

**A (IN)VIABILIDADE DA ARGUMENTAÇÃO DIANTE DO DESMEDIDO
SUBJETIVISMO DO JULGADOR**

**THE (IN)FEASIBILITY OF ARGUMENTATION BEFORE DISMISSED
SUBJECTIVISM OF JUDGER**

Marcelo Garcia da Cunha¹

RESUMO: O texto problematiza a eficácia da argumentação prática do advogado diante da ingerência de fatores de natureza eminentemente subjetiva que permeiam o convencimento do juiz. Nesse sentido, considera-se a funcionalidade dos sujeitos que protagonizam o diálogo judicial, assim como a finalidade da argumentação, voltada ao convencimento do juiz acerca da correção de certa posição jurídica, preservando, nesse proceder, o componente ético e a autonomia do interlocutor. O esforço argumentativo empreendido pelo advogado deve ser contrabalançado pela escuta sensível do juiz, notadamente pela sua disposição e abertura à possibilidade de ser influenciado. Para evitar um subjetivismo exacerbado no ato decisório, que mitiga ou até mesmo anula a eficácia da argumentação, retratando tão somente a *persona* do julgador, a controvérsia judicial deve ser solucionada dialogicamente, considerando-se acima de tudo os valores consagrados na Constituição. Inexistindo tal disposição, porque o julgador está imbuído por vieses pessoais, toda a ação argumentativa legitimamente empenhada pelo advogado resulta ineficaz.

PALAVRAS-CHAVE: Advogado. Argumentação. Eficácia. Convencimento judicial. Subjetivismo.

ABSTRACT: The text problematizes the efficacy of the lawyer's practical argument against the interference of factors of an essentially subjective nature that permeate the conviction of the judge. In this sense, it is considered the functionality of the subjects that lead the judicial dialogue, as well as the purpose of the argument, focused on the conviction of the judge about the correction of a certain legal position, preserving, in this proceeding, the ethical component and the autonomy of the interlocutor. The argumentative effort undertaken by the lawyer must be counterbalanced by the sensitive listening of the judge, notably by his willingness and openness to the possibility of being influenced. In order to avoid a subjectivism exacerbated in the decision-making process, which mitigates or even nullifies the effectiveness of the argument, portraying only the person of the judge, the judicial controversy must be resolved dialogically, considering above all the values enshrined in the Constitution. In the absence of such a disposition, because the judge is imbued with personal biases, all the argumentative action legitimately committed by the lawyer is ineffective.

¹ Advogado, OAB/RS 43.016. Mestre e Doutor em Direito pela PUCRS. E-mail: marcelogdacunha@hotmail.com.

KEYWORDS: Lawyer. Argumentation. Efficiency. Judicial conviction. Subjectivism.

1 INTRODUÇÃO

O discurso jurídico, em quaisquer das suas vertentes, teórica e prática, é permeado pela atividade argumentativa. Em um e outro caso, o convencimento pontua o esforço argumentativo.

A viabilidade do convencimento não está condicionada apenas à eficácia discursiva. A idealização do cenário jurídico, apregoada pelas teorias puristas, é inconciliável com as subjetividades que integram o discurso jurídico. Concepções situadas no íntimo dos atores envolvidos nesse discurso, de natureza variada, a depender da temática abordada, influenciam e mesmo orientam o processo de convencimento e a escolha das alternativas decisórias.

Nesse contexto, propõe-se, aqui, questionar acerca das possibilidades de convencimento quando o destinatário da argumentação está imbuído por vieses pessoais que direcionam sua apreensão da questão jurídica. Entende-se por destinatário, na abordagem proposta, o juiz, a quem é dirigida a argumentação do advogado.

Qual o espaço para a obtenção do convencimento, a despeito do empenho argumentativo, quando no debate jurídico em concreto se sobrepõem matizes de caráter eminentemente subjetivo?

A hipótese ventilada a tal indagação considera que a eficácia da argumentação jurídica é mitigada ou até mesmo anulada quando seu destinatário confere primazia a suas concepções pessoais no ato decisório.

