

Caio Vinícius
Sousa e Souza

SINCERIDADE E PRAGMATISMO

O problema da linguagem
insincera em decisões judiciais

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

2.

Aspectos morfológicos

Na linguagem comum, de maneira geral, sinceridade possui conotação positiva, sendo compreendida intuitivamente como uma virtude desejável. No âmbito das relações humanas, não é difícil acreditar que poucos negariam o valor da franqueza como ideal, dada a necessidade de confiança na condução dos assuntos da civilidade. Afirma-se que, em uma sociedade que não dispense apreço especial à veracidade, todos os empreendimentos cooperativos seriam difíceis ou impossíveis (SHAPIRO, D., 1987, p. 737).

Com maior razão, no âmbito das relações públicas, é compreensível valorar a sinceridade como algo bom e com força suficiente para conformar o comportamento dos atores estatais. A sinceridade, nesse sentido, reivindica forte apelo para que os assuntos do estado se desenvolvam de forma substancialmente democrática, posicionando-se os cidadãos como

“parceiros no autogoverno coletivo”. Conforme ensina Richard Fallon Jr. (2017, p. 2281-2282):

Ao longo dos assuntos humanos, temos interesses gerais em não sermos enganados ou iludidos. Além disso, esses interesses assumem uma nitidez especial nos casos que envolvem o exercício potencialmente coercitivo do poder por autoridades governamentais, entre eles juízes. Como cidadãos democráticos, nos vemos como parceiros no autogoverno coletivo, com o direito de decidir por nós mesmos, mesmo coletivamente, como nosso país deve ser governado. Também vemos funcionários públicos, incluindo juízes, como nossos servidores, não como nossos governantes. Mentiras ou manipulações de funcionários políticos, incluindo juízes, depreciam nosso *status* de parceiros no autogoverno e nos tratam mais como sujeitos governados inexplicavelmente por outros¹.

Essa noção está de acordo com o princípio da publicidade erigido por John Rawls. Segundo o autor (1996, p. 68), é condição da autonomia a ideia de publicidade associada ao dever de os governos não omitirem ou enganarem deliberadamente os cidadãos sobre aspectos relacionados ao funcionamento das organizações políticas. Segue o autor (1996, p. 69) aduzindo

-
1. Tradução livre. No original: “Throughout human affairs, we have general interests in not being lied to or misled. These interests assume a special sharpness, moreover, in cases involving the potentially coercive exercise of power by governmental officials, judges among them. As democratic citizens, we view ourselves as partners in collective self-government, entitled to decide for ourselves, albeit collectively, how our country should be governed. We also view public officials, including judges, as our servants, not our rulers. Lies or manipulation by political officials, including judges, demean our status as partners in self-government and treat us more nearly as subjects, ruled unaccountably by others”.

que, apenas a partir do cumprimento do princípio da publicidade, torna-se possível se submeter ao escrutínio público as informações prestadas para se validar ou criticar a atuação dos agentes estatais.

No entanto, mesmo na seara das relações extralegis, a sinceridade nem sempre pode ser considerada uma virtude. Isso porque o excesso de sinceridade, em alguns contextos, pode gerar mais embaraço e desconforto do que geraria o comedimento e a discrição (FALLON JR., p. 2273).

Assim, também no âmbito das decisões judiciais, a sinceridade tem sido considerada um dever *a priori*, que, todavia, pode ser excepcionado. Com efeito, a ideia de que os juízes não devem conscientemente fazer afirmações que considerem falsas ou seriamente enganosas é fortemente criticada a despeito da sua natureza presuntiva (SCHWARTZMAN, 2008, p. 988).

O tema, então, revela o seguinte problema: os juízes se submetem a um dever geral de, em suas decisões oficiais, escolher e divulgar as razões que de fato acreditam serem suficientes para resolver o caso concreto? A legitimidade judicial depende da sinceridade dos juízes? Os juízes podem mentir? Se sim, quando isso é recomendado?

Antes de se entender se existe a referida obrigação geral de franqueza, deve-se compreender inicialmente o que ela significa. Para tanto, um alerta metodológico prefacial se impõe. Com base na distinção de John Rawls, apresentada por Fallon Jr. (2017, p. 2272), os significados de “conceito” e “concepções”, apesar dos elementos sobrepostos, são antagônicos. Segundo

Rawls, “conceito’ marca uma ideia ou valor amplamente compartilhado, cujo conteúdo preciso pode ser contestado”. “Concepções”, por sua vez, possui natureza plural, significando posicionamento ou teoria sobre a melhor forma de especificar o conteúdo do termo em disputa.

