

A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA ENQUANTO INSTRUMENTO DE CONTROLE DA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JUIZ NO PROCESSO¹

Ronaldo Souza Borges²

RESUMO

O presente artigo versa sobre o papel da argumentação jurídica no controle da formação do convencimento do Juiz quanto às questões de fato e às questões de Direito relevantes para a solução da demanda. Em que pese o processo e a prestação da Justiça tenham uma inequívoca dimensão silogística, a aplicação do Direito não pode ser reduzida a uma atividade pura e simplesmente subsuntivista. Daí a necessidade da construção de todo um vasto instrumental que permita o escrutínio e a sindicabilidade acerca de como o Juiz toma em consideração os aspectos fáticos e jurídicos em causa. Nesse sentido, há todo um significativo movimento de (re)valorização da argumentação jurídica, colocando-se em evidência a aceitabilidade

¹ **Como citar este artigo científico.** BORGES, Ronaldo Souza. A argumentação jurídica enquanto instrumento de controle da formação do convencimento do juiz no processo. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 15, n. 3, p. 343-366, set.-dez. 2023.

² Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Colaborador na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF/TJMG) e na Escola Judiciária Eleitoral Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (EJE/TREMG). Professor de Direito Civil e Direito Processual Civil. Doutorando em Ciências Jurídico-Civis pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Ex-Juiz Auxiliar do Supremo Tribunal Federal. Ex-Promotor de Justiça de Minas Gerais. Ex-Procurador do Estado de Minas Gerais.

racional, evidenciada por meio da fundamentação da decisão, da convicção do Juiz sobre os elementos do caso que lhe é apresentado para julgamento.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Formação do convencimento judicial. Fundamentação das decisões judiciais. Argumentação jurídica.

ABSTRACT

This article deals with the role of legal argumentation in controlling the formation of the judge's conviction regarding questions of fact and questions of law relevant to the solution of the case. Although the process and the provision of justice have an unequivocal syllogistic dimension, the application of law cannot be reduced to a purely and simply substantivist activity. Hence the need to build a vast instrument that allows scrutiny and syndication regarding how the judge takes into account the factual and legal aspects of the process. In this sense, there is a significant movement of (re)valuation of legal argumentation, highlighting the rational acceptability, evidenced through the reasons for the decision, of the judge's conviction about the elements of the case presented for judgment.

Keywords: Civil Procedural Law. Formation of judicial conviction. Basis for judicial decisions. Legal argumentation.

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias. 2. A formação do convencimento judicial quanto às questões de fato e às questões de direito relevantes para a solução da demanda. 3. A fundamentação das decisões judiciais enquanto elemento de (re)afirmação da legitimidade da atuação jurisdicional. 4. A argumentação jurídica a serviço do controle da formação da convicção do juiz no processo: a construção da tutela jurisdicional em uma perspectiva dialética. 5. A racionalidade do discurso jurisdicional como baliza para o exame das questões relevantes do processo. 6. Considerações finais. Referências.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

A formação do convencimento judicial e, conseqüentemente, o conteúdo da tutela jurisdicional que será prestada, envolvem não apenas o exame de aspectos jurídicos, mas também de aspectos

fáticos. Para que o Juiz decida a demanda, é necessário que ele tenha contato, para além das alegações das partes quanto ao arcabouço normativo aplicável ao caso, também com os fatos relevantes para o julgamento. Ou seja, com os fatos sustentados pelas partes como base de sua pretensão ou de sua resistência, o que se dá normalmente por meio da instrução processual.

Aliás, muitas vezes é a solução das questões de fato que se apresenta no processo mais complexa para o Juiz. Acima até da solução das questões de Direito.

Não se olvide que a distinção entre questões de fato e questões de Direito nem sempre é de fácil percepção (BORGES, 2016, p. 29 e ss.). Essa distinção já foi qualificada pela Suprema Corte dos Estados Unidos como ‘*slippery*’ (*Thompson v Keohane*, 516 US 99-111 - 1995), como tendo uma ‘*vexing nature*’, não existindo nenhuma regra ou princípio que defina, de forma certa, o que seria ‘*factual finding*’ e o que seria ‘*legal conclusion*’ (*Pullman-Standard v Swint*, 456 US 273-288 - 1982).

Castanheira Neves (2010, p. 481 e ss.) aponta que o problema da distinção entre questões de fato e questões de direito seria hoje, ao fim e ao cabo, uma situação de dúvida radical. Com efeito, não sendo o direito uma construção normativamente autônoma e objetivamente separada da realidade histórico-social, a distinção absoluta, ou logicamente pura, entre o direito e o fato não é realizável, dado que os ‘fatos relevantes’ são já em si selecionados e determinados em função da norma aplicável e vice-versa. Ou seja, também a norma aplicável é selecionada e determinada em função da estrutura concreta do caso *sub examen*.

Na questão de fato, está implicitamente presente e relevante a questão de Direito. Na questão de Direito não se prescinde da influência da questão de fato. O ‘puro fato’ e o ‘puro Direito’ não se encontram nunca na vida jurídica. O fato não tem existência fora do momento em que se torna matéria de aplicação do Direito. O Direito não tem interesse para além de sua aplicação ao fato.

Quando o jurista examina o fato, ele o toma como matéria do Direito. Já quando examina o Direito, ele o toma como forma destinada ao fato. Há uma inegável relação de justaposição entre o Direito e o fato em toda a problemática jurídica, excluindo a viabilidade de que sejam distinguidos de forma nítida e lógica. Justaposição que leva a uma conclusão inexorável: o pensamento jurídico não se encontra com o ‘fato puro’. Todo ‘fato’ já é, para o Direito, necessariamente um fato jurídico, denotando uma objetivação jurídica própria.

