

FUNDAMENTOS PARA UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

Cláudia Servilha Monteiro*

RESUMO

O texto lança elementos para a fundamentação de uma Teoria da Decisão Judicial a partir de diferentes fontes teóricas e das fórmulas paradigmáticas de compreensão da decisão judicial. A investigação sobre a relação entre racionalidade das decisões e sua justificação interna e externa conduz à construção de um postulado referencial como critério de racionalidade para as decisões judiciais no nível pragmático e formal dos raciocínios.

PALAVRAS-CHAVE

TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL; RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL; JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES.

ABSTRACT

The text launches elements for the Theory of Judicial Decision from different arrives in theoretical sources and of paradigmatic understandings formulas of the judicial decision. The research about the relation between rationality of the decisions and its internal and external justification leads to the construction of a referential postulate as criterion of rationality for the judicial decisions in the pragmatic and reasonings formal levels.

KEYWORDS

THEORY OF JUDICIAL DECISION; RATIONALITY OF JUDICIAL DECISION; JUSTIFICATION OF DECISIONS.

* A autora é mestre e doutora em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, advogada, presidente do Instituto Observatório do Estado, professora e pesquisadora da Universidade do Planalto Catarinense, professora em cursos de pós-graduação em Direito, autora de diversos artigos científicos e livros publicados na área.

Introdução

Decidir é, ao mesmo tempo, um *modo de decidir* e também uma *relação com o mundo*, ou seja, uma forma de encetar a ação. Muito mais do que a obediência às normas jurídicas, está presente a produção judicial do próprio Direito. Existem métodos para otimizar o julgamento concedendo-lhe confiabilidade, mas o estudo sobre estes mecanismos de otimização tem sido continuamente desprezado.

O mecanismo da decisão é dos mais complexos, o que funda uma decisão escapa em sua essência à Teoria e à Filosofia do Direito e enquadra-se mais profundamente na intimidade do agente da decisão cujo universo é preciso compreender.

A autoridade que julga cumpre um dever de Estado e ao mesmo tempo exercita uma parte flexível de suas próprias obrigações e limites no isolamento de sua individualidade e sob o influxo de procedimentos que pendulam entre o conteúdo da decisão e sua exteriorização formal, a sentença.

O tema da decisão judicial sobre o qual a presente reflexão pretende delimitar campos epistêmicos para o Direito enfrenta o problema da trama ilimitada de espaço que encerra o debate sobre a produção racional das decisões e objetiva contribuir para o avanço das bases de rigor teórico necessárias à constituição de uma Teoria da Decisão Judicial.

Esta pesquisa se inclina a visualizar o contexto crescente, complexo e sofisticado em que as Democracias ocidentais vêm testemunhando o acréscimo de exigências racionais para o aperfeiçoamento das instituições garantidoras de direitos. O progresso do conhecimento jurídico especializado inaugurou novos espaços de reflexão cada vez mais precisos em seus objetos e indeterminados em seus contornos epistemológicos. Com isso, a necessidade da luz sobre o problema da formulação da decisão judicial racional assume ênfase e ousadia, pois atravessa os limites da concepção positivista do conhecimento.

1. Fundamentos da Teoria da Decisão e o problema da racionalidade

Os fundamentos da Teoria da Decisão no Direito são constituídos por três ordens de postulados teóricos. Da Metamatemática emanam as formulações da Teoria da Decisão, da Filosofia provêm as premissas sobre formação do raciocínio e dos seus modelos de racionalidade e do próprio Direito procedem as elucidações de conceitos da Hermenêutica Jurídica, da Teoria da Argumentação Jurídica e da Teoria Dogmática da Aplicação do Direito. Assim, a Teoria da Decisão Judicial é produto de algumas hibridações disciplinares que constituem como uma interdisciplina em que hipóteses colam conceitos estratégicos da Teoria da Decisão da Metamatemática a outros filosóficos, jusfilosóficos e teórico-jurídicos.

O essencial racional de uma decisão pertence a um território em que as regras jamais abandonam o seu agente, no qual, de fato, a Moral não há como silenciar. A decisão permanece em um mundo de direitos e deveres em que a consciência racional pode trazer determinado consolo tanto quanto pode sobrecarregar de remorsos. O sujeito que decide, com intenção de preservar e observar a razão, o faz dominando os raciocínios e orientando-os para uma outra ação final, vive assim em um ritmo circular e tomado por uma ambígua subjetividade. Este é um jogo com regras de muitos níveis, as regras para processo deliberativo, as regras que orientam os conteúdos da decisão e talvez outras regras, um pouco mais difíceis por sua obscuridade e impregnadas de dúvidas e preferências, sendo, assim, mais incertas.

A ambigüidade perturba o agente da decisão porque a nota da razão não pode ser traída. Quem toma uma decisão racional não pode trair a si mesmo na justificativa daquilo que decidiu, o segredo do procedimento é a própria inocência presumida do papel do agente da decisão. Mas a preservação da inocência de seu posto de autoridade revela que o seu sujeito não se identifica com ela, são inocências que não coincidem, a inocência do cargo e a inocência de quem o ocupa. Dessa forma, as técnicas racionais para a decisão podem conceder-nos trajetórias convenientes e certamente alguns enigmas; no entanto, nunca um herói.

