual que conecta a moral do respeito igual por cada um com o direito positivo e com a legislação democrática de tal modo que, na sua cooperação sob circunstâncias históricas favoráveis, pôde emergir uma ordem política fundamentada nos direitos humanos”²⁶⁷.

Uma democracia deve ser pensada, portanto, a partir da teoria que finalmente esclarece o ponto de ligação entre moral e direito, enaltecendo o papel de todos os intérpretes da Constituição, com “a participação, seja dos diretamente interessados nos processos judiciais, seja de terceiros interessados em causas de repercussão geral, a fim de possibilitar uma decisão mais equitativa”²⁶⁸.

Conforme já reconhecido na antiguidade clássica, a fixação de premissas argumentativas deve advir do confronto de ideias, por ser um método eficiente para se chegar aos primeiros princípios da ciência, tendo em vista que, por meio da crítica, fortalecem-se opiniões pela erradicação progressiva das equivocidades, caracterizando uma “espécie de lógica da verdade procurada”²⁶⁹.

²⁶³ ARAGÃO, Lucia. **Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo**. p.115.

²⁶⁴ HABERMAS, Jürgen – **Direito e democracia**, p. 276.

²⁶⁵ *Idem*. p. 278

²⁶⁶ *Idem*, p. 242.

²⁶⁷ *Idem*, p. 17-18.

²⁶⁸ VEIGA Junior, João Carlos Valentim; VANZELLA, José Marcos Miné. **A racionalidade da jurisdição e a crítica de Habermas ao juiz Hércules de Dworkin**.

²⁶⁹ FERRAZ Jr., 2018, *op. cit*, p. 33-34.

Contudo, não é a mera participação formal da comunidade que importa na decisão judicial, mas o seu conteúdo argumentativo no que diz respeito ao controle de validade por ela desempenhado. Na tão sonhada Democracia, a cientificidade do direito consistirá na participação ampla e efetiva de todos os interessados para que o erro e o acerto não sejam definidos de forma arbitrária. E a argumentação dialética é a arte apta a nos levar a essa investigação exitosa da melhor forma de aplicação do ordenamento jurídico como um todo, e não desta ou daquela norma positivada.

Coadunamos, portanto, com o pensamento de que o Hércules de Dworkin é uma figura não só irreal, como indesejável²⁷⁰ e incompatível com qualquer pensamento ético que pretende validade universal no mundo pós-moderno, de pluralidade axiológica, tecnologia avançada e constante quebra de paradigmas. O culto à figura do juiz onipotente que gera um ambiente no qual a formação das decisões judiciais dispensam a participação da sociedade, mantendo-se monocráticas e solipsistas, num modelo incompatível com os preceitos democráticos, quando reconstruído em seus princípios²⁷¹. Tanto que Dworkin “oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitima os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo”²⁷².

Num Estado Democrático de Direito, almeja-se a liberdade desprovida de manipulação, com a abertura do debate e o enfrentamento exauriente de teses. Do contrário, jamais haverá ambiente propício para a análise crítica do ordenamento e da atuação do próprio Estado.

²⁷⁰ Habermas critica em especial a figura do juiz Hércules, aquele que tudo sabe, que supera o modelo do homem médio, principalmente por este juiz não dialogar. Hércules, *o juiz mítico de Dworkin, evita outras pessoas. Ele é também excessivamente heróico. Suas construções narrativas são monólogos. Ele não conversa com ninguém, exceto através de livros. Ele não tem encontros. Ele não se reúne com ninguém. Nada o estremece. Nenhum interlocutor viola o isolamento inevitável de sua experiência e perspectiva. Mas, depois de tudo, Hércules é só um homem. Ele não é toda a comunidade. Nenhum homem ou mulher pode ser toda a comunidade* (MICHELMAN apud DUTRA, 2006, p. 21).

²⁷¹ VEIGA; VANZELLA, *op. cit.*

²⁷² HABERMAS, Jürgen – **Direito e democracia**, p. 276.

CAPÍTULO 4

O DIREITO DE REAL INFLUÊNCIA DAS PARTES

Sobre a baixa influência das partes na decisão judicial, Jayme e Franco ensinam que até a metade do século XX, o princípio do contraditório era tipo apenas como um meio, e não como um fim, prevalecendo a ideia generalizada de que o sentido da norma, manifestado na decisão justa, poderia ser obtido sem a cooperação efetiva das partes, que, conseqüentemente, “estavam sob a autoridade do magistrado, que autoritariamente impunha sua decisão, sem observar o direito de as partes participarem da construção do provimento judicial”²⁷³.

Mas se de acordo com o princípio do devido processo legal, quando o juiz fundamenta com argumentos racionais persuasivos, a princípio, conforma, por outro lado, a sistemática tradicional racional-positivista produz atos judiciais facilmente questionáveis, o que compromete a sua legitimidade democrática, em especial quando as decisões baseiam-se em princípios, cuja compreensão dificilmente permite alcançar conclusões universais e absolutas (objetivas), mesmo que aparentes. Como visto, a postura argumentativa racional persuasiva (solitária) do órgão julgador acaba sendo tida por autoritária (antidemocrática).

Segundo Melo Neto, “normalmente, a decisão judicial é apresentada como um ato intelectual isolado, uma atividade solipsista, sendo considerada um ato cognitivo exclusivo do julgador, onde as partes contribuem, no máximo, como fornecedoras de dados a serem levados em conta na operação mental do juiz”²⁷⁴.

Por outro lado, representando um binômio indissociável, o contraditório e a ampla defesa são garantias processuais de nível constitucional que só se justificam e acontecem se forem dirigidas a um interlocutor que, de fato, esteja aberto e disposto a se convencer, julgando o caso sem ignorar informações relevantes e pertinentes trazidas pelas partes. Nesse modelo, as partes, em vez de antagonistas, desempenham o papel de colaboradoras indispensáveis, pois somente pela soma das suas parcialidades, presentes em teses e antiteses, que o juiz pode corporificar a síntese num processo efetivamente dialético²⁷⁵.