Não nos é mais possível, como durante o período em que o positivismo jurídico, conforme tradicionalmente concebido, esteve em voga, tomarmos o fato e o Direito, no contexto da decisão jurídica, desde um enfoque estático ou imóvel (KNIJNIK, 2001, p. 18 e ss.). A ideia de uma subsunção estanque do fato à norma, largamente dominante, apoiada em um silogismo simples e puro, pressupunha, efetivamente, a heterogeneidade e a independência entre fato e Direito. Heterogeneidade porque o fático nunca se confundiria com o jurídico. Independência porque um seria isolado do outro [*rectius*: isoladamente examináveis cada qual com um instrumental próprio].

De todo modo, uma coisa é certa. Não obstante a relação quase que visceral entre norma e fato, entre questões de Direito e questões de fato, a prestação da Justiça não prescinde da análise de ambas. Tão importante quanto o exame das questões de Direito é também o exame das questões de fato. Um e outras balizarão conjuntamente a solução da demanda.

2 A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO JUDICIAL QUANTO ÀS QUESTÕES DE FATO E ÀS QUESTÕES DE DIREITO RELEVANTES PARA A SOLUÇÃO DA DEMANDA

Por mais que a distinção entre questões de Direito e questões de fato não seja facilmente perceptível, o processo, enquanto instrumento para o exercício da atividade jurisdicional, tem uma

inequívoca dimensão silogística. Seu resultado é condicionado por uma premissa maior, consistente na norma que atribui uma determinada consequência jurídica a um determinado suporte fático, e por uma premissa menor, consistente no enunciado resultante do raciocínio segundo o qual os fatos judicializados e provados constituem um caso próprio e específico do suporte fático em causa³.

É nesse contexto silogístico, envolvendo, de um lado, a norma que atribui uma consequência legal a um suporte fático e, de outro, o enunciado resultante do raciocínio pelo qual os fatos judicializados e provados amoldam-se ao suporte fático em causa, que se encontra envolta a formação do convencimento do Juiz. Para a construção da decisão que será proferida pelo órgão jurisdicional, importa tanto a determinação dos fatos relevantes para a solução da demanda quanto o exame de quais os efeitos que a eles a norma de conduta aplicável atribui.

A qualificação jurídica dos fatos não pode ser confundida com a sua determinação ou demonstração em Juízo. Do ponto de vista lógico, a determinação ou demonstração em Juízo de um fato antecede a sua qualificação jurídica. É dizer, consistindo na valoração do suporte fático concreto para fins de sua subsunção em uma norma jurídica, a qualificação jurídica de um fato começa exatamente quando ele é determinado ou demonstrado.

Afirmar o aspecto silogístico do processo não significa atribuir à qualificação jurídica do fato uma feição eminentemente descritiva. Para que assim fosse, seria necessário que o suporte fático legal pudesse ser exaustivo e definido com precisão em todas as suas notas distintivas. Ademais, seria ainda preciso que as notas distintivas do suporte fático legal tivessem uma referência empírica clara. Não parece, contudo, que essa definição exaustiva e precisa seja viável, na prática, em todos os casos aos quais o direito atribui relevância.

³ Sobre o processo e a prestação da justiça como silogismo, vide Abellán (2023, p. 117 e ss.).

É que, mesmo quando apenas e tão somente descreve eventos verificados na realidade da vida, a linguagem jurídica, enquanto linguagem comum que é, sofre inevitavelmente de imprecisão e ambiguidade. Como se não bastasse, o suporte fático da norma incorpora, com frequência, intenções, vontades, conhecimento das coisas ou juízos valorativos que são difíceis de ser reduzidos a referências empíricas precisas.

Quando se tem isso em conta, fica claro que a qualificação jurídica de um fato, mesmo que se apoie em um juízo empírico faz, em realidade, parte de um julgamento normativo. Um julgamento normativo posterior levado a cabo pelo órgão julgador. Pode-se até dizer que, à luz das afirmações feitas pelas partes no processo e das provas coligidas aos autos, verifica-se, p. ex., se um determinado sujeito tenha ou não realizado uma determinada conduta integrante do suporte fático ao qual se atribui, no plano normativo, uma determinada consequência jurídica.

Bem postas as coisas, contudo, não é isso o que ocorre. O Juiz, na qualificação jurídica dos fatos, decide, com autoridade, se a conduta em causa e suas circunstâncias objetivas e subjetivas enquadram-se ou não em um determinado suporte fático, o qual, muitas vezes, aliás, nem mesmo se encontra literalmente descrito em um enunciado normativo, sendo, na verdade, construído e forjado pelo Juiz com base em diferentes enunciados.

Nesse sentido, a qualificação jurídica dos fatos, a depender da configuração do suporte fático jurídico em causa, acaba ostentando, em certa medida, algum grau de discricionariedade. Não é indiferente que o suporte fático jurídico seja definido da forma mais precisa e inequívoca possível com referências empíricas claras. De todo modo, a operação de qualificar juridicamente os fatos judicializados possui insita em si uma ineliminável natureza normativa.

Distinto é ou pode ser o caso da determinação ou da prova dos fatos, o qual, dentro de um esquema cognitivista, envolve um juízo empírico destinado a descrever um certo e determinado

estado de coisas que dará azo a certas e determinadas consequências jurídicas plasmadas na norma de conduta aplicável à situação em causa. Um estado de coisas correspondente aos enunciados de fato formulados pelas partes no processo, um estado de coisas que, antes de ser qualificado juridicamente, possui um *status* meramente fático ou descritivo. É a partir do exame dos enunciados de fato à luz dos elementos de prova jungidos aos autos que a verdade, conforme concebida do ponto de vista processual, ou seja, como uma noção ético-valorativa com alta carga positiva, associada à ideia de justiça (MORALES, 2011, p. 79)⁴, aparece ou pode aparecer.

