

Bianor Arruda: Limites de juízes e tribunais na decisão judicial

O que define o resultado de uma decisão judicial, seja ela em matéria cível ou criminal? É possível alguma previsibilidade por parte dos advogados e pessoas interessadas? A lei consegue conter a tendência dos juízes de passar sua própria visão de mundo para as decisões que proferem, ou seja, seus valores, crenças e afetos e, assim, acabar por impô-las aos cidadãos? A lei é mesmo preponderante para a definição da decisão judicial ou, ao contrário, não passa, na prática, de mero indicativo para o resultado dos julgamentos?

Encontramo-nos em uma fase, no Brasil, em que é comum que juízes decidam sem amparo na lei, ou mesmo contra ela, ou que decidam, monocraticamente, em sentido contrário à jurisprudência firmada pelo seu próprio tribunal. Também é comum que órgãos jurisdicionais encarregados de uniformizar a jurisprudência oscilem demasiadamente seu entendimento, reproduzindo a divergência natural das instâncias inferiores, criando um círculo vicioso no qual o quadro de estabilidade parece algo muito distante de ser alcançado.

A constatação acima já é suficiente para se concluir que o nosso Poder Judiciário está longe de cumprir os objetivos básico preconizados no artigo 926 do CPC, que, em nome da construção da “cultura do precedente”, conclama os magistrados e tribunais a criarem e manterem sua jurisprudência íntegra, estável e coerente. Todavia, não é exagero dizer que o quadro acima é ainda mais complexo. Basta refletirmos sobre a circunstância de que vivemos uma era de demandas de massa, na qual um mesmo juiz ou tribunal julga, em um único mês, centenas de demandas envolvendo o mesmo tema, bem como uma era de intensa judicialização das políticas públicas, gerando um protagonismo judicial muito bem intencionado, mas que, não raro, é propulsionado à base do voluntarismo e ultrapassa os limites da função jurisdicional, invadindo, injustificadamente, funções de Estado reservada aos outros dois poderes.

Para iniciar nossa reflexão, a pergunta mais importante: o que é uma decisão judicial? De que partes é formada e como ela é, na prática, construída pelo julgador?

Visão tradicional da decisão judicial

Para a visão mais tradicional, a decisão judicial é um ato lógico, através do qual o magistrado encaixa, mediante o uso dos postulados lógicos da “*identidade*”, da “*não contradição*” e do “*terceiro excluído*”, *uma ideia menor dentro de uma ideia maior*. A esse encaixe dá-se o nome de subsunção, e o seu resultado é sempre necessário, conduzindo o juiz, portanto, a certezas.

No esquema acima, a ideia maior, também chamada de *premissa maior*, é a lei, e ela tem essa amplitude porque seu texto trata de fatos sociais de forma abstrata, por exemplo, a ‘propriedade ou posse de bem imóvel’, quando trata do IPTU, a ‘operação financeira de crédito’, quando trata do IOF, ou do ‘acréscimo patrimonial’, quando trata do IRPF. Por sua vez, a ideia menor, também chamada de *premissa menor*, é o fato concreto que compõe a lide a ser decidida pelo juiz. E a decisão resulta, exatamente, desse encaixe entre as premissas. Segundo essa visão, portanto, a decisão é *perfeita*, porque sempre conduz a um, e *somente um*, resultado, conforme previsto pela lei.

Richard Posner nos diz que essa visão da decisão judicial é muito comum nos Estados Unidos, enquanto

Karl Larenz dizia o mesmo sobre a situação na Alemanha. Na Espanha, a situação é a mesma, conforme aponta Manuel Atienza. No Brasil, ocorre da mesma maneira, bastando, para tanto, consultar a obra de Tercio Sampaio Ferraz JR.

A questão, no entanto, não está em negar o silogismo como base lógica da decisão judicial, mas perguntar sobre como o juiz constrói as premissas maior e menor. Esta, sim, é a pergunta que realmente interessa e desafia o direito todos os dias.

A solução mais simples para esse problema pode ser, genericamente, exposta da seguinte forma: a) Para encontrar a premissa maior, basta ser fiel à lei, tal como posta pelo legislador. Ela é bastante. No limite, chega-se a pensar que a atividade de interpretar somente deve ocorrer nos casos duvidosos. Aqui, ocorre uma divisão dos pensadores em dois grupos: os *objetivistas*, para quem o juiz deve buscar a satisfação da ‘vontade da lei’, valorizando, portanto, a sua literalidade, e os *subjetivistas*, para quem o juiz, ao contrário, deve se concentrar na busca pela ‘vontade do legislador’, cuja autoridade deve ser respeitada e efetivada. b) Por sua vez, segundo essa visão mais simplista, a premissa menor deve ser encontrada com base na chamada ‘verdade real’. Para quem se sente seguro com esse tipo de solução, acredita que *há verdades no mundo* e que estas podem ser encontradas e, conseqüentemente, provadas em um processo judicial, seja por *correspondência* ou por *coerência lógica*.

