



ANO IV - Nº.6 - 2003

ARTIGOS

RUI PINTO DUARTE, "CONVICÇÃO-CRENÇA" NAS DECISÕES JUDICIAIS

CARLOS ALBERTO POIARES, VIOLENTAMENTE SOBREVIVENDO

ANABELA MIRANDA RODRIGUES, CRIMINALIDADE ORGANIZADA

– QUE POLÍTICA CRIMINAL?

MARTHE TORRE-SCHAUB, LA PROTECTION JURIDIQUE DU CLIMAT

JORN OYREHAGEN SUNDE, LAW MAKING IN THE MAKING

LÍDIA RIBAS, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

DOS ACTOS NORMATIVOS

ESTADO DE QUESTÃO

MICHAEL STOLLEIS, CONCEPTS, MODELS AND TRADITIONS

OF A COMPARATIVE EUROPEAN CONSTITUTIONAL HISTORY

ANTÓNIO MANUEL HESPAÑA, MARGINALIA SOBRE HISTÓRIA DO PODER

VIDA ACADÉMICA

ABERTURA SOLENE DA FACULDADE DE DIREITO (2002). INTERVENÇÕES

DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA E DO CORPO ACADÉMICO

COMENTÁRIOS · RECENSÕES



ALMEDINA

ALGUMAS NOTAS ACERCA DO PAPEL DA “CONVICÇÃO-CRENÇA” NAS DECISÕES JUDICIAIS

RUI PINTO DUARTE*

ABSTRACT: *Lawyers are conscious that the basis for judicial decisions on “factual issues” (quaestiones facti) are beliefs and that such basis is liable to errors. Lawyers take such fact not only as unavoidable but also as legitimate.*

Although one can ascribe to beliefs a similar role in the formation of decisions on “legal issues” (quaestiones iuris) – whereas such decisions can neither be scientifically validated nor be totally controlled by Logic – the awareness of such role of beliefs is less clear among lawyers. However, many lawyers involved in theory are sharply aware of such role of beliefs; as proof thereof one can point out the reception in legal literature of philosophical theories about pre-understanding (Vorverständnis).

Collective beliefs perform a relevant role in the determination of the individual beliefs of judges – not only through the social mechanisms but also through legal rules that make appeal (either directly or indirectly) to collective beliefs.

One of the consequences of the previous remarks on the role of beliefs in judicial decisions is to reveal that the legitimacy of judicial decisions is essentially political (such legitimacy arising not only from their contents but also and mainly from the respect of legal procedure in their making).

NOTA PRÉVIA

Em Julho de 2002, participei num seminário pluri-disciplinar intitulado *The Process of Belief* (coordenado por Fernando Gil, Pierre Livet e João Pina Cabral). As *notas* que se seguem correspondem, no essencial, à comunicação que apresentei a esse seminário. Ao publicá-las numa revista jurídica, devo enfatizar que elas foram *pensadas como dirigidas a não juristas*. Por outro lado, devo também sublinhar que, perante a imensidão da bibliografia convocável, decidi só fazer referências específicas a textos em português. Por último, cabe-me referir que a presente versão beneficiou dos comentários que os meus Colegas de Faculdade António Manuel Hespanha, Teresa Pizarro Belez, Armando Marques Guedes e Maria Lúcia Amaral tiveram a amabilidade de fazer sobre uma versão anterior.

* Professor da Faculdade de Direito da UNL.

1. AS VÁRIAS OPERAÇÕES EM QUE SE ANALISA A APLICAÇÃO DO DIREITO E A PRESENÇA NELAS DAS “CONVICÇÕES-CRENÇAS”¹ DO APLICADOR

Para decidir (se não em todos, pelo menos, na esmagadora maioria dos litígios), o juiz² tem de:

- fixar os factos
- determinar as normas jurídicas aplicáveis (fixando o seu sentido)
- relacionar essas normas e factos.

