

ASPECTOS METODOLÓGICOS DO DISCURSO JUDICIÁRIO

ANTÓNIO PIRES HENRIQUES DA GRAÇA

Delimitação do tema

Quando se fala em discurso judiciário, abarca-se uma panóplia pluridiferenciada de arquétipos temáticos, normativo-práticos.

Pode ser o discurso político-legislativo sobre as realidades normativas e organizacionais da administração da justiça.

Pode ser o discurso do cidadão sobre os seus sentimentos ou sensibilidade sobre a justiça e sua efectivação.

Pode ser o discurso dos media sobre a eficácia da justiça.

Pode ser o discurso do jurista sobre o tempo e o modo de realização da justiça.

Pode ser o discurso jurídico-institucional sobre a organização judiciária e sobre recrutamento e formação de magistrados,

Pode ser o discurso dos ditos ‘operadores judiciários’ sobre os serviços de justiça em que servem.

Pode ser o discurso do juiz na sua actuação funcional, no seu tribunal.

Interessa aqui *hic et nunc* a mera actuação discursiva funcional do magistrado, sobretudo a decisória, super partes, com relevância para o discurso judicial, revelando-se este, como modo de dialéctica jurídica cuja relevância objectiva assenta na explicitação do dado falado/escrito, para que o espectador destinatário ou interessado, seja ouvinte ou leitor, de exposição que o esclareça e, sobretudo convença.

Introdução

O discurso, enquanto realidade metodológica do conhecimento, faz parte da Teoria do Conhecimento. Esta e, a Lógica foram grandes contribuições do pensamento grego para a história da humanidade.

A Teoria do Conhecimento estuda os processos de aquisição do conhecimento.

A Lógica é o estudo da estrutura dos princípios relativos à argumentação válida

Remontando à relevância das origens, *Aristóteles*, entendia o discurso, como argumentos ou meios de persuasão, afirmando ² que o papel da Retórica é distinguir o que é verdadeiramente susceptível de persuadir do que é só na aparência. A persuasão acontece através de argumentos, ou seja, do discurso e das ferramentas discursivas ou retóricas, cuja base é o *entimema*.

Os meios de persuasão são divididos pelo filósofo grego em não-técnicos e técnicos:³

Os não-técnicos são os independentes da Retórica como arte, por já preexistirem, independentemente da vontade do orador. *Aristóteles* divide-os em cinco: as leis, os tratados, as testemunhas, os contratos (ou documentos), as confissões obtidas pela tortura, que era um meio de prova lícito na Grécia, e o juramento.

Os meios técnicos são os “dependentes da arte”, que são fornecidos pelo discurso e que dependem da invenção ou criação discursiva do orador. Estes, por sua vez, são subdivididos em três espécies: a fundada no orador (*ethos*); no auditório (*phatos*) e no discurso (*logos*).

Ou seja, um discurso consegue persuadir o público de três formas: por meio do carácter do orador - quando este expressa confiança; pelas inclinações despertadas no público - quando o discurso envolve a plateia ; e pelo próprio discurso - pelo que ele evidencia, explica *Aristóteles*

Havia três géneros de discurso: o deliberativo ou da assembleia, o forense, ou do tribunal e o epidítico ou de exibição.

Na vertente aristotélica, qualquer argumento envolve:

- Impactar os cinco sentidos do receptor – agradar
- Influenciar a mente do receptor – convencer
- sensibilizar a emoção do receptor - comover

¹ *Arte Retórica*

² *ibidem* pág. 31

³ *ibidem*. 86-89

Aspectos metodológicos do discurso judiciário

- Preparar o cenário para a persuasão composto de:

Ethos – carácter do orador

Phatos – fraqueza (preferência do público)

Logos – estrutura do discurso

Compor as partes do discurso:

- 1) saber extrair argumentos (*invenção*);
- 2) colocá-los em uma determinada ordem (*disposição*);
- 3) encantar através da linguagem (*elocução*);
- 4) dramatizar os acontecimentos que estão sendo apresentados (*dramatização*);
- 5) rememorar factos passados (*memória ou memorização*).

Todos os procedimentos metodológicos do discurso na concepção de *Aristóteles* são acompanhados de técnicas de convencimento. Eis algumas dessas técnicas:

A lógica da análise, eminentemente filosófica e científica, pergunta para desvelar, para saber. A pergunta é feita para um convite efectivo à descoberta.

A lógica da persuasão, eminentemente retórica, pergunta para convencer, para provocar, não para investigar. Esse procedimento retórico tem como figura de linguagem predominante, o *erótoma*. (interrogação retórica)

Também o emprego da *falácia* – um argumento que na aparência parece ser verdade, mas na essência é falso; o argumento *ad hominem* – argumento que ataca o indivíduo e não aquilo que ele diz; o *apelo à autoridade*, o *equivoco*, o *uso dos antecedentes do facto*, a *anfibologia*, a *comparação indevida*, a *petição de princípio*, argumentos esses considerados erros na lógica da análise, são considerados oportunos e eficazes na lógica da persuasão.

Na concepção aristotélica, o discurso, obrigatoriamente, consta de duas partes: a exposição do assunto e a prova, pois é importantíssimo indicar o assunto de que se trata e em seguida fazer a demonstração, para dar clareza e confiabilidade ao assunto exposto.