Objetiva-se identificar as possibilidades do discurso argumentativo, no âmbito jurídico, de influenciar eficazmente o espírito do destinatário quando se defronta com fatores intrínsecos ao seu destinatário, que interferem na recepção dos argumentos.

O estudo auxilia na compreensão, tendo em perspectiva a argumentação, das dificuldades ou facilidades de consecução do convencimento, algo a depender do perfil dos atores do cenário discursivo. A consciência de suas limitações é importante para o aprimoramento da própria argumentação.

O texto parte da análise da funcionalidade dos sujeitos que protagonizam o diálogo judicial, nomeadamente o advogado e o juiz. A finalidade da argumentação é abordada na

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

sequência, destacando-se a sua distinção frente à figura da manipulação, na qual não se considera o componente ético e a autonomia do interlocutor. Na sequência, é realçado o conteúdo da argumentação jurídica, fundada basicamente na lei, doutrina e jurisprudência. Como a argumentação está diretamente relacionada à liberdade do juiz de formar sua convicção, a discricionariedade é objeto de tópico específico. Ao final, verificam-se o quanto fatores de natureza estritamente subjetiva podem interferir na argumentação do advogado e conseqüentemente na sua eficácia persuasiva.

2 OS SUJEITOS DO DIÁLOGO JUDICIAL

Toda argumentação pressupõe enunciante e destinatário. Abstraindo a hipótese de um diálogo com o próprio íntimo, exercício que revela a capacidade do indivíduo de deliberar consigo mesmo e com isso buscar respostas para suas dúvidas e aflições cotidianas, é certo que a atividade argumentativa é uma via de dois sentidos. Como originalmente apontou Aristóteles (2007, p. 63), no discurso, além de seu próprio conteúdo, se fazem presentes dois fatores: quem fala e para quem se fala.

Nos múltiplos contextos do convívio social, o indivíduo se defronta constantemente com uma indeclinável vontade de diálogo. Ser comunicante por natureza, sempre revela algo a transmitir, seja pela palavra oral ou escrita, que contemporaneamente é o modo mais convencional de diálogo, seja por outros meios também eficazes de comunicação, como os gestos, os sinais, a postura e até mesmo o silêncio.

Essa vontade de comunicação, contudo, não se esgota em si mesma, visto que dela ressalta também a pretensão de atuar no espírito alheio. Toda ação expressiva, em suas múltiplas formas, objetiva uma reação da alteridade, que pode se dar no íntimo do sujeito, incidindo no âmbito restrito do seu pensamento, ou se materializar numa ação efetiva.

Embora a atividade argumentativa seja inerente ao ser humano, estendendo-se aos seus ofícios profissionais, principalmente a aqueles em que se busca discernir entre o justo e o injusto, como sucede nas variadas profissões jurídicas, é na advocacia que a argumentação adquire ênfase estrutural. A obtenção do convencimento é a finalidade por excelência do fazer

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

advocatício. Ao dirigir a palavra ao julgador, o advogado intenciona persuadi-lo de suas razões e com isso levá-lo a acolher a tese defendida.

Rodríguez refere que a parcialidade do advogado implica um desvalor aos fundamentos lançados em suas petições, pois o ponto de vista que expõe está comprometido com o interesse da parte que defende. A dificuldade daí decorrente deve ser compensada com o manejo das técnicas argumentativas (2005, p. 47).

Essa parcialidade decorre da posição de defensor de determinados interesses, que são antagônicos aos interesses de um terceiro. Para cumprir eficazmente sua função, incumbe ao advogado tirar partido das possibilidades do sistema e direcionar sua pretensão de forma justificada, com argumentos que devem ter conformidade com as normas que integram esse sistema para que possam ser aceitos pelo juiz (Atienza, 2007, p. 202).

Se o advogado protagoniza o esforço argumentativo, o juiz, por sua vez, deve estar sensível a tal esforço. Isso significa que é imperativa sua abertura à possibilidade de ser influenciado. A influência é o fator que norteia todo o desenvolvimento da argumentação. Sem essa disposição, não se perfectibiliza a interação argumentativa, pois apenas um dos atores cumpre sua função num processo que deveria ser essencialmente dialógico.