As três operações não são separáveis: a busca dos factos é orientada pelas normas potencialmente aplicáveis³, muitas vezes o sentido das normas não é concretizável a não ser por relação a certos factos⁴ e a decisão em si mesma é obviamente uma relação entre factos e Direito.

No entanto, por razões de índole vária, ligadas, nomeadamente, à separação de funções dos vários julgadores e ao regime dos recursos, os juristas distinguem as chamadas “questões de facto” das chamadas “questões de Direito”⁵. Isso não impede que muitos juristas, pelo menos muitos “juristas teóricos”, tenham consciência da impossibilidade de traçar uma linha rígida entre a “matéria de facto” e a “matéria de Direito”.

Quer os juízos em “matéria de facto” quer os juízos em “matéria de Direito” têm na sua base (entre outros elementos) convicções-crenças individuais (dos indivíduos que julgam). Que isso é assim é notório nos juízos sobre factos, mas também é verdade nos juízos sobre Direito. A interpretação das normas jurídicas é influenciada pelas convicções-crenças (pense-se na atribuição de sentidos aos conceitos de “bons costumes” e “bom pai de família”).

Por outro lado, os juízos dos julgadores são influenciados pelas convicções-crenças colectivas. Vamos reflectir primeiro sobre o papel no nosso assunto das “convicções-crenças” individuais e depois sobre o das colectivas.

¹ À falta de melhor, decidi traduzir *belief* por “convicção-crença” – expressão que doravante dou por adquirida.

² No texto, toma-se quase sempre o juiz como paradigma, mas o que se escreve vale para outros decisores jurídicos.

³ Um exemplo claro: ao investigar os factos relativos a certo crime, o investigador é orientado pelos elementos do tipo criminal que julga ter ocorrido.

⁴ Pense-se em conceitos como “ofensivo dos bons costumes” e “diligência de um bom pai de família”.

⁵ Por vezes as questões de facto são julgadas por um tribunal colectivo e a aplicação do Direito aos factos é feita por um só juiz. Normalmente, como se dirá no texto adiante, a lei é mais generosa a admitir recurso sobre questões de Direito do que sobre questões de facto.

Como é nos juízos “em matéria de facto” que o papel das convicções-crenças é mais flagrante, dedicaremos a estes mais atenção.

2. OS JUÍZOS EM “MATÉRIA DE FACTO” E AS “CONVICÇÕES-CRENÇAS”

Para fixar os factos, o juiz tem de fixar o que considera provado.

Esse juízo implica a avaliação de prova: um facto é dado como tendo existido quando é considerado provado. O que é a prova, para os juristas?⁶

O Código Civil português contém um artigo (o art. 341) que enuncia que “as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”⁷. No entanto, esta proposição pouco ajuda: afirma (de modo, aliás, discutível) qual a função da prova, mas não diz em que é que ela consiste. Para responder à pergunta, é mais fácil começar por dizer o que a prova não é.

A prova não é a validação científico-experimental⁸. Primeiro, porque em relação a muitos factos não é possível tal tipo de validação. Segundo, porque mesmo em relação aos factos cuja ocorrência é susceptível de debate científico o juízo jurídico é distinto desse juízo científico⁹.

A prova jurídica também não é a validação lógica. Por um lado, o que se relaciona não são (ou podem não ser) proposições e, por outro (e sobretudo), o critério do relacionamento não é de natureza lógica.

Pela positiva, pode ser afirmado que o juízo jurídico sobre a prova é um juízo de convicção-crença. A concluir o mais elaborado estudo português sobre o assunto, João de Castro Mendes afirma que “prova é o pressuposto da

⁶ Fernando Gil, no livro *Provas* (Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1986, págs. 35 e segs.), dá o olhar de um filósofo sobre a construção jurídica da prova. Quanto à sua própria abordagem da prova, cremos que um bom resumo do seu pensamento está a págs. 60 e 61 de *Mediações* (Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2001).

