

REFLEXÕES SOBRE O PAPEL DA EXPERIÊNCIA DO JUIZ NA TOMADA DE DECISÕES JUDICIAIS¹

ANA SACAU
ANDREIA RODRIGUES

Numa perspectiva do relacionamento entre a psicologia e o direito as autoras desenvolvem um percurso de identificação relativo a algumas correntes dogmáticas que estudam os condicionamentos extrajudiciais e pessoais do juiz e o seu reflexo na tomada de decisão, assim pretendendo contribuir para a compreensibilidade do processo de construção da decisão judicial.

Qualquer investigador que, nalgum momento, tenha tentado oferecer algum contributo à temática da tomada de decisões judiciais a partir de perspectivas extra-jurídicas, poderá ter experimentado a sensação, nada confortável por certo, de estar a transformar-se numa espécie de “inquisidor de casa alheia”, sem ter sido convidado, e, ainda para mais, sem que os seus moradores habituais tenham consciência de que nela exista algum assunto que justifique a intromissão. Esta é uma ilustração que será familiar, provavelmente, a muitos psicólogos que se “atrevem” a aproximar desta área da Psicologia, ainda que não exclusiva deste grupo. Isto porque se o facto de a Psicologia ser o campo de saber que se ocupa, por excelência, sobre o comportamento humano, lhe permite a legitimidade de se debruçar sobre outras áreas que, enquanto humanas, tocam a do seu comportamento, faz-se-lhe cobrar, por anexo, as reacções que esta “intromissão” pode acarretar.

Em última instância e por sorte, tais desagradáveis percepções atenuam-se facilmente por uma dupla via: quer ao ter oportunidade de conhecer juristas que não só são corteses com o intruso como agradecem a visita, quer por ter o privilégio de encontrar textos já clássicos que a própria crítica jurídica considera de um rigor e de uma penetrabilidade excepcionais.

¹ Este artigo foi elaborado no âmbito do projecto intitulado “Análise psicológica da tomada de decisões judiciais”, financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia, com a referência PTDC/PSI/65044/2006.

Exemplo desta segunda via, poderiam ser muitas das afirmações do afa-
mado e muito traduzido professor de Leipzig, Friedrich Stein², que na sua
obra “O conhecimento privado do juiz” realiza uma demolidora crítica das pers-
pectivas “juridicistas” dos actos jurídicos. Fá-lo não só com a pretensão de mos-
trar a inevitabilidade do extra-jurídico como fonte de influência, como também
atreveno-se a tocar o espinhoso tema doutrinal de quando, até onde e em que
condições, os elementos não jurídicos de um processo devem ser utilizados e
podem estar fundamentados, por sua vez, por uma legitimidade jurídica.

Quando Stein nega que o acto jurídico seja composto por uma premissa
maior de índole jurídica (o suposto facto da norma jurídica) e de uma pre-
missa menor de carácter fáctico (constituída por factos concretos inseridos em
coordenadas histórico-espaco-temporais determinadas), abre a porta à possi-
bilidade de que o resultado seja produto de algo mais do que o encaixe de tais
premissas. Com frequência entra em jogo outra premissa (que ele qualifica de
maior) e que a partir dele passou a ser denominada de *máximas da experiência*
— *Erfahrungssätze* — que se impõe (ou se calhar se sobrepõe) a todo o ante-
rior. Não é difícil perceber que o que Stein entende aqui por experiência é muito
mais do que a mera acumulação de informação produto do contacto com o
mundo real, do contacto que a ontogénese individual facilita e obriga com o
mundo empírico e o mundo social, com o que isto tem de nutridor de informação
sobre muitos e diferentes assuntos e desde muitos e diferentes enfoques.