No máximo, o discurso pode ser constituído de exórdio, exposição, prova e epílogo, sendo a refutação uma amplificação das provas do orador, fazendo, portanto, parte delas.

Aspectos metodológicos do discurso judiciário

Esses quatro elementos (exórdio, exposição, prova e epílogo) são integrantes de discursos em geral, mas dependendo do género no qual o discurso é feito.⁴

O conhecimento é a relação pela qual o sujeito representa cuidadosamente o objecto.

Depende de variantes conforme a doutrina filosófica, e, maior importância dada a certos aspectos.

Assim a título informativo e, de forma muito sintética:

Em *Sócrates* (469-399 a.C) – A preocupação com o homem e com o significado da existência humana. A busca do **diálogo**, a ironia e a maiêutica como métodos.

As concepções tradicionais do conhecimento consideravam que a verdade consistia na coincidência entre as ideias presentes na mente e as realidades externas correspondentes

O perfil da Filosofia e Lógica derivou para o **Pragmatismo**

O pragmatismo afirma que isso não é suficiente e que a verdade se actualiza incorporando as dimensões de utilidade e valor. O pragmatismo considera que a essência do ser humano não é o pensamento teórico, e sim a *acção*. O pensamento não é dado ao homem apenas para conhecer a verdade, mas como guia da acção.

Seguiu-se: o **Criticismo**, confiando na razão humana, apregoando a *reflexão* e a *crítica*.

O seu aprofundamento traduziu-se no **racionalismo**: A *razão* é a principal fonte do conhecimento logicamente necessário e universalmente válido. Parte de um modelo acabado *a priori* que pode ser Deus, Conceitos Matemáticos, Mundo das Ideias, etc. Os racionalistas tendem para o dogmatismo metafísico. *Platão*, *Descartes* são os grandes representantes desse modo de pensar

Outras vertentes:

O **empirismo**: A *experiência* como a verdadeira fonte do conhecimento:

⁴ Vide, em pormenor ROSE PEREIRA e THAÍS ROCHA *Discurso midiático: análise retórico-jornalística do género*, editorial Maceió, AL, 2006, (que seguimos de perto.)

Aspectos metodológicos do discurso judiciário

Partindo sempre de factos concretos, os empiristas tendem para o cepticismo metafísico.

Outra ainda, caracterizava-se pelo **voluntarismo**: estava na *vontade* é o verdadeiro conhecimento, pois só conhecemos as coisas através do esforço. Inteligentes quase todos nós somos, o que faz a diferença é à vontade.

O alemão *Frederich Nietzsche* é seu grande representante.

O intuicionismo.

O conhecimento se dá também no *coração*. A inteligência do coração é a verdadeira inteligência. Caso de *Blaise Pascal* e *Henry Bérgson* são seus representantes.

O materialismo.

O conhecimento dá-se no *mundo*. É preciso buscar na sociedade, isto é, na matéria externa ao sujeito o conhecimento.

Os pensadores alemães *Ludwig Fuerbach* e *Karl Marx* são seus principais representantes.

O **positivismo**: a determinante era a *ordem*, realidade objectivada, explicada pelas regras da *ciência*, e preconizando o conhecimento *racional*.

O modo de conhecer não excluía outras respostas mesmo fusões entre a razão, à vontade, o sentimento.

Algumas Máximas do exposto:

Nicolau Maquiavel (1469-1527)

Pragmatismo radical: Os fins justificam os meios

Obras:

O Príncipe (1513)

Os Discursos de Tito Lívio(1514)

René Descartes (1596-1650)

Aspectos metodológicos do discurso judiciário

Racionalismo: a supremacia da razão: “Dei-me conta que embora decidisse pensar que tudo era falso, seguia-se necessariamente que eu que pensara isso tinha de ser alguma coisa... Penso, logo existo”.

Obras:

Discurso sobre o Método (1637)

Meditações (1639)

Blaise Pascal (1623-1662)

Intuicionismo: a sabedoria do coração

“O último passo da razão é o reconhecimento de que existe um número infinito de coisas que estão fora de seu alcance. Ela é simplesmente fraca se não avança o suficiente para dar conta disso... O coração tem razão que a própria razão desconhece.

Obras:

Pensamentos(1670) .

John Locke (1632-1704)

Empirismo: O conhecimento pelos sentidos:

“Suponhamos que a mente seja um papel em branco, sem nenhum carácter, sem nenhuma ideia. Como ele é preenchido?...a isso respondo com uma palavra: a partir da experiência”.

Obras:

Ensaio sobre o entendimento humano (1689)

Dois Tratados sobre o Governo (1690)

Karl Marx (1818-1883)

Materialismo: a matéria como determinante

“A consciência do homem se modifica a cada mudança em suas condições materiais da existência”.

Obras:

O Manifesto Comunista (1848)

O Capital (1867)

Augusto Comte (1798-1857)

Aspectos metodológicos do discurso judiciário

Positivismo: a ordem como determinante

“O amor por princípio, a ordem por base e o progresso por fim”.

Obras:

Curso de Filosofia Positiva (1839)

Frederich Nietzsche (1844-1900)

Voluntarismo: A vontade como determinante

“Quem poderá alcançar alguma coisa grandiosa Se não sentir em si mesmo a força e a vontade de infligir grande sofrimento”.