A procura por uma teoria moral, por princípios universais de justiça ou por um conjunto de propostas em condições de legitimar, justificar ou fundamentar os raciocínios, acabou recaindo ao longo dos séculos em uma armadilha circular porque

os resultados decorrentes desses esforços de investigação proporcionaram os únicos critérios de racionalidade que se dispõem a aceitar.

Quando se coloca a problemática dos limites da razão, se está, ao mesmo tempo, fazendo uma idéia da razão, que implica um conteúdo. A razão, o poder de raciocinar, de atender à sabedoria humana razoável ou de conhecer a realidade em função de sua razão de ser, parece ser uma faculdade polivalente do espírito humano. A contradição entre os poderes da razão destaca a pretensão de universalidade que se torna relatividade e os fatores de precisão e certeza que se tornam contingentes.

Existe uma questão filosófica de caráter amplo que diz respeito ao conceito de razão e à respectiva crise dos conceitos de racionalidade tradicional experimentada, sobretudo, no século XX. Esse debate está na base das Teorias do Direito de orientação argumentativa. Essa crise da razão repercutiu no Direito sob a forma da crise da racionalidade jurídica do paradigma liberal do Direito.

Na literatura jurídica contemporânea, o tema da razão é recorrente e alcança territórios tão diversificados quantas são as metodologias jurídicas em seus modelos específicos de racionalidade. Os matizes das investigações sobre a razão no Direito vão da racionalidade do conhecimento jurídico na forma de uma Ciência e o conseqüente debate sobre seu estatuto teórico ao estudo dos raciocínios tipicamente jurídicos, tais como os raciocínios judiciais em seus processos deliberativos.

A preocupação direta ou subliminar dos juristas com a compreensão racional de seus objetos de estudo e com a racionalidade dos próprios objetos em si representa a repercussão evidente das mesmas tarefas realizadas em outras áreas do conhecimento, reflexo de uma busca por condições de sentido que toma parte do conjunto de características do pensamento ocidental. Falar de razão é, por isso, tratar do quadro de inteligibilidade dos discursos em qualquer modalidade.

A decisão existe justamente onde resta o conflito, a contradição, onde opções, desejos e vontades são ambivalentes. Existe um corpo de sentimentos jurídico-políticos cuja presença não pode ser negada nos raciocínios não-analíticos, como são de fato a maior parte dos raciocínios judiciais. A regulação do conflito pela imposição da harmonização das partes envolvidas é um antigo recurso da civilização. Esta harmonia chamada *administração da justiça* no caso do Direito nada mais é do

que uma trama da razão para forçar uma forma discutível de consenso onde ele não é e nem nunca foi possível, qual seja o território das controvérsias.

A decisão evidentemente não é uma produção espontânea e, de forma alguma, ingênua. Existe uma problemática de caráter filosófico sobre o ambiente de liberdade ou restrição em que se realizam escolhas e ainda se são elas predeterminadas de antemão ou pelo seu ambiente externo. Faz-se necessário, portanto, acordar sobre a hipótese de que decisão e contexto são elementos interdependentes. Há sempre um domínio em que a decisão é construída, ou seja, o universo de um discurso no qual ela está inserida. A Teoria da Ação, por exemplo, pressupõe uma Sociedade preexistente ao sujeito que pode tornar-se um agente de sua mudança mediante os seus comportamentos, ou seja, as ações que pratica diante do social.

A decisão em sentido amplo, a função de decidir, comporta três etapas. A primeira delas é a deliberação. No processo deliberativo são consideradas as opções disponíveis em confronto com as características do problema e dos personagens envolvidos nele e se verifica sua viabilidade em termos de extensão que alcançará como resultado. Deliberação é um processo cujo resultado é a decisão em uma tarefa auto-referente e circular que a vincula. Após a deliberação é feita uma escolha, ou seja, é tomada uma decisão que irá dar início a uma outra ação, o último lance, a execução.

A decisão é o produto de uma deliberação da qual consiste a etapa derradeira e anterior à execução. O processo deliberativo identifica-se com o próprio corpo orgânico da tomada da decisão, determinando, em seu desenlace, uma ação. A decisão judicial, por exemplo, é uma consequência, um feito produzido como resultado deste tipo de ação de um agente de decisão; no caso, o juiz.

A ação considerada racional é a que procura ser encetada por estofos teóricos consistentes. Esta articulação entre teoria e prática na ação de decidir pode ser compreendida como um vínculo de inspiração racional com pretensões legitimadoras.

Os raciocínios orientados aos processos deliberativos ou processos de tomada de decisão pressupõem a realização de escolhas que por sua vez obedecem freqüentemente a postulados previamente estabelecidos, tornando a decisão fruto de

um processo axiomático porque partem de critérios considerados normativos, isto é, operam como comandos de identificação de alguma propriedade. Estas diretivas axiomáticas, ou critérios, podem ser oriundas tanto de concepções teóricas como de regras.

Assim como os processos deliberativos e seus resultados, o tema da escolha também pertence ao domínio das Ciências Sociais, da Psicologia, da Ética ou da Teoria da Decisão, sobretudo sob a forma da Teoria da Escolha Racional como se verá adiante. Se um conjunto de escolhas determina uma decisão, a responsabilidade por ela conduz à necessidade de sua fundamentação, por isso o campo teórico do fenômeno decisional versa sobre a justificação racional dessas escolhas e permite racionalizar o processo de tomada de decisões. A justificação, por sua vez, é um princípio metodológico que busca ampliar a margem de racionalidade de um raciocínio ou de uma ação e que fornece a base racional para a tomada de posições.