⁷ O Código Civil português foi publicado em 1966. Contém um capítulo de 56 artigos (do 341 ao 396) sobre “aspectos substantivos” (isto é, não processuais) da prova, no campo do Direito Privado. Tal capítulo teve na sua base um estudo de Adriano Paes da Silva Vaz Serra intitulado *Provas (Direito Probatório Material)* publicado nos n.ºs 110 a 112 do Boletim do Ministério da Justiça (1961 e 1962).

⁸ Para uma comparação sintética da investigação científica com a actividade do juiz, v. Cristina Libano Monteiro, *Perigosidade de Inimputáveis e “In Dubio pro Reo”*, Coimbra Editora, 1997 (n.º 24 da colecção *Studia Iuridica* do BFUC), págs. 13 e segs.. Para uma análise profunda (e de leitura difícil...) da relação entre o juízo jurisdicional e o juízo científico, v. José Manuel Aroso Linhares, *Regras de Experiência e Liberdade Objectiva do Juízo de Prova*, in Boletim da FDUC, suplemento XXXI, 1988, págs. 1 e segs..

⁹ Quando a prova é pericial, os juristas, para enfatizarem a liberdade do julgador perante ela, costumam dizer que “o juiz é o perito dos peritos”.

decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão¹⁰. Num dos manuais universitários mais usados em Portugal para o estudo do processo civil escreve-se: “A prova, no processo, pode assim definir-se como a actividade tendente a criar no espírito do juiz a *convicção (certeza subjectiva)* da realidade de um facto”¹¹.

De resto, tal uso da palavra “convicção” para descrever ou qualificar a base do juízo jurisdicional é tradicional e vulgar, quer na linguagem dos juristas, quer na lei. Os principais códigos portugueses usam essa palavra, para isso mesmo. Citem-se os principais preceitos:

- “... a decisão proferida declarará quais os factos que o tribunal julga provados e quais os que não julga provados, analisando criticamente as provas e especificando os fundamentos que foram decisivos para a convicção do julgador” (art. 653, n.º 2, do Código de Processo Civil)
- “o tribunal... aprecia livremente as provas, decidindo... segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto” (art. 655, n.º 1, do Código de Processo Civil)
- Não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência” (art. 355, n.º 1, do Código de Processo Penal)
- “Cada juiz e cada jurado enunciam as razões da sua opinião, indicando, sempre que possível, os meios de prova que serviram para formar a sua convicção, e votam sobre cada uma das questões, independentemente do sentido do voto que tenham expresso sobre outras. Não é admissível a abstenção” (art. 365, n.º 3, do Código de Processo Penal).

3. A REVISÃO DOS JUÍZOS EM “MATÉRIA DE FACTO”

As decisões judiciais são, por via de regra, revisíveis, no âmbito de recursos para outros tribunais. Em matéria criminal a possibilidade de recurso (ou seja, de “duplo grau de jurisdição”) é mesmo tida como uma garantia fundamental¹².

¹⁰ *O Conceito de Prova em Processo Civil*, Lisboa, 1961, pág. 741.

¹¹ Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra Editora, 1985, pág. 436 (sublinhados no original).

¹² O art. 32 da Constituição da República Portuguesa, cuja epígrafe é “garantias de processo criminal”, estabelece no seu n.º 1: “O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso”.

A lei, por via de regra, é mais generosa a admitir recurso sobre questões de Direito do que sobre questões de facto.

Em Portugal, em questões penais, nos processos relativos a crimes menos graves, só há possibilidade de recurso em “matéria de facto” se os interessados solicitarem “a documentação dos actos de audiência” (arts. 428, n.º 2, 389, n.º 2 e 391-E, n.º 2, do Código de Processo Penal)¹³.