Obras:

Gaia Ciência (1882)

Assim Falava Zaratustra (1885)

Ecce Hommo (1888)

Henry Bérqson (1859-1941)

Intuicionismo: Saber é saborear.

“somente quando o sujeito se identifica com o objecto, se ele é o objecto e vive essa completa identidade é que pode saber o que o objecto é”.

Obras:

Evolução Criadora (1900)

Vida e Consciência (1902)

Em todas essas posturas, há diferentes concepções de mundo que se entrelaçam e repelem na busca da mesma finalidade da excelência humana assentada em uma concepção de mundo entendida como “verdadeira”.

Qualquer acção humana explica-se por ser motivada: o ser humano sente falta, precisa de alguma coisa e deseja alcançá-la. E nessa busca, a razão é importante por fornecer os meios para compreender a realidade, solucionar problemas, projectar a acção e reavaliar o que foi feito.⁵

⁵ ROBERTO BAZANINI, *O Método Bazanini aplicado ao Ensino de Filosofia em Comunicação*, in www.casadosite.com.br/bazanini, (que seguimos de perto)

Pode desde já adiantar-se com *Paul Ricoeur*:⁶

É chegado o momento de caracterizar o discurso jurídico como espécie particular do género discursivo prático geral.

É preciso primeiro recordar a diversidade dos lugares onde desenrola o discurso jurídico, antes de falar dos constrangimentos que impõem limitações específicas ao jurídico. A instância judiciária (...) como instância paradigmática, com (...) seus tribunais e seus juízes, é senão um dos lugares onde o discurso jurídico se desdobra : há por cima dela a instância legislativa, produtora das leis, e ao lado dela a instância dos juristas, se exprimindo pelo que os teóricos da língua alemã chamam de dogmática jurídica.

Seria preciso ainda acrescentar, com *Perelman*, a opinião pública e, ao limite, o auditório universal, à discussão do qual são submissas as teorias dos juristas, as leis emitidas pelos corpos legislativos, enfim as decisões emitidas pelas instâncias judiciárias. De todas estas instâncias, é a instância judiciária que é submissa aos constrangimentos mais fortes, susceptíveis de aprofundar um desvio entre o discurso prático geral e o discurso judiciário. É sobre estes constrangimentos que nós vamos insistir agora.

Primeiramente, a discussão se desenrola dentro de um recinto institucional próprio (tribunais (...)). Dentro deste recinto, todas as questões não são abertas ao debate, mas somente aquelas que se inserem no quadro codificado do processo.

Durante o próprio processo, os papéis são desigualmente distribuídos (o acusado não é presente voluntariamente, ele é convocado). Além disso a deliberação é submissa às regras dos autos, elas mesmas codificadas. Acrescentamos ainda que a deliberação ocorre em tempo limitado,

A discussão diante da instância judiciária não visa, ao menos em uma primeira aproximação, o acordo; julgar consiste em resolver e portanto em separar as partes, em instituir, como foi sublinhado, além disso, uma justa distância entre elas. Enfim, não é preciso perder de vista a obrigação legal de julgar que pesa sobre o juiz.

A questão é portanto saber porque se definiu a pretensão à rectitude ou, rectidão.

⁶ PAUL RICOEUR, *Interpretação e/ou Argumentação*, Pet-Jur - PUC-Rio

É a *Habermas*⁷ e à Escola de *Erlangen* que pedimos emprestado a resposta: a rectitude ou rectidão, é a pretensão que eleva a inteligibilidade, e desde já admite o critério da comunicabilidade universalisável. Um bom argumento é aquele que idealmente será não somente compreendido, sendo ele plausível, mas aceitável por todas as partes interessadas.

Rectitude de um argumento jurídico não difere em nada daquela de todo discurso normativo. A norma geral é implícita.

Esta pressuposição implícita exprime-se dentro de certos sistemas jurídicos pela obrigação de motivar a decisão. Mas, mesmo se a decisão não é publicamente motivada, ela é pelo menos justificada pelos argumentos usados. Isto porque um juiz não pode ao mesmo tempo julgar um caso e declarar que a sua sentença é injusta.

A tese vale ela mesma por um argumento a contrário: se a argumentação jurídica não tinha como horizonte o discurso normativo geral visando a rectitude, nenhum sentido poderia ser dado à ideia de argumentar racionalmente. Se portanto os novos constrangimentos devem ser acrescentados à teoria da discussão normativa, estes devem entrar em composição com as regras formais sem de modo algum enfraquecer estas últimas.

É pela perspectiva da análise crítica [*N. Fairclough; G. Kress*] para quem o discurso é uma prática social e o género é uma maneira socialmente ratificada de usar a língua com um tipo particular de actividade social, mas objectivamente fundamentada de harmonia com a lógica e regras da experiência que permite que o facto apresentado ao juiz, conhecedor do Direito, poderá ditar o Direito aplicável ao facto: *Jura novit curia, da mihi factum, dabo tibi jus*,

Como informa *Alf Ross* (2000:166): a tarefa do juiz é um problema prático. O conhecimento de diversas coisas (os factos, o caso, o conteúdo das normas jurídicas etc) desempenha um papel nessa decisão e, nessa medida, a administração da justiça funda-se em processos cognitivos.