Como afirma Melo Neto, em lugar de uma concepção intelectual solipsista, “a decisão judicial deve ser entendida como fruto de um processo discursivo em que, além do julgador,

²⁷³ JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, M. V. **O princípio do contraditório no Projeto do novo Código de Processo Civil**. p. 338.

²⁷⁴ JORGE Neto, *op. cit.*, p. 260.

²⁷⁵ *Idem*, p. 206.

as partes têm papel ativo e decisivo”²⁷⁶. Clama-se, portanto, no âmbito da dogmática processualista civil e com ênfase no contraditório, por uma nova postura do magistrado ao decidir, onde o acolhimento e o rebate específico das teses apresentadas pelas partes se prestam justamente a evitar que suas decisões se resumam a “opiniões mais ou menos indefinidas a que, ainda assim ou talvez justamente por isso, a maioria empresta a sua adesão, ao mesmo tempo em que preenche os inevitáveis pontos obscuros e ambíguos com sua própria opinião pessoal, baseada em pressuposições que permanecem implícitas como se evidentes fossem, como se fossem “opiniões de todos”²⁷⁷.

Numa democracia, “a dimensão dinâmica do contraditório é concebida como garantia de efetiva influência e de controle das partes na elaboração do conteúdo da decisão judicial”²⁷⁸, a partir de uma perspectiva que alocue as partes como protagonistas na construção do provimento, devendo o juiz prestar a jurisdição de forma a analisar todas as provocações suscitadas em forma de argumentos sobre o direito, sobre os fatos e sobre as provas.

Consagra-se, assim, a dimensão tridimensional do processo, por meio de uma atividade dialética efetiva entre os sujeitos processuais²⁷⁹. Conforme explana Melo Neto, “a decisão judicial é um ato de conhecimento produzido a partir da interação de diversas ações: em primeiro lugar, o juiz é acionado pelo autor e deve levar em consideração seus argumentos; em segundo lugar, o juiz deve também levar em consideração os argumentos apresentados pelo réu. A decisão judicial é a síntese de um processo argumentativo. Como esse processo argumentativo é eminentemente racional e pauta-se por regras lógicas, é possível afirmar que a decisão judicial é um ato de conhecimento”²⁸⁰.

4.1 A atuação do juiz em um contraditório efetivo

Acompanhando o movimento internacional de valorização do princípio do contraditório, argumentos apoiados no art. 10 do Código processual brasileiro concluem que, como ocorreu no direito italiano, positivou-se garantia do efetivo direito de a parte concorrer à

²⁷⁶ JORGE Neto, *op. cit.*, p. 260.

²⁷⁷ ADEODATO, *op. cit.*, p. 374.

²⁷⁸ JAYME; FRANCO, *op. cit.*, p. 355.

²⁷⁹ *Idem.* P. 355.

²⁸⁰ JORGE Neto, p. 261.

formação do convencimento judicial, pois o juiz não poderá aplicar ao caso determinada tese jurídica ou nova qualificação jurídica dos fatos que não foi objeto do prévio debate²⁸¹.

Nas palavras de Luís Correia de Mendonça, o contraditório é uma “garantia civilizacional e não deve ser visto como um inútil formalismo que atrasa os processos e favorece a chicana das partes e as manobras dilatórias dos advogados”²⁸². Assim, nos termos do artigo 3.º, n.º 3, do CPC português, o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

Segundo Mendonça, “este clima favorável, não já só ao respeito, mas, mais do que isso, à ampliação e incremento do princípio do contraditório, só se fez sentir no nosso regime positivo do processo civil, com a reforma de 95/96. Esse princípio passou a declinar-se não apenas no direito de qualquer uma das partes a ser chamado e de se fazer ouvir na acção, como anteriormente — portanto, numa perspectiva estática do processo —, mas também na obrigação de o juiz fazer cumprir e observar ele próprio aquele princípio — num diálogo dinâmico entre os intervenientes na lide”²⁸³.

O magistrado “encontra limites na própria impossibilidade de exercer solitariamente a função jurisdicional, uma vez que o provimento é resultado do convencimento racional”²⁸⁴ exclusivamente construído com base nos argumentos apresentados pelas partes dentro de um sistema pautado no contraditório. Para tanto, deve-se ir além do ato decisório em si para falar em diálogo real entre as partes e o juiz.

Quer-se dizer que toda a condução do processo precisar ocorrer de forma dialética, como um método, com destaque na cooperação e *contratualização do processo* como pressuposto para formação de um convencimento judicial de fato em contraditório (dialético/mais convincente), na medida em que a decisão justa (num processo justo) não será obtida se a atividade de gestão processual pelo juiz for realizada nos moldes tradicionais, ou seja, em confronto com as partes e de forma unilateral.

Nesse contexto, “abre-se a possibilidade de transportar, para o Brasil, avanços da legislação processual de outros países, como o caso da França, onde a ideia da

²⁸¹ ANDRADE, Érico. **A atuação judicial e o contraditório: o art. 10 do CPC/2015 e as consequências da sua violação**. p. 63-64.

²⁸² MENDONÇA, Luís Correia de. **O contraditório e a proibição das decisões-surpresa**. pp. 74 a 82.

²⁸³ *Idem*, p. 186. A respeito do princípio do contraditório, note-se, em todo o caso, que existem certas especificidades que importa ter em conta, como sucede com o contraditório diferido no regime dos procedimentos cautelares – sobre o tema, veja-se GONÇALVES, Marco Carvalho. *Providências Cautelares*, 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 374 e ss.

²⁸⁴ JAYME; FRANCO, *op. cit.*, p. 355.

contratualização do processo permite a celebração de ajustes, entre as partes e o juiz, a respeito da forma de condução do processo e do momento da prática de determinados atos processuais. Com isso, fica abandonado um esquema vertical e impositivo no relacionamento entre partes e juiz, em prol de uma postura horizontal consensual entre os sujeitos processuais”²⁸⁵.