Dessa feita, delimitado o desafio, no tópico subsequente, nos ocuparemos em descrever concepções do que se entende por sinceridade judicial, contrapondo-as a fim de se chegar a um conjunto de elementos mínimos encontrados no estado da arte com algum grau de consenso. Os objetivos dessa parte, portanto, são predominantemente descritivos. Se exitosa a análise do argumento, será possível registrar o conceito de sinceridade judicial a ser considerado neste [livro](#).

2.1. O QUE É A SINCERIDADE JUDICIAL?

Dizer a verdade ou assegurar valor à veracidade do discurso são elementos comumente relacionados à ideia de sinceridade judicial. De acordo com Schwartzman (2008, p. 992), a sinceridade, nessa perspectiva, demandaria correspondência entre o que as pessoas dizem, o que pretendem dizer e o que acreditam. O autor (2008, p. 992) traduz as condições de correspondência e intencionalidade na seguinte fórmula inicial:

(S1) Se “A” diz que “p”, “A” é sincero, se e somente se, (i) “A” pretende dizer que “p” e (ii) “A” acredita que “p”.

A franqueza, por sua vez, segundo Schwartzman (2008, p. 994 e 995), teria a sinceridade como elemento constitutivo do seu conceito, somando-se à necessidade de divulgação:

Embora sinceridade e franqueza estejam relacionadas como virtudes do dizer a verdade, elas permanecem conceitualmente distintas. A diferença entre elas é mais ou menos a seguinte: uma pessoa pode fazer declarações sinceras, de acordo com (S1), sem necessariamente ser franca. Mesmo um orador que queira dizer o que ela diz *pode não dizer tudo* o que é necessário para ser considerado franco. Enquanto a sinceridade requer apenas uma correspondência intencional entre crença e expressão, a franqueza exige uma certa medida de divulgação pública afirmativa por parte do falante².

Scott Idleman (1995, p. 1317), a seu turno, aborda duas dimensões da sinceridade judicial: a subjetiva e a objetiva. Considerando a primeira perspectiva, concorda com Schwartzman sobre o valor da divulgação como elemento relevante para o princípio em análise. Segundo o autor, “uma definição subjetiva de sinceridade é aquela que calibra o significado de ‘divulgação completa de informações relevantes’ para o conhecimento real do juiz”³. A acepção é subjetiva porque é o juiz quem avalia em seu íntimo quais informações considera relevantes para solução do caso.

-
2. Tradução livre. No original: “Although sincerity and candor are related as virtues of truth-telling, they remain conceptually distinct. The difference between them is roughly this: a person might make sincere statements, according to (S1), without necessarily being candid. Even a speaker who means what she says may not say everything necessary for her to be considered candid. Whereas sincerity merely requires intentional correspondence between belief and utterance, candor demands a certain measure of affirmative public disclosure on the part of the speaker”.
 3. Tradução livre. No original: “A subjective definition of candor is one that calibrates the meaning of “full disclosure of relevant information” to the actual cognizance of the judge”.

3.

Aspectos explicativos

Delimitados o conceito, a natureza, as linhas de raciocínio e o escopo da sinceridade judicial, é possível abordar as justificativas para seu uso e as objeções para sua prevenção. Partindo-se de premissas ontológicas – por que os juízes são sinceros e por que mentem –, será construído um ponto de partida teórico a partir do qual será possível estabelecer uma proposição deontológica, para responder ao seguinte questionamento: no processo de tomada de decisão judicial, os juízes *devem ser sempre* compelidos por uma obrigação geral de sinceridade ou se podem, por outro lado, renunciar esse apelo presuntivo, reivindicando lógica prudencialista.