Qualquer decisão pode ser considerada arbitrária quando abandonar a exigência de uma regra para a sua justificação; em outras palavras, a sua sustentação racional. A arbitrariedade na decisão é o produto de uma ação eivada de subjetividade em larga escala, na qual argumentos frágeis e inespecíficos procuram alimentar a exigência de fundamentação. Uma Teoria da Decisão comporta, então, mais do que instrumentais racionais para o procedimento justificador das escolhas; ela abrange a própria trajetória de formação da convicção, a aproximação do problema, seu exame, a ponderação das outras decisões possíveis e suas respectivas conseqüências, o dimensionamento de seu alcance.

A instrumentalidade racional da decisão traduz justamente esta idéia do engajamento em uma ação a partir da aplicação de critérios de prioridades nas escolhas em função das metas estabelecidas, mesmo quando uma escolha é efetuada a partir de duas variáveis alternativas reciprocamente em exclusão apresentando-se como um dilema.

Em sua dimensão lógica as teorias da decisão dedicam-se ao estudo do processo deliberativo constituído sob a forma de uma modalidade especializada de raciocínio: um processo de pensamento determinado a partir de um problema e que se orienta para alcançar uma conclusão ou resultado.

A forma racional de pensamento é culturalmente valorizada e a História da Filosofia o demonstra de forma exemplar uma vez que a idéia de razão manifestou-se no pensamento ocidental já na Antigüidade Clássica.

Ainda que se admita que existam diferentes procedimentos para tomar decisões racionais, não é qualquer decisão que pode ser considerada racional. Entende-se por decisão racional a seleção de uma opção a partir de um determinado processo. A meta da escolha racional povoa as intenções daqueles que estão incumbidos de uma decisão em qualquer campo da atividade humana, mas principalmente quando envolvem escolhas cujas conseqüências podem ser sentidas pela Sociedade. Normalmente este desejo de racionalidade é satisfeito com a adoção de fundamentos de traços científicos.

O debate sobre a racionalidade das decisões evidencia que os comportamentos reais dos indivíduos em Sociedade devem ser considerados para a formulação do que venha a ser um comportamento racional. Isso porque, se a maioria das prescrições é calcada na idéia de um agente de decisão idealmente racional, elas perdem a conexão com a realidade do comportamento de agentes de decisão do mundo fático. Então, um indivíduo idealmente racional possui atributos racionais desconhecidos ou em grande parte inalcançáveis pelos homens normais. Assim, tratam-se apenas de postulados ideais dedicados a orientar o pensamento humano para a melhor decisão racional possível.

Toda justificação se relaciona com a prática e foge aos limites da razão tradicional. A razão prática permite que a racionalidade das ações seja auferida pela justificação das escolhas. Para que uma justificação racional da ação e do pensamento seja possível, é necessária uma Teoria Geral da Argumentação que parta do paradigma da racionalidade prática, constituindo-se uma terceira via entre o racional e o irracional. Uma teoria que tenha como aporte teórico a razão prática está em condições de regulamentar a axiologia da ação e o pensamento, fornecendo os critérios da ação eficaz e da escolha razoável.

A Teoria da Decisão encontra seu objeto nos problemas de decisão sobre os quais são dedicadas análises aprofundadas dos critérios selecionados para as escolhas e as suas soluções. Esta teoria pretende fornecer os instrumentos para apoiar a

resolução de problemas de decisão e justificar sua escolha como racional. Embora os problemas de decisão sejam descritos em linguagem universal própria à Matemática, este tratamento formalizado não reduz o estudo dos problemas de decisão aos limites quantitativos de análise, embora a maior parte das decisões possa ser quantificada, tais como as decisões econômicas, porém ainda estas importam em variáveis imponderáveis como fatores comportamentais ou geopolíticos.

Em torno destes objetos aqui vistos gravita a Teoria da Decisão tal como vem sendo desenvolvida desde a segunda metade do século XX. Em sentido amplo, ela comporta variantes teóricas ocupadas do fornecimento de meios para a ponderação de alternativas de decisões dirigidas a determinadas ações, nesse sentido, por exemplo, a Teoria da Escolha Racional e a Teoria dos Jogos, e opera com categorias como probabilidade de ocorrência de um evento e utilidade do resultado de uma ação. O denominador comum reduz-se ao postulado de que os agentes da decisão sempre se orientam para a maximização das vantagens possíveis esperadas.

Inicialmente a resposta à pergunta de como deveriam ser tomadas as decisões foi colocada nos seguintes termos: em primeiro lugar, o agente deveria indagar sobre as conseqüências que se seguem da realização das distintas ações. Em segundo lugar, deveria selecionar a conseqüência que prefere produzir. E, finalmente, bastaria realizar aquela ação que conduzisse a tal conseqüência. Se fosse o caso do agente que somente pudesse estabelecer um vínculo probabilístico entre as ações e suas conseqüências, deveria selecionar aquela ação que tem maior probabilidade de conduzir à conseqüência selecionada.