Num processo justo ou democrático, em que se insere necessariamente a lógica contratual (consensual), que se muda a forma de relacionamento comumente verificado entre partes/advogados e juiz, afastando-se o esquema vertical impositivo, que agora passa a ser preponderantemente horizontal²⁸⁶. E isso não será possível fora de um modelo processual cooperativo, onde “a participação propiciada pelo contraditório serve não apenas para que cada litigante possa influenciar a decisão, mas também para viabilizar a colaboração das partes com o exercício da atividade jurisdicional”²⁸⁷.

Segundo Clarice Santos, Ney Maranhão e Rosalina da Costa, “a decisão deve ser fruto da participação ativa, concreta e efetiva das partes ao longo do desenvolvimento da relação jurídica processual com o firme propósito de que o provimento jurisdicional, assim como o processo, represente um ambiente genuinamente democrático, afirmando-se como *locus* de exercício de liberdade, catalizador de influência e máxima importância às pessoas que serão diretamente atingidas com o desfecho, da marcha processual. É inegável a relação entre a cooperação e o contraditório”²⁸⁸.

A inclusão do magistrado no contraditório e dentro de um processo cooperativo harmoniza-se, inclusive, com teorias filosóficas (tópica e nova retórica) contemporâneas, porque o discurso e a argumentação do magistrado, num processo dialético, “não visam à adesão a uma tese exclusivamente pelo fato de serem verdadeiros, podendo-se preferir uma tese a outra por parecer mais equitativa, mais oportuna, mais útil, mais razoável”²⁸⁹, mais compatível com a situação.

Segundo Melo Neto, “pode-se vislumbrar a decisão judicial como produto de um discurso entre as partes de um processo judicial e o juiz (discurso interno) e, em uma perspectiva mais ampla, como um produto de um discurso entre as partes do processo judicial,

²⁸⁵ JAYME, FRANCO, *op. cit.*, p. 356.

²⁸⁶ ANDRADE, *op. cit.*, p. 55.

²⁸⁷ PINTO, Júnior Alexandre Moreira. **O princípio da oralidade, a audiência preliminar e o processo equo e justo**. p. 432.

²⁸⁸ SANTOS, Clarice; MARANHÃO, Ney Stany Moraes; COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. **Instrumentalismo e formalismo-valorativo em ciência processual: há algo de novo sob o sol? Revista dos Tribunais**.

²⁸⁹ PERELMAN, *op. cit.*, p. 156.

o juiz e todas as demais instâncias judiciais que participaram do processo (...) ao redor das questões jurídicas que são postas em julgamento”²⁹⁰.

Falar em modelo processual cooperativo para construção de um devido processo liga-se também com correntes defendendo a “oralidade processual” e o resgate da importância do princípio da identidade física do juiz²⁹¹, pois a oralidade representa “uma conjugação de vários expedientes para assegurar o tratamento mais eficiente da causa e, sobretudo, um julgamento mais justo (excelência intrínseca da decisão)”²⁹².

Nas palavras de Humberto Theodoro Jr., “o que se buscava através da oralidade processual, e sob a liderança de CHIOVENDA, não era mais do que estabelecer, ao longo do processo um clima de cooperação estreita entre o magistrado e os litigantes, que pudesse conduzir, com presteza e efetividade, a um resultado processual mais justo do que a sempre demorada e imperfeita solução do processo predominantemente escrito”²⁹³.

Num Estado Democrático de Direito, todos estão convidados a participar da vida política e a decisão judicial, como instrumento de autoridade e poder, agora também vista como um documento político, pois objeto de análise e crítica pelo povo, mesmo que nem todas as críticas se façam de forma científica. A autoridade da decisão, por si só, não está mais sendo suficiente para legitimar a atuação jurisdicional.

É a motivação que torna possível o controle social sobre a administração da justiça e “esse controle é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, especialmente em países de justiça profissional, pois a justiça tem de ser transparente e estar de portas abertas para que todos possam conhecer suas razões e criticá-las. Os juízes, principalmente juízes técnicos, que não possuem investidura democrática, no sentido de que foram escolhidos pelo povo ou pela sua representatividade, mas apenas pelos seus conhecimentos jurídicos avaliados num aleatório concurso público, devem exercer suas funções com responsabilidade social, tendo sempre presente que devem satisfação dos seus atos e decisões à sociedade à qual servem e

²⁹⁰ JORGE Neto, *op. cit.*, p. 260.

²⁹¹ *A separação das funções de recolher as provas e de decidir o processo é nefasta e inconveniente, uma vez que o juiz prolator da decisão que não esteve presente nas audiências e nem teve a oportunidade de entabular um diálogo com as partes e testemunhas, não terá condições de proferir uma decisão com base nas suas impressões imediatas* (MAIA, 2015, p. 84). Registre-se que quanto a este princípio omitiu-se o Código de Processo Civil de 2015. Mas, ainda que não haja previsão expressa no atual Código de Processo Civil, há de se reconhecer que deve ser respeitado este princípio, uma vez que ele é consectário do princípio do processo cooperativo⁴³ (art. 6º do CPC/15) (JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; ALMEIDA, João Alberto de; MAIA, Renata C. Vieira. **A oralidade no processo civil brasileiro**).

²⁹² THEODORO Jr., Humberto. **O Código de Processo Civil de 2015 e o princípio da oralidade**. p. 205.

²⁹³ *Idem*, p. 206.

cuja fiscalização se submetem através de vários mecanismos, dentre os quais a consistente e convincente fundamentação de suas decisões”²⁹⁴.

Por meio dessas premissas, nota-se que analisar a motivação dos atos judiciais no contexto do devido processo justo exige muito mais do que interpretar somente as regras sobre a valoração das provas e requisitos de fundamentação, pois a formação cognitiva do magistrado acontece durante toda a tramitação processual, e não só no momento de decidir sobre o mérito.

Contudo, não basta a vedação de decisões surpresas para garantir o direito de real influência das partes no processo de formação cognitiva do órgão julgador. Isso porque garantir a oportunidade de se manifestar previamente não significa, necessariamente, que todos os argumentos expostos serão, de fato, analisados, especialmente quando o seguinte pensamento de que o juiz só é obrigado a rebater argumentos não só logicamente incompatíveis com a sua decisão, como capazes de infirmá-la, como veremos adiante.