Os argumentos articulados em favor da sinceridade judicial sustentam que ela promove um estado de coisas valioso para o direito e para as instituições, pois (i) restringe o exercício do poder judicial, diminuindo a magnitude da sua

discricionariedade e tornando os juízes mais responsáveis perante o direito; (ii) melhora a qualidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, do processo legislativo que com elas dialoga; (iii) reforça a legitimidade política e institucional dos tribunais, promovendo confiança e reduzindo o cinismo público; (iv) manifesta respeito aos cidadãos como seres racionais, justificando-se adequadamente o poder do Estado sobre suas liberdades essenciais; (v) fornece melhor orientação aos tribunais e jurisdicionados, atendendo uma necessidade de previsibilidade e segurança jurídica; (vi) funciona como mecanismo de catarse ou libertação humana dos juízes, especialmente, na forma de votos divergentes; (vii) incentiva os juízes a contribuir para o desenvolvimento do direito no longo prazo; (viii) satisfaz uma exigência moral que cabe a todas as pessoas de não enganar o outro.

Por outro lado, a possibilidade de abandono dos deveres da sinceridade judicial é defendida com base em raciocínio pragmatista, de acordo com o qual o sacrifício da franqueza serve para (i) manter a legitimidade aparente do judiciário; (ii) obter conformidade pública em julgamentos controversos; (iii) garantir resultados preferenciais por meio de ação estratégica em órgãos judiciais colegiados; (iv) promover clareza, coerência e continuidade da doutrina jurídica; (v) evitar conseqüências destrutivas do reconhecimento aberto de “escolhas trágicas” entre valores morais conflitantes; (vi) preservar a colegialidade e civilidade nos tribunais; (vii) impedir a proliferação desnecessária de votos minoritários isolados; (viii) preservar a gramática específica do direito. A esses argumentos, Scott Idleman (1995, p. 1382) acresce outras restrições de ordem prática: (ix) em áreas dinâmicas do direito, os juízes,

em geral, possuem informações incompletas e não compreendem totalmente as consequências futuras de sua decisão, o que lhes impele a graduar para menos o nível de sinceridade; (x) a sinceridade pode ser inútil, caso se considere o desinteresse do público pelos assuntos do direito.

Com o objetivo de alcançar clareza suficiente, dedicaremos seções próprias para as teses de defesa da sinceridade judicial e para as suas objeções.

3.1. POR QUE OS JUÍZES SÃO SINCEROS?

3.1.1. Limitação do poder judicial e *accountability*¹

Um dos argumentos mais comuns articulados em favor da sinceridade é que ela é capaz de limitar o poder dos juízes ao restringir a sua discricionariedade. David Shapiro (1987, p. 737), nesse sentido, comenta que:

-
1. De acordo com Idleman (1995, p. 1345, nota de rodapé n.º 115), alguns estudiosos igualam *accountability* com limitação de poder, ou incluem esta última no escopo da primeira. Todavia, pontua Idleman, embora os objetivos de ambos estejam claramente relacionados, é possível distingui-los. O valor central da *accountability*, conforme compreendido no texto, diz respeito “ao ideal democrático de que todas as instituições governamentais sejam responsáveis perante o povo ou seus representantes, ou pelo menos que o povo acredite que suas instituições sejam, em certa medida, responsáveis”. Por outro lado, o núcleo semântico da limitação de poder “relaciona-se aos ideais políticos gêmeos de governo limitado e governo difuso (geralmente chamado de separação de poderes) como um meio de prevenir a tirania ou o domínio do governo por apenas um tipo de autoridade”. Assim, a despeito de a *accountability* servir para restrição do poder governamental, os dois conceitos não são necessariamente sinônimos.

A exigência de que os juízes fundamentem suas decisões – motivos de decisão que possam ser debatidos, atacados e defendidos – desempenha uma função vital para restringir o exercício do poder judicial. Na ausência de uma obrigação de sinceridade, essa restrição seria bastante diluída, uma vez que juízes que se considerariam livres para distorcer ou expor incorretamente as razões de sua atividade para evitar as sanções da crítica e a condenação que a divulgação honesta de sua motivação poderia acarretar. Em certo sentido, a sinceridade é a condição *sine qua non* de todas as outras restrições ao abuso do poder judicial, pois as limitações impostas pelas constituições, estatutos e precedentes contam pouco, se os juízes se sentirem livres para acreditar em uma coisa e dizer sobre ela outra coisa²

Como os juízes, em geral, estão isentos de controle direto do público, afirma-se que a regulação do poder judicial deve ser operada por outros meios, como, por exemplo, pressões institucionais ou restrições individuais dos próprios magistrados. Dessa forma, defende-se que a sinceridade judicial funciona como instrumento de limitação do poder judicial de

