

A BASE ARGUMENTATIVA NA DECISÃO JUDICIAL

MARIA CLARA CALHEIROS DE CARVALHO

Sumário: 1. A decisão judicial — problemas actuais; 2. Narratividades, psicologismos e decisão judicial: o papel da motivação. 3. A legitimação democrática da decisão.

No presente texto propus-me realizar um breve excuroso sobre a análise filosófica e metodológica que se tem levado a cabo hodiernamente sobre a fundamentação da decisão judicial. Entendi designá-la aqui por base argumentativa, para poder mais livremente mover-me entre a análise do dito e do não dito no cômputo geral de razões apontadas para decidir em certo sentido pelo julgador. Assim, propus-me analisar essa base argumentativa no que respeita à sua função interna como meio de explicação da decisão às partes e forma de assegurar o controlo efectivo da sua racionalidade e legalidade, mas também na sua função externa de mecanismo de legitimação do exercício do poder judicial. O tempo é breve, a vossa paciência teme-se que também e a perícia da autora naturalmente limitada, por isso adverte-se da inelutável transcendência da tarefa, que de forma insuficiente se levará a cabo.

1. A DECISÃO JUDICIAL — PROBLEMAS ACTUAIS

O século XX e estes primeiros anos do século XXI ofereceram um campo de reflexão, no âmbito da filosofia do direito, na sua vertente metodológica, à decisão judicial.

Provavelmente tal não teria sido possível se não se tivesse exigido legalmente a necessidade de fundamentar as decisões judiciais, regra imprescindível hoje nas sociedades democráticas — como adiante se explicitará um pouco melhor. E de facto, fazendo um pouco de arqueologia jurídica, verificamos que nem sempre foi assim: houve tempo em que a decisão judicial se baseava exclusivamente no seu carácter de acto de autoridade, dispensando-se a exposição das razões e argumentos que sustentavam o seu sentido. Há, pois, uma distinção a marcar entre decisão e justificação. Ora, é esta última que tem representado um verdadeiro quebra-cabeças para a filosofia do direito contem-

porânea. Na verdade, na sua fina intuição, os juristas cedo perceberam muito bem o risco aí envolvido. Para ilustrar esta ideia, cite-se o conselho que deu Lord Mansfield a um homem de sentido muito prático que, ao ser nomeado governador de uma colónia, estava obrigado a presidir a um tribunal, sem ter experiência em assuntos jurídicos, nem conhecimento do Direito. O conselho consistia em ditar resolutamente a sua decisão, pois seria provavelmente justa, mas não se aventurar nunca a expor as razões, pois estas seriam quase sempre infalivelmente más¹.

Este novo enfoque foi determinado pela confluência de múltiplos factores, dos quais eu destacaria particularmente o novo ângulo de análise ganho pela aplicação ao mundo do direito de novos desenvolvimentos registados na filosofia da linguagem, e que acabaria assim por ter o seu correlato no mundo da filosofia do direito. De facto, muitas das mais importantes ideias que marcaram a discussão da filosofia jurídica nas últimas décadas tiveram por pano de fundo o problema da aplicação judicial do direito e não se podem, na verdade, compreender sem um prévio entendimento de muitos dos conceitos vindos do mundo da filosofia analítica da linguagem. Assim, os trabalhos de autores como AUSTIN assumiram importância fulcral, na explicitação da conexão existente entre as ideias desenvolvidas pela semântica (as relações existentes entre a linguagem e o mundo objectivo) e as noções da pragmática (relativas aos usos e jogos de linguagem)².

Efectivamente, a decisão judicial afigurava-se inequivocamente um acto de comunicação a exigir um renovado esforço de compreensão da relação dialéctica que estabelecia com o direito-norma. Assim, a norma aparecia agora ontologicamente, como uma espécie de significado, insusceptível de se confundir com o texto legislativo, isto é, com a expressão do seu enunciado linguístico³.

Paralelamente, crescia o número daqueles que procuravam encontrar, numa revisitação das velhas regras lógicas, critérios racionais que pudessem guiar o julgador na aplicação judiciária do direito, perdida que estava a fé na explicação silogística do do mesmo.