Ou seja, apenas a opção legislativa por um modelo processual cooperativo não é suficiente para garantir decisões democráticas enquanto os tribunais continuarem confirmando a validade dos atos judiciais decisórios motivados de forma persuasiva solipsista.

4.2 Por um convencimento livre e *dialeticamente fundamentado*

Em harmonia com as ideias defendidas nas linhas anteriores, encontramos correntes dogmáticas, como a de Leonardo Grecco, para quem a fundamentação não deve ser observada somente para justificar racionalmente a decisão do juiz, “mas também para demonstrar não apenas que ele tomou ciência de todo o conteúdo do processo e de todas as questões nele suscitadas, mas também que todas elas foram devidamente apreciadas”²⁹⁵.

Nesse passo, “a motivação que apenas justifique a conclusão do magistrado não é compatível com o Estado Democrático de Direito, em que o princípio político de participação democrática exige que qualquer autoridade pública efetivamente faculte que os particulares interessados na decisão nelas possam influir com todos os meios de seu alcance”²⁹⁶.

Não é raro, portanto, encontrar estudos dogmáticos aprofundados sobre motivação judicial que reconhecem a decisão judicial como resultado produzido a partir de um diálogo que se desenvolve em toda a comunidade jurídica, ou seja, um ato argumentativo-prático fruto

²⁹⁴ GRECCO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. p. 296.

²⁹⁵ *Idem*, p. 295.

²⁹⁶ *Idem*, p. 296.

de um diálogo pautado na argumentação racional e desenvolvido entre pessoas que sugerem diferentes pretensões acerca das questões jurídicas apresentadas²⁹⁷.

Entretanto, apesar de diversos processualistas civis reconhecerem que “o juiz também participa do contraditório, pois deve demonstrar que as alegações das partes, somadas às provas produzidas, efetivamente interferiram no seu convencimento”²⁹⁸, prevalece o entendimento de que “para acolher o pedido do autor, o juiz deve enfrentar os argumentos contrários ao pedido apresentados pela parte ré e que sejam logicamente incompatíveis com os argumentos utilizados na decisão. De igual modo, para julgar improcedente o pedido, o juiz deve enfrentar os argumentos do autor que sejam logicamente incompatíveis com o indeferimento do pedido”²⁹⁹.

Inclusive, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil brasileiro, a literalidade da lei exige apenas que o magistrado enfrente todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão por ele adotada. Nesse sentido, a jurisprudência mantém entendimento antigo de que não são todos os argumentos deduzidos pelas partes que precisam ser analisados pelo juiz, mas “somente aqueles que, concretamente, sejam capazes de afastar a conclusão adotada na decisão”³⁰⁰.

Após pesquisa empírica, constatou-se que a jurisprudência pacífica nos tribunais brasileiros é a de que “o mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional”³⁰¹, pois a negativa de prestação jurisdicional não ocorre “quando o acórdão recorrido pronuncia-se, de forma clara e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo”³⁰², de modo que “o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pelas partes, quando

²⁹⁷ JORGE Neto, *op. cit.*, p. 263.

²⁹⁸ NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*.

²⁹⁹ JORGE Neto, *op. cit.*, p. 267.

³⁰⁰ STF - AgR-ED Rcl: 37962 SP - SÃO PAULO 0033088-76.2019.1.00.0000, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 03/03/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-058 16-03-2020.

³⁰¹ STJ - AgInt no AREsp n. 2.149.308/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 5/12/2022, DJe de 7/12/2022; AgInt no REsp n. 2.016.623/SE, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 30/11/2022.; AgInt no AREsp n. 2.162.928/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 13/12/2022.; AgInt no AREsp n. 2.167.272/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 24/11/2022.; AgInt nos EDcl no AREsp n. 2.108.267/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 24/11/2022.

³⁰² STJ - AgInt no REsp n. 1.540.413/DF, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 21/11/2022.

encontrar motivação satisfatória para dirimir o litígio sobre os pontos essenciais da controvérsia”³⁰³.

Na grande maioria dos casos concretos analisados pelas cortes recursais brasileiras quando se alega “negativa de prestação jurisdicional” por omissão na fundamentação da decisão recorrida, observa-se que a análise dos ministros do Superior Tribunal de Justiça consiste basicamente em ratificar os argumentos expostos pelo órgão judicial *a quo* no sentido de serem suficientes para justificar racionalmente a conclusão adota, mas sem a preocupação de rebater especificamente o(s) argumento(s) indicado pelo recorrente para justificar a tese de negativa de prestação jurisdicional.

Por evidente, não é possível afirmar que todos os casos concretos submetidos aos tribunais brasileiros são ou serão analisados dessa forma, mas, com precisão, constatamos inexistir uma quantidade de julgados relevante, a ponto de se considerar jurisprudência, no sentido de obrigar o juiz a rebater todos os argumentos presentes nos autos, independentemente de considerá-los, ou não, necessários para resolver a lide.

Nas palavra de Ramina de Lucca, “desenvolveu-se no poder judiciário brasileiro a concepção de que o juiz não precisa se manifestar a respeito de todas as alegações das partes (...) Tal postura decorre de uma má compreensão da função do dever de motivação das decisões judicial e do significado de ‘questões relevantes ao processo’. Há uma crença generalizada de que é o juiz quem deve escolher quais alegações das partes são dignas de apreciação, filtrando aquilo que não considerar pertinente. Como consequência, a motivação acaba se tornando uma exaltação das razões que fundamentam o dispositivo”³⁰⁴.

Em Portugal, a jurisprudência também reflete a mesma disseminação do método de julgamento pautado numa persuasão racional solipsista como critério suficiente de validade da fundamentação judicial, de modo que, na prática, como no Brasil, nem todos os argumentos contrários à conclusão do órgão julgador são efetivamente rebatidos em juízo.