No que diz respeito ao processo civil, a lei portuguesa restringe sempre fortemente a possibilidade de alteração, no âmbito de recursos, da decisão do tribunal de primeira instância em “matéria de facto”, mesmo nos processos mais relevantes. As regras principais constam do art. 712 do Código de Processo Civil, que a seguir se transcreve (com supressões):

“1 – A decisão do tribunal de 1ª instância sobre a matéria de facto pode ser alterada pela Relação:

a) Se do processo constarem todos os elementos de prova que serviram de base à decisão sobre os pontos da matéria de facto em causa (...)

b) Se os elementos fornecidos pelo processo impuserem decisão diversa, insusceptível de ser destruída por quaisquer outras provas;

*c) Se o recorrente apresentar documento novo superveniente e que, por si só, seja suficiente para destruir a prova em que a decisão assentou.
2 – (...)*

3 – A Relação pode determinar a renovação dos meios de prova produzidos em 1ª instância que se mostrem absolutamente indispensáveis ao apuramento da verdade, quanto à matéria de facto impugnada (...)

4 – Se não constarem do processo todos os elementos probatórios que, nos termos da alínea a) do n.º 1, permitam a reapreciação da matéria de facto, pode a Relação anular, mesmo oficiosamente, a decisão proferida na 1ª instância, quando repete deficiente, obscura ou contraditória a decisão sobre pontos determinados da matéria de facto ou quando considere indispensável a ampliação desta; a repetição do julgamento não abrange a parte da decisão que não esteja viciada. (...)

5 – (...)”

Mesmo após as decisões se tornarem “definitivas” (por não haver recurso ou por terem sido proferidas em recurso para a última instância), o sistema jurídico admite, em certos casos-limite, a sua revisão.

Em matéria criminal, determina o n.º 1 do art. 449 do Código de Processo Penal português:

¹³ Prevendo, no entanto, a lei hipóteses-limite em que há sempre recurso em “matéria de facto” (no art. 410, n.º 2, do Código em causa).

“A revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando:

a) Uma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão;

b) Uma outra sentença transitada em julgado tiver dado como provado crime cometido por juiz ou jurado e relacionado com o exercício da sua função no processo;

c) Os factos que serviram de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação;

d) Se descobrirem novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação”.

É ainda de frisar que a Constituição da República Portuguesa, num artigo cuja epígrafe é “aplicação da lei criminal”, determina que “os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos” (art. 29, n.º 6)¹⁴. Em concretização de tal preceito, o Código de Processo Penal estabelece que se, em processo de revisão de sentença penal condenatória, se concluir pela absolvição de pessoa antes condenada, esta tem direito a ser indemnizada pelos danos sofridos (art. 462)¹⁵.

No processo civil português, rege o art. 771 do respectivo código, que transcrevemos parcialmente:

“A decisão transitada em julgado só pode ser objecto de revisão nos seguintes casos:

a) Quando se mostre, por sentença criminal passada em julgado, que foi proferida por prevaricação, concussão, peita, suborno ou corrupção do juiz (...)

b) Quando se apresente sentença já transitada que tenha verificado a falsidade de documento ou acto judicial, de depoimento ou das declarações de peritos, que possam em qualquer dos casos ter determinado a decisão a rever (...)

¹⁴ Noutra disposição (cuja previsão é, por um lado, mais ampla, e por outro lado, mais restrita), a Constituição diz também que “a privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer” (art. 27, n.º 5).

¹⁵ De resto, a própria prisão preventiva ilegal ou devida a “erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto” dá lugar também a um direito indemnizatório (art. 225 do Código de Processo Penal).

c) Quando se apresente documento de que a parte não tivesse conhecimento, ou de que não tivesse podido fazer uso, no processo em que foi proferida a decisão a rever e que, por si só, seja suficiente para modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida;

d) Quando tenha sido declarada nula ou anulada, por sentença já transitada, a confissão, desistência ou transacção em que a decisão se fundasse;

e) (...)

f) Quando, tendo corrido a acção e a execução à revelia, por falta absoluta de intervenção do réu, se mostre que faltou a sua citação ou é nula a citação feita;

g) Quando seja contrária a outra que constitua caso julgado para as partes, formado anteriormente."

A revisibilidade das decisões judiciais é a *prova(!)* de que as mesmas não são tidas, pelo Direito, como necessariamente correctas. No que especificamente respeita aos juízos em "matéria de facto" essa revisibilidade é a *prova(!)* de que o Direito "está consciente" da falibilidade das "convicções-crenças".