⁷ JÜRGEN HABERMAS, *Direito e Democracia, entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

A natureza dialéctica do processo assegura a ambas as partes o direito de apresentar factos e provas que costumam ser de natureza completamente distinta. Essa é exactamente a base sobre a qual o juiz vai formar sua convicção e decidir o conflito, optando por apenas uma das teses que lhe forem apresentadas.

Processualmente, certeza judicial é o que apurou da verdade real;

Na função jurisdicional assume relevância a Lógica, entendida como a ciência que estuda as leis gerais do pensamento e, a arte de aplicá-las correctamente na investigação e demonstração da verdade dos factos, haja em vista que a garantia do devido processo legal exige obediência às formas lógicas expressas ou, explicitadas.

Nessa perspectiva lógica, a argumentação é um tipo de raciocínio, que, fundado na prova e na demonstração, procura estabelecer o verdadeiro;

Entre a demonstração científica ou lógica e a ignorância pura e simples, existe todo um domínio da argumentação. Esta constitui um método de pesquisa e prova que fica a meia distância entre a evidência e a ignorância, entre a necessidade e o arbitrário;

*Chaim Perelman*⁸ buscou a formulação de uma nova cultura judicial, fundada em processos de argumentação, introduzindo uma prática argumentativa que tinha, como instrumento básico, o discurso jurídico, resultante da união entre o carácter normativo da ciência do Direito e os valores sócio culturais que influenciam excessivamente a aplicação da norma;

⁸ CHAIM PERELMAN, *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CHAIM PERELMAN; LUCIEOLBRECHTS-TYTECA, . *Tratado da Argumentação*, A Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Segundo Perelman, toda a linguagem, incluindo a lógico-matemática (a científica em geral) tem um carácter argumentativo ou retórico, ainda que se procure obscurecer tal facto. Ao contrário dos lógicos, que queriam generalizar sobre a linguagem natural a partir de uma linguagem tão artificial quanto a matemática, este autor tenta demonstrar que a linguagem lógico-matemática é uma construção do espírito que pressupõe a linguagem natural, afigurando-se pretensão excessiva querer expurgar esta última do que a constitui: a ambiguidade dos termos, o equívoco das palavras, a pluralidade dos sentidos e das leituras interpretativas.

Perelman lançou as bases de uma ligação necessária entre a formalidade do Direito, como ordem lógica e coercitiva, e sua dimensão axiológica, oriunda do processo argumentativo, a qual orienta o privilégio a determinados valores;

Não é possível optar pela Lógica ou pela retórica; tal alternativa não tem sentido. Eis que seria inútil e nociva, no mundo do Direito, qualquer concepção lógica divorciada da experiência social e histórica que emerge da dialéctica processual;

Uma lógica da argumentação é uma lógica dos valores, do razoável, do preferível, e não uma lógica do tipo matemático, autorizando várias conclusões, várias escolhas, uma recusa de valores fomentadores do debate;

As sentenças judiciais não redundam em proposições verdadeiras tiradas de um silogismo, mas em respostas mais aceitáveis e adaptadas, integradas numa argumentação;

Se a razão é infalível e a investigação humana pode ser confiada às suas regras infalíveis em qualquer campo, não há lugar para a Retórica que é a arte da persuasão. No entanto, se, na esfera do saber humano, a parte do incerto, do provável, do aproximativo é mais ou menos ampla, a persuasão pode ter alguma função, e sua arte pode e deve ser cultivada.⁹

Há quem preconize a democraticidade do discurso judiciário, desafiando os operadores judiciários a dar um sentido e um significado que possam ser compreensíveis aos demais, isto é, aqueles outros que estão “fora” desse universo particular em que a lei é justificada e entendida, uma vez que a ciência e a comunicação são os grandes temas do mundo contemporâneo.

Na entrevista publicada originalmente no Suplemento Literário de "O Estado de São Paulo" de 17 de Setembro de 1966, concedida por *Umberto Eco* ao poeta *Augusto de Campos*, quando da estada de *Eco* em São Paulo, em Agosto daquele ano, referiu ele:

Não foi por acaso que a técnica do discurso persuasivo nasceu em uma sociedade democrática, como a grega. Tenho necessidade de discursos persuasivos somente quando preciso convencer pessoas a quem peço o livre consentimento. A maior parte dos discursos que fazemos nas relações com os nossos semelhantes são discursos

⁹ ÉDSON LUÍS BALDAN, *Verdade e Retórica: conflituosidade e coexistência no discurso judiciário penal*

de persuasão. Temos necessidade de persuadir e de ser persuadidos. O discurso persuasivo, em si mesmo, não é um mal; só o é quando se torna o único trâmite da cultura, quando prevarica, quando se torna o único discurso possível, quando não é integrado por discursos abertos e criativos.

A abertura do texto jurídico, a partir da presença da fundamentação da decisão judicial, assumindo o facto de que essa decisão é instrumento para ser hermeneuticamente interpretada, é condição legítima que vai ao encontro das condições de efectivação de uma sociedade que tem, do discurso judiciário, um esforço concreto para a construção democrática. 10

Afirma *Streck*, “trata-se de um conjunto de procedimentos metodológicos que buscam garantias de objectividade no processo interpretativo, no interior do qual a linguagem é relegada a uma mera instrumentalidade”. 11

Como salienta *Ovídio Baptista da Silva*,¹² decorre de duas razões a necessidade de fundamentação: em primeiro lugar, da tendência dos sistemas políticos ocidentais, que buscam uma ampliação daquilo que se consagrou como Estado Democrático; em segundo lugar, da necessidade de que nossa formação jurídica dogmática seja superada, através do reconhecimento de que o Direito não pode submeter-se aos princípios epistemológicos das ciências naturais e menos ainda das matemáticas.