Robert ALEXY haveria de sintetizar muito bem esta necessidade estribando-a em quatro elementos: "(1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o facto de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto"⁴. O mesmo é dizer que as

1 Exemplo recolhido de Juan IGUARTUA SALVATIERRA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 146.

2 Felipe OLIVEIRA SOUSA, *Breves considerações acerca da distinção semântica/pragmática: o que é e por que interessa aos juristas?*, in <http://www.boletimjuridico.com.br/>.

3 Ibidem.

4 Robert ALEXY, *Teoria da Argumentação jurídica*, trad. de Zilda Silva, São Paulo, Landy Editora, 2001, p. 17.

normas jurídicas possuem um tríptico contexto: linguístico, sistémico e funcional, que determinam especiais exigências em matéria de aplicação⁵.

O debate centrou-se em grande medida na dimensão estritamente normativa do problema, isto é, em saber como proceder a uma aplicação do direito/norma segundo critérios racionais. As chamadas “teorias da argumentação jurídica” procuraram encontrar formas de assegurar o carácter racional das tarefas de interpretação e aplicação do Direito que se consubstanciam nas decisões judiciais. O objectivo foi o de evitar a arbitrariedade na actuação dos julgadores, uma vez reconhecida a necessidade de a entender em termos bastante mais amplos⁶.

A tese de DWORKIN sobre a única decisão judicial correcta⁷ fez correr (e continua a fazer) muita tinta. O autor americano, que sucedeu na cátedra a HART, levantou aceso debate ao admitir a possibilidade de que existisse uma única e igual resposta dentro do ordenamento jurídico que qualquer juiz, seguindo um conjunto de critérios dados, poderia encontrar, o que permitiria mais adequadamente realizar as finalidades de segurança e certeza jurídica.

Hoje esta tese tem poucos adeptos, por um conjunto de razões, das quais a menos importante não será o facto de reconhecidamente a realidade da jurisprudência demonstrar a sua inadequação: na verdade, a consagração de mecanismos de uniformização de jurisprudência, de instâncias de recurso e até da faculdade de expressar declarações de voto, tudo aponta no sentido de uma realidade de aplicação do direito variada e até controvertida.

Mais, a própria ideia de um Direito em contínuo progresso e esforço de adequação a um mundo “composto de mudança” e onde “a mudança já não se faz como soía”, na expressão do poeta, torna indesejável, a meu ver, esta pretensão de uniformidade. Por mim, basto-me com que cada decisão seja correcta para o litígio a que põe fim, e racional obviamente. O que fica aqui de fora é que aquela tenha de ser a “única” decisão correcta⁸.

2. NARRATIVIDADES, PSICOLOGISMOS E DECISÃO JUDICIAL: O PAPEL DA MOTIVAÇÃO

Uma outra dimensão da discussão em torno da motivação das decisões judiciais tem-se centrado, na última década, sobre a apreciação da matéria de

⁵ Juan IGUARTUA SALVATIERRA, *op. cit.*, p. 67.

⁶ Para uma crítica global do contributo das teorias da argumentação para a ciência do Direito, veja-se SEGURA ORTEGA, Manuel, *Argumentación jurídica y racionalidad*, in “La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación”, org. PUY MUÑOZ e GUILLERMO PORTELA, Santiago de Compostela, USC, 2004, pp. 237-257. Na opinião do autor, o principal vício de que enfermam estas teorias é terem negligenciado a importância que no direito se deve reconhecer ao princípio de autoridade como fundamento nuclear da norma jurídica e da decisão judicial.

⁷ Para uma síntese desta polémica consultar MILAGROS OTERO PARGA, *La cuestión de la única respuesta judicial correcta*, in “La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación”, org. PUY MUÑOZ e GUILLERMO PORTELA, Santiago de Compostela, USC, 2004, pp. 297-325.