4. A POSSIBILIDADE DE GRAUS NA CONVICÇÃO-CRENÇA DOS JUÍZOS EM "MATÉRIA DE FACTO"

Por outro lado, os próprios princípios e normas legais demonstram que o grau de convicção-crença acerca da ocorrência dos factos necessário para uma decisão judicial pode variar.

No campo criminal, exemplo disso é o princípio "*in dubio pro reo*"¹⁶. Ao afirmar-se que em caso de dúvida os factos desfavoráveis ao acusado criminalmente se devem ter por não provados, está-se necessariamente a afirmar que os juízos sobre a ocorrência dos factos são susceptíveis de maior ou menor certeza.

Na área cível, é exemplo o regime dos procedimentos cautelares. A prova que aí é exigida é qualificada pela lei portuguesa como "sumária" (art. 384, n.º 1, do Código de Processo Civil). Um dos mais representativos cultores actuais do Direito Processual Civil, em Portugal, escreve o seguinte: "... as

¹⁶ Sobre o princípio em causa, v. Cristina Líbano Monteiro, ob. cit., *passim*, e Miguel Nuno Pedrosa Machado, *O Princípio "In Dubio pro Reo" e o Novo Código de Processo Penal*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 49, tomo II, Lisboa, Setembro 1989, em especial págs. 594 e segs..

providências cautelares implicam necessariamente uma apreciação sumária (*summaria cognitio*) da situação através de um procedimento simplificado e rápido. (...) Uma das consequências da *summaria cognitio* é o grau de prova que é suficiente para a demonstração da situação jurídica que se pretende acautelar ou tutelar provisoriamente. Uma prova *stricto sensu* (ou seja, a convicção do tribunal sobre a realidade dessa situação) não seria compatível com a celeridade própria das providências cautelares e, além disso, repetiria a actividade e a apreciação que, por melhor se coadunarem com a composição definitiva da acção principal, devem estar reservadas para esta última¹⁷.

5. A FUNDAMENTAÇÃO DOS JUÍZOS

O art. 205, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa determina que “as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei”¹⁸.

J. J. Gomes Canotilho sintetiza nas seguintes três as razões da exigência de fundamentação das sentenças: “(1) controlo da administração da justiça; (2) exclusão do carácter voluntarístico e subjectivo do exercício da actividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas”¹⁹.

Como se viu, os Códigos de Processo Civil e de Processo Penal, no que diz respeito aos juízos em “matéria de facto”, mandam “analisar criticamente as provas” e “especificar os fundamentos que foram decisivos para a convicção do julgador” (o primeiro) e indicar, “sempre que possível, os meios de prova que serviram para formar a (...) convicção” (o segundo).

¹⁷ Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., Lisboa, Lex, 1997, págs. 230 e 233. Frise-se, no entanto, que os entendimentos dos processualistas portugueses acerca da questão não são totalmente iguais – como resulta, por exemplo, do que se escreve a págs. 35 e segs. do vol. 2.º *Código de Processo Civil Anotado* de José Lebre de Freitas (com a colaboração de A. Montalvão Machado e Rui Pinto, Coimbra Editora, 2001).

¹⁸ Preceito este que é reafirmado em várias leis infra-constitucionais.

¹⁹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Almedina, 2000, pág. 651.

6. O PRINCÍPIO DA LIVRE APRECIÇÃO DAS PROVAS

Os juristas afirmam (nomeadamente com base nos preceitos legais citados no n.º 2 deste texto) a existência de um princípio de livre apreciação das provas. Tal princípio abrange quer a admissibilidade das provas quer o seu valor probatório.

Essa liberdade tem como limites especiais certas regras que proíbem certas provas e lhes fixam um valor determinado e como limite geral o dever de fundamentação atrás referido.