A Teoria da Decisão normativa ou prescritiva procura construir modelos ideais que orientem a tomada de decisões, abordando a forma como se devem tomá-las, levando em consideração os agentes da decisão que possuam um comportamento idealmente racional. Um exemplo da aplicação desse enfoque é conceito de *homem econômico racional* como um ser hipotético, um agente idealmente racional, cujas escolhas correspondem-se sempre com as de maior probabilidade de maximizar seu benefício pessoal. Imaginando uma hipotética Sociedade de homens econômicos racionais, os economistas podem deduzir as leis da oferta e da procura, assim como outros princípios importantes da teoria econômica. Todavia, maximizar o benefício

pessoal não é necessariamente a maior das virtudes. Assim, o modelo que utiliza o homem econômico racional não tem uma intenção normativa ou descritiva e sim uma idealização explicativa. Ao ignorar as complicações da vida real, espera-se construir uma teoria que seja suficientemente simples para proporcionar compreensão e continuar senso aplicável aos fenômenos que motivaram sua aparição.

Enquanto isso, a linha descritiva dos teóricos da decisão busca descobrir *como se tomam* as decisões, isto é, dedica-se a investigar os comuns mortais, tendo como referência indivíduos normais, ou seja, agentes de decisão que não tenham um comportamento apontado como idealmente racional.

Apesar de favorecer o cálculo racional como fator determinante para a tomada de decisão, é necessário ressaltar que o processo de tomada de decisão pressupõe a intervenção de outros fatores não-lógicos e ainda, assim, racionais, como também de elementos totalmente subjetivos. No esforço de articulação entre contexto e determinação formal, entre a pragmática e as exigências formais, a Teoria da Decisão espelha as três grandes orientações procedimentais e finalísticas da função de decidir. A primeira forma de racionalidade da decisão é enfocada individualmente e a terceira e última coletivamente como decisões tomados pelo coletivo, entre as duas formas oscila a Teoria dos Jogos, como se verá adiante.

A necessidade de analisar, racionalizar e fornecer subsídios racionais para auxiliar nas escolhas são motivos que fundamentam a elaboração de uma teoria para se tomar decisões, uma vez que estas podem produzir conseqüências que merecem certa reflexão. Além disso, quem decide pode ser colocado na situação de justificar suas escolhas pelas quais se torna responsável. A Teoria da Decisão procura responder a essa dupla necessidade de racionalizar os processos de tomada de decisão – explicando a forma pela qual se tomam decisões - e de fundamentar as escolhas realizadas.

Entretanto, aquele que decide racionalmente não sente somente a dificuldade de justificar as suas escolhas. Mesmo quando suas decisões apenas dizem respeito ao próprio agente da decisão, outras dificuldades podem ser enfrentadas, por exemplo, no tratamento do problema, como analisá-lo, examiná-lo, descrevê-lo, como

vislumbrar decisões alternativas e suas respectivas conseqüências, dimensionando, assim, o resultado de seus atos.

Chama-se *Teoria da Decisão* o conjunto de teorias matemáticas, lógicas e filosóficas que se ocupam das decisões que tomam os indivíduos racionais, quer sejam indivíduos que atuam isoladamente, em competência entre eles ou em grupos. Ela foi desenvolvida na segunda metade do século XX sob a forma de estudo dos aspectos diferenciados da descrição e da resolução dos chamados *problemas de decisão*. Mas esta formulação teórica somente foi possível depois de alguns séculos de investigação na área matemática dos estudos sobre o acaso, sobre os jogos de salão, os problemas econômicos e políticos e, mais recentemente, sobre os problemas de gestão, mas também sobre os fundamentos psicológicos da representação do comportamento. De todas essas áreas, emanou um conjunto de indicativos integrantes da constituição teórica de um espaço de pesquisa exclusivo a todas as investigações concernentes ao fenômeno decisional. No início, contudo, um dos principais objetivos da elaboração dessa teoria era estabelecer um painel de referências para as teorias econômicas e para os modelos de gestão de empresas públicas e privadas.

No confronto com um problema de decisão podem ser extraídas algumas linhas gerais para melhor compreender o alcance da teoria. A tentativa de formalização de um problema de decisão conduz a uma simplificação que permite aplicar as ferramentas da Matemática, pois o problema passa a ser descrito através de valores, funções e gráficos. Após a formalização de um problema de decisão, a tomada da decisão propriamente dita emprega um ou mais critérios. Ao longo da História, estes critérios são normalmente encontrados de forma pragmática, principalmente em estatísticas e nos cálculos econômicos.

De modo simples pode-se definir a Teoria da Decisão como aquela que organiza um número de métodos de estudo e resolução de problemas de decisão. Este conjunto metódico é propositadamente heterogêneo, tendo em vista as diferentes características e ambientações dos problemas enfrentados e a grande diversidade temática a que se dedica. O que concede a nota uniformizadora desses métodos em uma teoria é a linguagem matemática empregada e sobre a qual a teoria é edificada.

A Teoria da Decisão opera com a colaboração de investigações provenientes de diversas disciplinas como a Matemática, a Economia, a Estatística, a Lógica, a Filosofia e as Ciências Sociais e foi transmitida em sua maior parte por especialistas em Estatística, em Economia e em Gestão, levando, evidentemente, em consideração os interesses específicos de suas respectivas áreas.

Mas, somente o viés matemático não esgota a base necessária, apesar de realmente a formalização da incerteza e a solução dos jogos terem sido determinantes para a construção deste espaço de conhecimento no século XX, focado no campo das Matemáticas e da Metamatemática. Por este motivo, a teorização sobre o comportamento racional tem tomado hoje a frente nas pesquisas mais atuais na área.