-
2. Tradução livre. No original: “[...] the practice of candor is more congenial to the restrained than to the activist. A requirement that judges give reasons for their decisions - grounds of decision that can be debated, attacked, and defended - serves a vital function in constraining the judiciary's exercise of power.³⁰ In the absence of an obligation of candor, this constraint would be greatly diluted, since judges who regard themselves as free to distort or misstate the reasons for their actions can avoid the sanctions of criticism and condemnation that honest disclosure of their motivation may entail.³¹ In a sense, candor is the *sine qua non* of all other restraints on abuse of judicial power, for the limitations imposed by constitutions, statutes, and precedents count for little if judges feel free to believe one thing about them and to say another”.

duas maneiras: (i) primeiro, permite que os cidadãos e os legisladores avaliem e critiquem a atividade judicial de forma mais efetiva; (ii) segundo, potencializa a consciência dos próprios juízes, que passarão a perceber uma maior obrigação de fornecer razões sólidas e fundamentadas para suas decisões, em uma postura de autocontenção judicial (IDLEMAN, 1995, p. 1346-1347).

Aduzir que a sujeição dos juízes ao escrutínio da opinião pública e ao diálogo institucional, a partir da divulgação de razões de decidir sinceras, significa afirmar, por consequência, que a atividade judicial será exercida em um contexto de maior *accountability*. É que a responsabilidade dos juízes, por não derivar do julgamento eleitoral, deve vincular-se ao seu dever de fundamentação pública, que é substantivamente elevado quando se exige uma obrigação de sinceridade judicial suficiente para dar ao povo uma interpretação constitucional honesta.

Nessa linha, Paul Gewirtz (1983, p. 667-668), comparando a gravidade da desonestidade de poetas e juízes em relação à interpretação de trabalhos anteriores, assevera que:

Quando os poetas interpretam mal ou distorcem o passado como parte do processo criativo, a condenação moral é inadequada, sem plágio absoluto. O resultado poético é geralmente auto-justificativo; podemos ser iluminados por compreender o processo que produziu o resultado, mas a qualidade do resultado geralmente ratifica o processo. O direito é diferente; processo conta muito. O direito envolve poder, e o poder é justificado e limitado pelo processo. Franqueza e

sinceridade fazem parte do processo distinto que legitima o poder judicial – um processo de tomada de decisão e discurso cujos requisitos incluem a redação de opiniões e apresentação de justificativas fundamentadas. Essas restrições ajudam a promover a responsabilidade pública dos juízes e a estimular a reflexão judicial e o autocontrole. Sem a exigência de franqueza, as restrições não teriam sentido³.

Idleman (1995, p. 1337-1338) pontua, assim, que o argumento da sinceridade judicial é sedutor e apela para um nível intuitivo, pois se baseia em “nossas concepções mais básicas de governo justo e honesto, evocando sentimentos de idealismo político que remontam ao próprio fundamento de nossa nação e à concepção de nossa Constituição”.

Em relação à segunda justificativa, Posner (2004, p. 155) defendeu que, quanto maior for o nível de autoconsciência do juiz sobre suas técnicas argumentativas e interpretativas, maior será o seu grau de responsabilidade e de discricão. O autor constrói seu argumento a partir das seguintes indagações:

3. Tradução livre. No original: “When poets misread or distort the past as part of the creative process, moral condemnation is inappropriate, absent outright plagiarism. The poetic result is generally self-justifying; we may be enlightened by understanding the process that produced the result, but the quality of the result usually ratifies the process. Law is different; process counts a great deal. Law involves power, and power is justified and limited by process. Candor and sincerity are part of the distinctive process that legitimates judicial power—a process of decision-making and discourse whose requirements include writing opinions and giving reasoned justifications. 227 These constraints help to promote the public accountability of judges and to stimulate judicial reflection and self-control. Without a requirement of candor, the constraints would be meaningless”.

