

DECISÕES JUDICIAIS: MOMENTOS NORMATIVOS

Eduardo Neves

I

A QUESTÃO E OS ABUNDANTES PROBLEMAS QUE ENCERRA

A definição da fronteira entre a aplicação do Direito e a criação do Direito por via jurisprudencial é questão que tem apaixonado muitas gerações de juristas e tem raízes históricas profundas.

Apesar deste intenso labor de tantos príncipes das letras jurídicas e do já inabarcável conjunto de textos que trataram do assunto, pareceu-nos válido dedicarmo-nos à «fadigosa» tarefa de revolver a sua complexidade.

A infinita recorrência do tema não prejudica a sua actualidade. Desde logo, porque na sociedade do início do séc. XXI, em que vivemos, promove-se e luta-se pela contínua alteração do estado vigente das coisas e, nesse afã, nessa sucessiva destruição/criação de referências, chega-se, por vezes, à aceitação, ainda que episódica, da necessidade dum supra-governo de juízes.

Ora, a ideia dum estado jurisdicional (em que o poder supremo é atributo de certos juízes) é de rejeitar.

Em primeiro lugar, porque se assumiria como um poder absoluto, decisivo e eficaz, insusceptível de controlo político democrático.

A este propósito e contra tal perspectiva das coisas, se pode ainda invocar aquilo que foi popularizado por MONTESQUIEU, segundo o qual «o poder tende a corromper e o poder absoluto corrompe absolutamente».

Depois, porque se baseia na ingénua visão da bondade intrínseca da jurisprudência, duma suposta propensão natural dos juízes para exercerem, na medida certa, a *potestas* e a *jurisdictio*.

Porém o resultado dos trabalhos de prosopografia jurídica, bem como os da observação empírica, estão longe de confirmar essa perspectiva, que permitiria tranquilamente confiar a uma corporação, no caso a dos juizes, o exercício de funções soberanas, pela garantia que os seus membros dariam de não se afastarem da excelência ética.

O que, evidentemente, é uma utopia. Na estrita perspectiva do estudo do problema da jurisprudência como fonte directa do Direito, diríamos que, no plano teórico e histórico, o problema é essencialmente de natureza jurídico-constitucional. A tradição dos países anglo-saxónicos tem sido uma tradição de criação judiciária do Direito e a tradição do continente vê o juiz como mero aplicador da lei. No plano prático, a questão encerra inúmeros problemas, sendo porém para nós claro que atribuir-se ao juiz exclusiva competência para valorar, autonomamente, os factos e as situações jurídicas, para além da indesejável eliminação das regras de repartição de papéis entre o magistrado e a lei ou outra qualquer regra cogente, redundaria tal discricionariedade numa efectiva negação da liberdade dos cidadãos¹.

O que tudo não nos poderá fazer esquecer que a «densa floresta das leis humanas»² dos nossos dias não elimina, antes acentua, as deficiências de qualquer legislação geral e coloca sob a alçada do juiz a solução para problemas de ontem e de hoje.

Na verdade, esse *mare magnum* legislativo, na medida em que, cada vez mais, exige uma acção complementar de materialização dos seus ditames, alarga as faculdades dos juizes, acabando estes por decidir, algumas vezes, mais à luz de princípios formais ou materiais, do que pela aplicação mecânica de previsões legais analíticas e casuísticas³.

Aliás, os próprios criadores do modelo de codificação que é ainda o nosso, apesar de duas vezes centenário, não tinham quaisquer ilusões

¹ ROPPO, E., O Contrato, Coimbra, trad. port. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, 1988, p. 177.

² ANTUNES VARELA, J., «Revista de Legislação e de Jurisprudência», (R.L.J.), Ano 126.º, n.º 3826, p. 3.

³ ROPPO, E., O Contrato, ob. cit., p. 167.

a esse respeito, como se conclui das palavras que GÉNY⁴ atribui a PORTALIS (um dos quatro autores do Código Napoleónico de 1804): «Queira-se o que se quiser, jamais as leis poderão substituir inteiramente o uso da razão natural nos negócios da vida. As necessidades da sociedade são tão variadas, o comércio entre os homens tão activo, os interesses tão múltiplos, as suas relações tão extensas, que é impossível que o legislador preveja tudo. Naquelas mesmas matérias em que põe a sua atenção, há uma multitude de detalhes que se lhe escapam e que são demasiado questionáveis e variáveis para torná-los objecto de uma disposição da lei. Além disso, como suspender a acção do tempo? Como opor-se ao curso dos acontecimentos ou variar a acção dos costumes? Como conhecer e calcular previamente o que só a experiência nos dá a conhecer? Pode a previsão chegar a assunto que o pensamento não pode alcançar? Por muito complexo que possa parecer um Código, logo se verifica a sua incompletude quando se apresentam ao juiz mil inesperadas questões. Uma multidão de coisas fica, portanto, abandonada ao império do costume, à discussão dos homens instruídos, ao “arbítrio dos juízes”».

Dum outro ângulo, pode ainda descobrir-se, mesmo quando se destaque a fronteira entre o acto legislativo e jurisdicional e se enfatize o dever de obediência à lei por parte do juiz, que o processo de aplicação da norma contém, em si, a virtualidade de iluminar, racionalizar e desenvolver o seu texto.

Não se confundindo tais virtualidades, segundo alguns, com a mera desenvolvimento proposta pelas regras hermenêuticas, cujo cumprimento corresponderia apenas a um baixo patamar de análise do modo dessa aplicação. Assim, e para além delas, descortinar-se-ia um tónus explicativo e um *a mais* que estaria presente no acto de concretização duma norma jurídica dada.

Daí que seria forçoso concluir pela inevitabilidade da existência dum certo grau de liberdade no acto de julgar, de interpretar e integrar normas jurídicas complexas.

Esta liberdade acentuar-se-ia nos domínios do direito que se

⁴ GÉNY, F., *Método de Interpretação e Fontes em Direito Privado Positivo*, trad. esp., Madrid, 1964, pp. 96-97.

denominam de «*open system*» pejados que são de normas incompletas, parecendo certo que a acção do juiz é encarada como fazendo deles parte integrante.

Mas se é verdade que, do ponto de vista sociológico, as normas de direito positivo nada valem, se não forem tidas em conta como critérios de decisão de casos concretos, também poderemos dizer que a decisão será juridicamente inválida se não procurar obedecer ao espírito do sistema e às regras, princípios e tópicos nele contidos, vistos estes através dos factores ou perspectivas que são o modo clássico de interpretar qualquer norma. Além de as observar, e para melhor convencer, deve aduzir o juiz, com inteira liberdade e a arte que estiver ao seu alcance, outros argumentos que entenda serem relevantes para justificar o fundamento legal ou constitucional da sua opção.

A observância da mediação operada pela teleologia imanente ao sistema jurídico parece ser um dado primeiro e irrenunciável para a sua manutenção e eficácia, seja ele aberto ou fechado, o que constitui um valor primordial a defender nas sociedades democráticas, não devendo o juiz substituir os valores e os fins pressupostos e eleitos pelo legislador pelas suas próprias perspectivas, rejeitando-se a acção judicial que, de forma directa e sem remissão da lei, parte de juízos de valor por si escolhidos para a decisão concreta⁵.

O que tudo não obsta a considerar ser o juiz de alguma forma preter em muitas situações, e tudo aponta para que a arbitragem que a lei lhe confere, profusamente estabelecida em normas expressas, corresponda à exigência duma prudente convicção, que pressupõe a necessidade do julgador não defraudar a confiança depositada pela lei na sua probidade e competência⁶. Sendo igualmente certo que tal álea será elástica; sofrendo o influxo da consciência jurídica geral dum certo tempo e lugar, da natureza e acuidade do *thema decidendum* e da parte do sistema jurídico invocado.

