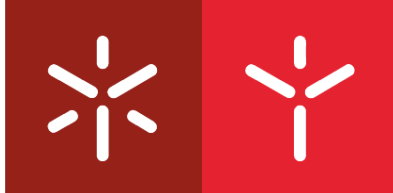




Universidade do Minho
Escola de Direito

Maria João Rocha de Oliveira Inácio

A Subjectividade na Tomada de Decisão Judicial



Universidade do Minho

Escola de Direito

Maria João Rocha de Oliveira Inácio

A Subjectividade na Tomada de Decisão Judicial

Dissertação de Mestrado
em Direito Judiciário

Trabalho efetuado sob a orientação da
Senhora Professora Doutora Maria Clara Calheiros

DECLARAÇÃO

Nome: Maria João Rocha de Oliveira Inácio

Endereço electrónico: maria.inacio.dto@gmail.com

Título da Dissertação: A Subjectividade na Tomada de Decisão Judicial

Orientadora: Senhora Professora Doutora Maria Clara Calheiros

Ano de Conclusão: 2018

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito Judiciário

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA TESE APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, 31 de Outubro de 2018.

Assinatura: _____

Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário
escrita ao abrigo do antigo acordo ortográfico.

AGRADECIMENTOS

À Exma. Senhora Professora Doutora Maria Clara Calheiros, um genuíno agradecimento, por ter-me concedido o privilégio de orientar a presente Dissertação de Mestrado: agradeço-lhe, bem assim, o douto conhecimento partilhado, o meritório ensino, os conselhos indispensáveis, a amabilidade no olhar crítico e o cabal apoio ao longo da orientação científica.

Ao Exmo. Sr. Dr. Álvaro Laborinho Lúcio, a quem tive a sorte e a honra de conhecer durante este Mestrado, uma palavra especial é devida: expressei-lhe um sincero agradecimento pela confiança, pela inspiração, pelos ensinamentos e conselhos valiosos.

À Dra. Ana Maria Ferreira, agradeço-lhe a solicitude e prontidão manifestada, relativamente às diferentes etapas do processo de Mestrado.

Aos meus Pais e Família, deixo-vos aqui um enorme agradecimento, por toda a compreensão, incentivo e força que me transmitiram.

Um agradecimento muito especial, a ti, Filipe Viana, por todo o apoio incondicional.

E, por último, mas não menos importante, aos meus amigos, Alexandre Homem, Isabel Costa, Pedro Silva e Tiago Rocha, agradeço-vos a enriquecedora presença e sabedoria.

A SUBJECTIVIDADE NA TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL

RESUMO

Analisa-se até que ponto o acto de julgar pode ser visto como um acto individual, levado a cabo por um sujeito, situado num dado tempo e espaço, capaz de emitir juízos e valorações. Neste estudo, coloca-se em causa a discussão em torno da decisão judicial e da presença de subjectividade no acto de julgar, aquando da livre apreciação da prova. Através de uma abordagem jurídica, complementada pelos contributos dados pela Neurociência, acerca dos processos de tomada de decisão, procura-se compreender o papel desempenhado pela emoção na racionalidade de uma decisão. Considerou-se que essa decisão judicial pode ser a lei associada à vontade do juiz e, ainda assim, produto da racionalidade.

PALAVRAS – CHAVE: Decisão Judicial – Subjectividade – Racionalidade

SUBJECTIVITY IN JUDICIAL DECISION-MAKING

ABSTRACT

It is analyzed to what extent the act of judging can be seen as an individual act, carried out by a subject, located in a given time and space, capable of issuing judgments and evaluations. In this study, the discussion about the judicial decision and the presence of subjectivity in the act of judging, when freely assessing the evidence, is called into question. Through a legal approach, complemented by the contributions made by Neuroscience, about the decision-making processes, we try to understand the role played by emotion in the rationality of a decision. It was considered that this judicial decision may be the law associated with the will of the judge and, nevertheless, the product of rationality.

KEYWORDS: Judicial Decision-Making – Subjectivity - Rationality

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	V
RESUMO	VII
ABSTRACT	IX
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I - VERDADE, FACTOS, PROVA E CONVICÇÃO	9
1. Considerações Introdutórias.....	9
2. Verdade, Realidade e Factos	10
3. Verdade Material e Valoração da Prova	16
4. Os Factos constantes da sentença e o <i>Princípio da Livre Apreciação da Prova</i> ..	25
5. Prova e o <i>Standard</i> de Prova.....	30
CAPÍTULO II - <i>PRINCÍPIO DA LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA</i> E FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO DO JUIZ.....	33
1. <i>O Princípio da Livre Apreciação da Prova</i> e os limites daí decorrentes.....	33
2. O Substrato do <i>Princípio da Livre Apreciação da Prova</i>	40
3. A Fundamentação da Sentença.....	46
4. Critérios de Coerência Internos e Externos	59
5. A Convicção Judicial e o Ónus da Prova	63

CAPÍTULO III - NEUROCIÊNCIA E DIREITO	65
1. Considerações Introdutórias.....	65
2. Neurociência e Direito: contributos.....	67
3. Actividade Comprobatória e Neurociência	73
4. Sentimento, Emoção e Decisão Judicial	79
5. Decisão Judicial e Subjectividade	85
6. Mecanismos para a objectividade da decisão judicial.....	90
CONCLUSÃO	99
BIBLIOGRAFIA	105
ENTREVISTA DE DAVID BROOKS A ANTÓNIO DAMÁSIO.....	117
LEGISLAÇÃO PRINCIPAL.....	117

INTRODUÇÃO

1. O processo lógico racional do julgador, levado a cabo durante a formação da convicção judicial encontra-se, invariavelmente, associado aos requisitos da fundamentação da sentença e do exame crítico da prova.

Assim tem andado a nossa Doutrina e alguns estudos científicos, ao debruçarem-se sobre estas questões, apreciando ora os limites ao *princípio da livre apreciação da prova*, ora o seu contexto na valoração da prova, tratando aí o risco da discricionariedade.

Mais recentemente, contudo, algumas posições académicas continuam a questionar-se sobre o processo de formação da convicção judicial, recorrendo a outras áreas do conhecimento, outras ciências, ainda que, a nosso ver, cumpra destacar a insuficiência de mais abordagens, na vertente do processo lógico racional do julgador. Inquietou-nos essa visão restritiva que tem vindo a ser dada ao assunto, abordando o Direito só pela lente do Direito, entendendo nós a respeito, que mais haveria a dizer ou outra abordagem a percorrer.

Sem aligeirar o cerne da nossa investigação, cientes dos contributos da Teoria da Prova e do Direito Substantivo e Adjectivo para a formação da convicção judicial, quisemos ir mais além: compreender onde se situa o julgador, enquanto sujeito situado num dado tempo e espaço, ao longo deste processo. Razão pela qual, desde logo, prevemos a essencialidade da interdisciplinaridade ou perspectivismo deste estudo.

Deste modo, o conteúdo da nossa Dissertação abraçou essa inquietação que também é um interesse pessoal, em compreender o acto de julgar, em concreto, a questão da subjectividade no acto de julgar, sem desvalorizar a ambicionada objectividade e a ideia de previsibilidade, que é expectável do Direito provir.

O acto de julgar é um acto atemporal e, cremos, assim continuará a sê-lo, um elemento essencial do ritual judiciário, que importa cuidar. Mas o acto de julgar é, acima de tudo, um acto de comunicação, se quisermos aqui relembrar **JÜRGEN HABERMAS**. Comunicação, onde é exigida transparência e rigor, segurança e assertividade, que logre em persuadir o auditório, interno e externo, da legalidade e da bondade da decisão, respectivamente. Decisão essa, ao fim e ao cabo, que se quer objectiva, em conformidade com a Lei. Mas, essa decisão, de um ponto

de vista finalístico, encerra em si a edificação do pensamento humano, parecendo-nos imprudente, sem mais, afastar a existência de contributos de índole subjectiva ou de *motivações não jurídicas* nas decisões. Ser permeável à hipótese da subjectividade, tratar-se-á de uma impossibilidade, dirão alguns, justificando-se, por exemplo, na nossa Constituição, que tem vindo a assegurar o reforço do dever de fundamentação (Artigo 205.º, n.º 1 da CRP), ou nos princípios e garantias constitucionais, como o princípio da igualdade e do direito a um processo equitativo, também no Artigo 8.º, n.º 2 do Código Civil, onde lê-se que “O dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo.” Mas, estas justificativas (e muitas outras existem), ainda que providas de razão, e que aqui não pretendemos colocar em causa, denotam uma fragilidade.

Em comum têm o facto de analisarem o acto de julgar, segundo uma visão estritamente racional e normativa, quase mecânica, desprovida da acção humana ou das interferências do sujeito que aqui também é julgador. Onde fica então o julgador, o qual ainda que nas vestes de guardião da Lei, não deixou, contudo, de ser sujeito? Simultaneamente, um sujeito com inteligência, ímpetos, convicções, vontade e liberdade.

Nestes termos, partindo da premissa de o julgador poder ser visto como um sujeito subjectivo e singular, pareceu-nos essencial, por cautela, não afastar eventuais marcas da acção humana na tomada de decisão judicial.

A carência de reflexões a este respeito, é o nosso ponto de partida. Pretendemos trazer à discussão diferentes questões, nomeadamente, se poderá o acto de julgar ser visto como um acto individual, emitido por um sujeito capaz de juízos, preconceitos e valorações? Por outro lado, a decisão judicial não será, em boa verdade, a lei associada à vontade do juiz? E, a ser assim, pode ser vista como um acto subjectivo, um diálogo entre a razão e a emoção?

Esse é o centro da nossa investigação, a finalidade do nosso estudo, sendo que para aí chegar será traçado um desenvolvimento sequencial, contextualizando a formação da convicção judicial e o *princípio da livre apreciação da prova* em dois palcos: por um lado, o qual, aliás, serve de abertura à Dissertação e se prolonga por dois capítulos, iremos encontrar a convicção judicial apreciada em confronto com as questões que ao Direito interessam particularmente: a verdade, a prova, os factos e o *princípio da livre apreciação da prova*. Por outro lado, no terceiro e último capítulo, dedicado principalmente à Neurociência e à Psicologia, encontraremos o processo de

formação da convicção judicial, escrutinado sobre o ponto de vista da tomada de decisão, enquanto fenómeno científico e demonstrativo de como o cérebro humano parece funcionar em momentos de decisão e de formulação de juízos.

Como está bom de ver, não pretendemos levar a cabo uma análise, que em geral trata da aplicação do direito, em toda a sua extensão, reconhecendo que só fragmentos dela serão tidos em conta, ainda que a matéria seja claramente mais extensa e, parece-nos, do maior interesse académico e profissional. Assim, apresentámos esquematicamente aquele que vem a ser o nosso estudo, ainda que mais à frente a ele retomaremos, para o pormenorizar.

Fora dos nossos limites, ficam outras tantas questões. Não serão aqui tratadas as questões da prova legal e da prova livre em termos históricos, as questões relativas à prova em geral, as questões da Argumentação Jurídica, a análise incisiva de Jurisprudência, bem como a força probatória de certos meios de prova ou outros comandos de aplicação do direito, salvo a sentença. De fora fica também a abordagem às questões do Direito Penal e Processual Penal, as relativas ao *standard* de prova, ainda que possam existir alguns recortes a título de complemento, bem como os mecanismos do controlo da decisão, em concreto, os recursos, que também não serão analisados.

Grosso modo, quanto aos recursos, sem tecer longas considerações, cumpre aqui a título de apontamento, referir o facto de o julgador dever obediência ao Direito e não a decisões precedentes, o que valida em si, o facto dos Tribunais de Recurso estarem munidos de competência para alterar o sentido das decisões dos tribunais inferiores. Nesses tribunais, agora colectivos, não singulares, temos um conjunto de julgadores, os quais, *à priori*, atenuam as divergências e convergem as subjectividades. Nestes processos decisórios, parte-se do pressuposto de que na apreciação da prova, sujeitos diferentes terão posições diferentes, sob o mesmo tecto legal.

Aproveitando esta ressalva e regressando àquela que é a estrutura da nossa Dissertação, estamos agora em condições de compreender melhor a razão que serviu de fundamento para observar o Direito pela lente da Neurociência.

Optaremos por seguir esta metodologia, visto que as subjectividades humanas parecem estar presentes em qualquer acto do dia-a-dia, sendo que até no significado do aforismo “cada cabeça, sua sentença”, conseguimos, sem grande esforço, detectar que cada cérebro humano

contribui com a sua individualidade para a variabilidade dos juízos de valor e de diferentes interpretações sobre a realidade. Com efeito, um raciocínio apontado como estruturalmente lógico, talvez contenha tão-só uma meia verdade, a que faltaria somar o papel desempenhado pelos juízos de valor.

Deve notar-se que o estudo do cérebro humano é um tema complexo e ainda não compreendido na sua magnitude, considerado um dos maiores desafios científicos da actualidade, e tendo em conta todo o conhecimento até agora desbravado. Parte desses estudos, trouxeram à luz do dia, informações sobre a forma como cada sujeito parece ser ímpar na formulação dos seus pensamentos e na tomada de decisões, concorrendo para esse resultado tanto dados conscientes como inconscientes. **FRANCIS CRICK** reconheceu que o cérebro traduz uma componente de identidade, afirmando que: “Vós, as vossas tristezas, as vossas memórias e ambições, o vosso sentido de identidade pessoal e livre-arbitrio, são, na verdade, nada mais do que o comportamento de um vasto conjunto de células nervosas e das moléculas que lhe estão associadas.”¹ A ser assim, em paralelo, iremos debater a capacidade ou necessidade de o julgador como sujeito, em casos de livre convicção, primar por empreender um eventual esforço de objectividade, em prol de uma apreciação isenta e imparcial da prova.

Por outro lado, a prova científica, apesar de algumas legítimas resistências a colocar, tem vindo a ser apontada, cada vez mais, como indispensável e aceitável em processos judiciais. Ainda que, a ciência tenha na sua base a lei natural, o Direito o *consenso dos Homens*, a que já nos reportaremos adiante.

Também é verdade que a forma como pode a prova científica (neurocientífica) ser avaliada, através de um enquadramento dos meios de prova, como veremos, não é de resposta taxativa, encontrando-se aqui o julgador desabrigado.

Mas tem-se entendido que, embora a ciência não possa apreciar aquilo que é justo, desde logo, por levar a cabo uma linguagem e fins diferentes dos que caracterizam o Direito, não deixa de ser um instrumento ou ferramenta indispensável, à qual, por vezes, o Direito recorre para colher informação do que será mais justo.²

¹ Citado por SETH (2018, p. 8).

² Esta forma de entender a ciência e o Direito, encontra-se, em particular, na obra de FAIGMAN (2000).

Mas, também é verdade, que sobre esta perspectiva, ainda que a ciência procure evitar erros, e o Direito injustiças, a prova científica (neurocientífica) tem sido compreendida como a aliada do julgador, diminuindo ou eliminando o risco de erro judicial, em momentos de dúvida, guiando-o quer em momentos de prova livre, quer de prova legal. A simples apresentação da prova científica, é o resultado de um modelo complexo de construção da prova. Apesar de ser um assunto que não iremos aprofundar, cumpre explicar que a prova científica, no seu âmbito geral, inicia-se por uma hipótese, fruto de uma ideia mental que a antecede, a qual é alvo de uma experimentação minuciosa e observação rigorosa em prol da confirmação, ou não, da hipótese. Existindo consensos, poderemos avançar com um consenso científico.

Nos parágrafos anteriores referimo-nos ao *consenso dos homens*. Não nos compete alongar sobre esta expressão, antes de mais, por reconhecermos que nos falta a devida preparação, ao que soma o facto de também ser uma questão periférica ao objecto do nosso estudo. Contudo, destaca-se o facto de, ao longo dos tempos, o Direito ser lapidado quer pela subjectividade dos grupos, quer servindo como *instrumento a uma obra pessoal* que reflecte o pensamento governativo, no uso das palavras de **JOSÉ HERMANO SARAIVA**.³

2. Fixado o objecto do nosso estudo, importa tecer um conciso comentário, onde certamente se sentiu uma lacuna, referente à operação de subsunção do facto ao direito e o porquê de, ainda assim, entendermos existir espaço para o nosso estudo.

Esse processo de subsunção caracterizou essencialmente o pensamento do século XIX, falando-se a respeito do silogismo judiciário, que também por nós será indirectamente abordado. A sentença judicial era vista como o produto de uma operação *mecanizada*, resultado da operação automática de subsunção do facto ao direito. Perante uma premissa maior (lei), e a premissa menor (facto concreto), competia ao julgador proclamar a conclusão, através desse método rigoroso, tido como um infalível instrumento de objectividade.

A Doutrina tem-se pronunciado a respeito, considerando esta forma de aplicação do Direito desactualizada. Aqui releva, mais uma vez, o facto desta assunção desconsiderar o julgador

³ HERMANO SARAIVA (2009, p. 110). Sobre esta questão mostrou-se muito interessante o pensamento tecido pelo ilustre jurista e historiador, em concreto, quando introduz o conceito de vontade psicológica e vontade funcional; subjectividade necessária e subjectividade contingente. *Loc. Cit*, pp. 109-111.

como sujeito do acto de julgar, tratando o silogismo judiciário na base de um “decalque mecânico”.⁴ Ou seja:

“(…) toda a norma comporta uma pluralidade de significações ou de possibilidades normativas. É um comando geral e abstracto, e no momento em que se aplica converte-se num comando individualizado e concreto. Essa conversão exige do juiz uma escolha voluntária e não um decalque mecânico. A decisão final surgir-nos-á como o último tempo de um processo que foi construtivo e criador desde o primeiro momento, e que revestiu uma complexidade que não tem semelhança alguma com a acção que consiste em ligar com um clipe um facto a uma regra.”⁵

Por outras palavras, o julgador não tem as premissas de antemão, pelo contrário, sempre terá de as escolher em função de uma representação global daquilo que será a actividade judicatória.⁶ Essa escolha parece pressupor, *a priori*, um acto construtivo.

3. Uma ou outra crítica que tem vindo a ser tecida, prende-se com o facto de a subjectividade em si não ser parte do acto de julgar, porque esse acto é tutelado pela segurança do Direito. Admitir o contrário seria abrir a caixa de pandora. Várias são as Doutrinas que tutelam esses interesses e finalidades, defendendo – e de forma legítima, que o sistema é todo ele constituído e direccionado pela Lei, não pelo arbítrio do juiz. Esta Dissertação, não tem como objectivo sustentar o livre-arbítrio, um determinismo metodológico ou decisionismo metodológico. Também por isso, essas teorias não serão por nós ampliadas.

Interessa-nos, especialmente, o facto destas questões em torno do acto de julgar serem decisões nas quais, ainda que o julgador procure caminhar pela objectividade, é impulsionado a colocar-se na posição de quem é lesado e de quem lesou, ou de quem é ofendido e de quem ofendeu. Mas, ao indagar-se, o julgador, ainda que no uso do distanciamento e imparcialidade que leva a cabo, sempre terá de descortinar juridicamente a situação, para aí se convencer sobre a existência ou não dos factos. Parece-nos que em todo este processo, e basta pensarmos que cada

⁴ A expressão pertence a HERMANO SARAIVA (2009, p. 314).

⁵ *Loc. Cit.* p. 314.

⁶ *Loc. Cit.* pp. 313 e 314.

decisão proferida é uma nova tomada de posição ou reflexão, que quando analisada ou reapreciada, não está imune contra outros juízos de valor ou de interpretação.

É, aliás, nesta perspectiva que parece valorizar-se o *princípio da livre apreciação da prova*. Sabemos que o julgador decide mediante a sua consciência e a Lei. Mas a sentença demonstra ser um instrumento que absorve uma estrutura geral do Ordenamento Jurídico e uma *quantificação da juridicidade em função da situação concreta*.⁷

Mediante estas linhas traçadas, mas também na linha das Doutrinas que têm contribuído para abrir a caixa de pandora é, nosso intuito, compreender se dentro da objectividade do acto judicial pode, ou não, existir subjectividade.

⁷ As palavras em itálico e a ideia explanada, no livro trata-se metaforicamente da sistole e a diástole judiciárias, pertence a HERMANO SARAIVA (2009, pp. 313 e 315).

CAPÍTULO I - VERDADE, FACTOS, PROVA E CONVICÇÃO

1. Considerações Introdutórias

A análise crítica da prova e, conseqüentemente, a relação de conformidade ou desconformidade dos factos, apresenta-se como o ponto de partida para uma motivação da sentença, que se quer irrepreensível, em concreto, do ponto de vista justificativo do *iter* que explique o raciocínio do julgador⁸, bem como da racionalidade e *bondade* da decisão.⁹

A questão, colocar-se-á em perceber como é que se desenvolve a obtenção da verdade judicial (verdade obtida no processo judicial) construída:

“(...) sobre eventos empíricos ou situações de facto relevantes no quadro normativo de determinado litígio, traduzido numa relação de conformidade ou desconformidade – *provado* ou *não provado* – entre o que, sob a forma de enunciados, as partes narram no processo e o que resulta dos dados colhidos na produção dos meios de prova perante o tribunal.”¹⁰

Em concordância, podemos já adiantar, que essa relação de conformidade ou desconformidade, que incide quer sobre as situações narradas pelas partes, quer sobre o que resulta dos meios de prova (por iniciativa das partes ou pelo próprio tribunal¹¹), tem como pano de

⁸ Partilhamos do entendimento de BRITO (2013, p. 13), ensinando que também em relação às provas irrelevantes há o dever de as fundamentar: “A explicação da comprovação dos factos, implica apreciação de todas as versões apresentadas, explicação do seu eventual crédito ou descrédito; análise de todas as provas, incluindo as irrelevantes. Quando determinada prova se apresenta como irrelevante, há que dizê-lo, pois só assim a sentença demonstra que o tribunal tudo viu e em tudo atentou. Discordo de alguma jurisprudência que considera que a omissão de apreciação de determinada prova no exame crítico significa que ela afigurou irrelevante”.

⁹ Pretendemos apenas traçar uma análise *stricto sensu*, restringindo-nos propositadamente aos critérios qualificativos das decisões em 1.ª Instância (sentenças), as quais, devem permitir, desde logo, o acesso a uma eventual reapreciação do caso julgado; visto que, uma melhor decisão (ou outra decisão) poderá ser discutida em recurso, pelas instâncias superiores.

¹⁰ GOMES *in* PIRES DE SOUSA (2017c, p. 10).

¹¹ Sem entrarmos aqui em grandes considerações ou discussões doutrinárias sobre os poderes do juiz Cível, referimo-nos, em concreto, ao *Princípio do Inquisitório*: “A prova dos factos da causa deixou, no processo civil hodierno, de constituir monopólio das partes: de acordo com o art. 411, o juiz tem o dever de realizar ou ordenar oficiosamente as diligências necessárias ao apuramento da verdade.” (Cf. FREITAS, 2017, p. 178). Para o juiz Penal, trata-se do ónus ou *princípio da investigação*, em prol da verdade material. (Cf. MENDES, 2010, p. 1007). Também FIGUEIREDO DIAS (2004, p. 192), acrescenta que o “A adução e esclarecimento do *material de facto* não pertence aqui exclusivamente às partes, mas em último termo ao juiz, (...) independentemente das contribuições das partes (...)”.

fundo esquadrihar a verdade, afastando do processo os dados que aí correspondem a mentira.¹² Esta ideia de almejar a verdade (*ubi veritas?*)¹³, separando-a da mentira, emana do facto de ser comumente aceite, ao longo da história, a asserção de que a verdade é difícil de obter. Mas, tal consciência histórica não impediu que esta continue a ser categoricamente procurada. Desde logo, veja-se como exemplo histórico, que também aquando do uso da prova jurídica conhecida por *ordálio (juízo de Deus)*, o que aí se pretendia era a obtenção da verdade.¹⁴

Em todo o caso, antes de explicarmos o conceito de verdade judicial, importa tecer umas breves considerações, acerca da estrutura da realidade, bem como compreender e enquadrar o que são os factos (judiciais).¹⁵

2. Verdade, Realidade e Factos

Falar sobre verdade implica ter presente a ideia de que o Tribunal é considerado “um local onde se presta culto à verdade, e fazer-se justiça confunde-se frequentemente com o trazer a verdade à luz do dia. A verdade e só a verdade. O discurso judiciário, as suas regras, o seu espírito, encontra-se todo ele dirigido para a descoberta da verdade. (...) Afinal de contas, o que é a verdade?”¹⁶

¹² Nesse sentido, “A busca da verdade constitui, na história do processo penal, um fim que sempre se mostrou difícil de alcançar: a verdade tem a sua morada própria, escapando à capacidade de apreensão humana e desvelando-se numa presença espectral de contornos esbatidos. Compreende-se assim que, ao longo da história humana, a procura da verdade se tenha materializado num conjunto de procedimentos que por vias indirectas ou mediatas procuraram dar forma à verdade, separando-a da mentira.” (Cf. SOUSA, 2017, p. 4). Também, MARQUES (2016, p.7), quando afirma: “O julgamento dos factos controvertidos constitui uma actividade decisória destinada a estabelecer a ‘verdade’ ou a ‘falsidade’ de tais factos (*scilicet*, alegações sobre factos). Este juízo decisório corresponde sempre a uma escolha entre soluções alternativas, estabelecendo, como melhor veremos, de entre várias versões alegadas, aquela que, perante as informações e os dados coligidos, possa ser considerada *ou tida como sendo* a ‘verdadeira’. As alternativas não são simples: as versões das partes são díspares e raramente a escolha, no quadro do juízo decisório, incide sobre uma das versões cujo suporte probatório não confere um elevadíssimo grau de certeza. Isto porque, (...) o Tribunal tem o dever de estabelecer e formar a convicção sobre a versão dos factos que *se afigura ou é tida* como *a mais provavelmente verdadeira*, por meio da valoração da eficácia cognoscitiva dos diferentes meios de prova e das fontes de aquisição processual de informações e de conhecimentos”.

¹³ “Onde [está] a verdade?” (Cf. RODRIGUES, 2017, p. 13).

¹⁴ Esta comparação histórica pertence a RUÇO (2017). Sobre o assunto, mais detalhadamente, ver CALHEIROS (2015).

¹⁵ Entendemos que cumpre analisar a estrutura da realidade, visto que aí iremos procurar enquadrar a verdade (material) e os factos (judiciais).

¹⁶ AGUIAR e SILVA (2001, pp. 33 e 34).

Todavia, falar de verdade implica, de igual modo, compreender o conceito restrito de realidade e, para tanto, acolhemos, a ideia de processo, na perspectiva de que este “constituiu um método de fixação do real, não um método de averiguação científica”.¹⁷ Ou seja: “A prova está, essencialmente, nos meios, quão variados eles são, porque todas as coisas podem servir de prova se objeto de apreensão e na lide tiverem chamamento firmado.”¹⁸ Assim, para a fixação do real que ao processo interessa, autores como **BERNARD JACKSON**, defendem a teoria, segundo a qual, a realidade transforma-se, logo no momento em que é captada pelo sujeito (o que denomina por “sistemas de significação do sujeito”).¹⁹ Esta observação implica que:

“Sendo a actividade judiciária uma actividade que inevitavelmente tem que lidar com factos passados, ela terá naturalmente que atender à forma como essas ocorrências, esses acontecimentos, são transportados para o presente. E é a essa narrativa, pretensamente racional e objectiva, ou antes emotiva e apaixonada, que Jackson, desconstrutivamente, mais não atribui do que o carácter contingente de uma construção.”²⁰

Paralelamente, partindo da asserção de que para o Direito os acontecimentos são reconstruídos, através de uma narrativa (que se quer coerente)²¹, mostra-se pertinente o entendimento de **CALVO GONZÁLEZ**, falando a este propósito de uma “postulação narrativa dos factos” e de “verdade judicial diferida”.²² Não há dúvida de que este entendimento atribui aos factos, ou às narrativas das partes, como veremos, poder para proceder a essa reconstrução da realidade, *maxime*, segundo a teoria que defende a *capacidade reflexiva das coisas*.²³

Prosseguindo, como observou **VICENTE RUÇO**, *as provas referem-se a factos* e os factos produzem-se na realidade, daí que a realidade comporte a globalidade dos factos.²⁴ A realidade, também para **BERTRAND RUSSELL**, sempre depende da *relação entre o objeto e nós*, pelo que a partir do momento em que os sentidos captam esse objecto (a realidade),

¹⁷ LUSO SOARES (1987, p. 111, *apud* GOMES, 2005, p. 131).

¹⁸ RODRIGUES (2017, p. 16).

¹⁹ BERNARD JACKSON (1988, *apud* AGUIAR e SILVA, 2001, p. 35).

²⁰ AGUIAR e SILVA (2001, p. 35).

²¹ Sobre os critérios de coerência, ver Capítulo II.

²² GONZÁLEZ, (coord.) (1998, *apud* AGUIAR e SILVA, 2001, p. 35, nota 76).

²³ A expressão em itálico pertence a A. TROUSSOV (1965, 29, *apud* RUÇO, 2017, p. 72).

²⁴ RUÇO (2017, pp. 56 e 57).

passamos a ter uma *mera aparência* de alguma realidade, ao invés da realidade (o objeto que existe *independentemente de nós*).^{25 26}

Em todo o caso, **VICENTE RUÇO**, quanto às estruturas da ideia de realidade, propõe a análise do filósofo **KARL POPPER** e que aqui seguimos, a qual decompôs o mundo em três mundos/ níveis:

“(...) o primeiro é o mundo material, ou o mundo dos estados materiais; o segundo é o mundo mental, ou o mundo dos estados mentais; e o terceiro é o mundo dos inteligíveis, ou das *ideias no sentido objetivo*; é o mundo de objetos de pensamentos possíveis: o mundo das teorias em si mesmas e de suas relações lógicas, dos argumentos em si mesmos e das situações de problema em si mesmas.”²⁷

Segundo **VICENTE RUÇO**, os factos integram esses três níveis, pelo que no primeiro nível temos os:

“objetos físicos, compostos de moléculas, que impressionam os nossos sentidos da visão, audição paladar, olfato e tato, tais como livros, mesas, cadeiras, animais, nuvens, rios, veículos, etc. Temos também os objetos do segundo mundo, onde se encontram os estados mentais relevantes para o direito e que ocupam um lugar importante nas suas normas como, por exemplo, os estados mentais ou psicológicos (o dolo, a boa fé subjetiva, o receio, o medo, a dor geradora de danos não patrimoniais, etc.). (...) Os *factos hipotéticos*, que são conjeturas acerca da realidade provável, baseadas nos dados factuais e nas regras da experiência, não têm, por isso, existência física, são apenas produtos da mente, pelo que pertencem ao terceiro mundo.”²⁸

Esta explanação é relevante para o Direito, desde logo, porque é no segundo nível dessa realidade que encontramos os sentimentos, as emoções, as intenções, a consciência, o entendimento e *onde se sentem as ofensas*²⁹; quer isto dizer que, “Quando se afirma numa

²⁵ RUSSELL (1956, pp.40-41, *apud* RUÇO, 2017, p. 55). Não se tecem aqui maiores desenvolvimentos, sobre estas questões, do campo da Fenomenologia. Sobre esse tema, ver HUSSERL (2017).

²⁶ “Apesar de tudo, a realidade que temos de levar em consideração é, em primeiro lugar, aquela que surge de imediato, para todos, perante os nossos sentidos, sem esquecer a própria realidade que o homem constrói a partir do significado ou valor que atribui às coisas”. (Cf. RUÇO, 2017, p. 56).

²⁷ POPPER (1975, p. 152, *apud* RUÇO, 2017, p. 59).

²⁸ RUÇO (2017, p. 59).

²⁹ Idem.

sentença criminal, por exemplo, que *A* ou *B* agiram com <<a intenção de...>>, esta intenção é um facto mental e situa-se no segundo mundo.”^{30 31}

VICENTE RUÇO avança que, na reconstituição da realidade histórica, o juiz deve utilizar informação sobre:

- (I) A *realidade* onde os factos nascem, se transformam e se extinguem;
- (II) A *causalidade* reinante na natureza;
- (III) A *intencionalidade* que governa as ações dos agentes;
- (IV) A *reflexibilidade* das coisas e das ações dos agentes;
- (V) A *explicação causal, quase-causal e teleológica*, relativas à génese, existência e transformação dos factos (incluindo aqui ações humanas);
- (VI) A razão por que um facto é prova de outro facto;
- (VII) Os *sintomas de verdade* que ostenta a hipótese factual que corresponde à realidade.³²

Note-se ainda, que esta contextualização da realidade é importante, no sentido em que, quando o juiz declara os factos provados, com tal asserção vai de encontro à ideia de que em cada momento histórico “...só é possível ocorrer um dado estado de coisas”.³³ Pelo que, quando o julgador dá como provados certos factos, traduz a ideia de que esses factos é que terão correspondido à realidade, formando neles a sua convicção.

BERNARD JACKSON, observa essa verdade como “integridade”, associada à ideia da subjectividade de cada um, em muito equivalente à teoria da melhor decisão possível.³⁴

³⁰ Ibidem.

³¹ No Cap. III (Neurociência e Direito), estas questões encontram-se enunciadas através do ponto de vista dos contributos da Neurociência para o conhecimento dos estados mentais, em concreto, da interdependência do córtex pré-frontal e do sistema límbico para a tomada de uma decisão.

³² RUÇO (2017, p. 20).

³³ Idem (2017, p. 64). Esta asserção ganha especial destaque quanto à prova dos factos negativos, visto que, como só um estado de coisas é possível ter ocorrido, em termos probatórios, alguém que tenha de fazer prova de que um certo estado de coisas não aconteceu, cabe-lhe tão-só alegar e demonstrar uma realidade impeditiva de coexistir com a outra hipótese em discussão na lide (*v.g.* factos positivos). Sendo que, a Jurisprudência tem-se pronunciado no sentido em que, não obstante a dificuldade inerente à prova de factos negativos (*v.g.* por não ser possível demonstrar uma realidade que não aconteceu), a prova desses factos constitutivos (quer positivos, quer negativos), incumbe à parte que invoca o direito, não operando nenhuma inversão do ónus da prova (nem por estarmos perante um facto negativo, nem pelo reconhecimento da dificuldade na prova desse facto). Por outro lado, alguma Jurisprudência, tem reconhecido a eventual aplicabilidade da máxima latina “*iis quae difficilioris sunt probationis leviores probationes admittuntur*”, como corolário do princípio da proporcionalidade, que consubstancia uma menor exigência probatória para a convicção do julgador. – (Cf. Ac. do STJ, de 07-02-2008, Processo 07A4705 - relator URBANO DIAS, Ac. do STA, de 17-12-2008, Processo 0327/08 - relator JORGE DE SOUSA, e Ac. do STA, de 17-10-2012, Processo 0414/12 - relator VALENTE TORRÃO. Disponíveis em www.dgsi.pt.

³⁴ AGUIAR e SILVA (2001, p. 43).

O mesmo equivale a dizer, através de outro exemplo, que:

“(…) havendo versões antagónicas, só o núcleo factual de uma dessas versões poderá ter ocorrido, admitindo-se, no entanto, a possibilidade de cada versão poder conter partes periféricas que correspondam efetivamente à realidade, desde que compatíveis com aquele núcleo. (...) Ora, sendo a realidade só uma, (...) quando o juiz analisa criticamente as provas; quando forma a convicção sobre os factos e declara provada uma versão ou hipótese factual, logicamente que a outra hipótese antagónica é excluída, quer dizer, é considerada inexistente.”³⁵

Ora, delimitado o conceito restrito de realidade e cientes de que os factos produzem-se na realidade, cumpre enquadrar o que são os factos. Partindo da premissa de que a realidade engloba a totalidade dos factos, os factos, por sua vez, são uma espécie de fragmentos dessa realidade, situados num dado *espaço-tempo*.³⁶ **VICENTE RUÇO**, define-os da seguinte forma:

“os factos são fragmentos da realidade, singulares e irrepitíveis, existentes num certo tempo e local (porções de espaço-tempo), ou tão-só hipotéticos, compostos por combinações de objetos que formam um estado de coisas com sentido, quer os objetos sejam diretamente percebidos pelos sentidos ou instrumentos técnicos, quer estejam localizados no foro interno das pessoas ou residam no mundo das ideias objetivas produzidas pela mente.”³⁷

Daí que, nas peças processuais sejam narrados acontecimentos³⁸, e são esses acontecimentos, constituídos pelos factos descritos e interligados, que permitem ao julgador formar a sua convicção em relação ao conjunto (*a hipótese factual*), atribuindo maior ou menor coerência (interna) à narrativa em apreço. Assim, em vez de atendermos, como é habitual, que as partes, nas peças processuais, alegam factos, *podemos*, ao invés, utilizar a terminologia *versão factual, narrativa ou hipótese factual*. Com efeito, as partes o que procuram é lograr na sua

³⁵ RUÇO (2017, pp. 64 e 65). Também, esclarece o autor que “Entre os vários mundos possíveis, a realidade só consente uma: se eu, na próxima esquina, virar à direita, o mundo possível é o que resultar dessa opção e inviabilizará qualquer outro mundo possível, como aquele que resultaria do facto de eu ter voltado à esquerda, o que revela uma evidência (que é necessário não esquecer quando se decide a matéria de facto): a realidade só pode ser uma e é só uma em cada momento histórico.” (*Loc. Cit.* p. 56, nota 28).

³⁶ Idem (2017, pp. 57 e 72). O autor apresenta como exemplo a ideia de *puzzle* (realidade) e das peças do *puzzle* (factos).

³⁷ Idem (p. 110).

³⁸ Nas peças processuais são narrados acontecimentos e, por sua vez, esses acontecimentos é que são compostos por factos interligados e conexos. Veja-se que acontecimento e facto não são imediatamente sinónimos: “Se se afirmar <<a maça está verde>>, descreve-se um facto, mas não se alude a um acontecimento, pois este é algo dinâmico, composto por factos que se conjugam ou sucedem no tempo.” (Cf. RUÇO, 2017, p. 64, nota 36).

narrativa sobre os acontecimentos, “...pois antes do tribunal declarar provado um conjunto de factos estes são hipotéticos...”.³⁹

Também, sabendo que a convicção do julgador se forma, em estrita ligação, com a coerência que a narrativa lhe merece, essa coerência pode exigir a presença de causalidade ou um nexo causal.⁴⁰ Visto que, são as questões de causa-efeito, que não uma sucessão aleatória ou ocasional, mas sim de “íntimo enlace” ou “vínculo necessário”, que permitem ao julgador perceber o processo que causou o acontecimento.⁴¹

Ou seja, “Ao falar em *relação causal* quer-se com isso significar, como referiu **R. CARNAP**, *previsibilidade do evento*, pelo que, quando se afirma que o evento *A* causou o evento *B*, quer-se dizer que <<... há certas leis na natureza a partir das quais se pode deduzir logicamente o evento *B*, quando combinadas com a descrição completa do evento *A*>>.”⁴²

Em suma, perante a produção da prova, o julgador é impelido a monitorizar as relações causais que são apresentadas pelas partes, para aí verificar, se os factos da matéria probatória podem ou não ser integrados no concreto processo causal ou noutra lateral. Assim, o julgador munido do conhecimento das regras da experiência (proporcionadas pela causalidade), atingirá a convicção da existência do *factum probandum*, desde que, este integre o nexo causal *A – B – C... ou a rede de explicação* deste *A1-B1-C1...*⁴³ Na primeira situação exemplificada (nexo causal) trata-se do processo causal linear e, na segunda situação (rede de explicação), trata-se dos processos causais situados lateralmente ao nexo causal. Em ambos os casos, verifica-se a *capacidade reflexiva das coisas*.⁴⁴

³⁹ Idem (p. 110).