¹⁰ ANTONIO MARCELO PACHECO e RAFAEL CORTE MELLO, *Da Decisão Judicial: Conflito entre o ato de fundamentar e a acção de motivação como uma crise de legitimidade do poder judiciário no Brasil* (que seguimos de perto)

¹¹ LENIO LUIS STRECK, *Hermenêutica (jurídica): Compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos?* In anuário do PPG de Direito da UNISINOS, ano 2003, p.225.)

¹²OVÍDIO BATISTA DA SILVA, *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. in: *Direito, Estado e Democracia. Entre a (in) efetividade e o imaginário social*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v.1, n.4, 2006)

Aspectos metodológicos do discurso judiciário

Um programa de formação ¹³ deve incluir a reflexão sobre a importância prática do método judiciário; o domínio metodológico de interpretação e de aplicação da lei aos casos concretos; as técnicas de tratamento dos factos na configuração do objecto do processo, na delimitação do objecto da prova e na estruturação das decisões;

Interessa sobretudo na óptica do Discurso Judiciário: as formas da linguagem jurídica e judiciária; o discurso judiciário e suas vertentes: narrativa, argumentativa e decisória; o papel da argumentação jurídica e da retórica forense, em sede de alegações e na fundamentação das decisões; a lógica e conhecimentos linguísticos que facilitem a adequação do discurso judiciário, de forma a torná-lo compreensível para os seus destinatários, sem prejuízo das exigências técnicas de objectividade e rigor normativo.

Tendo por causa um objecto e uma análise com vista a um resultado ou conclusão, é na sua explicitação, como modo criterioso de exposição, que o discurso judiciário há-de estruturar-se, de forma que, o método do discurso é o cerne formal da manifestação da substância discursiva; a metodologia, é a forma pela qual se estrutura e viabiliza o discurso judiciário, seja ele falado ou escrito, ou seja o da imediação e oralidade e da sua concretização objectiva, jurídico-formalmente relevante.

A busca da fundamentação deve espelhar não só o convencimento do julgador, mas sim de todos os demais.

Deve ser uma fundamentação de percepção *intra e extraprocessual*, ou seja, não basta construir uma decisão formalmente legítima, mas sim preocupar-se em convencer os destinatários de que seus fundamentos realmente são os adequados à solução do caso concreto.

O *discurso judiciário* deve ser :

Coerente: consistente e lógico no enfoque que analisa

Objectivo: Perspectivado em dados autonomizáveis, exteriores à percepção subjectiva.

¹³ Como aliás consta do programa de formação contínua do *Centro de Estudos Judiciários*

Fundamentado: Produzido integralmente com dados exteriores ao analista, e que bastem á sua análise e justificação

Vinculado: Circunscrito ao thema probandum e ao thema decidendum, ao objecto do do processo.

Racional: analiticamente compreensível e justificável na convicção demonstrada

Expressivo – Inteligível por quem analisa

Abrangente: Ter em conta todos os dados integrantes do objecto do processo e necessários a uma decisão e, conhecer de todas as questões juridicamente relevantes aos objecto do processo.

Crítico: analisar, comparar e correlacionar todas a as provas, de forma a saber-se onde radica a fundamentação da convicção pela opção assumida (a opção justa, a verdade do caso)

Suficiente: Preenchido com a fundamentação necessária à decisão.

Com *Ferreira Borges*,¹⁴ poderíamos talvez dizer que a decisão judiciária competente é uma decisão racionalmente fundada mas que tem medida em critérios de razoabilidade e equidade, pressupõe conhecimentos amplos do direito a aplicar, conhecimentos específicos sobre o caso em apreço, a "justa distância"de quem decide e, por fim, uma comunidade jurídica dialogicamente constituída como interlocutora das razões que motivam a decisão

Formas legais do discurso:

Discurso oral:

Características:

Discurso de auto controlo: definição do objecto factual: pesquisa dos factos juridicamente relevantes à descoberta da verdade material.

Não inversão dos papéis: Saber interpelar e saber ouvir para bem decidir.

¹⁴HERMENEGILDO FERREIRA BORGES, *Da epistemologia da decisão judiciária e sua função social*, Universidade Nova

Aspectos metodológicos do discurso judiciário

A Interpelação: Objecto e contexto da temática: pergunta, interpelação, definição do objecto temático em eventual contextualização

A Audição: não interrupção de quem narra para esclarecer o objecto da interpelação.

A Percepção: Entender a narrativa de quem expõe

A Convicção: resultado adquirido no intercâmbio dialógico entre a interpelação e a narrativa.

A Fundamentação da narrativa (razão de ciência) e da convicção.

Orientação, coordenação da temática: Manutenção da narrativa dentro do objecto.

Interpelação após a narrativa : para esclarecimento, clarificação, delimitação, convicção

Segurança de convicção: fazendo uso da aclaração, e re-produção da prova, se necessário; caso não seja possível segurança de convicção fundamentada, há que recorrer ao princípio *in dubio pro reo*.