O caráter descritivo dos enunciados de fato, contudo, não pode ser sempre pressuposto, eis que dependerá também ele da semântica do suporte fático legal. Nesse sentido, não é indiferente o tipo de realidade a que o suporte fático se refere.

Em linhas gerais, a realidade subjacente ao suporte fático pode ser basicamente de três tipos, quais sejam:

- i. fatos externo;
- ii. fatos internos ou psicológicos; e
- iii. conceitos que devem ser preenchidos com conteúdo pelo Juiz por meio de juízos de valor.

⁴ Pode-se dizer que o processo é um meio ou um método de conhecimento da verdade. Não, é certo, uma verdade idealizada, baseada na busca de um restabelecimento absolutamente fidedigno dos fatos pretéritos, mas sim uma verdade humilde e diária, ciente das limitações a ela inerentes (CALAMANDREI, 1973, p. 215). Vale a transcrição: *Ahora bien, si nosotros queremos volver a considerar el proceso como instrumento de razón y no como estéril y árido juego de fuerza e destreza hace falta estar convencidos de que el proceso es ante todo un método de cognición, esto es, de conocimiento de la verdad, y que los medios probatorios que estudiamos están verdaderamente dirigidos y pueden verdaderamente servir para lograr y para fijar la verdad; no de las verdades últimas y supremas que escapan a los pequeños hombres, sino la verdad humilde y diaria, esa verdad de la cual se discute en los debates judiciales, esa que los hombres normales y honestos, según la sabiduría común y la buena fe, llaman e han llamado siempre verdad.*

Qualificam-se como fatos externos os eventos que ocorrem na realidade sensível, seja com a intervenção humana (eventos externos humanos), seja sem a intervenção humana (eventos externos naturais). Já os fatos internos ou psicológicos denotam os motivos, as intenções ou os propósitos de uma conduta ou o conhecimento do fato por alguém. São internos pois afetos à esfera mental, cognitiva ou emocional de um sujeito (TARUFFO, 1992, p. 136). Há, por fim, os fatos cuja verificação pressupõe um juízo axiológico, fatos que representam uma conduta ou um estado de coisas cuja caracterização demanda do intérprete um juízo valorativo.

Normalmente, são externos os fatos juridicamente relevantes, entendidos como os fatos que definem os aspectos distintivos do suporte fático e que constituem o objeto da prova. Eles se caracterizam como alterações produzidas no mundo da realidade sensível. Se todo estado de coisas subjacente à configuração do suporte fático legal tivesse um referencial empírico claro, não haveria dificuldade em se afirmar o caráter descritivo da operação judicial de determinação em Juízo dos fatos relevantes para a solução da demanda⁵.

Ocorre que a verificação dos fatos psicológicos e dos conceitos que devem ser integrados com juízo de valor suscita mais controvérsias. Se é certo que os fatos psicológicos são fatos, e não valores, podendo os enunciados que os descrevem ser verdadeiros ou falsos, o mesmo não pode ser dito sobre os juízos de valor. A rigor, a menos que se aceite um objetivismo extremo, os juízos de valor se confundem, por fim, com a qualificação jurídica (e, portanto, normativa ou valorativa) dos fatos.

Tendo isso em conta, pode-se afirmar a existência de um paradigma cognitivista da determinação dos fatos, o qual pode ser expresso da seguinte forma: na formulação jurídica do suporte fático, apenas devem ser admitidos enunciados fáticos empiricamente contrastáveis. É dizer, enunciados cuja veracidade, no sentido da correspondência com a realidade, seja possível comprovar, de forma direta ou indireta, por meio de contraste empírico.

⁵ A menos que adotada uma posição epistemológica relativista, como, p. ex., na linha do pós-positivismo.

Contudo, nem sempre é assim. O paradigma em questão não é absoluto. Ele admite exceções. Quando os juízos de valor entram em jogo, é necessário que o Juiz exerça uma importante função integrativa ou discricionária na formação do seu convencimento sobre as questões de fato relevantes para o deslinde da controvérsia submetida à sua apreciação. Nesses casos e também na determinação dos fatos psicológicos, embora aí devido à especial dificuldade do seu conhecimento, um cuidado mais reforçado no desenvolvimento, na justificação e na explicitação do convencimento adotado pelo juiz acaba se impondo.

3 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS ENQUANTO ELEMENTO DE (RE)AFIRMAÇÃO DA LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Reconhecer e ressaltar a dimensão silogística do processo e da prestação da Justiça não é o mesmo, pois, que reduzir a aplicação do Direito a uma atividade puramente lógica, como se a decisão judicial resultasse de um perfeito automatismo. O processo e a prestação da Justiça têm, sim e inequivocamente, algo de um silogismo envolvendo aspectos fáticos e aspectos jurídicos, mas isso sem que se pretenda reduzir a ideia da aplicação do Direito como uma atividade pura e simplesmente subsuntivista.

Diante dessa constatação é que surge a necessidade da construção de todo um vasto instrumental de controle da formação do convencimento do juiz não apenas quanto às questões de direito mas também quanto às questões de fato submetidas à sua apreciação. Sob pena de que a prestação da Justiça acabe assumindo uma conotação voluntarista e eventualmente até mesmo arbitrária, é preciso construir e estabelecer parâmetros que possibilitem o escrutínio e a sindicabilidade acerca de como o Juiz toma em consideração não apenas os aspectos jurídicos em causa, mas também os fáticos, de como ele estrutura e desenvolve o raciocínio que conduzirá à tutela jurisdicional que será prestada.