Conforme ementa de julgado proferido no âmbito do Supremo Tribunal de Justiça sobre validade da motivação judicial, observa-se que: I - Não se verifica nulidade da decisão por omissão de pronúncia sempre que a matéria tida por omissa tenha ficado implícita ou tacitamente decidida no julgamento da matéria com ela relacionada. II - Impõe-se ao juiz na decisão que profere indicar a razão que lhe serve de fundamento, não lhe cabendo, porém,

³⁰³ STJ - REsp n. 1.957.630/RN, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 10/11/2022.; REsp n. 1.929.450/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 27/10/2022.; AgRg no AREsp n. 2.015.094/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 11/10/2022, DJe de 18/10/2022; AREsp n. 1.325.652/RJ, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 11/11/2022..

³⁰⁴ LUCCA, Op. cit., p. 226.

apreciar todos os argumentos invocados pelas partes. III - Apenas a falta absoluta de fundamentação (fáctica ou jurídica) conduz à nulidade da decisão, não integrando tal vício, uma fundamentação deficiente. IV - A nulidade da decisão por contradição entre os fundamentos e a decisão verifica-se na construção lógica da decisão, e ocorre quando o julgador concluiu num sentido oposto/ou diverso do que resultaria face aos fundamentos nela indicados, enquanto alicerces da própria decisão³⁰⁵.

No bojo deste julgado, mencionou-se o n.º2 do artigo 608.º, do Código de Processo Civil português, nos termos do qual “o juiz deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras” e que, quanto o sentido exacto a dar ao termo legal *questões*, “quer a doutrina quer a jurisprudência fazem apelo à necessidade de se proceder à distinção entre *questões*, *argumentos* ou *razões*, concluindo que só a ausência de apreciação das primeiras é determinante da nulidade em referência”³⁰⁶.

Com efeito, constata-se entendimento uniforme de que “não há omissão de pronúncia sempre que a matéria tida por omissa ficou implícita ou tacitamente decidida no julgamento da matéria com ela relacionada” e que “nada obriga a que o tribunal aprecie todos os argumentos invocados pelas partes, impondo-se apenas que indique a razão que serve de fundamento à decisão proferida”³⁰⁷. Assim, “se é certo que o dever de fundamentar as decisões se impõe ao juiz por imperativo constitucional e legal, mostra-se pacificamente aceite na doutrina e jurisprudência que só a falta absoluta de fundamentação (fáctica ou jurídica) conduz à nulidade da decisão, não integrando tal vício, uma fundamentação deficiente. Assim sendo, tendo em linha de conta o teor do acórdão proferido e as razões nele exaradas (supra transcritas) em termos de justificar o conhecimento da revista por inexistência de dupla conformidade de decisões, atenta a forma como os Recorridos fundamentam o vício apontado, somos de entender que se mostra plenamente evidenciada a não verificação da nulidade prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC”³⁰⁸.

Não coadunamos com esse pensamento, conforme explicamos ao longo de todo este estudo, pois o controle democrático da racionalidade da motivação judicial consiste principalmente na obrigação de o juiz rebater todos os argumentos expostos pela parte

³⁰⁵ Supremo Tribunal de Justiça - 2774/17.0T8STR.E1.S1, 6.ª SECÇÃO, Relator: GRAÇA AMARAL, unanimidade, 07 set 2020.

³⁰⁶ *Idem*.

³⁰⁷ *Idem*.

³⁰⁸ *Idem*.

sucumbente, inclusive justificando sua irrelevância, impertinência ou descabimento, se for o caso, como critério de validade e legitimidade do ato decisório.

Do mesmo modo como já ocorre na análise de fatos, como premissa menor do raciocínio lógico, necessariamente aplicável também à identificação e interpretação das premissas maiores, pois a causa de pedir abrange a sua interligação, nem sempre de fácil separação, todas as razões pelas quais o juiz considera quaisquer elementos da causa de pedir irrelevante, impertinente, indeterminado ou incontroverso, devem ser expostos quando não acolhidos ou quando não admitidos³⁰⁹.

Logo, não pode existir uma presunção de incontrovérsia, irrelevância ou impertinência sempre que certos argumentos da parte sucumbente não forem mencionados expressamente na motivação judicial, como também tal presunção não pode ser admitida pela simples análise dos argumentos que foram expostos pelo magistrado.

Como visto no capítulo anterior, num contexto dialético, a veracidade aparente de uma premissa (tese) não se sustenta *de per si*, mas em relação aos argumentos que sustentam a sua negação (*antíteses*), que precisam ser necessariamente rebatidos para que a síntese extraída de todo o debate ostente validade lógica. Entre a positividade da tese e a contundência da antítese, “deve-se colocar a luva da síntese que, na visão hegeliana, é a integração do que há de bom na tese e o que há de bom na antítese, pelo que a dialética não é só afirmação, não é só contrariedade, é também consenso”³¹⁰.

Assim, como método compatível com um procedimento fiel ao princípio do contraditório, a dialética, sendo o ramo da filosofia mais crítica que possa existir, até o presente momento, proporciona um ambiente argumentativo vasto onde: 1) a oposição entre argumentos contrários ou contraditórios é da essência do procedimento; 2) sem a visão do todo, não se compreendem as partes (visão do conjunto); 3) tudo acontece ao mesmo tempo (simultaneidade); 4) não há hierarquia³¹¹.

Do ponto de vista dialético, quando o juiz se limita a ignorar as teses contrárias ao seu convencimento, coloca-se numa posição hierárquica superior, tornando muito mais difícil, ou até impossível, convencer ou conformar os destinatários e leitores da decisão, bem como “asseverar que os juízes não precisam se manifestar sobre todas as alegações das partes é o mesmo que negar à motivação sua função precípua de controle da atividade judicial”³¹².

³⁰⁹ LUCCA, *op. cit.*, p. 208.

³¹⁰ SOUZA, *op. cit.*, p. 78.

³¹¹ *Idem*, p. 79.

³¹² LUCCA, *op. cit.*, p. 207.