2. O estatuto teórico da decisão judicial

A decisão judicial diferencia-se dos demais tipos de decisão por um fator muito preciso, ela é produzida por uma autoridade especialmente designada para o exercício dessa função qual seja o juiz em sentido amplo - em qualquer grau hierárquico ou de especialidade de um sistema judiciário de Estado. Uma decisão que não provenha de tal autoridade pode ser até de grande valia e importância no terreno dos novos esforços democratizadores e descentralizadores da resolução de conflitos e da realização da justiça; contudo, estas últimas não podem ser consideradas *judiciais* neste seu sentido específico: como oriunda de um funcionário público do Estado destacado para o exercício da função jurisdicional.

O estatuto teórico da decisão judicial oscila conforme o debate sobre o papel dos agentes estatais designados para a tarefa, os juízes. A atividade judicial atravessou a História ocidental trazendo consigo aspectos ideológicos sobre o papel dos juízes e de suas concepções jurídico-políticas e das próprias relações entre a função de julgar e o Poder político.

A idéia atual de uma função regulamentada e limitada aos princípios ordenadores do Estado de Direito é um patamar relativamente tardio na experiência histórica do exercício da função de decidir os conflitos vividos no seio da comunidade. Hoje se pode inclusive verificar a existência de uma Lógica dos raciocínios judiciais, objeto de estudo de algumas vertentes pragmáticas vinculadas

às teorias da argumentação jurídica. Todavia, a polêmica sobre os limites da atuação jurisdicional encontra-se instaurada na ordem do dia das democracias ocidentais, de forma a ocorrer uma transferência de legitimidade racional entre o agente da decisão e ela mesma.

O recorte histórico permite perscrutar a origem da clareza imediata que possibilita enxergar todas as características do objeto, mas não ele mesmo. O que se pretende é avistar o ponto obscuro, a lacuna, o vazio não discutido que se constitui no coração essencial do polêmico debate atual sobre os limites racionais da atividade judicial em relação à produção do Direito não-legislado sob a forma da decisão judicial.

A janela da História possibilita a metódica divisão da experiência da produção judicial do Direito em três grandes períodos característicos. O primeiro momento evidencia as funções sacerdotais do agente da decisão judicial orientadas para a realização de alguma forma divinatória de justiça nas sociedades primitivas. A seguir, as primeiras instituições decisórias são desenvolvidas na vigência das organizações das sociedades antigas como a greco-romana e persistem diferenciando-se até o nascimento do Estado de Direito. A partir daí, apresenta-se e aperfeiçoa-se o modelo de decisão judicial implementado e desenvolvido pelo paradigma liberal do Direito.

O primeiro período da evolução dos raciocínios judiciais orientados para a decisão já caracteriza o juiz como autoridade; não obstante, como uma autoridade identificada com as funções do sacerdote nas sociedades arcaicas.

O juiz-sacerdote é institucionalizado primeiro explicitamente, depois, aos poucos, a postura sacerdotal passa a ser interiorizada no imaginário da função judicante que domina a produção judicial do Direito até a Revolução Francesa e certamente ainda imanente nos dias atuais.

A identificação com o sacerdócio, segundo Alain Bancaud¹, explica a predisposição dos agentes das decisões judiciais para atuarem sob os meandros da linguagem da castração, da retenção, do entricheiramento e dos impedimentos. Em

¹ BANCAUD, Alain. *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce* – ou l'ê culte des vertus moyennes. Paris: L.G.D.J., 1993. p. 275-277

uma Sociedade que emite sinais de não conseguir superar o poder de sua própria imagem, o magistrado é levado a se fechar sobre si mesmo e esquecer do mundo, a atividade de decidir passa a seguir a predisposição para um trabalho de aspiração sacerdotal.

A compreensão ampliada da decisão judicial como função reguladora exercida pelo Estado somente recebeu um profundo impacto transformador com o pensamento iluminista. Isso porque, até o surgimento do Estado de Direito com a Revolução Francesa, o raciocínio judicial, ao mesmo tempo uma forma de sacerdócio e uma expressão da Política, esteve na maior parte de sua experiência histórica preocupado com a justiça de suas decisões como valor substantivo, dando grande importância aos precedentes, devido à idéia de que os casos essencialmente similares deveriam ser tratados com igualdade. Durante todo esse tempo, o ideal de justiça universalmente válido domina o cenário dos raciocínios judiciais produzidos, ou seja, o agente da decisão judicial coloca-se na posição de autocompreender-se como um sacerdote encarregado de revelar as verdades e realizar a justiça universal. A existência desse ideal pode ser verificada como patrimônio do saber jurídico tradicional fundado num sistema de justiça universalmente válido, que remonta ao Direito romano, passando pelo Direito canônico, pelo Humanismo racionalista, pelo *common law*, chegando até às portas do iluminismo.

A partir do pensamento iluminista, a produção judicial do Direito deixou de ser vista como uma mera atividade de expressão da razão humana e sim como a manifestação de uma vontade soberana tal como pensava Thomas Hobbes. Montesquieu nem mesmo defendia a existência de uma justiça objetiva, e, para Jean-Jacques Rousseau, o que é sempre correta é a vontade geral. Após o Iluminismo, legalidade e legitimidade passam a se identificar mutuamente, significando a mesma coisa.