⁴⁰ Sobre o nexo de causalidade, ver PEREIRA (2017a, 2017b).

⁴¹ RUSO (2017, p. 66). Sobre o acontecimento ser um processo, e não uma coisa, STEPHEN HETHERINGTON (2007, p. 163 *apud* RUÇO, 2017, p. 66), afirma que: “Nunca podemos observar tal conexão, porque em cada caso os dois eventos envolvidos na interação casual são *existentes distintas*. (...) Nem a fricção de um fósforo, nem a ocorrência de uma chama inclui literalmente o outro. Primeiro temos um; depois, - mesmo que rapidamente - temos o outro, metafisicamente distinto do primeiro. Embora possamos inferir que há um elo oculto, esta inferência ultrapassa qualquer apoio observacional direto que possamos ter em seu favor. Não podemos observar a ligação como tal”.

⁴² RUÇO (2017, pp. 66 e 67). Também, “Na *regularidade da natureza* incluímos o que designamos por processos causais, os quais pressupõem que as mesmas causas, mantidas nas mesmas condições, produzirão, sem exceção, os mesmos efeitos” (*Loc. Cit.* p. 70).

⁴³ Questão inversa poderá acontecer caso o *factum probandum* não integre o nexo causal ou a rede de explicação deste. Sobre este tópico, ver RUÇO (2017, pp. 70 e 71).

⁴⁴ A expressão em itálico pertence a TROUSSOV (1965, 29, *apud* RUÇO, 2017, p. 72).

Contudo, para já, importa colher o entendimento de que as provas permitem demonstrar a realidade de um facto e, simultaneamente, a verdade sobre um evento pretérito.⁴⁵

3. Verdade Material e Valoração da Prova

A verdade judiciária, para **TOMÉ GOMES**, “procura satisfazer a necessidade prática de resolver definitivamente as situações de litígio, dentro de prazo razoável, com um grau de plausibilidade aceitável, tendo em vista lograr a paz social(...)”.⁴⁶

Mas, essa verdade, apresenta condicionantes (sem prejuízo das dificuldades inerentes à reconstituição de eventos pretéritos), que, por um lado, incidem directamente sob o julgador/decisor, por exemplo, os critérios de valoração⁴⁷ usados perante a prova livre e a selecção dos factos juridicamente relevantes⁴⁸ e, por outro lado, condicionantes indirectas (ou externas) ao juiz, nomeadamente, a alegação dos factos pelas partes⁴⁹, as regras da repartição do ónus da prova, limitações na admissibilidade dos meios de prova ou a prevalência da prova tarifada sobre a prova livre.⁵⁰

Por ser assim, explica **VICENTE RUÇO**, que os processos judiciais *assumem uma natureza dialética*, aliás, “como é próprio de uma lógica do provável e não da certeza.”⁵¹

Consagrada a ideia de que é às partes que cumpre alegar os factos, - “e só a elas”⁵² - não obstante, pode o julgador, em prol da verdade material (que prevalece sobre a verdade formal) determinar:

⁴⁵ Referimo-nos à “intencionalidade axiológico-funcional” do artigo 341.º do CC: *as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos*. (Cf. NEVES, 2011, p. 31).

⁴⁶ GOMES (2005, p. 131).

⁴⁷ O *princípio da livre apreciação da prova* apenas tem relevância prática aquando da valoração da prova, momento para o qual podem existir guias de decisão, que orientam o julgador na formação da convicção.

⁴⁸ Sobre os factos juridicamente relevantes ver GOMES (2005, p. 140 e ss.).

⁴⁹ Consubstancia, à luz do Artigo 5.º, n.º 2 do CPC, a “ideia de *responsabilidade* das partes” na criação “do material fáctico da causa.” Também, é às partes que “cabe alegar os *factos principais* da causa, isto é, os que integram a *causa de pedir* e os que fundam as *exceções* (art. 5-1).” (Cf. FREITAS, 2017, pp. 168 e 170). O mesmo autor, com base numa doutrina alemã, faz referência ao facto de no princípio do dispositivo se poderem distinguir dois princípios processuais: o princípio do dispositivo propriamente dito e o princípio da controvérsia. É, pois, neste princípio da controvérsia que é às partes é redutível a “ideia de *responsabilização pelo material fáctico da causa*.” (Idem, pp. 158, 159 e 169).

⁵⁰ Ver Capítulo II.

⁵¹ RUÇO (2017, p. 22).

⁵² FREITAS (2017, p. 168).

“(…) a junção de *documentos* ao processo, quer estejam em poder da parte contrária, de terceiro ou de organismo oficial (art. 436), assim como ordenar a realização de *prova pericial* (arts. 477 e 487-2, este relativo à segunda pericia; cf. também o art. 468-1-a), e só ele pode decidir efetuar *inspeção judicial* (art. 490-1), inquirir *testemunhas no local da questão* (art. 501) e ouvir as pessoas que entenda, ou ordenar outras diligências probatórias ainda *após as alegações sobre a matéria da causa* (art. 607-1); (...), a iniciativa do *depoimento de parte* (art. 452-1), (...) e a ter o *dever* de ordenar o *depoimento testemunhal* de pessoa que haja razões para presumir, no decurso da ação, que tem conhecimentos de factos importantes para a decisão da causa (art. 526-1), (...)”⁵³.

Perante o exposto, e com enfoque na possível subjectividade do julgador, eis que surge uma legítima interrogação: “Pode o juiz determinar oficiosamente a produção de um meio de prova sem manifestar parcialidade relativamente a uma parte?”⁵⁴ Lá iremos (Infra 4).

Seguindo estas considerações, sobre a verdade ser humanamente impossível de atingir, tudo isto implica a obtenção de uma verdade (relativa), para a qual o julgador deve contribuir com os seus conhecimentos técnico-científicos, bem como no uso das qualidades humanas, principalmente, quando em causa estejam questões de foro probatório, conforme elenca **TOMÉ GOMES**:

⁵³ Idem (2017, p. 179). Esta possibilidade de iniciativa instrutória que pode ser levada a cabo pelo julgador, como FREITAS (Idem) sublinha, não corresponde à prática forense, dado que, maioritariamente, quem requer as provas são as partes. Contudo, elencamos propositadamente essas faculdades instrutórias do julgador, primeiro, por aí poder residir um caminho para a verdade material e, segundo, para demonstrar que, na letra da lei, incumbe mesmo ao juiz, realizar ou ordenar oficiosamente as diligências necessárias (Artigo 411.º do CPC), procurando, assim, formar a sua convicção acerca dos factos narrados pelas partes. Deste modo, o juiz hodierno não corresponde à ideia de um juiz passivo, se quisermos, ilustrada na ideia tecida por ANTOINE DE SAINT-EXUPÉRY, segundo a qual, no sexto planeta, habitava um geógrafo que, apesar da função importante que desempenhava, não saía do gabinete para explorar. Esse geógrafo encontrava-se limitado a registar o que até ele chegava, descrito pelos exploradores e por estes devidamente provado; não tinha qualquer outra incumbência, por exemplo, diligenciar por obter conhecimento, dentro do que lhe era possível. (Cf. SAINT-EXUPÉRY, 2013, pp. 53-56 [54 e 55]).

⁵⁴ RODRIGUES (2016, p. 37).

- “Se predisponha e prepare, tecnicamente, para lidar com a complexidade do conflito;
- Procure a clarividência no tratamento das situações da vida real com apelo à experiência de vida;
- Alargue os horizontes da sua cultura geral e apure a sua sensibilidade pessoal para compreender a essência dos casos, no contexto natural e social em que ocorrem, e as motivações humanas que lhe estão subjacentes;
- Preze a atitude do saber ouvir e afine os modos de comunicação entre os diversos intervenientes processuais;
- Se agilize no acesso aos conhecimentos especializados que a análise do caso, por vezes, requer;
- Cultive o sentido da abordagem inter e transdisciplinar, para melhor estabelecer as pontes de diálogo entre os diversos saberes que cada caso convoca.⁵⁵⁴

Nas palavras de **ABRANTES GERALDES**, a verdade inerente ao Direito é a verdade possível, na medida em que:

“(...) a *verdade absoluta* é estranha ao Direito e que, por conseguinte, a formulação de juízos judiciais deve assentar, conforme as circunstâncias e a natureza do caso, em critérios que se orientem pela verosimilhança ou pela maior ou menor probabilidade, não devem ser feitas exigências probatórias irrealistas que, na prática, acabem por revelar uma situação de denegação de justiça. Importa, por outro lado, ponderar, além dos aspectos ligados à distribuição do *onus da prova*, os dados revelados pela experiência judiciária no que concerne ao exercício desse ónus, sem ignorar sequer a postura concretamente adoptada pela parte contrária sobre a qual também recaem exigências decorrentes do *dever de cooperação* relativamente à descoberta da verdade e outras associadas ao ónus de contraprova.”⁵⁶

Ao que acresce, concorrendo para o conceito de verdade judicial, a grande maioria dos processos judiciais incidir sobre factos controvertidos passados e, nessas situações (perante a inexistência de prova legal ou acordo das partes), o Tribunal encontra-se onerado ao dever de estabelecer premissas e delas concluir, se os factos alegados pelas partes existiram (ou não existiram), dando-os como provados (ou não provados), em conformidade com a lei.⁵⁷

Em concordância, essas premissas padronizam a ideia de processo, e correspondem ao *silogismo judiciário*, sujeito às regras da lógica formal: “(I) uma, cronologicamente precedente, consiste na decisão relativa aos factos relevantes para o caso e que afirmará (ou não) que eles

⁵⁵ GOMES (2005, p. 132). Esta questão remete-nos para a obra de GARAPON (1997).

⁵⁶ GERALDES (2014, p. 8).

⁵⁷ São reduzidos os processos judiciais que exigem ao julgador determinar previsões; de que pode ser exemplo o cálculo, para efeitos de indemnização, das consequências futuras de certos eventos (pretéritos ou actuais). Como exemplo, dá-se a prolação da sentença, sem que exista o conhecimento de todos os factos, como é o caso das acções de indemnização fundadas em responsabilidade civil, em que a decisão não contempla todo o pedido (artigo 600.º e 609.º, n.º 2 do CPC). Nesses casos, o Tribunal condena no que vier a ser liquidado, sem prejuízo de condenação quanto à parte que já seja líquida (Cf. PEREIRA, 2013, p. 10).

existiram ou não existiram (é a premissa menor); (II) a outra, na verificação da resposta que se retira da lei para o conjunto de factos previamente definidos (é a premissa maior), premissas que determinarão o conteúdo do dispositivo da sentença relativa ao caso (a conclusão do silogismo).”⁵⁸ Por outras palavras, a lei consiste na premissa maior, os factos (provados) correspondem à premissa menor e a decisão figura como a conclusão. Por isso impõe-se que:

“O autor, ao preparar e organizar a petição, há-de raciocinar como raciocinaria mais tarde o juiz, na sentença, para julgar procedente a acção. O esqueleto da petição terá de ser forçosamente um silogismo, sob pena de não poder desempenhar convenientemente a função que lhe é própria. É da essência do silogismo que a conclusão se contenha nas premissas, no sentido de ser o corolário natural e a emanação lógica delas.”⁵⁹

Ora, caso o julgador logre na valoração das provas e, por conseguinte, na integração dos factos à norma, partimos da asserção de que a sentença se assemelhará à reconstituição *válida e possível* da forma como as coisas realmente aconteceram.⁶⁰ Ainda assim, há que admitir a possibilidade de erro judicial, razão pela qual, nas palavras de **ANTUNES VARELA**:

“Por mais *correcta* que seja a *interpretação* das normas examinadas na *sentença* ou no *despacho*, e por *mais completo* e *exacto* que seja o conhecimento do *sistema* revelado pelo julgador, a *sentença* será sempre *injusta* se ela der como verificado o *facto essencial* que na realidade se não verificou ou tiver como *não verificado*, por exemplo, *o pagamento que o réu efectuou*.”⁶¹

Como vimos, “A realidade é sempre percecionada numa visão parcelar, distinta de pessoa para pessoa e, por isso, dela apenas se pode colher determinada verdade, que foi aquela que o julgador assimilou e que, obviamente, não é absoluta no sentido de excluir qualquer espécie de humano errar.”⁶²

⁵⁸ RUÇO (2017, p. 22), MENDES (1961, p. 204), MACHADO (1989, p. 79).

⁵⁹ REIS (1946, p. 381).

⁶⁰ Tal conjectura não significa a obtenção da verdade ontológica. Se quisermos ser mais precisos, em Processo Civil trata-se da verdade material, que “... é uma *verdade contextualizada e relativa* em função dos conhecimentos ou informações disponíveis pelo julgador, os resultados probatórios e os juízos que dele resultam, ao invés de serem verdadeiros, podem ser tidos ou aceites como verdadeiros.” (MARQUES, 2016, p. 61).

⁶¹ VARELA (1997/98, p. 11, *apud* RUÇO, 2017, p. 23).

⁶² RODRIGUES (2017, p. 16).

Também, **GIORGIO DEL VECCHIO**, faz notar que “a verdade do juiz não é absoluta, mas certeza relativa, que resulta de certos factores”.⁶³ Sem prejuízo de admitir essa possibilidade, há que destacar o pensamento de **REMÉDIO MARQUES**, que exprime a verdade processual como *um valor essencial*, sob pena de a decisão judicial ser injusta, se baseada numa *reconstrução errada ou falseada*.⁶⁴

A tal propósito, **TOMÉ GOMES** acentua que:

“(…) a verdade judiciária não resulta, como por vezes se julga, de uma mera captação directa ou indirecta dos factos, numa lógica redutora do ser ou não ser, alheia a qualquer racionalidade justificativa. Bem pelo contrário, ela é tributária de uma racionalidade empírica, dominada pelo juízo de probabilidade, conducente, quando muito, a uma certeza relativa que não dispensa, por isso, uma base de motivação objectiva.”⁶⁵

Desta feita, face a estas condicionantes, mostra-se compreensível e preferível obter “uma verdade judicial legítima e justa”⁶⁶, em detrimento de uma verdade histórica ou científica, obtida sem a devida acuidade aquando do uso dos critérios valorativos e dos procedimentos probatórios legais, bem como vinculada a uma exímia fundamentação da matéria de facto.

Contudo, salvo os casos jurídicos mais simples (*a priori*), essa actividade comprobatória levada a cabo pelo julgador vai de encontro às dificuldades inerentes a qualquer profissão, que se baseie na reconstituição de eventos passados, não presenciados. Tanto assim é, para o Direito, que um determinado facto dado como não provado pelo julgador, pode significar, por um lado, que o julgador se convenceu de que esse facto não ocorreu ou, por outro lado, que não conseguiu sobre ele formar convicção, encontrando-se num estado de dúvida. Seja como for, o julgador apesar de não ter presenciado os acontecimentos, em qualquer caso, é pela lei enquadrado e legitimado como observador. Demonstrativo desta ideia são as palavras de **SOUSA MENDES**:

“Na verdade, a prova livre antecipa duas características típicas do espírito moderno, a saber: a abertura à experiência e a autonomia do observador (neste caso, o julgador). Tais características potenciam a descoberta da verdade material.”⁶⁷

⁶³ VECCHIO (s/d, p. 59, nota 66 *apud* AGUIAR e SILVA, 2001, p. 41).

⁶⁴ MARQUES (2016, p. 61).

⁶⁵ GOMES (2005, p. 131). Sobre este assunto ver também ABELLÁN (1999).

⁶⁶ GOMES *in* PIRES DE SOUSA (2017c, p. 11).

⁶⁷ MENDES (2010, p. 1000).

É por isso que a convicção do julgador, quanto aos factos controvertidos, pode traduzir estados de existência (facto provado), inexistência (facto não provado) ou dúvida (facto não provado)⁶⁸, resolvendo a controvérsia, na hipótese de não ser interposto recurso.⁶⁹ Pelo que, como afirma **ANA MARIA BRITO** “a verdade material que se pretende alcançar no processo, através das provas livremente apreciadas, é uma verdade pratico-jurídica” ou uma verdade material.⁷⁰

Essa verdade práctico-jurídica enquadra-nos no pensamento de **CASTANHEIRA NEVES**. Como pressuposto do Direito, o autor define a racionalidade jurídica (segundo um ideal de solução de casos jurídicos), que trata o Direito numa perspectiva de *sistema* e *problema*, onde opera a dialética⁷¹. Para tanto, caracteriza o *sistema* como o *conjunto de uma unidade de*

⁶⁸ Como alerta RUÇO (2017, p. 58), “Mas a ausência de prova que conduz o juiz à declaração de um facto como *não provado*, não implica que o facto não tenha existido no mundo; quer dizer apenas que o juiz não se convenceu da sua existência, ficando em aberto a hipótese de ter existido e a hipótese de não ter existido. Por isso, se se responder *não provado* ao facto <<A (devedor) pagou 100 a B>>, a resposta <<não provado>> não implica a existência do facto contrário, isto é, que <<A não pagou 100 a B>>. Neste caso e noutros semelhantes, como o devedor A está onerado com o ónus de provar que pagou, na medida em que o pagamento é um facto extintivo - artigo 342.º, n.º 2 do Código Civil -, se a resposta ao facto for *não provado*, tudo se passará, juridicamente, como se ele não tivesse pago”. O mesmo autor, observa ainda que a Jurisprudência “tem referido que a resposta negativa a um facto significa apenas que esse facto não resultou provado e nada mais que isso, não implicando tal resposta que se considere provado o facto contrário – Acórdãos do S.T.J. de 08-2-1996, no B.M.J. n.º 154-304; de 28-05-1968, no B.M.J. n.º 177-260; de 30-10-1970, no B.M.J. n.º 200-254 e, mais recentemente, de 06-04-2006, com referência ao n.º 06B305, em www.dgsi.pt.” - *Loc. Cit.*, nota 32.

⁶⁹ *Idem* (2017, pp. 16 e 36).

⁷⁰ BRITO (2013, p. 9 e 10). Referindo-se ao acórdão do STJ, de 06-10-2010 (relatado por HENRIQUES GASPAR) e ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13-02-2013 (relatado por CARLOS ALMEIDA) a autora cita, respectivamente, que “a verdade processual, na reconstituição possível, não é nem pode ser uma verdade ontológica. A verdade possível do passado, na base da avaliação e do julgamento sobre factos, de acordo com procedimentos, princípios e regras estabelecidos. Estando em causa comportamentos humanos da mais diversa natureza, que podem ser motivados por múltiplas razões e comandados pelas mais diversas intenções, não pode haver medição ou certificação segundo regras e princípios cientificamente estabelecidos. Por isso, na análise e interpretação – interpretação para retirar conclusões – dos comportamentos humanos há feixes de apreciação que se formaram e sedimentaram ao longo dos tempos: são as regras da experiência da vida e das coisas que permitem e dão sentido constitutivo à regra que é verdadeiramente normativa e tipológica como meio de prova – as presunções naturais.” Também, “Nas questões humanas não pode haver certezas... Também não se pode pensar que é possível, sem mais, descobrir ‘a verdade’”. *Loc. Cit.*

⁷¹ Explica o autor que “(...) pode aceitar-se que o sistema jurídico começa sempre por delimitar e pré-determinar o campo e o tipo dos problemas no começo de uma experiência problemática – posto que, obedecendo a problemática, pelo menos neste domínio, ao esquema de pergunta-resposta, os problemas possíveis começam, de um lado, por ser aqueles que a intencionalidade pressuposta no sistema (com as possibilidades interrogativas dos seus princípios) admita, e os modos de os pôr serão, de outro lado, aquele que sejam correlativos das soluções (respostas) que o sistema ofereça – já não é lícita a unilateral sobrevalorização do sistema que se traduza no axioma de que os problemas a emergir dessa experiência serão unicamente os que o sistema suscite e no modo apenas por que os aceite. Isso porque a experiência problemática, enquanto também experiência histórica, vem sempre a alargar-se e a aprofundar-se, em termos de exigir novas perguntas (problemas) e outro sentido para as

totalização normativa: de normas, princípios, jurisprudência e doutrina. Em concreto, no que aqui interessa sublinhar, a verdade prático-jurídica encontra abrigo nesse substracto da *jurisprudência*, a qual, segundo **CASTANHEIRA NEVES**, é o resultado de “uma já experimentada realização problemático-concreta do direito”. Ora, a perspectiva do *problema*, também ela, demonstra e exige a “*justeza decisória*”, que mais não é do que, sob a forma de pergunta⁷², dar uma resposta jurídica, alicerçada num juízo jurídico, a um caso concreto “*problemático-jurídico*”, contextualizado num específico e singular espaço histórico-social.⁷³

Por outro lado, tampouco parece ser plausível, por parte da sociedade, exigir ao julgador uma *certeza absoluta* aquando da decisão da matéria de facto, à luz das vicissitudes que esta comporta. Desde logo, como se disse, o julgador não presenciou os acontecimentos, assumindo no processo a posição de terceiro imparcial, que diligencia pela reconstituição dos factos, que considere juridicamente relevantes: o chamado juiz historiador, que trata o “caso concreto-histórico” submetido a julgamento, com base na sua “individualidade histórica”.⁷⁴

Como bem nota **SOUSA MENDES**, “o juiz historiador tem de reconstituir um facto individual que ele mesmo não percepcionou. Na melhor das hipóteses, o juiz historiador conseguirá ainda assim ter acesso a fragmentos da matéria de facto”.⁷⁵ O autor apresenta, como exemplo, do que considera um fragmento da matéria de facto, um “artigo de jornal que constitua o objecto de uma acusação de difamação através da comunicação social.”⁷⁶ Mas, como se sabe, essa não é a regra no que tange à reconstituição dos factos individuais, sendo que, “na maior

respostas (implicadas em novas intenções que entretanto, e através dos novos problemas, se vão assumindo)”. (Cf. CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 157, *apud* COELHO, s/d, pp. 4 e 5).

⁷² “A extensão do saber não elide a pergunta – os problemas sempre se podem por de modo diferente, ou mesmo ser inteiramente novos, e seja como for sempre exigirá a mesma atitude metódica de reconhecimento de sua autônoma posição problemática: a solução do caso não pode ser simplesmente deduzida de um saber anterior, até porque apenas o ‘tipo de problema se pode repetir, mas o problema enquanto tal nunca deixará de ser novo no modo concreto e individualizado do seu pôr-se” (Idem, s/d, pp. 3 e 4).

⁷³ CASTANHEIRA NEVES (1993, pp. 156 e 159). Situações que se tornam concretas, “no modo como imediatamente (fenomenologicamente) se oferecem são, do mesmo passo, a base e a ocasião da negatividade problemática.” – *Loc. Cit.* p. 160 *apud* COELHO, s/d, p. 4.

⁷⁴ CASTANHEIRA NEVES (1968 pp. 47 e 48 *apud* MENDES, 2010, p. 1004).

⁷⁵ MENDES (2010, pp. 1002 e 1003).

⁷⁶ Idem.

parte das vezes, o juiz historiador terá de lançar mão de um procedimento indiciário, recorrendo à percepção de meros factos probatórios através dos quais procurará provar o facto principal.”⁷⁷

Não obstante, a amplitude de convicção que se exige ao julgador, quando procura provar o facto principal, quer seja através da observação directa ou por fragmentos, quer seja através da prova indiciária (ou prova por presunções), “terá, no final, de ser feita de um modo totalizante, pois o juiz historiador nunca pode perder de vista que lhe cabe fazer um juízo objectivo, concreto e atípico acerca do caso decidendo.”⁷⁸

Assim, para **DINAMARCO**⁷⁹, a certeza absoluta não é um requisito para julgar, considerando a regra do *onus probandi* cumprida perante a demonstração razoável da existência do facto, o que não deixa de consubstanciar e exigir uma medida de certeza, nas palavras de **VAZ SERRA**:

“As provas não têm forçosamente que criar no espírito do juiz uma absoluta certeza acerca dos factos a provar, certeza essa que seria impossível ou geralmente impossível: o que elas devem é determinar um grau de probabilidade tão elevado que baste para as necessidades da vida.”⁸⁰

Também, em idêntico sentido, **LEBRE DE FREITAS**, nota que à convicção do julgador “Basta-lhe assentar num juízo de suficiente *probabilidade* ou *verossimilhança*, que o necessário recurso às presunções judiciais (arts. 349 e 351 CC) por natureza implica, mas que não dispensa

⁷⁷ Ibidem. Sobre o processo indiciário “(...) a prova indiciária é aquela que permite a passagem do facto conhecido ao facto desconhecido. É neste campo que as regras da experiência se tornam necessárias, na medida em que ajudam à realização dessa passagem.” – *Loc. Cit.* As regras da experiência permitem obter ou “produzir prova de primeira aparência (*prima facie evidence*). - *Loc. Cit.*, p. 1011.

⁷⁸ MENDES (2010, p. 1003). Sobre a analogia do juiz historiador, ver a obra de CALAMANDREI (1965).

⁷⁹ Nas palavras do autor, “(...) Basta que, segundo o juízo comum do *homo medius*, a probabilidade seja tão grande que os riscos de erro se mostrem suportáveis. [...] O juiz que pela obsessão da verdade considerasse inexistentes os fatos afirmados, somente porque algum leve resquício de dúvida ainda restasse em seu espírito, em nome dessa ilusória segurança para julgar estaria com muito mais frequência praticando injustiças do que fazendo justiça.” (Cf. DINAMARCO, 2005, p. 81, *apud* SILVEIRA, 2011, p. 27), o qual refere, a este propósito, que DINAMARCO logra em constatar as dificuldades inerentes à decisão da matéria de facto, apesar de recorrer a expressões vagas “que invocam o autocontrolo como virtude dos julgadores”. Também, para FREITAS (1984, p. 117 *apud* PIRES DE SOUSA, 2017d, p. 10) “No âmbito do princípio da livre apreciação da prova, não é exigível que a convicção do Julgador sobre a validade dos factos alegados pelas partes equivalha a uma certeza absoluta, raramente atingível pelo conhecimento humano. Basta-lhe assentar num juízo de suficiente *probabilidade* ou *verossimilhança* (...)”.

⁸⁰ VAZ SERRA (1961, pp. 82 *apud* MENDES, 2010, p. 998). Em igual sentido, HABERMAS (1988), referindo o contexto diferente em que opera a verdade institucional. Também, TARUFFO (2002) expõe a relevância de encontrar e enquadrar a verdade (relativa), sem prejuízo da decisão justa.

a máxima investigação para atingir, nesse juízo, o máximo de segurança.”⁸¹ Nas palavras de **FERNANDO RODRIGUES**, “A prova, em seu devir e como resultado da busca da existência e da realidade do evento, será, isso mesmo, a probabilidade da verificação do facto.”⁸² Contudo, para o Processo Penal, mantem-se o julgador onerado na *prova para além da dúvida razoável*⁸³, principalmente por aí residirem valores tutelados e confiados pela sociedade.

Seja como for, o dever de julgar é sempre patente, quer ao Processo Civil, quer ao Processo Penal, o que legitima automaticamente o julgador a não se abster de aplicar a lei, com base no que resultou da matéria probatória; sobretudo, tem de decidir, independentemente do seu grau de certeza pessoal.⁸⁴ E, com o *resultado da matéria probatória*, referimo-nos a todas as provas examinadas em audiência, que serão motivadas na sentença.⁸⁵

Por fim, a regra geral do Artigo 346.º do CC, aponta “que só se consegue provar o facto não havendo dúvidas de que ele se verificou.”⁸⁶ Dai que, o julgador através da prova procure obter a verdade material e, ao mesmo tempo, convencer-se sobre a realidade dos factos.

Efectivamente, em termos amplos, “A prova é (...) fonte de conhecimento e, por conseguinte, do convencimento do julgador”.⁸⁷

⁸¹ FREITAS (2017, p. 202).

⁸² RODRIGUES (2017, p. 17). Inclusive para o decretamento das providências cautelares, a lei exige uma *probabilidade séria* (Artigo 368.º, n.º 1 do CPC). – vide RODRIGUES (2016, p. 43, nota 43).

⁸³ Como ensina FIGUEIREDO DIAS (2004, pp. 202 e 203) a verdade a procurar é uma verdade *prático-jurídica*, que provém de um convencimento do julgador, sobre a verdade dos factos jurídicos, para além de toda a dúvida razoável. O Tribunal Constitucional tem comungado desse entendimento, atribuindo valor constitucional ao *princípio da verdade material*, sem prejuízo da estrutura acusatória do processo penal português, bem como considerando a *justiça material baseada na verdade dos factos* um valor indisponível. (Cf. Ac. TC. n.º 137/2002). MENDES (2010, p. 997), caracteriza o princípio da prova para além de qualquer dúvida razoável, como a “exigência de máxima certeza para a condenação”.

⁸⁴ Cf. Artigo 8.º CC. Para o Processo Civil, o julgador “poderá absolver ou condenar o réu com idênticos graus de dúvida, tudo dependendo da ponderação que fizer a final do preenchimento do ónus da prova por cada uma das partes.” (Cf. MENDES, 2010, p. 1006). Por outro lado, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS (2004, p. 213), o juiz penal perante “um *non liquet na questão da prova* – não permitindo nunca ao juiz, como se sabe, que omita a decisão [...] – *tem de ser sempre valorado a favor do arguido*”.

⁸⁵ BRITO (2013, p. 14).

⁸⁶ RODRIGUES (2016, p. 43).

⁸⁷ NEVES (2011, p. 55). Também, “Examinar as provas é examinar todas as provas e tudo tem que resultar inequivocamente da sentença.(...) Motivar é argumentar. Na motivação da matéria de facto o juiz histórico pretende convencer, e, simultaneamente, está a convencer-se. A convicção que não consegue ser explicada, não pode vingar, e não fundamenta a matéria de facto.” (Cf. BRITO, 2013, p. 14).

4. Os Factos constantes da sentença e o *Princípio da Livre Avaliação da Prova*

Rege o Artigo 154.º do CPC que *as decisões proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo são sempre fundamentadas e que a justificação não pode consistir na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição, salvo quando, tratando-se de despacho interlocutório, a contraparte não tenha apresentado oposição ao pedido e o caso seja de manifesta simplicidade.*⁸⁸

Por outro lado, nos termos do Artigo 607.º, n.º 3 e 4 do CPC, o juiz, após indicar as questões que cumpre solucionar, está onerado na tarefa de declarar os factos que considera provados e não provados, fundamentando a decisão (Artigo 154.º, n.º 1 e 2 do CPC). Na fundamentação, esses factos englobam os factos principais, os factos instrumentais, os factos complementares e os factos notórios. Essa tarefa tem por pano de fundo o material probatório produzido no litígio, nomeadamente, 1) os factos admitidos por acordo, 2) os factos provados por documento⁸⁹, 3) os factos provados por confissão (escrita)⁹⁰, 4) os factos que resultam do conjunto dos elementos probatórios, 5) os factos conhecidos através das presunções legais ou judiciais (regras de experiência), bem como 6) a valoração de toda a prova produzida, sob o *princípio da livre apreciação de prova*, para cada facto em concreto (Artigo 607.º, n.º 5 do CPC).⁹¹

O juiz não pode afastar-se desta limitação taxativa, a qual emana, nos termos do Artigo 609.º, n.º 1 do CPC da circunstância da sentença não poder condenar em quantidade superior ou em objecto diverso da causa de pedir (regra do limite da condenação), pelo que é razoável admitir que daqui decorra uma ideia de previsibilidade, perante o que são as expectativas das

⁸⁸ Segundo o Artigo 567.º, n.º 3, do CPC, “Se a resolução da causa revestir manifesta simplicidade, a sentença pode limitar-se à parte decisória, precedida da necessária identificação das partes e da fundamentação sumária do julgado.”

⁸⁹ Independentemente de se tratar de documento autêntico, autenticado ou particular. Em concreto, GERALDES (2014, p. 19, nota 26), refere que “O facto provado por documento não corresponde ao próprio documento. Em vez de o juiz se limitar a ‘*dar por reproduzido o teor do documento X*’, importa que extracte do mesmo o segmento ou segmentos que sejam concretamente relevantes, assinalando, assim, o específico meio de prova em que se baseou. Imposição que obviamente colide com a pura reprodução de todo o documento, mesmo dos segmentos que não são de modo algum determinantes para a apreciação do caso”.

⁹⁰ “É de notar que mesmo a *confissão* em audiência final deve ser reduzida a escrito para ganhar foros de prova plena, nos termos dos arts. 358º, nº 1, do CC, e 463º, nº 1, do NCPD”. (Cf. Idem, nota 25).

⁹¹ PEREIRA (2013, p. 15).

Em todo o caso, concorrendo para a convicção positiva do julgador, pode ser inerente ao juiz, porquanto sujeito, situado num dado espaço e tempo, formular um juízo de valor prévio, ainda que de modo involuntário, sobre os factos constantes do processo. A este nível, a função interna, adstrita ao dever de fundamentação, demonstra-se essencial, por obrigar o julgador a efectuar uma constante sindicância do raciocínio empreendido nessa tarefa, através da qual cria jurisprudência.⁹⁸

Também, e respondendo à interrogação lançada supra (Ponto 3), entendemos que a parcialidade dificilmente poderia ser afectada por qualquer índole de subjectividade, quando o julgador, no uso do *princípio do inquisitório*, determina oficiosamente a produção de um meio de prova, ainda que exista uma valoração subjectiva da prova, aliás, momento sem o qual dificilmente poderíamos falar de “convicção positiva do julgador”.⁹⁹ Assim, subscrevemos o entendimento de que: “Se isso fosse verdade, necessário seria sustentar que um historiador que decidisse estudar certos documentos, ou um biólogo que decidisse fazer certa experiência, perderiam por essa razão o seu equilíbrio, não estando em condições de valorar objetivamente o resultado das suas pesquisas. O julgador não tem de se exilar para defender a sua imparcialidade.”¹⁰⁰

ABRANTES GERALDES, sobre a subsunção da matéria de facto à matéria de direito, no campo da livre convicção bem como da prova legal, fez notar que:

“É evidente que a decisão da *matéria de facto* não deve ser condicionada por uma preconcebida *solução jurídica*, devendo o juiz verter na mesma o resultado da convicção formada sobre os meios de prova sujeitos a livre apreciação ou o que decorre de meios de prova vinculada. Mas tal não significa que o juiz, nesse momento, se abstraia e desconsidere as respectivas consequências jurídicas. Assim, com respeito pelos *deveres deontológicos* que

⁹⁸ “Ao decidir deve fundamentar a sua decisão em critérios objectivos. (...) Não esqueçamos que o julgador quando valora os factos - a prova dos mesmos - fá-lo através de um ato criador.” (Cf. MIMOSO e MAGALHÃES, 2012, p. 7).

⁹⁹ In RLJ 116.º/339, *apud* RODRIGUES (2017, p. 16).

¹⁰⁰ RODRIGUES (2016, p. 38). Também, e como a própria autora frisou em momento anterior, com base no artigo 411.º do CPC (iniciativa probatória genérica), o julgador está onerado a realizar *todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade (e à justa composição do litígio)*: “Este é o poder mais relevante em matéria probatória. Conjugando os elementos de interpretação mais próximos, tudo aponta no sentido de se tratar de um poder-dever: a letra da lei – o vocábulo *‘incumbe ao juiz’*; algumas ligações sistemáticas; e o modelo inquisitório subjacente à reforma do CPC de 1995/1996.” (Cf. *Idem*, p. 30). Contudo, se cumpre reconhecer que este artigo está direccionado para o apuramento da verdade, situações também existem em que “a lei processual portuguesa tem muitas regras que revelam que nem sempre a verdade material e a adequação à realidade constituem o valor supremo prosseguido.” (*Loc. Cit.* p. 31).

obrigam a um distanciamento em relação ao resultado da lide e sem embargo da necessidade e obrigatoriedade de o juiz motivar a decisão sobre a matéria de facto, não poderá deixar de *antecipar os efeitos* que resultam da prova ou da falta de prova de certos factos, assim como deve ponderar, em face dos institutos jurídicos em causa, os factos cuja prova se revela necessária para que a acção ou a excepção proceda.”¹⁰¹

Em conformidade, tecemos semelhantes considerações, pois não esqueçamos que a valoração da prova, *maxime*, o juízo crítico da prova, deve ser o resultado do conjunto de elementos da actividade probatória e que do processo constem, independentemente da convicção ter sido obtida ao abrigo da prova livre ou legal, de tal forma que, seja possível assegurar a racionalidade de todo o *iter* psicológico do julgador, sem prejuízo de aceitarmos uma eventual interferência do juiz, potencializando as virtudes do processo, ao antecipar certos efeitos e consequências jurídicas, cumprindo o dever de gestão processual (*v.g.* Artigo 6.º do CPC).

Deste modo, nos moldes actuais, a sentença, é o acto que conjuga a decisão da matéria de facto¹⁰² com a respectiva integração jurídica.¹⁰³ Sendo certo que a identificação da matéria de facto, pode ser formulada em termos mais genéricos, desde que “permitam uma correcta e inteligível compreensão da realidade que o Tribunal conseguiu isolar”.¹⁰⁴ **RAMOS FARIA e ANA**

¹⁰¹ GERALDES (2014, p. 3).

¹⁰² A matéria de facto provada e não provada é o “resultado de dois *processos decisórios* submetidos a regimes diversificados”, consoante o juiz esteja perante meios de prova com força plena, “sem que possam ser infirmados por outro género de provas (*v.g.* testemunhas, perícias ou presunções judiciais)” ou perante meios de prova ao abrigo do princípio da prova livre. Ao que acresce, acautelando o art. 607º, nº 5, “também é vedado ao juiz declarar provados determinados factos para os quais a lei exija determinada formalidade especial ou por documentos sem que essa exigência legal se mostre satisfeita.” (Cf. GERALDES, 2014, pp. 8 e 9).