Não se desconsidera, por óbvio, que o bom juiz não é um sujeito apático, apenas aguardando os argumentos das partes para silogisticamente fazer sua conclusão. Por outro lado, a decisão judicial não deve retratar um ato de arbitrário isolamento, mas, sim, resultar de uma construção compartilhada entre todos aqueles que intervêm de maneira significativa na arena litigiosa. É no embate discursivo entre as partes, contrabalançado pela ponderação do juiz, que emerge a solução mais adequada para o caso.

Delimitados os sujeitos da argumentação na esfera judicial, cumpre, na sequência, adentrar na análise da finalidade visada pela articulação prática do advogado.

3 OBJETIVO DA ARGUMENTAÇÃO DO ADVOGADO

A argumentação, como ato de comunicação humana, tem como finalidade última persuadir alguém acerca do que lhe está sendo comunicado (Berlo, 2003, p. 12). Há, em qualquer

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

ato argumentativo, uma indissociável intenção de levar o interlocutor a acolher ou aumentar a adesão a um ponto de vista.

Abreu faz uma interessante distinção entre convencer e persuadir. Diz ele que convencer é falar à razão do outro. Significa vencer com o outro (com + vencer). Persuadir, por outro lado, é saber falar à emoção do auditor. A primeira gerencia a informação; a segunda, a relação. Convencer é construir algo no campo das ideias, é conseguir que alguém pense como lhe é sugerido; persuadir é fazer com que alguém realize aquilo que se almeja que faça. Há situações em que se obtém o convencimento, mas não a persuasão (2006, p. 25).

Embora a finalidade da argumentação seja integrar o outro a um ponto de vista proposto, é preciso considerar que daí não resulta que seja uma via aberta à manipulação. O componente ético é indissociável da argumentação.

Argumentar não autoriza vencer a qualquer custo, forçar o interlocutor a submeter-se a ideia que se lhe oferece; significa, sim, integrar-se ao universo do outro e obter aquilo que se objetiva de modo cooperativo e construtivo (Abreu, 2006, p. 10).

A argumentação preserva a autonomia e a plena consciência do interlocutor, que fica livre para aderir, ou não, à tese que lhe é apresentada. Enquanto a finalidade visada pela argumentação é transparente e suas premissas e consequências estão postas de maneira aberta e honesta, a manipulação, por outro lado, tem por objetivo algo disfarçado e só externamente aparenta correção.

Aquele que argumenta dignifica a individualidade do outro, porquanto procura seu assentimento livre e espontâneo; quem manipula, ao contrário, paralisa a escuta (Breton, 2005, p. 64), desrespeita o interlocutor, porque intenciona um resultado que não obteria se agisse de acordo com o padrão moral de conduta. Uma é atividade interativa que se concretiza na mediação intelectual entre os sujeitos; outra é um proceder unilateral, em que apenas uma das partes visa obter vantagem anulando a autonomia do seu interlocutor.

Desde que a atuação do advogado se ajuste aos limites das possibilidades que a técnica jurídica lhe permite, assim como respeitados os preceitos de conduta do seu estatuto profissional, dúvida não há de que seu agir será ético. Ao cirurgião que faz a incisão no corpo do paciente para curar a moléstia, ao dentista que faz a extração para cessar a dor, assim como ao terapeuta que penetra no íntimo da pessoa para conhecer suas aflições, a nenhum deles poder-se-á, em situação de

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

normalidade, acusar de lesão corporal ou violação de intimidade, haja vista que se encontram no regular exercício de suas atividades profissionais. O mesmo sucede com o trabalho desenvolvido pelo advogado.

O objetivo da argumentação prática do profissional da advocacia é convencer o juiz acerca da correção da posição jurídica que defende. Impende ao advogado demonstrar que o direito ampara a parte que se encontra sob seu patrocínio. O *modus operandi* desse proceder é essencialmente técnico, entendendo-se como tal a expressão dos fundamentos jurídicos da causa de seu cliente.