Não seria melhor, porém, que nossos juízes fossem pragmáticos inconscientes? Não seria melhor assegurar ao público que os juízes estão realmente fazendo o direito como o público entende o direito, ou seja, aplicando normas preexistentes de forma “objetiva” e inoculando juízes contra ficar bêbado com uma sensação de poder? Contra o primeiro ponto, no entanto, deve ser pesado, primeiro, a conveniência em uma democracia de fazer o **governo transparente** para as pessoas e, em segundo lugar, o fato de as pessoas terem uma compreensão mais realista do judiciário do que se presume. Eles se preocupam apaixonadamente com os resultados e, portanto, por meio de seus representantes bloquearam Robert Bork da nomeação para o Supremo Tribunal em 1987, embora ele fosse um defensor fervoroso do formalismo judicial. Quanto a saber se os juízes que tomam consciência do caráter pragmático da sua função provavelmente ficarão intoxicados com a sensação de seu poder, as pessoas geralmente se saem melhor se souberem o que estão fazendo do que se estiverem agindo em transe. **Os juízes têm menos probabilidade de serem enlouquecidos pelo poder se eles souberem que estão exercendo discricção do que se eles pensarem que são apenas uma correia de transmissão para decisões tomadas em outros lugares e, portanto, não possuem nenhuma responsabilidade pelas consequências adversas dessas decisões⁴.** (grifos nossos)

-
4. Tradução livre. No original: “Might it not be better, though, for our judges to be unconscious pragmatists? Might it not be better both in reassuring the public that judges are really doing law as the public understands law, that is, applying preexisting norms in an “objective” fashion, and in inoculating judges against becoming drunk with a sense of power? Against the first point, however, must be weighed, first, the desirability in a democracy of

É importante esclarecer que Posner, no excerto acima, não está propriamente defendendo a sinceridade judicial enquanto instrumento capaz de limitar a discricionariedade judicial, mas sim uma autoconsciência judicial⁵ sobre o papel pragmático que os juízes devem desempenhar.

No entanto, é possível afirmar que o autoconhecimento dos juízes sobre o seu raciocínio pragmatista, quando efetivamente exercido, é elemento necessário para que a franqueza judicial seja cumprida. Ora, um juiz que, embora seja pragmático, não se reconheça explícita e oficialmente dessa forma, em razão de não ter consciência sobre o pragmatismo que orienta a sua atividade, certamente divulgará decisões insinceras que remontem a fórmulas abstratas da lei e outros padrões exigidos pelo estado de direito. A insinceridade será inconsciente, porém, ainda sim, será insinceridade.

A partir dessa leitura, portanto, parece plausível concluir que isso geraria pelo menos dois problemas: (i) o inconveniente

making government transparent to the people and, second, the fact that people have a more realistic understanding of the judiciary than the point assumes. They care passionately about results and so through their representatives blocked Robert Bork from appointment to the Supreme Court in 1987 even though he was a fervent advocate of judicial formalism. As for whether judges who become aware of the pragmatic character of their function are likely to become intoxicated with a sense of their power, people usually do better if they know what they are doing than if they are acting in a trance. Judges are less rather than more likely to be power crazed if they know they are exercising discretion than if they think that they are just a transmission belt for decisions made elsewhere and so bear no responsibility for the untoward consequences of those decisions”.

5. Para entender mais sobre a relação entre sinceridade e a psicologia do juiz, ver ALTMAN, Scott. **Beyond Candor**, Michigan Law Review, vol, 89, iss. 02. P. 296-351, 1990.

de as pessoas serem privadas de um governo transparente; (ii) o estado de irresponsabilidade judicial e de magnitude do poder discricionário dos juízes.

Nesse último sentido, Posner (1983, p. 20-21), em outro lugar, já havia pontuado que a sinceridade é mais compatível com a autocontenção judicial do que com o ativismo:

[...] a prática da franqueza é mais compatível com os contidos do que com o ativista. A sinceridade exige a admissão de que as preferências ou valores da política pessoal do juiz desempenham um papel no processo judicial. Essa admissão promove o autocontrole judicial em seu sentido de separação de poderes, expondo os juízes como pessoas exercendo poder político, ao invés de registrar e transmitir passivamente (e talvez amplificar um pouco) as decisões tomadas em outras partes do governo⁶.

3.1.2. Qualidade das decisões judiciais e do processo legislativo

Além do incremento de responsabilidade dos juízes e restrição do seu poder discricionário, argumenta-se também em favor da sinceridade judicial que ela pode servir para

6. Tradução livre. No original: “[...] the practice of candor is more congenial to the restrained than to the activist. Candor requires admitting that the judge’s personal policy preferences or values play a role in the judicial process. This admission promotes judicial self-restraint in its separation of powers sense by exposing judges as people exercising political power rather than passively recording and transmitting (and maybe amplifying just a bit) decisions made elsewhere in the government”.