Daí a importância que vem assumindo a fundamentação das decisões judiciais enquanto instrumento de controle de como se dá a formação da convicção do Juiz e, conseqüentemente, enquanto elemento de (re)afirmação da legitimidade da atuação jurisdicional, com *status* inclusive de garantia constitucional (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal)⁶.

E isso não apenas em relação a como o Juiz constrói a sua convicção sobre a matéria jurídica em causa, mas também, muito especialmente, quanto aos fatos trazidos ao processo pelas partes. Se o fato não mais é independente do direito, não sendo construído com total abstração das categorias jurídicas, é sinal de que ele também reclama um instrumental próprio de controle, é sinal de que também se reclama um instrumental próprio de controle de como os fatos são demonstrados e comprovados em juízo ou, mais propriamente, de como se pode tê-los como demonstrados e comprovados em Juízo.

É nesse sentido que se diz que a fundamentação se desdobra em duas vertentes diferentes, mas que se conjugam, quais sejam, a fundamentação do juízo de fato e a fundamentação do juízo de direito. De um lado, impõe-se ao Juiz que declare os fatos que julga ou não provados, analisando criticamente as provas e especificando motivadamente as que considera decisivas para a sua convicção. De outro, o Juiz indica, interpreta e aplica as normas jurídicas. Há,

⁶ Sobre a fundamentação enquanto garantia constitucional, vide Silva (2006, p. 5 ss.). Ele chama a atenção para o fato de que a exigência de fundamentação das decisões judiciais justifica-se, dentre outras razões, pela tendência dos sistemas políticos contemporâneos a uma ampliação das bases do regime democrático participativo, caracterizado pela sua universalidade. Diz-se democrático-participativo o regime não apenas inspirado no princípio da igualdade absoluta de todos perante a lei, mas que seja, também, construído pelos seus destinatários. Ainda sobre a fundamentação enquanto garantia constitucional, veja-se também Vaz (2002, p. 225 e ss.). Carvalho (2008, p. 69) lembra que nem sempre foi assim. Se a exigência de fundamentação das decisões judiciais é hoje uma regra imprescindível nas sociedades democráticas, houve tempo em que a decisão judicial se baseava exclusivamente na sua condição de ato de autoridade, dispensando-se a exposição das razões e dos argumentos que sustentavam o seu sentido.

assim, uma dupla fundamentação da sentença, a de fato e a de direito (FREITAS, 2009, p. 121 e ss.).

Tanto a fundamentação de fato como a fundamentação de Direito representam a manifestação, em essência, de um Juízo decisório, comportando as dimensões de decisão e de juízo. A decisão é uma opção resolutiva, manifestação de uma *voluntas* estatal que se impõe pela autoridade que ostenta. Reflete a ineliminável dimensão subjetiva com que o Juiz carimba a decisão que profere. Já a dimensão de Juízo responde à necessidade de objetividade da decisão. O caso jurídico concreto é resolvido mediante uma ponderação argumentativa racionalmente orientada que conduz a uma solução comunicativamente fundada (BORGES, 2016, p. 322).

É desejável que a decisão judicial tenha o máximo de juízo, reconduzindo a dimensão de *voluntas* à *ratio*, para que, mais do que imposta pela *auctoritas*, a decisão seja acolhida pelos seus destinatários. Certo é, porém, que o Juízo não apaga a dimensão decisória, de tal forma que a solução imposta não exclui em absoluto que outra diferente fosse possível⁷. Em todo o caso, a subjetividade também já não é vista como uma patologia, mas sim como uma dimensão criadora intransponível. A noção patológica da subjetividade, tida como voluntarismo e individualismo acrítico, geradora de arbítrio, perde espaço em prol da ideia de uma subjetividade regrada, definida como um princípio que consubstancia o papel do Juiz na complementação da definição do Direito, sempre nos limites do sistema de que, afinal, faz ele parte integrante⁸.

⁷ Como lembra Ferrer-Beltrán (2023, p. 65-66), diferentemente do que ocorre em outras searas, a decisão judicial está dotada de autoridade. Isso não significa que se tenha como verdade absoluta aquilo que o Juiz diz. Entendimento contrário equivaleria a negar a falibilidade do Juiz e, portanto, o próprio controle racional da sua decisão. O reconhecimento de que uma decisão produz efeitos jurídicos não acarreta necessariamente que se deva negar, de forma peremptória, que ela esteja errada. Outra coisa, bem diferente, é torná-la imune a qualquer possibilidade de discussão jurídica após o seu trânsito em julgado.

⁸ Segundo Santos (2012, p. 32-33), a concepção do julgamento como uma atividade mecânica, proveniente de um Juiz que se enquadra como um técnico do

Diante de tudo isso, patente a importância da fundamentação enquanto mecanismo de sindicância da formação do convencimento do Juiz e, conseqüentemente, da idoneidade e da adequação da tutela jurisdicional prestada⁹.

No Estado de Direito, a fundamentação das decisões judiciais é perspectivada, sobretudo, como uma garantia política dos cidadãos. Enquanto justificação da ingerência na esfera jurídica individual, a fundamentação fortalece a legitimidade do Judiciário e confere transparência à administração da Justiça. Assume-se como o verdadeiro e decisivo meio para aferição da idoneidade da decisão, garantindo a vários níveis a sua sindicância, tanto em nível endo como em nível extraprocessual.

Do ponto de vista endoprocessual, a fundamentação é pensada como um mecanismo orientado ao trâmite do processo e à garantia dos interesses dos litigantes. É um instrumento de racionalização técnica do processo e da decisão, dirigido ao próprio Juiz e às partes. Enquanto meio, imprime racionalidade à decisão.