Síntese:

Produção de provas

Exame e debate das provas (o contraditório e a verdade)

Alegação

Deliberação

Decisão.

Discurso escrito:

Discurso do facto

Motivação: A exposição da convicção

Análise das provas

Aspectos metodológicos do discurso judiciário

Exame crítico

Exposição: Articulação conjugada do discurso de convicção, em forma de persuasão. Correlacionamento global da prova em exame crítico na análise parcelar das provas, de forma lógica, segundo as regras da experiência, conclusiva do sentido ou leitura crítica objectivada.

Convicção: Autojustificação ponderada da decisão, resultante da percepção objectivamente adquirida e objectivamente demonstrada, credibilizante da opção decisória.

Deliberação:

Juízo probatório crítico objectivado de cada um (tribunal singular)

Juízo crítico–probatório, explicitado no juízo colegial (por unanimidade, ou por maioria, sem prejuízo da declaração de voto.)

Declaração de voto: uma declaração precisa.

Discurso do direito

Enquadramento jurídico-penal

A Subsunção: correlação dos factos com o direito aplicável, fazendo porventura, uso da doutrina e jurisprudência, na medida em que estruturam a fundamentação discursiva de interpretação da lei aplicável ao facto concreto.

A Decisão

Desse modo, com tal exigência, consegue-se que as decisões judiciais se imponham não em razão da autoridade de quem as profere, mas antes pela razão que lhes subjaz.¹⁵

Ao mesmo tempo, permite-se, através da fundamentação, a plena observância do princípio do duplo grau de jurisdição, podendo, desse modo, o tribunal superior

¹⁵ MARQUES FERREIRA, *Jornadas de Direito Processual Penal*, CEJ pág. 230

verificar se, na sentença, se seguiu um processo lógico e racional de apreciação da prova, ou seja, se a decisão recorrida não se mostra ilógica, arbitrária ou notoriamente violadora das regras da experiência comum, 16 sem olvidar que, face aos princípios da oralidade e da imediação, é o tribunal de 1.^a instância aquele que está em condições melhores para fazer um adequado usado do princípio de livre apreciação da prova- 17

Sob a óptica da Linguística, especificamente, ensina JOSÉ LUIZ FIORIN¹⁸ que (1999:33), as competências de que o sujeito precisa para enunciar são de várias ordens:

a) competência linguística, que é a competência básica para produzir um enunciado: o falante deve conhecer a gramática (sistemas fonológico, morfológico e sintático) e o léxico de uma língua para nela produzir enunciados gramaticais aceitáveis;

b) competência discursiva, que engloba uma competência narrativa e diz respeito às transformações de estado presentes em todo o texto e, seu arranjo em fases de um esquema canónico que parece ser universal; e uma competência discursiva propriamente dita, que respeita de um lado à temática, e ao estilo e, de outro, à apresentação e produção no espaço e no tempo, bem como aos mecanismos argumentativos, que vão da utilização dos implícitos ao uso da norma linguística adequada, das figuras do pensamento aos modos de citação do discurso alheio, dos modos de argumentação *stricto sensu* (ilustração, silogismo etc.) aos efeitos de sentido de objectividade, de realidade etc.;

c) competência textual, que se refere ao saber utilizar a semiótica-objecto em que o discurso será veiculado (por exemplo, os processos de criação de imagens no cinema e na televisão e mesmo os procedimentos de textualização em língua natural, que decorrem do carácter linear dos significados)

d) competência interdiscursiva, que diz respeito à heterogeneidade constitutiva do discurso;

e) competência intertextual, que concerne às relações contratuais ou polémicas que um texto mantém com outros ou mesmo com uma maneira de textualizar, como ocorre, por exemplo, na estilização;

¹⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, Curso de Processo Penal, III, pág. 294

¹⁷ Ac. do STJ de 17-05-2007 Proc. n.º 1608/07 - 5.^a Secção.

¹⁸ JOSÉ LUÍS FIORIN, *As Astúcias da Enunciação, as Categorias de Pessoa, Espaço e Tempo*. São Paulo: Ática, 1999

Aspectos metodológicos do discurso judiciário

f) competência situacional, referente ao conhecimento da situação em que se dá a comunicação e, do destinatário do acto comunicativo.

As palavras, pois, não são apenas uma ferramenta da comunicação, mas também um meio de persuasão, um instrumento de domínio, uma arma de guerra: cada qual quer apropriar-se das palavras para utilizar as favoráveis até o próprio campo e arredar as desfavoráveis – à semelhança de ‘obuses semânticos’ – até o campo do adversário.

Salienta FIORIN que, em certas ocasiões, o uso da linguagem, face ao seu efeito emotivo, não se limita à mera prática, mas também se reflecte em forma teórica: é o que ocorre quando alguém utiliza uma palavra para designar algo distinto do que normalmente se entende. São as definições retóricas ou persuasivas “falazes torneios semânticos que buscam modificar o sentido das palavras para apoderar-se de seu conteúdo emotivo”.

O Juiz, por ter de adoptar uma decisão razoável e juridicamente motivada, é levado, na maioria das vezes, a exercer sua liberdade de decisão ao escolher entre argumentos que favorecem um ou outro valor. Para motivar sua decisão, é conduzido a interpretar textos legais, a estender ou a restringir o seu alcance, a preferir uma regra ou precedente a outro, de forma a justificar a decisão com argumentos que a possam tornar aceitável.