MacCormick chama a atenção para o fato de que, subjacente ao objetivo prático do convencimento, se encontra a função de justificação, pela qual cumpre às partes oferecer boas razões justificatórias em defesa de suas reivindicações, o que implica, em contrapartida, que o juiz faça o mesmo ao proferir a sua decisão (2006, p. 19).

Essas razões justificatórias estão diretamente relacionadas com o conteúdo do discurso jurídico.

4 CONTEÚDO DO DISCURSO JURÍDICO

O discurso jurídico contemporâneo está sustentado, predominantemente, na lei, na doutrina e na jurisprudência. As petições processuais, as decisões dos juízes e dos tribunais e as teses construídas pelos teóricos do direito demonstram o quanto os operadores jurídicos fundamentam suas teses em textos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais.

E não há exigência formal para isso. A petição inicial feita pelo advogado não será indeferida se deixar de citar o artigo de lei que ampara o direito do seu cliente, assim como a sentença do juiz não será nula se ele não apontar o dispositivo legal ou não especificar o entendimento do tribunal superior entre as razões de sua decisão.

No Brasil, segue-se o chamado sistema de direito continental, pelo qual a lei instrumentaliza e ordena as relações entre as pessoas, e, ocorrendo alguma controvérsia, é a ela que o julgador recorrerá para aplicar a solução adequada ao caso.

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

É sintomático desse sistema que o discurso jurídico tenha sua atenção voltada para o que diz a lei. A argumentação terá maior poder de convencimento se estiver pautada na legislação que rege a matéria jurídica em discussão.

O recurso à doutrina, por outro lado, encontra fundamento na autoridade dos teóricos do direito, que emitem suas teses acerca da ciência jurídica, ao passo que a jurisprudência dos tribunais, consubstanciando precedentes sobre normas e fatos, revela-se, na atualidade, um importante instrumento de sustentação do raciocínio argumentativo.

A história recente demonstra um constante esforço de quem está investido do poder de jurisdição de motivar suas decisões, não apenas em razão da publicização dos atos judiciais, mas também devido à necessidade de afastar a aplicação de leis que, embora formalmente vigentes, são materialmente injustas. Os regimes despóticos e todo o seu aparato de sustentação estão aí a ilustrar o quanto um sistema legislativo pode ser causa de iniquidades. Nesse sentido, o direito produzido pelos tribunais vai ampliando seu espaço, na busca de soluções que melhor se conciliam com os padrões de justiça socialmente acolhidos.

A prática tem demonstrado, com crescente intensidade, que os juízes decidem acima de tudo de acordo com o que seus pares já decidiram. Isso é expressão de uma conhecida regra de justiça, segundo a qual seres enquadrados em uma mesma categoria devem ter o mesmo tratamento. Para Perelman, essa regra tem natureza puramente formal e nada mais é do que decorrência de um princípio de inércia. Julgamos ser razoável reagir da mesma forma em situações análogas (1993, p. 84).

Considerando o que acima foi dito, surge a indagação sobre como argumentar naqueles casos em que a lei, a doutrina e a jurisprudência mostram-se contrárias à tese que se pretende defender.

A argumentação jurídica, por mais bem formulada que seja, não oferece respostas irrefutáveis. A lei não se impõe por si só. A sua concretização é fruto do trabalho do intérprete. Uma vez emitida, a lei já não pertence mais às intenções de seu emissor, mas fica submetida às variações da atividade interpretativa. Este é o preço pago pelas ciências que não possuem uma exatidão matemática. Há sempre a ingerência da percepção humana.

Mesmo diante de um texto legal cuja literalidade contraria um certo ponto de vista, sempre haverá, em maior ou menor escala, possibilidade de uma alternativa razoável. E isso

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

não apenas mediante uma leitura contextualizada da lei, cuja abertura permite múltiplas soluções para um mesmo caso, mas, para além disso, através do recurso aos princípios gerais, à analogia e às práticas sociais.