Com a Revolução Francesa, inaugura-se o paradigma liberal do Direito na composição dos conflitos sociais. A decisão judicial como produto do Estado de Direito é formulada por órgãos representativos da própria Sociedade destinados à aplicação do Direito. Numa relação de continuidade doutrinária das idéias iluministas, o nascimento do Estado liberal deu início à forte identificação do Direito

com o conjunto das leis do Estado, por serem estas a expressão legítima da Soberania nacional.

No novo sistema de separação dos poderes, o papel dos juízes acaba sendo radicalmente abreviado. Após a Revolução Francesa, a idéia de legalidade e de segurança jurídica dominam o cenário, fortalecendo o tratamento sistemático do Direito e a dedução lógica para os raciocínios judiciais. Matemática e Direito tornaram-se disciplinas próximas. Essa fase seria determinada pela perspectiva estática do Direito e por sua visão legalista.

A Teoria da Argumentação Jurídica é o principal ponto de partida na tarefa de delimitação da Teoria da Decisão Judicial, e exige a distinção entre o processo de elaboração e tomada da decisão, também denominado deliberação, cujo resultado é a própria decisão. Embora sejam aspectos conexos, é importante salientar que a fundamentação entra em cena na etapa final do procedimento deliberativo. Enquanto os elementos cruciais para o resultado são concernentes ao plano da decisão; no plano da argumentação, enfocam-se os próprios critérios jurídicos de discussão e de fundamentação. A argumentação e a decisão são consideradas como elementos essenciais da produção judicial do Direito, tanto assim que, como se pode constatar, a todo ato deliberativo precede uma argumentação, e, além disso, toda decisão deve ser obrigatoriamente fundamentada na experiência ocidental contemporânea do Direito.

A decisão judicial é um objeto complexo, o que significa dizer que são vários os componentes a serem verificados. As teorias que abordam esse tema de forma direta ou reflexa contribuem para estabelecer uma tipologia quádrupla dessa complexidade.

O primeiro nível de complexidade é o de sua composição, ou seja, o tamanho das discussões sobre os componentes da decisão, sua tipologia e quantificação. O segundo nível é ambiental, procura assimilar tipos e intensidades de vínculos com outros elementos presentes no entorno. O terceiro nível é estrutural, aponta para a relação interna de articulação entre todos os componentes e, por fim, o quarto nível é o inventário dos mecanismos que operam as escolhas nos processos de tomada de decisão.

O cotejamento de um conjunto de decisões judiciais possíveis para o mesmo caso pressupõe que a escolha seja efetuada tomando como referência uma ordem de preferências de modo a possibilitar a comparação das diferentes decisões ofertadas como alternativas. A decisão judicial será logo o produto do reconhecimento de uma delas como a melhor decisão para aquele caso dado.

Neste momento está presente o enfrentamento de um aspecto tangencial que reconduz aos metacritérios a serem empregados com a função de distinguir e valorar aqueles critérios presentes na ordem de preferências e a questão da existência da resposta correta para este caso. Não se trata de determinar o resultado matemático verdadeiro, pois que seria necessário identificá-lo com algum tipo de Teoria da Verdade. A questão é saber se a decisão judicial não está criando para si mesma uma auto-referência deliberadamente ficcional de ser uma resposta correta em uma realidade por ela mesma construída.

Em qualquer perspectiva da atividade decisional, justificar a decisão judicial significa torná-la aceitável mediante a indicação de sua fundamentação jurídica, ou seja, ela aplicou o Direito. A prevenção da arbitrariedade na justificação das decisões judiciais realiza-se pela apresentação de suas razões, o que lhes confere maior legitimidade. Como as razões não possuem condição de validade universal, estarão abertas à crítica e à possibilidade de sua revisão, assim como também a escolha de uma das decisões possíveis pode ser questionada. Esta crítica é importante porque permite apontar para decisões alternativas, estimula a reflexão e o desenvolvimento da compreensão judicial da função judicante.

Para que se estabeleça uma relação de confiança nas autoridades, é necessário, desse modo, que as decisões sejam justificadas. A justificação é o índice de racionalidade que aquela decisão possui. São muitas as razões que podem estar incluídas em uma justificação, o emprego das razões justificadoras remete à questão axiológica. Para se justificar o Direito, ele deve estar articulado com o plano das valorações e também da moralidade. A compreensão do vínculo entre o fenômeno jurídico e o plano da moralidade é condição de estruturação de uma Teoria da Decisão racional.

A decisão judicial obedece, naturalmente, a critérios aposteriorísticos, e, sua respectiva justificação, destina-se a torná-la aceitável; contudo, fortes influências extraformais podem estar presentes na aplicação do Direito, situação em que a tarefa da justificação passa a ser, tão-somente, uma tentativa de racionalizar *a posteriori* uma decisão tomada *a priori*, sob influxo do emocional, e ainda apresentá-la como razoável. Nesse caso específico, não há maiores preocupações com a consistência das razões articuladas em seu fundamento, e quase qualquer argumento que reúna a aparência de logicidade responde bem ao efeito persuasivo dos raciocínios relacionados a título de sua justificação.

Como a racionalidade jurídica é exteriorizada na decisão judicial sob a forma de sua justificação, atualmente a fundamentação racional deixou de consistir apenas em uma exigência técnica da dogmática das decisões judiciais para assumir a função de uma garantia da legitimidade da própria atividade judicial.

A decisão judicial depende de uma justificação para ser considerada racional, justamente por conter um tipo de raciocínio jurídico que, apesar de fugir às exigências cartesianas apoiadas na idéia de evidência, também não recai na arbitrariedade. Com a justificação, o agente da decisão apresenta o desenvolvimento de seu raciocínio, da apreciação dos aspectos de fato e de Direito até a formação da deliberação final.