Aspectos legais e jurisprudenciais

Por força do artº 205º nº 1 da Constituição da República: As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei.

A nível do processo penal.

Determina o artº 374º nº 2 do Código de Processo Penal sobre os requisitos da sentença que: Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição, tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal.

O dever constitucional de fundamentação da sentença basta-se assim, com enumeração dos factos provados e não provados; exposição, tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão, bem como o exame crítico das provas que serviram para fundar a decisão, sendo que tal exame exige não só a indicação dos meios de prova que serviram para formar a convicção do tribunal, mas, também, os elementos que em razão das regras da experiência ou de critérios lógicos constituem o substrato racional que conduziu a que a convicção do Tribunal se formasse em determinado sentido, ou valorasse de determinada forma os diversos meios de prova apresentados em audiência.¹⁹⁾

Antes da vigência da Lei nº 59/98 de 15 de Agosto, entendia-se que o artigo 374º nº 2 do CPP não exigia a explicitação e valoração de cada meio de prova perante cada facto, mas tão só uma exposição concisa dos motivos de facto e de direito que fundamentaram a decisão, com indicação das provas que serviram para formar a convicção do tribunal, não impondo a lei a menção das inferências indutivas levadas a cabo pelo tribunal ou dos critérios de valoração das provas e contraprovas, nem impondo que o julgador expusesse pormenorizadamente o raciocínio lógico que se encontra na base da sua convicção pelo que somente a ausência total da referência às provas que constituíram a fonte da convicção do tribunal constituía violação do artº 374º nº 2 do CPP a acarretar nulidade da decisão nos termos do artº 379º do CPP. 20

Actualmente, face à nova redacção do nº 2 do artº 374º do CPP, - aditamento à redacção do preceito: exame crítico das provas - é indiscutível que tem de ser feito um exame crítico das provas.²¹

Foi a referida Lei nº 59/98 de 25 de Agosto que aditou a exigência do exame crítico das provas, e que inalterou na revisão de 2007 pela Lei nº 48/2007 de 29 de Agosto.

O exame crítico das provas tem como finalidade impor que o julgador esclareça "quais foram os elementos probatórios que, em maior ou menor grau, o elucidaram e

¹⁹ V. Ac. do STJ de 14-06-2007, Proc. n.º 1387/07 - 5.ª Secção

²⁰ Ac. do S.T.J. de 9 de Janeiro de 1997; C.J. Acs. do STJ,V, tomo I, 172 e Ac. do S.T.J. de 27 de Janeiro de 1998 in B.M.J., 473, 166.

²¹ Ac. do STJ de 7 de Julho de 1999, CJ. Acs do STJ, VII, tomo 2, 246

porque o elucidaram, de forma a que se possibilite a compreensão de ter sido proferida uma dada decisão e não outra.”²²

Não dizendo a lei em que consiste o exame crítico das provas, esse exame tem de ser aferido com critérios de razoabilidade, sendo fundamental que permita avaliar cabalmente o porquê da decisão e o processo lógico-formal que serviu de suporte ao respectivo conteúdo.²³

A fundamentação decisória não tem que preencher uma extensão épica, sem embargo de dever permitir ao seu destinatário directo e à comunidade mais vasta de cidadãos, que sobre o julgado exerce um controle indirecto, apreender o raciocínio que conduziu o juiz a proferir tal decisão. Para além da enumeração das razões de facto e de direito, a sentença, nos termos do art. 374.º, n.º 2, do CPP, reclama do juiz o exame crítico das provas, que é a sua descrição e o juízo de valor que elas oferecem em termos de suporte decisório, ou seja a crítica por que umas merecem credibilidade e outras não, impondo que o juiz indique todas as provas, a favor ou contra, que constituem a decisão e diga as razões pelas quais não atendeu às provas contrárias à decisão tomada. ²⁴

Não basta uma mera referência dos factos às provas, torna-se necessário um correlacionamento dos mesmos com as provas que os sustentam de forma a poder concluir-se quais as provas e, em que termos, garantem que os factos aconteceram ou não da forma apurada.

Somente assim se cumpre a função *intraprocessual*, *endoprocessual* e ainda *exoprocessual* da motivação.

A fundamentação deve apresentar o discurso da legitimidade da decisão e da validade das premissas bem como da sua compreensão para que possa ser efectuado o seu controlo exterior.

Nela se expressa o modo de formação da vontade do julgador, de forma integralmente transparente, com possibilidade de sindicância exterior à decisão, nos parâmetros da lógica, e racionalidade crítica, de harmonia com as regras da experiência comum.

²² . Ac. do S.T.J. de 01.03.00, BMJ 495, 209

²³ . Ac do STJ de 12 de Abril de 2000, proc. n.º 141/2000-3ª; SASTJ, n.º 40. 48.

²⁴ Ac. do STJ de 09-05-2007 Proc. n.º 247/07 - 3.ª Secção

A fundamentação deve ser entendida, como refere José *Carlos Vieira de Andrade* ²⁵ "uma exposição enunciativa das razões ou motivos da decisão, ou ainda como recondução do decidido a um parâmetro valorativo que o justifique".

Desde que a motivação explique o porquê da decisão e o processo lógico-formal que serviu de suporte ao respectivo conteúdo, inexistente falta ou insuficiência de fundamentação para a decisão.