Hans Kelsen, ao considerar o tema em sua obra, não discordou dessa visão da decisão como fruto de um silogismo. Muito pelo contrário, ele a endossou, afirmando que, realmente, a decisão judicial é um ato lógico que se processa, exatamente, na forma como acima exposto: premissa menor que se encaixa, por subsunção, na premissa maior, levando a uma conclusão certa e necessária.

Todavia, Kelsen, já muito influenciado pelo quanto se produzira no âmbito da filosofia da linguagem (Círculo de Viena), deu um passo além, avançando na compreensão do fenômeno da decisão judicial. Em que direção foi esse avanço?

Ele disse que esse esquema da decisão judicial como um processo lógico somente funcionava *nos casos mais simples*, quando o texto da lei fosse de fácil compreensão e em torno do qual existisse pouca divergência, considerando-se determinada comunidade político-jurídica. Todavia, concluiu ele, *na maioria dos casos, essa facilidade não está presente e a uniformidade de compreensão é inexistente*. Ele atribuiu essa conclusão ao *caráter extremamente limitado da linguagem humana*. Por essa razão, Kelsen não acredita nas soluções mais simples para a construção das premissas maior e menor, qual seja, não acredita na ‘vontade da lei’, nem na ‘vontade do legislador’, muito menos na ideia de ‘verdade real’.

Segundo Kelsen, (i) por mais que o legislador apresente normas detalhadas, *elas nunca serão suficientes* para abarcar os fatos da vida e, portanto, as lides, em toda a sua extensão, variação e complexidade. De outro lado, pela mesma razão da citada limitação, a linguagem humana, (ii) por mais culta que seja, *está quase sempre cheia de termos vagos, ambíguos e [porosos]*, os quais, quando lidos e contextualizados por julgadores diversos, de épocas diversas e diante de casos diversos, muito frequentemente, dão origem a conclusões variadas, diferentes entre si, e, por vezes, *muito distantes daquilo que imaginou o legislador*, o primeiro a positiva-la.

E assim pode ser resumido o avanço de Kelsen para a compreensão da decisão judicial: o texto da lei é capaz de fornecer ao juiz, na maior parte dos casos, apenas uma *moldura* dentro da qual ele se

movimenta, porém [quase] nunca, como alguns imaginam, uma conclusão *única, certa e necessária*. *Quid juris?* E agora? Como, então, o juiz decidirá, quando se encontrar diante de duas, três ou até mais possibilidades de conclusão dentro da moldura que fora possível criar?

A resposta de Kelsen foi avassaladora e *pessimista*, como costuma ocorrer sempre que algum cientista, sem desconhecer o plano do ideal, aponta aquilo que se constata na prática, *através da observação* dos fatos sob o prisma de determinado “sistema de referência teórico”. Assim, pensando segundo o referencial do “*positivismo normativista*”, disse ele que, dentro da moldura, o que definirá a decisão judicial será a *vontade do juiz*. Em tais termos, a vontade da lei ou do legislador, disputada por objetivistas e subjetivistas, seria agora secundária, posto que, *no limite, submissa à vontade do juiz*.

Kelsen chega a dizer que “a jurisprudência tradicional crê, no entanto, ser lícito esperar da interpretação *não só a determinação da moldura* para o ato jurídico a pôr, mas ainda o preenchimento de uma outra e mais ampla função”, qual seja, “a interpretação deveria desenvolver um método que *tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada*”¹.

Ele, no entanto, diz que essa tarefa é *impossível*, pois a interpretação não é, como se crê, um *ato puramente intelectual* de clarificação e compreensão, levado a termo pelo juiz a partir do uso de sua razão e raciocínio, mas, ao contrário, *um ato que combina atividade intelectual com o exercício da vontade*.

Depois de Kelsen, da mesma forma que ele, a imensa maioria dos juristas concordou com os pensadores do século XIX e reafirmou: sim, *a decisão judicial é um ato intelectual que se desenvolve a partir de um raciocínio lógico de subsunção*. A imensa maioria também não discordou do quanto Kelsen acresceu a essa visão: sim, Kelsen também está certo, pois a decisão judicial, *deveras, envolve um ato de vontade do juiz*.

Todavia, ao contrário de Kelsen, que se *mostrou céptico com a possibilidade de superação do voluntarismo judicial*, muitos manifestaram inconformismo, o qual pode ser expresso, em suma, nos seguintes termos: Kelsen está certo acerca do peso que o *voluntarismo judicial* tem nas decisões judiciais, porém não é possível que decisões judiciais e seus resultados dependam, de maneira tão forte, da *vontade de juízes*. Isso *agrave a democracia*, torna o resultado das demandas *imprevisível*, dá *muito poder aos juízes* e, no limite, torna o Poder Judiciário *não passível de controle pela sociedade*. Dessa forma, como é que os maus juízes, ou seja, os juízes *parciais*, ou mesmo os de *má-fé*, podem ser *confrontados e fiscalizados* pela sociedade, *uma vez que podem se esconder* atrás de uma linguagem empolada ou de uma retórica vazia e, enfim, realizar julgamentos interessados *mediante o emprego da sua vontade, esta ocultada ainda atrás de argumentos falaciosos?*

Algo precisava ser feito, pensaram alguns juristas. Mas o quê?