⁵ ESSER, J., Princípio e norma na elaboração jurisprudencial do Direito Privado, trad. esp., Barcelona, 1961, p. 171.

⁶ Cfr. Cass. de 29 de Maio de 1968 do Conselho de Estado Belga, *apud* SOMMERHAUSEN, M., La motivation et la mission normative du juge, p. 36, vol. «La motivation de décisions de justice», comp. PERELMAN, Ch. e FORIERS, P., Bruxelas, 1978.

Acrescente-se, porém, que uma coisa será pressupor a existência duma certa margem de livre convicção, ou prudente convicção, e outra, permitir que o juiz crie direito novo, que legisle.

A questão anterior encadeia-se nesta outra de saber se é ou não redutor admitir, nos modernos Estados de Direito, que o papel da jurisprudência se recorte, essencialmente, por não poder, pela positiva, contribuir para a ordenação social e criar regras modeladoras das condutas dos indivíduos.

Segundo uma perspectiva normativista, a função judicial circunscrever-se-ia a aplicar o direito positivo derivado do plano do legislador e, no limite, a fixar o exacto sentido e alcance das normas legais.

Incidindo a nossa atenção nela, topamos de pronto com uma ideia-força dos normativistas, qual seja a de impor a regra pela razão em que vem fundada ou pela imanente justiça, e que, uma vez alcançada, prescindirá, em grande parte, da historicidade, da necessidade de, ao confrontar-se com a vida, fazer contínua prova da validade das suas prescrições. Acrescentando-se, na mesma linha, que à interpretação não compete acrescentar algo à norma, antes deve desenvolver a tarefa de exaurir o seu alcance e reconhecer, de forma contemplativa, o seu significado⁷. Assim, procurar-se-ia esgotar os sentidos possíveis das fórmulas legais, de molde a permitir um agregado de proposições muito amplas, capazes de conduzir a soluções directamente deduzidas do texto.

De todo o modo, quer o jurista se submeta a este espírito geométrico, quer acredite na realidade evanescente dum Direito criado por juristas segundo coordenadas espacio-temporais, ou, mais moderadamente, que à lei apenas compete estabelecer as bases fundantes das decisões concretas, que poderão conter um *a mais* extravasando os limites desses princípios gerais, o certo é que ninguém duvida que da jurisprudência resultam, de forma directa, por um poder autónomo de criação, ou de forma indirecta, por persuasão, por terem logrado vencer, regras, doutrinas e máximas comumente aceites no mundo jurídico.

E com isto nos abeiramos duma segunda perspectiva.

⁷ BETTI, E., *La Interpretación de la Ley e De Los Actos Jurídicos*, trad. esp., Madrid, 1975, pp. 157 e ss.

Esta outra perspectiva pergunta se os juízes, ao menos os de certos tribunais superiores, não têm, na qualidade de titulares de um órgão do Estado, um poder político independente, que lhes permite, nomeadamente, fiscalizar as actividades legislativa e executiva.

Aliás, esta ideia da jurisprudência apareceria expressa e reflectir-se-ia na função exercida pelos tribunais constitucionais quando invalidam as leis providas das Assembleias Legislativas e dos Governos.

Mas tal poder autónomo, conformador dos comportamentos sociais, resultaria também duma sentença que ponha fim a um conflito de interesses entre cidadãos, na medida em que a decisão corresponda, ainda que ao plano ideológico e na sua particular intenção axiológico-normativa, a um repor da harmonia quebrada pelo litígio⁹. Este poder conformador, colocado em certo plano, seria até o mais eficaz, na medida em que determinaria, de forma definitiva, qual o conteúdo do Direito; o que aconteceria era que, ao situar-se no próprio palco onde se desenvolve a «tragédia humana», retirar-lhe-ia visibilidade, se comparado com o legislativo e executivo.

Nestas posições estariam também em confronto os valores da certeza (mais os da estabilidade e da segurança)¹⁰ e da justiça.

Pegando no tema, talvez seja de reafirmar que o valor da justiça não tem carácter absoluto e, por isso, não repugna que se imponha, por vezes, o primado da certeza, estabilidade e segurança, compatível com a justiça possível, com um módico de justiça. A justiça necessária há-de ser sempre uma bela utopia, que mostra, em cada momento, a enorme dimensão da nossa derrota, com a qual nunca nos conformaremos e, por causa dela, continuamos a lutar.

Mas que certeza? Que segurança? Que estabilidade? Que módico de Justiça? Até onde podemos ir? Como modelar um sistema que ofereça regularidade e confiança?

⁸ Algumas formas que consideramos ser de «autêntica» juridicidade, porque expressão duma «*sintime conviction*», condimentada pela prudência do senso comum dos «homens bons» – fórmulas excelentes que encontramos em CASTANHEIRA NEVES, A., Curso de Introdução ao Direito, Coimbra 1971-72, p. 251, e que sintetizam muito bem o nosso pensamento.

⁹ DIEZ PICAZO, L., Comentario a Las Reformas del Código Civil, Madrid, 1977, p. 132.

¹⁰ Os conceitos de estabilidade, segurança e certeza são usados muitas vezes de forma indistinta pelos autores, mas é conveniente fazer a sua distinção, como ensina OTERO PARGA, M., El poder e los ciudadanos, México, 1998, pp. 70-77.

Uma das vias possíveis é circunscrever, ou melhor, tentar circunscrever a actividade do juiz à mecânica do silogismo judiciário.

O que não prescinde, aliás, dum ponto de partida ideológico fundamental: a criação das condições (sociais, culturais, políticas) necessárias à sua aplicação, ou seja, a convicção generalizada na bondade e perfeição das leis e, sobretudo, da superior necessidade e vantagem social no seu estrito cumprimento.

No que se refere ao chamado silogismo judiciário, deve dizer-se que o carácter múltiplo, opaco e contraditório dos acontecimentos naturais e humanos relevantes para o Direito é de tal forma complexo, que a tentativa de determinar o quadro jurídico valorativo, usando apenas o método subsuntivo, a cada passo se manifesta como um instrumento cheio de limitações e, em certos casos, de manejo impossível.

«Isto é impossível, – diz LARENZ¹¹ – por um lado, porque os fenómenos da vida não apresentam fronteiras tão rígidas, como as exige o sistema conceptual, mas formas de transição, formas mistas e variantes numa feição sempre nova».

É, ainda, impossível, porque a vida produz, constantemente novas configurações não previstas num sistema acabado. É também impossível, por último, porque o legislador, se serve necessariamente de uma linguagem que só raramente alcança o grau de precisão exigíveis para uma definição conceptual. Não pode portanto causar espanto que o ideal de um sistema abstracto fechado, em si isento de lacunas, construído com base em conceitos, nem mesmo no apogeu da «jurisprudência dos conceitos» tenha sido plenamente realizado.

Nesta nossa reflexão direccionada para o labor dos juízes, ou se se quiser, para o binómio Direito legal-Direito judiciário, o primeiro elemento do binómio corresponderia àquilo a que chamaríamos de elemento predominante, enquanto o direito originado nas sentenças judiciais será visto também pelo ângulo da relevância que possa ter para desvendar a essência desse Direito.

A qual há-de resultar da síntese final elaborada pela jurisprudência, cujo valor, como «Direito efectivo», também depende do facto de ter ou não logrado desvendar uma regra que perdura no meio social.

¹¹ LARENZ, K., *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. port., 2.^a ed., Lisboa, 1989, p. 552.