¹⁰³ Idem (p. 2). Ainda segundo o autor, “No que concerne à *matéria de facto provada*, deve evidenciar, de forma imediata, coerente e lógica, a realidade sob apreciação, o que de modo algum se satisfaz com a colagem de diversos elementos que nem sequer internamente se mostram ordenados. Tal como acontece com um *puzzle*, em que o encaixe das peças se revela imprescindível à representação da imagem, também a realidade que o Tribunal considera apurada apenas ganha sentido com a ordenação dos diversos segmentos da matéria de facto. Ainda que se mantenha o número de componentes, o amontoado de peças (ou o arazoado de factos) não permite perceber a imagem (ou a realidade) em que se integra cada um dos elementos. Acresce que determinados segmentos da matéria de facto apenas revelam o seu verdadeiro sentido depois de contextualizados, atendendo, por um lado, ao modo como foram alegados e, por outro, aos motivos por que foram considerados provados. Com facilidade se encontram exemplos de uma *deficiente metodologia* na elaboração de decisão judiciais, designadamente em acções de responsabilidade civil por *acidente de viação*, em que é usual a mera transcrição dos factos assentes, seguida de outros que decorrem da alegação do autor e do réu, uns relativos às circunstâncias do acidente, outros aos diversos danos invocados, numa amálgama dificilmente decifrável. Nestas e noutras situações, só uma ordenação lógica e coerente da matéria de facto permite percepção da realidade que está em causa, tarefa que, uma vez executada, facilita a sua integração jurídica.” (*Loc. Cit.* p. 7).

¹⁰⁴ Ibidem (p. 8). O autor explana esta ideia com base num confronto entre o julgamento da matéria de facto e da matéria de direito, em que pode ser preferível uma maior concentração da factualidade considerada provada: “Tal como ocorre na *pintura*, o estilo realista ou naturalista não é o único capaz de representar a realidade. Posto que

LOUREIRO sublinham, igualmente, a importância da matéria factual ser bem identificada pelo Tribunal: “a decisão sobre a matéria de facto nunca se poderá bastar com formulações genéricas, de direito ou conclusivas, exigindo-se que o tribunal se pronuncie sobre os factos essenciais e instrumentais pertinentes à questão enunciada adquiridos pelo processo.”¹⁰⁵

Por ser também necessário à compreensão da sentença, o juiz deve respeitar a coerência interna, o que equivale a dizer “uma descrição lógica ou cronológica da matéria de facto apurada”, cumprindo-se um nexo lógico e uma regra elementar, traduzida no facto de que a sentença deve demonstrar essa realidade que cumpre integrar, o que necessariamente “impõe a sua descrição de forma inteligível e segundo uma ordem lógica que facilite a compreensão dos termos do litígio e a razão da necessidade de composição judicial.”¹⁰⁶

Em resumo, podemos afirmar que o sucesso ou sucumbência de uma acção reside nas questões de facto, às quais se aplica o Direito-norma. Pelo que, para aquele que queira lograr na sua pretensão, não basta a alegação dos factos, mas também a demonstração da prova que procura sustentar.¹⁰⁷ Deste modo, importa procurar construir uma narrativa processual que seja coerente, de forma a submetê-la ao livre convencimento do julgador.

A questão parece ser, em que moldes a racionalidade da decisão judicial, sob a tutela do *princípio da livre apreciação da prova*, pode ser controlada?¹⁰⁸

É certo que, o juiz encontra-se vinculado à produção da prova que acontece em julgamento. Mas, por outro lado, outras formas de aquisição do conhecimento sobre a verdade dos factos, sem origem no processo, podem contribuir para a formação da convicção do julgador.

estejam afastadas técnicas associadas ao abstraccionismo e sem embargo de determinadas situações carecerem de uma maior pormenorização, uma linguagem impressionista ou expressionista pode revelar-se suficiente para descrever a realidade em sentenças judiciais, desde que essa realidade seja perceptível não apenas pelo juiz, como pelas partes e, depois, pelos Tribunais Superiores”.

¹⁰⁵ FARIA e LOUREIRO (*apud* GERALDES, 2014, p. 21).

¹⁰⁶ GERALDES (2014, pp. 6 e 7).

¹⁰⁷ Segundo RODRIGUES (2017, p. 13) “O primeiro e maior embaraço que no direito se coloca em relação à prova é, pois, o de possuí-la e demonstrá-la”.

¹⁰⁸ Referimo-nos, em concreto, ao *como* pode a prova ser valorada, numa perspectiva de processo mental.

Veja-se, a este propósito, a motivação da sentença que recorra a factos extraprocessuais¹⁰⁹, ainda que originários da profissão e não da vida privada.¹¹⁰

Neste sentido, importa ter em atenção as expectativas das partes, face à previsibilidade do que é expectável do Direito provir.¹¹¹

Em boa verdade, o nosso Ordenamento Jurídico, tutela essa ideia de previsibilidade. A título de exemplo, observamos um critério positivo, quando nos referimos à vinculação do julgador em abordar na sentença toda a prova produzida ou valorada em audiência e, por outro lado, observamos um critério negativo, quando nos referimos ao facto do julgador estar impedido de valorar a prova que não foi produzida em audiência.¹¹²

5. Prova e o *Standard* de Prova

PIRES DE SOUSA assinala sobre a atividade comprobatória que esta “não pode depender da confiança subjetiva do julgador numa hipótese mas deve centrar-se na indicação de que existem boas razões para justificar essa confiança.”¹¹³ Desta forma, assumindo a fiabilidade da decisão judicial, a existência de um “standard” de prova, de índole objectivo, poderá apresentar-se como um facilitador na construção dos juízos de probabilidade. O autor explica ainda que o *standard* de prova “consiste numa regra de decisão que indica o nível mínimo de corroboração de

¹⁰⁹ Também denominados por ciência extra-processual. Por exemplo, o recurso às regras da experiência e ao facto notório, também os factos extra-processuais (NEVES, 2011, p. 21 e ss. [23]).

¹¹⁰ Segundo NEVES (Idem, pp. 21-29 [23]) quanto aos factos extraprocessuais que provêm da vida privada, a doutrina tem entendido que não devem “ser fonte do convencimento” do julgador, ou seja, o juízo valorativo não pode incidir nesses factos obtidos *ex officio*. A autora, no entanto, apresenta uma posição atenuada, afirmando: “...entendemos que o recurso a factos adquiridos em âmbito extra-processual estará absolutamente excluído quando os mesmos resultarem de uma atitude unilateral do próprio julgador, designadamente os factos que promanam da ciência privada, sem que esses factos tenham sido levados ao conhecimento dos intervenientes processuais (à acusação e à defesa), isto é, sem que tenham tido reflexo na matéria de facto sobre a qual recaiu o juízo valorativo incerto na decisão penal, por a isso obstar o fim último da tutela penal da proteção da dignidade humana do arguido, afastando-se a possibilidade de este ser surpreendido por uma decisão fundada em matéria de facto subtraída ao exercício do contraditório”. Para o Direito Probatório Civil, trata-se do recurso ao Artigo 3.º, n.º 1, dando-se cumprimento ao contraditório.

¹¹¹ A título de exemplo: “As provas têm o valor tabelado, de modo a que as partes saibam com o que podem contar. O ónus da prova tem um significado formal” (Cf. RODRIGUES, 2016, p. 28).

¹¹² Tendo por base legal o Artigo 355.º do CPP.

¹¹³ PIRES DE SOUSA (2017d, p. 1).

uma hipótese para que esta possa considerar-se provada, ou seja, possa ser aceite como verdadeira”, assegurando-se a “*cientificidade da decisão*”.¹¹⁴

Segundo **PIRES DE SOUSA**:

“Este critério da suficiência da prova deve pautar-se pela análise sobre a (in)existência de boas razões para justificar a decisão e não propriamente sobre a confiança do julgador. Um *standard* deve ser capaz de responder a duas perguntas: quando é que o grau de justificação é suficiente para aceitar um enunciado fáctico como verdadeiro e quais são os critérios objetivos que indicam que se alcançou esse grau de justificação.”¹¹⁵

Ou seja, podemos afirmar que a “decisão de considerar provado um facto depende do grau de confirmação que esses juízos de probabilidade propiciem.”¹¹⁶ Daí que, o *standard* de prova possa identificar-se com a ideia de princípios de tipo normativo, por representarem guias de conduta, para a decisão de facto (não obstante operarem como regra de decisão) e, por isso, “requerem ponderação em vez de subsunção”.¹¹⁷

Por outro lado, o *standard* de prova, segundo alguns autores¹¹⁸, serve de guia ao julgador, actuando sobre o risco de erro, no apuramento da matéria de facto, auxiliando sobre o que procurar “em cada prova para fixar os factos”.¹¹⁹

Mas, independentemente da forma como se observe esta questão, em torno da eliminação do erro, eventualmente, sempre cumprirá subscrever o entendimento partilhado por

CLARA CALHEIROS:

“A pertinência pode vir a ser programada, mas a originalidade não. Foi nessa contradição que Karl POPPER baseou, em 1934, a sua teoria da descoberta científica. Enquanto o neopositivismo vienense pretendia impor a base da lógica na distinção verdadeiro/falso, ele advertia que o acto de conceber e inventar uma teoria não é susceptível de uma análise lógica. Também o neurocientista português António DAMÁSIO, na sua obra O erro de

¹¹⁴ O texto segue e transcreve o entendimento de PIRES DE SOUSA (IDEM, pp. 1 e 2), em que o mesmo refere que “O *standard* tem de ser objetivo requerendo um critério de controle de molde que uma pessoa distinta do operador judicial possa realizar um juízo sobre a hipótese a partir do material probatório disponível. (...) O *standard* de prova expressa uma tentativa de instruir o julgador no que tange ao grau de confiança que a sociedade crê que ele deve utilizar nas suas conclusões factuais”. Sobre este assunto ver também KNIJNIK (s/d, pp. 18 e 19).

¹¹⁵ PIRES DE SOUSA (2017d, p. 1).

¹¹⁶ BRITO (2013, p. 10).

¹¹⁷ PIRES DE SOUSA (2017d), SILVEIRA (2011, p. 315).

¹¹⁸ PIRES DE SOUSA (2017d); TARUFFO (2008).

¹¹⁹ PIRES DE SOUSA (2017d, p. 1).

Descartes, reconhece-se, com a humildade de quem procura a sabedoria, na ideia de que a ciência é, nada mais, do que um conjunto de erros corrigidos.”¹²⁰

¹²⁰ CALHEIROS (2007, p. 5 *apud* RODRIGUES, 2016, p. 39).

CAPÍTULO II - PRINCÍPIO DA LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA E FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO DO JUIZ

1. O Princípio da Livre Avaliação da Prova e os limites daí decorrentes

O *princípio da livre apreciação da prova*, princípio da liberdade de julgamento ou da prova livre é a regra a vigorar no nosso Ordenamento Jurídico, podendo o juiz valorar livremente as provas em juízo (sem hierarquizações entre elas), mediante aquilo que será a sua valoração subjectiva dos factos judiciais, como resultado de determinado meio de prova, pautando-se pela obediência à tramitação do processo.¹²¹ Como tal, percebemos, desde logo, que sendo esta a regra, o princípio da prova livre comporta excepções (prova legal ou tarifada), as quais serão, de seguida, alvo da nossa atenção.

Ora, à luz da regra da prova livre, um facto controvertido só será dado como provado se a “íntima convicção do juiz”¹²², gerada em face do material probatório trazido ao processo (bem

¹²¹ Referimo-nos às normas imperativas do processo, por exemplo, ao princípio constante do Artigo 547.º do CPC, sob a epígrafe Adequação Formal; admitindo a lei, que dessas decisões se possa recorrer, nos termos do Artigo 630.º, n.º 2 do CPC “(...) se contenderem com os princípios da igualdade ou do contraditório, com a aquisição processual de factos ou com a admissibilidade de meios probatórios.” Nesse sentido, “Não oferece, portanto, dúvida de que é recorrível uma decisão de simplificação processual que restrinja o número de testemunhas, que considere inadmissível, num determinado caso, a realização de perícia por se afigurar suficiente a verificação não judicial qualificada (artigo 494.º) ou a prova por declarações de parte (artigo 466.º) ou que obste à expedição de carta rogatória por ser previsível que ela não será cumprida no prazo fixado (artigos 176.º/2 e 5 e 178.º) (CASANOVA, 2014, p. 16).

¹²² Afastamo-nos, em parte, do entendimento GOMES (*in* PIRES DE SOUSA, 2017c, pp. 12 e 13), ao afirmar que “Quanto à valoração da prova livre, o que se afigura de maior interesse é assumir, claramente, uma vez por todas, que a formação de uma «prudente convicção» acerca de cada um dos factos controvertidos ou carecidos de prova, nos termos proclamados no artigo 655.º, n.º 1 do CPC, só é compatível com um modelo assente na racionalidade do juízo probatório, em detrimento do modelo do íntimo convencimento do juiz. Isto implica uma motivação da decisão de facto sustentada em razões pautadas por critérios objetivos de valoração, que não em meras convicções subjetivas do julgador, nessa medida praticamente insindicáveis”. Distingue ainda o autor supramencionado, sobre a motivação da decisão de facto, que importa separar “claramente o que deve fazer parte da economia do argumentário probatório do que constitui o *iter* psicológico do julgador da formação da sua convicção e que, em regra, não deve ser inserido naquela motivação”. (Idem) Ora, em nossa opinião, o modelo assente na racionalidade do juízo probatório, pode integrar e traduzir componente do íntimo convencimento do juiz, e que deve ser justificado na motivação da sentença, principalmente se o *iter* psicológico do julgador for alicerçado na *livre apreciação da prova* (ainda que este princípio esteja controlado pelas regras do processo), aproximando-nos, nesta medida, e só assim, da objectividade da decisão judicial e, por consequente, do modelo assente na racionalidade do juízo probatório. Também, SILVEIRA (2011, p.15), aponta “a falha, quanto ao desafio principal [do princípio da prova livre], de prover um controle eficiente de legitimidade ao juízo de fato através das regras do processo”.

como, porventura, da conduta processual das partes, nos termos do Artigos 344.º, n.º 2 e 357.º, n.º 2 do CC e Artigo 417.º, n.º 1 e 2 do CPC), e de acordo com a “*sua experiência da vida e conhecimento dos homens*”, nesse sentido apontar.¹²³ Ao que acresce, o imperativo legal do facto controvertido não estar sujeito à prova legal, que ditaria o seu valor e força probatória, sob pena de as partes, posteriormente e manifestando iniciativa, sindicarem nos Tribunais Superiores a incorrecta valoração da matéria de facto, inclusive no Supremo Tribunal de Justiça¹²⁴.

Trata-se da exceção prevista no Artigo 682.º, n.º 2 do CPC, o qual remete para o Artigo 674.º, n.º 3 do CPC, sob epígrafe ‘Fundamentos da Revista’: “O erro na apreciação das provas e na fixação dos factos materiais da causa não pode ser objeto de recurso de revista, salvo havendo ofensa de uma disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força de determinado meio de prova.”

Nessa perspectiva, e através de um enquadramento temporal, considera-se que a construção de um modelo jurídico, assente no princípio da prova livre, justifica-se por duas razões. Por um lado, a necessidade de quebrar e abandonar as vestes históricas que marcaram os sistemas jurídicos de *prova legal* ou *tarifada*, no que diz respeito à forma pela qual os factos eram investigados ou da própria dinâmica processual¹²⁵ e, por outro lado, controlar a legitimidade das decisões judiciais, afastando ou diminuindo arbitrariedades.¹²⁶

¹²³ RODRIGUES (2017, p. 18). Sobre as máximas da experiência, no domínio da prova livre: “o juiz vale-se da sua própria experiência da vida” ver em VAZ SERRA (s/d, pp. 78-82 *apud* FREITAS, 2017, p. 198, nota 7).

¹²⁴ Em concreto, acerca do STJ poder controlar o exercício dos poderes da Relação em matéria de presunções judiciais, ver MARQUES (2016). Sobre as presunções judiciais, ver PIRES DE SOUSA (2017c). As presunções encontram a sua razão de ser perante a prova indirecta, permitindo ao julgador progredir na formação da convicção sobre o facto principal e, assim, “avançar no *iter* probatório.” (Cf. FREITAS, 2017, p. 198, nota 7).

¹²⁵ Em traços gerais, era um procedimento inquisitorial, que tratava a prova legal exclusivamente da perspectiva do foro jurídico, através da qual se procurou limitar a excessiva discricionariedade do julgador. Ao juiz estava subtraído o domínio da decisão, dado que, era ao legislador que competia estabelecer o valor da prova. Como tal, existia uma pré-abordagem sobre a realidade dos factos e um juízo prévio sobre o tipo de certeza (sistema hierarquizados das provas). Por exemplo, em matéria de Direito Civil, a prova escrita era considerada a prova mais importante. Outros exemplos são partilhados por SILVEIRA (2011, p. 16) afirmando que “Regras como aquelas das ordenações filipinas referentes à diminuição de importância aos testemunhos de judeus e mouros, (...) são utilizadas como argumento central para o afastamento desse modelo cognitivo que não teria possibilidade de desenvolvimento no mundo contemporâneo.” O autor refere ainda que a intenção era a de impor ao raciocínio da decisão algumas regras, que permitissem a validade das conclusões, “de acordo com o conhecimento disponível”, garantindo a racionalidade das decisões; bem como, servir de contraposição ao poder das instituições que precederam o Estado moderno. (*Loc. Cit*)

¹²⁶ SILVEIRA (2011, p. 14). Acrescenta o autor, ao explicar, contudo, a racionalidade da prova legal, que esse modelo visava alcançar uma disciplina estática da formação do liame cognitivo, acerca da cognição dos factos, que

Com o intuito de reduzir o vasto campo propenso à arbitrariedade do julgador, e maximizar a racionalidade da cognição judicial na valoração dos factos, decorre do Artigo 607.º, n.º 5 do CPC que:

“O juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes.”

Ou seja, o *princípio da livre apreciação da prova*, cede perante:

“Os documentos escritos, autênticos (art. 371-1 CC) ou particulares (art. 376-1 CC), e a confissão escrita, seja feita em juízo (art. 358-1 CC), seja feita em documento autêntico ou particular, mas neste caso só quando dirigida à parte contrária ou a quem a represente (art. 358-2 CC); mas, quer o documento (art. 366 CC)¹²⁷, quer a confissão (art. 361 CC), que não reúnam os requisitos exigidos para ter força probatória legal ficam sujeitos à livre apreciação.”¹²⁸

Também, as presunções legais (artigo 350.º do CC) têm o valor probatório fixado por lei, não estando sujeitas à livre apreciação.¹²⁹ Neste plano da prova legal plena, contudo, **LEBRE DE FREITAS** relembra:

“*Em regra*, a prova legal pode ser contrariada por meio de prova de que resulte ser falso o facto objeto da prova (*prova do contrário*: art. 347 CC), pelo que dela resulta então apenas a inversão do ónus da prova, que passa a caber à parte que inicialmente não estava com ele

autorizassem o julgador a decidir sobre a existência destes. (*Loc. Cit.* p. 15). Uma abordagem incisiva sobre este tópico é abordada por RUÇO (2017, pp. 16 e *ss.* e 23 e *ss.*).

¹²⁷ “Ora, importa lembrar que os *documentos particulares* a que não corresponda força probatória plena são meios de prova como quaisquer outros que a lei submete à livre apreciação do julgador. Por isso, sem embargo da necessidade que, em concreto, possa existir relativamente à demonstração da veracidade ou do sentido de tais documentos, não existe qualquer imposição genérica no sentido de a parte os reforçar com prova testemunhal, exigência tanto mais incompreensível quanto é certo que esta é a mais falível de todas provas.” (Cf. GERALDES, 2014, p. 24).

¹²⁸ FREITAS (2017, p. 199).

¹²⁹ O *princípio da livre apreciação da prova* não é afastado aquando da prova bastante e da prova plena, só cedendo face à prova pleníssima. Segue-se aqui a posição de RODRIGUES (2017, p. 312), no que diz respeito às gradações da prova, “a) a prova bastante, que é a prova que cede perante contraprova, que torna o facto respectivo incerto (artigo 346.º do CC); b) a prova plena, que é a prova legal que só cede perante prova do contrário, que torna o facto respectivo como não verdadeiro (artigos 358.º e 371.º do CC) e c) a prova pleníssima, que é a prova legal que não admite sequer a prova do contrário (como sucede com as designadas <<*praesumptiones juris et de jure*>>)”.

onerada (art. 344-1 CC), ainda que, em determinados casos, só verificados certos outros requisitos legais.”^{130 131}

Paralelamente, também se pode dar o caso do julgador se encontrar em dúvida sobre a realidade de um facto, em princípio, provado por imposição legal. Nesses casos, segundo **LEBRE DE FREITAS**, e de acordo com a lei, essa dúvida:

“(…) é suficiente para que cesse o valor probatório por ela fixado. A prova é então *bastante*. Assim é que as presunções de paternidade ou maternidade (estabelecidas com base, nomeadamente, em declaração escrita inequívoca da paternidade ou da maternidade, feita pelo investigado) se consideram ilididas quando existam dúvidas sérias sobre a paternidade ou maternidade (arts. 1816-3 CC e 1871-2 CC). Quer para a ilisão da força probatória legal plena, quer para a criação do estado de dúvida no julgador, está de novo aberto o recurso a qualquer meio de prova e, portanto, também aos que estão sujeitos à livre apreciação judicial.”¹³²

Por fim, o *princípio da livre apreciação da prova* pode deparar-se com uma outra excepção, sempre que uma imposição legal (directa ou indirecta), determina que a prova de um certo facto obedeça a um concreto meio de prova (*v.g.* documental), e não a outro. Mais uma vez, no ensinamento de **LEBRE DE FREITAS**:

¹³⁰ FREITAS (2017, p. 200). Segundo o autor: “Imaginemos que consta em documento particular o reconhecimento por A, que com B tinha celebrado contrato-promessa de compra e venda dum bem móvel, que deste recebeu um sinal: o documento prova que A fez a declaração dele constante (art. 376-1 CC); desta declaração, porque confessória (art. 352 CC), deduz-se a realizada da entrega (art. 376-2); desta deduz-se, por força do art. 830-2 CC, a vontade das partes de afastar a execução específica do contrato promessa. Só que esta última dedução caracteriza uma presunção em sentido restrito”. Ora, fazendo prova do contrário (art. 347 CC), e como na base estava uma presunção legal (*stricto sensu*), ilidível (Artigo 350.º, n.º 2 do CC), e segundo o mesmo autor e com base na doutrina de CALVÃO DA SILVA (1996, p. 111) e ALMEIDA COSTA (1994, p. 348), é possível “a prova de que a vontade real das partes era, não obstante o sinal passado, no sentido de manter a possibilidade da execução específica.” (FREITAS, 2017, p. 199 e 200, nota 9 e 10).

¹³¹ Esses requisitos legais são *restrições especialmente determinadas na lei* (artigo 347.º do CC): “Assim, por exemplo, com base no art. 359 CC, o valor probatório da confissão só pode ser infirmado, mediante prova do contrário, quando ocorram certos fundamentos de nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico (...); e o valor probatório de documento autêntico ou particular só pode ser infirmado com fundamento em falsidade (arts. 372-1 CC e 376-1 CC) ou provando-se, sendo particular, que foi assinado por pessoa que não sabia ou não podia ler, sem a intervenção notarial exigida pelo art. 373 CC, ou que foi assinado em branco e, nos termos do art. 378 CC, se verificou a sua subtração ou a inserção, nele, de declarações divergentes das ajustadas com o signatário (art. 446-1).” (Cf. *Idem*, p. 200, nota 11).

¹³² *Ibidem* (p. 201).

“A imposição é *direta* quando a lei exige o meio apenas para a prova do facto: documento *ad probationem* de declaração negocial, aliás substituível por confissão em documento de igual ou superior valor probatório (art. 364-2 CC); confissão de não pagamento de dívida depois de decorrido o prazo de prescrição presuntiva (art. 313 CC); certidão do registo civil para prova dos factos a ele sujeitos (art. 4 do Código do Registo Civil), etc. É *indireta* quando a lei exige um documento, autêntico ou particular, como forma da declaração negocial (art. 364-1 CC), o que implica o ónus de conservação do documento e a sua apresentação para prova dessa declaração, com conseqüente afastamento de outros meios de prova (arts. 351 CC, 354-a CC e 393-1 CC; confrontar com arts. 393-2 CC, 394 CC, 568-d e 574-2).”¹³³

Ainda que, ressalve-se, existam o que podemos caracterizar como certas limitações, de ordem comprobatória, e não excepções à prova livre, por se situarem em momento anterior à livre apreciação. Exemplo, entre nós, apresenta-se o caso das vedações de testemunho, em prol da qualidade e credibilidade da prova obtida (Artigo 497.º do CPC), dado que, esses depoimentos são “oriundos de vínculos considerados socialmente incompatíveis com a imparcialidade exigida”¹³⁴. Também no campo Processual Penal observamos certas limitações, como destaca

SOUSA MENDES:

“Há outras limitações à livre apreciação da prova, mas que o legislador impôs, desta feita, relativamente ao modo de produção de certos meios de prova e que operam, portanto, em momento anterior ao da própria apreciação da prova. Por exemplo: um conjunto de regras destinadas a determinar a fiabilidade do testemunho (art. 138.º CPP), uma forma rigorosa para o reconhecimento de pessoas (art. 147.º CPP), etc.”¹³⁵

Assim, o legislador procurou de forma singela mas com significado (e em busca da *verdade*) sobrepor, em restritas circunstâncias, a prova legal à prova livre, movido por razões probabilísticas face à normalidade do acontecer (*id quod plerumque accidit*), respondendo com uma *espécie de modelo pré-estabelecido*.¹³⁶

Mas, se o *princípio da livre apreciação da prova* cede nas circunstâncias assinaladas, por outro lado, demonstra-se:

¹³³ FREITAS (2017, p. 201).

¹³⁴ SILVEIRA (2011, p. 17).

¹³⁵ MENDES (2010, p. 1008).

¹³⁶ SILVEIRA (2011, p. 18). Quando o domínio do valor das provas está previamente fixado na lei: “é esta própria que, ao impor a dedução, se baseia em ‘regras de experiência constantes e imutáveis’, baseadas num ‘critério de uniformidade ou de normalidade’(...)”. (Cf. FREITAS, 2017, pp. 198 e 199, nota 7). Sobre este assunto ver também FURNO (1940, pp. 153-154 e 159).

“(…) especialmente relevante no que concerne à prova testemunhal (com as excepções previstas nos arts. 393º a 395º do CC), à prova por declarações de parte (art. 466º, nº 3, do NCPC)¹³⁷, à prova pericial (em que esse princípio expresso no art. 389º do CC deve ser usado *cum granu salis*), à prova por inspecção judicial e por verificação não judicial qualificada (nos termos do art. 391º do CC e do art. 494º, nº 3, do NCPC) e à prova por presunções que sofre as limitações previstas para a prova testemunhal (art. 351º do CC).”¹³⁸

Para além do elencado, também a prova decorrente da conduta processual da parte fica sujeita à livre apreciação do julgador (Artigo 417º, n.º2 do CPC). Entretanto, cumpre assinalar que, no campo Penal, decorre do Artigo 127.º do CPP que: “Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente.” Assim, a *livre apreciação da prova* vigora durante todo o decurso do processo penal e é vinculativa para todos os seus órgãos, nomeadamente, para o Ministério Público.¹³⁹

Porém, também aqui, o princípio da prova livre, cede perante a prova legal, encontrando-se limitado perante: a confissão (se livre e sem reserva e só dos factos confessáveis), os documentos particulares e autenticados (Artigo 169.º do CPP), as perícias (*v.g.* a sindicância da prova de ADN) e o silêncio do arguido.

A questão em torno do silêncio do arguido, segundo a óptica do arguido ser um meio de prova (para além de sujeito processual), merece aqui algumas considerações adicionais, visto poder consubstanciar um exemplo, de uma situação prático-jurídica conflitante, dos limites decorrentes do *princípio da livre apreciação da prova*. Um excerto do acórdão do STJ de 06-10-2010, relatado por HENRIQUES GASPAS, observa que:

“O tribunal não pode extrair consequências negativas para o acusado do exercício por este do direito ao silêncio. Porém, se do dito, ou do não dito, pelo arguido não podem ser directamente retirados elementos de convicção, o que disser, ou sobretudo o que não disser, não pode impedir que se retirem as inferências que as regras da experiência permitam ou imponham.”¹⁴⁰

¹³⁷ Sobre a prova por declarações de parte, ver PIRES DE SOUSA (2015, 2017a).

¹³⁸ GERALDES (2014, p. 9).

¹³⁹ Como explica BRITO (2013, p. 2), a apreciação das provas também é da competência do Ministério Público: “Cabe-lhe, logo no inquérito, a correcta valoração dos indícios, sendo certo que vinga hoje a interpretação de que o juízo para arquivar ou para acusar se aproxima cada vez mais do juízo sobre a absolvição e sobre a condenação. É sempre da formação de uma convicção que se trata”.

¹⁴⁰ GASPAS BRITO (2013, p. 24).

Em conformidade, se considerarmos o facto da impossibilidade de retirar de forma mediata (ou directa), elementos de convicção judicial, quer do silêncio, quer das declarações prestadas (sem valor confessorio), cumpre também atender à possibilidade daí emergirem consequências (indirectas) para o arguido, o qual deixa de estar protegido pela prova legal, na medida em que, o *princípio da livre apreciação da prova* e da *aquisição processual*, pode sobrepor-se, valorando-se o silêncio ou as declarações¹⁴¹, ainda que em respeito pelo *princípio da não auto-incriminação*.

Contudo, alguma jurisprudência tem entendido que quando este opte por submeter-se ao silêncio (em respeito ao *princípio da não auto-incriminação ou nemo tenetur se ipsum accusare*), tal atitude pode indiciar uma correlação entre a valoração do silêncio e uma condenação, pois: “de acordo com as regras da experiência a quem é imputado o furto de determinado objecto, quando confrontado judicialmente com essa imputação, caso não seja o autor do crime, não se remeterá ao silêncio sobre a obtenção desse objecto”.¹⁴²

ANA MARIA BRITO tece algumas críticas a este respeito, entendendo que o arguido, que não queira prestar declarações, sobre os factos de que vem acusado, ainda que tal não o beneficie, também não o pode prejudicar. Trata-se de um *não-facto* que tem na origem um *nada-dizer*, razão pela qual “não deve constar da matéria de facto. Logrará, quanto muito, afloramento na sentença apenas em sede de exame crítico da prova.”¹⁴³ Assim, o exposto, trata de uma situação práctico-jurídica conflitante dos limites decorrentes do princípio da prova livre, aquando da valoração da prova, porque, desde logo, impõe-se ao *princípio da livre apreciação da prova* respeitar a lei processual penal e o Direito Constitucional (tutela implícita).¹⁴⁴

Em suma, ainda que seja de compreender o aproveitamento das declarações, desde que a valoração dessa prova não prejudique o *princípio da não auto-incriminação*, outra questão será admitir que do silêncio do arguido e das respectivas normas protectoras, se retirem tais inferências

¹⁴¹ As declarações do arguido são consideradas um meio de prova, nos termos do Artigo 344.º do CPP.

¹⁴² BRITO (2013, p. 22) em referência ao Ac. do TRC de 11.05.2005, Relator OLIVEIRA MENDES.

¹⁴³ Idem (p. 20).

¹⁴⁴ Cf. Artigos 61.º, n.º 1, al. d), 132.º, n.º 2, 141.º, n.º 4, a) e 343.º, n.º 1), todos do CPP e o *princípio da não auto-incriminação*, este “princípio constitucional implícito, está ligado à estrutura acusatória do processo, à transposição do arguido de objecto de prova para sujeito do processo, havendo ainda que compatibilizar a solução com a ausência de repartição do ónus de prova no processo penal”. (Ibidem, pp. 20 e 22).

e consequências (ainda que indirectas). Razão pela qual, cremos, *per si*, ser suficiente para atender a esta questão prático-jurídica com a devida acuidade.

2. O Substrato do *Princípio da Livre Apreciação da Prova*

Em termos gerais, nas palavras de **VICENTE RUÇO**, o *princípio da livre apreciação da prova* trata-se “de uma liberdade que apenas significa desvinculação em relação a um sistema valorativo de provas previamente fixadas na lei e desligado do caso concreto.” Com efeito, a formação da convicção do julgador, sob a protecção da prova livre “só é livre em relação a eventuais amarras valorativas da lei, não em relação aos cânones da razão”.¹⁴⁵ Neste sentido, também **DANIEL SILVEIRA** afirma que “justifica-se a preferência pelo livre convencimento por suas decantadas vantagens epistemológicas, como maneira mais direta de acesso à realidade, não mediado por normas.”¹⁴⁶

Em conformidade, **ALBERTO DOS REIS** reforça que:

“Quando se diz que o tribunal julga segundo a sua convicção, formada sobre a livre apreciação das provas, não se pensa em proclamar o império do arbítrio, do capricho, da vontade desregrada e discricionária na avaliação e julgamento das provas; o que se quer significar é que o juiz não está adstrito a critérios legais fixos e predeterminados, a normas absolutas, abstractas e severas, impostas por lei”.¹⁴⁷

De acordo com **CAVALEIRO DE FERREIRA**:

“O desaparecimento destas restrições à livre convicção não acarreta, porém, uma faculdade arbitrária de decidir. A convicção, por livre, não deixa de ser fundamentada; somente a supressão das provas legais tornou praticamente mudas a jurisprudência e a doutrina a este respeito, e criou por isso o grave perigo dum puro subjectivismo na apreciação das provas. Rerefe ainda que a livre convicção é um meio de descoberta da verdade, não uma afirmação infundamentada da verdade. É um conclusão livre, porque subordinada à razão e à lógica, e não limitada por prescrições formais exteriores.”^{148 149}

¹⁴⁵ As expressões citadas pertencem a RUÇO (2017, pp. 35 e 36).

¹⁴⁶ SILVEIRA (2011, p. 15).

¹⁴⁷ REIS (1981, pp. 244 e 245).

¹⁴⁸ FERREIRA (1986 *apud* RUÇO, 2017, pp. 35 e 36).

¹⁴⁹ FERREIRA (1986, p. 298), abordou este princípio e designou-o por *mutismo da jurisprudência*: o perigo de um subjectivismo puro. Expressão também referida por BRITO (2013, p. 3).

Também **CASTANHEIRA NEVES** afirma que:

“A liberdade de que aqui se fala não é, nem deve implicar nunca o arbítrio, ou sequer a decisão irracional, puramente impressionista-emocional que se furte, num incondicional subjectivismo, à fundamentação e à comunicação. *Trata-se antes de uma liberdade para a objectividade* [itálico nosso]. Não aquela que permita uma “intime conviction”, meramente intuitiva, mas aquela que se determina por uma intenção de objectividade, aquela que se concede e que se assume em ordem a fazer triunfar a verdade objectiva, i. é, uma verdade que transcenda a pura subjectividade e que se comunique e imponha aos outros – que tal só pode ser a verdade do direito e para o direito.”¹⁵⁰

FIGUEIREDO DIAS acrescenta ainda que:

“a convicção do juiz há-de ser, é certo, uma convicção *pessoal* – até porque nela desempenha um papel de relevo não só a actividade puramente cognitiva mas também elementos racionalmente não explicáveis (v.g. a credibilidade que se concede a um certo meio de prova) e mesmo puramente emocionais -, mas, em todo o caso, também também ela uma convicção *objectivável e motivável*, portanto capaz de impor-se aos outros.”¹⁵¹

A questão que pretendemos esboçar, e assente nas palavras transcritas de VICENTE RUÇO e FIGUEIREDO DIAS, merece maior atenção: se o *princípio da livre apreciação da prova* realça a maleabilidade ou brandura do Direito, indo ao encontro do caso concreto, e que por isso dele não está desligado, vê-se também a necessidade de assumir a convicção judicial como uma convicção pessoal ou subjectiva, para a qual concorrem elementos não explicáveis racionalmente.

Para além do exemplo partilhado por FIGUEIREDO DIAS, referente à credibilidade concedida a certo meio de prova, outras situações análogas de discricionariedade judicial podem ser elencadas, por exemplo, a dificuldade judicial em precisar o valor de cada direito, numa situação em confronto, e daí determinar criteriosamente a preponderância de um direito sobre outro(s), justificando racionalmente a decisão.¹⁵²

¹⁵⁰ CASTANHEIRA NEVES (1968 *apud* RUÇO, 2017, pp. 35 e 36)

¹⁵¹ FIGUEIREDO DIAS (2004, pp. 204 e 205).

¹⁵² RODRIGUES (2015, pp. 485 e 486) O autor refere que “Com isto, fica evidente que o (ab)uso da ponderação vem resultando numa série de problemas à aplicação do direito, sobretudo quando se busca uma interpretação das normas que leve em conta a coerência e integridade do sistema jurídico. Dito de outro modo, a vulgata da ponderação enfraquece a normatividade dos direitos fundamentais. Ao ser utilizada sem a devida preocupação com sua fundamentação, ela assume o risco de transformar a prestação jurisdicional numa justiça lotérica.” Também, “Muitos criticam a ponderação, pois como não há como definir o que prevalece, acabam imperando o arbítrio e subjectivismo judicial, gerando incerteza, insegurança jurídica, uma verdadeira caixa preta (*caixa de pandora*) da qual o juiz retira qualquer interpretação (...)”. (*Loc Cit.* p. 484). Exemplificando, entre nós, ganha

Como referiu **ABRANTES GERALDES**, referindo-se ao *princípio da livre apreciação*, “(...) o juiz aprecia os meios de prova segundo a sua prudente convicção, aplicando no exercício desse múnus as *legis artis* adequadas (nº 5 do art. 607º).”¹⁵³ O mesmo equivale a dizer, liberdade na valoração dos factos, sem imposições legais, permitindo ao julgador manejar as virtudes de um caso concreto, em busca daquilo que podemos considerar como a *verdade* alcançável pelas regras do processo (verdade material).¹⁵⁴

Admitindo que esse caminho possa ser bem percorrido, sobre a tutela do Direito, o raciocínio do julgador será motivável e, conseqüentemente, digno de controlo.

