

## JULGAR E DECIDIR

### AS INVISÍVEIS MANHAS DA DECISÃO NOS “TRIBUNAIS ACADÉMICOS”

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO

A relevância constitucional dos princípios da transparência, fundamentação e controlo como princípios nucleares da jurisdição — do decisor racional das questões de facto — e do que não tem sido a sua aplicação nas decisões académicas. A existência de elementos relevantes para a decisão que não constam do procedimento, comuns a todas as jurisdições mas que nas decisões académicas atingem o seu paroxismo, são inaceitáveis num sistema de *good governance* e *accountability*. A exigência da fundamentação da decisão, como garantia de racionalidade de decisão, não se compatibiliza com momentos informais da decisão, que não constituindo perigo para um Estado de Direito não podem, só por si, ser critérios de decisão.

#### § 0. RAZÃO DO TEMA

Num livro com mais de trinta anos e que, ao que supomos, não teve grande ressonância nos meios universitários, um jurista-sociólogo chamava a atenção para a necessidade de mais inovação e conhecimento na análise da *decisão judiciária*<sup>1</sup>. Julgamos que muitas das suas observações poderiam ser transferidas para o estudo da *decisão administrativa*, sobretudo quando se trata de júris colegiais (como são, por exemplo, os júris universitários). Se não temos experiência de julgador e decisor das questões judiciais, vimos, pelo contrário, acumulando uma razoável experiência nas decisões de juízes universitários. Quer num caso quer no outro existem espaços de invisibilidade onde se programa informação relevante para a decisão. Nas antecâmaras da decisão “produzem-se critérios não codificados” que acabam por se transformar, ao arrepio dos critérios formais, nos critérios fundamentadores da decisão. Dir-se-ia, em termos de teoria da informação, que existe aqui um verdadeiro *paradoxo da decisão*: só se pode decidir depois de se obter a informação, mas a informação aqui é discriminatória e invisivelmente intro-

---

<sup>1</sup> Referimo-nos a Rüdiger Lautmann: *Justiz — die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungs-sozologische Analyse*, Frankfurt/M, 1972, p. 13.

duzida, e é mesmo remetida para o “silêncio” na explicitação fundamentadora. Dito por outras palavras: na perspectiva do sistema da informação os critérios invisíveis e os momentos informais são mecanismos de selecção procedimental ou processual conducentes (ou, pelo menos, influenciadores) à decisão sem que em momento formal algum beneficiem de qualquer explicitação<sup>2</sup>. A invisibilidade é total quando se chega à fase da fundamentação. Em grande número de casos de júris académicos, primeiro decide-se e depois adapta-se a fundamentação à decisão previamente tomada. A paradoxia decisória chega ao ponto de o sistema de decisão ser o de “bolas brancas” e de “bolas pretas”, as primeiras a servirem de prova e as segundas a desempenharem a função de contraprova. Noutras formulações, diz-se que as “bolas brancas” são a “favor” do candidato e as bolas pretas “contra” o candidato. Chega-se, em alguns casos, a fazer duas votações, a primeira para captar as primeiras impressões valorativo-decisórias e a segunda para suportar a decisão definitiva. É facilmente intuível que o “julgar” e o “decidir” estão sujeitos a “manhas” cujos contornos permanecem na sombra da investigação jurídica. Tentemos aproximarmo-nos destes “génios invisíveis” que povoam as cidades universitárias (e também judiciais).

## § 1. OS PRINCÍPIOS E AS LÓGICAS PROCEDIMENTAIS E PROCESSUAIS

Basta ler os enunciados linguísticos da Constituição quanto ao exercício da função jurisdicional para comprovar que os princípios poucas informações dão para as decisões dos casos concretos. Confere-se centralidade ao princípio da independência, ao princípio da imparcialidade, ao princípio da fundamentação, ao princípio da publicidade, ao princípio da legalidade. Não obstante a sua bondade e força normativa —, quer para as decisões judiciais quer para as decisões administrativas respeitantes a júris universitários (só estas estão aqui em causa), e começa, logo aqui, a estranha construção jurídica, dogmática e metodológica da *decisão*. O pressuposto básico da ordem constitucional consagrado nas várias leis processuais e procedimentais é de um *decisor racional* de questões de facto e de questões de direito com base em informações armazenadas nas peças processuais ou procedimentais (escritas e orais). A partir deste pressuposto, estrutura-se a lógica nuclear do Estado de direito:

1. a instância decisória deve ser independente e imparcial;
2. a decisão deve ser proferida só depois do conhecimento das questões de facto e de direito;
3. a decisão deve ser fundamentada.