⁸ Acompanho aqui a opinião de MILAGROS OTERO PARGA, *op. cit.*, p. 324.

facto e o grau de exigência da motivação a esta relativa. Esta reflexão sobre o lugar dos factos no direito é importantíssima e muito maltratada nos tradicionais modelos de preparação dos juristas. Embora se repita à saciedade que o direito se aplica à realidade, ainda que se espere dominar na ponta da língua as regras de direito da prova, o certo é que não se preparam os juristas para a apreciação da prova produzida e o estabelecimento de uma verdade quanto aos factos tidos por relevantes, para o que aquela é o meio.

Novamente, a discussão faz-se sob dois influxos que cabe aqui referir: por um lado, a visão dos narrativistas que olham hoje para o relato dos factos no processo — porque realmente, os factos não estão lá — como uma organização discursiva⁹ que os leva ou a considerar irrelevante a descoberta da verdade (quando por coincidência se alcança), ou a torná-la equivalente a uma coerência interna do texto narrativo; e, por outro lado, as propostas psicologistas, que ganham cada vez maior força, procurando apresentar a justificação da decisão com o sentido de reconstrução do processo mental do juiz¹⁰.

Obviamente, quanto aos primeiros sempre se dirá que se trata aqui de um ponto prévio a esta discussão que é o saber-se qual o objectivo do processo no que respeita aos factos: se o processo judicial se deve entender como norteado pela descoberta da verdade e se esta é possível e em que grau; e também, obviamente, se tem importância ou não que os factos considerados como provados tenham efectiva correspondência com a verdade. A posição a este respeito dos narrativistas mais radicais é a de sustentar que o que releva é a estrutura do discurso, mas já não é importante saber se as narrações de factos, mesmo a que a decisão leva a cabo, têm correspondência com a realidade¹¹.

Esta discussão prévia, apaixonante, não tem espaço nesta reflexão limitada que me propus realizar, mas sempre se dirá que não acredito poder o Direito prescindir da sua relação com a verdade (por mais imperfeita que se afigure a sua realização) sob pena de abdicar de assumir a justiça como fim último: pois, que justiça se pode construir sobre a mentira ou com indiferença relativamente à verdade?

No que toca às teses psicologistas, há que reconhecer que em certo sentido não deixam de ter um fundo de verdade.

É lícito olhar para a decisão judicial como uma subespécie de decisão, que como tal enferma dos mesmos problemas e é susceptível de análise com os mesmos instrumentos que se aplicam em geral à formação de juízos e decisões humanas. As modernas teorias do comportamento têm vindo, por exemplo, a reconhecer um crescente grau de importância ao afecto como

⁹ Explica CALVO GONZALEZ: “La realidad concreta del hecho es la organización discursiva que la desarrolla, y el desgrane que a través de un planteamiento, nudo y desenlace la explica, la hace comprensible y la justifica cuando la cuenta.”

¹⁰ Juan IGUARTUA SALVATIERRA, *op. cit.*, p. 148.

¹¹ Cf. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. Española, editorial Trotta, 2002, p. 172.

componente importante do juízo humano e da tomada de decisão¹². Ficou, de resto, famosa a justificação teórica deste papel do afecto na tomada de decisão levada a cabo por ANTÓNIO DAMÁSIO, na sua obra *O Erro de Descartes: Emoção, razão e o cérebro humano*. O que se procurou aí demonstrar é que a evidência científica contraria o suposto cartesiano de separação entre razão e os estímulos emocionais. Pelo contrário, conclui-se que os marcadores somáticos aumentam a precisão e eficácia do processo de decisão e a sua ausência degrada o desempenho decisional¹³.

Mutatis mutandis, também a decisão judicial não pode explicar-se por critérios de estrita racionalidade, já que intervêm aí seguramente outros factores, mais subtis, até mesmo imperceptíveis ao próprio julgador.

Mas se assim se justifica a importância da psicologia para a compreensão global do fenómeno decisório, daí não se segue necessariamente, a meu ver, que a justificação da sentença se tenha de entender como reconstrução deste processo mental. Acho bastante mais ajustada ao papel da decisão judicial a posição de autores como AARNIO ou TARUFFO que vêm na motivação uma justificação racional das decisões¹⁴. Assim, pode entender-se esta como um “raciocínio justificativo mediante o qual o juiz mostra que a decisão se funda em bases racionais idóneas para a tornarem aceitável¹⁵.”