Mais importante do que frisar as razões pelas quais se julga a favor do vencedor é justificar porque as razões do derrotado não foram escolhidas, “porque é o perdedor que pode não se conformar com a decisão e assim ter que buscar conforto na justificação judicial”³¹³. Logo, “o principal destinatário da motivação é aquele que recebe uma decisão desfavorável, pois é o seu patrimônio jurídico que está sendo lesado por um ato estatal”³¹⁴ – todas as suas alegações hão de ser expressamente afastadas, ainda que irrelevantes, impertinentes, absurdas ou protelatórias.

Desse modo, “mesmo pontos e questões logicamente incompatíveis com as razões dadas pelo juiz devem ser referidos, brevemente, na decisão; ainda que apenas para indicar que o ponto ou questão restou prejudicado”, porque a incompatibilidade pode não ser assim tão aparente quanto supõe o juiz”³¹⁵. Isso não significa, por óbvio, que a motivação judicial deve se apresentar de forma extensa (longa).

Como última manifestação do contraditório, a motivação judicial deve deixar claro que o procedimento dialético foi efetivamente seguido durante toda a tramitação processual, com o enfrentamento direto de todos os argumentos expostos, e não apenas daquele que o juiz entende como capazes de infirmar sua conclusão.

É, portanto, injustificável o entendimento jurisprudencial que se consolidou de que o juiz não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações das partes, pois basicamente ainda se sustenta na necessidade de diminuição da pesada carga de trabalho dos magistrados, gerando um *procedimento cínico*, em que a parte é chamada para se manifestar, mas sempre correndo o grande risco de ser totalmente ignorada³¹⁶.

Ademais, embora se tente conformar fundamentações deficientes devido à sobrecarga de trabalho dos juízes, isso não tem refletido numa atividade jurisdicional célere. Como fato notório, o processo judicial demora para transitar em julgado, e, mesmo assim, é comum o resultado final ser uma motivação judicial que não reflete a observância de um contraditório efetivo entre todos os sujeitos do processo.

Respondendo, então, à pergunta inicial de pesquisa, conclui-se que, a partir de uma simples leitura da legislação vigente, não é possível dizer quem é mais livre para julgar, se o brasileiro ou o português, apesar de o legislador brasileiro ter propositalmente abolido a expressão *livremente* quando trata da formação cognitiva do juiz sobre fatos e regulamentado expressamente critérios para considerar uma decisão judicial não fundamentada.

³¹³ MARINONI; ARENHART apud LUCCA, *op. cit.*, p. 208.

³¹⁴ LUCCA, p. 208.

³¹⁵ *Idem*, p. 221

³¹⁶ *Idem*, p. 207.

A liberdade cognitiva pautada em razões solipsistas e, conseqüentemente, arbitrárias, é realidade que se impõe quando inexistem critérios definidos e cogentes para que os juízes e tribunais justifiquem o ato de ignorar argumentos por não serem capazes de infimar as conclusões adotadas na decisão judicial. Por isso, não há diferença metodológica relevante entre sistemas dogmáticos pautados ou num *convencimento livremente motivado* ou num *convencimento racionalmente fundamentando*.

Assim, apesar de concordarmos com a compreensão do sistema do livre convencimento racionalmente fundamentado como desvinculação do juiz dos critérios legais de valoração das provas que jamais lhe outorga de poderes discricionários, “fato é que a jurisprudência acabou utilizando o princípio como instrumento legitimador de graves omissões judiciais”, pois, “se o juiz pode se convencer livremente, então não precisa enfrentar todas as alegações fáticas e provas produzidas no processo”.

Nesse contexto, constatamos a necessidade de inserção do juiz na dialética processual para que todos os argumentos contrários à conclusão da decisão proferida sejam rebatidos na fundamentação, por duas razões principais: 1) é o melhor instrumento de controlo da racionalidade atuação judicial, porque, como já dito anteriormente, o convencimento, mesmo num contexto persuasivo, depende da eliminação dos argumentos contrários à tese defendida; 2) o confronto efetivo do maior número de ideias contrárias é o melhor caminho para alcançar e justificar a melhor decisão possível num contexto democrático.

E como resultado de todo o exposto, apresentamos, como proposta dogmática a ser devidamente alaborada, um sistema de *convencimento dialeticamente fundamentado*, de argumentação livre, por excelência, que visa à efetivação plena do princípio do contraditório com a inserção também do magistrado na dialética como pressuposto para efetivo exercício do direito de real influência das partes na construção da decisão judicial.

CONCLUSÃO

No decorrer da presente pesquisa, demonstrámos que, numa Democracia, a liberdade de julgar não pode ser vista como um problema, especialmente porque a livre convicção fundamentada (sistema do *livre convencimento motivado*) é por muitos considerada uma conquista, tanto no Brasil como em Portugal. Porém, a tentativa de tolher a liberdade dos juízes pelo critério da racionalidade é um mito que privilegia decisões arbitrárias disfarçadas de razão.

Logo, impor um sistema convencimento racionalmente fundamentado não é garantia de que a partes terão real influência na construção da decisão judicial e muito menos de que os tribunais superiores, ou a própria sociedade, garantirão a aplicação de critérios universais de interpretação e argumentação jurídica capazes de aferir o grau de racionalidade de uma decisão judicial.

Por tais motivos, mesmo com a consagração expressa dos precedentes como fonte do ordenamento jurídico brasileiro e a exigência de argumentos específicos para a solução do caso concreto (art. 489, §1º, II, III e VI, CPC), não há que se falar em limitação prática da liberdade cognitiva do juiz no Brasil, se comparado à realidade de Portugal, pois, conforme jurisprudência de ambos os países, a interpretação da lei e da jurisprudência e a análise dos fatos e provas dos autos ainda se sujeitam a um sistema no qual o juiz só é obrigado a enfrentar os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão por ele adotada.

Conclui-se, assim, que, a partir de uma simples leitura da legislação vigente, não é possível dizer quem é mais livre para julgar, se o brasileiro ou o português, apesar de o legislador brasileiro ter propositalmente abolido a expressão *livremente* quando trata da formação cognitiva do juiz sobre factos e regulamentado expressamente critérios para considerar uma decisão judicial não fundamentada.