7. O OBJECTO DOS JUÍZOS EM “MATÉRIA DE FACTO”

Na esmagadora maioria dos casos, a fixação dos factos pelo juiz não é feita a partir de observação directa, mas com base na observação realizada e transmitida oralmente por outras pessoas (partes, testemunhas, peritos, etc.) ou com base na análise de documentos que contêm narrações (também pode haver recurso a documentos que não encerram narrações – mas essa hipótese não é a mais frequente). Ao juiz não se coloca, pois, apenas um problema consistente nos limites dos seus sentidos e da sua elaboração intelectual dos dados por eles recolhidos, mas também um problema consistente na avaliação das observações que lhe são transmitidas. Na medida em que essas observações são narrações, o juiz, mais do que sobre factos²⁰, pronuncia-se sobre narrações – sobre palavras, não sobre coisas. Alguns “juristas teóricos” têm perfeita noção disso. O já citado João de Castro Mendes escreveu: “verdadeiro objecto da prova não é a realidade, mas uma representação intelectual apresentada como correspondendo-lhe: atomisticamente, uma *afirmação*; globalmente, uma *versão*”²¹.

No entanto, quase todos os “juristas práticos” e muitos “juristas teóricos” têm uma consciência limitada do papel da linguagem nos juízos dos tribunais acerca dos factos. Isso apesar de muitos autores terem abordado o tema das relações entre o jurídico e a linguagem e de haver mesmo quem sustente que o processo de decisão jurídica é uma comparação de narrações: entre a construída a partir do processo e a subjacente à norma aplicável²².

²⁰ Há quem lhes chame “factos brutos”.

²¹ Ob. cit., pág. 531 (itálicos no original).

²² Entre esses, merece destaque Bernard S. Jackson. Na literatura jurídica portuguesa, é de referir que a monumental (e difícil...) obra de José Manuel Aroso Linhares intitulada *Entre a Reescrita Pós-Moderna da Modernidade e o Tratamento Narrativo da Diferença ou a Prova como um Exercício de “Passagem” nos Limites da Juridicidade* (Coimbra Editora, 2001) contém muitas

8. A NATUREZA DA VERDADE PROCURADA NOS PROCESSOS JUDICIAIS

Os juristas têm, no entanto, generalizadamente, consciência de que a “verdade” estabelecida nos processos judiciais não é a verdade naturalística. A verdade que se visa apurar nos processos não é a verdade ontológica, mas sim uma verdade prática, processualmente válida²³.

Um fundamento para o que se afirma está na inadmissibilidade de certos tipos de provas. Como exemplos, refira-se que, em processo penal, são, em princípio, nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada (art. 126, n.º 3, do Código de Processo Penal)²⁴ e que, em processo civil, é proibido o depoimento de parte sobre factos criminosos ou torpes imputados à parte em causa (art. 554, n.º 2, do Código de Processo Civil).

Outro fundamento para o afirmado acerca da natureza da “verdade” estabelecida nos processos judiciais está na circunstância de a distribuição do chamado ónus da prova servir de critério à superação de incertezas quanto à ocorrência dos factos²⁵.

A este propósito, sublinhe-se que a expressão anglo-americana “beyond (a)(ny) reasonable doubt” é reveladora da consciência de que não é possível varrer a dúvida e que os padrões de decisão são de probabilidade e não de certeza.

9. A LEGITIMAÇÃO DO JUÍZO JUDICIAL EM “MATÉRIA DE FACTO”

Para os juristas, assim, a convicção em “matéria de facto” é um juízo de probabilidade sobre a verdade ou falsidade de afirmações (narrações). Para esse juízo podem contribuir dados científico-experimentais. Esse juízo pode ser criticado do ponto de vista da sua base lógica. No entanto, esse juízo não

passagens sobre a tese em causa. Acrescente-se ainda que, numa outra perspectiva, também Joana Aguiar e Silva, em *A Prática Judiciária entre Direito e Literatura*, se refere largamente a Bernard S. Jackson (Almedina, 2001, *maxime* págs. 34 e segs.).

²³ Quanto ao processo penal, v. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 1974, págs. 193 e 194.