Significa isto que nos interessa o chamado «Direito vivo», não só como realidade cogente em si, definitiva, na medida em que se baste na força da entidade que o impõe, mas também porque marcado por uma *auctoritas*, por uma subida intenção de, não negando valores objectivos, como o valor do Direito contido na lei, completar «a ordem jurídica positiva, integrando as lacunas e definindo os novos valores revelados na consciência da comunidade»¹².

A linha condutora que nos anima permite-nos descobrir a natureza vária do Direito, que não se deixa encerrar completamente em regras pré-fixadas, mas, a nosso ver, a característica básica do raciocínio jurídico é do tipo «*formal style*»¹³ e, assim, o apelo normativo dos factos, a sua verdadeira ressonância, não dependerá da opinião do julgador, já que a sua medida jurídica, pelo menos na parte substancial, deve estar subordinada à prévia medida adoptada pelo sistema jurídico.

Daí que esses normativos sejam um dado incontornável da realidade jurídica, impondo-se ao juiz actuar «*according to the rules which he would lay down if he head himself to act as legislation*» (art.º 1.º do ZGB), apenas nas circunstâncias em que há falta, obscuridade ou ambiguidade da lei, não podendo o juiz deixar de invocar os princípios ínsitos no sistema legal, que permitiram a criação dessa regra que não briga com o espírito do sistema.

Portanto, a utilização excepcional destes elementos externos pressupõe, não só a existência de lacunas, imperfeições e obscuridades, mas também a sua utilidade para conhecer a *voluntas et intentio legis* ou o sentido que deve atribuir-se ao ordenamento jurídico, estando assim o intérprete vinculado a desligar-se nessa tarefa das suas próprias valorações, procurando apenas investigar o que o legislador

¹² CABRAL DE MONCADA, L., *Direito Positivo e Ciência do Direito*, vol. I, col. «O Facto do Direito», Buenos Aires, 1956, p. 30.

¹³ LIEWELYN, K.N., *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, Toronto, 1960, pp. 37, 38, 73, 159, 185, 187, 188, 349. Este autor atribui ao raciocínio dedutivístico («*formal style*») a intenção de resolver todos os problemas legais pelo recurso à subsunção, intenção que temos vindo a rejeitar parcialmente. Enquanto outra forma de raciocínio («*grand style*»), embora não prescindia da orientação contida nas regras e no *stare decisis*, inspirar-se-ia substancialmente na teleologia dessas normas ponderando adequadamente o cambiante contexto social.

ordenou, ou teria racionalmente ordenado, caso tivesse previsto e regulado o caso omissivo.

Aliás, a obrigação de motivação da sentença, analisada sob a perspectiva dum julgamento justo, tem como fonte principal a invocação da lei, não podendo acompanhar-se o discurso daqueles que, baseando-se em comportamentos desviantes de certos juízes, a encararam como uma ficção para esconder poderes normativos que o juiz a si mesmo se outorga.

A coesão social não pode prescindir de se construir à roda da referência fundamental da lei, enquanto regra juridicamente actuante e procedente dum poder legislativo derivado da observância do princípio democrático.

Com este enquadramento mínimo e apelando sempre para uma «justa medida», se pode circunscrever e relativizar a importância das normas imperfeitas e obsoletas, sendo metodologicamente incorrecto não colocar a lei acima de outros motivos, devendo o juiz assumir-se, em substância, como um intérprete dela, no processo de achamento da decisão.

O desconstrucionismo de tal modo de ver é apenas aparente, por não implicar, de modo algum, uma visão da jurisprudência como actividade oracular, pois que, ao partir da tradição dedutivista continental, como alicerce fundamental, não se ilude sobre as suas insuficiências.

Estas múltiplas incompletudes, imperfeições, incongruências, não podem ser sobrevalorizadas ao ponto de se considerar esta área, *uma zona de direito livre*, atribuindo ao juiz, sem mais, a possibilidade de livremente aplicar o direito por ele criado.

Desta forma, e tal como vimos desenvolvendo, não podendo abandonar-se, em princípio, a ideia de complementaridade, de repartição de papéis e funções entre a lei e o julgador, o resultado ideal a alcançar há-de ser a descoberta duma norma já existente no sistema legal ou por este potenciada, e que dele é parte intrínseca.

Permita-se que se realce a falsa ousadia, porque é comum a literatura jurídica ignorar sistematicamente este dado primeiro da realidade jurídica. A ideia estruturante que nos anima tem como núcleo fundamental a constatação de que a actividade criativa do juiz é essencial-

mente integradora, sendo irrealista partir dum modelo de sujeição total e exclusiva do juiz à lei, mas tão pouco admitindo que a possa derrogar.

As decisões concretas, na medida em que realizem o fim prático de normas obsoletas, obscuras, ou imperfeitas, que obrigam a abandonar, no todo ou em parte, a lógica dedutivista, e indutivamente obriguem o intérprete a pensar o problema normativo que o caso põe, o certo é que tais situações de colaboração do juiz na constituição do Direito, não permitem fundar a juridicidade moderna a partir dessas decisões concretas inovadoras. Até porque assumem um carácter residual, essencialmente constitutivo dum Direito que visa ser e que visa ser assimilado por procedimentos solenes.

De resto, seria de praticidade impossível nas sociedades complexas e massificadas, em que se perderam muitas das formas naturais de vida.

Por outro lado, esta matéria de reflexão jurídica, caracteriza-se pela sua inconstância, e situa-se na fronteira permanentemente mutável do jurídico e do ajurídico, da qual não é possível ter um conhecimento minimamente comprovado, enquanto não puder ser absorvido por estruturas de pensamento com alguma permanência, ou seja, que tenham uso corrente no mundo jurídico.

Um dos instrumentos para a demarcação das linhas de fronteira que intentamos realizar tem passado por considerar a formulação verbal da norma como direcção também a um *«Bedeutungspielraum»*, que dirigiria uma actividade judicial criativa e não apenas de descoberta da norma, duma reconstrução da ideia de legislador, duma correcção teleologicamente fundamentada, imposta por um contexto social relevante e por uma antecipação do resultado indesejado das consequências previstas nela.

Admite esta perspectiva, não só uma dimensão inovadora à jurisprudência, no sentido de clarificação do Direito e do desenvolvimento dum discurso promotor de alterações legislativas, mas também uma dimensão de construção jurídica, que lhe atribui funções que extravasam o campo da interpretação/aplicação do Direito.

A opção que se toma entre admissão dum poder criador dos juizes e uma outra que os vincula à matriz fundante da sua função, que é a de observar e aplicar os ditames da lei, constitui um magno dilema que, ao contrário do que por vezes se pretende fazer crer, não prescinde

dum juízo prévio sobre a bondade ou nocividade da alternativa adoptada.

Salvo melhor juízo, entendemos, aliás, contra a corrente, que uma visão potenciadora do desenvolvimento dado à responsabilidade do juiz, caracterizando-a de alguma forma como um poder político, sublinhando supostos dados da experiência, tem um efeito altamente pernicioso, sendo um discurso alimentado basicamente duma persistente condenação, por todos aceite, do formalismo em sentido estrito e do positivismo jurídico.

Acontece que a indispensável obediência à lei não tem «necessariamente alguma coisa a ver com positivismo legalista e formalista enquanto método de aplicação do Direito», e como se o «direito alternativo» possa ser outra coisa senão a mera opinião autocrática correspondente às concepções ideológicas puramente pessoais de quem o «diz» ou o «aplica»¹⁴.

E, não nos preocupa a larga «ressonância» de tal discurso nas últimas gerações de juristas e que, por vezes, tem gerado estupefacção na opinião pública leiga.