Esta reconstrução de processos mentais afigura-se não só impossível como indesejável.

Ela é impossível, desde logo, porque o processo de formação da decisão não é, como se disse, exclusivamente explicável por processos de pura racionalidade: actuam aí um conjunto de factores emocionais, alguns dos quais não são sequer conscientes. Todos sabemos como, por exemplo, é possível influenciar comportamentos e escolhas manipulando os estímulos. Não é por acaso que os filmes têm banda sonora, que as modelos sorriem nos catálogos de venda de roupa, que os actores adoptam frequentemente nomes artísticos substancialmente distintos dos verdadeiros. Mais, muitas vezes as decisões são tomadas por órgãos colegiais, onde está fora de questão a existência de um processo mental unívoco¹⁶.

Acresce que, não parece sequer desejável, por inoperacional, sustentar esta tese psicologista: por um lado, é juridicamente indiferente a existência de uma décalage entre a criação da justificação e o desenrolar do processo mental; por

¹² Paul SLOVIC et al., *A heurística afectiva*, in «Decisão-perspectivas interdisciplinares», Coimbra, Imprensa da Universidade, 2007, p. 26

¹³ Paul SLOVIC et al., *op. cit.*, 2007, p. 29.

¹⁴ Cf. Juan IGUARTUA SALAVATIERRA, *op. cit.*, p. 148.

¹⁵ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. Española, editorial Trotta, 2002, p. 435. Tradução nossa.

¹⁶ Estes são alguns exemplos de manipulação quotidiana de afecto recolhidos em PAUL SLOVIC et al., *A heurística afectiva*, in «Decisão-perspectivas interdisciplinares», Coimbra, Imprensa da Universidade, 2007, p. 57 e 58. Existem, já alguns estudos realizados no âmbito da heurística de julgamento, com relevo para o direito do consumo, cujas conclusões estão recolhidas nesta mesma obra. Vd. *Idem, ibidem*, p. 60.

outro lado, desta forma estaria legitimado o escrutínio da probidade moral do julgador, o que equivaleria a abrir uma terrível caixa de Pandora¹⁷.

Uma leitura positiva contemporânea do princípio da livre apreciação da prova (normalmente apenas concebido em termos negativos, em contramão do sistema de prova legal) indica como alternativa na eliminação da arbitrariedade a que parecem conduzir teses mais irracionistas — as quais, negando a possibilidade de uma explicação racional do fenómeno jurídico, reconduzem a decisão judicial a um acto derivado da intuição ou de valorações em todo o caso sempre irredutivelmente subjectivas¹⁸ —, a utilização dos parâmetros de referência da lógica e da metodologia das ciências. O que, no entanto, haverá de entender-se *cum grano salis*, já que o raciocínio jurídico se caracteriza, ao nível da determinação dos factos, pela sua natureza indutiva e probabilística, ou seja, enquanto acto discricionário, isso sim exercido segundo a racionalidade¹⁹.

Esta visão abre uma possibilidade interessante: a de separar o controlo da decisão sobre os factos, do da sua motivação.

3. A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA DECISÃO

Uma outra forma de entender hoje o papel da fundamentação da decisão judicial tem a ver com a sua importância para a própria legitimação do exercício do poder judicial.

Permita-se que cite aqui o antigo Procurador Geral da República CUNHA RODRIGUES no diagnóstico que faz da crise de legitimação da Administração da Justiça:

“[...] a Justiça utilizou tradicionalmente um discurso técnico e erudito e fórmulas comunicacionais de baixa intensidade. Não se tratava apenas de uma cultura interior, mas de uma forma de legitimação e de estruturação do poder baseada no distanciamento, na natureza iniciática dos saberes e na imposição, sem retorno, do discurso jurídico.

Quando a justiça despertou, a sociedade de comunicação estava aí, com a sua lógica e os seus mitos. Concluiu-se, a breve trecho, que a comunidade não entendia o direito nem dominava a racionalidade da justiça. E que o hermetismo judicial deixara de ser um sinal de fiabilidade para se transformar numa forma de deslegitimação.