Em outras palavras, perante uma justificação nos termos apontados, cumpre-se a função externa da fundamentação da sentença, o que legitima o exercício do poder judicial, pois: “(...) o julgador moderno tem, cada vez mais, de produzir abundante fundamentação dos seus juízos probatórios.”¹⁵⁵ **FIGUEIREDO DIAS**, por sua vez, ensina que o *princípio da livre apreciação da prova* apresenta, um significado negativo, de “ausência de critérios legais predeterminados do valor a atribuir à prova” e, de igual modo, apresenta um significado positivo, pois opera mediante “uma *liberdade de acordo com um dever* – o dever de perseguir a chamada ‘verdade material’ – de tal sorte que a apreciação há-de ser, em concreto, reconduzível a critérios *objetivos* e, portanto, em geral *susceptível* de motivação e de controlo.”¹⁵⁶

Em consonância, **FERNANDO RODRIGUES** escreve que a base do conceito da prova livre é “o princípio da libertação do juiz das regras severas e inexoráveis da prova legal, sem que,

aqui relevância a problemática em torno de dois direitos de idêntico valor constitucional, que têm vindo a colidir (Artigo 335.º do CC): 1) o direito à liberdade de informação, pelos *Media* e 2) o respeito pelos Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais (bom nome, honra, privacidade). As decisões judiciais têm vindo a recorrer ao critério da proporcionalidade (artigo 18.º da CRP), a juízos de ponderação e ao interesse público da notícia. O TEDH tem defendido uma sobreposição dos Direitos dos *Media* sobre os Direitos, Liberdades e Garantias, do Artigo 70.º (cláusula aberta), que aqui saem subvalorizados. Também, nesta situação, apesar de ser clara uma ‘corrente’ de decisão, apresentam-se dificuldades na compreensão das ponderações casuísticas utilizadas e dos critérios que determinaram quanto valeu cada um dos Direitos em confronto. Sobre esse assunto, ver mais pormenorizadamente, HENRIQUES GASPAR (2011).

¹⁵³ GERALDES (2014, p. 9).

¹⁵⁴ Nas palavras de RODRIGUES (2017, p.18) “O que decide é a verdade material e não a verdade formal”. *Vide*, também DOMINGUES DE ANDRADE (1979, p. 356)

¹⁵⁵ MENDES (2010, p. 1001).

¹⁵⁶ FIGUEIREDO DIAS (2004, pp. 202 e 203).

entretanto, se queira atribuir-lhe o poder arbitrário de julgar os factos sem prova ou contra as provas.”¹⁵⁷

Ou seja, estamos em condições de afirmar que o substrato do *princípio da livre apreciação da prova* é o resultado da ausência de normas legais abstractas e absolutas, impostas ao julgador na forma como deve “traçar a arquitectura do raciocínio que está obrigado a construir” (aspecto negativo)¹⁵⁸. Por conseguinte, o julgador torna-se livre na formação da sua convicção, valorando os factos controvertidos e dando-os como provados ou não provados, sem limitações formais (aspecto positivo).¹⁵⁹

Assim, ao abrigo do *princípio da livre apreciação da prova*, a fixação da matéria de facto, consubstancia e elenca aqueles factos judiciais (principais e secundários)¹⁶⁰, que em sentença serão dados por provados ou não provados, consoante o Tribunal deles se tenha convencido ou não convencido, face à prova alegada e demonstrada, à verdade material¹⁶¹, à observância de formalidades legais e ao *espírito do julgador*.¹⁶²

Entendemos que, a valoração (ponderada) dos factos, que conduz à obtenção da convicção do Tribunal, pode comportar índole subjectiva, por depender do *espírito* de cada julgador, não obstante a existência de regras que visam padronizar o momento no qual um facto se deve dar por provado, guiando o juiz na forma *como* deve valorar os factos e, por conseguinte, atenuando contrastes decisórios face a processos similares.

Mas, sobretudo, porque também na objectividade podemos encontrar fragmentos de subjectividade. Nas palavras de **HENRIQUES GASPAR**:

¹⁵⁷ RODRIGUES (2017, p. 19).

¹⁵⁸ RUÇO (2017, p. 36).

¹⁵⁹ Ainda que vinculado à razão, à lógica e a um constante auto-controlo sobre o próprio raciocínio (à experiência subjectiva dos factos).

¹⁶⁰ Nas palavras de TARUFFO (2010, p. 223 *apud* PIRES DE SOUSA, 2017c, p. 11), “la decisión no versa solo sobre los llamados hechos principales, es decir, los hechos que son calificados jurídicamente, sino también sobre los llamados hechos secundários (o simples), que son logicamente relevantes en la medida que constituyen las premisas de inferências probatórias relativas a los hechos principales. (...)”.

¹⁶¹ Trata-se da *verdade processual, contextualizada e relativa*, “(...) em função dos conhecimentos ou informações disponíveis pelo julgador, os resultados probatórios e os juízos que dele resultam, ao invés de serem verdadeiros, podem ser tidos ou aceitos como verdadeiros. Pois, só deste modo, a função instrumental da prova pode melhor servir a função teleológica da verdade”. (MARQUES, 2016, p. 61).

¹⁶² Também WALTER (1985, p. 152 *apud* SILVEIRA, 2011, pp. 21 e 22, nota 20) referiu-se à actividade de cognição judicial como uma actividade subjectiva, quanto à valoração dos factos, explicando que“(...) la opinión dominante en la doctrina es partidária de um modelo absolutamente subjetivista, lo que le vuelvo a colocar em consonância con la jurisprudencia, la qual, como hemos visto, ha pasado de nuevo inequívocamente al campo ‘subjetivo’”.

“Na reconstituição objectiva e na apreciação das provas, a objectividade resulta sempre de alguma subjectividade, que se não questiona, por regra, na intervenção do júri, mas que se discute, não raro, no julgamento do juiz, de que se espera infabilidade como factor de segurança. O juiz é, antes do mais, um <<ministro da verdade>>, e na enunciação da verdade, como base de toda a decisão, manifesta-se a dimensão essencial do acto de julgar.”¹⁶³

A índole subjectiva a que nos referimos, enquadra-se no ensinamento de **LABORINHO LÚCIO**, a propósito do processo de tomada de decisão, a qual abrange quatro fases: *a primeira fase* diz respeito ao julgamento do facto concreto, o que equivale à apreciação da prova produzida (momento de índole objectiva); *a segunda fase*, que aqui toma relevância, abarca a valoração do facto (momento de índole subjectiva); *a terceira fase* compreende a seleção do Direito, ou seja, a escolha da norma jurídica aplicável (momento de índole objectiva) e, por fim, a quarta fase, encerra a integração ou valoração da lei: juízo valorativo sobre o resultado obtido (momento de índole subjectiva).¹⁶⁴ Subscrevendo esta análise, sobre a tomada de decisão judicial, tal significa que esse processo equilibra uma componente pública e uma componente privada da formação da convicção judicial, consoante estivermos a referir-nos, respectivamente, à *primeira e terceira fase* ou *segunda e quarta fase*, que culmina com o acto privado da elaboração da sentença.

Atento ao exposto e contextualizando, *o princípio da livre apreciação da prova*, em Processo Civil, articula-se e complementa-se com outros princípios, nomeadamente o princípio da *Imediação, Oralidade e Concentração* (instrumentais ao *princípio da Imediação*).¹⁶⁵ Desde logo, daqui decorre uma consequência importante, visto que o momento inicial da produção da prova acontece em 1.ª Instância¹⁶⁶; palco privilegiado para que o juiz de Direito possa tecer impressões

¹⁶³ HENRIQUES GASPAR (2007, p. 27). Aqui não enquadra o nosso campo de estudo, dissertar sobre a eventual subjectividade nos júris, visto que, *a priori*, aí não existe um único processo mental.

¹⁶⁴ LABORINHO LÚCIO, (1991); LABORINHO LÚCIO, (1999); LABORINHO LÚCIO, (2012).

¹⁶⁵ Também, nos termos do Artigo 355.º do Código de Processo Penal: *Princípio do Contraditório, Oralidade e Imediação*, que servem de base ao julgamento. Sobre os princípios do Processo Civil, ver FREITAS (2017, p. 195 e ss.).

¹⁶⁶ Trata-se do princípio da Imediação. Em Processo Civil, ainda seja considerado um processo de partes e que a intervenção do juiz possa ser subsidiária, determinante parece ser sempre a forte convicção do julgador, visto que ainda que encerrada a audiência final, pode o juiz se não se julgar suficientemente esclarecido, “(...) ordenar a reabertura da audiência, ouvindo as pessoas que entender e ordenando as diligências necessárias” – Cf. Artigo 607.º, n.º 1 do CPC; nesse sentido, também a articulação com o Artigo 602.º do CPC.º: O juiz goza de todos os poderes necessários para tornar útil e breve a discussão e para assegurar a justa decisão da causa; Artigo 611.º do CPC: 1 - Sem prejuízo das restrições estabelecidas noutras disposições legais, nomeadamente quanto às condições em que pode ser alterada a causa de pedir, *deve a sentença tomar em consideração os factos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito* que se produzam posteriormente à proposição da ação, *de modo que a decisão corresponda à situação existente no momento do encerramento da discussão.* [itálico nosso]

e formular juízos, por exemplo, aquando das declarações de parte ou da prova testemunhal, bem como, aliás, perante outros meios de prova.

Como observa **LEBRE DE FREITAS**, sobre o *princípio da imediação* “O julgador da matéria de facto deve ter o contacto mais direto possível com as pessoas ou coisas que servem de fonte de prova e estas, por sua vez, devem estar na relação mais direta possível com os factos a provar.”¹⁶⁷

Assim, ainda segundo **LEBRE DE FREITAS**:

“Compreende-se como este princípio se situa na linha lógica dos anteriores: é porque há imediação, oralidade e concentração que ao julgador cabe, depois da prova produzida, tirar as suas conclusões, em conformidade com as impressões recém-colhidas e com a convicção que através delas se foi gerando no seu espírito, de acordo com as máximas da experiência que foram aplicáveis.”¹⁶⁸

Em suma, apesar de existir uma liberdade sem amarras, em relação à valoração das provas, o *princípio da livre apreciação da prova*, nos moldes actuais, perde autonomia, ao considerarmos que sempre estará amarrado ao imperativo legal da fundamentação da decisão, tal e qual a ideia de âncora, bem como vinculado aos mecanismos do controlo da decisão (possibilidade de recurso).

e Artigo 7.º do CPC: “O juiz pode, *em qualquer altura do processo* [itálico nosso], ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes (...)”. Ou seja, “(...)”, se o juiz pode ordenar que se proceda a uma perícia que não foi requerida e que ele considera agora indispensável para a compreensão da matéria de facto ou se, ponderando a prova produzida, depois de ouvir a gravação da audiência final, se convencer de que é conveniente o depoimento de certa pessoa, determinará a efetivação de tais atos (...)” (CASANOVA, 2014, p. 13). Daqui decorrem consequências importantes, nomeadamente, a não aplicação imediata do ónus da prova, caso o julgador se encontre em estado de dúvida acerca dos factos, acolhendo e dando continuidade à procura da verdade, não se frustrando o raciocínio do julgador operado até então, bem como todo o trâmite processual decorrido. Também, perante o uso do artigo 607.º pelo juiz, a audiência é considerada reaberta, razão pela qual podem as partes requerer a produção de outros elementos de prova (PEREIRA, 2013, pp. 3 e 4).

¹⁶⁷ FREITAS (2017, p. 195) Sobre a relação mais directa possível com os factos a provar, o autor dá como exemplo, uma fonte de prova que “implique menos ilações no *iter* probatório (...) tem maior valor probatório” (*Loc. Cit.* p. 197).

¹⁶⁸ Idem (p. 198). Ainda segundo o autor, “Em derivação do princípio da livre apreciação da prova, a decisão de facto só pode ser dada pelo juiz que tenha assistido a todos os atos de instrução e discussão praticados na audiência final (...)”. (*Loc. Cit.* p. 203). Ver também nota 333, Capítulo III.

3. A Fundamentação da Sentença

Neste ponto, para trás deixamos o enfoque na análise do *princípio da livre apreciação da prova* e, entramos, no campo da fundamentação da sentença.^{169 170} Antes de mais, a sentença apresenta-se como um marco, que visa assegurar a paz jurídica, através da resolução de um conflito ou afirmação de um direito/interesse legítimo, sendo esse o seu principal objectivo.

A sentença, ao consubstanciar uma decisão, quer-se fundamentada, desde logo, porque o conteúdo que dela emana, apresenta repercussões na esfera jurídica de privados, não podendo ter índole arbitrária.¹⁷¹

Mas, no Direito Adjectivo, decisão e fundamentação são elementos distintos, que, em si, encerram marcas históricas de evolução, sendo possível observar que o desiderato legal da decisão justificada, sobrepôs-se à sua ausência ou proibição. Quando falamos de fundamentação, referimo-nos a um contexto que implica colocar em discussão a racionalidade ou os termos do contexto de decisão.¹⁷²

Com efeito, para a exigência da fundamentação, em muito concorreu a ideia de Direito como discurso e, de igual modo, a ideia de sentença como acto de comunicação. Nas palavras de **JOANA SILVA**, “Vestindo a pele de uma sentença, de um contrato ou de umas alegações (...), o direito manifesta-se sob a forma de várias espécies de discurso.”¹⁷³ Em consonância, a autora, faz referência ao facto do jurista ter “nas palavras, na linguagem, uma das suas fundamentais

¹⁶⁹ Note-se que, “Há pelo menos seis décadas que os autores insistem na importância da fundamentação dos juízos probatórios. (...) A livre apreciação não pode deixar de se conectar com o exame crítico da prova na sentença, sendo liberdade de valoração e motivação de facto como que verso e reverso de um mesmo desempenho.” Acrescentado ainda que só “Só nos processos-crime iniciados após a entrada em vigor do actual Código [Processo Penal] se passou a fundamentar a matéria de facto na sentença, bastando-se inicialmente os tribunais, com um enunciado ou uma simples enumeração das provas”. (BRITO, 2013, p. 11).

¹⁷⁰ No que concerne à matéria de facto, de forma mais pormenorizada, ver Capítulo I.

¹⁷¹ “Só a compreensão permite a aceitação, ainda que contrariada.” (Cf. GOUVEIA, 2007, p. 55).

¹⁷² Como destaca CALHEIROS (2008, pp. 69 e 70), “Há, pois, uma distinção a marcar entre decisão e justificação. Ora, é esta última que tem representado um verdadeiro quebra-cabeças para a filosofia do direito contemporânea. Na verdade, na sua fina intuição, os juristas cedo perceberam muito bem o risco aí envolvido. Para ilustrar esta ideia, cite-se o conselho que deu Lord Mansfield a um homem de sentido muito prático que, ao ser nomeado governador de uma colónia, estava obrigado a presidir a um tribunal, sem ter experiência em assuntos jurídicos, nem conhecimento do Direito. O conselho consistia em ditar resolutamente a sua decisão, pois seria provavelmente justa, mas não se aventurar nunca a expor as razões, pois estas seriam quase sempre infalivelmente más”. Sobre este assunto ver também SALVATIERRA (1995, p. 146).

¹⁷³ AGUIAR e SILVA (2001, p. 7).

ferramentas de trabalho”, sendo que o “cunho que vamos imprimir ao nosso discurso, a própria natureza do mesmo, dependerá em larga medida da posição que ocuparmos momentaneamente na harmonia judicial.”¹⁷⁴

Seja como for, à sentença, como veremos¹⁷⁵, corresponde um determinado auditório, o qual importa “convencer da bondade, da razoabilidade, da coerência de um argumento, de uma explicação (...)”.¹⁷⁶

Assim, no uso das palavras de **WALDO EMERSON**, se “O homem é apenas metade de si mesmo” e “a outra metade é a sua expressão”¹⁷⁷, importa tecer algumas considerações sobre a essencialidade do papel que a fundamentação da sentença desempenha, ao facultar o suporte físico da exteriorização do pensamento do julgador, bem como por permitir a reapreciação do seu objecto, pelos Tribunais de Recurso.

Num plano normativo, a fundamentação da sentença, encontra-se plasmada quer a nível constitucional (Artigo 20.º, n.º 4 e 205.º, n.º 1 da CRP), quer a nível internacional (Artigos 6.º da CEDH, 14.º do PIDCP e 10.º da DUDH). Em ambos os níveis trata-se do direito a um processo equitativo.¹⁷⁸

Do mesmo modo, à fundamentação está adstrita uma função interna (ou endoprocessual) e uma função externa (ou extraprocessual). Uma dessas finalidades, a função interna, é direccionada para os seus destinatários: o *Juiz*, as *Partes* e o *Tribunal* de Recurso. Clarificando as coisas, quanto ao *Juiz*, procura essencialmente facultar-lhe a possibilidade de exercer um controlo crítico sobre o próprio raciocínio; por outro lado, quanto às *Partes*, permite dar a conhecer aquela que foi a justificação da decisão para, querendo, poderem recorrer e, por último, visa servir de objecto para que, face a essa decisão proferida, os *Tribunais de recurso*, possam exercer um juízo crítico (concordante ou divergente).

¹⁷⁴ Idem (p. 8). Nesta dissertação, não abordaremos as questões linguística, semânticas, entre outras, do discurso jurídico, contudo explanamos a ideia de, em torno do discurso jurídico, gravitarem algumas teorias, nomeadamente, as que defendem, ou se afastam, da importância de *inputs leigos* no processo de decisão.

¹⁷⁵ *Infra*, Ponto 4: “Critérios de Coerência Internos e Externos”.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ EMERSON (1985, p. 261 *apud* AGUIAR e SILVA, 2001, p. 10).

¹⁷⁸ Sobre o princípio da equidade, ver mais pormenorizadamente FREITAS (2017, p. 125 e *ss*). Em concreto, uma das vertentes que esse princípio consagra é o direito à fundamentação da sentença, quer sobre a matéria de facto, quer sobre a matéria de direito.

A outra finalidade adjacente à fundamentação da sentença, a função externa, ganhou relevo quando a fundamentação das decisões passou a ter abrigo Constitucional e, nessa medida, passou a ser através da decisão judicial (justificada), que tanto as partes, como os Tribunais de recurso e a comunidade conhecem as razões do convencimento judicial, do raciocínio lógico, factual e jurídico dos argumentos utilizados. Em termos amplos, a razão/porquê do tribunal ter decidido de certa forma ou ter chegado a certa decisão ou conclusão, ao invés de outra, daí emergindo a transparência e legitimidade do órgão que exerce o poder judicial, assegurando o controlo externo da decisão.

Com efeito, a actual etapa do *princípio da livre apreciação da prova*¹⁷⁹ exige que todos os factos declaradas *provados* ou *não provados* sejam fundamentados. Ou seja, a globalidade da matéria de facto deve estar devidamente fundamentada, *i. é*, a valoração das provas levada a cabo pelo julgador, deve encontrar-se justificada no dispositivo da sentença.¹⁸⁰

De facto, como argumentou **DANIEL SILVEIRA**:

“São bastante diferentes as práticas de apresentar as causas ou influências que levam a uma conclusão daquela de sustentar que determinada conclusão é correta ou equivocada. É claro que a enunciação de cada um dos posicionamentos tem uma circunstância específica em que foram concebidos, entretanto somente há justificativa quando se sustenta a correção ou incorreção de um argumento. O controle existente sobre a racionalidade dos juízos de fato tem sido entendido como obrigação de apresentação da motivação em termos explanatórios e contentam-se com apreciações da mesma natureza das instâncias judiciais superiores, que tampouco garantem a aceitabilidade dos juízos apresentados como conclusão. Daí a ênfase nos controles burocráticos que cuidam do dever de imparcialidade principalmente pela responsabilização do juiz”.¹⁸¹

¹⁷⁹ Não integra o nosso campo de estudo aprofundar ou dissertar sobre a evolução do *sistema de livre apreciação da prova*. Contudo, importa explicar que quando nos referimos à actual etapa, pretendemos focar a alteração qualitativa, bem como o contraste com a fase precedente (momento em que ao julgador apenas era exigido indicar quais os factos que considerou *provados* ou *não provados*).

¹⁸⁰ A sentença é redigida em português, nos termos do Artigo 133.º, n.º 1 do CPC.

¹⁸¹ SILVEIRA (2011, pp. 22 e 23). No enfoque do controlo burocrático, o autor introduz as concepções decisionistas e deterministas da decisão judicial, bem como outras abordagens para o conhecimento jurídico, consideradas alternativas. (*Loc. Cit.*, nota 21). Sobre o determinismo e decisiosismo metodológico, ver também ATIENZA (2006). O autor explica e se afasta quer do determinismo metodológico (que parte do entendimento de que as decisões jurídicas não precisam de ser justificadas porque “procedem de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais), quer do decisionismo metodológico, (para o qual as decisões judiciais “não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade”). Este autor alicerça o seu entendimento, demonstrando que tais correntes caem no erro de confundir o contexto de descoberta e o contexto de justificação: “A primeira dessas posturas parece insustentável, especialmente no contexto do Direito moderno, no qual a obrigação estabelecida de “motivar” – justificar- as decisões contribui não só para torná-las aceitáveis (...) como também para que o Direito possa cumprir a sua função de guia da conduta humana (...); no que concerne ao decisionismo, aponta que também é uma postura insustentável, não comungando da ideia de que os juízes (ou jurados) “não

Merece o nosso acordo a posição do autor, a qual nos permite, no âmbito das teorias científicas, aprofundar a distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação, dando ênfase ao que foi explanado.”¹⁸²

MANUEL ATIENZA configura essa distinção enquadrando, por um lado, o contexto de descoberta como uma actividade que pressupõe descobrir ou enunciar uma teoria, insusceptível de uma análise do tipo lógico. Em contraponto, apresenta o contexto de justificação, como o procedimento que consiste e procura justificar ou validar uma teoria, através do confronto desta com os factos, o que exige (mas não só) uma análise lógica, que se submete às regras do método científico (ausentes do contexto de descoberta). Com isto, e ainda segundo o referido autor:

“(...) uma coisa é o procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão, e outra coisa é o procedimento que consiste em justificar essa premissa ou conclusão. (...) Dizer que o juiz tomou essa decisão devido às suas fortes crenças religiosas significa enunciar *uma razão explicativa*; dizer que a decisão do juiz se baseou numa determinada interpretação do artigo 15 da Constituição significa enunciar uma *razão justificadora*. De modo geral os órgãos jurisdicionais ou administrativos não precisam de explicar as suas decisões; o que devem fazer é justificá-las.”¹⁸³

No entendimento de **DANIEL SILVEIRA**, ainda que o julgador logre em proporcionar a exposição da sua valoração, tal não significa, necessariamente, ter a decisão por justificada.¹⁸⁴ Em sentido semelhante, pronuncia-se **CLAÚDIA TRINDADE** explicando que estaremos perante o contexto de descoberta quando nos referimos ao procedimento mental, mediante o qual o julgador forma a sua convicção sobre a verificação de um facto e, em contexto de justificação, quando se trate de justificar as razões que sustentam essa mesma decisão de facto. Nas suas palavras:

justificam – nem poderiam justificar propriamente – suas decisões, e sim as adotam de forma irracional – ou então sem a participação da razão – e depois as submetem a um processo de racionalização.”). Conclui que “É possível que, de fato, as decisões sejam tomadas, pelo menos em parte, como eles sugerem, isto é, que o processo mental do juiz vá da conclusão às premissas e inclusive que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceitos; mas isso não anula a necessidade de justificar a decisão e tampouco converte essa tarefa em algo impossível (...). (*Loc. Cit.* pp. 22-23).

¹⁸² Sobre o contexto de justificação, ver ATIENZA (2006, pp. 20 e ss.). Em concreto, como é que o Tribunal pode validamente valorar e decidir acerca dos estados subjectivos, ver TRINDADE (2016).

¹⁸³ ATIENZA (2006, p. 20).

¹⁸⁴ SILVEIRA (2011, p. 22).

“O contexto de descoberta tem carácter heurístico, não assentando a decisão nele tomada necessariamente sobre critérios objetivos – os meios de prova ou a coerência entre as afirmações de facto constantes do processo –, podendo antes ser produto de uma intuição ou de qualquer outro método decisório de índole subjectiva.” Por outro lado, “O *contexto de justificação* reporta-se à justificação da decisão que foi tomada pelo juiz através de critérios objetivos, ou seja, à apresentação de razões que permitem considerar válida a conclusão de que um determinado facto se verificou.”¹⁸⁵

A fundamentação da decisão, em sede de sentença deverá, de forma irrepreensível, demonstrar os processos de convicção, levados a cabo pelo julgador ao abrigo da *livre apreciação da prova*¹⁸⁶, protegendo-se, principalmente, aquelas situações em que os factos controvertidos não integram o padrão de normalidade do Tribunal, e que é expectável tê-los por justificados. Onde, sublinha-se, uma vez mais, que “a prova livre não quer dizer prova arbitrária ou irracional. Quer dizer prova apreciada com inteira liberdade pelo julgador, sem obediência a uma tabela ditada externamente, mas em perfeita conformidade com as regras da experiência e as leis que regulam a atividade mental.”¹⁸⁷

Por outras palavras, dir-se-á, que é na fundamentação ou justificação da sentença, que o *iter mental* percorrido pelo juiz, à luz do princípio da prova livre, se torna sindicável, reflectindo-se, deste modo, o pensamento do julgador na decisão proferida. Dessa forma, vê-se por justificada a integração (avaliação) do direito, porquanto momento de índole subjectiva.¹⁸⁸

¹⁸⁵ TRINDADE (2016, pp. 17 e 18).

¹⁸⁶ O Artigo 205º n.º 1 da CRP refere que os Tribunais estão onerados num dever de fundamentar o acto decisório, que não seja de mero expediente, permitindo a concretização dos Artigo 32.º, n.º e) e 210.º, n.º 1 d) da CRP, que consagra e efectiva o direito de defesa.

¹⁸⁷ A citação pertence a RODRIGUES (2017, p. 19), em referência ao ensinamento de A. dos REIS. Ainda que, diga-se, que o autor defende que as regras de experiência podem ser contrariadas. Nesse sentido, MENDES (2010, p. 1011), refere que “O juiz pode decidir contra as regras da experiência”. O autor, apoia-se principalmente no raciocínio de CASTANHEIRA NEVES (2011) sobre a contextura atípica do caso decidendo e conclui que: “O juiz não pode, pois, confiar nas regras da experiência mais do que na própria averiguação do real-concreto, sob pena de voltar, de forma encapotada, ao velho sistema da prova legal, o qual se baseava, afinal de contas, em meras ficções de prova” (MENDES, 2010, p. 1011).

¹⁸⁸ Por outro lado, autores como RODRIGUES (2016, p. 44) refere que: “A decisão sobre os factos não pode ser fruto de uma intuição irracional. O que releva não são os humores, sentimentos e tudo mais que pode ter ocorrido no interior do juiz. Motivar também não é tornar explícito o processo mental da decisão”. Entendemos, face ao estudo desenvolvido, que efectivamente o que releva não é esse “extrajurídico”, contudo, movemo-nos afirmando que não releva, mas pode interferir: “razões que são impulsos emotivos. Racionalizações que são disfarçadas de desejos escondidos. Fobias e filias, pequenas manias, hábitos pertencentes à intra-história individual ou pessoal. Tudo isso joga um papel mais ou menos decisivo, mais bem ou mais mal controlado, e dependente, em suma, da preparação intelectual e emocional de cada pessoa” (Cf. BENAYA, p. 258 *apud* LABORINHO LÚCIO, 2012, p. 96). E, partindo deste pressuposto, admitir essa possibilidade já é em si um passo no caminho da objectividade.

Seguimos aqui de perto o entendimento de **GABRIELA RODRIGUES**, clarificando a importância da motivação, associada às funções da fundamentação, principalmente se fundada em presunções judiciais, tendo por base ilações retiradas de factos instrumentais:

“As funções endoprocessual e extraprocessual da motivação reclamam assim a explicitação da utilização da presunção judicial como arrimo de que o juiz se socorreu para a fixação da matéria de facto. Como limiar mínimo, cabe sempre ao juiz enunciar que se socorreu de presunção judicial, explicitando o facto-base e o modo como foi adquirido para o processo. Essencial é que surjam da fundamentação elementos suficientes para aferir se a utilização da presunção se pautou por critérios de congruência e de logicidade.”¹⁸⁹

Contudo, propendemos para o facto dessa operação mental, “como se desenvolve na mente de cada juiz, não pode nunca atravessar uma sucessão de fases nítidas e separadas, porque no pensamento vivo, que se rebela a toda a anatomia, estas sucedem-se e compenetraram-se de modo inconsciente e irregular”, segundo o defendido por **CALAMANDREI** e **GUASP**.¹⁹⁰

Em todo o caso, ainda que o responsável pelo acto de julgar seja livre no exame crítico das provas, o princípio da prova livre não poderá consubstanciar-se numa análise discricionária da prova.¹⁹¹ É justamente, neste último ponto, que o acto de julgar não fundamentado, pode ser um acto individual, emitido por um sujeito capaz de juízos, preconceitos e valorações, que muitos qualificam como motivações não jurídicas das decisões.

Este entendimento alicerça-se no facto do sujeito, responsável pelo acto de julgar, ser um indivíduo situado num dado tempo e espaço. Como tal, encontra-se permeável a vários factores e estímulos externos, o que poderá culminar numa interpretação singular e subjectiva (porque individual) do contexto que o rodeia.¹⁹²

Mais, surge o paradoxo: “De facto, não é possível objectivar totalmente o homem, pois a condição de possibilidade de objectivar ainda é o homem enquanto sujeito. Por mais objective

¹⁸⁹ RODRIGUES (2016, p. 45).

¹⁹⁰ MENDES (1961, p. 206 *apud* GOMES, 2005, p. 167). Também, note-se, a tese de que a reconstrução desses processos mentais é impossível: “O processo de formação da decisão não é exclusivamente explicável por processos de pura racionalidade” e “actuam aí um conjunto de factores emocionais, alguns não são sequer conscientes”, bem como, “Muitas vezes as decisões são tomadas por órgãos colegiais, onde está fora de questão a existência de um processo mental unívoco” (SIMAS SANTOS, 2017, p. 13).

¹⁹¹ Note-se que discricionariedade também não significa (nem se confunde) com arbitrariedade, “com uma qualquer arbitrária análise dos elementos probatórios, mas antes com uma conscienciosa ponderação desses elementos e das circunstâncias que os envolveram (...)”. (Cf. RODRIGUES, 2017, p. 19).

¹⁹² LABORINHO LÚCIO (2012, pp. 95-98).

de si, o homem nunca se objectiva completamente, pois permanece sempre a subjectividade irreductível.”¹⁹³

Assim, acompanhamos **RÉMEDIO MARQUES** quando afirma que “o *princípio da livre apreciação da prova* não pode ser casual ou arbitrário. Pelo contrário, deve ser pautado por regras lógicas e critérios que permitam uma formulação racional (...) controlável pelos tribunais hierarquicamente superiores.”¹⁹⁴

Particularmente, ainda que cientes da possibilidade de caracterizar o princípio da prova livre como “a etapa definitiva na evolução da prova judicial”¹⁹⁵, há que realçar o entendimento de **DANIEL SILVEIRA** ao afirmar que a valoração da prova e da decisão em matéria de facto está limitada ao mínimo, restringindo a arbitrariedade dos juízos de facto em casos isolados, por exemplo, “(...) mediante a regulamentação da participação dos interessados no procedimento, o acesso à possibilidade de recursos e duplo grau, a obrigação de motivação da decisão, mas nunca em se debruçar sobre como considerar as provas produzidas.” Pois, “(...) esse sistema [livre apreciação da prova] se resigna em deixar ao juiz a ‘prudente apreciação’ das provas entendidas por um terceiro cuja imparcialidade se tenta garantir. Expressões pouco estudadas como essa atestam a recusa da dogmática em investigar seus fundamentos e, apesar de todas as tentativas de impedir subjetivismos, continua a deixar uma grande e indesejável zona de ausência de controle da avaliação das provas.”^{196 197}

¹⁹³ BORGES (2005, pp. 19 e 20).

¹⁹⁴ MARQUES (2016, p. 61).

¹⁹⁵ SILVEIRA (2011, p. 14). Também MENDES (2010 *apud* BRITO, 2013, p.4) ao referir-se ao sistema da prova livre como um “símbolo de modernidade”, frisando que “o julgador moderno tem, cada vez mais, de produzir *abundante fundamentação* dos seus juízos probatórios. Para o efeito ele faz apelo não só aos meios de prova científicos, mas também às chamadas regras da experiência”.

¹⁹⁶ SILVEIRA (2011, p. 20).

¹⁹⁷ Ainda segundo o autor, “Nesse aspecto, o livre convencimento parece ter um longo caminho a percorrer, com o objetivo de discutir exatamente o que confere racionalidade às conclusões que apresenta. Negligenciar as características do raciocínio empregado na análise dos fatos significa, de certa maneira, fazer do entendimento do juiz a única medida de valoração das provas, ainda que palidamente mitigada pelos institutos do processo. A mera remissão ao convencimento traduz um apelo manifesto à subjetividade do julgador que dificilmente foge da formulação oitocentista de Frederick Stein, segundo a qual se pode considerar comprovado determinado fato quando <<o juiz, como homem judicioso, consciencioso e experimentado, estima, por razões objetivas, que a verossimilhança alcançada é suficiente para crer na verdade>>”. (Idem, pp. 21-23). A este propósito, OLIVEIRA (2003, p. 162 *apud* SILVEIRA, pp. 21 e 22, nota 16) reforça dizendo que “(...) o emprego dessas técnicas e o respeito aos princípios e garantias mencionados correm o risco de não afastar de todo a onipotência judicial. O problema é muito mais complexo e se mostra bem possível que o órgão judicial, mesmo com uma autêntica proclamação de princípios, ao justificar determinada visão dos fatos, lance mão de critérios vagos e indefinidos,

Também **VICENTE RUÇO** coloca em evidência que o dever de fundamentação da decisão trouxe uma alteração qualitativa, sustentando que importa perceber *como se faz a análise ou exame crítico das provas e como se expõe a convicção do julgador*.¹⁹⁸ Refere ainda que “No actual momento histórico movemo-nos ainda no âmbito do sistema de *livre apreciação da prova*, mas iniciámos, há algum tempo, uma nova etapa, porventura o seu acabamento final”. Contudo, o autor frisa, no decorrer da sua argumentação, que a exigência da fundamentação da decisão, sobre a matéria de facto, “foi o resultado de uma longa luta, (...) que está longe de ter terminado, pois é necessário renová-la, continuamente, em cada processo.”¹⁹⁹

A questão central, mais uma vez, parece levar-nos no caminho de assumir a subjectividade como parte integrante do Direito; uma subjectividade fundamentada ou justificada. Procura-se torná-la visível, impedindo ou atenuando, aí sim, as arbitrariedades.²⁰⁰ Ou, o mesmo será dizer, tornar clara a “inevitabilidade de um extra-jurídico como fonte de influência na decisão (...)”²⁰¹, aceitando deste modo, ainda que parcialmente, o contributo e os avanços científicos da Neurociência sobre a tomada de decisão.

Não procuramos, portanto, pelo que ficou exposto, aproximarmo-nos de um decisionismo metodológico²⁰², sustentado na ideia de que a sentença judicial se baseia nos

utilizando de fórmulas puramente retóricas despidas de conteúdo, aludindo, por exemplo, ‘verdade material’, ‘prova moral’, ‘certeza moral’, ‘prudente apreciação’, ‘íntima convicção’, e expressões similares, autênticos sinónimos de arbítrio, subjetivismo e manipulação semântica por não assegurarem nenhuma racionalidade na valorização da prova, implicarem falsa motivação da decisão tomada e impedirem, assim, o controle por parte da sociedade, do jurisdicionado e da instância superior.”

¹⁹⁸ RUÇO (2017, p. 17).

¹⁹⁹ Idem, pp. 17-35.

²⁰⁰ Este entendimento baseou-se na ideia explanada por LABORINHO LÚCIO (1991, pp. 208 e 209), onde lê-se acerca da discussão entre a função criadora do juiz ou juiz-simples-servidor-da lei: “Tudo está, portanto, não em aceitar, ou deixar de aceitar, o seu papel criador, mas antes em torna-lo evidente e portanto criticável, em vez de o manter oculto e, por isso, insindicável. Vale, assim, dizer como Cappelletti que hoje «a verdadeira discussão incide, não sobre a alternativa criatividade-não criatividade, mas sobre o *grau* de criatividade e sobre a *forma, limites e legitimidade* da criatividade judicial». Em sentido semelhante, afirmando a impossibilidade de afastar cariz volitivo na decisão judicial: “La scelta, detreminata dalla necessità di decidere, ha uno schietto contenuto volitivo. Látto di volontà risolve il dubbio nella decisione. poiché il giudicante nn può rimanere sospeso tra l'eguale forza delle oposte soluzioni, e il legislatore non gli viene in soccorso con alcun metodo: allora egli, che pure ha il terribile e crudele dovere di decidere, va oltre il dubio con l'esercizio di un'argomentante volontà. La domanda trova risposta. Il caso è chiuso”. (IRTI, 2001, p. 72 *apud* SILVEIRA, 2011, p. 19, nota 13).

²⁰¹ SACAU e RODRIGUES (2008, p. 159).

²⁰² Não é de aceitar a tese de que o juiz adota e aplica as leis e os princípios aos factos “como sua premissa maior, empregando os fatos do caso como premissa menor e chegando então à resolução mediante processos de puro raciocínio” (FRANK, 1970, p. 111, *apud* ATIENZA, 2006, pp. 22 e 23).

impulsos do juiz e que, por conseguinte, esses impulsos não são extraídos dos princípios do Direito ou das leis; ao invés, são fruto de idiossincrasias e factores individuais.²⁰³ Pelo contrário, aproximamo-nos da ideia de que as decisões judiciais podem e devem ser fundamentadas, não deixando de tecer, contudo, algumas interrogações acerca da forma *como* considerar a prova produzida. Procuramos, sim, no que tange à subjectividade judicial, não a caracterizarmos como sinónimo de subjectivismo ou arbitrariedade. Pelo contrário, defendemos a sua visibilidade, em moldes contribuição para a neutralidade judicial e, consequentemente do interesse público. Ou seja, uma subjectividade intra-sistémica, compatível com o Ordenamento Jurídico, o qual pode até beneficiar da sua inclusão, se admitirmos que, quanto maior for a margem de sindacalidade da sentença, maior será a probabilidade de cumprir o valor Justiça.

São de valorizar as palavras de **LABORINHO LÚCIO** quando defende:

“(…) uma mais desinibida relação do Direito com a ideia de subjectividade intra-sistémica e não patológica – que afinal ele próprio desenvolveu e que resulta de uma nova leitura das antinomias e contradições do sistema de leis, antes tidas como suas imperfeições, derivadas da necessidade de contrapor <<juízos de verdade jurídica>> a <<juízos de verdade factual>>, criando uma <<ambivalência de normas>>, mas que hoje, progressivamente integradas como realidade própria do sistema onde figuram como característica e não como imperfeição, se assumem como áreas típicas de recurso à intervenção decisiva do sujeito conformador, por vezes o intérprete, sempre o aplicador do direito.”²⁰⁴

Vale dizer, em situações de interpretação das leis²⁰⁵, o julgador é sempre aplicador do Direito, razão pela qual, ainda que justifique a decisão apoiado nas teorias correntes, essa justificação terá de ser, também ela, justificada.²⁰⁶ Comungando do exposto, podemos afirmar que vastos são os espaços que o legislador deixa em aberto para que o julgador exerça o domínio da situação de facto, segundo os cânones hermenêuticos (consideração das circunstâncias concretas).²⁰⁷

²⁰³ ATIENZA (2006, pp. 22 e 23).