Mesmo aderindo às críticas que vulgarmente se fazem às incompletudes, obscuridades, contradições e imperfeições várias da lei escrita, ao mecanismo e pretensão exclusivismo da lógica dedutiva, ao conceitualismo formalista da dogmática e à exaltação da estabilidade do Direito e, não obstante tudo isso nos mostrar, mais uma vez, que a vida jurídica, como tudo o que é vivo, não se deixa aprisionar numa *racionalidade totalizante*, não podemos esquecer os valores maiores da liberdade e igualdade que a correcta observância das leis gerais e uniformes viabiliza.

O que implica uma atitude crítica perante a criação livre do Direito, a condenação do chamado «direito alternativo», o qual pura e simplesmente não é Direito, mas é (se o for) exclusivamente «poder» – mesmo que de poder dos juízes se trate –, e co-implica, em substância, recolocar e caracterizar a função jurisdicional como de aplicação do Direito.

¹⁴ FIGUEIREDO DIAS, J., Nótulas sobre temas de Direito Judiciário (Penal), R.L.J., ano 127.º, n.º 3849, p. 357.

As ideias, cujo esqueleto esquemático-afirmativo aqui temos vindo a registar, fundam-se na tradição do Direito Judiciário continental, tal como é visto com a clareza que a Revolução Francesa permitiu e a prática jurídica e os principais monumentos legislativos sedimentaram. E que os múltiplos e brilhantes ensaios que nuclearizaram o Direito na decisão concreta não abalaram.

É que, não sendo possível negar ao juiz uma margem de liberdade de decisão e a possibilidade de introduzir juízos abdutivos, de descobrir ou criar regras, tão pouco se poderá admitir, usando as duplas medidas da segurança/justiça ou da liberdade/igualdade, que a matriz da juridicidade possa encontrar-se estavelmente nas grandes orientações jurisprudenciais e, muito menos, nas decisões judiciais avulsas.

De resto, o labor criativo da jurisprudência, não sendo de modo algum despiciendo, é instrumental, e tem de assentar essencialmente na *auctoritas*, na sua capacidade de persuasão, de pública afirmação de uma verdade. Essa acção ultrapassa, em muito, os estreitos limites da operação «técnica» de colmatação das lacunas; e os juízes têm o poder de comunicar os seus juízos aos seus concidadãos e aos outros juízes, tanto maior quanto mais elevada for a sua posição na hierarquia, que, pela sua justeza, podem vir a ter ressonância social e normativa duradoura.

A divagação situada sobre esse Direito *praeter legem* há-de assentar no princípio da obediência à lei, o que não justifica que se possa esconder o problema da existência de regras injustas. A sua colocação nas margens do presente excuro tem tão só o alcance de não se lhe querer atribuir um valor que na realidade não têm.

O problema das leis injustas é remetido, essencialmente, para o âmbito da teoria da legislação, que está a jusante do problema que nos ocupa.

Antecipando sínteses, diríamos que não subscrevemos a ideia de que o juiz deva ter um poder ilimitado, mesmo quando se trata de completar ou criar uma norma *ex novo* e que essa ideia de poder limitado, controlado e controlável deve ainda ser a tónica dominante quando o juiz possa e deva actualizar o sentido a dar às leis.

II

DE QUE FALAMOS QUANDO FALAMOS DE PRUDENCIALISMO?

1. Indicação da sequência

Chegados aqui, podemos concluir que não é possível ignorar a autónoma actividade espiritual do homem que julga e o seu modo de ser, porquanto, as estruturas iniciais básicas, que erigimos como ponto de partida da nossa reflexão sobre a jurisprudência, sendo fatalmente omissas, incertas e contraditórias, põem nas suas mãos um poder considerável¹⁵.

O certo é que os notáveis e por vezes colossais esforços metodológicos feitos pela «civilização científica»¹⁶ moderna, balançando entre o primado da teoria ou da experiência, conduzindo «*por necessidade própria, a uma separação entre o conhecer e o agir*»¹⁷, atribuindo, porventura, excessiva relevância à pureza metodológica (a um pretenso exclusivismo dum ou outro monismo), deixam uma enorme sensação de impotência para abarcar a complexidade do fenómeno da decisão judicial.

A salvação não parece estar no realismo jurídico, por sua própria natureza inconstante e vário, que, de forma consciente ou inconsciente, constitui um instrumento de promoção do relativismo e do subjectivismo favorável essencialmente aos mais fortes.

¹⁵ DEL VECCHIO, G. Lições de Filosofia de Direito, Coimbra, 1972, vol. II, pp. 107-108, expressa esta evidência assim: «*Uma certa latitude no prudente arbitrio do juiz foi sempre reconhecida*. Esta latitude foi grande, especialmente entre os romanos; o pretor romano, de certo modo, foi também um pouco legislador, tendo cooperado directamente na determinação de normas jurídicas que ele mesmo devia aplicar. Estabelecida a distinção entre poder legislativo e poder judiciário, surgiu certa repulsa em dar ao juiz aquela faculdade. Ao juiz, porém, fica sempre, sem dúvida, uma certa liberdade que também lhe é deferida, algumas vezes expressamente, pela lei, a qual, dentro de certos limites, remete para a sua apreciação. Até no Direito penal, onde especialmente o juiz é obrigado rigorosamente a confinar-se à lei...».

¹⁶ OTTMAR BALLWEG M., Science, prudence e philosophie du droit, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 1965, Tomo 51, p. 544.

¹⁷ BAPTISTA MACHADO J., Nota preambular, como tradutor, de «A Justiça e o Direito Natural» de HANS Kelsen, Coimbra, 1979, 2.^a ed., p. VIII.

Nem estará no racionalismo hiperdesenvolvido, na «ideia de que o Mundo é inteligível a um observador sincero, que está organizado racionalmente», que será um atributo do Ocidente¹⁸ e que, ao refugiar-se por desenvolvimento próprio num formalismo exacerbado, deixa à vista as suas insuficiências e convoca os inarredáveis e, quanto a ele (racionalismo), impuros «conteúdos» filosóficos, moralistas e até políticos das explicações jurídicas de outrora.

Sem embargo, embora se possa considerar, pelo menos no domínio das ciências sociais, que tais modelos teóricos não constituem uma explicação plena da realidade, ainda assim têm o grande mérito de permitir uma discussão racional e frutífera dos problemas jurídicos, da sua explicação, e com referência a eles ou à sua conjugação, discutir criticamente aquele que melhor se aproxima duma verdade que nunca está verdadeiramente ao nosso alcance¹⁹.

Na falta de «discurso abstracto relativo à quantidade ou ao número», surgiu «a separação entre a filosofia teórica e a prática, entre a teoria do conhecimento como fundamentação da ciência e a ética como questão sobre as normas da recta conduta – entre o ser e o dever-ser, entre o conhecer e o agir – radicou-se e tornou-se um lugar comum»²⁰.

¹⁸ Cfr. HAURIU-GICQUEL e GÉLARD, *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, 6.^a ed., Montchrestien, Paris, 1975, pp. 53 e ss., para os quais remete MIAILLE M., Introdução crítica ao Direito, Lisboa, 1989, p. 317, nota 40, onde confirmamos os ensinamentos expressos neste parágrafo.

¹⁹ Cfr. POPPER K., *EL mito del marco común*, En defensa de la ciencia y la racionalidad, Barcelona, 1.^a ed., 1997, p. 174.