Direito, a quem o processo fornece as soluções bastantes para a apuração dos fatos e à sua fixação, está em crise. Reações intuitivas do Juiz em face do caso concreto ou mesmo derivadas de emoções ou sentimentos acabam também desempenhando um papel importante na formação do seu convencimento, aproximando-o do sujeito que também é julgado. A decisão judicial não envolveria, assim, uma operação estritamente intelectual, articulando-se, na verdade, com um Juízo social prévio (muitas vezes inconsciente) sobre as questões relevantes para o julgamento da demanda. Essa é a razão pela qual um bom julgamento reclamaria, primeiro que tudo, não tanto uma progressão no sentido da decisão, mas antes uma regressão a esse Juízo já existente, a esse pré-juízo ou mesmo a esse preconceito. A primeira exigência para um bom julgamento consistiria justamente na formulação [*rectius*: no entendimento] desse Juízo implícito que concorre com a operação consciente, substituindo-o pela deliberação. Tomada de consciência essa tanto mais difícil quanto remete o Juiz para a sua própria finitude, senão mesmo para a sua impotência. Ao Juiz impõe-se que tome posição, tendo consciência, da subjetividade que intervém no seu convencimento, das motivações extrajurídicas que se lhe apresentam e de que importa torná-las evidentes para que, por meio de sua explicitação, seja possível a sindicância da decisão, afastando-se todo o conjunto de efeitos perversos que nelas se reconhece.

⁹ Sobre a importância da fundamentação enquanto mecanismo de sindicância da formação do convencimento do Juiz, tanto da perspectiva endo como da perspectiva extraprocessual, vide Borges (2016, p. 322 e ss.).

Enquanto resultado, exprime a racionalidade da decisão. De um lado, a fundamentação estimula e obriga o Juiz à racionalização de sua decisão, salvaguardando-o de juízos mais precipitados. De outro, a fundamentação destina-se também às partes, assumindo, perante elas, a forma de discurso argumentativo de inegável cariz persuasivo. Para além disso, ainda endoprocessualmente, a fundamentação se coloca como condição imprescindível para que a decisão seja reapreciada. É por meio dela que se afere a correção da decisão (dos pressupostos sobre os quais ela se assenta), detectando-se possíveis vícios aptos à sua cassação ou reforma. Ela é indispensável, seja para que as partes afirmem a oportunidade de impugnação e delimitem o objeto do recurso, seja para que a instância *ad quem* se pronuncie sobre a decisão proferida.

Extraprocessualmente, fora do processo, a fundamentação perfilha-se como garantia política, um princípio geral de controlabilidade inerente ao Estado de Direito. No positivismo, a fundamentação era perspectivada como expediente de submissão do Juiz à lei enquanto vontade de todos. Ultrapassado esse paradigma, o Juiz já não é mais visto como a mera *bouche qui prononce les paroles de la loi*. Não se limita mais o Juízo decisório à repetição da lei em concreto ou à mera conclusão do silogismo judiciário. Nesse contexto, a fundamentação volta-se aos cidadãos em geral, enquanto destinatários da Justiça e, simultaneamente, sujeitos de controle da administração da Justiça. Ainda do ponto de vista extraprocessual, a fundamentação assume grande relevo na uniformização da Jurisprudência. Só na medida em que se conheçam os fundamentos da tese que a decisão sustenta é que será possível elevá-la a critério mobilizável em casos análogos.

De tudo o que se disse, fica mais do que evidenciada a importância da fundamentação. Ao fim e ao cabo, ela se coloca como um instrumento e um elemento de ponderação e de legitimação da própria decisão judicial, encerrando e sintetizando as razões comunicáveis da decisão, tradutoras de uma validade intersubjetivamente compreendida e partilhada.

4 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA A SERVIÇO DO CONTROLE DA FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO: A CONSTRUÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL EM UMA PERSPECTIVA DIALÉTICA

A fundamentação da decisão também vai explicitar perante as partes e a sociedade em geral o raciocínio que conduz o Juiz a uma determinada conclusão. Bem postas as coisas, pode-se dizer que a fundamentação não se basta, em si mesma, para garantir ou (re)afirmar a legitimidade da atuação jurisdicional. É preciso que ela veicule uma argumentação lógico-racional apta a amparar o conteúdo da tutela jurisdicional, fruto do silogismo inerente à estruturação e ao desenvolvimento do processo envolvendo as questões de Direito e as questões de fato em causa.

O reconhecimento do papel de destaque que a fundamentação das decisões judiciais exerce no processo reforça e evidencia a importância da argumentação jurídica na solução das questões de fato e de direito submetidas à apreciação do Juiz.

O emprego de uma abordagem analítico-argumentativa no exame dos fenômenos jurídicos constitui-se em uma marca do paradigma pós-moderno, falando-se hoje em uma nítida aproximação entre o *ordo judicarius* medieval e o *processus* assimétrico moderno¹⁰.

A tensão existente entre indivíduo, sociedade civil e Estado, mote das atuais garantias constitucionais do processo, aparecia dissolvida na Idade Média. O Antigo Regime europeu, antecedente ao paradigma do Estado moderno, caracterizava-se justamente pela indistinção entre sociedade civil e Estado.

A extraestatalidade do processo é um dado com o qual obrigatoriamente se trabalha para compreensão do modelo isonômico de processo característico da Idade Média. Isso não significa que a jurisdição, na Idade Média, não tivesse uma natureza pública. Sem

¹⁰ Sobre o *ordo judicarius* medieval e o *processus* assimétrico moderno, vide Mitidiero (2007, p. 69 e ss.), bem como Giuliani (1986, p. 81 e ss.).

que lhe se negue sua extraestatalidade, o *ordo judicarius* medieval¹¹, formado pela praxe dos Tribunais e da doutrina, era sim público. O Direito Processual Civil era extraestatal, mas não os Juízos e os Tribunais que o aplicavam.