A liberdade cognitiva fundamentada em razões solipsistas e, consequentemente, arbitrárias, é realidade que se impõe quando inexistem critérios definidos e cogentes para que os juízes e tribunais justifiquem o ato de ignorar argumentos por não serem capazes de infirmar as conclusões adotadas na decisão judicial.

Enfim, enquanto as jurisprudências portuguesa e brasileira continuarem displicentes com a efetiva dialética processual, a sensação de arbitrariedade e discricionariedade da

atividade judicial permanecerá como fato notório deslegitimando o Poder Judiciário no contexto democrático.

Sabe-se que disseminar uma mudança de postura argumentativa em toda a comunidade jurídica é tarefa bastante difícil, porque no desenvolvimento do pensamento ocidental, a ideia de razão como relacionar presidiu “o estabelecimento de diversos princípios, como os do pensamento correto (lógica), da pesquisa correta, (metodologia), da correta justificação de juízos valorativos (retórica), do correto comportamento em face das diversas situações vitais (prudência). A razão, tomada como núcleo essencial da natureza humana (o ser humano como ser racional), acaba por tornar-se, para o homem uma espécie de valor em si, um valor que incorpora a própria dignidade humana, não constituindo um meio para obtenção de outros valores, mas o valor que dá sentido aos demais”³¹⁷.

Contudo, numa Democracia, especialmente na *Era da Desorientação Jurídica*, um sistema de *convencimento dialeticamente fundamentado* não se faz por meio de decisões impostas de forma coercitiva, mas, sim, por meio de escolhas construídas após um debate em que todos os interessados juridicamente têm garantido não só o direito de apresentar teses, mas principalmente de que elas serão devidamente analisadas e, se for o caso, rebatidas.

Por isso, a única imposição admitida em termos dogmáticos e realmente capaz de alterar a realidade é a doutrina e a jurisprudência caminharem na direção de considerar devidamente fundamentada apenas a motivação judicial que enfrentar todos os argumentos apresentados pela parte sucumbente.

³¹⁷ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Moses und Aron (Moisés e Arão) opera de arnold schoenberg**. p. 27.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício Leitão – **Ética & retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ANDRADE, Érico – **A atuação judicial e o contraditório: o art. 10 do CPC/2015 e as consequências da sua violação**. Revista de Processo, vol. 283, set/2018.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de – **Noções elementares de Processo Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.

ARAGÃO, Lucia – **Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p.115.

ARISTÓTELES – **Retórica**. Tradução do grego, textos adicionais e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

ATIENZA, Manuel – **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. 3 ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. Capítulo 1: Direito e argumentação, São Paulo: Landy, 2003. p 17.

BARROSO, Luís Roberto – **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis de – **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas. 2015

BOBBIO, Norberto – **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução Márcio Publiesi. São Paulo: 1995

BORGES, Hermenegildo Ferreira – **Vida, razão e justiça: racionalidade argumentativa na motivação judiciária**. Coimbra: Minerva, Coimbra, 2005.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 2. p. 118.

CABRITA, Helena – **A sentença cível: fundamentação de facto e de direito**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 18

CÂMARA, Alexandre Freitas – **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 230.

COLARES, Virgínia – **Análise crítica do discurso jurídico: os modos de operação da ideologia**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4b4984066015df12>. Acesso em: 22 jan 2019.

CORREIA, J. M. Sérvulo; COIMBRA, José Duarte – **O dever de fundamentar e a anulação de decisões arbitrais**. In.: Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação XIII.indb, 2020,

COSTA, Alexandre Araújo – **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

COSTA, Alexandre Araújo; COELHO, Inocência Mártires – **Teoria dialética do direito: a filosofia jurídica de Roberto Lyra Filho**. Brasília: Faculdade de Direito – UnB, 2017.

COTRIN, G – **Fundamentos de Filosofia**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Repensar o direito natural – **Humanística E Teologia**, 32(2), 105-117. Disponível em: <https://doi.org/10.34632/humanisticaeteologia.2011>. Acesso em: 20 abr 2023.

DINIZ, Maria Helena – **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque – **Função pragmática da justiça na hermenêutica jurídica: lógica do ou no direito**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica 1, v. 5 (2007). p. 273-318)

FERRAZ jr., Tércio Sampaio – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio – Moses und Aron (Moisés e Arão) opera de Arnold Schoenberg. In.: **Antimanual de direito e arte**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FREITAS, Jose lebre de – **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código**. 3. ed. Coimbra Editora, S.A, 2013.

FREITAS FILHO, Roberto – **Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões**. In Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, a. 44, n. 175. Brasília: Senado Federal, jul./set. 2007.

FREITAS, Vladimir Passos de – **Ativismo judicial: afinal, do que se trata?** In.: Revista Consultor Jurídico, 12 de dezembro de 2021. Disponível em : <https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/segunda-leitura-ativismo-judicial-afinal-trata>. Acesso em: 16 abr 2023.

FOULQUIÉ, Paul – **A Dialética**. Gráfica European, 1979.

GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de – **Teoria Geral do Processo**. v. 1 - Parte Geral – 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca – **O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC**. Jota. Abr./2015. Disponível em: [https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015]. Acesso: 2.7.2018

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; BACK, Gabriela Cristina – **A ponderação no código de processo civil de 2015**. In.: Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, n. 34, Belo Horizonte: 2018.

GERALDES, António Santos Abrantes – **Temas da Reforma do Processo Civil**, vol. I. Coimbra: Almedina, 2010.

GIL, A. C – **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GONÇALVES, Marco Carvalho – **Providências Cautelares**, 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2019.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga – **Lógica dialética-discursiva e teoria do direito: ensaio crítico sobre metodologia jurídica**. In: Publica Direito. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/lucas_de_alvarenga_gontijo2.pdf. Acesso em: 12 fev 2019.