Parece-nos claro que a obra de Stein não só quer chamar a atenção sobre
os saberes disponíveis para o juiz que foram adquiridos por este no seu uni-
verso extra-processual, como também alerta para tudo aquilo que uma expe-
riência pessoal fagocita e assimila do mundo em que vive, da educação rece-
bida e do sistema de valores transmitido, do adoutrinamento ideológico a que
foi exposto, da sua visão geral do mundo e do que nele acontece (e mais do
que tudo, do que nele deveria acontecer — *Weltanschauung* —). É por esta
via que chegam a equiparar-se as máximas da experiência com as regras do
critério humano. O juiz, portanto, deve ser visto como um mediador entre os
ideais jurídicos e a realidade concreta, como um fazedor de silogismos tão
peculiares como os de qualquer outro, ao qual podemos pedir honestidade e
rectidão moral mais do que correcção num raciocínio que deveria adequar-se
a algum suposto cânone de procedimento mental que nos asseguraria a con-
secução da verdade. Recoloca-se assim o juiz “*como um actor social entre
os demais, funcionando de acordo com as mesmas estratégias, sofrendo das
mesmas limitações*” (Pais, 2001, p. 95³).

De tudo isto, Stein deriva uma autêntica apologia da necessária indivi-
dualidade dos tribunais de justiça, acrescentando que só através da liber-

² Stein, F. (1893, 1990-tradução). *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Centro de Estú-
dios Ramón Areces.

³ Pais, L. (2001). Acerca da avaliação psicológica em contexto forense: notas sobre a “racio-
nalidade” dos magistrados. *Sub Judice/Ideias*, 22/23, 91-97.

dade mais absoluta no uso dos critérios elaborados através da experiência se poderá aproveitar a formação científica dos juízes. Fecha-se assim um círculo descritivo-valorativo do fenómeno, onde o não científico serviria, numa espécie de paradoxo, para extrair o máximo valor utilitário ao estritamente jurídico-científico. Inclusivamente a possibilidade de erro surge para Stein como um custo de manutenção deste modo de proceder.

Não serão poucas as objecções que se poderiam colocar à radicalidade desta argumentação, não tanto no terreno dos princípios mas no das suas consequências práticas. Até onde essa defesa da individualidade é compatível com a segurança jurídica dos cidadãos e/ou das instituições? Até que ponto podemos assumir que, em mais do que uma ocasião, o papel de “árbitro” que a jurisprudência tem nos conflitos sociais degenera em algo que se aproxime com a arbitrariedade? Por outro lado, se quisermos introduzir cautelas ou prevenções perante os excessos “individualistas”, para além da tão socorrida possibilidade de recurso, quais deveriam ser aquelas?

Este poderá ser o pano de fundo sobre o qual haveria de projectar a interpretação e discussão dos resultados obtidos por muitos estudos sobre discrepância e disparidade de decisões judiciais.

Hogarth⁴ verificou num estudo já clássico sobre tomada de decisões judiciais que, apesar dos juízes concordarem com a filosofia geral da lei, diferem amplamente em aspectos relacionados com a sua aplicação prática, como são a avaliação da efectividade das medidas penais concretas, os critérios que devem ser priorizados na escolha de uma determinada decisão, a forma como o conflito entre as necessidades e os direitos dos arguidos e a protecção da comunidade deve ser resolvida, ou o tipo de situações em que sentem mais dificuldade em decidir. Este autor afirma ainda que estas divergências não se manifestam de forma aleatória mas sim mantêm um alto grau de consistência com as filosofias penais defendidas por cada juiz. Desta forma, afirma Hogarth, as filosofias penais constituem-se como extensões lógicas das suas decisões. Questionamo-nos se o reverso não terá também sentido, assumindo-se as decisões como extensões lógicas das filosofias penais individuais.

Neste estudo clássico, Hogarth verificou também que as atitudes dos juízes face ao crime e ao criminoso revelam-se como elementos fortemente definidores dos seus estilos filosófico-legais, marcando, enquanto grupo, claras diferenças em contraposição com outros agentes ligados ao sistema de justiça como são os polícias, os trabalhadores sociais e os próprios estudantes de Direito⁵.

⁴ Hogarth, J. (1971). *Sentencing as a human process*. Canada: University of Toronto Press in association with the Centre of Criminology.