Dessa forma, a decisão judicial pode sofrer dois tipos de controle, um controle interno assistido pelo direito recursal, e um controle externo realizado pela própria Sociedade. Ambas as modalidades de controle atuam sobre a motivação da decisão judicial tomada. Esta exigência constitucional de motivação, portanto, opera como condição necessária ao processo democrático.

A investigação sobre os modelos de decisão judicial demanda uma atenção especial sobre os critérios fundantes dessa busca pela legitimação democrática do Poder Judiciário, entre os quais, com certeza, o controle externo se evidencia.

Para Jerzy Wróblewski², em *Justificación de las decisiones jurídicas*, a justificação interna reporta à correção da inferência da decisão a partir das premissas, e a justificação externa concerne à adoção das premissas corretas.

Na cultura jurídica contemporânea, nos dois sistemas - *common law* e continental, - entende-se que a decisão judicial deve ser justificável. Uma decisão judicial pode ser justificada identificando os argumentos que a sustentam, a justificação interna, sustentando estes argumentos como boas razões e a justificação externa como os raciocínios justificativos como raciocínios apropriados.³

A justificação em sentido amplo abrange a verificação e a justificação em sentido estrito. A justificação em sentido amplo oferece razões para qualquer juízo que apareça em um discurso. A verificação é uma justificação em sentido amplo que versa sobre proposições, isto é, sobre juízos que são verdadeiros ou falsos em uma determinada linguagem. A justificação em sentido estrito é uma justificação em sentido amplo de juízos que não são nem verdadeiros nem falsos em uma dada linguagem, isto é, não são verificáveis. O conceito de verificação implica suposições filosóficas e lógicas. A verificação depende de uma ontologia. A justificação em sentido estrito trata de técnicas argumentativas distintas da verificação. O nome mais comum para estes argumentos é o de *lógica não-formal*, ainda que existam opiniões contrárias ao uso do termo *lógica* neste contexto e a favor de uma *retórica* ou *argumentação* ou *tópica*. De qualquer forma, esta área de raciocínio utiliza argumentos que unem diversos juízos em um discurso prático. Sua qualificação não se faz em termos de verdade, mas sim em de *boas razões*, *razoabilidade*. A justificação que interessa ao autor é a em sentido estrito, interessa os argumentos que justificam a decisão interpretativa.⁴

Se uma decisão está internamente justificada, pode-se dizer que é uma decisão internamente racional porque explicita as razões para esta decisão. Se uma decisão judicial está externamente justificada é externamente racional porque se baseia em boas razões, isto é, razões aceitas pela crítica. A necessidade de

² WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Justificación de las decisiones jurídicas*. In: WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Traducción de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.

³ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Op. Cit. p. 57

⁴ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Op. Cit. p. 58-59

justificação depende ou da lei (se explicita quando deve se efetuar uma justificação explícita e quais argumentos são necessários), e/ou dos usos aceitos na prática jurídica, e/ou na doutrina jurídica. Mas a expectativa de justificabilidade depende de características básicas de nossa cultura jurídica ou, mais comum, de nossa cultura geral, que apela para a racionalidade.⁵

A justificação da decisão legal trata dos argumentos que sustentam essa decisão e, portanto, é um assunto de raciocínios justificativos e de seu controle. Outro problema completamente diferente é o do processo de tomada de decisão. Esse processo é uma seqüência de fenômenos psicológicos que acontecem em uma decisão legal. Esse processo pode ser descrito pela Psicologia, nas tomadas de decisão individual, pela Psicologia social ou pelas Ciências Humanas, se nos interessam uma tomada de decisão coletiva, e por seus fatores determinantes. Em qualquer caso, essas descrições tratam de material empírico do processo de tomada de decisão, identifica os fatores que o determinam, buscam regularidades e, por último, ainda que menos importante, pode predizer tendências de decisão ou decisões individuais. Não se deve confundir, portanto, a justificação da decisão legal com uma descrição do processo no qual se tomou essa decisão. Não se exclui que a justificação de uma decisão se corresponda com o processo de sua formação, mas isso nem sempre ocorre necessariamente assim.⁶

3. Critérios pragmático-formais de racionalidade para as decisões

O Estado constitucional incorporou os ideais jurídicos ocidentais na garantia da expectativa de segurança e certeza para as relações jurídicas. Existe sempre a esperança de que cada decisão judicial deve se reconduzir aos princípios constitucionais democráticos, reafirmando o princípio da certeza jurídica.

⁵ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Op. Cit. p. 59

⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Op. Cit. p. 59-60

Herbert Hart⁷ menciona a exigência mínima de *standards* morais de modo que ainda que, uma decisão judicial se submeta ao texto legal, a limitação formal não esgote todos os requisitos necessários, pois que os valores normalmente aceitos devem ser respeitados.

Considerando a idéia de racional como razoável de Perelman⁸ e de Aarnio⁹, para se ter decisão racional é necessária a incorporação da Teoria dos Valores e da Teoria da Justiça.

Aulis Aarnio¹⁰ sustenta que a predicibilidade e a aceitabilidade são duas facetas entrelaçadas, uma formal e a outra substantiva, enquanto a primeira prescreve a racionalidade para os juízos jurídicos, a segunda caracteriza a extensão final desses mesmos juízos; em outras palavras, o requisito da formalidade, para ser dotado de correção, deve ser capaz de produzir um determinado conteúdo.