²⁴ Sobre as proibições de prova em processo penal, v. Teresa Pizarro Beleza, “Tão Amigos que Nós Éramos”: o Valor Probatório do Depoimento de Co-arguido no Processo Penal Português, in *Revista do Ministério Público*, n.º 74, Ano 19, Abril/Junho 1998, págs. 39 e segs..

²⁵ Sobre o ónus da prova, v. Pedro Ferreira Múrias, *Por uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova*, Lisboa, Lex, 2000 (em especial para o que aqui interessa, págs. 19 e segs.) e Rita Lynce de Faria, *A Inversão do Ónus da Prova no Direito Civil Português*, Lisboa, Lex, 2001 (em especial, págs. 9 e segs.).

se legítima (apenas) nem naqueles dados, nem nesta base. Legitima-se (tal como os juízos em matéria de Direito, aliás) politicamente, na fonte da autoridade do decisor²⁶.

10. O PAPEL DAS “CONVICÇÕES-CRENÇAS” SOCIAIS NAS DECISÕES JUDICIAIS EM “MATÉRIA DE FACTO”

A verificação de que a legitimação das decisões judiciais é essencialmente política atira-nos, na abordagem das “convicções-crenças”, de uma óptica “micro” para uma óptica “macro”, ou seja, da análise do juízo do julgador para a da sua contextualização social. Em especial, é de frisar que a autoridade dos juízes (para proferir decisões em “matéria de facto”, mas não só) assenta em “convicções-crenças” colectivas quanto ao modo de resolução dos litígios. Esse, é, porém, um ângulo de análise que, em razão das qualificações de alguns elementos do público a que nos dirigimos, nos abstermos de desenvolver (para que as nossas debilidades não fiquem excessivamente expostas...).

11. O PAPEL DAS EMOÇÕES NAS DECISÕES JUDICIAIS

Voltando ao plano “micro”, diga-se o óbvio: a convicção do julgador é co-determinada pelo seu “lado emocional”. Não sendo possível separar o perceber, o pensar e o sentir (emoções), não é possível determinar em que medida a convicção de cada julgador se deve a elementos situados em cada um desses níveis. O mais que se pode fazer é comparações entre um juízo concreto e um “juízo-padrão” – tentando averiguar se aquele está mais ou menos determinado que este por aspectos emocionais.

Embora os compêndios e os ensaios de Direito não abordem este lado da formação da convicção do julgador, os “juristas práticos” (e os próprios cidadãos, em geral) estão bem cientes dele.

²⁶ Passando isto para a perspectiva filosófica (de um tema abordado em várias obras de Fernando Gil), poder-se-á talvez dizer que o critério da verdade é intersubjectivo e não objectivo – o que representa uma aproximação às teorias consensualistas sobre o critério da verdade. No entanto, há que frisar que *o consenso relevado não é um resultado, mas um processo de aquisição de resultados*. (Na literatura jurídica portuguesa há abordagens filosóficas do problema do critério da verdade; entre elas, destaque-se a de Fernando José Bronze, na obra – também monumental e difícil – *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença*, Coimbra Editora, 1994, *maxime* págs. 367 e segs.).

12. OS JUÍZOS EM “MATÉRIA DE DIREITO” E AS CONVICÇÕES-CRENÇAS

Passando para os juízos (individuais e colectivas) em “matéria de Direito”, as “convicções-crenças” manifestam-se claramente na interpretação dos textos jurídicos. O processo de aplicação do Direito (não apenas o das normas enunciadas em leis, mas também o das normas reveladas por outros modos, nomeadamente a jurisprudência) é um processo de concretização de conceitos. Nesse processo, o julgador é determinado por múltiplos factores – que vão desde as suas capacidades linguísticas às suas orientações ideológicas, passando pelas suas idiossincrasias. Obviamente, a aleatoriedade desse processo de concretização é tanto maior quanto maior é o grau de indeterminação do conceito a concretizar. No caso das normas que usam conceitos como “limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito”, “juízos de equidade”, “diligência de um bom pai de família”, essa aleatoriedade é manifesta e para ela contribuem certamente as “convicções-crenças” – não apenas as do julgador que estiver em causa, mas também as existentes na comunidade em que ele viva.