Quando a doutrina e a jurisprudência também não se mostrarem receptivas ao ponto de vista defendido, é útil pesquisar como se formou a tese desfavorável.

Haverá casos em que, em face do decurso do tempo e devido à natural - e muitas vezes despercebida - evolução das coisas, não mais remanesce o suporte fático, e até mesmo jurídico, que deu origem àquele entendimento; isso poderá ser utilizado como argumento para afastar a sua incidência em uma determinada situação, hipótese submetida, contudo, ao âmbito da discricionariedade do julgador.

5 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

O convívio em sociedade impõe limites à conduta dos indivíduos, pois do contrário, se todos tivessem ampla liberdade para seguir os seus desígnios pessoais, de maneira a agir como, quando e onde bem entendessem, seria impossível uma harmonização entre a infinidade de situações que resultaria dessa liberdade.

Desde antes do nascimento e até mesmo após a sua morte, o homem tem diante de si regras que incidem sobre a sua esfera jurídica. Tais regras são ditadas formalmente por uma autoridade estabelecida e também por padrões que costumeiramente se impõem como observáveis nas relações sociais. É importante reconhecer, entretanto, que o homem, em boa parte do seu convívio social, não é sujeito de uma “predestinação fatal” (Siches, 1973, p. 135), haja vista que dispõe de uma certa margem de escolha dentre as possibilidades que se lhe oferecem. É nesse contexto que a discricionariedade ressalta como um poder de escolha “entre duas ou mais alternativas, todas legítimas” (Barak, 1995, p. 16).

A legitimidade das opções é o traço delimitador entre o exercício da discricionariedade e o da arbitrariedade, que não pressupõe qualquer padrão pré-determinado. Um tirano exercita o seu poder sem qualquer delimitação anterior, recaindo as suas ações políticas não sobre opções socialmente acolhidas, mas de acordo somente com os contornos da sua consciência. A ideia de discricionariedade “não existe a não ser como um espaço vazio, circundante por uma

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

faixa de restrições” (Dworkin, 2002, p. 51); não houvessem as restrições estabelecidas, aí sim estar-se-ia no campo da arbitrariedade, sem divisas ao âmbito de escolha.

Sob o enfoque jurídico, a discricionariedade emerge como um poder de opção entre um certo número de alternativas, todas chanceladas pela ordem jurídica.

Quando a lei estabelece uma determinação inequívoca e inafastável para o operador jurídico cumpre a ele curvar-se a ela, sob pena de descumprir o comando normativo. Tal como afirma Barak, “a maior parte das normas jurídicas não provoca controvérsia, pois a ordem que estabelecem é clara, simples e nítida, e não há espaço para opiniões legítimas contrárias” (1995, p. 41).

Há situações, porém, em que a norma não oferece determinação suficiente para formar um consenso acerca do sentido que se lhe deve empregar. Conceitos tais como bom costume, boa-fé e interesse público possuem uma elasticidade que torna impossível uma uniformidade de orientação nos complexos casos que surgem das relações sociais. A tarefa interpretativa, nesses casos, vem associada a uma perspectiva própria daquele que empreende a leitura do preceito interpretado.

A propósito desse aspecto, Kelsen, fiel à sua concepção hierárquica do sistema normativo, diz que a norma de escalão superior regula o ato pelo qual é produzida a norma inferior, inclusive, eventualmente, o próprio conteúdo dessa última norma. Entretanto, sustenta Kelsen, a norma superior não pode vincular sob todos os aspectos, o que confere ao aplicador uma gama de determinações a fazer (2000, p. 388).

É nesse sentido que a aplicação completa o processo de determinação da norma (Freitas, 2010). Advirta-se que esse processo de especificação da norma não fica sob o livre arbítrio do intérprete, eis que deve sempre observar os limites oferecidos pela própria norma e pelo sistema em que ela se insere.

Os limites da liberdade do intérprete, ao se deparar com um enunciado indeterminado, não se resumem a uma indeterminação da sua funcionalidade prática, a qual só permite uma solução, considerada a mais adequada às necessidades do caso concreto.