Tirante as concepções da Baixa Idade Média, em que o Direito não ocupava um posto autônomo, restando açambarcado nos domínios da ética, o Direito medievo, desde a fundação do *studium civile*, identificava-se fundamentalmente com o *Corpus Iuris Civilis* romano. Com efeito, os exegetas medievais vislumbravam no *Corpus Iuris Civilis* romano a própria *ratio scripta*. O Direito era inferido das *leges*, sendo compreendido como uma normatividade decorrente de fontes prescritivo-textuais e tendo como referencial a Justiça, em seu substrato ético, entendida como *lex*.

Baseado na autoridade dos textos romanos, o jurista medieval trabalhava o Direito como um enunciado textual do qual, mercê da exegese e da argumentação, seria possível a obtenção de todos os critérios necessários para o exercício da prática jurídica. Com base nos textos, passava-se ao caso. Ao fim e ao cabo, era o caso que se encontrava no centro das atenções.

Aqui apresenta-se o ponto fulcral do *ordo judicarius* medieval. A racionalidade, em vez de padrões próprios de uma lógica teórica, era buscada e construída na prática, voltada à solução de um problema concreto. Nessa perspectiva, o consenso assumia feições de um critério de verdade e Justiça, colocando-se em posição de destaque o diálogo entre as pessoas envolvidas no conflito. A solução da problemática jurídica não se oferecia como a obra de uma razão individual, sendo antes o resultado do colóquio judiciário.

É evidente que a estrutura do processo, enquanto instrumento pelo qual a Justiça era prestada e administrada, reagia a tudo isso. Ele era pensado e forjado à luz de um modelo isonômico de participação das partes e do Juiz na aplicação do Direito.

¹¹ Também chamado *iudicium*. A estrutura do processo civil medieval encontrava-se atada a pressupostos semânticos que acabavam definindo as suas feições mais proeminentes. Pela expressão *iudicium*, identificava-se tanto o processo como a própria formação do Juízo subjacente à decisão judicial proferida.

Orientado pelo pensamento problemático, de razão prática, pautado pela dialética entre os seus participantes, o *iudicium* tinha na valorização da oposição dialética entre os sujeitos envolvidos no conflito uma das suas pedras de toque, assentando-se em um formalismo isonômico que procurava uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judicial. Além da garantia do contraditório, inspirado essencialmente na lealdade processual, seu pressuposto mais direto, decorrência da paridade entre os sujeitos do debate processual¹², o mote fundamental desse modelo de processo, guiado pelo pensamento problemático, residia justamente no papel exercido pela argumentação.

A dialética colocava-se a serviço, como ainda hoje se coloca, da aferição e da elucidação das questões de fato e das questões de Direito relacionadas à solução da causa, não como resultado de uma razão individual, mas do esforço combinado das partes, revelando-se implícita uma atitude de tolerância em relação aos pontos de vista do outro e o cariz de sociabilidade do conhecimento. A dialética, a lógica da opinião e do provável, intermedeiam o certamente verdadeiro (raciocínio apodítico) e o certamente falso (raciocínio sofisticado). No seu âmbito, incluem-se procedimentos que não são demonstrativos, mas argumentativos, pressupondo o diálogo e a colaboração das partes diante de uma situação controvertida.

Nesse contexto, transparece a importância do contraditório e da argumentação no processo. A fim de que forme o seu juízo, impõe-se ao órgão jurisdicional que oportunize às partes a possibilidade de exercerem efetiva influência sobre a decisão que será tomada, na forma e no sentido em que o Direito será aplicado, apresentando-lhes depois as suas razões, o fundamento de seu convencimento. Contraditório, diálogo e argumentação andavam (como andam até hoje) de mãos dadas. À luz desse instrumental, o *ordo iudicarius* era concebido, em toda a sua extensão, como uma autêntica *ars dissedendi* e *ars oponendi et respondendi*, temperado pela igualdade e

¹² O contraditório, nessa perspectiva, assume ares de um verdadeiro *cardine della ricerca diallettica* (PICARDI, 2003, p. 62) pela Justiça no caso concreto.

pela lealdade entre os sujeitos processuais e assumindo a experiência jurídica como um fenômeno problemático.

Nesse modelo do *iudicium* medieval, as questões de fato e as questões de Direito relevantes para a solução da controvérsia vinham trabalhadas dentro de um modelo persuasivo, sendo encaradas como um argumento. Isso sem que houvesse entre elas uma cisão nítida. Umas e outras eram colocadas em debate e sujeitas ao contraditório em bloco, sendo compreendidas como um todo unitário.

Na Idade Moderna, a maneira como se dá a organização interna do processo sofre uma grave fratura em relação ao modelo medieval. O *iudicium* transforma-se em processo.

Se o Direito medieval servia-se da dialética, campo do discurso argumentativo e do provável, o Direito moderno alça mão, para sua estruturação da lógica apodítica. Afasta-se e rejeita-se o viés problemático do jurídico. De uma racionalidade prática passa-se a uma racionalidade teórica, de viés eminentemente positivista. Não se trabalha mais em um esquema sujeito-sujeito, mas em uma relação sujeito-objeto.

Se antes prevalecia a lógica aristotélica, que permitia a compreensão do Direito como um fenômeno cultural, hermenêutico, agora não mais. Outorga-se ao jurídico a certeza própria das ciências exatas.

Na dialética aristotélica, o processo civil vinha pautado pela arte do diálogo, da discussão e da persuasão. O critério fundamental de Juízo era constituído pela opinião e pelo consenso. O verdadeiro e o falso, considerados em uma perspectiva absoluta, eram categorias que não compareciam ao processo, já que esse se oferecia dominado pela lógica do provável.