⁵ Resultados semelhantes foram encontrados num estudo realizado por Sacau (1998; Sacau & Sobral, 1998) no qual juízes de execução das penas apresentavam diferenças significativas nos objectivos socio-legais que perseguiam com as suas decisões em contraposição com os psicólogos penitenciários. Estas diferenças poderiam estar na base das discrepâncias

O estudo de Hogarth acrescenta ainda que estas atitudes e filosofias penais estão ligadas a estilos diferentes na ponderação da informação factual presente em cada caso. Estas atitudes ou objectivos preferenciais mostraram-se directamente relacionados, por sua vez, com o tipo e a severidade das sentenças atribuídas (Forst & Wellford, 1981; McFatter, 1978; Wheeler, Bonacich, Cramer & Zola, 1968, in Carroll, Perkowitz, Lurigio & Weaber, 1987⁶).

Palys e Divorski⁷, num estudo elaborado com duzentos e seis juizes canadianos, concluíram que a disparidade de sentenças emitidas por estes juizes perante casos simulados era explicada pela sua tendência a perseguir objectivos socio-legais diferentes na aplicação da lei. Aqueles juizes que priorizavam a reabilitação do delinquente emitiram sentenças mais lenientes em contraposição com aqueles juizes que defendiam uma finalidade mais dissuasora com os delinquentes e protectora da comunidade. Estes autores concluíram que os objectivos socio-legais perseguidos pelos juizes, principalmente a dicotomia punição/reabilitação (Carroll, Perkowitz, Lurigio & Weaber, 1987), conformam-se como os melhores preditores da sua maior ou menor severidade na tomada de decisões. Contudo, e contrariamente aos resultados obtidos por Hogarth (1971), estes autores verificaram que os juizes não apresentam uma atitude mais severa ou mais leniente de forma consistente, variando em função do tipo de delito. Só uma pequena percentagem destes mantinha essa tendência uniforme perante todos os casos expostos. Esta “temporalidade” da severidade foi encontrada também por Lovegrove⁸.

Num contexto mais próximo no espaço e no tempo, Sobral e Prieto⁹ elaboraram um estudo em 1994, no qual os juizes entrevistados, quando questionados sobre os factores que mais determinavam as suas decisões, deram mais importância aos objectivos sociolegais que perseguiam com a aplicação da lei do que aos elementos factuais diferenciadas que definiam cada caso concreto. A persecução de determinados objectivos sociolegais¹⁰ explicava 84,3% das diferenças entre os juizes.

observadas entre os dois grupos profissionais relativamente à autorização de saídas precárias dos reclusos na sequência de pareceres negativos por parte dos psicólogos: Sacau, A. (1998). *Racionalidad sociopolítica proyectada sobre lo jurídico: las decisiones de los jueces de vigilancia penitenciaria*. Tese de Doutoramento. Universidade de Santiago de Compostela. Sacau, A. & Sobral, J. (1998). Permisos de salida para presos: ¿una cuestión jurídica o ideológica? *Revista de Psicología Social*, 13(2), 291-295.

⁶ Carroll, J. S.; Perkowitz, W. T.; Lurigio, A. J. & Weaver, F. M. (1987). Sentencing goals, causal attributions, ideology and personality. *Journal of Personality and Social Psychology*, 1987, Vol. 52, No. 1, 107-118.

⁷ Palys, T. S. & Divorski, S. (1984). Judicial decision making: an examination of sentence disparity among Canadian Provincial Court Judges, em D. J. Müller, D. E. Blackman & A. J. Chapman (Eds) *Psychology and law*. Nova Iorque: Wiley.

⁸ Lovegrove, S. A. (1984). Structuring sentencing discretion, em D. J. Müller, D. E. Blackman & A. J. Chapman (Eds) *Psychology and law*. Nova Iorque: Wiley.

⁹ Sobral, J. & Prieto, A. (1994). *Psicología y Ley — un examen de las decisiones judiciales*. Madrid: Eudema.

¹⁰ A análise factorial extraiu três grandes tendências sociolegais: Orientação para o delinquente-Reabilitação, Protecção da vítima e Conservadurismo-Punição.