Por outro lado, existem situações em que não se colocam à frente do intérprete conceitos jurídicos sem determinação, mas sim casos em que cabe a escolha entre várias opções permitidas (tal como acontece com o administrador público quando exerce o poder

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

discricionário). O caráter discricionário nessas circunstâncias se mostra por demais evidente. É o que sucede com a fixação do *quantum* indenizatório em litígios em que se discutem danos imateriais. Obviamente que há balizas com certo grau de objetividade (a extensão da dor e a capacidade econômica do causador do dano), mas é impossível fugir do poder discricionário do julgador na estipulação do numerário a ser indenizado.

A discricionariedade é autorizada nos casos em que a lei atribui ao juiz decidir as pretensões sem prescrever um critério rígido de decisão, de maneira a construí-la de acordo com as peculiaridades do caso no sentido de satisfazer, da melhor forma possível, a composição da controvérsia.

Além do mais, conforme a diversidade de sentidos a atribuir ao caso concreto, podem surgir soluções opostas. O exemplo de Zagrebelsky é enfático a respeito dessa possibilidade: “O anjo da morte que ajuda o doente terminal a dar fim à sua vida pode ser considerado um perigosíssimo criminoso ou um benfeitor digno de reconhecimento por parte dos seus semelhantes” (1992, p. 191).

A concretização do comando genérico possui uma ineliminável interação com a prudência do aplicador, que, sendo responsável pela sua adaptação ao caso singular, é o derradeiro positivador da norma (Freitas, 2010). Isso significa que as prescrições jurídicas não podem ser visualizadas de maneira cristalizada, mas devem ser compreendidas em sintonia com as relações humanas ao tempo de sua aplicação, eis que ostentam uma inexorável dimensão dinâmica. Incumbe ao intérprete cientificar-se de que toda e qualquer norma, em maior ou menor escala, possui potencial de vitalidade que permite a sua adequação às circunstâncias que se inserem no seu contexto de incidência.

A interpretação de um texto não é conhecimento de um significado que preexista à interpretação mesma, mas é a eleição de um certo significado entre a multiplicidade de significações possíveis (Guastini, 1999, p. 249). É nesse poder de eleição que reside a discricionariedade na função jurisdicional, o que não significa irrestrita capacidade de escolha entre as variáveis opções permitidas. Muito embora inexistam parâmetros objetivos para se aferir a correção da escolha empreendida pelo julgador, é certo que ela deve estar balizada no contexto do sistema de onde extrai a sua legitimidade.

O juiz não é dotado de uma desmedida discricionariedade, de livre escolha entre as

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

alternativas que a prática judicante lhe coloca para solucionar o caso sob apreciação. O dever de motivação, decorrente de imposição constitucional, reforça tal assertiva, o que confere às partes, como contrapartida, o direito de conhecer as razões que levaram o julgador a se convencer em um certo sentido.

Esse convencimento, como se verá na sequência, sofre o influxo de fatores de natureza pessoal.

6 O INFLUXO DE VALORES PESSOAIS NO CONVENCIMENTO

Os sujeitos que atuam no debate judicial transbordam sentimentos, emoções e crenças. De uma forma ou de outra, isso tudo interfere na maneira como percebem as coisas. Nenhuma comunicação é neutra, pois sempre estão em jogo os valores ideológicos das pessoas (Barros, 2007, p. 50).

Há valores abstratos, como a justiça, a verdade, a razão, a amizade, o respeito, a beleza, a utilidade, o amor à pátria, a memória de alguém que partiu, e também existem valores concretos, como uma imagem, um monumento, um território, um local histórico. A vida é permeada por uns e outros. Cultivam-se valores abstratos e estimam-se valores concretos. No processo judicial, frequentemente se recorre aos valores para reforçar a argumentação, para motivar o juiz a fazer certas escolhas em detrimento de outras, e, sobretudo, para justificá-las, de maneira a torná-las aceitáveis (Perelman e Olbrechts-Tyteca, s.d., p. 85).