As tentativas de superação do voluntarismo judicial

Três, basicamente, foram as apostas dos juristas que se dedicaram a pensar a decisão judicial mediante o expurgo, tanto quanto possível, da vontade do juiz no processo de construção das proposições necessárias para a tomada da decisão judicial: a) a *justiça*; b) a *hermenêutica*; c) a *argumentação*.

Para os que apostam na justiça, a decisão judicial, enquanto misto de ato lógico e voluntarista, *encontraria limites no conjunto de determinados valores éticos e morais*,

já que a justiça é, essencialmente, *um conceito ético e moral*. Muitas são as teorias (ou sistemas de referência) que disputam o *melhor conceito de justiça*, de modo que ela acaba representando um conceito indefinível, apenas passível de consenso, *porém nunca de definição*. Algumas teorias buscam encontrar esse conjunto de valores (i) em *algum plano metafísico*, como, por exemplo, em Deus ou na natureza humana, a exemplo das teorias que exaltam, respectivamente, os ideais cristãos e a ‘dignidade da pessoa humana’. Outras teorias buscam esse conjunto (ii) *entre os valores reinantes na sociedade*, ou seja, entre os valores mais comuns e aceitos em certo tempo e lugar. Há ainda aquelas que pregam que se busque esse corpo de valores que compõem o conceito de justiça (iii) *na própria lei*, pois seria esta, no Estado Democrático de Direito, a baliza da normatização do comportamento humano em todas as suas dimensões. Por fim, nos sistemas judiciais em que o voluntarismo judicial é *mais profundamente enraizado*, como o nosso, o conceito de justiça fica, quase que invariavelmente, (iv) a cargo do juiz do caso, que decidirá com sua *experiência, justiça e prudência*, de maneira que *muitos ainda creem na figura do magistrado como um ser eticamente mais elevado e exemplar, dotado de sabedoria e razoabilidade superiores*. Um “homem bom” é um “bom juiz”. É muito interessante, mas essa crença ainda é muito presente entre nós, *como se o direito se resumisse a uma discussão ideológica*, e o juiz ideal, a determinado *estereótipo*.

A outra grande aposta foi na elaboração de *teorias da argumentação*. Segundo essa visão, ao fazer a subsunção lógica dos fatos à lei, o juiz trabalha mediante a exposição de argumentos. Dessa forma, ao assim proceder, a fim de que o voluntarismo seja minorado ou até eliminado, *o juiz, necessariamente, deve observar determinado sistema de regras argumentativas*. Basicamente, essas teorias, que podem ter enfoque na *lógica, na retórica ou na dialógica*, pregam, respectivamente, a busca (i) pela *coerência e precisão da argumentação*, (ii) pela *aceitação da decisão na comunidade*, já que esta vê refletida na decisão sua própria forma de pensar e se expressar ou (iii) pelo *diálogo racional entre o juiz e as partes*, de modo que, daí possa resultar uma decisão aceita por todos através de uma espécie de consenso.

Por fim, há o grupo daqueles que apostam na *visão hermenêutica do direito* e, portanto, da decisão judicial. Para essa corrente, a ideia de *subsunção entre ideias maiores e menores*, através de processos lógicos e que redundam em resultados necessários *não é aceita*. Essa corrente parte da noção de que a visão de mundo do julgador, ou seja, seu *horizonte cultural e suas pré-compreensões* [do mundo e de tudo que nele existe] é que definem, inicialmente, a passagem da lei e dos fatos para a decisão judicial. Essa passagem, portanto, *não ocorre como os analíticos pensam*, qual seja: primeiro se compreende a lei, depois se compreende os fatos e, somente em seguida, se conclui pelo resultado da demanda. Para os cultores dessa visão do direito, *já se compreende a lei a partir dos fatos e estes a partir da lei*, de modo que o juiz, ciente de que sua visão de mundo reflete o seu voluntarismo e que isto não pode acontecer, *deve parar e refletir acerca da visão da comunidade jurídica em que vive* e, em um esforço permanente, *tentar se guiar por esta e não por aquela*.

Como primeiras conclusões, gostaria de encerrar este texto advertindo o leitor de que o quadro acima foi pintado em *linhas muito genéricas*, mas suficiente para situar o problema abordado, aguçar a curiosidade e demonstrar a relevância da discussão desse tema, especialmente após o CPC de 2015.

Nos dois próximos textos, tratarei, especificamente, da proposta hermenêutica, concluindo no sentido de que as opções que nós juristas fizemos têm potencial para alterar radicalmente a experiência jurídica em nosso país.

1 “Só que, de um ponto de vista orientado para o direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.” (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 391).

Date Created

15/01/2018