Para além destes aspectos, uma outra questão ganha aqui lugar, reforçando a pertinência da reflexão sobre este assunto, que é o facto de ainda haver pouca informação empírica em torno da extensão da sensibilidade e do conhecimento dos juizes acerca dos efeitos dos seus comportamentos extra-legais tanto ao nível da ponderação dos factos, quanto ao nível dos resultados de julgamentos, assim como nos padrões de sentenciar (Blanck, 1996)¹¹.

Não partilhamos da conclusão de Hogarth (1971, p. 365) quando afirma que “a justiça é algo muito pessoal” e não temos a ousadia de dar respostas ou soluções à questão do espaço da “experiência” e do extra-jurídico nas decisões judiciais mas atrevemo-nos a partilhar uma reflexão: O exercício da tão glorificada (por Stein, entre outros) liberdade individual dos juizes deveria ir acompanhado das correlativas doses de exigência de responsabilidade no exercício do “livre arbítrio”. Talvez seja este o único caminho para que tudo isso que pode ser definido como proto-decisional (Sobral & Prieto, 1994) da decisão — aquela parte da decisão que aparece já tomada mesmo antes do conhecimento dos dados concretos do caso a avaliar e que é de natureza ideológica, experiencial, subjectiva, axiológica —, só influencie até onde seria impossível evitar que assim fosse.

No meio desta reflexão, não deveremos deixar de assinalar que uma total uniformidade das sentenças, para além de impossível, não será desejável ao ser necessário ter em consideração o actor por trás e para além do acto, tal como, aliás, está contemplado no quadro penal que nos rege. Tal como refere Hogarth (1971), o objectivo de uma completa uniformidade iria implicar um retorno, neste caso retrocesso, “*a um Código Penal onde as sentenças seriam fixadas inteiramente pelos estatutos, independentemente das circunstâncias particulares de uma determinada ofensa perante o tribunal*” (Hogarth, 1971, p. 7). Contudo, importa também complementar que é de esperar da justiça penal uma “*igualdade de consideração*” (Hood, 1962, cit. in Hogarth, 1971, p. 7) das situações, isto é, a consideração e ponderação semelhante dos factores que se apresentem como semelhantes, em situações semelhantes apresentadas perante o tribunal, assim como a adopção de semelhantes fundamentações para a adopção de sentenças.

Se não for assim, a imagem mitológica da justiça representada como cega deveria ser transformada numa imagem olhando para outro lado corroborando o ditado que afirma que não há maior cego que aquele que não quer ver.

E é aqui que reside, para nós, um dos possíveis grandes cernes do ponto de encontro entre Psicologia e Direito, ou um sentido da Psicologia

¹¹ Este autor verificou que nos seus estudos emergiram quatro estilos distintivos de comportamento judicial: o judicial, o directivo, o confiante e o dócil: Blanck, P. D. (1996). The Appearance of Justice Revisited. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 86, 3, Spring, 887-927.

jurídica. Justamente no contributo que a Psicologia pode dar ao nível da compreensão do processo de decisão judicial, enquanto tomada de decisão difícil e com particularidades, desde o exterior da Lei, para poder manter uma leitura menos contaminada, mas entrando nela o suficiente para a conhecer e poder estudar, assimilando-a e não a ela se acomodando. Num sentido de permitir a passagem destes dados do “ponto cego” dos actores da decisão judicial para um outro onde, visíveis, possam ser consciencializados, discutidos, reflectidos, criando-se as condições para daqui decorrer uma melhor compreensão e controlo ao nível dos tais factores da experiência, da tal eventual disparidade e do dito extra-jurídico. Para que a (provavelmente) inevitável equação pessoal (Chazal, in Robert, 1998¹²) dos juízes não desvirtue nem a igualdade formal, nem a igualdade substancial (Robert, 1988).

¹² Robert, M. (1998). Da desigualdade na aplicação da pena, em Santos, M. & Ribeiro, M. (Eds). Medida concreta da pena. Disparidades. Lisboa: Vislis Editores.