De um modo bastante variável e conforme a formação cultural e ideológica, os valores são hierarquizados. A hierarquização define o valor que prevalecerá quando é impossível uma conciliação, mas ela é moldada pela respectiva contextualização em que se encontram os sujeitos comunicantes. Frente a um investimento imobiliário, um auditório formado por biólogos considerará acima de tudo a necessidade de preservação da fauna e da vegetação natural. Ao contrário, se o auditório for composto por empreendedores, a prioridade será a defesa da livre iniciativa.

Na controvérsia judicial, a verdade processual é hierarquizada superiormente à verdade real. Uma vez formada a coisa julgada, a lei tem por imutável e indiscutível a sentença. Somente em situações excepcionais admite-se a revisão do que foi decidido. Não é por outra razão que,

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

antes de adentrarem no mérito, as petições dos advogados elencam as chamadas preliminares, integradas por razões que reforçam e realçam imposições procedimentais em detrimento do direito verdadeiramente posto em discussão.

O ato de julgar não é um ato mecânico, dotado de um silogismo estritamente técnico. Há uma fração de subjetividade inerente ao processo decisório. A ingerência dessa subjetividade é muito variável, a depender de fatores de matizes diversificados, mas é possível perceber que ela atua com maior ênfase nos casos em que há uma análise de fatos, visto que envolvem juízo de valor acerca da conduta humana, algo que sucede em menor escala nos casos cuja apreciação resume-se à matéria de direito, quando tal juízo recai sobre o preceito normativo incidente no caso concreto.

O julgador possui maior liberdade cognitiva na apreensão dos fatos que são levados a seu conhecimento do que em relação às normas jurídicas pertinentes à questão controvertida, visto que nessa segunda hipótese sua atividade interpretativa está delimitada pela expressão dessas normas, sejam elas escritas ou não, de caráter principiológico ou legal. Em qualquer hipótese, em maior ou menor grau, as concepções pessoais do julgador podem interferir na sua decisão.

O atributo da imparcialidade não imuniza essa interferência, pois se trata de regra de tratamento destinada às partes, visando a um equilíbrio no debate judicial. O juiz imparcial não se desvincula de seus valores pessoais. O exercício que deve ser feito, para transpor eventual distorção decorrente de subjetivismos, é evitar a sobreposição de vieses pessoais em relação à causa objetivamente a ser julgada, de modo a evitar que atuem desmedidamente no ato decisório, tornando-o um ato que reflete meramente a *persona* do seu emissor.

A decisão judicial deve reproduzir não a restrita apreciação subjetiva do juiz, mas, sim, reportar-se acima de tudo aos valores legítimos acolhidos no meio social onde deve gerar seus efeitos. No Estado Democrático de Direito, esses valores estão consolidados na Constituição, que expressa suas normas estruturantes e que servem como balizas impeditivas a subjetivismos por parte das autoridades públicas frente ao cidadão.

As decisões axiológicas básicas da sociedade estão consagradas nas suas respectivas disposições constitucionais, que conformam toda a ordem jurídica (Luño, 2011, p. 18), mediando as forças que concorrem no cenário político (Zagrebelsky, 2011, p. 40). O modelo de

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Estado que prioriza o ambiente democrático supõe um incremento da função justificativa dos órgãos públicos, o que implica uma maior demanda de argumentação jurídica. Quando o poder se submete ao direito, a “força da razão prevalece sobre a razão da força” (Atienza, 2007, p. 17).

É possível ao julgador, na resolução da causa, desconsiderar suas convicções pessoais para tratá-la de forma mais isenta possível?

A resposta afirmativa a tal indagação não poderia causar surpresa, pois quando o juiz, a despeito de seu entendimento pessoal em sentido contrário, aplica a jurisprudência dos tribunais ele deixa de lado seu próprio ponto de vista.

Consideradas as premissas acima, a força persuasiva da argumentação restará mitigada ou mesmo anulada se o julgador sucumbir a suas concepções pessoais capazes de determinar sua decisão.