²⁰ BAPTISTA MACHADO, J., Nota preambular..., ob. cit., p. IX, que atribui a KANT a separação das «substâncias de dois tipos de pensamento que até aí impuramente se misturavam no turbilhão confuso dos sistemas de ideias anteriores e vai, ao mesmo tempo, fixar-lhes os respectivos limites. *Haveria uma razão teórica e uma razão prática, cada qual com o seu campo de actuação própria*». De acordo com a exposição de BAPTISTA MACHADO, a necessidade de separação entre a filosofia teórica e prática é uma consequência do nominalismo (que, como se sabe, é representado inicialmente pelos franciscanos DUNS SCOTTO e GUILHERME DE OCCAM e, mais tarde, LUTERO e CALVINO, da reforma) que tem como lógica consequência o ceticismo de HUME, marcado por uma atitude anti-metafísica. Deve acrescentar-se, porém, que KANT «afirma o primado da razão prática sobre a teórica», mas, para ele, a «razão pura, independente da experiência» existe «tanto teórica como praticamente». O seu

Importa, talvez, que nos situemos perante o problema, dizendo que a questão do método em si mesmo não constitui o núcleo central do nosso estudo, nem curamos de saber qual a fonte última de validade e obrigatoriedade do Direito, qual o seu critério de legitimidade, antes buscamos uma *compreensão crítica da praxis judicial*, que é indissociável do «sincretismo metodológico».

A haver alguma concordância da nossa proposta, como esperamos, com a realidade e a boa prática judicial europeia, seria essencialmente circunscrita àqueles países de Direito Continental, e na medida em que se possa manter o consenso acerca de certos pressupostos constitucionais e supra-constitucionais básicos e, assim, a exegese deste modelo não poderia nunca assumir-se como tendo validade universal.

Por outro lado, a solução prudencial por nós adoptada, que não prescinde daquilo que foi dado à auto-consciência, para além de ter um carácter intimista e evidente (manifesta-se com clareza no próprio momento de fazer algo devido), implica também a negação desse modelo universal, *prêt à porter*, sendo porventura «teoricamente indecível» a questão através de uma atitude que hipostasie qualquer interpretação «*a priori*» unívoca, ou prescindida duma certa precariedade do ponto de partida.

Aliás, antes de ser teórico, o problema é, antes de mais, empírico.

Preocupamo-nos essencialmente em definir *o modo de ser do Direito Judiciário, como categoria autónoma e complementar do Direito legal e a relação de subordinação e interdependência com este, tentamos descobrir as áreas privilegiadas da sua criação e procuramos conhecer e medir os aspectos quantitativos e qualitativos da sua produção.*

pensamento vai no sentido de que «no mundo prático somos como que iluminados; temos a consciência de um dado *a priori*, que, para nós, possui valor inconcuso: um princípio que é uma revelação mais que um conhecimento, e que não cabe dentro do conhecimento propriamente científico; é para o vislumbre de uma verdade transcendente que nos ensina imperiosamente o que devemos e o que não devemos fazer. Este princípio é a lei do dever» (DEL VECCHIO, G., ob. cit., Vol. I, p.172). «Duas coisas – escreveu Kant – me encham sempre de novo a alma de admiração e reverência: o céu estrelado sobre mim e a lei moral dentro de mim», ou seja, o dever (*idem*, p. 174). No original: «Zwei Dinge erfüllen das Gemüt mit immer neuer und zunehmender Bewunderung und Ehrfurcht, je öfter und anhaltender sich das Nachdenken damit beschäftigt: der bestirnte Himmel über mir und das moralische Gesetz in mir.» – Cfr. ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, 5.ª ed., 1994, p. 355.

É apenas aparente a falta de sistematicidade com que envolvemos o nosso discorrer, que é contrário a todas as formas de «empirismo sensualista», que combatemos, e é tributário duma visão do Direito Judiciário, onde o labor dos juízes é analisado não através duma única forma, mas de duas, «*a parte objecti*» e a «*parte subjecti*», (será duvidoso que entre elas seja admissível uma terceira – *tertium non datur* –, que podem e devem conjugar-se e justapor-se).

Como ensinou DEL VECCHIO²¹ entre as duas espécies de determinação ética²² – a subjectiva ou moral e a objectiva ou jurídica – há uma relação necessária de coerência. Entre Moral e Direito decorrem certas *relações constantes* que podemos determinar *a priori*, com lógica necessidade.

«O problema da relação entre o direito e a moral não pode ser colocado como se se tratasse de uma comparação entre dois sistemas de normas análogos. ... É óbvio, que tem que haver um grau considerável de harmonia entre o Direito e a Moral. Porque estão arreigados em valorações fundamentais comuns, na tradição cultural da comunidade.

²¹ DEL VECCHIO, G., ob. cit., vol. II, p. 87. Acrescenta ele que «é preciso chegarmos a uma época relativamente recente para encontrarmos uma teoria genuína desta distinção (Moral e Direito). CRISTIAND TOMÁSIO, no ano de 1750, foi o primeiro a encarar decisivamente o problema, muito embora fosse levado a isso por um intuito que devemos classificar de político. No momento em que escreveu, impunha-se limitar a esfera da actividade do Estado, reivindicando uma esfera própria da liberdade individual, especialmente a liberdade de pensamento ou de consciência. Partindo destas exigências de ordem prática é que TOMÁSIO foi induzido a formular a teoria, segundo a qual o Direito é incompetente para assuntos respeitantes ao pensamento, à consciência e à religião» (p. 93).

²² É sabido que a relação do Direito com outras ordens normativas, sempre foi muito próxima. Os direitos da antiguidade, designadamente o direito hebreu, estavam intimamente ligados à religião. «O direito muçulmano é, como o direito hindu e o direito chinês, um sistema no qual a distinção entre direito e religião é quase nula; são chamados geralmente, "direitos religiosos". Na África é notória a influência dos direitos religiosos». No Japão e na Ásia do Sudeste (Birmânia, Sião, Camboja, Vietname, etc.); as «influências chinesas e hindu cruzaram-se aí com elementos próprios dos sistemas jurídicos mais arcaicos e com características específicas do budismo. A europeização do direito foi aí, geralmente, mais considerável que na China, sobretudo no Japão». Dos grandes sistemas jurídicos actuais, apenas no sistema dos direitos romanistas e do Common Law (um outro exemplo seria o dos países que foram colonizados por países da Europa Ocidental), a distinção tem mais tradição, ainda assim relativamente recente. Cfr. GILISSEN, J., Introdução Histórica ao Direito, F.C.G., Lisboa, pp. 19 e ss.

A ordem jurídica e as atitudes morais acham-se também em relação de cooperação recíproca». Assim via também Ross²³ as relações entre o Direito e a Moral.

As nossas considerações partem desta realidade²⁴ e pressupõem também que a discussão da sua validade assenta na partilha de certos pressupostos constitucionais e supra-constitucionais básicos ou, pelo menos, na aceitação dos aspectos essenciais desse padrão, que coordena as relações intersubjectivas em geral, e as acções e atitudes dos juízes, em particular.

O principal argumento que pode ser apresentado para fundar a relativa supremacia da democracia liberal em relação a outros modelos é o da sua capacidade de auto-regeneração e auto-aperfeiçoamento, designadamente no sentido de servir de quadro de defesa real e visível do eminente valor da dignidade humana, e como principal argumento contrário, o de nem sempre poder constituir um dique contra as sempre presentes pulsões da desagregação, da anomia e da barbárie.

Um sistema legal firme é fundamental, porquanto à acção individual do juiz não bastam as formulações de princípios formais como o da justiça, que se incluem no rol dos múltiplos «imperativos categóricos»²⁵, que dizem «*com que intenção se deve actuar*», mas nada nos referem, em caso de dúvida, *como se deve actuar*.

A nossa preocupação fundamental, aliás, incide sobre este «*saber como operar*» da jurisprudência nos sistemas judiciários continentais²⁶,

²³ ROSS, A., Sobre el Derecho..., ob. cit., p. 62.