---

<sup>2</sup> Cfr. Dédeyan, “Die richterliche Entscheidung” in *Rechtstheorie*, 2/2005, p. 236.

Exige-se, pois, saber e ciência ao decisor para este decidir com saber e ciência. O decidir é um acto de prudência, pois a prudência outra coisa não é senão a decisão justa, sobretudo em situações de incerteza. O paradoxo da decisão é o de se transformar o incerto em certo através de um processo invisível na produção de informações que não aparecem procedimental ou processualmente, de forma transparente, na produção da decisão<sup>3</sup>. Vamos ilustrar o que se acaba de dizer com o exemplo da “estratégia decisória” em alguns júris universitários de doutoramento. Aparentemente, e em face de provas públicas, não haveria “segredo na decisão”. Mas há. Começam por individualizar-se os critérios de valoração nunca explicitados: (i) a apreciação pública da dissertação; os juízos de valor dos arguentes e as “performances” dos candidatos; (ii) a análise da arteficialidade no trabalho, traduzida no esforço de pesquisa e na intertextualidade demonstrada; (iii) contributo da dissertação para a inovação e conhecimento do ramo do saber em que se insere; (iiii) honestidade intelectual do candidato na desocultação da sua estratégia retórica e discursiva; (iiiii) rigor e plasticidade na linguagem escrita (mas também oral); (iiiii) comparabilidade do mérito da dissertação com outros trabalhos universitários anteriormente julgados e decididos no mesmo quadrante disciplinar. Estes critérios convertem-se, de certo modo, em “guide lines”, em “standards” de valoração enraizados na experiência institucional e pessoal. *Prima facie*, desempenham a função invisível de limite à discricionariedade decisória. Mas a “paradoxia” da decisão é patente: os elementos relevantes da decisão não constam do procedimento. Não são conhecidos nem pelo candidato nem pelo público. O génio invisível dos homens e das instituições “encobre-se” nas decisões: Fala-se de “memória institucional”, de “lei mental”, de “lei das boas razões”, para dar racionalidade a um encapuçado pragmatismo decisório-ponderador. É bom de ver, porém, que lá onde se exige transparência e informação segundo um procedimento legitimado, inocula-se, pelo contrário, a disciplina do arcano ocultando aos candidatos dados importantes sobre as verdades universitárias e académicas. O paradoxo das “bolas brancas” e das “bolas pretas” é o exemplo típico da neutralização jurídica dos princípios constitucionais e princípios processuais nucleares da juridicidade estatal como o princípio da transparência, o princípio da fundamentação e o princípio do controlo. A *arcana praxis* sobrevive mesmo sob a forma mais radical do *princeps legibus solutus*, pois, desta forma, um número significativo de actos de autoridades académicas furta-se ao próprio controlo judicial. O controlo pressupõe transparência dos actos administrativos e estes só podem ser controlados quando as informações decisoriamente relevantes sejam colocadas no espaço público.

---

<sup>3</sup> Cfr. Jürgen Bröhman, *Transparenz als Verfassungsprinzip*, Tübingen, 2004, p. 248 ss.

## § 2. JULGAR E DECIDIR NUMA AMBIANCE DE “ACCOUNTABILITY” E DE INFORMAÇÃO

A sobrevivência da disciplina de arcano a que acabámos de nos referir demonstra que “julgar” e “decidir” nas instituições de ensino superior (pelo menos em algumas delas) se reconduz, na realidade, a uma *praxis* em total dissonância com a *ambiance de accountability* governativa e com a *ambiance da ordem da informação*. Expliquemo-nos.

A decisão de autoridades públicas não resolve apenas um problema de justiça ou de mérito académico. Este problema é também um problema inserido numa *ambiance normativa* dada a incontornável função do direito na estabilização de expectativas normativas dentro dos vários sistemas sociais<sup>4</sup>. Ora, quando um processo decisório torna invisíveis informações relevantes isso significa que tal processo é um verdadeiro paradoxo sob a perspectiva de uma *ordem de informação*. A informação deve preceder a decisão e ser canalizada formalmente de forma a evitar esquemas decisórios onde pesam “decisivamente” motivações assentes na experiência, nos préjuízos e nos sentimentos. Isso não significa, como a seguir se verá, que os “comportamentos” institucionais sejam irrelevantes ou irregulares. O que se afirma é que sob o ponto de vista de uma ordem de informação, o processo decisório é um movimento de informação para a decisão e da decisão para a informação. Ou seja, um verdadeiro ir e vir informativo-decisório. É neste contexto que se fala do processo de decisão como a *unidade de diferença entre e informação e a decisão* em que a decisão pressupõe informação e esta de novo a decisão<sup>5</sup>. Precisamente por isso é que as decisões administrativas de jús académicos são um paradoxo sob o ponto de vista da ordem da informação. Em vez de um procedimento possibilitador da unidade da diferença entre informação e decisão, abrem-se “antecâmaras” de decisões em que se esconde a *diferença* entre uma e outra destas dimensões. Por outras palavras: sob o ponto de vista da ordem da informação, os momentos informais são mecanismos de selecção do procedimento condicionantes ou determinantes da decisão, sem lograrem recepção transparente nesse mesmo procedimento<sup>6</sup>.