Como recentemente decidiu o Supremo Tribunal de Justiça²⁶, a fundamentação da sentença em matéria de facto consiste na indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal, que constitui a enunciação das razões de ciência reveladas ou extraídas das provas administradas, a razão de determinada opção relevante por um ou outro dos meios de prova, os motivos da credibilidade dos depoimentos, o valor de documentos e exames, que o tribunal privilegiou na formação da convicção, em ordem a que os destinatários (e um homem médio suposto pelo ordenamento jurídico, exterior ao processo, com a experiência razoável da vida e das coisas) fiquem conscientes da lógica do raciocínio seguido pelo tribunal e das razões da sua convicção.

A obrigatoriedade de indicação das provas que serviram para formar a convicção do tribunal e do seu exame crítico, destina-se a garantir que na sentença se seguiu um procedimento de convicção lógico e racional na apreciação das provas, e que a decisão sobre a matéria de facto não é arbitrária, dominada pelas impressões, ou afastada do sentido determinado pelas regras da experiência.

A integração das noções de “exame crítico” e de “fundamentação” de facto envolve a implicação, ponderação e aplicação de critérios de natureza prudencial que permitam avaliar e decidir se as razões de uma decisão sobre os factos e o processo cognitivo de que se socorreu são compatíveis com as regras da experiência da vida e das coisas, e com a razoabilidade das congruências dos factos e dos comportamentos.

Por outro lado, a lei não exige que em relação a cada facto se autonomize e substancie a razão de decidir, como também não exige que em relação a cada facto fonte

²⁵ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: 1992, p.11

²⁶ Ac. de 3-10-07, in proc 07P1779 da 3ª Secção

de prova se descreva como a sua dinamização se desenvolveu em audiência, sob pena de se transformar o acto de decidir num tarefa impossível .27

O que se torna necessário é a explicitação do processo de formação da convicção do Tribunal, sendo que o exame crítico das provas consiste tão somente na indicação das razões que levaram a que determinada prova tenha convencido o tribunal²⁸

A nível do processo civil, as coisas não são diferentes, como os artigos 653º e 659º comprovam, sem prejuízo da especificidade material processual própria,.

Conclusão

O discurso judiciário, como modo de conhecimento e sua explicitação, deve conter uma estrutura expositiva, articulada e correlacionada que lhe permita ser - parafraseando *Vieira de Andrade* - uma declaração de **autoria, explícita e contextual**.

Declaração de autoria pela, auto-responsabilização e auto-vinculação do órgão decisório

Explícita por dever ser expressa e racional.

Contextual, porque deve constar do mesmo acto processual, ou seja da decisão.

Como refere *Roger Luiz Maciel*²⁹ montar um texto é como embalar um conjunto de porcelana: deve-se tomar cada uma das peças (palavras) com cuidado, dispô-las de forma adequada (frases), alinhando-as em pilhas uniformes (parágrafos), para que fiquem bem firmes dentro da caixa (texto), e possam chegar perfeitas ao destino. Para confeccionar adequadamente essa embalagem usa-se algumas técnicas básicas, como enrolar as peças em papel separadamente e dividir as camadas ou unidades com papelão. O uso de uma técnica sempre se mostra eficiente em qualquer profissão, para a conclusão de qualquer tarefa. Quanto melhor for a técnica empregada, melhor será o desempenho.

²⁷ v. Ac do STJ de 30-6-1999 in SASTJ, nº 32 , 92,

²⁸ v. Ac. do STJ de 24 de Junho de 19999, SASTJ, nº 32, p 88

²⁹ ROGER LUIZ MACIEL, *Linguagem jurídica: é difícil escrever direito? Jus navegandi*, 7 de Julho de 2007

Aspectos metodológicos do discurso judiciário

Para o operador do direito, recomenda-se evitar os excessos e exageros, usar palavras de fácil compreensão, compor frases curtas e empregar a técnica do tópico frasal na construção dos parágrafos. São métodos simples e eficientes na construção textual, que trarão benefícios a todas as partes envolvidas na comunicação jurídica. Ganha o profissional, logrando maior desenvoltura na elaboração do seu trabalho e ganha o usuário de seus serviços, integrado na busca da justiça por ele pretendida.

É preciso ter em conta que a linguagem jurídica faz parte de um contexto maior, está inserida no âmbito de toda a sociedade. Além dos sagazes profissionais que a ventilam, atinge a massa social que recorre à esfera judicial incessantemente. Tendo em mente o cidadão comum que busca socorro na justiça, é possível facilitar a linguagem e, com pequeno esforço, será cada vez menos difícil escrever o direito. Ainda vale o que disse *PADRE ANTONIO VIEIRA* (1608 – 1697):

Aprendemos no céu o estilo da disposição, e também o das palavras. As estrelas são muito distintas e muito claras. Assim há de ser o estilo (...) muito distinto e muito claro. E nem por isso temais que pareça o estilo baixo; as estrelas são muito distintas e muito claras, e altíssimas. O estilo pode ser muito claro e muito alto; tão claro que o entendam os que não sabem e tão alto que tenham muito que entender os que sabem.

Lisboa, 7 de Março de 2008

António Pires Henriques da Graça

Intervenção no CEJ, 7 de Março de 2008