13. A ILUSÃO DA DESNECESSIDADE DA INTERPRETAÇÃO DA LEI

Algum pensamento do século XVIII (Beccaria, Montesquieu) apelou, como caminho para a igualdade plena, ao império da lei e à redução do papel dos tribunais na aplicação do Direito, mediante a eliminação da tarefa da interpretação dos textos jurídicos. Boa parte do pensamento do século XIX entendeu tal apelo – na origem eminentemente ideológico – como uma directriz para a actividade judicial. Os tempos seguintes e sobretudo a Hermenêutica do século XX demonstraram que esse objectivo, mais do que fugidio, era ilusório²⁷. Os juristas (pelo menos, os “juristas teóricos”) passaram a ter consciência de que onde há texto há interpretação e de que, em consequência, onde há aplicação da norma há escolha entre vários sentidos possíveis – ao que acresceu a consciência de que o intérprete não chega ao seu objecto como uma “tábua rasa”, mas sim marcado pelo seu conhecimento anterior (abran-gendo aqui a ideia de conhecimento também as experiências).

²⁷ Sobre este tema as páginas clássicas da literatura jurídica portuguesa são as de António Castanheira Neves, no seu livro *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade* (Almedina, 1967, maxime págs. 91 e segs.).

14. A LEGITIMAÇÃO DO JUÍZO JUDICIAL EM “MATÉRIA DE DIREITO”

Também os juízos em “matéria de Direito” não podem ser validados cientificamente, nem são (pelo menos, completamente) controláveis pela Lógica (são do domínio do *provável*²⁸, são *opiniões*). Também os juízos em “matéria de Direito” são co-determinados pelo “lado emocional” do julgador. Também, como se adiantou (e nos termos que se enunciaram...), os juízos “em matéria de Direito” têm uma legitimação essencialmente política. O discurso jurídico é uma modalidade do discurso legitimador²⁹.

15. SÍNTESE

Os juristas têm consciência (assumindo essa realidade não só como inevitável mas também como legítima) de que as decisões judiciais em “matéria de facto” são (ou assentam em) convicções e de que essas convicções são falíveis.

Embora se possa atribuir às convicções papel similar na formação dos juízos em “matéria de Direito” (pois estes não são susceptíveis de validação científico-experimental, nem de controle – pelo menos, completo – pela Lógica), a consciência disso é menos generalizada entre os juristas. No entanto, muitos “juristas teóricos” têm tal consciência de modo agudo; uma prova disso está no amplo acolhimento que muitos “juristas teóricos” têm dado às reflexões sobre a pré-compreensão na abordagem dos problemas jurídicos (seja das “questões-de-facto”, seja das “questões-de-direito”)³⁰.

As “convicções-crenças” colectivas têm obviamente um papel relevante na determinação das “convicções-crenças” individuais dos julgadores – e há até lugares da lei que apelam a essas “convicções-crenças”.

Uma das consequências destas reflexões é fazer ressaltar que a legitimidade das decisões judiciais é essencialmente política – sendo de precisar que a legitimação de cada sentença resulta não tanto do seu conteúdo como do respeito pelos procedimentos estabelecidos³¹.

²⁸ Obviamente, no sentido de “pode ser verdadeiro” – e não no sentido de “susceptível de prova”.

²⁹ Entre os vários textos da literatura jurídica portuguesa sobre o “discurso legitimador” merece destaque um que na origem era de cariz didáctico: o capítulo X do livro de J. Baptista Machado intitulado *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* (Almedina, 1983).

³⁰ Acerca desse acolhimento na literatura jurídica portuguesa, v. o meu livro *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Almedina, 2000, pág. 114, nota 385.

³¹ Como sublinhei em nota anterior, o que merece consenso não são os resultados mas sim os processos da sua aquisição.