Com a Idade Moderna, o objetivo do processo muda, convocando-se aos domínios do jurídico as categorias do certo e do errado, convocando aos domínios do jurídico métodos próprios das Ciências Exatas, notadamente da Matemática. Subjugado o Direito

aos padrões das Ciências Exatas, o diálogo judicial pouco contribui para a resolução dos casos concretos. A razão individual conhece mais a verdade do que o esforço conjugado dos atores processuais. A marca do individualismo avança sobre o processo.

Essa guinada ideológica tem um endereço ideológico e político certo. Por ela, visa-se a domesticação do Direito, tornando-o tão certo quanto o resultado de uma equação algébrica. Não se trata de segurança jurídica, mas sim de uma tentativa de contenção do Judiciário, tornando o Direito uma Ciência técnica. A concepção do Direito estatal perfeito, demonstrável quase que matematicamente, acaba revelando uma motivação algo antidemocrática, eliminando a possibilidade de crítica ao Direito posto. Elimina igualmente a possibilidade de compreensão do fenômeno jurídico pelo diálogo e, pois, a direta participação dos cidadãos na aplicação do Direito.

No paradigma moderno, o Direito resume-se à vontade supostamente formalizada na norma, sendo reservada ao Juiz tão somente a verbalização, por uso de silogismos, das palavras da lei, sem nenhuma margem de discricção, já que, partindo-se de uma premissa verdadeira, somente chegaria a uma única conclusão verdadeira.

Apequena-se o papel da dialética, das opiniões das partes a respeito da *res in iudicium deducta*, já que o resultado do processo será fruto de um silogismo judiciário, solitariamente pensado. Paradoxalmente, passa-se da dimensão da *ratio* para a dimensão apenas da *voluntas*, como se a decisão judicial se impusesse apenas pela autoridade que ostenta. Rebaixa-se a *ars dissedendi* e a *ars oponendi et respondendi*, rebaixa-se a argumentação de mecanismo necessário e intrínseco para a formação do convencimento do Juiz, enquadrando-se o contraditório como um princípio puramente lógico-formal.

O Juiz converte-se em um sujeito suprapartes, vértice do discurso judiciário, tornando assimétrico o processo antes isonômico. Nesse panorama, a análise das questões de fato e das questões de

Direito inerentes à solução da controvérsia perde a característica de argumento, atitude própria do *ordo judicarius* medieval. A viragem lógica do Direito Processual Civil concebida no paradigma da modernidade confere à formação do convencimento do Juiz uma característica eminentemente demonstrativa, com um sentido objetivista, cientificista e absoluto.

Esse modelo postula, ainda, uma rígida separação entre o mundo fático e o mundo jurídico, tomando como coisas absolutamente distintas as questões de fato e as questões de Direito¹³ e, bem assim, um Juiz burocrata, vértice do discurso processual, fortemente jungido à consecução do Direito posto pelo Estado.

O influxo dessas ideias estava afinado com a teoria de que o raciocínio judiciário estaria afeiçoado a um silogismo, em que se oferecesse divorciável de maneira límpida o fato do Direito. As partes levariam os fatos ao processo, tocando ao Juiz o Direito. O contraditório seria necessário quanto às questões de fato, mas não quanto às questões jurídicas, pertencentes unicamente ao Órgão Judiciário. O fático não pertenceria ao jurista. A ele tocaria só o mundo jurídico. Não seria dele exigido que sujasse as mãos com a realidade.

Hoje, os modelos medieval e moderno se aproximam. O Processo Civil hodierno, e tudo nele inserido, é fundamentalmente uma concretização do Estado de Direito, mesclando elementos do *ordo judicarius* medieval e do *processus* moderno.

Na verdade, busca-se num e noutro elementos para a construção de um novo paradigma, respondendo com suficiência e altivez aos reclames do Estado Democrático de Direito contemporâneo. As características argumentativas e demonstrativas próprias, respectivamente, do *ordo judicarius* medieval e do *processus* moderno não se excluem. Ao contrário, conjugam-se. Pelo consenso e pela razão, chega-se à solução do caso concreto à luz

¹³ Dada a constatação de uma determinada alegação de fato, a conclusão jurídica é, no paradigma moderno, necessária, automática e inarredável.

do exame das questões de fato e de Direito que lhe são peculiares. Sempre levando-se em conta a aceitabilidade racional, evidenciada na fundamentação da decisão, na convicção do Juiz sobre os elementos próprios do caso que lhe é apresentado para julgamento.

5 A RACIONALIDADE DO DISCURSO JURISDICIONAL COMO BALIZA PARA O EXAME DAS QUESTÕES RELEVANTES DO PROCESSO

A análise do processo sob a óptica da argumentação jurídica representa um inegável avanço¹⁴. Um aprimoramento de um sistema em constante evolução. Antes disso, os fenômenos de natureza processual acabavam, muitas vezes, descritos de uma maneira reducionista, sendo negligenciados importantes aspectos envolvidos na sua composição, resultando na obtenção de explicações vagas e imprecisas para temas inquestionavelmente complexos.

Daí a necessidade de uma redefinição de vários dos institutos do processo à luz da argumentação jurídica e de seus impactos na forma como se dá a prestação da Justiça. Com efeito, a importância e a valorização da argumentação jurídica são hoje fundamentais para a compreensão do processo.

Veja-se, p. ex., o que se passa com a prova. Anteriormente definida como um mero raciocínio destinado à demonstração da verdade dos fatos (ou das alegações fáticas), ela cada vez mais vem sendo tratada como razão construída de forma conjunta pelos sujeitos do processo. Sua existência e sua finalidade (relacionada à descoberta da verdade) são justificadas em função da necessidade de oferta de subsídios envolvidos na construção de uma solução para o problema examinado, o qual serve como referencial que será levado em conta na análise quanto à pertinência dos esforços envidados em sede de instrução processual.