A parte que litiga tem o direito de influenciar o convencimento do juiz, utilizando-se para tanto da articulação arrazoada de sua posição jurídica. Para que o sistema de justiça funcione da melhor forma possível, de maneira a evitar distorções em seus resultados e consequentemente pacificar a controvérsia de acordo com os padrões constitucionais vigentes, é necessário que a parte tenha oportunidade de fazer-se ouvir, numa verdadeira atividade dialógica com o órgão jurisdicional. Como bem assinalado por Taruffo, com sua argumentação, o jurisdicionado auxilia o juiz a otimizar sua escolha e sua interpretação da norma jurídica aplicável ao caso e, nesse proceder, a adequadamente apreender os fatos relevantes da causa (1997, p. 319).

Não é por outra razão que o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal constituem princípios fundantes de todo e qualquer processo judicial. Ressoa nesse contexto, como um dos pilares do processo contemporâneo, a necessidade de cooperação entre todos os sujeitos processuais, princípio que os instiga a contribuírem dialogicamente para o alcance da justa composição do litígio (Rodrigues, 2013, p. 103).

Esse diálogo é inviabilizado se a escuta do juiz não se revela efetiva porque seu convencimento já está condicionado, ou mesmo formado, pelas suas convicções pessoais acerca da questão que deve julgar. A desmedida subjetivação das percepções judiciais (algo diverso da discricionariedade que o sistema jurídico confere ao juiz em determinadas hipóteses)

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

minimiza ou impede que o esforço argumentativo cumpra sua funcionalidade, visto que, nessa hipótese, o convencimento se sucede monologicamente e auto-centrado, sem qualquer abertura à legítima influência externa.

7 CONCLUSÃO

A atividade desenvolvida pelo operador do direito tem o inexorável influxo das suas concepções individuais, que dão a modelagem final às normas jurídicas, o que reforça, aliás, a ideia de que inexiste somente uma solução cabível para cada caso.

A discricionariedade com que atua o juiz, na escolha entre as variáveis possíveis, não é ilimitada, mas encontra demarcação no próprio sistema jurídico.

Em vista disso, a razão que consubstancia a atividade do julgador deve ser extraída não de um simples enfoque subjetivo, em certos casos pressuposto de ponderações inadequadas para conferir justiciabilidade à decisão, mas da integralidade do sistema, verticalizado pela Constituição, que tem potencial suficiente para regular as mais variadas circunstâncias litigiosas.

Nesse processo, incumbe ao juiz revelar escuta sensível à argumentação do advogado, sopesando motivadamente seus argumentos. O jurisdicionado tem o direito de influenciar de maneira efetiva na formação do convencimento judicial, o que somente se concretiza se houver espaço ao diálogo entre os atores envolvidos.

Inexistindo tal disposição, porque o julgador está imbuído por tendências pessoais, todo o esforço legitimamente empenhado pelo advogado resulta ineficaz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Retórica*. Madrid: Alianza, 2007.

ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2007.

BARAK, Aharon. *La discrezionalità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1995.

BARROS, Diana Luz Pessoa de. A comunicação humana. In: *Introdução à Linguística*. FIORIN, José Luiz (Org.). 5. ed. 1. reimpr. São Paulo: Contexto, 2007.

BERLO, David K. *O processo da comunicação: introdução à teoria e à prática*. 10. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BRETON, Philippe. *Argumentar em situações difíceis*. Barueri: Manole, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

LUÑO, Antonio E. Pérez. *Los derechos fundamentales*. Décima edición. Madrid: Tecnos, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PERELMAN, Chaim. *O império retórico: retórica e argumentação*. Porto: Edições ASA, 1993.

_____ e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*. Lisboa: Instituto Piaget, s.d.

RODRIGUES, Fernando Pereira. *O novo processo civil: os princípios estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2013.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. Segunda edición. México: Porrúa, 1973.

Volume 5 – Número 1 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

SUÁREZ, Antônio Abreu. *A arte de argumentar: gerenciando razão e emoção*. 9. ed. Cotia/SP: Ateliê Editorial, 2006.

TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano LI, n. 2, jun. 1997, p. 315-328.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Torino: Editorial Trotta, 2011.

_____. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992.