²⁰⁴ LABORINHO LÚCIO (1991, p. 209).

²⁰⁵ O julgador também é aplicador do Direito quando colmata lacunas, sendo esse o objeto da doutrina da integração das leis, num sentido mais lato, o qual não integra o âmbito desta dissertação (DOMINGUES de ANDRADE, 1987, p. 10)

²⁰⁶ Segundo o pensamento de DWORKIN (*apud* RODRIGUES, 2015, p. 451) as “Decisões não podem ser o resultado de meras preferências pessoais arbitrárias: devem ser justificadas como a expressão de princípios gerais e duráveis”.

²⁰⁷ Considerações que incluem conhecer o momento em que a lei foi elaborada, bem como as circunstâncias concretas do tempo em que é aplicada (Cf. SIMAS SANTOS, 2017).

A esse respeito, da interpretação das leis, **KELSEN** e **HART** “diziam que a interpretação era discricionária”, visto que, baseava-se na ideia de que não é possível “demonstrar uma resposta pela experiência ou pela dedução lógica, tal questão não é racional, é puramente emotiva, portanto, não há que se falar em resposta correcta”.²⁰⁸ Contudo, o facto de não ser possível “comprovar logicamente uma resposta, não significa que não seja possível buscar racionalmente qual é a melhor resposta. Não é pelo fato de que uma resposta não é comprovada racionalmente que o juiz tem um total arbítrio, podendo dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa.”²⁰⁹

A partir do entendimento de **DOMINGUES DE ANDRADE**, a interpretação das leis, “constituiu, por certo, a primeira tarefa do jurista, do teórico como do prático”. Em consequência, e ainda segundo o autor:

“Mais importa frisar, desde já, que a lei não *tem* necessariamente um sentido apenas: muitas vezes, se não mesmo em regra, ela assume vários sentidos, conforme o ponto de vista donde a encararmos; e então será preciso escolher um deles, pois só com um deles pode a lei ser aplicada. Saber qual *deve ser*, no seu tipo abstracto, o sentido decisivo para o efeito da aplicação da lei, qual seja -dum modo geral- o ponto de vista em que o intérprete *deve* colocar-se para determinar o sentido legal prevalente, eis aqui o primeiro e capital problema que a doutrina da interpretação das leis terá de resolver.”²¹⁰

Creemos que as palavras de **DOMINGUES DE ANDRADE** logram em traduzir, de forma brilhante, aquela que é a colocação certa face ao problema: a escolha pelo julgador, na posição de intérprete e enquanto aplicador do Direito²¹¹, de um dos vários sentidos que a lei abstracta pode oferecer, obtendo o sentido legal prevalecente. Também aqui, entendemos, que podem ser visíveis marcas ou vestígios de subjectividade, a “herança da filosofia do sujeito”.²¹² Esta corroboração opera mediante a aceitação de que o Direito não logrou na aspiração de *status de ciência exacta* e, nesse sentido, a interpretação das leis pode comportar índole construtiva/criativa.^{213 214}

Dentro desta linha de raciocínio, **LABORINHO LÚCIO** afirma que:

²⁰⁸ RODRIGUES (2015, p. 462).

²⁰⁹ Idem, pp. 462 e 463.

²¹⁰ DOMINGUES de ANDRADE (1987, pp. 9 e 10).

²¹¹ LABORINHO LÚCIO (1991, p. 209).

²¹² RODRIGUES (2015, p. 452).

²¹³ O que não equivale a dizer índole criativa de normas.

²¹⁴ Alguns são os autores que sustentam esta hipótese, entre eles, DOMINGUES de ANDRADE (1987) e LABORINHO LÚCIO (2012).

“Com efeito, múltiplas são as situações em que o <<legislador deixa um espaço aberto cujo preenchimento compete ao poder criativo do sujeito legitimado>>, na expressão de Cristiani, valendo, assim, a afirmação por força da qual o juiz se constitui <<o porta voz de um sistema aberto de que faz parte integrante a margem de apreciação judiciária>>. Ora precisamente aqui se situa o ponto chave onde procurará afirmar-se a passagem de uma noção patológica de subjectividade, tida como voluntarismo e individualismo acrítico, pertença do reino das emoções e geradora de arbítrio, a uma ideia de subjectividade regra, definida como princípio que consubstancia o papel complementador do juiz na definição do direito sempre nos limites do sistema de que, afinal, faz parte integrante. (...) Será, pois, à luz deste princípio de subjectividade, mas de uma <<subjectividade dirigida>>, na expressão de M. Delmas-Marty, (...) que poderá acolher-se, sem receio, a conclusão de que << a lei perdeu o seu carácter sagrado e absoluto>>, dela devendo retirar-se <<utilidade, eficácia, equidade e coerência de conjunto>>(...)”.²¹⁵

Cumulativamente, convirá recordar, o encontro deste entendimento com a quarta fase da tomada de decisão, a qual, pressupõe a integração ou valoração da lei, de cunho subjectivo. Pelo que, “Tanto na exposição dos factos que se julgam provados como daqueles que forem considerados não provados, o julgador não deve orientar-se por uma preconcebida *solução jurídica* do caso²¹⁶, antes deve assegurar que sejam recolhidos todos aqueles que se mostrem relevantes em função das diversas *soluções plausíveis* da questão de direito.”^{217 218}

Decerto, neste momento, em termos gerais, podemos ver por explicado o porquê de existirem algumas decisões judiciais diferentes em 1.ª Instância, assentes em matéria de facto semelhante ou recursos que logram quanto à alteração da matéria de facto.²¹⁹ Desde logo, porque perante a ausência de cânones precisos da doutrina da interpretação, e ainda que existissem, “nunca eles poderiam actuar-se mecânicamente, sempre subsistindo na sua mobilização ou aplicação um coeficiente imponderável e inapreensível de intuição e destreza pessoal, que não pode ensinar-se e que só em parte se adquire com a prática.”²²⁰ Ora, estas idiosincrasias de

²¹⁵ LABORINHO LÚCIO (1991, pp. 208 e 209).

²¹⁶ A este propósito, o mencionado pensamento de CASTANHEIRA NEVES (*supra* Cap. I. nota 71).

²¹⁷ GERALDES (2014, p. 18). Refere ainda que “Na verdade, pode acontecer que, na perspectiva do juiz, para que a acção ou a excepção proceda, baste um determinado enunciado de factos provados ou não provados. Apesar disso, se houver outras soluções defensáveis, dependentes do apuramento de outros factos, o juiz deve assegurá-las, inscrevendo na fundamentação da matéria de facto os elementos que se mostrarem relevantes.”

²¹⁸ Uma atitude diferente é característica dos modelos de aproximação holística à prova.

²¹⁹ Naturalmente, entre outras razões, essa alteração da matéria de facto, pode ser resultado de uma posição diferente, perante a valoração da prova.

²²⁰ DOMINGUES de ANDRADE (1987 pp. 10 e 11). Ainda segundo o autor, “muito embora [a teoria da interpretação das leis] não se traduzam em regras nítidas, rígidas e completas, mas em simples directivas ou indicações mais ou menos vagas, fálveis e não exaurientes.” (*Loc. Cit.* p. 11). Domingues de Andrade cita sobre o assunto,

diferenciação nas decisões jurídicas não deve, contudo, prejudicar a necessidade de harmonizar essas decisões, em prol da transparência, da segurança jurídica e das expectativas das partes (comunidade), quando aos Tribunais recorrem.²²¹

Em todo o caso, demonstra-se que a “experiência de todos os dias ensina que uma boa parte, senão a maior parte, das dúvidas e controvérsias que se deparam no mundo jurídico procede unicamente da incerteza ou divergência de opiniões acerca daquelas ideias ou critérios gerais – acerca, portanto, da teoria da interpretação das leis.”²²² A título demonstrativo: o julgador determina e aplica a norma ao caso concreto, interpreta os princípios²²³ ou as regras da autonomia privada.

Na prática, é inclusive nos casos jurídicos mais simples ou rotineiros (*easy cases*), que segundo **MANUEL ATIENZA**, as inferências que o julgador opera não deixam de ser complexas: “(...) basta pensar que, na realidade, em qualquer caso jurídico que se procure resolver se aplica um número muito elevado de normas e que, por exemplo, no Direito Penal é preciso passar da solução parcialmente indeterminada no Código – prisão maior – para a solução plenamente determinada – oito anos e um dia - contida na sentença.”²²⁴

RUGGIERO, o qual refere que “acima de qualquer outra coisa, é mister não se esquecer nunca, quando se fala de regras de interpretação, este sumo princípio: quer sejam doutrinários ou legais, elas não constituem jamais um completo e infalível sistema de normas, cuja mecânica aplicação dê lugar quase automaticamente à descoberta do verdadeiro sentido da lei. (...) E é também sempre verdade – sem que isso autorize a reconhecer no juiz uma faculdade criativa de normas – que na interpretação há necessariamente algo de pessoal e de arbitrário, pois nenhum trabalho do intelecto se pode constringer completamente na mordaça de preceitos fixos e indefectíveis”. (*Loc. Cit.* p. 11.).

²²¹ “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.” (Cf. CANOTILHO, 2000, p. 257).

²²² DOMINGUES de ANDRADE (1987 p. 10).

²²³ Importa esclarecer que não nos referimos concretamente às argumentações relacionadas com os problemas de Direito (*v.g.* os problemas de interpretação do Direito em sentido *lato*), que competem aos tribunais superiores (de que é exemplo o Tribunal Constitucional) e que são o campo de estudo dominante da argumentação jurídica, aí se enquadrando, *prima facie*, os casos mais difíceis de interpretar. Referimo-nos, sim, às argumentações e interpretações relacionadas com o conhecimento dos factos, que ocupam a maioria dos casos jurídicos (Tribunais de 1.ª instância). Nesses tribunais, o juiz de direito, poderá ter de recorrer a um pensamento ou juízo axiológico, interpretando os princípios à medida do caso concreto, direccionado a interpretação do princípio num determinado sentido. Contudo, em ambas as argumentações, os juizes levam a cabo a tarefa de aplicar a norma jurídica ao caso concreto, solucionando-o. (Cf. ATIENZA, 2006, pp. 18 e 19). Sobre este tópico, ver mais pormenorizadamente CASTANHEIRA NEVES (1993).

²²⁴ Idem (p. 39). Deve-se notar, opostamente, sobre os casos difíceis, aquelas situações em que diante de um certo preceito legal e o caso em concreto, existe um âmbito de certeza positiva (incidência) e de certeza negativa (não incidência). Quando assim é, existe uma zona de *incerteza* e *penumbra*, concretizada em casos difíceis (*hard cases*). Alguns autores entendem que nessa zona reside o campo da discricionariedade. A esse propósito,

Há, entretanto, que apresentar o que entendemos ser a racionalidade da fundamentação, sem prejuízo de esta comportar índole subjectiva nos momentos de valoração do facto e da lei (uma “subjectividade dirigida”, segundo **M. DELMAS-MARTY**).²²⁵ Daqui confluem que a racionalidade da fundamentação apresenta uma estrutura tríptica: *suficiência*, *coerência* e *razoabilidade*.²²⁶ Por *suficiência* entendemos que ao julgador, aquando da fundamentação, cumpre impedir os excessos, descortinar a medida da fundamentação exigida. Pois, há decisões que exigem um certo nível de fundamentação, mais detalhadas, ao invés de outras, que atingem a medida mínima da completude de forma menos minuciosa. Em ambos os casos, a justificação, tem de ser completa e inteligível. Por *coerência*, entendemos que compete ao julgador harmonizar e articular o conjunto justificativo das realidades fácticas e de Direito utilizadas (coerência narrativa e normativa), na medida em que, esse raciocínio, deve caracterizar-se pela ausência de contradições lógicas, apresentando marcas de consistência. Por *razoabilidade*, defende-se a ideia unitária e de equilíbrio dos critérios impostos à racionalidade da fundamentação (nível de clareza, complexidade e racionalidade) e de ajustamento ao caso concreto, sob pena de, nesse *teste de razoabilidade* apresentar-se formalmente irrazoável.

Constrói-se, portanto, o alicerce constitucional da fundamentação da sentença, devendo o julgador diligenciar pela justificação do raciocínio empregue, da prova/meio da prova/resultado e das normas legais escolhidas (mais do que uma mera explicação), até ao limite do que lhe for humanamente possível ou exigível, tanto em 1.ª instância como nos Tribunais Superiores.²²⁷

DWORKIN (*apud* RODRIGUES, 2015, pp. 443-445), critica a noção hartiana estabelecida (admissão de liberdades discricionárias na zona de incerteza), e considera a importância do conceito de princípios para uma resposta derivada, sugerindo-o com o intuito de afastar possível discricionariedade; por essa principal razão, não admite a tese da discricionariedade. Contudo, convém esclarecer, esses princípios “são criações artificiais do intérprete, são construtos hipotéticos”.

²²⁵ DELMAS-MARTY (*apud* LABORINHO LÚCIO (1991, p. 2019).

²²⁶ Sobre a ideia explanada ver LOPES (2015).

²²⁷ A argumentação que consta da sentença (acórdão) pode enquadrar ou aproximar-se do campo da dogmática jurídica, no sentido em que uma das funções desta é facultar critérios/argumentos abstratos para a aplicação do Direito, ou seja, auxiliar o julgador na aplicação da norma jurídica ao caso concreto. Assim, segundo ATIENZA (2006, p. 19), “parece claro que a distinção não pode sempre (ou talvez quase nunca) ser feita de forma muito taxativa”, apresentando para tanto algumas considerações, como o facto de “(...) alguns tribunais, ao decidirem um caso concreto, criam jurisprudência, o que significa que a regra em que baseiam a sua decisão – e que se expressa na *ratio decidendi* da sentença- tem um carácter geral e abstrato, e consequentemente vale para os casos futuros”.

Contudo, ainda que se defenda uma justificação das decisões judiciais, a exigência dessa fundamentação pode variar, conforme analisa **ABRANTES GERALDES**:

“Se, por opção, por conveniência ou por necessidade, nos temas de prova se inscreveram *factos simples*, a decisão será o reflexo da convicção formada sobre tais factos convertida num relato natural da realidade fixada.

Já quando porventura se tenha optado por proposições de carácter mais abrangente ou de pendor mais *genérico* ou *conclusivo*, mas que permitam delimitar e compreender a matéria de facto que é relevante para a resolução do concreto litígio, poderá justificar-se um maior labor na sua concretização, seguindo um critério funcional que atenda às necessidades do concreto litígio, desde que, como é natural, seja respeitada a correspondência com a prova que foi produzida e bem assim os limites materiais da acção e da defesa.²²⁸”

Não obstante, ao julgador:

“(…) exige-se não só a indicação das provas e dos meios de prova que serviram para formar a convicção do tribunal, mas, a expressão tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de facto que fundamentam a decisão. Estes motivos de facto (...) não são nem os factos provados (*thema decidendum*) nem os meios de prova (*thema probandum*) mas 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”.²²⁹

Nesta última parte, encontramos o que tem vindo a ser o já mencionado entendimento do Tribunal Constitucional, alertando para a tomada de consciência do substrato racional que exterioriza a convicção do Tribunal sobre a prova valorada, ou seja, importa obter a *conformação intelectual do conhecimento do facto*.²³⁰

4. Critérios de Coerência Internos e Externos

Em especial, é no uso de um processo mental exaustivo e pormenorizado de juízos, que o julgador procura e constrói os critérios de coerência, internos e externos, tendo por referência a narrativa levada pelas partes ou intervenientes processuais. Em virtude desses critérios de coerência, o julgador atribuiu maior ou menor credibilidade à narrativa em apreço, motivando, a

²²⁸ GERALDES (2014, p. 10).

²²⁹ *Vide* BRITO (2013, p. 12).

²³⁰ Cf. Acórdão do TC n.º 198/2004.

posteriori, na sentença a matéria de facto e de direito que firmou. Pormenorizando, quanto à matéria factual, só é possível ao julgador descrever e explicar o facto porque o compreendeu racionalmente, sempre adstrito ao “real concreto”, ciente de que “o caso particular pode ficar de fora do caso típico.”²³¹

O que significa, por um lado, saber que quanto aos critérios de coerência internos, poderá e deve existir uma certa *predisposição factual* para que os factos controvertidos se unam, traduzindo uma reconstituição (histórica) ou verdade lógico-factual de acontecimentos (jurídicos). Por isso, no que diz respeito à sentença mostra-se, como condição *sine qua non*, a obediência a uma coerência interna, na ordenação de factos extraídos, das peças processuais. Nesse sentido, **ABRANTES GERALDES** defende que trata-se de uma regra de bom senso de carácter absoluto, a qual “encontra agora na formulação legal um apoio suplementar, já que o art. 607º, n.º 4, 2ª parte, impõe ao juiz a tarefa de *compatibilizar* toda a matéria de facto adquirida, o que necessariamente implica uma descrição inteligível da realidade litigada, em lugar de uma sequência desordenada de factos atomísticos.”²³²

Os critérios de coerência internos devem consubstanciar e assimilar afirmações objectivas, como melhor exemplifica **VICENTE RUÇO**:

- “(I) Se o facto *B*, a provar, existiu, então é um efeito ou uma consequência (causal ou teleológica) de um estado de coisas *A* anterior.
- (II) Se o facto *B* a provar existiu, então também deu origem, em regra, a outros factos *C*, *D*, *E*..., situados a jusante, sendo agora estes factos efeitos, resultados ou consequências do facto *B*.
- (III) Se o facto *B* a provar existiu, então é certo que também existiu num fundo factual repleto de outros factos laterais, *B1*, *B2*, *B3*..., com os quais *B* coexistiu e interagiu e, devido à capacidade reflexiva das coisas, *B* deixou um rasto no fundo factual *B1*, *B2*, *B3*... efeitos laterais ou marcas da sua existência/presença, segundo as regras da causalidade ou da intencionalidade da ação humana, *quer* sofrendo a acção desse fundo factual, pelo que o facto *B* também poderá transportar em si marcas ou reflexos desses factos *B1*, *B2*, *B3*...”.

233

²³¹ Cf. MENDES (2010, p. 1011), *apud* BRITO (2013, p. 14). Tendo presente esta ideia, do caso concreto poder ficar de fora do padrão do Tribunal, não deixa de ser curioso, regra geral, que a procura jurisprudencial assente, primeiramente em decisões de casos idênticos, contudo, o julgador deve ter “presente que o que importa afinal é considerar precedentes que contemplem a diferença do caso concreto.” (Cf. SIMAS SANTOS, 2017, p. 19).

²³² GERALDES (2014, p. 11).

²³³ RUÇO (2017, p. 19).

Se quisermos ser mais específicos, daqui decorre que para provar *B* não é exagerado preceder a *A* (facto ou acontecimento que despoletou e explica *B*), nem descabido alegar e procurar demonstrar os factos *B1*, *B2*, *B3*... (porque factos laterais ou indícios de *B*), impondo-se ao julgador a formar convicção quanto à (não) existência de *B*. Ora, a formação da convicção do julgador assenta na reconstituição da verdade dos factos ou da realidade histórica, declarando-os *provados* ou *não provados*.²³⁴

Contudo, questão diferente, colocar-se-á quanto à coerência externa, isto é, se esses factos jurídicos, ainda não dados por provados ou não provados, encontram (ou não) alicerce e paralelismo nas peculiaridades do julgador, limitado que se encontra pela suas próprias experiências, contextos, percepções, simpatias e padrões de normalidade.²³⁵

Na explicação de **DANIEL SILVEIRA**, o princípio da prova livre “opera mediante uma razão dependente da compreensão do sujeito sobre o objeto que analisa”; trata-se, para o autor, de uma *concepção de verossimilhança* a qual ainda que não defendendo as conclusões como verdades irrefutáveis, aborda o juízo de facto “com critérios de avaliação unicamente da perspectiva do julgador”. Contudo,“(…) alcançar a verossimilhança somente seria possível a partir do *id quod plerumque accidit* (aquilo que geralmente acontece), o que tornaria extremamente subjetivo esse conceito ao depender diretamente da ‘cultura do julgador’.”²³⁶ Por outro lado, reafirmamos, que o Tribunal Constitucional tem vindo a entender que a convicção judicial não se

²³⁴ Ainda segundo VICENTE RUÇO (idem), *B é um efeito ou consequência de A*, pelo que as provas do facto *B* elencam:“(I) Estes outros factos que se situam quer a montante de *B*, como suas causas, quer a jusante de *B*, como seus efeitos, resultados ou consequências.(II) As marcas ou reflexos produzidos pelo facto *B* nos factos *B1*, *B2*, *B3*...(III) As marcas ou reflexos produzidos pelos factos *B1*, *B2*, *B3*...no facto *B*.Ou (IV) As representações do facto *B*, a provar, captadas pelas testemunhas ou fixadas em meios técnicos criados pela ação das pessoas com o fim de representarem o facto *B*, com ou sem propósitos probatórios, como é o caso de uma fotografia, um filme, ou qualquer outro tipo de representação da realidade, como uma escritura pública onde se encontra exarada um contrato.”

²³⁵ “(...) o juiz, cada vez mais interveniente e, por conseguinte, mais afastado da função exclusiva de valoração dos factos e aplicação do Direito, assume um risco acrescido visto que não se pode deixar de reconhecer que a intervenção do Tribunal implica sempre uma margem de erro. A intervenção do Tribunal no âmbito da definição da matéria de facto relevante e subsequente apreciação dos factos obriga ainda o juiz a um acentuado cuidado na preservação da sua imparcialidade; impõe-se-lhe assegurar, a par da sua intervenção no mundo complexo dos factos que lhe permite diligenciar pela obtenção de meios de prova, a conveniente e necessária equidistância entre as partes litigantes.” (CASANOVA, 2014, p. 14).

²³⁶ SILVEIRA (2011, pp. 21 e 22, nota 20).

trata somente da ideia de verossimilhança²³⁷, de probabilidade ou de uma *mera opção voluntarista*; importa obter a conformação intelectual do conhecimento do facto.²³⁸

Retomando a lógica dos critérios de coerência, estes devem traduzir uma narrativa consistente e sem contradições, de tal forma que, a ser assim, possa assemelhar-se à ideia de *puzzle*. Contudo, essa coerência produzirá um efeito persuasivo, em grau directamente dependente da plausibilidade que lhes é atribuída. Plausibilidade, no sentido duplo, de encadeamento lógico interno (coerência interna) e de coincidência com as narrativas culturais (coerência externa).²³⁹

No entanto, no panorama actual, tem vindo a ser pacífico, quer para a Doutrina, quer para a Jurisprudência, a asserção de que o exame crítico das provas encontra-se vinculado a regras, que caracterizam a actividade probatória por racional e guiada pela intenção de objectividade. Essas regras, nas palavras de **VICENTE RUÇO** são inerentes ao raciocínio do julgador, “ainda que o juiz possa não ter exata consciência delas, sob pena de, não sendo assim, termos de considerar que estamos perante uma actividade aparentemente irracional ou arbitrária, posição que ninguém sustenta.”²⁴⁰

Deste modo, colocar à disposição do julgador regras que permitam auxiliá-lo, aquando do juízo probatório, *i. é*, regras que possam servir de orientação no modo *como pode* valorar o material probatório e *como justificar* o exame crítico das provas (o que equivale a dizer, a convicção judicial), parece apresentar uma série de vantagens.

Desde logo, *prima facie*, poderá contribuir para uma prática-jurídica mais objectiva e, conseqüentemente, tornar impraticável ou diminuir arbitrariedades e subjectivismos, esses sim, não sindicáveis.

²³⁷ TEIXEIRA de SOUSA (1995, pp. 200 - 204), distingue três graus de prova: princípio de prova; mera justificação (quando ao tribunal é suficiente a demonstração de que um facto é verosímil ou plausível) e prova *stricto sensu*.

²³⁸ Segundo o Acórdão do TC n.º 198/2004: “esta operação intelectual não é uma mera opção voluntarista sobre a certeza de um facto, e contra a dúvida, nem uma previsão com base na verossimilhança ou probabilidade, mas a conformação intelectual do conhecimento do facto (dado objectivo) com a certeza da verdade alcançada (dados não objectiváveis)”.

²³⁹ Faça-se notar, importa analisar esta coerência segundo uma ideia de visão unitária, de marcha processual, visto que todo o procedimento judicial tem por finalidade o proferimento da decisão, que se quer coerente, sendo estes importantes passos instrumentais a ela adjacentes (LOPES, 2015).

²⁴⁰ RUÇO (2017, p. 17). O autor dá como exemplo do que ocorre quando as pessoas falam e seguem as regras gramaticais, ainda que delas não tenham consciência, “salvo quando, eventualmente, as infringem”. (*Loc. Cit.*, nota 2).

5. A Convicção Judicial e o Ónus da Prova

Vimos que o *princípio da livre apreciação da prova*, consubstancia a regra no nosso direito adjectivo, o qual faculta ao julgador espaços de liberdade de raciocínio na valoração das provas, permitindo a aproximação do Direito-Norma ao caso concreto e, conseqüentemente, à justiça material (ou à verdade dos factos).

Vejamos, de seguida, outra questão, a qual deriva da conjugação do *princípio da prova livre* com a regra do ónus da prova. Como analisa **SALVATORE PATTI**:

“O que realmente ocorre quando o juiz reconhece a veracidade e a relevância de alguns meios de prova e todavia a persistência da dúvida impede a formação de seu convencimento? Uma vez que o juiz deve necessariamente decidir, não advindo o convencimento – se afirma – deve aplicar a regra de ónus da prova, respondendo a demanda ou a exceção. Dessa maneira, entretanto – e nessa constatação pode estar o ponto de partida da teoria a qual se fez alusão – o juiz destrói o processo de avizinhamento da verdade que de um modo ou outro se construiu e se filia a uma regra [de ónus da prova] que, por ter um fundamento bem preciso, recorrendo às ditas circunstâncias ainda menos garante a prevalência da verdade. [...] No nosso ordenamento a decisão do juiz sobre o fato probandum aparece definitivamente ligada a seguinte alternativa: formação do convencimento ou aplicação da regra de ónus da prova. Nos casos nos quais o juiz, portanto, mesmo constatando que as provas produzidas indicam uma certa direção, não se sentem convencidos da ‘verdade’, são obrigados por assim dizer a um passo adiante, recomeçando do zero e aplicando a regra do ónus da prova. Conseqüentemente, por exemplo, o autor que tenha produzido alguma prova em grau de demonstrar a verossimilhança do fato, mas não de maneira que vença a possibilidade de dúvida do juiz, vê repelida sua demanda.”²⁴¹

Como bem nota **PIRES DE SOUSA**:

“O ónus da prova objetivo significa que é sempre sobre a parte onerada com a prova dos factos que recaem as conseqüências da falta ou insuficiência de prova, ou seja, perante a dúvida irreduzível sobre a realidade do facto que é pressuposto da aplicação de uma norma jurídica, o julgador decide como se estivesse provado o facto contrário (cf. Artigo 342º, nº1 do Código Civil e 414º do Código de Processo Civil). Assim, se após a valoração da prova, o juiz entender que há factos que permanecem duvidosos e incertos (ocorre uma deficiência probatória), terá de recorrer ao ónus da prova, valorando a prova contra a parte a quem incumbia o respetivo ónus da prova, respondendo *não provado* ao artigo factual correspondente. Por isso é que as regras do ónus da prova são subsidiárias no sentido de que apenas operam, se necessário, posteriormente à valoração da prova.”²⁴²

²⁴¹ PATTI (1985, pp. 495 e 497 *apud* SILVEIRA, 2011, p. 28).

²⁴² PIRES DE SOUSA (2017d, p. 9).

Desta forma, ou *formação do convencimento*, após a valoração da prova ou *aplicação da regra ónus da prova*, que funciona, deste modo, a título subsidiário.²⁴³

²⁴³ PATTI (1985, pp. 495 e 497 *apud* SILVEIRA, 2011, p. 28).

CAPÍTULO III - NEUROCIÊNCIA E DIREITO

“Quanto mais diferente de mim alguém é,
mais real me parece,
porque menos depende da
minha subjectividade.”

Fernando Pessoa (*Bernardo Soares*)
Livro do Desassossego

1. Considerações Introdutórias

No processo de construção da Modernidade, a afirmação da razão, sobretudo na sua índole de fenómeno quantificável e de autonomia (liberdade na razão), marcou um período da História, no qual a subjectividade foi subvalorizada e, por isso, localizada opostamente ao poder e virtudes da razão. Deste modo:

“A razão e a liberdade são as armas com que o homem moderno está convicto de poder realizar o seu projecto. Mas precisamente este projecto – e estou a seguir quase textualmente J. M. Vegas – está marcado desde a raiz por uma ambiguidade que consiste na cisão da experiência humana em dois âmbitos irreconciliáveis: a posição da razão reduzida à sua dimensão objectivante físico-matemática, e a da liberdade, que tende para a afirmação do sujeito, aparecem como incompatíveis. De facto, se a razão se entender como capacidade de captar os fenómenos segundo leis universais e necessárias, a liberdade será livre enquanto é capaz de subtrair-se à coacção da necessidade. A razão está referida ao campo do não-livre, e a liberdade é livre enquanto não-racional, isto é, não necessária. O carácter inconciliável da razão e da liberdade, da natureza e da consciência, da objectividade e da subjectividade, manifesta-se de múltiplos modos ao longo da Modernidade: dualismo da *res cogitans* e da *res extensa* (Descartes), cisão entre o ser, de que se ocupa a razão, e o dever, que é do domínio do sentimento (Hume), os dois usos da razão segundo Kant: teórico (campo do saber científico e do determinismo) e prático (domínio da liberdade e da ética).”²⁴⁴

Contudo, de acordo com **ANSELMO BORGES**: “o projecto moderno de emancipação é acompanhado no seu antropocentrismo por sucessivos descentramentos. É o que Freud chamou as sucessivas humilhações do homem. (...) o homem já não domina pela consciência soberana e racional, pois está sujeito a forças e impulsos inconscientes (...)”.²⁴⁵ Ainda segundo o autor, “as actuais investigações etológicas, bioquímicas, da genética e das neurociências constituem talvez

²⁴⁴ BORGES (2005, p. 10).

²⁴⁵ Idem, p. 11.

o maior desafio alguma vez lançado a uma concepção verdadeiramente humanista e espiritualista do Homem (...)"²⁴⁶.

Neste quadro, reconhecendo que o Direito é fruto da criação humana, onde o Direito Penal “é, na sua própria essência, a prova da experiência do humanismo”²⁴⁷, também cumpre notabilizar os avanços trazidos pela *razão*, almejada pela Modernidade. Contudo, como escreveu **ANSELMO BORGES**:

“ela [referindo-se a esse tipo de razão] não nos empobreceu também, podendo colocar-nos inclusivamente à beira do abismo? Será que a realidade é só o que se pode medir e calcular? Se se pretende reduzir tudo ao quantitativo, onde é que está o qualitativo, o belo, a sensibilidade, o corpo, a emoção, a racionalidade simbólica, para lá da razão funcional, instrumental? A razão esqueceu o outro dela. Este outro é o corpo, a emoção, a sensibilidade.”²⁴⁸

Para este efeito, como bem nota **ANSELMO BORGES**, mostra-se “importante para os juízes darem atenção aos três cérebros integrados num, mas também em conflito: o paleocéfalo, o cérebro arcaico, reptiliano, o mesocéfalo, que é o cérebro da afectividade, e o córtex, como neocórtex, em conexão com as capacidades lógicas. A luz racional é afinal apenas uma ponta num imenso oceano inconsciente e também tenebroso. No ser humano, há a pulsão e o lógico, o afecto e o pensamento, a emoção e o cálculo, o impulso e a razão.”^{249 250}

Assim, seguindo o preceito de que a função do Juiz é julgar, e se “julgar implica pensar”²⁵¹, importa tecer algumas considerações, com o apoio da Neurociência e, em menor escala, de outras áreas do conhecimento, acerca do processo de tomada de decisão, cumprindo dar a conhecer, que a bússola desta Dissertação, aponta no sentido de que decidir, “dum ponto de vista jurisdicional exige no entanto a vinculação a uma dimensão de justiça.”²⁵²

²⁴⁶ Ibidem.

²⁴⁷ BORGES (2005, 19).

²⁴⁸ Idem, pp. 16 e 17.

²⁴⁹ Ibidem, p. 17.

²⁵⁰ Também FREUD, a este propósito, comparou o inconsciente com um *iceberg*: a parte oculta seria o inconsciente e a parte visível (muito menor) o consciente. Este entendimento ilustra a importância atribuída ao inconsciente.

²⁵¹ Idem (p. 20).

²⁵² GARAPON (1997, pp. 81-87) lança então a questão: “Não esconde a toga ao público, ao mesmo tempo que dissimula os contornos do corpo do juiz, os contornos psíquicos do homem que proferiu a decisão?”. Esse símbolo contribui para demonstrar “a imparcialidade do juiz frente aos conflitos a ele direcionados” Sobre este assunto ver SPENGLER (2015, p. 121).

2. Neurociência e Direito: contributos

A Neurociência tem contribuído para a compreensão da tomada de decisão, através de um entendimento pormenorizado do funcionamento do cérebro humano. Deste modo, em virtude de investigações modernas e das consequentes fontes com rigor científico, podemos afirmar que sempre que esteja em causa uma tomada de decisão, o resultado final dessa acção, requer ao cérebro, um trabalho complementar entre as estruturas límbicas e as estruturas pré-frontais.²⁵³ Contudo, adiantamos, que a subjectividade, regra geral, é balizada pela lógica.²⁵⁴

A este propósito, o neurocientista **ANTÓNIO DAMÁSIO** introduziu uma nova abordagem, comprovando que *“a razão não consegue agir sem o conselho persuasivo da emoção.”*²⁵⁵ Perante a existência no sujeito, de uma incapacidade em sentir os estímulos emocionais (ou seja, na ausência de um córtex pré-frontal funcional, ligado ao Sistema Límbico), a investigação científica tem apontado no sentido de que, este sujeito terá um comportamento consubstanciado em más decisões ou mesmo nenhuma (não conseguir decidir).²⁵⁶ Por exemplo, se não existisse uma dependência mútua entre a racionalidade e cada emoção, nas palavras do neurocientista **GIOVANNI FRAZZETTO**, o sujeito ficaria bloqueado ou perdido na avaliação

²⁵³ Esquemáticamente, acerca das partes que constituem o cérebro, e com relevância para o exposto, importa destacar as funções do tronco cerebral, sistema límbico e córtex, respectivamente. Nas palavras de FRAZZETTO (2014, pp. 28 e 29, nota 9), assente sobre a medula espinal, localiza-se o tronco cerebral, o qual é *uma espécie de sistema de sobrevivência, pilar da existência fisiológica*, responsável *por comandar a respiração e enviar e receber sinais dos órgãos vitais através das suas estruturas (v.g. medula)*. O sistema límbico ou cérebro límbico (constituído pelo conjunto de tecidos como o tálamo, hipocampo e amígdala), apresenta-se como o responsável pelo processamento das emoções e consequente ligação destas ao tronco cerebral. Por último, o córtex é a parte mais evoluida do cérebro e a última adição a este (em contraponto às estruturas mais internas, já referidas, que correspondem ao início daquilo que viria a ser a evolução do cérebro e por isso as partes mais antigas). Importa um esclarecimento adicional: do ponto de vista evolutivo, o córtex sofreu um considerável crescimento, sendo o neocórtex considerada “a versão mais sofisticada do córtex”, destacando-se a parte mais anterior, chamada de córtex pré-frontal (CPF).

²⁵⁴ Note-se que, não obstante este balizamento, a fundamentação da sentença, nem sempre estará imune a vícios lógicos e não é defensável que qualquer fundamentação venha a ser, sem mais, a fundamentação que se exige, porque *naturalmente* lógica. Desde logo, porque as ideias não são confundíveis. O critério basilar e último na tomada de decisão judicial que se quer justa, comportará sempre uma irrepreensível demonstração do caminho mental percorrido pelo juiz, onerado num esforço exaustivo direccionado nesse sentido. A questão colocar-se-á aquando da fundamentação, onde transpareça a racionalidade do juízo, visto que essa racionalidade, importa perceber, poderá sempre incorporar índole subjectiva e “sentimental”.

²⁵⁵ Idem, p. 36. Sobre este assunto ver também DAMÁSIO (2013).

²⁵⁶ Referindo-se às experiências desenvolvidas por DAMÁSIO (2013), e acerca da dependência mútua entre a emoção e a razão FRAZZETTO (2014, pp. 36-38).

cuidadosa da miríade de vantagens e desvantagens de cada opção, como não conseguir decidir a que restaurante ir.²⁵⁷ Daí que, as estruturas límbicas e as estruturas pré-frontais estejam *densa e estrategicamente* ligadas, contribuindo para que a emoção seja regulada pelo córtex pré-frontal.²⁵⁸

²⁵⁹ Segundo esta interpretação, o papel da emoção parece ser cabal para “a precisão e eficácia do processo de decisão e a sua ausência degrada o desempenho decisional.”²⁶⁰

Deve notar-se que este entendimento foi demonstrado através da “hipótese dos marcadores somáticos” (**ANTÓNIO DAMÁSIO**), na qual ficou claro que perante “a incapacidade de sentir os estímulos emocionais de uma determinada situação”, o resultado será uma má deliberação.²⁶¹

²⁵⁷ Idem, p. 36. Este entendimento de FRAZZETTO refere-se ao trabalho desenvolvido por ANTÓNIO DAMÁSIO e pela sua equipa: DAMÁSIO, numa experiência científica (1990), investigou a relação entre lesões cerebrais e consequente comportamento nos seus pacientes. Aí procurou-se descortinar o papel da emoção na tomada de decisão, concluindo DAMÁSIO pela existência de uma dependência entre a racionalidade e a emoção. Essa experiência ficou conhecida por “hipótese dos marcadores somáticos”: DAMÁSIO reparou que os seus pacientes com lesões no córtex pré-frontal medial da experiência referida, manifestavam dificuldades na tomada de decisão, com resultados em más deliberações, em comparação aos pacientes sem lesões. Por exemplo, quando confrontados com um pedido para escolha do restaurante, “passaram mais de meia hora a enumerar os prós e os contras de vários restaurantes. Avisaram que um tinha bons preços, mas que se encontrava sempre vazio, por isso poderia não ser bom, mas, por outro lado, era provável que tivesse uma mesa livre; outro era caro mas servia doses generosas. (...) No final, os pacientes não conseguiram decidir.” (Cf. Ibidem, p. 34). Também, nesse sentido, a entrevista de DAVID BROOKS a ANTÓNIO DAMÁSIO. Ora, tal como DAMÁSIO referiu nessa entrevista, as capacidades de aprendizagem, de manipulação de dados ou de análise custos-benefícios nesses pacientes com lesões, podiam mostrar-se intactas, contudo, perante a ausência do contributo ou *impulso* da emoção, que os direccionaria para uma tomada de decisão normal, as suas decisões mostraram-se desvantajosas. Estes pacientes com lesões no córtex pré-frontal medial, no que à tomada de decisão diz respeito, demonstraram semelhanças ao famoso caso de Phineas Gage, pormenorizado na obra de DAMÁSIO (2011). Dissertando sobre o mesmo caso, EAGLEMAN (2012, pp. 215-224).