A Teoria da Decisão judicial e outras instâncias epistemologicamente adjacentes a ela no pensamento jurídico contemporâneo têm se dedicado ao debate sobre a problemática da racionalidade das decisões judiciais. Chaïm Perelman¹¹ adverte para a necessidade de satisfação a uma dupla exigência na prática judicial: a primeira, *sistemática*, concerne à valorização da coerência do próprio sistema; a segunda, *pragmática*, define a aceitabilidade das decisões. Ambas as exigências são fatores considerados imprescindíveis à jurisdição racional, equivalendo a critérios simultaneamente pragmáticos (aceitabilidade) e formais (certeza).

O Direito equilibra, então, a dupla exigência: formal e pragmática, concernente à valorização da coerência do próprio sistema e à aceitabilidade das decisões.

Assim sendo, não é a referência legal, isoladamente, que torna uma decisão racional, mas a aceitabilidade da solução concreta à qual ela se dirige. O problema da

⁷ HART, Herbert. L.A. *O conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

⁸ PERELMAN, Chaïm. *Le champ de l'argumentation*. Bruxelles: Presses Universitaires de Bruxelles, 1970.

⁹ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable - un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

¹⁰ AARNIO, Aulis. Op. Cit.

¹¹ PERELMAN, Chaïm. Op. Cit.

racionalidade da jurisdição diz respeito à satisfação simultânea da dupla exigência de Perelman.

O mais importante, no resgate dos raciocínios judiciais, é a tentativa de fundamentar a própria concepção teórica da modalidade de raciocínios utilizados em Direito, o que constitui o objeto de estudo de sua Lógica Jurídica. Como visto, a obrigação de motivação das decisões judiciais é uma aquisição recente na História do Direito.

Plauto Faraco de Azevedo¹², em *Justiça distributiva e aplicação do Direito*, diferencia claramente Direito de lei, evidenciando a necessidade de submissão do juiz apenas ao primeiro e apontando a idéia de que escolhas de fundo filosófico são realizadas durante o processo judicial tendo em vista a neutralidade axiológica impossível no exercício da função jurisdicional.

Karl Larenz¹³, em sua *Metodologia da Ciência do Direito* argumenta que o Direito positivo deve ser entendido apenas como um caminho para a realização da maior justiça possível.

Na tradição jurídica ocidental, nos limites do paradigma liberal do Direito, a certeza é, portanto, o revestimento formal da proteção jurídica oferecida pelo Estado, de modo que o substrato da legalidade é condição de reconhecimento na cultura ocidental. Contudo, a despeito da exigência da legalidade formal para as decisões judiciais, existe ainda um outro requisito qual seja a da sua razoabilidade, ou seja, a decisão deve ser não só legal como também aceitável. Para tanto, cada decisão deve resguardar valores respeitados pela Sociedade.

A certeza não é um atributo mental que possibilite quantificações percentuais, pois a certeza reproduz a convicção. Todavia, a certeza pode ser graduada porque também não conduz ao absoluto. O julgador pode ter formado sua convicção de plena certeza sobre a falsidade dos argumentos diante dos fatos, mas ainda possui, ao

¹² AZEVEDO, Plauto Faraco. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1983. p. 63, 112, 117 e ss.

¹³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Gulbenkian, 1989. p. 398

mesmo tempo, um forte grau de incerteza sobre o que imagina vir a ser a verdade dos fatos.

A atividade jurisdicional democrática nos Estados constitucionais revela a importância do controle de racionalidade das decisões judiciais, tomando como critério a sua razoabilidade. Ao decidir, o agente deve inexoravelmente apontar suas justificações, quais sejam, as boas razões que o sustentam.

O agente da decisão deve levar em conta o auditório a que a decisão se destina. Assim, pode sustentar-se a pretensão de racionalidade a ser satisfeita pela razoabilidade do decisório. A decisão judicial como linguagem normativa insere-se em um processo comunicativo que pressupõe a intersubjetividade entre os membros de Sociedade real. A produção judicial do Direito configura assim o exercício de um poder da própria Sociedade, e assim sendo o Direito como fenômeno social é também fenômeno decisional.

Conclusão

O essencial sobre a compreensão da decisão judicial vem permanecendo obscuro e esta ausência de clareza remete a Teoria e a Filosofia do Direito justamente a um campo em que condicionantes racionais para tarefa de decidir são negligenciados e no qual frequentemente a legitimidade democrática silencia.

A decisão judicial permanece assim em um estatuto ambíguo no qual a consciência política e os compromissos democráticos não permitem nem consolo e tampouco remorso.

Há um jogo de decisão em relação ao ordenamento como critério e há outras leis mais incertas e difíceis, mas isso não exime de responsabilidade o agente que suporta de alguma forma suas conseqüências. O prejuízo pela formalidade não tem como empregar a própria formalidade da decisão como justificativa.

Referências

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable - un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1983.
- BANCAUD, Alain. *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce – ou le culte des vertus moyennes*. Paris: L.G.D.J., 1993.
- HART, Herbert. L.A. *O conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamago. Lisboa: Gulbenkian, 1989.
- PERELMAN, Chaïm. *Le champ de l'argumentation*. Bruxelles: Presses Universitaires de Bruxelles, 1970.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Traducción de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.