²⁴ Aliás, provavelmente poderíamos ir mais longe. É que, como disse OLIVEIRA ASCENSÃO, dos numerosos critérios apresentados para distinguir o Direito da moral «alguns são insustentáveis, outros trazem aspectos verdadeiros, mas não bastam por si para a distinção» (ob. cit., p. 94).

²⁵ KANT enuncia assim o significado de imperativo categórico: «actua de tal modo que a máxima de teus actos possa valer como princípio de uma legislação universal». O que não tem especial novidade em relação à doutrina cristã (não faças aos outros...), a novidade estará no facto dos moralistas anteriores anteporem o conceito de liberdade (psicológica) ao conceito de dever, pensando existir uma lei moral, que impõe certo uso da liberdade», KANT inverte tudo isto e parte do imperativo categórico como da primeira certeza. Sobre este ponto, vide DEL VECCHIO, G., ob. cit., vol. I, pp. 173 e ss.

²⁶ Os sistemas judiciais europeus de tipo continental criaram uma estrutura e uma cultura judiciária que praticamente ignora e receia os notórios poderes normativos dos juízes. *Fingimos que não existem só porque desejamos ardentemente que isso aconteça*.

perante processos judiciais concretos e, nessa medida, mais do que um «*universale iudicium de agendis*» buscamos mais modestamente um «*iudicium de singulis agilibus*».

Ora, é nesta aderência à realidade quotidiana da «terrível vida do foro», crescentemente traumática, que a prudência tem, em quase todas as decisões judiciais, um papel insubstituível, *maxime*, quando falham todas as providências do direito escrito e não escrito e o juiz se vê transformado na sua própria providência.

Na esteira de ARANGUREN²⁷, repetimos, que quando o homem «projecta por projectar move-se sem resistência alguma»; mas «o verdadeiro projecto, o possível²⁸, faz-se com vista à realidade e tem, portanto, que render-se ou ater-se a ela, apoiar-se nas coisas, contar com elas, recorrer a elas». Pois bem: «este render-se à realidade, este uso concreto e primário da inteligência, que, face à rigidez propensa à repetição habitual possui flexibilidade para adaptar-se às novas situações, é precisamente a prudência».

Pode mesmo dizer-se que «o sentido da virtude da Jurisprudência é que o conhecimento objectivo da realidade se torne medida do realizar, que a verdade das coisas reais se manifesta como regra de acção»²⁹, mais do que *quaedam adaequatio rei et intellectus*, sendo

teça. Ora, como se sabe, a «decisão casuística ou intuitiva» é uma prática corrente no sistema do «*common law*». «O direito *anglo-saxónico* continua a ter no *case law* a fonte principal da sua fundamentação decisória e os *case-books* são ainda hoje os principais guias de toda a actividade forense. A frieza do temperamento britânico e o singular prestígio da magistratura inglesa bastam ainda agora para afastar o pavor da equidade ou do *prudente arbitrio* do juiz, como fonte de preenchimento das numerosíssimas lacunas do *statute law*» – ANTUNES VARELA, J., A responsabilidade..., ob. cit., n.º 3874, p. 9.

²⁷ ARANGUREN, J. L. L., Ética, Madrid, 1997, p. 302.

²⁸ O *dynatón* (o meramente possível) é «o que pode ser ou não ser de duas ou mais maneiras», só admite um conhecimento assente em argumentos de probabilidade, tendo a hierarquizar as verosimilhanças, sendo este o campo privilegiado da «*phronesis*», da sensatez, que há-de transformar o simplesmente possível, no factível, e também o da «*téchne*», das artes transformadoras. Vide ARISTÓTELES, Retórica, Introdução, Tradução e notas por Quintin Racionero, Madrid, 1994, p. 129.

²⁹ Assim o afirmou JOSEPH PIEPER, autor do *Traktat über die Klügkeit*, cit. por LALAGUNA, E., Jurisprudência y Fuentes Del Derecho, Pamplona, 1969, p. 19 ob. cit., p. 74, nota 19.

estas regras permitidas como usos interpretativos, resultados da aplicação analógica, da equidade, das cláusulas gerais, das normas indeterminadas, dos princípios gerais e, também, como última *ratio*, da remissão para a consciência objectiva do julgador.

Trata-se de uma mera tentativa, marcada pela experiência do autor e pela intencionalidade adoptada, para restaurar «a unidade (perdida desde os tempos da velha metafísica) destes problemas»³⁰, em que «o modelo de decisão, tem de ser manobrado segundo uma técnica e uma estratégia (prudência) próprios»³¹.

Na verdade, sobre esta espécie de *restitutio in integrum* dum modelo antiquíssimo³² fundamos as nossas considerações que se traduzem

³⁰ BAPTISTA MACHADO, J., Nota preambular..., ob. cit., p. IX; DEL VECCHIO, G., ob. cit., vol. II, p. 74, diz claramente que «[o] Direito exprime sempre *Verdades metafísicas*, e não *Verdades físicas*. Por outras palavras: representa uma *Verdade superior à realidade dos fenómenos*, um modelo ideal que tende a impor-se a esta realidade».

³¹ BAPTISTA MACHADO, J., Nota preambular..., ob. cit., p. XXI.

³² Sobre a história e o sentido da ética da moderação, diz-nos IÑIGO, E. L., na longa Introdução que elaborou, para a tradução espanhola de Julio Palli Bonet da *Ética Nicomáquea / Ética Eudémia*, 3.^a reimpressão, Madrid, 1995: «A expressão latina *in medio virtus* popularizou aquela teoria aristotélica que constitui uma das peças fundamentais da ética. Na E. N. aparece o termo *mesôtês* junto a *symmetra* no livro II» (p.102). «As origens imediatas da doutrina da mesótes, que Dirlmeier situa em Platão, têm uma larga tradição na cultura grega. Sem que Homero utilize o termo *mesótês*, que é típico de Platão e Aristóteles, nem sequer *mésôn*, que se encontramos nos poemas épicos, o sentido da medida aparece já na *Odissea* (XV 71) «quem recebe um hóspede e o mima em excesso, ou em excesso o aborrece, é algo irritante. Tudo é melhor se é moderado (*aisima*)» (p. 103). (.....) Agnes Heller fez uma interpretação na qual se opõe, acertadamente, aos que entendem a *mesótês* aristotélica como uma *aurea mediocritas* (...) a *techné* representa um papel importante, será uma das chaves deste conceito dinâmico e social de mesótes (p.104). Para apoiar a sua ideia de que a determinação concreta, individualizada do termo médio não tem um sentido geométrico ou aritmético, mas um sentido dinâmico, evolutivo e também pessoal, apoia-se no seguinte passo da *Ética Nicomáqueia* (É. N. II6, 1106 a 29-1106b7): «Chamo termo médio de uma coisa ao que dista o mesmo de ambos os extremos, e isto é um e o mesmo para todos; em relação connosco, a que nem excede nem fica curto, não é nem um nem o mesmo para todos. Por exemplo, se dez é muito e dois é pouco, toma-se o seis como termo médio quanto à coisa, pois excede e é excedido numa quantidade igual, e nisto consiste o meio segundo a proporção aritmética. Mas o meio relativo a nós, não há-de tomar-se da mesma maneira, pois se para um é muito comer dez minas

na conjunção de duas ideias, uma é a de que «melhor é que todas as coisas estejam reguladas pela lei que deixá-las ao arbítrio dos juízes», e outra, a de que «não há outra garantia de justiça» senão a sua personalidade³³.

Assim, de nada servem todas as garantias estabelecidas nas leis, nos melhores códigos, se os juízes encarregados sucessivamente de conhecer, resolver e decidir as questões mediante a aplicação da lei ao caso concreto não forem idóneos e tiverem a capacidade integral adequada.