²⁵⁸ O córtex pré-frontal, entre outras faculdades, permite avaliar acontecimentos externos e analisar factos: “Ajuda-nos a planear antecipadamente e a escolher um curso de ação preferível” (FRAZZETTO, 2014, p. 29). Neste enfoque, e por seu turno, a emoção, responsável por dar a conhecer os estados internos é regulada, em virtude de existir uma ligação entre o cérebro límbico e o córtex pré-frontal, demonstrando-se a ausência de “fronteiras geográficas”. Dito de outra forma, a evolução da estrutura cerebral, parece indicar que estas zonas do cérebro encontram-se funcionalmente interligadas; e, deste modo, é afastada a presunção de que a emoção e racionalidade podem ser “territórios concorrenciais”. (Idem, p. 29 e 30).

²⁵⁹ É apontada ao córtex pré-frontal uma função inibidora sobre o sistema límbico. Nas palavras de FRAZZETTO (Ibidem, p. 38) “O córtex pré-frontal constringe as explosões impulsivas. Tal é possível porque estes dois sistemas não estão isolados um do outro. Pelo contrário, estão delicadamente ligados entre si para permitir a integração das suas funções.”

²⁶⁰ CALHEIROS (2008, p. 73).

²⁶¹ FRAZZETTO (2014, p. 35). Sobre a experiência levada a cabo, ver *ob. cit.* pp. 32-35. Ver também. BECHARA (1997). Na experiência citada, ficou provado que nos indivíduos com ausência de um córtex pré-frontal ligado ao cérebro límbico, as suas decisões resultaram em más deliberações. Tal resultado, deveu-se à impossibilidade destes indivíduos reterem a informação ou a carga emocional da situação (positiva ou negativa, e ainda que de forma não consciente, através da aprendizagem). Segundo DAMÁSIO, os processos emocionais quando são controlados pelos processos cognitivos simplificam o processo de decisão. Também, nesse sentido, a entrevista de DAVID

Deste modo, com base nos avanços da Neurociência, destacamos a importância e contributo da emoção para a racionalidade da decisão, quebrando-se, assim, a existência de fronteiras geográficas no cérebro, ideia que, aliás, vingou ao longo de séculos. Para a longevidade desse entendimento concorreram vários factores, como veremos.

Em primeiro lugar, porque nem sempre existiu esta compreensão acerca do funcionamento do cérebro e, conseqüentemente, da emoção como uma aliada para a racionalidade dos juízos.²⁶² Desde logo, porque defendia-se a existência de fronteiras geográficas no cérebro, contribuindo para tanto a ausência do conhecimento pormenorizado da localização física dos componentes²⁶³, nomeadamente do sistema límbico e do neocórtex, ao que acresce a própria estrutura do cérebro testemunhar uma história evolutiva.

Atendamos, então, a alguns exemplos de pensamentos e avanços científicos neste domínio.

SÓCRATES (300 a.C), defendia que corpo-mente estariam dissociados, não existindo qualquer ligação entre eles.

Contudo, mais tarde, CHARLES DARWIN, WILLIAM JAMES, SIGMUND FREUD e HUGHLINGS JACKSON, escreveram vários estudos que, em certa medida, contribuíram para posicionar a emoção nas prioridades do campo científico.

BROOKS e ANTÓNIO DAMÁSIO. Sobre este assunto, ver CALHEIROS (2008, p. 73) “O que se procurou aí demonstrar é que a evidência científica contraria o suposto cartesiano de separação entre razão e os estímulos emocionais.” Também, PEREIRINHA (s/d, pp. 12-14).

²⁶² “(...) quando se tratava de encontrar uma explicação para o modo como exercemos o nosso juízo, imperou uma presunção demasiado rígida e simplista, que divorciava de forma categórica a emoção da razão, entendidas como polos opostos na nossa vida mental. (...) Esta teoria divisória, até recentemente tão enraizada na nossa cultura, teve a sua origem há mais de dois mil anos, na Grécia antiga, o berço do pensamento ocidental, sobretudo pelos escritos do filósofo Platão (427-347 a.C), (...) (FRAZZETTO, 2014, pp. 24 e 25). O autor, explana ainda nas páginas citadas, que segundo PLATÃO, “a alma humana era animada por três tipos principais de paixões ou energias: a razão, a emoção e os apetites. Dos três, a razão era de longe a mais nobre, ao passo que a emoção, e ainda mais os apetites, eram paixões de segunda categoria, às quais era concedido estatuto inferior.” Razão pela qual, de acordo com PLATÃO e da sua concepção de Estado, a alma tripartida era o reflexo da divisão social trina e una, sendo que na classe mais baixa identificavam-se os apetites (*v.g.* avareza e ganância), nas classes guerreiras predominavam as emoções (*v.g.* raiva e coragem) e na classe mais alta a razão (*v.g.* raciocínio lógico).

²⁶³ Apesar dos avanços notáveis, vários estudos e autores são cépticos quanto à assunção da localização física desses componentes, como exemplo, “Research has shown that both genes and the environment can affect mental functions, patterns of brain activity and behaviour. It is known that interactions between genes and environment affect changes in the brain and that the brain continues to develop beyond adolescence and into adulthood. But it is also important to recognise that there is no direct mapping of mental function to specific areas of the brain, and that there are huge differences between individuals.”. (ROYAL SOCIETY, 2011, p. 1).

CHARLES DARWIN (1809–1882)²⁶⁴, naturalista britânico, associado à teoria da selecção natural e da evolução, apelou para a importância do estudo da emoção, interpretando as emoções como um resultado evolutivo, por via da selecção natural. O autor estudou a expressão da emoção nas diferentes espécies e culturas, apresentando as emoções como comparáveis em todo o reino animal, pressupondo idênticos mecanismos de defesa, explicando as emoções como algo que acontece ao corpo, uma resposta fisiológica aos acontecimentos do meio envolvente ou, por outro lado, consequências dos pensamentos que as evocam, materializando-se deste modo as alterações fisiológicas.²⁶⁵

SIGMUND FREUD (1856-1939), médico e referência da psicanálise, separou a racionalidade dos instintos básicos e reconheceu o conflito existente entre os dois²⁶⁶, destacando a importância das emoções. Segundo **FREUD**, a estrutura da mente humana é representada hierarquicamente pelo *id*, ego e superego, mas essa teoria é desacompanhada de qualquer localização física dos componentes constitutivos da mente. Assim, fora do domínio da consciência, desprovido de racionalidade e, portanto, associado aos processos mentais inconscientes, **FREUD** apresenta o *id*, que traduz a ideia do sistema de abordagem e fuga²⁶⁷, um *“mecanismo mental da sobrevivência mais rudimentar, aquele que partilhamos com todos os animais inferiores e com o qual nascemos”*; acima do *id* encontra-se o ego, que representa a racionalidade do sujeito, funcionando esta estrutura de forma consciente e inconsciente, por exemplo, permitindo a *“percepção e relação da mente com o mundo exterior, por via dos cinco sentidos”* (na abordagem consciente), sem prejuízo de inconscientemente ser um inibidor do *id*, *“reprimindo alguns dos impulsos instintivos.”*²⁶⁸ A última estrutura, conhecida por superego, hierarquicamente acima do ego, representa a consciência e a ideia de moral, porquanto repositório de alguns sentimentos, moldados pela sociedade, por exemplo, o sentimento de culpa.²⁶⁹ **FREUD**, ciente de que esta estrutura fisiológica da mente seria, no futuro, aprimorada e alvo de um estudo químico, não

²⁶⁴ Como obra, destaca-se, DARWIN (2006).

²⁶⁵ FRAZZETTO (2014, pp. 19-24), DARWIN (2011). Ver também DAMÁSIO (2013, pp. 58 e 59).

²⁶⁶ As palavras utilizadas são de FRAZZETTO (2014, p. 26).

²⁶⁷ Trata-se de um princípio que explica os mecanismos de sobrevivência, como estratégias de prossecução do prazer e de evitar a dor; como tal, em causa as emoções não serão positivas ou negativas, visto que ambas promovem a sobrevivência, por exemplo, sentir medo pode evitar ou retirar o sujeito de uma situação perigosa.

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ Ibidem.

deixou de reconhecer a importância do inconsciente, sendo esse processo mental responsável pela maioria dos pensamentos, emoções ou atitudes no sujeito; ao invés, e conseqüentemente, apenas uma reduzida parte destes pensamentos seria consciente.²⁷⁰

DANIEL KAHNEMAN²⁷¹ distingue, neste contexto, dois sistemas principais com o intuito de classificar os pensamentos e o sujeito emocional, referindo-se ao Sistema Um e ao Sistema Dois. Ligeiramente diferente, mas em entendimento semelhante ao *id* e ao *ego* de FREUD, o autor apresenta, respectivamente, o Sistema Um como o sistema inconsciente, rápido e intuitivo, o qual contribui para uma tomada de decisão imediata (em fração de segundos que, por exemplo, nos orienta em situações imprevistas, como um possível acidente de viação²⁷²) e, por outro lado, o Sistema Dois – *do ponto de vista evolutivo, mais recente que o Sistema Um*²⁷³ – como lógico, racional e lento, responsável, nessa medida, pela formulação de juízos, pelo autocontrole e pelas operações esforçadas, exigindo um consumo mais elevado de energia.²⁷⁴

Assim, durante grande parte do século XX, o estudo e compreensão da emoção não despertou o interesse científico: nas palavras de **ANTÓNIO DAMÁSIO**, a emoção era considerada “*demasiado subjectiva, dizia-se. Era demasiado fugidia e vaga. Estava no polo oposto da razão, indubitavelmente a mais excelente capacidade humana, e a razão era encarada como totalmente independente da emoção.*”²⁷⁵

Acontece que, compreender o funcionamento da rede de neurónios, permite-nos aproximar “*da compreensão de quem somos realmente*”²⁷⁶, não parecendo desmedido exigir ao julgador, uma sensibilidade acrescida, na tomada de consciência emotiva, abdicando de juízos pessoais e pré-conceitos, prejudiciais, aquando da valoração da prova ou da decisão final.

²⁷⁰ FREUD (1993), FRAZZETTO (2014, p. 26). Mais recentemente e com uma abordagem diferente, cf. KAHNEMAN (2013).

²⁷¹ DANIEL KAHNEMAN, professor emérito de Psicologia e Nobel da Economia em 2002 (com AMOS TVERSKY), pela obra considerada pioneira no processo de tomada de decisão. Sobre esse assunto, alguns pontos serão considerados nesta Dissertação.

²⁷² Em boa verdade, DAMÁSIO, refere a este respeito, a importância do inconsciente na tomada de decisões da vida quotidiana, mostrando-se essencial para reagir em momentos cruciais, por exemplo, em momentos de tomada de decisão imediata (acidente de viação).

²⁷³ FRAZZETTO (2014, p. 302).

²⁷⁴ KAHNEMAN (2013, pp. 29-143). Ver Também TALEB (2016, pp. 125 e 126).

²⁷⁵ DAMÁSIO (2013, p. 59). Também, PEREIRINHA (s/d, p.4.)

²⁷⁶ FRAZZETTO (2014, p. 14).

Referimo-nos, por exemplo, ao uso dos conhecimentos extra-processuais, de natureza privada ou de índole pessoal.

No que a este ponto concerne, sendo um aspecto a frisar, com a devida acuidade à aplicação judicial do Direito, parece ser cauteloso sublinhar aquelas situações em que, inconscientemente, e em segundo plano face à racionalidade, pode a emoção contribuir para a tomada de decisão judicial.²⁷⁷

Pois, como nota **ATAHUALPA FERNANDEZ**:

“(…) as nossas ações derivam de nossas percepções e que nossas percepções (assim como nossa consciência) são construídas por mecanismos neuronais (redes) adquiridos e desenhados ao longo de nossa evolução. Investigar o que é o homem e como atua significa, de alguma maneira, saber como funciona o cérebro, como intervém na elaboração de nossos pensamentos, como opera nas ações humanas, na criatividade, na racionalidade e no surgimento de nossos juízos de valor, sentimentos e emoções, já que é precisamente neste órgão donde reside o substrato último de toda experiência humana, incluída a própria experiência hermenêutica. E se nos situamos no âmbito propriamente do jurídico, nada disso deveria surpreender, pois não parece definitivamente razoável supor que a tarefa interpretativa seja concebida como extra-cranial, enquanto a cognição e a emoção (produtoras da subjectividade) não o são. São produtos de nossa maquinaria cerebral, tanto como são produtos de nosso entorno cultural. Dito de modo mais direto: *se interpreta com o cérebro.*”²⁷⁸

Tecidas estas considerações, nelas identificamos um ponto de partida para podermos, eventualmente, considerar a racionalidade e a emoção, no dizer de ATAHUALPA FERNANDEZ, as produtoras da subjectividade; na medida em que, como vimos, quando importa ao cérebro tomar uma decisão, razão e emoção parecem ser indissociáveis. Por outro lado, contribuindo para a subjectividade, a Ciência tem vindo a demonstrar que as percepções ou ideias de cada sujeito, encontram-se construídas através de um esquema de redes neurais (memória associativa). Sobre estas redes neurais, **DANIEL KAHNEMAN**, professor emérito de Psicologia, explica:

²⁷⁷ A ideia explanada foi por nós adaptada ao plano jurídico, a qual resultou da interpretação do texto original de FRAZZETTO (2014, p. 36): “Acontece, de tempos a tempos, que tomamos decisões sem sermos capazes de explicar porque as tomámos. A emoção ajudou-nos a tomá-las, inconscientemente, em segundo plano em relação à racionalidade. Como tal, a emoção faz o seu próprio juízo, por assim dizer, e tem uma autoridade igual à da racionalidade. De facto, a razão não consegue agir sem o persuasivo conselho da emoção.”

²⁷⁸ Ainda segundo o autor, “Não há nenhuma filosofia, hermenêutica, dogmática ou metodologia jurídica, por perfeita que seja, capaz de eliminar tal condicionamento.” (FERNANDEZ, 2013, p. 11).

“Os psicólogos pensam acerca das ideias como nódulos numa vasta rede, chamada *memória associativa*, em que cada ideia está ligada a muitas outras. Existem diversos tipos de ligações: as causas estão ligadas aos seus efeitos (*vírus->constipação*); coisas às suas propriedades (*lima->verde*); coisas às categorias a que pertencem (*banana->fruto*). Uma das formas pelas quais avançamos para além de Hume é que já não pensamos na mente como passando por uma série de ideias conscientes, uma de cada vez. Na presente perspetiva acerca de como a memória associativa funciona, acontece muita coisa ao mesmo tempo. Uma ideia que foi ativada não se limita a evocar uma outra ideia. Ativa muitas ideias, que, por seu lado, ativa muitas outras. Além disso, apenas algumas das ideias ativadas serão registadas na consciência; a maior parte do trabalho associativo é silencioso, escondido dos nossos eus conscientes. A noção de que temos acesso limitado ao funcionamento das nossas mentes é difícil de aceitar porque, naturalmente, é estranha à nossa experiência, mas é verdadeira: sabem muito menos acerca de vocês mesmos do que sentem saber.”²⁷⁹

3. Actividade Comprobatória e Neurociência

A par do contributo das Neurociências para o Direito, referido *supra* (estrutura do cérebro e respectivas funções), aparecem as questões dos genes²⁸⁰, no que aos temas da prova interessa, em concreto, da prova neurocientífica.²⁸¹ Também neste campo de intervenção, importa referir, vislumbram-se oportunidades e limitações da aplicação da Neurociência ao Direito, em concreto no campo do Direito Processual Penal.²⁸²

No que tange às noções estabelecidas de imputabilidade e culpabilidade, **DAVID EAGLEMAN** tem vindo a defender cientificamente a hipótese de utilizar “o cérebro no banco das testemunhas”.²⁸³ Este autor, partindo da premissa de que a prova neurocientífica será utilizada de forma cabal nas salas de audiência, apresenta para este entendimento várias razões, nomeadamente, defendendo que as noções de culpabilidade e imputabilidade²⁸⁴ serão alvo de

²⁷⁹ KAHNEMAN (2013, p. 73).

²⁸⁰ Importa desmistificar que a variação de um gene (no caso por nós abordado será a referência científica ao gene MAOA), não é, *per se* suficiente para a origem de uma assunção de que existe um *determinismo genético*. A este propósito, “Não se é violento devido a uma forma particular de um gene. Uma relação causal direta entre os genes e o comportamento só é válida em alguns casos, quando um gene defeituoso provoca disfunções cerebrais.” (FRAZZETTO, 2014, p. 41).

²⁸¹ Idem (pp. 46-48).

²⁸² As questões referentes ao Direito Processual (Penal) são aqui referidas a título meramente ilustrativo, sobre as potenciais relações entre a Neurociência e o Direito. Não consubstancia o concreto campo de estudo desta Dissertação.

²⁸³ A expressão utilizada é de FRAZZETTO (2014, p. 46) referindo-se à abordagem de DAVID EAGLEMAN.

²⁸⁴ “A tarefa de decidir com certeza sobre a capacidade mental de um suspeito é um desafio significativo para os juizes e também para os especialistas médicos, e a prática e desfecho de tais deliberações têm dependido do conhecimento médico disponível em determinado momento da história. Até há relativamente pouco tempo, a culpabilidade dos suspeitos que pudessem padecer de problemas mentais era comprovada apenas em extensas

alterações, através do recurso à Neurociência, justificando tal entendimento na ideia de que um facto biológico (quer uma alteração de índole neuroquímica, quer um defeito genético ou uma alteração nas estruturas cerebrais), poderá explicar um comportamento socialmente reprovável, por exemplo, a ter em conta aquando da sentença que aprecie um facto criminoso. Mais avança, **DAVID EAGLEMAN**, alertando para a possibilidade de no futuro, devido a novos métodos de avaliação, as sentenças absorverem outros critérios de ponderação, por exemplo, justificativas de índole biológicas intrínsecas ao sujeito que não lhes permitiram afastar-se da conduta tipificada como crime.²⁸⁵

Em boa verdade, a prova neurocientífica parece estar a traçar o seu caminho. Recorde-se que a primeira tomada de posição no mundo, aconteceu em 1994, tendo por base um gene conhecido por MAOA, em que a defesa procurou nele uma justificação de atenuação do comportamento do arguido.²⁸⁶

Desde esse momento da história, vários casos judiciais são conhecidos por terem em conta as determinantes genéticas. Na Europa²⁸⁷, pela primeira vez, o primeiro caso remonta a 2009, em que uma sentença incorporou razões e factos de índole genética, quando um Tribunal italiano subtraiu um ano de pena na sentença de um sujeito condenado, o qual era portador de baixa actividade do gene MAOA.²⁸⁸ Um inquérito a quase 200 Juizes dos Estados Unidos (2012), em que lhes foi pedido que deliberassem sobre o autor de um crime de maus tratos (retrato ficcional assente em factos reais), repercute a ideia de que, perante especialistas que advoguem

avaliações psiquiátricas. Atualmente, a introdução da genética e da neurociência nas salas de audiência abala as noções estabelecidas de ação e culpabilidade.” (Cf. Idem)

²⁸⁵ Ibidem. A ideia explanada também encontra-se desenvolvida no livro do próprio neurocientista EAGLEMAN (2012, p. 191 e ss).

²⁸⁶ “Mas há problemas adicionais mais específicos: por exemplo, qualquer avaliação neurocientífica de criminosos pode ser inválida, pois o inevitável intervalo de tempo entre o crime e a avaliação pode impossibilitar a inferência do estado do cérebro no momento em que o crime foi cometido”. (Cf. ROYAL SOCIETY, 2011, p. 5).

²⁸⁷ Sobre provas neurocientíficas e os tribunais da Grã-Bretanha, ver Estudo publicado pela ROYAL SOCIETY (2011).

²⁸⁸ Citando FRAZZETTO (2014, p. 47), tratou-se um homicida argelino que esfaqueou e matou um homem que o insultou por usar *Kohl* para pintar os olhos, tendo *o juiz reduzido a sentença, declarando ter considerado a prova do gene MAOA particularmente convincente*, visto que, em termos gerais, o gene MAOA pode originar comportamentos agressivos e violentos quando o seu portador seja provocado. Importa clarificar, desmitificando a ideia de que poderá existir um *determinismo genético*, sendo importante e crucial a contextualização “genes – meio ambiente”, o qual atenuará (ou não) o efeito genético; ainda que um sujeito seja portador de baixa actividade do gene MAOA, conhecido por “gene guerreiro, tal não significa só por si a predisposição para cometer crimes, visto que *“uma relação causal direta entre os genes e o comportamento só é válida em alguns casos, quando um gene defeituoso provoca disfunções cerebrais.”* (Idem, pp. 41- 51).

e demonstrem provas biológicas concludentes, as sentenças a proferir seriam mais brandas, em média, de um ano:

“contudo, os inquiridos discordavam sobre o peso que deveria ser atribuído à informação biológica – o que inclui tanto a prova genética do MAOA como a função atípica da amígdala. Para alguns, a prova biológica era um fator mitigante, porque representava uma causa imutável e intrínseca de um comportamento sobre o qual o delinquente não tem poder. Curiosamente, outro grupo de juízes afirmou o contrário e defendeu o ponto de vista de que os criminosos com genes e cérebros de risco seriam um perigo constante para a sociedade, declarando-os propensos a reincidir e incapazes de aprender com a punição.”²⁸⁹

As razões, neste último caso, englobavam os eventuais comportamentos futuros de quem era portador de um cérebro tido de risco, manifestando os Juízes, neste caso, razões de prevenção geral. Acerca destes cérebros tidos de risco, **DAVID EAGLEMAN** defende que relevante no futuro será “o exercício pré-frontal”²⁹⁰, que consubstancia uma estratégia de regulação dos lóbulos frontais, através de uma técnica que permite, através de um *scan* cerebral, uma leitura da actividade dos circuitos cerebrais, responsáveis pela região do cérebro envolvida no impulso, que se reconhece como prejudicial. Ou seja, trata-se de uma espécie de exercício de *plasticidade cerebral* para controlar os impulsos ou uma emoção. Nas palavras do neurocientista, “a nossa estratégia de reabilitação é dar aos lobos frontais alguma prática na derrota dos circuitos de curto termo.”²⁹¹

²⁸⁹ Ibidem, p. 48.

²⁹⁰ EAGLEMAN (2012). FRAZZETTO (2014, p. 53), chama a este exercício “domesticação informada do cérebro”.

²⁹¹ EAGLEMAN (2012, p. 196). É a proposta apresentada do autor, afastando-se da ideia vigente de sistema de justiça, ao sugerir “condenações personalizadas”, ao invés de prisões de “tamanho único”, bem como incentivando para o futuro uma solução de reabilitação de criminosos, sem receios de natureza ética, que apelida por exercício pré-frontal. Segundo o autor, “Um mau controlo dos impulsos é um traço distintivo da maior parte dos criminosos no sistema prisional. Geralmente, estes indivíduos sabem a diferença entre o que está certo e o que está errado e compreendem a gravidade do castigo – mas estão de mãos atadas por uma incapacidade de controlar os seus impulsos. (...) A tentação supera a preocupação com o futuro. (...) Simplesmente, os circuitos do lobo frontal que representam as considerações a longo termo não conseguem vencer as eleições quando a tentação está presente.” Atente-se que, “o córtex humano pré-frontal só se desenvolve completamente a partir dos 20 anos, e nisto reside o comportamento impulsivo dos adolescentes.” (*Loc. Cit.*, pp. 194-200). Também aqui, a neurociência interage com o Direito, e explica o porquê da infância/adolescência ser uma circunstância atenuante. Em sentido semelhante sobre o CPF e o crescimento do indivíduo e ainda breves considerações sobre “o exercício pré-frontal”, a que corresponde a “domesticação informada do cérebro”, ver FRAZZETTO (pp. 30 e 53). Sobre a incapacidade dos criminosos pensarem a longo prazo, é interessante a abordagem levada a cabo pelos criminologistas DECKER e WRIGHT, que corrobora a ideia de que os criminosos “mostraram-se indiferentes à ameaça de penalidades.” (Cf. GLADWELL, 2014, pp. 219-234).

Por outras palavras, uma coluna vertical assinala o êxito ou não no domínio de uma emoção ou *impulsividade*, sendo que perante uma coluna elevada o sujeito terá de procurar outra estratégia mental para descer o nível observado, semelhante a um termómetro.

Neste sentido, **GIOVANNI FRAZZETTO**, referindo que “se tais técnicas encontrarem uma aplicação concreta, nos anos vindouros, é imaginável que possam ser aplicadas na reabilitação de criminosos como uma solução alternativa ou em paralelo à prisão.”²⁹² Outras considerações são trazidas pelo criminologista **DAVID KENNEDY**: “Talvez os que atualmente estão dispostos a correr um risco, frequentemente por impulso, e frequentemente num estado de pouca lucidez, numa situação em que consideram existir uma pequena probabilidade de receber um castigo pesado, estejam no futuro dispostos a correr o mesmo risco (...)” Acrescentando que, “o que importa na dissuasão é o que é importante para os criminosos e potenciais criminosos. São os benefícios e os custos tal como eles os compreendem e definem,” o que é “radicalmente subjectivo”.²⁹³

Considerando que não existem dados relevantes de que as penas pesadas têm um efeito dissuasor, “é legítimo concluir a partir da investigação realizada até ao momento (...) que a severidade da sentença não tem qualquer efeito no nível de criminalidade da sociedade...”²⁹⁴

Com efeito, as Neurociências têm permitido perspectivar novas abordagens das questões com interesse jurídico, sendo a este propósito essenciais o campo do NeuroLaw (Neurodireito) e da Neuroética, quer para descortinar o processo de tomada de decisão judicial, quer para compreender elementos biológicos intrínsecos aos sujeitos, ou mesmo para compreender e tecer interrogações à noção de livre-arbitrio.

Na verdade, como se vê, existindo uma certa predisposição biológica num sujeito, que o mova a agir de determinado modo, atentando contra valores protegidos pelo Direito Penal, parece

²⁹² FRAZZETTO (2014, p. 53).

²⁹³ Citado por GLADWELL (2014, pp. 228-229). Sobre esse risco, a prova neurocientífica apresenta-se relevante nessas avaliações de risco (potencial) - “Although the potential is at present unclear, it is possible that neuroscientific information could be used as part of risk assessments” e que, “(...) the term ‘risk’ is used in the context of sentencing and probation, rather than prior to trial and conviction. Risk assessment is an assessment of probability – in this instance the probability of reoffending. It does not therefore claim to provide certainty. It is not possible to predict with certainty that one prisoner will reoffend within the next year if released, and another will not – risk is a prediction of likelihood on the basis of what is known about that individual or of what is known from data on other similar individuals in the past.”(Cf. ROYAL SOCIETY, 2011, p. 20).

²⁹⁴ GLADWELL (2014, p. 229).

legítimo colocar interrogações sobre o alcance da responsabilidade deste, ao abrigo da noção de culpabilidade vigente; o mesmo raciocínio, *mutatis mutandis*, aplicar-se-á ao Direito Civil. Também em situações de avaliação de danos punitivos, as informações de base neurológica podem trazer interessantes *inputs* para o Direito.²⁹⁵

Seja como for, também aí poderão residir interrogações, nomeadamente, o julgador poderá confrontar-se com dúvidas acerca da aceitabilidade e relevância da prova neurocientífica (v.g. neuroimagens²⁹⁶), ou do seu valor probatório, desde logo, porque esta pode colidir com o Princípio da Não Auto- Incriminação (Artigo 32.º, n.º 10 da Constituição da República Portuguesa).²⁹⁷

Ora, se a utilização pelos tribunais da prova neurocientífica poderá ser abordada como probatória ou prejudicial²⁹⁸ é ainda um campo em aberto. Contudo, podemos afirmar que a Neurociência tende a ser, no futuro, um aliado para a tomada de decisão judicial, enquanto

²⁹⁵ Estudo publicado pela ROYAL SOCIETY (2011, p. 34).

²⁹⁶ “Técnicas como a neuroimagem, que permitem aos neurocientistas medir mudanças na atividade cerebral, podem permitir que um experimentador detecte uma correlação entre algum tipo particular de comportamento e atividade cerebral. Mas essa correlação, seja entre a estrutura do cérebro ou atividade cerebral e comportamento, não equivale a evidência confiável de causalidade.” – traduzido de Relatório publicado pela Royal Society (Idem, pp. 5 e 6). Sendo que, dadas as especificidades, *causalidade* pode não significar para a Neurociência o que significa para o Direito.

²⁹⁷ Um notório exemplo sobre os Direitos, Liberdades e Garantias em confronto, apresenta-se no “Caso Ricla”. Assente na busca da verdade e da concretização da justiça, no contexto do ordenamento jurídico espanhol, o arguido Antonio Losilla, submeteu-se à realização de um exame neurológico, conhecido por onda P-300. Este exame, através da leitura da actividade eléctrica cerebral do sujeito, perante determinados estímulos ou informações com que é confrontado, visava, em primeira linha, recolher elementos cognitivos/eventuais conhecimentos sobre o crime, *maxime*, provas, de que só o autor do delito poderia conhecer. Em conformidade, Antonio Losilla, inicialmente, manifesta desacordo na realização deste procedimento, contudo, acaba por voluntariamente submeter-se, afirmando “*si su senhoria lo ordena el se somete*”. Mais tarde, veio a interpor recurso da decisão que admitiu a realização desse exame, com base na violação do direito “a não declarar contra si mesmo”, ponto no qual não logrou. Entendeu a Audiencia Provincial de Zaragoza (em 2014), tribunal de primeira instância, que o arguido podia ter optado pela não realização do exame, uma vez que foi informado dos seus direitos e, cumulativamente, manifestou espírito de cooperação, inclusive com a equipa médica, sem sinais de oposição. Antonio Losilla veio a lograr, em sede de novo recurso, no Tribunal Superior de Justicia de Aragon (2015). Este tribunal referiu-se ao método da onda P-300, como prova pericial, aproximando-o das declarações de arguido: “a realização da prova P-300, por permitir a obtenção de elementos cognitivos que se encontram unicamente no cérebro do sujeito, constitui juridicamente uma declaração e, como tal, só pode realizar-se de acordo com a vontade do sujeito, uma vez que este não está obrigado a declarar contra si nem a confessar a sua culpa” (Cf. SOUSA, 2017, pp. 6, 10 e 11). Sobre o assunto, ver também BOTELHO (2014).

²⁹⁸ Esta questão foi dirimida por tribunal federal distrital no estado do Tennessee, nos Estados Unidos (caso United States v. Semrau). Aí foi decidido por um Juiz, que uma prova levada por uma empresa uma empresa comercial de detecção de mentira por fMRI tinha de ser excluída, por confrontar com o Regulamento Federal de Evidências 403, o qual estipula que as provas não podem ter índole prejudicial. A ideia pertence a GAZZANIGA (s/d).

contributo na descoberta da verdade, através de novos meios que tornam a leitura dos estados subjectivos mais precisa, mas também auxiliando a interpretar e prever o comportamento humano.²⁹⁹

Todavia, dando espaço a algum cepticismo, deve notar-se que, como vimos atrás, a “jurisprudência biologicamente informada”, defendida por **DAVID EAGLEMAN**, baseado num *neurodeterminismo* que afasta o livre-arbítrio³⁰⁰, também é pelo próprio autor, em certa medida, abordada com cautela, quando refere que a neurociência não tem (ainda) meios para provar o determinismo.³⁰¹

Também, nesse sentido, **MICHAEL S. GAZZANIGA**, sublinha que é importante prestar atenção às mudanças no horizonte e refere que “é importante manter os avanços científicos sobre como o cérebro capacita a mente separados das discussões sobre responsabilidade pessoal. São pessoas, não os cérebros que cometem crimes. (...) o conceito de responsabilidade pessoal é algo que brota das interações sociais. Ela é parte das normas de intercâmbio social, não é uma parte do cérebro.”³⁰² Por exemplo, seguindo esta linha de pensamento, não se antecipam mudanças estruturais para o Direito, pois, sabemos, que a verdade que o Direito persegue não é a verdade científica que releva para a neurociência. Contudo, poderá a prova neurocientífica ser encarada como “ (...) instrumento ao serviço do direito”.³⁰³

O facto é que, não obstante os avanços da neurociência, “a relevância judicial de descobertas neurocientíficas é apenas uma parte do todo.”³⁰⁴

²⁹⁹ “Together with other approaches, insights from neuroscience can help explain behaviour and the mind, which might be helpful in adding to the existing methods used in the law for interpreting and predicting behaviour.” (ROYAL SOCIETY, 2011, p. 33).

³⁰⁰ EAGLEMAN (2012, p. 206).

³⁰¹ EAGLEMAN (2017).

³⁰² As palavras pertencem a GAZZANIGA (s/d).

³⁰³ CALHEIROS (2015, p. 124). Também, corroborando este entendimento: “There is no doubt that advances in neuroscience have had, and will have, an important impact on the law. For example, in areas such as pain research and neuropathology in Non-Accidental Head Injury (NAHI) cases, neuroscience is expected to have some impact on the law, even if the nature and full extent of the insights from research are as yet unclear. That said, neuroscience is unlikely to fundamentally alter key legal concepts such as responsibility, and it is likely to be effective only when used in conjunction with other disciplines such as behavioural genetics, psychology, behavioural sciences and sociology (ROYAL SOCIETY, 2011, p. 33)

³⁰⁴ A ideia pertence a GAZZANIGA (s/d).

4. Sentimento, Emoção e Decisão Judicial

GIOVANNI FRAZZETTO, avança que as emoções desenvolvem-se como um processo biológico e culminam como experiências mentais pessoais, a que chamamos de sentimentos.³⁰⁵ Emoção e sentimento serão como duas faces da mesma moeda, uma visível e outra invisível. Como tal, ao passo que a emoção é visível, por seu turno, o sentimento não é observável, o que explica o facto de terceiros somente conseguirem intuir o sentimento dos demais sujeitos, através da observação fisiológica (externa) que estes aparentem.

Ora, ainda que a emoção e o sentimento ocorram em simultâneo, tal não significa uma correlação imediata entre a emoção e uma eficaz interpretação daquilo que o sujeito estará efectivamente a sentir, o que desde logo se compreende, bastando para tal pensar naquelas situações em que o sujeito exterioriza uma expressão de arrependimento e não o sente. Mais uma vez, resta ao terceiro (observador), a faculdade de intuir, não podendo afirmar categoricamente aquilo que os outros afirmam ou exteriorizam sentir. Nesta estrutura de pensamento, descortinamos uma das várias idiosincrasias da Prova Testemunhal.³⁰⁶

Curiosa, apresenta-se a associação de *sentimento* à terminologia de sentença, visto que a palavra sentença deriva do latim, *sententia*, que provém de *sententiando* e que é gerúndio do verbo *sentire*, criando-se, deste modo, a ideia de que pela sentença o juiz declara o que sente.³⁰⁷

³⁰⁵ “Os sentimentos são emoções tornadas conscientes. Embora as emoções se desenvolvam como um processo biológico, culminam como experiências mentais pessoais. O contraste, aqui, é entre os aspetos exteriores visíveis de uma emoção e o seu interior, a experiência íntima. Os primeiros são uma compilação de respostas biológicas – de alterações no comportamento e nos níveis hormonais a alterações na expressão facial – que podem, na maior parte dos casos, ser cientificamente avaliáveis. O segundo é o *sentimento*, a consciência privada dessa emoção. (...) Esta é a razão pela qual podemos descrever os nossos próprios sentimentos com bastante confiança, mas não conseguimos descrever as sensações interiores de outros com o mesmo grau de certeza. Só podemos ver a sua expressão exterior e teorizar, ou intuir, as sensações interiores dos outros.”(Cf. FRAZZETTO, 2014, pp. 19-23, [22]). Sobre o contexto evolutivo das emoções e destas serem uma resposta fisiológica face aos acontecimentos do meio envolvente, destaca-se a obra de DARWIN (2011, 2006). Também em sentido similar, direccionou-se o psicólogo norte-americano WILLIAM JAMES, no final do século XIX, abordando o estudo da consciência, como um “processo”, demasiado complexo para uma definição inequívoca, traduzindo-se mais tarde no que viria a ser a teoria de James-Langes, acerca das emoções (Cf. *O Livro da Psicologia*, Marcador, 2014, pp. 40-45).

³⁰⁶ Sobre a Prova Testemunhal, ver PIRES DE SOUSA (2017e).

³⁰⁷ MAGNUS DE MARCO (2011, p. 152).

Pelo que, “até do ponto de vista etimológico, ‘sentença’ está mais relacionada com sentimento e vontade, do que com cognição e razão.”³⁰⁸

De resto, e como vimos (*Supra*, ponto 2), o processo de tomada de decisão, para que se concretize, assimila necessariamente esta índole emocional (sentimental).

Ora, ainda que limitados ao estudo desta Dissertação, torna-se questão crucial admitir a possibilidade da decisão judicial, ser caracterizada como uma subespécie de decisão, nos moldes defendidos pela Neurociência.

Esta hipótese foi referida por **CLARA CALHEIROS**, que esclarecidamente ensina ser “lícito olhar para a decisão judicial como uma subespécie de decisão, que como tal enferma dos mesmos problemas e é susceptível de análise com os mesmos instrumentos que se aplicam em geral à formação de juízos e decisões humanas.”³⁰⁹

Creemos que só assim fará sentido, desde logo, porque também na decisão judicial, a formulação de juízos está sempre presente.