As pessoas passaram a querer conhecer os métodos de formação da decisão e a não se contentarem com um discurso meramente declarativo. Deixaram de se persuadir sem acesso a razões²⁰.”

¹⁷ Acompanho aqui a opinião de JUAN IGUARTUA SALAVATIERRA, *op. cit.*, p. 149.

¹⁸ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. Española, editorial Trotta, 2002, p. 30. Este irracionalismo está historicamente ligado à Escola do Directo Livre e à jurisprudência sociológica.

¹⁹ Juan IGUARTUA SALAVATIERRA, *op. cit.*, p. 155 e 156.

²⁰ CUNHA RODRIGUES, *Em nome do povo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 303.

A escolha das palavras de CUNHA RODRIGUES para ilustrar a necessidade de pensar a fundamentação da decisão judicial como elemento de construção da legitimação do poder judicial não é inocente: é particularmente no âmbito do processo penal — domínio de actuação por excelência do Ministério Público — que a pressão da opinião pública e publicada mais se faz sentir. Ora, o grande risco que existe é o de deixar o sistema sucumbir à força esmagadora de certo populismo penal que faz hoje o seu caminho na sociedade.

Até certo ponto, as razões para que isto suceda assim não dizem respeito directamente ao judiciário, mas encontram-se na forma como o Estado se demite — com muitas e variadas intenções — de realizar um esforço sério de comunicação com os seus cidadãos. Já tive ocasião, em outra sede, de sublinhar a necessidade que os cidadãos têm de poder comparar cada sentença ditada com os resultados da prática judiciária concreta do país e não, como usualmente se faz, com as penas e suas molduras abstractamente definidas da lei²¹.

No entanto, é certo que algo há a fazer no que respeita ao próprio mundo judiciário. Mostra-se cada vez mais necessário que se entenda que a base argumentativa em que se apoia a decisão judicial deve ser redigida tendo em atenção que ela tem por missão não só explicar o seu sentido às partes, ou torná-la controlável por outras instâncias em via de recurso, mas também torná-la acessível ao público em geral. Isso significa que ela se deve mostrar, sob o ponto de vista racional, uma decisão correcta, possível, adequada ao ordenamento jurídico e ao contributo efectivo que as partes deram para o delinear do caminho que conduziu até ela.

Não importa, então, que se possa discutir se havia outros caminhos possíveis: eles existem sempre. A decisão judicial é uma escolha, de resto feita de muitas outras: as do legislador, as das partes, dos seus representantes legais, até de órgãos de polícia ou institutos vários de Administração Pública. O que é importante, a meu ver, é que a decisão apareça como acto de autoridade discricionário, mas não arbitrário. Só desta forma se poderá tornar a fundamentação da decisão um meio efectivo de legitimação do exercício de poder que consubstancia.

Enfim, esta renovada atenção que tem merecido a decisão judicial, o acto de julgar representa um regresso às verdadeiras raízes do Direito: aprendemos no estudo do direito romano que o desenvolvimento da *ars iuris* se fez primordialmente pela via da resolução da litigiosidade. Assim, ainda que hoje estejamos habituados à ordem inversa dos factores, do processo, da sua

²¹ Para um estudo dos múltiplos factores que levam hoje ao populismo penal, veja-se a excelente análise sobre a realidade de cinco Estados anglo-saxónicos que se pode encontrar em ROBERTS, Julian et al., *Penal populism and public opinion: lessons from five countries*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

organização, nasceu o direito substantivo, pelo que o processo precede o reconhecimento do *jus* e dos *jura*²².

Parece, pois, que o futuro do Direito passará em grande medida pela forma como soubermos reequacionar a decisão judicial, como acto humano que na lição aprendida de MICHEL BASTIT depende da razão, mas sobretudo da virtude da Justiça²³.

²² Cf. Michel BASTIT, *Qué es juzgar?* in “De la geometría legal-estatal al redescubrimiento del derecho y de la política”, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 143.

²³ Michel BASTIT, *Qué es juzgar?*, in “De la geometría legal-estatal al redescubrimiento del derecho y de la política”, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 147 e 148.