Como disse S. ISIDRO na sua obra *Etimologias* a sua formação há-de ser dupla: «por um lado, a jurídica; por outro, moral»³⁴.

De modo que a nossa opção consiste em adoptar uma certa medida para analisar a margem de livre resolução do juiz, na procura, até ao limite, dum espírito objectivo, da juridificação de toda a área exterior aos muros da consciência individual do julgador³⁵, já que esta só pode ser objecto de sedução e a obediência a normas surge sem «actos de produção de normas», ou seja, é uma *obediência a «ordens sem que ninguém ordene, exigências sem que ninguém exija»*³⁶.

A autonomia da consciência ética da pessoa é o único princípio de todas as leis morais e de todos os deveres que a elas são conformes.

(antiga moeda grega) de alimentos, e pouco comer duas, o perito não prescreverá seis minas, pois provavelmente essa quantidade será muito ou pouco para o que há-de tomá-la: para Milón, pouco; para o que se inicia nos exercícios físicos, muito. Assim pois, todo o conhecedor evita o excesso e o defeito, e busca o termo médio e prefere-o; mas não o termo médio da coisa, mas o relativo a nós».

³³ Recolhemos estas máximas em NIETO, J. Z., *El Proceso Penal contra Jueces y Magistrados*, (La especialidad del antijuício) Madrid, 1992, XXV, que as atribui respectivamente a S. TOMÁS DE AQUINO e EHRLICH. Também nos parece aguda esta outra síntese: «*A melhor lei, dizia Bacon de Verulamio, hé a que menos deixa ao arbítrio do juiz: o melhor juiz hé o que menos deixa ao seu próprio arbítrio*» – cfr. HESPANHA, A. M., *Apontamentos de História do Direito Português*, Coimbra, 1970-71, pp. 210-211.

³⁴ Cfr. LORCA NAVARRETE, J. F., *Introducción al Derecho*, Madrid, 1987, vol. I, pp. 188 e 189.

³⁵ Ainda assim, no interior desses muros, o julgador estará «não só obrigado a agir com prudência, como deve também agir segundo a sua consciência» – cfr. *Introdução de* RAYMOND POLIN à publicação da Carta sobre a Tolerância de JOHN LOCKE, Lisboa, 1996, pp. 39-47.

³⁶ SCHLICK, M., *Fragen der Ethik. Schriften zur wissenschaftlichen Weltanfassung*, t. 4, Viena, 1930, p. 8, cit. por Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, México, p. 71.

Porém, por uma questão de utilidade e de técnica de organização social aceitam os povos tacitamente confiar na supremacia temporária e constantemente renovável da heteronomia numa consciência colectiva, supra-individual, de conteúdo variável, expressa por actos de certos órgãos que têm o valor de lei, que tem a finalidade de evitar o mal maior do anarquismo³⁷ e de assegurar a todos os homens a possibilidade de afirmar os seus direitos e de trabalhar pelo incremento dos bens, o que pode ser conseguido pela conjugação dos esforços de múltiplas autoridades (religiosas, morais, racionais e políticas).

Essa supremacia é, portanto, um instrumento, não tem carácter substantivo, mas enquanto puder exprimir-se através de leis válidas e eficazes está acima da vontade de cada cidadão. Dela poderemos dizer o que diziam os Visigodos dos seus reis: «*Rex eris, si recte facies, si non facies, non eris*».

Temo-nos interrogado, insistentemente: de que modo pode o juiz sair do reduto da sua consciência, qual a forma de «obter significação objectiva» para o que ocorre na sua consciência como vivência evidente (*clara et distincta perceptio*)?³⁸

O começo de resposta à questão pode passar por admitir-se que o nosso conhecimento é em grande parte subjectivo, é um conhecimento confuso e deslocado, «impurificado de muitas maneiras pela von-

³⁷ LORCA NAVARRETE, J. F., *Introducción...* cit, vol.I, p. 160-161, chamando a atenção para a possibilidade de o liberalismo abrir a porta do anarquismo, introduz várias ideias de anarquistas, como as que seguem: «Já que se o homem é bom por natureza e é a sociedade que o corrompe, como assinalara J. J. Rousseau no seu *Discurso* premiado pela Academia de Dijon em 1750 acerca de *se o estabelecimento das ciências e das artes contribuiu para depurar os nossos costumes*, é óbvio que o Estado ou qualquer aparato coercitivo significa uma carga detestável que deve desaparecer». «Eu não quero ser nem governante, nem governado», escreveria Proudhon, o teórico mais importante do anarquismo, na prisão. MAX STIRNER, armado com o facho nihilista, declarará: «A verdade morreu», «eu sou o inimigo do Estado». Na afirmação que repetirá a figura central do anarquismo militante Bakunine: «O Estado – dirá – é um imenso cemitério onde se sacrificam, morrem e enterram todas as manifestações da vida intelectual e local. É o altar onde a liberdade real e o bem-estar dos povos são imolados à grandeza política».

³⁸ Cfr. HUSSERL, E., *Conferências de Paris*, Lisboa, 1992, pp 42-43, que critica a solução cartesiana.

tade individual, pelo fenómeno desta, isto é, pela pessoa física, e pelos interesses desta»³⁹.

Como é sabido a filosofia da consciência de SCHOPENHAUER, constituindo uma «crítica do conhecimento» filosófico⁴⁰ acaba por desembocar numa simples «aspiração ética de uma reforma radical do sujeito», na medida em que «o mundo é o mundo que existe para o sujeito, o mundo configurado pelo sujeito; para além disso não temos acesso e os limites da consciência são também, deste modo, os limites do mundo. Daí que a transformação da realidade passe necessariamente pela completa transformação do próprio sujeito que é quem impõe ao mundo as suas condições»⁴¹.

Socorrendo-nos de BAPTISTA MACHADO⁴², para tornarmos compreensível o nosso compreender, repetimos que «a aplicação de uma norma a um caso concreto resulta de uma combinação de *subsunção lógica e integração axiológica* na experiência espiritual vivida do sujeito cognoscente – integração esta organizada de molde a fazer com que uma consciência em acto (emocionalmente sensibilizada) intua o valor jurídico e a sua tradução no caso *sub judice*. Se a *perspicientia nexus* exige, neste caso, na falta de vínculo lógico absolutamente necessitante, a intervenção de um certo elemento dinâmico de um sujeito cognoscente, e da experiência espiritual deste, *o assensus não é aqui "necessitado", mas persuadido, não é "coagido", mas, por assim dizer, "seduzido"*». O mesmo é dizer, com um eminente filósofo italiano, que «as portas do espírito só abrem por dentro, *a necessitas ou nexus moralis* só é acessível a uma consciência em acto».

Como é sabido o pensamento de ARISTÓTELES (tal como expresso

³⁹ OBRADÓ, A J. R., *Consciencia y Dolor, Schopenhauer y la crisis de la Modernidad*, Madrid, 1995, p. 231.

⁴⁰ Este cepticismo acerca da possibilidade de conhecer «a essência» da existência e das coisas, a impossibilidade de captação do imutável, foi já uma das preocupações de Protágoras e dos sofistas. A refundação contra a corrente das ideias sobre o Direito e a moral no homem «medida de todas as coisas» permitiu-lhes avançar exigências morais inovadoras, usando como instrumento a separação e a tensão positiva que deve existir entre o «justo segundo a natureza (*physis*)» e o justo segundo a lei (*nomos*). Para mais desenvolvimentos, ROSS, A., sobre o Direito..., ob. cit., pp. 226 e ss.