Importa ressaltar, que o conhecimento dos factos, que leva à tomada de decisão parece operar, por um lado, ao nível da vida quotidiana, consubstanciada em decisões diárias ou genéricas e, por outro lado, também nas decisões de maior relevo ou importância, ainda que no exercício e desempenho de atividades profissionais, ocupando o inconsciente papel determinante na decisão final.³¹⁰

³⁰⁸ Mas, “ambos os momentos [sentimento e razão] estão presentes, pois a atividade decisional envolve não só cognição e razão, mas também implica a necessidade de fazer escolhas – e aí o papel do sentimento e da vontade está presente, quer disso se tenha consciência ou não.” – NETO (*in* ZIMMERMAN & COLTRO 2002, p. 406).

³⁰⁹ CALHEIROS (2008, p. 72).

³¹⁰ KAHNEMAN (2013), dá como exemplo, um executivo de uma grande firma financeira que investiu “algumas dezenas de milhões de dólares nas ações da Ford Motor Company”. O executivo, confrontado sobre como tomou aquela decisão, explicou ter ficado impressionado com uma exposição automobilística que visitara. É, então, que KAHNEMAN avança que o executivo confiou (de forma determinante) na sua intuição (“sabem mesmo fazer um carro”), não tendo considerado as questões reais da economia, como o valor das acções. KAHNEMAN refere que a decisão do executivo foi tomada, tendo por pano de fundo, a heurística do afecto “em que os juízos e as decisões são guiados diretamente por sentimentos de atração e aversão, com pouca deliberação e raciocínio.” (2013, p. 21). Sobre o papel das heurísticas intuitivas e os enviesamentos cognitivos nas decisões, ver KAHNEMAN (2013). Sendo que, por *heurística* referimo-nos ao estudo dos atalhos e por *enviesamentos cognitivos* referimo-nos aos erros sistemáticos, que ocorrem em situações concretas. - Cf. TALEB, (2016, p. 125). Mas, importa destacar nesta Dissertação, e como sublinha KAHNEMAN, “a focalização no erro não denigre a inteligência humana, tal como a atenção às doenças nos textos médicos não nega a boa saúde.” (Idem, p. 10).

Também o julgador, no papel de juiz, ocupa uma posição de relevo³¹¹ e prestígio profissional, como expõe **FABIANA SPENGLER**: “destinatário e membro representativo do Poder Judiciário, a quem todos os conflitos são transferidos no anseio e na esperança de uma solução imposta, encontra-se o juiz. Figura que recebe a legitimidade da sociedade – e do Estado – como representante dessa soberania jurisdicional, no qual recaem inúmeras simbologias e mitos culturais (...)”.³¹²

Paralelamente, é no exercício dessa actividade profissional, que **TOMÉ GOMES** partilha:

“A convicção do julgador em sede de decisão de facto tende a ser afectada por ingredientes afectivos e ideológicos que impregnam os esquemas do entendimento humano, com a irracionalidade sempre pronta a contaminar os juízos de percepção sobre a realidade, para já não falar das limitações do universo de vivências de cada um a condicionar a nossa compreensão das motivações e dos comportamentos alheios”.³¹³

Contudo, ainda segundo **TOMÉ GOMES**:

“Isto não significa que devemos subestimar a importância do papel da sensibilidade do julgador como fonte de conhecimento, que também é; longe disso. Só que tal sensibilidade deverá passar pelo crivo da análise crítica dos dados da experiência para conferir a maior objectividade possível à formação da livre convicção do julgador; prudente (ponderada) convicção exige a lei no n.º 1 do artigo 655.º do CPC.”³¹⁴

Também, **GOMES CANOTILHO**, destaca que:

“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.”³¹⁵

³¹¹ “(...) o juiz acumula as funções de procurar a verdade e de dizer o direito.” (Cf RODRIGUES, 2016, p. 38).

³¹² A autora prossegue, citando NALINI (2008, p. 99) “(...) transfigurado como ser diferenciado, autoridade incontrastável provida de todos os poderes, poupado ao risco de errar e revestido de tonalidade demiúrgica”. (Cf. SPENGLER, 2015, p. 129).

³¹³ GOMES (2005, p. 130).

³¹⁴ Idem.

³¹⁵ CANOTILHO (2007, p. 15). O autor explana a ideia citada, afirmando que: “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

Em muito podemos resumir o pensamento de TOMÉ GOMES a uma ideia de juízo crítico e de um juízo de percepção ou vinculação afectiva, ambos a concorrer para a convicção do julgador, onde o inconsciente marca presença no processo decisório.

É desta forma que:

“O juízo crítico de cada indivíduo forma-se a partir de fatores conscientes e inconscientes, como os valores impostos pelo superego, as funções do ego, como a percepção, o pensamento e a discriminação, o processo de identificação e os tipos básicos de personalidade. O juízo crítico é uma das principais funções do ego, inculcando diretamente nas relações pessoais de cada indivíduo e é especificamente importante para este trabalho, pois tem grande relevância na vida cotidiana dos magistrados, já que influencia muito na tomada de decisões judiciais.”³¹⁶

Sendo importante não desconsiderar a componente afectiva, razão pela qual:

“Além do juízo crítico, há também uma vinculação afetiva e emocional do magistrado com o conteúdo do processo sob sua jurisdição e, assim, pode-se exemplificar citando o caso de um magistrado filho de um alcoolista. Neste caso, certamente ele será influenciado por sua história de vida ao instruir e decidir um processo envolvendo alguma parte com o mesmo problema. Da mesma forma que um magistrado religioso será influenciado por suas crenças e valores morais, um magistrado criado no interior, com grande apego à terra, ou, ainda, um magistrado criado em uma cultura machista.”³¹⁷

As evidências apontam para que sentimento e emoção sejam complementares à racionalidade, sempre que importe tomar uma decisão, neste caso, uma decisão judicial. Não olvidemos as posteriores considerações tecidas (*Infra*, ponto 5), mas por agora cumpre explicar que a eventual vinculação afectiva do julgador com um determinado caso concreto, poderá ocorrer espontaneamente (no plano do inconsciente), aqui traduzindo a ideia de que não foi provocado pelo julgador.

Na assunção de que todos os problemas ou situações em litígio, ainda que tendencialmente pessoais, não deixam de ser comuns à sociedade. Quer-se com isto dizer que

evitar esquemas decisórios onde pesam <<decisivamente>> motivações assentes na experiência, nos préjuízos e nos sentimentos.” (*Loc. Cit.* p. 16)

³¹⁶ MAGNUS DE MARCO & VARISA (2011, pp. 157 e 158).

³¹⁷ *Idem.*

nunca são questões pessoais, de uma forma circunscrita de vivência a um único sujeito ou grupo, podendo, inclusive, também pelo julgador já terem sido ou estarem a ser vivenciadas.³¹⁸

Neste momento, preocupações se poderão erguer quanto à neutralidade judicial, concretizada no distanciamento que o julgador deve manter com a causa em litígio.

Bom, como veremos, para que este preceito seja cumprido, parece bastar “seriedade e vontade de fazer bem feito para atender a tais imperativos”,³¹⁹ à mercê do crivo da objectividade.

Porquanto, importa perceber, que perante o resultado de momentos quotidianos, oriundos da experiência passada³²⁰, o julgador enquanto sujeito singular (também ele um indivíduo situado num dado tempo e espaço, permeável a vários factores e estímulos externos)³²¹, *grava* a carga factual e emocional do evento pretérito; ou seja, um *impulso emocional* será lembrado de como se sentiu face a um evento semelhante, o qual pode ser decisivo numa inclinação ou subtil influência para determinada tomada de decisão.

A esse respeito, **PRADO** e **NALINI** afirmam que “o mais importante para o juiz, mais talvez do que para qualquer outro profissional, é entrar em contato com seus conteúdos sombrios, trazendo-os à consciência.”³²²

ANTÓNIO DAMÁSIO reforça a ideia de que perante o resultado de uma decisão (ou acontecimento), absorvemos um resultado factual (bom/mau) e um resultado emocional, ainda que tal opere inconscientemente.³²³ Essa carga factual (resultado factual e emocional) é a

³¹⁸ Ilustrando, nas palavras de ZIMERMAN (*apud* MAGNUS DE MARCO & VARISA, 2011, p. 159): “Devo julgar um homem acusado de ter agredido a sua esposa, em uma briga de casal. A minha atitude interna diante dessa situação específica pode ser alternante: tanto posso me manter neutro (não é o mesmo que indiferente), como posso me identificar, conforme os meus conflitos internos, tanto com o agressor, quanto com o agredido, ou simultânea e alternadamente com ambos. Se, por exemplo, a briga deste casal estiver ressoando em meu inconsciente o registro das brigas que meus pais tiveram, ou minhas próprias brigas, o mais provável é que eu, inconscientemente, tomarei um partido, o da vítima por exemplo e, como se fosse ela, sentirei a sua dor e indignação. Essa *identificação com a vítima* pode ser boa – possibilita uma empatia –; porém, se ela for excessiva, me levará a um impulso de *retaliação* na base de “dente por dente e olho por olho”, como aliás, está implícito na própria etimologia do verbo retaliar: *re* (de novo, e mais uma vez) + *taliar* (aplicar a lei de Talião)”.

³¹⁹ BARROSO, (2009, p. 292 *apud* MAGNUS DE MARCO & VARISA, 2011, p. 163).

³²⁰ FRAZZETTO (2014, p. 70).

³²¹ LABORINHO LÚCIO (1991).

³²² PRADO & NALINI (2003). Sobre a projecção que daí pode resultar e o confronto com o pensamento de FREUD, ver MAGNUS DE MARCO & VARISA (2011 p. 157 e ss.)

³²³ Entrevista de DAVID BROOKS a ANTÓNIO DAMÁSIO.

subjectividade de cada sujeito, “constituído a partir de emoções, sentimentos, lembranças, traumas e pensamentos.”³²⁴ Nesse sentido:

“As experiências anteriores do julgador também podem acarretar *reações inconscientes* favoráveis ou desfavoráveis a respeito de mulheres ruivas ou morenas, de homens com barba, de italianos, ingleses, padres, médicos, de filiados a determinado partido político, por exemplo. Esses *preconceitos*, que podem ser involuntários ou inconscientes, afetam a memória ou a atenção do julgador e influem sobre a credibilidade das testemunhas ou das partes.”³²⁵

Assim, guiados pela *normalidade do acontecer*, o sujeito possui certos conhecimentos, sentimentos e vivências pré-elaboradas³²⁶ (no caso do julgador, é certo, acrescem as regras da experiência), às quais atribuímos um juízo de valor, numa ideia de confronto e correspondência, entre o que é expectável observar e o que realmente é observado, com consequências directas ao nível da validação (confirmação ou plausibilidade), do que realmente aconteceu ou era suposto ter acontecido.³²⁷

³²⁴ MAGNUS DE MARCO & VARISA (2011 p. 156). Os autores citam ainda o conceito psicanalítico de subjectividade, que de acordo com o ensinamento de ANDRADE, tem repercussões no inconsciente de cada sujeito: “questões particulares de cada indivíduo, unilaterais na formação de seu juízo, não concernentes diretamente à consciência, mas fundamentais na determinação do seu pensamento e das suas ações.” (ANDRADE, *Aproximando a Psicologia do Direito*, in CERQUEIRA & FRAGALE FILHO, 2007, p.157).

³²⁵ PRADO & NALINI (2003, p. 19, *apud* MAGNUS DE MARCO & VARISA, 2011, p. 158).

³²⁶ Sobre as limitações da mente: “a nossa excessiva confiança naquilo que acreditamos saber e a nossa aparente incapacidade para reconhecer a complexa extensão da nossa ignorância e a incerteza do mundo em que vivemos. Temos tendência para sobreavaliar aquilo que compreendemos acerca do mundo e para subavaliar o papel do acaso nos acontecimentos. O excesso de confiança é alimentado pela certeza ilusória da visão retrospectiva.” (KAHNEMAN, 2013, p. 23).

³²⁷ Damos como exemplo, aquelas situações, em que é expectável encontrar ou observar, em certas circunstâncias particulares, determinados comportamentos e não outros (num casamento é expectável observar alegria, ao invés de tristeza, que por sua vez já expectável num funeral). Também aqui, confiar nas heurísticas, pode provocar enviesamentos previsíveis. KAHNEMAN (Idem, p. 16), num dos artigos mais citado pelas ciências sociais, descreve três heurísticas que são utilizadas na realização de juízos sob incerteza, bem como os enviesamentos que têm vindo a ser usados em vários campos do saber, nomeadamente, no campo das decisões jurídicas. Nesse artigo, ficou documentado que o pensamento não é imune a enviesamentos cognitivos, onde, no caso da heurística da representatividade, demonstrou-se a facilidade em ignorar relevantes dados e factos estatísticos para a tomada de decisão. O artigo encontra-se reproduzido na obra de DANIEL KAHNEMAN, ver: TVERSKY & KAHNEMAN (2013, Apêndice A, p. 551 e ss), também, TVERSKY & KAHNEMAN (2013, Apêndice B, p. 571 e ss).

5. Decisão Judicial e Subjectividade

Sendo o julgador o autor da decisão judicial, poderá essa mesma decisão incorporar “a marca da acção humana?”³²⁸ Entendemos que sim, conforme ensina **PAUL RICOEUR** sobre o acto de julgar:

“No sentido usual da palavra, o termo julgar cobre uma vasta gama de significações importantes que proponho classificar, segundo o que denominarei com segurança, uma ordem de densidade crescente. Primeiro, no sentido fraco, julgar é opinar. Uma opinião é expressa sobre qualquer coisa. Num sentido um pouco mais forte, julgar é avaliar. Por conseguinte é introduzir um elemento hierárquico, expressando preferência, apreciação, aprovação. O terceiro grau de força expressa o encontro entre o lado subjectivo e o lado objetivo do juízo. Lado objetivo, alguém toma uma proposição por verdadeira, boa, justa, legal. Lado subjectivo, adere a essa proposição. Enfim, a um nível mais profundo, que é aquele em que se coloca Descartes, na quarta meditação, o juízo procede da conjugação do entendimento e da vontade. O entendimento que considera o verdadeiro e o falso, a vontade que decide. Atingimos portanto o sentido forte da palavra julgar. Não é somente opinar, avaliar, ter por verdadeiro, mas é, em última instância, tomar posição. É desse sentido usual que podemos partir para alcançar o sentido propriamente judiciário do acto de julgar”.³²⁹

Assim, quando o julgador *toma posição*, adere a uma proposição, faz uma escolha, e por isso podemos aqui considerar a subjectividade presente no acto de julgar. Atender a essa subjectividade, implica uma permanente atitude crítica, por parte do julgador, quer no momento da fixação dos factos, quer no momento da valoração da prova ou da própria decisão judicial.

Como observou **DANIEL GOLEMAN**: “A noção de que existe pensamento puro, racionalidade desprovida de sentimentos, é uma ficção, uma ilusão baseada na desatenção aos humores subtis que nos perseguem ao longo do dia.”³³⁰ **ANTOINE GARAPON**, também enquadra o acto de julgar, a partir de uma ideia de vários factores coexistentes, quer racionais, quer

³²⁸ A expressão pertence a NEVES (2011, p. 17). A autora afirma que “A objetividade decorrente da prova produzida perante o julgador é trespassada pela natural subjectividade deste.” (*Loc. Cit*)

³²⁹ LABORINHO LÚCIO (1999, p. 43).

³³⁰ GOLEMAN (1999, p. 60). Em igual sentido, KAHNEMAN (2013, p 10), esclarece que os pensamentos conscientes não são a única forma da mente trabalhar, “nem na verdade é a forma habitual. A maioria das impressões e dos pensamentos surgem na vossa experiência consciente sem que saibam como é que lá foram parar. Não conseguem traçar o modo pelo qual acabaram por acreditar que há um candeeiro sobre a secretária, à vossa frente, ou como detetaram um indício de irritação na voz da vossa esposa, ao telefone, ou como conseguiram evitar uma ameaça de acidente na estrada, antes de se terem consciencializado dela. O trabalho mental que produz impressões, intuições e muitas decisões prossegue em silêncio na nossa mente”.

emocionais e, por isso, julgar pressupõe necessariamente um trabalho constante de distanciamento:

“O acto de julgar não pode ser reduzido a uma operação estritamente intelectual, já que mais não seja pelo facto de os julgamentos mais delicados envolverem pessoas. Julgar uma pessoa não passa apenas por apreciar um acto, mas também por penetrar num encadeamento de eventos inextricáveis e imputar um deles a uma história em particular. Isso exige que se tome consciência de que aquele que julga partilha a condição daquele que é julgado. Será possível colocar-se fora da vida, abstrair-se da sua própria humanidade? Julgar é um distanciamento permanente, um trabalho iniciado pelo símbolo e concluído pelo discurso. Uma vez terminados os debates, o juiz não fica completamente livre desse trabalho de distanciamento. (...)”³³¹

Em conformidade, ao considerarmos o acto de julgar, como uma operação que não é “estritamente intelectual”³³², importa dissertar acerca da consciência subjectiva dos factos pelo sujeito, *maxime*, pelo julgador: isto é, sendo o julgador um sujeito, subjectivo e singular, importa perceber até que ponto a tomada de decisão judicial não será a lei associada à vontade do juiz.³³³

DE LA VEGA BENAYAS parece contribuir para que possamos considerar a decisão judicial como o resultado da lei associada à vontade do juiz, quando refere: “el juez está encajado en un sistema de valores y fines, a los que sirve el Derecho, y más en concreto las normas, puesto que es el hombre-juez, con su voluntad y libertad, el que las realiza.”³³⁴

Em complemento, comparando o entendimento de DE LA VEGA BENAYAS com o processo de tomada de decisão (**LABORINHO LÚCIO**), em concreto, a quarta fase, na qual

³³¹ GARAPON (1997, pp. 315 e 316).

³³² *Idem*.

³³³ O que poderia contribuir para explicar situações de tomada de decisão judicial divergentes acerca dos mesmos factos relevantes. Decisões judiciais, consubstanciadas, não raras vezes, em apreciações diferentes pelas instâncias superiores. Neste sentido, importa sublinhar que os Tribunais da Relação, têm acordado encontrarem-se numa posição hierárquica de distanciamento no conhecimento e apreciação subjectiva da prova que foi produzida em 1.^a Instância; sendo que esse conhecimento presencial, típico da 1.^a Instância, parece demonstrar-se essencial. Veja-se, a este propósito, o Ac. do STJ, Proc. 07P21, de 14-03-2007, relator Santos Cabral: “II - Existe uma incomensurável diferença entre a apreciação da prova em 1.^a instância e a efectuada em tribunal de recurso com base nas transcrições dos depoimentos. A sensibilidade à forma como a prova testemunhal se produz, e que se fundamenta num conhecimento das reacções humanas e análise dos comportamentos psicológicos que traçam o perfil da testemunha, só logra obter concretização através do princípio da imediação, considerado este como a relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes, de modo a que aquele possa obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base da decisão. III - As consequências concretas da aceitação de tal princípio definem o núcleo essencial do acto de julgar em que emerge o senso, a maturidade e a própria cultura daquele sobre quem ^[1]recai tal responsabilidade. (...)”

³³⁴ BENAYAS (1970, p. 171).

compete ao julgador seleccionar o direito, após a valoração do facto³³⁵, observa-se, igualmente, o critério legal e o critério axiológico na decisão, ou melhor, identificamos a lei e a vontade do julgador.

Ou seja, ao juiz, está reservado todo o processo de valoração (no quadro do *princípio da livre apreciação da prova*) e de interpretação (formalismo). Esse processo de interpretação, opera mediante um processo dedutivo de subsunção (aplicação da lei ao caso concreto), mas que nos moldes actuais, implica ter presente as particularidades do caso concreto e, consciência, da presença da subjectividade, concretizada aqui na ideia de *vontade* e de *liberdade* (na expressão de DE LA VEGA BENAYAS), ainda que esse processo ocorra na dependência mediata do dogmatismo (*v.g.* princípios, regras, axiologias).

Sobre o processo de subsunção, entendemos que o julgador há muito deixou de ser um simples aplicador da lei, um técnico, sendo-lhe hoje exigido e atribuído um papel activo, por forma a dirimir a complexidade da vida quotidiana.

No mesmo sentido, **LABORINHO LÚCIO**, lembra-nos:

“Entre a lei e a vida, tem de encontrar-se agora a figura de um mediador que se não limite a dizer a esta as palavras contidas naquela. A relação entre uma e outra não é mais susceptível de ser reconduzida a uma mera operação formal de subsunção a fazer operar entre dois elementos dados e acabados, definidos pela norma e pelo facto como dois *a prioris*. Estes, a norma e o facto, tendem a ser hoje como instrumentos, embora vinculados, para um processo de decisão, buscando, cada um deles na sua relação com o outro, a completude que o conflito, ou o problema, reclama como solução.”³³⁶

Assim, uma subsunção pura, objectiva e por isso redutora, inclusive do próprio papel do julgador, parece ficar aquém do que se pretende e, paralelamente, ainda que tal seja almejado, não é humanamente possível, se consideramos o contributo da Neurociência. Sem prejuízo de, claro está, no processo de subsunção, sempre recair sobre o julgador o dever de percorrer esse caminho guiado pela objectividade – e, no limite, alcançá-la. Por outro lado, essa asserção de objectividade, não invalida a tomada de consciência sobre a existência das questões comumente conhecidas por não-jurídicas ou de índole subjectiva.³³⁷

³³⁵ Ver Capítulo II, nota 164.

³³⁶ LABORINHO LÚCIO (2012, p. 214).

³³⁷ ANDRADE (*in* CERQUEIRA & FRAGALE FILHO, 2007, p. 160).

Também, **LABORINHO LÚCIO**, sobre essas motivações não jurídicas das decisões, ensina que:

“Motivações próprias do meio, como, entre outras, as históricas, as sociológicas e as económicas; mas também motivações próprias da pessoa do juiz, delas se destacando a origem social, as convicções políticas, as convicções religiosas, a situação familiar, a experiência pessoal do caso a decidir, a influência da hierarquia, a segurança pessoal do magistrado, os seus esquemas mentais, os *a priori* culturais, a sua imagem acerca da função e de si próprio, etc.

Basta o simples enunciado de algumas das motivações não jurídicas da decisão, para logo se compreender que elas estão ou podem estar sempre presentes no acto de julgar, pelo que o que importa realmente é torná-las evidentes para que, através da sua exibição, e da consciência delas, seja possível sindicá-las, também nesse aspecto, o decidido.³³⁸

Por outro lado, e aceitando a *marca da acção humana*³³⁹ na decisão judicial, cremos que a limpidez do pensamento nos leva a considerar que admitir a subjectividade, como parte integrante da decisão judicial, assegura e contribui para a racionalidade da decisão. Aqui chegados, torna-se questão crucial admitir uma possível margem de subjectividade, onde a emoção poderá contribuir, até certo ponto, para a tomada de decisão judicial. Aquela subjectividade será controlável através da fundamentação da sentença, a qual deve explicar o *iter* racional e lógico do julgador, pois, desde logo, admitir essa subjectividade é torná-la evidente, ao invés de dissimulada “...e, portanto, criticável.”³⁴⁰

Concordamos com **LABORINHO LÚCIO** ao argumentar que só é possível a defesa de uma decisão que:

“(...) ao ser subjectiva, tem que impor a quem a adopta o dever de a fundamentar. E é fundamentando que quem decide deixa exteriormente as razões com as quais fundamentou, o que permite àqueles que sofreram a decisão poder, através da fundamentação, recorrer dela, pô-la em causa e procurar outra diferente. Isto é, a decisão objectiva é uma decisão subjectiva sem fundamentação, incontrolada e que só tem a aparência de ser certa.”, pois “(...) sendo a objectividade de certa forma uma ficção, o importante é aprender a viver com a subjectividade e a controlá-la. Nomeadamente, importa reconhecer que as decisões dos tribunais também são subjectivas”. Assinalando que a “A decisão assumida culturalmente como subjectiva é a que fica mais próximo de uma verdade possível, porque se assume, ela própria, como verdadeira inicialmente.”³⁴¹

³³⁸ LABORINHO LÚCIO (2012, p. 96).

³³⁹ A expressão pertence a NEVES (2011, p. 17).

³⁴⁰ LABORINHO LÚCIO (1991, pp. 207-208). Esta ideia também encontra sustento em LABORINHO LÚCIO (2012, p. 96).

³⁴¹ Idem (1999, p. 50).

Esta posição parece ser partilhada por **DE LA VEGA BENAYAS**, plasmada na sua expressão “El hombre, más la norma, más el hecho: es eso lo que entendo por Derecho”.³⁴²

Julgamos, pois, poder afirmar que o julgador, enquanto parte humana integrante do Direito, ditando Jurisprudência e nela se fazendo sindicado, aí reside o princípio da confiança dos cidadãos (ou dos sujeitos processuais) nos Tribunais, enquanto órgãos de soberania. Revelando-se essencial, para a boa prática jurídica, que o julgador atenda ao estado emocional em que a decisão é tomada, uma vez que os princípios das emoções são universais³⁴³, comuns a todos os sujeitos e culturas³⁴⁴, não sendo o julgador excepção a esses critérios. É, por isso, seguro proclamar que “*não basta estudar a psicologia do testemunho e das pessoas que directa ou indirectamente intervêm no julgamento. Será necessário também manter a vigilância sobre as nossas faculdades de percepção e interpretação.*”³⁴⁵

Convirá, também, lembrar o entendimento de **ELIAS CANETTI**: “Quem pensar que possa separar seu mundo íntimo do mundo exterior, simplesmente não possuiu o primeiro dos dois e portanto é incapaz de separar qualquer coisa.”³⁴⁶

Por seu turno, parece plausível defender que um rigoroso conhecimento da parte emocional e racional do cérebro, contribui para um entendimento mais afinado dos estados subjectivos em que nos encontramos (estados internos), sabendo que *mesmo de uma perspectiva anatómica, é impossível para o seu cérebro ver qualquer coisa na sua forma bruta, sem qualquer tipo de interpretação, ainda que possamos nem sempre estar conscientes disso.*³⁴⁷

³⁴² BENAYAS (1970).

³⁴³ As emoções, segundo DARWIN, são inatas, generalizadas e semelhantes em todas as culturas Cf. FRAZZETTO (2014, pp. 22-23).

³⁴⁴ Como emoções negativas: raiva, culpa, vergonha, arrependimento, medo e dor. Por outro lado, as emoções positivas consubstanciam-se na empatia, a alegria, o riso, a curiosidade e a esperança. Sendo que, o critério diferenciador não reside em boas ou más emoções, sendo preferível seguir o princípio orientador de *abordagem e fuga*, porquanto todas as emoções serem não só necessárias, como também estratégias direccionadas para a sobrevivência (Cf. Idem, pp. 21-22).

³⁴⁵ A ideia por nós traduzida pertence a BENAYAS (1970, p. 176): “No basta con estudiar la psicologia del testimonio y la de las personas que directa o indirectamente intervienen en el juicio judicial. Será necesario también mantener la vigilância sobre nuestras facultades de *percepción* e *interpretación (...)*”.

³⁴⁶ CANETTI (*apud* PÊPE, 2015, p. 12).

³⁴⁷ A ideia e expressão pertence a TALEB (2016, p. 106). Citando ainda o autor: “Interpretamos muito à semelhança de como executamos outras actividades consideradas automáticas e fora do nosso controlo, como respirar” (*Loc. Cit.* p. 108). Na presente Dissertação, sobre o modo de captação da realidade, ver Capítulo I.

De facto, “*cada um possui um cérebro que contém a assinatura do seu próprio passado*”³⁴⁸, e é hoje claro que as emoções/sentimentos têm vindo a mostrar-se determinantes, na tomada de decisão, pelo que importa não subtrair autoridade e destaque ao papel por estes desempenhado.

Reconhecendo, igualmente, que o Direito materializa-se na comunicação entre a norma e a realidade, como observou **ANTUNES VARELA**:

“A sentença, embora tenda a ser a conclusão lógico-racional do silogismo judiciário, assenta num diálogo constante (num movimento lógico de vai-vém) entre o facto e o direito, no qual não deixam de desempenhar um papel importante, para a descoberta da verdadeira mens legis, as reacções intuitivas, emocionais ou sentimentais do julgador (intérprete) em face do caso concreto.”³⁴⁹

Também **DE LA VEGA BENAYAS** enfatiza que “En el hombre confluyen, como dos líneas de fuerza, el hecho y la norma. Y en el Derecho judicial, logicamente, en el juez. Este puede ser contemplado en sí mismo, como individuo personalizado; en la relación norma-juez, o en la interferencia juez-hecho. (...)”.³⁵⁰ Neste sentido, é essencial a fundamentação da sentença, que explique todo o percurso lógico-racional do juiz, de modo a tornar a sentença compreensível para os seus destinatários (internos e externos) e, também, sindicável aquando da existência de incongruências patentes ao raciocínio do juiz.³⁵¹

6. Mecanismos para a objectividade da decisão judicial

O passo seguinte no caminho do acto de julgar parece ser, naturalmente, cultivar uma predisposição jurídica para acompanhar o que a Doutrina contemporânea tem vindo a afirmar: a subjectividade está presente no acto de julgar e é mais produtivo discutir sobre os limites e técnicas

³⁴⁸ FRAZZETTO (2014, p. 55).

³⁴⁹ VARELA (1985, p. 666 e ss.)

³⁵⁰ BENAYAS (1970, p. 156)

³⁵¹ NASCIMENTO (2008, p. 9), nota que o discurso judiciário pode ter destinatários internos (que dominam a linguagem jurídica) ou externos: os destinatários externos, por não dominarem o código cifrado da linguagem jurídica precisam de quem a decifre.

que possam auxiliar na restrição de uma “subjectividade dirigida”³⁵², do que negar este facto³⁵³, visto que, a subjectividade, já *não se vê como patológica, mas intra-sistémica*³⁵⁴, onde não “devemos subestimar a importância do papel da sensibilidade do julgador como fonte de conhecimento.”³⁵⁵

No saber de **LABORINHO LÚCIO**, sintetizamos que cumpre “aprender a viver com a subjectividade e a controlá-la”.³⁵⁶ Assim, aqui chegados e, conhecedores de que a decisão judicial pode comportar índole subjectiva, cumpre descortinar, de que modo, será possível incorporar racionalmente essa subjectividade, e assim preservar o Estado de Direito.³⁵⁷ Dito de outro modo, a que meios e de que forma será possível ao julgador recorrer para mitigar e bem explanar o caminho mental que percorreu na tomada de decisão judicial? Ora, o conteúdo das sentenças judiciais ainda é algo que não comporta previsibilidade, ainda que possam existir padrões de decisão conhecidos a determinado juiz ou Tribunal. Recordemos que desde o Renascimento até ao presente, o Direito parece estar onerado e vinculado à finalidade de assegurar previsibilidade, contudo, ainda não logrou neste desiderato³⁵⁸.

Ademais:

“A estrita vinculação do juiz à lei (em sentido amplo) certamente confere uma maior previsibilidade quanto à sua atuação; entretanto isso nem sempre é desejável e quase nunca é possível. Sob um primeiro aspecto, isso não seria possível, já que as mudanças sociais são mais velozes do que as mudanças legislativas e isso poderia significar um afastamento do juiz das reais necessidades sociais. Relativamente aos aspectos subjetivos, o juiz jamais consegue afastar por completo a influência dos fatores subjetivos que incidem sobre o ato de julgar. Assim, ele não consegue sair de si próprio e afastar seus condicionamentos existenciais e, dessa forma, julga com toda a sua personalidade, utilizando processos racionais e sofrendo influências de processos irracionais. O lado racional do juiz caminha junto com seus preconceitos, e o melhor que ele pode fazer é conscientizar-se a respeito, procurando afastar alguns preconceitos e impulsos irracionais.”³⁵⁹

³⁵² A expressão pertence a M. DELMAS-MARTY (*apud* LABORINHO LÚCIO, 1991, pp. 208 e 209).

³⁵³ MAGNUS DE MARCO & VARISA (2011, p. 164).

³⁵⁴ O entendimento em itálico pertence a LABORINHO LÚCIO (1991, p. 209).

³⁵⁵ GOMES (2005, p. 130).

³⁵⁶ LABORINHO LÚCIO (1991, pp. 208 e 209).

³⁵⁷ Ressalve-se que, o âmbito temático desta Dissertação, não procura incidir num modelo de problema-resposta à subjectividade, mas sim dar a conhecer o que entendemos ser um recorte do problema e as razões que o possam validar. Contudo, neste momento, não poderíamos deixar de apontar algumas considerações, que também consideramos importantes, sobre eventuais caminhos, que possam contribuir para a objectividade da decisão judicial.

³⁵⁸ CALHEIROS (2015).

³⁵⁹ MAGNUS DE MARCO & VARISA (2011, p. 164); NETO (*apud* ZIMERMAN & COLTRO, 2002).

Não obstante, tem sido essa finalidade de previsibilidade que vem orientando os cidadãos a exercer o chamado *direito de acção* (ou a não exercer); dado que, à luz das consequências previsíveis, é-lhes traçado um mapeamento jurídico que culminará na decisão de quererem agir ou não agir perante um Tribunal, tendo por alicerce que “o uso do direito positivado, implica antes de tudo a aceitação submissa de normas que se afirmam racionais e neutras, ou seja, sem a participação de fatos pessoais ou extrajudiciais.”³⁶⁰

Nesse sentido, também **TOMÉ GOMES**, observa que o modo de aplicação das regras jurídicas (previsibilidade relativa) “é um factor decisivo de confiança no Estado de Direito ou, mais ambiciosamente, no Estado de Justiça.”³⁶¹ Com efeito, para mitigar a ausência de previsibilidade e, também, de uma subjectividade não fundamentada (e por isso arbitrária)³⁶², parece-nos plausível afastarmo-nos de questões que se prendem com a própria sentença, com a interpretação da lei ou com o processo de subsunção (ainda que nele admitamos ser de considerar certas particularidades³⁶³). Também, diga-se, em questão de subjectividade, convirá tecer distinções, consoante a complexidade que o caso merecer (*easy cases* ou *hard cases*)³⁶⁴, bem como não subvalorizar o *princípio da proporcionalidade* ou da *ponderação*.

Clarificando as coisas, não pretendemos colocar em causa, seguindo o pensamento de **GOMES CANOTILHO**, “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”, pois entendemos que essas “continuam a impor a ordem no discurso decisório”.³⁶⁵ Ainda que, seja de sublinhar a posição de **ANTOINE GARAPON** quando afirma:

³⁶⁰ PÊPE (2015, p. 11).

³⁶¹ GOMES (2005, p. 167)

³⁶² A melhor terminologia a usar seria arbitrariedade ou subjectivismo, porque a “subjectividade”, nos termos por nós defendidos, não será patológica se visível/fundamentada. Utiliza-se o termo “subjectividade não fundamentada” para facilitar a compreensão intra-textual.

³⁶³ “Na acepção de Nalini, a excessiva importância dada ao silogismo jurídico tem como consequência o enorme esvaziamento dos deveres e responsabilidades do juiz, pois, passa-se a considerá-lo apenas um servo da lei, já que está sempre preso a ela. Assim, o operador do direito permanece em uma confortável posição, como se fosse um ser ascético, passivo, neutro, que se limita a aplicar automaticamente a lei ao caso concreto.” (MAGNUS DE MARCO & VARISA (2011, p. 149). Segundo os autores, “Decorrem do princípio da subsunção a cientificidade do direito e o dogma da neutralidade do magistrado, pois se presume que o juiz age somente como um intermediário entre a norma geral e o caso concreto, desconsiderando-se as influências externas e subjetivas ocorridas na prática do direito.” (*Loc. Cit.*).

³⁶⁴ Numa aproximação ao pensamento de HERBERT HART, RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY.

³⁶⁵ CANOTILHO (2007, p. 17).

“(…) nem a publicidade, nem as formas processuais, nem as próprias normas jurídicas são suficientes para nos proteger da injustiça. A preocupação de bem julgar é um complemento indispensável desse arsenal democrático. Isto sob a condição de se considerar o juiz não mais como um agente passivo, mas como um actor inteligente no seu papel, como o detentor de uma consciência capaz de resistir aos determinismos de toda a ordem. (...) A preocupação de bem julgar só surge depois de se terem eliminado as considerações jurídicas, económicas, sociais, psicológicas ou culturais. Emanam da convergência de todos esses dados sob a mira do justo. Mais do que negar esses determinismos, o melhor será tomar consciência deles e dar-lhes um nome.”³⁶⁶

Creemos que o problema residirá, aí sim, no *percurso mental* que foi percorrido pelo julgador (consciente e inconscientemente), principalmente na valoração dos factos. O qual, diga-se, que se percorrido com a devida e exigida acuidade jurídica, não comportará desvios a uma feliz Jurisprudência. Em boa verdade, a prova ou os factos existem para convencer.³⁶⁷

E, como se disse, o convencimento encontra-se, desde logo, restringido ao mundo de cada sujeito (em termos de *qualia*)³⁶⁸, ao seu quotidiano, às suas vivências e ao seu entendimento do que parece fazer mais sentido, face às premissas daquilo que conhece e que, no caso do julgador, não deixam de estar presentes no acto de julgar.³⁶⁹ Segundo este entendimento, não podemos deixar de considerar, *pari passu*, a noção de pré-compreensão do mundo pelo sujeito, neste caso, aproximando o sujeito do julgador, que também é julgado, como nos fez notar

ANTOINE GARAPON³⁷⁰.

³⁶⁶ GARAPON (1997, pp. 313 e 314).

³⁶⁷ RODRIGUES (2017, pp. 11-14).

³⁶⁸ Considerações emocionais e subjectivas, associadas aos 5 sentidos (*v.g.* experiências, sentimentos, sensações...), resultado da forma como cada sujeito percepção (conscientemente) a realidade. Sobre o assunto, ver DAMÁSIO (2013). NASCIMENTO (2008, pp. 10 e 11) refere a existência de casos que “não estando em causa valores estruturantes universais - contêm com visões culturais específicas de certa geografia providencial ou regional. O caso das touradas de Barrancos trouxe à luz do dia esse conflito latente entre as visões diferenciadas de mundos diferentes e que o juiz é chamado tantas vezes a arbitrar (...). As expressões insultuosas de certas regiões e que não têm noutras significado difamatório nenhum (...) A formação profissional é, aqui, essencial para que o juiz, vindo de fora, seja de dentro”.

³⁶⁹ “Agora já não se trata de um juiz que decide apenas de dentro da lei, da qual ele é um pruro declamador, mas de um juiz que leva a realidade para dentro da lei, e que a leva para um encontro aí entre a norma e a vida, para um encontro de dimensão cultural.” (Cf. LABORINHO LÚCIO, 1999, p. 34). Também: “É o homem situado, é o homem concreto e é o grande desafio entre aquilo que é a realidade natural da vida e o que é a capacidade do direito para responder a essa realidade. (...) É a vida virada para o homem abstracto, mas também para o homem concreto (...)” (Idem, pp. 34 e 35).