GRAU, Eros Roberto – **Porque tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRECCO, Leonardo – **Instituições de processo civil**. v. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

HABERMAS, Jürgen – **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen – **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2.ed. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HOMMERDING, Adalberto Narciso – **História do Direito: reflexões histórico-compreensivas sobre o fenômeno jurídico** [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021

ISAIA, Cristiano Becker – **Processo Civil e hermenêutica: os fundamentos do CPC/2015 e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo.** Curitiba: Juruá, 2017

JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, M. V. – **O princípio do contraditório no Projeto do novo Código de Processo Civil.** Revista de Processo, v. 227, p. 221-243, 2014.

JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; ALMEIDA, João Alberto de; MAIA, Renata C. Vieira. A oralidade no processo civil brasileiro. In: MAIA, Renata C. Vieira et al (Orgs.) – **A oralidade, processo do Séc. XXI** [recurso eletrônico] /Renata C. Vieira Maia et al (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020

JORGE NETO, Nagibe de Melo – **Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça.** 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

KAPRÍVINE, V. – **O Que é o Materialismo Dialético: ABC dos conhecimentos sociais e políticos.** Moscovo: Edições Progresso, 1986.

KELSEN, Hans – **Teoria Pura do Direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LYRA FILHO, Roberto – **O que é Direito.** 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima – **Curso de filosofia do direito: o direito como prática.** São Paulo: Atlas, 2021.

LUCCA, Rodrigo Ramina de – **O dever de motivação das decisões judiciais: estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes.** 3. ed. ver. amp. Salvador: Juspodivm, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – **Novo Código de processo civil comentado.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, J. P. Remédio – **Acção Declarativa à Luz do Código Revisto.** 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de – **Manual de Processo Civil**, vol. II. Lisboa: AAFDL, 2022.

MENDONÇA, Luís Correia de – **O contraditório e a proibição das decisões-surpresa**. Disponível em: <https://portal.oa.pt/media/135588/luis-correia-de-mendonca.pdf>. Acesso em: 12 fev 2023.

MOREIRA, José Carlos Barbosa – **A motivação da sentença como garantia inerente ao estado de direito**. In: Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 19, n.0, 1979.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PEDRON, Flávio Quinaud – **A teoria discursiva do Direito e da democracia de Jürgen Habermas**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27387/a-teoria-discursiva-do-direito-e-da-democracia-de-jurgen-habermas/1>. Acesso em 15 fev 2019.

PEREIRA Filho, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de – **A Imprescindível Reforma no e do Poder Judiciário como Corolários do Acesso à Justiça**. Conpedi Law Review. v. 1. n. 1, 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3349>. Acesso em: 30 dez 2021.

PERELMAN, Chaïm – **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução Virgínia K. Pupi; Revisão da tradução Maria Ermantina de Almeida Padro Galvão; Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004a

PINTO, Júnior Alexandre Moreira. O princípio da oralidade, a audiência preliminar e o processo equo e justo. In: DELFINO, Lúcio; et al. (coords.) – **Tendências do moderno processo civil brasileiro: aspectos individuais e coletivos das tutelas preventivas e ressarcitórias** – Estudo em homenagem ao jurista Ronaldo Cunha Campos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

REALE, Miguel – **Variações sobre a dialética**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vdialectica.htm>. Acesso em: 12 fev 2019.

REIS, Isaac – Análise empírico-retórica do discurso: fundamentos, objetivos e aplicação. In.: **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise**. ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.), Curitiba: Alternidade editora, 2018.

ROESLER, Claudia – A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais? In.: **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise**. ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.), Curitiba: Alternidade editora, 2018, p. 25.

SANTOS, Marcelo Fernandes pires dos – O lugar das emoções no discurso jurídico. In.: **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise**. ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.), Curitiba: Alternidade editora, 2018.

SANTOS, Clarice; MARANHÃO, Ney Stany Moraes; COSTA, Rosalina Moitta Pinto da – **Instrumentalismo e formalismo-valorativo em ciência processual: há algo de novo sob o sol?** Revista dos Tribunais [recurso eletrônico]. São Paulo, n.1003, maio 2019. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36605>. Acesso em: 28 fev. 2020.

SOUZA, Geraldo Lopes de – **Dialética e Educação - Dialética e Violência – Dialética e Felicidade**. Revista Sul-Americana de Filosofia E Educação 1 Disponível em: <https://philpapers.org/rec/DESDEE>. Acesso em: 20 mai 2023.

STRECK, Lenio Luiz – **Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!** In: Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>. Acesso em: 20 fev 2023.

TARTUCE, Flávio – **A técnica da ponderação e suas aplicações ao direito de família e das sucessões**. IBDFAM. 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/236.pdf>. Acesso em: 03 abri 2022.

TARUFFO, Michele – **La motivación de la sentencia civil**. tr. Lorenzo Córdova Vianello. — México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

TARUFFO, Michele – **Processo civil comparado: ensaios**. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TARUFFO, Michele – **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. (tradução) Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

THEODORO Jr., Humberto – **Curso de direito processual civil**. 5. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO Jr., Humberto – O Código de Processo Civil de 2015 e o princípio da oralidade. In: MAIA, Renata C. Vieira et al (Orgs.) **A oralidade, processo do Séc. XXI** [recurso eletrônico] /Renata C. Vieira Maia et al (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e – **Manual de processo civil: de acordo com o Dec.-Lei 242/85**. ed. Imprensa: Coimbra, Coimbra Ed, 2004.

VILELA, Hugo Otávio Tavares – **Além do Direito: o Que o Juiz Deve Saber**. Justiça Federal, 2014,

VIEHWEG, Theodor – **Tópica e jurisprudência**. trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento da imprensa nacional, 1979.

XAVIER, Rita Lobo; FOLHADELA, Inês; CASTRO, Gonçalo Andrade e – **Elementos de direito processual civil: teoria geral, princípios, pressupostos**. 2. ed. Porto: Universidade Católica Editora, 2018.

WALTON, Douglas – **The place of emotion in argument**. Pensylvania: the Pensylvania State University Press. 1992, p. 29.