¹⁴ Sobre a argumentação jurídica e seus reflexos na estruturação do processo, vide Reichelt (2009, p. 86 e ss.).

Para tanto, combina-se a necessidade de obediência a um pensamento sistemático com o crescente influxo da retórica. Tem-se aqui uma equação marcada pela necessidade de tolerância entre os sujeitos que participam da relação processual sustentando posições distintas e mesmo antagônicas sobre as questões relevantes em causa, sendo possível que alegações aparentemente incompatíveis convivam e coexistam entre si.

O pensamento sistemático e a retórica atuam como forças que se complementam, suprimindo as suas respectivas lacunas mediante os avanços proporcionados pela combinação harmônica de uma atuação conjunta e integrada.

De um lado, a importância do pensamento sistemático fica evidenciada quando diante de pontos de referência sobre os quais não paira dúvida (e, conseqüentemente, da desnecessidade de um esforço argumentativo mais significativo na busca das premissas a serem empregadas na construção da decisão jurisdicional) e também na função que ele exerce para a garantia da pertinência entre a solução obtida ao fim do debate processual e o estado de coisas no qual ela se insere ou, mais propriamente, perante o qual ela atua.

De outro lado, o influxo da retórica serve de instrumento para a superação das dificuldades advindas da incompletude do sistema jurídico e da obscuridade característica ao significado dos comandos que dele fazem parte. Dessa maneira, a retórica atua como referencial pautando os esforços empreendidos pelos sujeitos do processo quando, ultrapassadas as fronteiras da dimensão em que convivem com as certezas absolutas, passam ao âmbito das possibilidades (das quais, por meio do recurso à argumentação e à luz dos cânones da racionalidade, advirá uma convicção de verdade).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordenação do processo deve se dar como uma forma de acompanhamento, passo a passo, da dinâmica da formação do

convencimento jurisdicional, sendo a utilização pelo Juiz de critérios pautados na racionalidade uma ponte para a boa administração da Justiça.

Bem postas as coisas, a racionalidade do discurso jurisdicional, vazada na fundamentação da decisão, é a régua ou a baliza pela qual se mede ou se afere a adequação do exame realizado no processo das questões relevantes para a sua solução. Nesse sentido, é que se diz que, expressando o *modus* como se dá a formação do convencimento do Juiz e envolvendo critérios de aceitabilidade e de pertinência do discurso jurisdicional, a argumentação jurídica é dos mais importantes instrumentos de sindicância das decisões judiciais.

Por fim, o raciocínio judicial nada mais é do que uma cadeia de argumentos¹⁵ que embasam e culminam na tutela jurisdicional que será prestada no caso concreto. Sem o controle de como se dá e se desenvolve o raciocínio judicial, a prestação da Justiça pode resvalar para o arbítrio. Daí a importância da argumentação jurídica. Permeando todo o discurso jurisdicional e toda a fundamentação da decisão judicial, ela sustenta a prestação da Justiça e permite a sua fiscalização, garantindo que ela cumpra o seu objetivo maior de dar a quem de direito aquilo que lhe é de direito na exata medida em que lhe seja de direito.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. **Os fatos no direito: bases argumentativas da prova**. Tradução de Ravi Peixoto. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

BORGES, Ronaldo Souza. **A prova pela presunção na formação do convencimento judicial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CALAMANDREI, Piero. Proceso y justicia. In: CALAMANDREI, Piero. **Derecho procesal civil: estudios sobre el proceso civil**.

¹⁵ Sobre o raciocínio judicial como uma cadeia de argumentos, vide Lagier (2022, p. 61 e ss.).

Tradução de Santiago Sentís Melendo. v. 3. Buenos Aires: EJEA, 1973. p. 201-222.

CARVALHO, Maria Clara Calheiros de. A base argumentativa na decisão judicial. In: **Revista Julgar**, Ed. Associação Sindical dos Juízes Portugueses, Lisboa, v. 6, p. 69-76, 2008.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. Reimpressão.

GIULIANI, Alessandro. Ordine isonomico e ordine asimmetrico: ‘nuova retorica’ e teoria del processo. In: **Sociologia del Diritto**, Milão, Ed. Giuffrè, v. 13, p. 81-90, 1986.

KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Ed. Forense, v. 353, p. 15-52, 2001.

LAGIER, Daniel González. **Quaestio facti**: ensaios sobre prova, causalidade e ação. Tradução de Luís Felipe Kircher. Salvador: JusPodivm, 2022.

MITIDIERO, Daniel. A lógica da prova no *ordo judicarius* medieval e no *processus* assimétrico moderno: uma aproximação. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 69-92.

MORALES, Rodrigo Rivera. **La prueba**: un análisis racional y práctico. Madrid: Marcial Pons, 2011.

NEVES, A. Castanheira. A distinção entre a questão-de-facto e a questão de direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de ‘revista’. In: NEVES, A. Castanheira.

Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 1. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 481-523. Reimpressão.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici.** Milão: Giuffrè, 1992.

REICHELTE, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Manuel Simas. A construção de uma decisão. In: CARMO, Rui do (Coord.). **Linguagem, argumentação e decisão judiciária.** Coimbra: Coimbra Ed., 2012. p. 21-33.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, Ed. Magister, v. 10, p. 5-29, 2006.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. **Direito processual civil: do antigo ao novo código: novas tecnologias ao serviço da justiça.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

Recebido em: 9-10-2023

Aprovado em: 26-12-2023