³⁷⁰ “Isso exige que se tome consciência de que aquele que julga partilha a condição daquele que é julgado.”. Cf. GARAPON (1997, pp. 315 e 316).

Sintetizando, nesse processo de *ser convencido*, ainda que o julgador esteja limitado a decidir dentro dos termos da lei e na pretensão de ser objectivo, poderá dar-se nesse raciocínio, de forma inconsciente ou consciente, um complemento de subjectividade e índole pessoal:

“O grande problema da pretensão de objetividade e neutralidade plenas das decisões judiciais é, precisamente, que ela não passa de uma pretensão, incapaz de submeter a totalidade dos casos. Pior: ela fraqueja exatamente nas situações em que, pelo teor político ou pela multiplicidade de alternativas, não há um único resultado possível.”³⁷¹

Em concreto:

“*Neutralidade* é um conceito possivelmente mais complexo de se delinear do que o de objetividade. A objetividade busca uma razão científica de validade geral. A neutralidade se dilui em muitos aspectos diferentes. Alguns deles não são de difícil implementação, como a *imparcialidade* – ausência de interesse imediato na questão – e a *impessoalidade* – atuação pelo bem comum, e não para o favorecimento de alguém. Basta seriedade e vontade de fazer bem feito para atender a tais imperativos. Mas a neutralidade pressupõe algo impossível: que o intérprete seja indiferente ao produto do seu trabalho. É claro que há uma infundável quantidade de casos decididos pelo Judiciário que não mobilizam o juiz em nenhum sentido que não o de burocraticamente cumprir seu dever. Outros tantos casos, porém, envolvem a escolha de valores e alternativas possíveis. (...) o intérprete estará sempre promovendo as suas próprias crenças, a sua visão de mundo, o seu senso de justiça.”³⁷²

Deste modo, entende-se que “a neutralidade é uma ficção, pois se for entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjectividade pessoal, mas também das influências sociais. Então, o operador jurídico seria um ser humano sem história, sem memória e sem desejos.”³⁷³ Em outras palavras, generalizou-se:

“(…) erroneamente a ideia de que o mais importante para o juiz é o bom conhecimento das regras processuais, ficando em plano bem inferior as preocupações com a sua formação humanista, a transmissão de conhecimentos básicos para que o juiz possa avaliar o significado das ações humanas, inclusive das suas, o estímulo à sensibilidade do juiz, para que ele não proceda com a fria racionalidade de um autômato.”³⁷⁴

³⁷¹ BARROSO (2009, p. 432 *apud* MAGNUS DE MARCO & VARISA, 2011, p. 154).

³⁷² *Idem*, p. 163.

³⁷³ *Ibidem*, p. 163.

³⁷⁴ MAGNUS DE MARCO & VARISA, (2011, p. 160).

Nesse sentido, é de sublinhar o pensamento de **CLARA CALHEIROS**, quando afirma que mais que ter leis boas, é preciso ter bons julgadores. Recordemos, a este propósito, as já desejáveis qualidades humanas a observar no julgador³⁷⁵, em prol de um melhor desempenho do acto de julgar. Para ilustrar este pensamento, também **KANT** nos relembra que:

“nada é possível pensar que possa ser considerado como sem limitação a não ser uma só coisa: uma boa vontade. Discernimento, argúcia de espírito, capacidade de julgar e como quer que possam chamar-se os demais talentos do espírito, ou ainda coragem, decisão, constância de propósitos como qualidades de temperamento, são sem dúvida a muitos respeitos coisas boas e desejáveis; mas também podem tornar-se extremamente más e prejudiciais se a vontade, que haja de fazer uso destes dons naturais e cuja constituição particular não for boa.”

³⁷⁵

Também, convém olvidar, não desejamos colocar em causa o mérito dos julgadores, pelo contrário, procuramos exponenciar a ideia de que “a imparcialidade é impossível quando se trabalha em áreas de conflito, onde se chocam interesses e valores.”³⁷⁷ Assim:

“Percebe-se que somente o conhecimento técnico do direito é insuficiente para que os juízes profiram sentenças baseadas em valores de justiça e equidade. Assim, é imprescindível aos magistrados aliar ao estudo da teoria do direito disciplinas que o permitam conhecer e entender melhor o ser humano.”³⁷⁸

Enfim, há que procurar a irrepreensível fundamentação da sentença, que convide o julgador a uma verificação constante sobre o seu próprio raciocínio, exercendo aquando da decisão um cabal auto-controlo sob o que poderá ser a sua consciência e experiência subjectiva dos factos, *maxime*, apoiado pelos princípios constitucionais (ou hermenêutica constitucional). Contudo, também nos princípios, podemos observar um eventual campo aberto para a subjectividade, como bem nota **BARROSO**:

“Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. [...] Deve-se reconhecer aos princípios uma

³⁷⁵ *Supra*, Capítulo I.

³⁷⁶ KANT (1986, *apud* PÊPE, 2015, p. 10).

³⁷⁷ BAIROS DE BRUM (1980, p. 41 *apud* MAGNUS DE MARCO & GABRIELA MIOTTO VARISA, 2011, p. 155).

³⁷⁸ MAGNUS DE MARCO & VARISA (2011, p. 157).

dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis [...]. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*.”³⁷⁹

Razão pela qual, a fundamentação da sentença deve proporcionar aos seus destinatários,³⁸⁰ primeiramente, o direito à justificação daquele que foi o raciocínio empregue na decisão, o seu sentido e as suas razões; e, conseqüentemente, uma fundamentação que seja o mais exaustiva possível, aproximando-se do critério da objectividade e garantindo o recurso da decisão. Até porque:

“A impossibilidade de chegar-se à objectividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objectividade possível. A interpretação, não apenas no direito como em outros domínios, jamais será uma atividade inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela será sempre o produto de uma interação entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos. E é bom que seja assim. A objectividade traçará os parâmetros de atuação do intérprete e permitirá aferir o acerto de sua decisão à luz das possibilidades exegéticas do texto, das regras de interpretação (que o confinam a um espaço que, normalmente, não vai além da literalidade, da história, do sistema e da finalidade da norma) e do conteúdo dos princípios e conceitos de que não se pode afastar. A subjetividade traduzir-se-á na sensibilidade do intérprete, que humanizará a norma para afeiçoá-la à realidade, e permitirá que ele busque a solução justa, dentre as alternativas que o ordenamento lhe abriu. A objectividade máxima que se pode perseguir na interpretação jurídica e constitucional é a de estabelecer os balizamentos dentro dos quais o aplicador da lei exercerá sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto.”³⁸¹

Daí que, o uso através de um mecanismo de *standard* de prova, também, seja defendido por alguns autores, o qual serve “de guia ao juiz indicando o que deve buscar em cada prova para fixar os factos e, por outro lado, permite rever a construção dos factos assim feita pelo juiz no sentido de averiguar se este se cingiu ao *standard* ou se, pelo contrário, fixou os factos por mecanismos não controláveis.”³⁸²

Ou seja, “separar el <<humor>> personal y la simpatía del juez por un determinado rasgo de un testigo; rechazar la aversión por una conducta o por un tipo o clase de personas; no involucrar nuestra mentalidad con la de las partes en un juicio; prever el resultado de éste en la realidad social..., son componentes de una actitud personal tensa y constante. Su importancia es

³⁷⁹ BARROSO (2009, p. 356 *apud* MAGNUS DE MARCO & VARISA, 2011, p. 162).

³⁸⁰ Em termos gerais, a fundamentação da sentença visa garantir o recurso (dimensão interna) e o relevo externo da decisão, que se refere aos terceiros à decisão judicial, a comunidade em geral (dimensão externa).

³⁸¹ *Idem*, p. 164.

³⁸² PIRES DE SOUSA (2017d, p. 1).

grande y decisiva. Sabemos, sí, que es un factor o componente total inseguro. Pero está ahí, no por oculto menos actuante.”³⁸³

NICHOLAS TALEB, sobre este estado de alerta exigido, explica, desde logo, que não sabemos se estamos a fazer inferências, visto que grande parte ocorre fora da consciência, e que, por outro lado, permanecer num constante estado de alerta é humanamente fatigante.³⁸⁴

Vale dizer: uma fundamentação proporcional à discricionariedade, que quanto maior a discricionariedade maior deve ser a fundamentação.³⁸⁵

Em suma, ganham aqui destaque as correntes psicologistas³⁸⁶, que procuram traduzir o *iter psicológico* percorrido pelo juiz, nos moldes de contributo para a justificação racional da decisão judicial. Seja como for, e nas palavras ainda actuais de **SOUSA MENDES**, “Será que o subjectivismo da *intime conviction* segue agora na pegada da objectividade da *evidence*? Fica a pergunta.”³⁸⁷

³⁸³ BENAYAS (1970, pp. 176-177).

³⁸⁴ TALEB (2016, p. 108).

³⁸⁵ LABORINHO LÚCIO (1991, 1999).

³⁸⁶ A par desta corrente, existe uma outra, conhecida por *corrente narrativista*, que entende a narrativa factual no processo como um discurso, sendo esse o critério que releva. Para estas correntes a correspondência da verdade com os factos é subvalorizada, podendo resumir-se a uma simples obtenção de coerência interna no discurso. Em todo o caso, acerca das teses psicologistas, essa reconstrução também pode ser indesejável: “É inoperacional, sustentar a tese psicologista, pois é juridicamente indiferente a existência de uma *décalage* entre a criação da justificação e o desenrolar do processo mental e, assim estaria legitimado o escrutínio da probidade moral do julgador, isto é aberta a caixa de Pandora”. (SIMAS SANTOS, 2017, p. 13).

³⁸⁷ MENDES (2010, p. 1001).

CONCLUSÃO

1. Num primeiro passo, interrogamo-nos se o acto de julgar pode, ou não, incorporar subjectividade, ainda que inclinados para a afirmativa, desde logo, por sabermos que o sujeito responsável pelo acto de julgar, é um individuo situado num dado tempo e espaço, indissociável dos factores externos, e como comprovámos depois, também internos.

Logo de início, esta posição investigativa, colocou-nos a caminho do nosso propósito, em compreender e apresentar o enquadramento sobre o acto de julgar, receptivos a poder encontrar nele uma eventual subjectividade, para mais à frente, partilhar as respectivas conclusões.

O objecto do nosso estudo, ao fim e ao cabo, prendeu-se com o *Princípio da Livre Apreciação da Prova* e, descortinar, em que medida, tal princípio podia integrar subjectividade, mormente pela prova livre estar desprovida de rígidas orientações, impostas pelo legislador ao julgador.

Por assim ser, esta assunção, entendeu-se, *pari e passu*, com a exigência da fundamentação da sentença.

Chegado o momento, impõe-se resumir a nossa posição e reflexões jurídicas.

2. Entendemos prudente, *ab initio*, direccionar a compreensão do estudo, para a realidade, para o olhar ou a captação da realidade pelo sujeito, *maxime*, pelo julgador, em prol de situar o que seria a verdade judicial e material. Aí percebemos que a realidade apresentada ao sujeito, ou captada por este, é influenciada por interferências subjectivas. Daqui decorre a ideia da realidade, após captada, transforma-se, podendo originar múltiplas construções consoante o sujeito ou o julgador.

Esta questionabilidade da realidade, partindo das premissas de que a realidade só existe enquanto não captada, e quando captada, converte-se, através dos sentidos, segundo **BERTRAND RUSSELL**, numa *mera aparência de alguma realidade*, mostrou-se essencial para a compreensão dos factos, factos judiciais tangíveis ou intangíveis. Considerando, como factos tangíveis, aqueles que segundo **VICENTE RUÇO** são captados pelos sentidos, e como factos intangíveis, os factos internos, nomeadamente, os estados mentais ou psicológicos (*v.g.* dolo), bem como os factos hipotéticos.

Assim, esses factos, que aqui importam particularmente, mostraram-se essenciais para a reconstituição histórica da verdade que interessa ao Direito, em concreto, para o entendimento ou formação da convicção do julgador, quanto ao saber se determinado facto ocorreu ou não ocorreu, fixando-o como tal, em conformidade com a Lei e com a coerência que a narrativa mereceu.

Essa coerência que a narrativa mereceu ao julgador, quer na perspectiva interna quer externa, considerou-se basilar na leitura dos factos e na interpretação ou valoração da prova por este levada a cabo. Parece que o julgador é efectivamente um juiz munido das características de um historiador, falando-se a propósito, do juiz historiador, onde as relações causais são determinantes na produção da prova. Relações causais, entendemos nós, que podem sobrepor-se ao alegado pelas partes, pois, o julgador após valorar os elementos contraditados, decide-os, em defesa do justo e da verdade.

A verdade judicial mostrou-se como a verdade humanamente possível ao julgador, uma verdade também ela essencialmente prático-jurídica, tendo em conta a mundanidade das situações jurídicas e dos interesses envolvidos, nomeadamente, os de brevidade temporal.

Mantém-se, a nosso ver, límpida a ideia de que o juiz opera em fim de linha, na avaliação dos factos, não devendo seguir, sem mais, as narrativas das partes, devendo, ao invés, sobre elas reflectir, posicionando-se acima de qualquer parcialidade.

Neste espírito, estes raciocínios elencados parecem pressupor e exigir uma convivência saudável entre a ideia de verosimilhança, na qual assenta a convicção do julgador, e os factores internos a cada julgador que influenciam directamente nesse grau de convicção. Reconhecendo-se, neste hiato, a subjectividade não só como parte integrante, mas mais do que isso, como parte constante do acto de julgar.

3. Por termos entendido que a convicção judicial, poderia ser uma convicção que comporta índole subjectiva, fruto de uma apreciação subjectiva das provas, ainda que assente no momento objectivo de produção de prova, *uma certeza subjectiva*, como mencionou **VAZ SERRA**, avançámos outro passo na nossa Dissertação, em prol de descortinar melhor as vestes dessa convicção, aprofundando o *Princípio da Livre Apreciação de Prova*, principalmente, em sede da fundamentação da sentença.

Procurámos compreender melhor essa valoração subjectiva dos factos judiciais, que não sujeitos à prova legal. Ficou assente que essa liberdade, é uma liberdade aparente, visto que sempre será escrutinada em sede de fundamentação da sentença. Cumprindo, para tal, que o julgador logre em justificar a racionalidade e bondade da decisão, não bastando, para tanto, que somente apresente ou explique as razões do seu convencimento.

Mostrou-se essencial na sentença, enquanto acto de comunicação, observar a irrepreensibilidade da explanação do processo de tomada de decisão, com consequências directas no controlo da legitimidade das decisões judiciais.

Foi assim, que aqui chegados, e cientes de que a livre valoração das provas, ao abrigo do *Princípio da Livre Apreciação da Prova*, mostrava-se condizente com um modelo de aproximação da verdade e das características do juiz hodierno, lançou-se a questão: existindo margem de subjectividade no processo de tomada de decisão, poderia o acto de julgar, ainda assim, ser caracterizado por objectivo, rigoroso, sindicável? Viemos a compreender que sim. É preciso considerar, contudo, que este resultado objectivo exige e carece de um esforço pessoal, uma sindicância constante do julgador, sobre as suas próprias emoções e sentimentos, da bondade do próprio raciocínio, sob pena de o raciocínio a considerar, eventualmente, ser um outro. Dito isto, assegura-se a racionalidade dos juízos de facto.

Sobre essa subjectividade, podemos concluir, tratar-se de uma subjectividade intra-sistémica e não patológica, como fez notar **LABORINHO LÚCIO**. Diante disso, subscrevemos o dito entendimento, bem plasmado naquela que é a forma como ensina o processo de tomada de decisão ou o silogismo judiciário. Em jeito de conclusão, esse processo divide-se em quatro fases, equilibradas entre duas componentes de formação da convicção judicial. Temos então uma componente pública, objectiva, composta pelo julgamento do facto e a selecção do Direito e, por outro lado, uma componente privada, subjectiva, em que incide a valoração do facto e a integração ou valoração da Lei.

Razão pela qual, sensibilizados para a existência desses momentos de subjectividade, são tecidas considerações acerca do julgador estar onerado num dever de alerta ou permanente diligência, sobre o estado emocional em que a decisão está a ser tomada. Não obstante, através do contributo das outras Ciências, ficou claro, que esse dever de alerta, possa ser considerado humanamente fatigante.

De facto, parece que quanto maior for o espaço cedido pela prova livre ao julgador, a fundamentação deverá ser directamente proporcional.

4. Até aqui, através de um enquadramento restrito ao Direito, fomos levados a crer que o acto de julgar, enquanto um processo decisório, mais não é do que uma decisão, pensada e levada a cabo por um sujeito, que tem o dever de decidir em conformidade com a Lei.

Contudo, em abstracto, a tomada de decisão judicial, apresentou-se também como uma subespécie decisão, passível de ser analisada, segundo outros critérios igualmente rigorosos e científicos, aplicados nos juízos humanos e nos processos decisórios em geral.

Demonstrou-se exequível defender um diálogo entre a razão e a emoção, o que entre nós foi sustentado pelos saberes da Neurociência e da Psicologia. Privilegiou-se a posição que tem vindo a ser defendida por **ANTÓNIO DAMÁSIO**, na qual, em momentos de tomada de decisão, a razão precisa do conselho persuasivo da emoção. Decidir implica fazer escolhas, e a emoção mostrou-se um contributo essencial, auxiliando a razão, em escolhas que se querem mais racionais.

Concluimos, não ser humanamente possível considerar a decisão judicial uma decisão desprovida da marca humana, um rigoroso pensamento racional sem emotividade e, conseqüentemente, não contagiado pelos problemas e vicissitudes patentes às decisões em geral.

Em boa verdade, parece que é exactamente o inverso. Afastámos a subsunção pura, parecendo que os critérios ou juízos axiológicos interferem na tomada de decisão, sem prejuízo do distanciamento que o julgador deve manter face ao objecto e interesses da lide.

Foi com base nesta análise que comprovámos o que vinha indiciado. O julgador precisa de ser convencido, e quando convencido, adere a uma proposição, isto é, o julgador toma uma posição, escolhe, com base na coerência que a narrativa lhe merece, e em conformidade com as suas vivências e entendimento do mundo, sem prejuízo de tal poder operar inconscientemente. Assim, as premissas do silogismo apresentaram-se como escolhas voluntárias do julgador, por ele encontradas ao indagar o caso concreto, formulando nessa subsunção a conclusão.

Essa escolha, voluntária, porque de índole consciente e inconsciente, parece implicar e aceitar a subjectividade no acto de julgar, importando ao julgador, também ele julgado, assegurar a objectividade na sua subjectividade.

Foi a este propósito que citámos a expressão **DE LA VEGA BENAYAS**: “El hombre, más la norma, más el hecho: es eso lo que entendo por Derecho”.

Por outras palavras, a decisão judicial pode ser a lei associada à vontade do juiz.

5. O nosso estudo foi alicerçado em conhecimento que atenuasse a dúvida, a qual ainda marca presença. Cremos, por isso, que o nosso propósito de conhecer os contornos do acto de julgar e de afinar diálogos foi conseguido, cumprindo que não se confunda o ponto de partida com o ponto de chegada. Estamos perante um percurso traçado, mas ainda a ser percorrido. É então que só percorrido, poderá o julgador deparar-se com as suas idiossincrasias, bem como com todos os seus mais dignos atributos, essenciais ao acto de julgar. Sem esse passo, fica claro que ganha forma a imprudente subjectividade, camuflada de objectividade. Esta é uma ideia, desde logo, que não defendemos, nem vai ao encontro do nosso estudo.

Da coordenada em que nos encontramos, a decisão judicial pode ser vista como um acto que incorpora subjectividade. Admitindo-o, não nos vimos, nesta Dissertação, compelidos, ou movidos por uma ideia de causa-efeito, a subtrair-lhe racionalidade. Se considerarmos a decisão judicial, fruto do acto de julgar, ele próprio cunhado pela subjectividade dirigida à objectividade, então a decisão judicial há-de ser produto da racionalidade. E há-de sê-lo, sem que tal retire autoridade à decisão judicial, nem tão-pouco, que tal desfigure a imagem do acto de julgar.

E para terminar, deixo-vos um fragmento de um episódio judicial, narrado por **JOSÉ HERMANO SARAIVA**, onde o autor afirma, a certa altura, que o colheu em Itália, mas que todos sabemos, não ser preciso ir tão longe:

“É o caso do cavalo de Calamandrei. Conta o grande processualista que lhe aconteceu certa vez patrocinar, no mais alto tribunal de Itália, a causa de um vendedor de cavalos de corrida, contra a pretensão de um comprador que, tendo-se apercebido de que o animal comprado mordida, viera a juízo pedir a anulação do negócio com fundamento em vício redibitório do objecto do contrato. O tribunal não lhe deferiu a pretensão; mas o Ministério Público sustentou com o maior ardor a tese da anulabilidade, e isso não em virtude de qualquer conceituação jurídica, mas nestes precisos termos: ‘Sei, por experiência própria quanto são perigosos os cavalos que mordem. Já há muitos anos, no momento em que eu subia com o meu filhinho para uma tipóia de aluguer, o animal cravou-lhe os dentes num braço, deixando a pobre criança meia desmaiada de terror e sofrimento. A lei deve ser rigorosíssima contra os cavalos mordedores.’”³⁸⁸

³⁸⁸ HERMANO SARAIVA (2009, pp. 317 e 318).

BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN, Marina Gascón, *Los Hechos en el Derecho, Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 1999. N.º 1, Coimbra.1

AGUIAR E SILVA, Joana, *A Prática Judiciária entre Direito e Literatura*, Coimbra, Almedina, 2001.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 1994.

ANDRADE, Manuel A. Domingos de, *Noções Elementares Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

ANDRADE, Manuel A. Domingos de, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 4.ª ed., Coimbra: Arménio Amado – Editor Sucessor, 1987.

ANDRADE, Lédio Rosa de, *Aproximando a Psicologia do Direito in CERQUEIRA*, Daniel Torres & **FRAGALE FILHO**, Roberto, (Org.), “O ensino jurídico em debate: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica”, Campinas: Millennium, 2007.

ATIENZA, Manuel, *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, Brasil: Landy Editora, 2006.

BECHARA, A. *et al.*, “Deciding advantageously before knowing the advantageous strategy”, *Science*, Vol. 275, 1997. Disponível em: <http://www.labsi.org/cognitive/Becharaetal1997.pdf>

BORGES, Anselmo, “O Humanismo no Horizonte da Pós-Modernidade”, *Revista do CEJ*, 2.º Semestre, N.º 3, Coimbra: Almedina, 2005.

BOTELHO, Marta Madalena, «O exame neurológico P300 em tribunal e a (inviabilidade da sua utilização no processo penal português», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 24/1 (2014) 74 s.

BRITO, Ana M. B., “Livre Apreciação da Prova e Prova Indirecta”, Curso de Temas de Direito Penal e de Processo Penal, ministrado pelo Centro de Estudos Judiciários no âmbito da Formação Contínua, 2013. Disponível em: http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/Livre_Aprec_Prova%20e%20Prova_Indirecta.pdf

CALAMANDREI; *Il giudice e lo storico*, in “Opere Giuridiche”, vol. I; Napoli, 1965.

CALHEIROS, Maria Clara, “A Base Argumentativa na Decisão Judicial”, *Julgar*, N.º 6, 2008. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/05-Clara-Calheiros-argumentar-na-decisão.pdf>

CALHEIROS, Maria Clara, *Para uma Teoria da da Prova*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

CALVÃO da SILVA, João, *Sinal e Contrato Promessa*; Coimbra: [s.n.], 1996

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed, Coimbra, Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Julgar e decidir – As invisíveis manhas da decisão nos ‘tribunais académicos’”, *Julgar*, N.º 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CASANOVA, J. F de Salazar, “A Janela de Oportunidade do Novo Código de Processo Civil”, *Julgar*, N.º 23, 2014. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/05/01-Salazar-Casanova.pdf>

CASTANHEIRA NEVES, António, *Sumário de Processo Criminal (1967/1968)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1968.

CASTANHEIRA NEVES, António, *Metodologia Jurídica (Problemas Fundamentais)*, Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

CASTANHEIRA NEVES, António, *O Direito hoje e com que sentido?: O problema actual da autonomia do direito*, Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

CASTANHEIRA NEVES, António, *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia (Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação)*, Coimbra: Almedina, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, António, *O actual problema metodológico da interpretação do Direito – I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

COELHO, Nuno M. M. S., *A Pessoa como tarefa infinita da experiência jurídica*, s.d.
Disponível em:
<http://150.162.138.7/documents/download/4542;jsessionid=63DBA90FED4A2C029B51693427AA60E3>

DAMÁSIO, H. et al., “The return of Phineas Gage: Clues about the brain from the skull of a famous patient”, *Science*, N.º264, 1994, p. 1102-1105. Disponível em:
https://www.researchgate.net/publication/15021430_The_Return_of_Phineas_Gage_Clues_About_the_Brain_from_the_Skull_of_a_Famous_Patient

DAMÁSIO, António, *O Erro De Descartes – Emoção, Razão e Cérebro Humano*, Lisboa: Temas e Debates, Círculo de Leitores, 2011.

DAMÁSIO, António, *Ao Encontro De Espinosa*, Lisboa: Temas e Debates, Círculo de Leitores, 2012.

DAMÁSIO, António, *O Sentimento de Si: Corpo, Emoção e Consciência*, Lisboa: Temas e Debates, 2013.

DAMÁSIO, António, *A Estranha Ordem das Coisas*, Lisboa: Temas e Debates, Círculo de Leitores, 2017.

DARWIN, Charles, *A Origem das Espécies*, Lisboa: Verbo, 2011.

DARWIN, Charles, *A Expressão das Emoções no Homem e nos Animais*, Lisboa: Relógio D'Água, 2006.

DWORKIN, Ronald, *Justiça para Ouriços*, Coimbra: Almedina, 2016.

EAGLEMAN, David, *Incógnito: As vidas secretas do cérebro humano*, Lisboa: Editorial Presença, 2012.

EAGLEMAN, David, *O Cérebro: à descoberta de quem somos*, Lisboa: Lua de Papel, 2017.

FERNANDEZ, Atahualpa, “Hermenêutica filosófica e interpretação jurídica: por uma consciência do cérebro”, 2013. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/236670607_HERMENEUTICA_FILOSOFICA_E_INTERPRETACAO_JURIDICA_POR_UMA_CONSCIENCIA_DO_CEREBRO

FAIGMAN, David, *Legal Alchemy: The Use and Misuse of Science in the Law*, Paperback, 2000.

FERREIRA, Cavaleiro, *Curso de Processo Penal II*, Lisboa: Editora Danúbio Lda, 1986.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FRAZZETTO, Giovanni, *Como Sentimos: O que a neurociência nos pode – ou não – dizer sobre as nossas emoções*, Lisboa: Bertrand Editora, 2014.

FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*, 4.^a ed., Coimbra: Gestlegal, 2017.

FREUD, Sigmund, *Introductory Lectures on Psychoanalysis*, W. W. Norton and Company, 1993.

FURNO, Carlos, *Contributo alla teoria della prova legale*, Cedam: Padova, 1940.

GASPAR, António Henriques, “A justiça nas incertezas da sociedade contemporânea”, *Julgar*, N.º 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GASPAR, António Henriques, “Mediatização da Justiça e Protecção de Direitos Pessoais”, *Julgar*, N.º 15, Coimbra: Coimbra Editora, 2011. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/01-JULGAR-Mediatização-da-justiça-e-protecção-de-direitos.pdf>

GARAPON, Antoine, *Bem Julgar: Ensaio sobre o Ritual Judiciário*, Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GAZZANIGA, MICHAEL S., “Neurociência no Tribunal”, *Scientific American Brasil*. s/d, Disponível em: http://www2.uol.com.br/sciam/reportagens/neurociencia_no_tribunal.html

GERALDES, António Santos Abrantes, “Sentença Cível”, *Jornadas de Processo Civil*, CEJ, 2014. Disponível em: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/ager_MA_25775.pdf

GLADWELL, Malcom, *David e Golias*, Alfragide: D. Quixote, 2014.

GOLEMAN, Daniel, *Trabalhar em Inteligência Emocional*, Lisboa: temas e Debates, 1999.

GOMES, Manuel Tomé Soares, “Um olhar sobre a prova em demanda da verdade no Processo Civil”, *Revista do CEJ*, 2.º Semestre, N.º 3, Coimbra: Almedina, 2005.

GOUVEIA; Mariana França, “Os Poderes do Juiz Cível na Acção Declarativa: Em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão”, *Julgar*, N.º 1, 2007. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/05-FrançaGouveia-OspoderesdoJuiz.pdf>

HABERMAS, *Teoria de la acción comunicativa*, Tradução espanhol, Madrid: Taurus, 1988.

HUSSERL, Edmund, *A Ideia da Fenomenologia*, Tradução de Artur Mourão, Lisboa: Edições 70, 2017.

KAHNEMAN, Daniel, *Pensar Depressa e Devagar*, 4.ª ed, Lisboa, Círculo de Leitores: Temas e Debates, 2013.

KNIJNIK, Danilo, “ Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm>

LABORINHO LÚCIO, Álvaro, «Subjectividade e Motivação no Processo Penal Português», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal : Aequitas*, Lisboa: Editorial Notícias, 1991.

LABORINHO LÚCIO, Álvaro, *A Justiça e os Justos: Conversas com Maria José Braga*, Viana do Castelo: Centro Cultural do Alto Minho, 1999.

LABORINHO LÚCIO, Álvaro, *O Julgamento: Uma narrativa Crítica da Justiça*, Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2012.

LOPES, José Mouraz *et al*, *Manual de Gestão Judicial*, Coimbra: Almedina, 2015.

MACHADO, João Batista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* (1982), 3.^a reimpressão, Coimbra, Almedina, 1989.

MAGNUS DE MARCO, Cristhian & **VARISA**, Gabriela Miotto, “Breve introdução sobre a subjetividade do magistrado no ato de julgar no contexto do neoconstitucionalismo”, 2005, p. 152. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/view/961>

MARQUES, João Paulo F. Remédio, “Os Poderes da Relação em Matéria de *Presunções Judiciais* e o Controlo do STJ sobre o Exercício desses Poderes”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

MENDES, Castro, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Lisboa: Edições Ática, 1961.

MENDES, Paulo de Sousa, «A prova penal e as regras da experiência» in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MIMOSO, Maria João e **MAGALHÃES**, Bárbara, *Limites à Livre Apreciação da Prova / Erro sobre a Factualidade Típica*, 2012, Parecer Jurídico, Verbo Jurídico. Disponível em: https://www.verbojuridico.net/doutrina/2012/mariajoaomimoso_limiteslivreapreciacaoaprova.pdf

NASCIMENTO, Luís António Noronha, “Comunicação de Abertura por Sua Excelência o Presidente do Conselho Superior da Magistratura e do S.T.J”, *O Discurso Judiciário, a Comunicação e a Justiça*, Conselho Superior da Magistratura, V Encontro Anual, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NALINI, José Renato, *A rebelião da toga*, Campinas: Millennium, 2008.

NEVES, Rosa Vieira, *A Livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção (Na Decisão Final Penal)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

OLIVEIRA, Alvaro, *Do Formalismo no processo civil*, 2.^a ed. Rev. Ampl, São Paulo: Saraiva, 2003.

PATTI, Salvatore, Libero Convincimento e Libera Valutazione delle prove. *Revista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, ano XL, n.3, luglio-settembre, 1985, p.495 e 497.

PÊPE, Albano Marcos Bastos, “O Que Significa Julgar” in *Os Modelos de Juiz: Ensaios de Direito e Literatura*, São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, “A sentença: em especial a decisão de facto”, *Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, 2013, p. 10. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Apresentacao_comunicacao_Joel_Ti_moteo.pdf

PEREIRA, Rui Soares, *Pressupostos Filosóficos e Científicos do Nexo de Causalidade*, Lisboa: AAFDL Editora, 2017(a).

PEREIRA, Rui Soares, *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Delitual: Fundamento e Limites do Juízo de Condicionalidade*, Coimbra: Almedina, 2017(b).

PEREIRINHA, Filipe, “Freud com Damásio: Psicanálise e neurobiologia”, Repositório Científico Lusófona, s/d, disponível em <http://recil.ulusofona.pt/handle/10437/31>

PERELMAN, Ch., *Ética e Direito*, São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2002.

PESSOA, Fernando, *Livro do Desassossego*, 7.^a ed., Porto: Porto Editora, 2012.

PIRES DE SOUSA, Luís Filipe, “As Malquistas Declarações de Parte”, *Julgar*, 2015 disponível em <http://julgar.pt/as-malquistas-declaracoes-de-parte/>

PIRES DE SOUSA, Luís Filipe, “As Declarações de Parte: Uma síntese”, Verbo Jurídico, 2017(a), disponível em https://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/pcivil/luisfilipepiresdesousa_declaracoesparte.pdf.

PIRES DE SOUSA, Luís Filipe, *O Valor Probatório do Documento Electrónico no Processo Civil*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017 (b).

PIRES DE SOUSA, Luís Filipe, *Prova por Presunção no Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2017 (c).

PIRES DE SOUSA, Luís Filipe, “O *Standard* de Prova no Processo Civil e no Processo Penal”, Antecipando o livro *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3.^a edição, Coimbra: Almedina, 2017 (d). Disponível em: <http://www.trl.mj.pt/PDF/O%20standard%20de%20prova%202017.pdf>

PIRES DE SOUSA, Luís Filipe, *Prova Testemunhal*, Coimbra, Almedina, 2017(e).

PRADO, Lídia Reis de Almeida & **NALINI**, José Renato, *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*, 2.^o ed, Campinas: Millennium, 2003.

REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III., Coimbra: Coimbra Editora, 1946.

RIBAS, Carlos Alberto Barbosa Dias, *A Credibilidade do Testemunho: a verdade e a mentira nos tribunais*, Dissertação de Mestrado em Medicina Legal, Universidade do Porto, Porto, 2011.

RODRIGUES, Saulo Tarso, et al., *Teoria da Decisão Judicial e Teoria da Justiça: Jusfilosofia e Novos Paradigmas Constitucionais*, Lisboa: Juruá Editora, 2015.

RODRIGUES, Fernando Pereira, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, 3.^aed, Coimbra: Almedina, 2017.

RODRIGUES, Maria Gabriela A.L.C., “Poderes de Iniciativa do Juiz em Processo Civil e Ónus da Prova”, *Revista do CEJ*, 1.º Semestre, N.º 1, Coimbra: Almedina, 2016.

ROYAL SOCIETY, “Brain Waves 4: Neuroscience and the law”, s/d. Disponível em https://royalsociety.org/~media/royal_society_content/policy/projects/brain-waves/brain-waves-4.pdf

RUÇO, Alberto Augusto Vicente, *Prova e Formação da Convicção do Juiz*, 2^a ed, Coimbra: Almedina, 2017.

SACAU, Ana e **RODRIGUES**, Andreia, “Reflexões sobre o papel da experiência do juiz na tomada de decisões judiciais”, *Julgar* n.º 8, 2008, disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/04/09-Ana-Sacau-e-Andreia-Rodrigues-Reflex%C3%B5es-sobre-papel-do-juiz.pdf>

SALVATIERRA, Juan Iguartua, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine, *O Príncipezinho*, 37.^a ed., Lisboa: Editorial Presença, 2013, pp. 53-56 [54 e 55].

SANTOS, Manuel Simas, “A Decisão Judicial”, Mestrado em Direito Judiciário, Apontamentos Complementares do Mestrado em Direito Judiciário, Universidade do Minho, 2017.

SARAIVA, José Hermano, *O Que é o Direito?: A Crise do Direito e Outros Estudos Jurídicos*, Lisboa: Gradiva, 2009.

SILVEIRA, Daniel Coutinho da, *Prova, Argumento e Decisão. Critérios de Suficiência para Orientação dos Juízos de Factos no Direito Processual Brasileiro*, Dissertação de Mestrado em Direito Processual Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SOUSA, Miguel Teixeira de, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lisboa: Lex, 1995.

SOUSA, Susana Aires de, “Neurociências e Direito Penal: em busca da «verdade» Perdida (Na mente)?: Nótulas à margem do «Caso Ricla»”, Universidade de Coimbra, 2017. Disponível em https://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/vulnerabilidade_e_direito/direitonumahora2.pdf

SPENGLER, Fabiana Marion, “O Símbolo, O Mito e o Rito: O Juiz e as ‘Dificuldades Epidêmicas’ do Decidir”, *Os Modelos de Juiz: Ensaios de Direito e Literatura*, São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

SETH, Anil, *O Cérebro em 30 Segundos*, Barcarena: Jacarandá, 2018.

TALEB, Nassim Nicholas, *O Cisne Negro*, Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2016.

TARUFFO, Michele, “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdade”, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008, Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/concepciones-de-la-prueba-observacion-a-proposito-de-algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-verdad/>

TARUFFO, Michele, *Simplemente la Verdad*, Madrid: Marcial Pons, 2010.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Tradução Espanhola, Madrid: Editorial Trotta, 2002.

TRINDADE, Cláudia Sofia Alves, *A Prova de Estados Subjetivos no Processo Civil*, Coimbra: Almedina, 2016.

TVERSKY, Amos & **KAHNEMAN**, Daniel, “Juízos sob incerteza: heurísticas e enviesamentos”, *Pensar Depressa e Devagar*, 4.^a ed, Lisboa: Temas e Debates, 2013, Apêndice A, p. 551 e ss.

TVERSKY, Amos & **KAHNEMAN**, Daniel, “Escolhas, valores e enquadramentos”, *Pensar Depressa e Devagar*, 4.^a ed, Lisboa, Temas e Debates, 2013, Apêndice B, p. 571 e ss.

VARELA, Antunes *et al.*, *Manual de Processo Civil*, 2.^a Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

VEGA BENAYAS, Carlos De La, *Introducción al Derecho judicial*, Madrid: Editorial Montecorvo, 1970.

ZIMERMAN, David & **COLTRO**, António Carlos Mathias (Org.), *Aspectos psicológicos na prática jurídica*, Campinas: Millennium, 2002.

ENTREVISTA DE DAVID BROOKS A ANTÓNIO DAMÁSIO.

Disponível em:

[http://library.fora.tv/2009/07/04/Antonio_Damasio_This_Time_With_Feeling.](http://library.fora.tv/2009/07/04/Antonio_Damasio_This_Time_With_Feeling)

<https://www.youtube.com/watch?v=lifXMd26gWE&t=1843s>

LEGISLAÇÃO PRINCIPAL

DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro – Código de Processo Penal

DL n.º 48/95, de 15 de Março – Código Penal

Decreto de 10 de Abril de 1976 – Constituição da República Portuguesa

DL n.º 47344/66, de 25 de Novembro – Código Civil

Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho – Código de Processo Civil