A disciplina do arcano é também um paradoxo na *ambiance* global da *good governance*<sup>7</sup>. Sob o ponto de vista normativo, a boa governação é a condução / direcção responsável e sustentada dos assuntos públicos (os que

---

<sup>4</sup> Esta função do direito foi analisada em profundidade sob uma perspectiva sistémica por Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/M, 1995, p. 131 ss.

<sup>5</sup> A fórmula linguística utilizada no texto está próxima do conhecido círculo hermenêutico do ir e do vir interpretativos mas os esquemas teóricos subjacentes não são os da filosofia hermenêutica.

<sup>6</sup> Cfr. Daniel Dédeyan, *Die richterliche Entscheidung*, cit., p. 236.

<sup>7</sup> Vide, entre outros, P. Benz (org.), *Governance-Regieren im Komplexen Regelsystem*, 2004.

estão aqui em causa). Indissociável desta boa governação é a exigência da responsabilidade (“*accountability*”), ou seja, o dever de prestar contas por parte de agentes públicos não apenas perante os seus pares mas também perante os cidadãos e a sociedade civil. De igual modo, a boa governação só é “boa” se for uma governação dotada de “responsabilidade”, querendo com isto dizer-se que as decisões das autoridades públicas devem responder aos princípios de justiça, imparcialidade, boa fé, igualdade e proporcionalidade que devem pautar o exercício de funções dos órgãos e agentes administrativos (cfr. art. 267.º/2 da CRP).

Também nesta ambiência de “*accountability*”, o “julgar” e “decidir” dos tribunais académicos estão longe dos *standards of public life*, hoje em dia globalmente aceites para o governo das organizações complexas<sup>8</sup>. Assim se tivermos em conta “os sete princípios da vida pública” assinalados pelo Comité Nolan, verifica-se que o processo decisório peca por défice de *abertura*, pois não explica integralmente todos os momentos decisórios nem procede à restrição da informação apenas com o objectivo de defender os interesses públicos. Por outras palavras: a *transparência* entendida como a revelação atempada da informação adequada e necessária ao bom desempenho académico é uma dimensão infravalorada pelos esquemas decisórios universitários.

### § 3. GARANTIAS DE RACIONALIDADE NA PRAXIS DA DECISÃO

As considerações anteriores justificam uma breve consideração final quanto a dois tipos de questões: (i) a de saber como encontrar garantias de *racionalidade* na *praxis* da decisão<sup>9</sup>; (ii) a de saber como se estruturam os comportamentos de decisão nas organizações. Todo o esforço de racionalidade cristalizado nas leis processuais e procedimentais marca a diferença entre decisionismo e decisão juridicamente vinculada. As regras e princípios quanto às questões de facto e questões de direito, os critérios legais de valoração da prova, as exigências de fundamentação da decisão continuam a impor a ordem no discurso decisório.

Os estudos de Herbert Simon centrados nos comportamentos decisórios obrigam a levar a sério as dimensões não visivelmente normativas da decisão. Aquilo que nós, de forma não rigorosa, designamos por “manhas da decisão” pode reconduzir-se a esquemas *de redução interna da complexidade*. Quer se trate de esquemas informais de cooperação (ex.: “memória ins-

<sup>8</sup> Vide, por exemplo, Adrian Davies, *Corporate Governance, Boas Práticas do Governo das Sociedades*, Lisboa, 2006.

<sup>9</sup> Foi este o fio condutor de Esser no seu célebre trabalho, *Vorverständnis und Methoden Wahl in der Rechtsfindung Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt/M, 1974, p. 73.

titucional”, “dinâmica de grupos”) quer se trate de momentos de concordância ou de consensualização (ex.: comparabilidade de processos, barganha dialógica) quer de esquemas informais cognitivos (experiência, rotinas burocráticas), a introdução de momentos informais no processo decisório não é em si mesmo sinal de “injustiça decisória” ou de perigo para o Estado de direito. Mas as “ajudas à decisão” só podem ser isso mesmo: ajudas e não critérios decisivos de decisão. O procedimento e o processo de julgar e decidir ou são *procedurais* ou não são.