⁴¹ Cfr. OBRADÓ, A J. R., ob. cit., p. 235.

⁴² BAPTISTA MACHADO, J., *Nota preambular...*, ob. cit., p. XIX.

na Ética Nicomaqueia) e de S. TOMÁS DE AQUINO (II parte da *Summa Theologiae*), consideradas por alguns as obras mais importantes, sobre a ética⁴³, da Antiguidade e da Idade Média, respectivamente, constroem um sistema de virtudes, cuja unidade, não é posta em causa até KANT⁴⁴.

Como diz ARANGUREN⁴⁵ «a ética clássica é uma ética de *sophrosyne*, de *mesótes* e de *metriotes*». «*Meden agan*», de nada demasiado (nem sequer a felicidade: recorde-se a lenda do anel de Polícrates), «uma ética de moderação»; tendo ARISTÓTELES procedido a «uma síntese empírica em alto grau e no melhor sentido», das outras morais «primariamente pensadas: a socrática da *phrónesis* ou prudência, a platónica da *dikaiosyne* ou justiça geral».

Na Idade Média, estes bens herdados da Antiguidade e assimilados pela ética cristã têm tradução nos conceitos de *temperantia* e magnanimidade, que recupera, salvaguarda e difunde o bem maior produzido pela Antiguidade – o humanismo – e, pode dizer-se que «a temperança medieval, tão equilibrada», em S. TOMÁS DE AQUINO, «passa a ocupar um lugar predominante por obra do puritanismo e do jansenismo na moderna moral burguesa»⁴⁶.

Nos nossos dias a luta pela justiça, ou melhor, a luta pela diminuição das injustiças, passa necessariamente, a nosso ver, por em certo sentido instrumentalizar⁴⁷ o sistematismo, e dar nova vida às virtudes, agora pouco acreditadas (ARANGUREN exemplifica precisamente com a prudência), devolver-lhes as extraordinárias potencialidades funcionais nos domínios político, social, jurídico e pessoal, em suma na vida na sua totalidade.

Estamos persuadidos que as formas de pensamento que acima

⁴³ Como é muito comum usamos os vocábulos ética e moral de forma indistinta. Sobre a separação, v. Kelsen, H., *Teoria pura do Direito*, trad. esp., 7. ed., México, 1993, p. 71.

⁴⁴ ARANGUREN, J. L. L., ob. cit., p. 290 e 292.

⁴⁵ Para uma análise do descobrimento histórico das diferentes virtudes morais, vide ARANGUREN, J. L. L., ob. cit., pp. 330 e ss.

⁴⁶ ARANGUREN, J. L. L., ob. cit., p. 335.

⁴⁷ Será duvidoso considerar que as teorias científicas são apenas «instrumentos, actuais ou potenciais». Talvez seja antes de considerar que são algo mais, ou que não são *meramente* instrumentos. Sobre o instrumentalismo e o anti-instrumentalismo, ver POPPER, K., ob. cit., pp. 171-172 e 174-175.

procuramos captar têm estado sempre presentes na sociedade europeia, embora seja uma crença silenciosa, de espíritos resistentes às solicitações imediatistas, e que há uma profunda e incindível conexão⁴⁸ entre as virtudes cardiais⁴⁹ – a prudência, a justiça, a fortaleza, a temperança – cuja natureza é «de tal modo que não pode ter-se nenhuma sem a prudência e ao mesmo tempo esta pressupõe as virtudes morais, e que estas virtudes correspondem a outras, como a discrição à prudência, a rectidão à justiça, teologia e filosofia moral estão a afirmar a unidade do carácter moral»⁵⁰.

Por outro lado, pode afirmar-se a sua natureza não teórica⁵¹, a sua aderência aos casos concretos, únicos e irrepetíveis, que incorporam uma vontade⁵² de condução recta da vida, de realização da personalidade moral duma pessoa sensível aos valores sociais e interesses do outro, que tenha o sentido da realidade e a sua melhoria progressiva.

A prudência, como atitude, pode definir-se como predisposição para evitar os extremos e a força para decidir com base num critério que busque a eliminação do arbítrio e tenha como finalidade a

⁴⁸ ARANGUREN, J. L. L., ob. cit., p. 365 afirma claramente que o sentido profundo da *mesótes* aristotélica é também este: não que cada virtude, tomada isoladamente, consista num «termo médio», mas que as virtudes, se o são de verdade, não se dão isoladamente, porque consistem numa coesão, numa harmonia, numa *συμπλοκή*, *ἧς* umas exigem as outras e não acabam por sê-lo sem as outras». Idem, p. 299.

⁴⁹ «A escolástica destaca entre todas as virtudes as quatro denominadas cardiais. A lista das virtudes cardiais procede, como se sabe, de Platão e dos estóicos, desde Crisipo, que as dividem e subdividem de diversas formas. Chamam-se assim porque são consideradas como as virtudes gonzo (*cardines*) sobre as quais se baseiam e giram as outras virtudes. São Tomás, aprofundando o princípio da sua classificação, vê nelas as virtudes-tipo que realizam perfeitamente os quatro modos gerais de virtude: determinação racional do bem (prudência), instituição ou estabelecimento do bem (justiça), firmeza para aderir a ele (fortaleza) e moderação para não deixar-se arrastar pelo seu contrário, o mal (temperança)».

⁵⁰ ARANGUREN, J. L. L., ob. cit., p. 365.

⁵¹ AURÉLIO, D. P., Um fio de nada, ensaio sobre a Tolerância, Lisboa, 1997, pp. 105-106.

⁵² No sentido de que a separação entre a ordem do conhecimento e a ordem da vontade, entre a razão teórica e a razão prática, leva Kant a integrar a prudência na ética da boa vontade, em que aquela é concebida em íntima ligação com a do *finis operantis*, vide ARANGUREN, J. L. L., ob. cit., pp. 301-302.

obtenção dum consenso prático, que na maioria dos casos não passa de um consenso conflitual, intrinsecamente precário⁵³.

A concreta aplicação do Direito consiste num processo global, no qual têm um papel determinante as regras da hermenêutica jurídica, as regras da linguagem e a totalidade da lógica, mas na qual pesa também a personalidade do julgador, daí a sua indeterminação essencial, de modo que a correcção de uma dada interpretação jamais é fixada de uma vez por todas.

A *praxis* judicial caracteriza-se essencialmente por atribuir à partida a legitimidade e o sentido da decisão a algo que transcende os intervenientes numa qualquer querela judicial – *a lei e a constituição, os princípios legais e constitucionais e as regras supra-constitucionais*, mas, perante a falta de resposta, insuficiência ou obscuridade desse elemento transcendente, a solução deve ser concretamente definida por aderência a uma atitude ética, a uma plena disponibilidade para justificar e encontrar «a regra que deve presidir à escolha das atitudes e à justiça dos critérios»⁵⁴.

Sendo as coisas assim, como parece que são, e podendo tal realidade «substancial» conduzir ao arbítrio, ao casuísmo e ao «lex-naturalismo» excessivo, pode atribuir-se ainda à prudencial aplicação de regras universais, cuja importância devidamente sublinhamos, e à prudencial criação/aplicação das regras do Direito Judiciário o mérito de constituir uma barreira a esses excessos e permitir um modo próprio de acontecerem e serem cumpridas.

2. A Prudência⁵⁵

A jurisprudência (ligação da prudência ao jurídico-iuris) não é ou não deve ser apenas um acto de prudência, uma arte para conhecer em concreto o que é o Direito.

⁵³ ARANGUREN, J. L. L., ob. cit., pp. 301-302.

⁵⁴ AURÉLIO, D. P., ob. cit., p. 105.

⁵⁵ A nossa investigação e a ideia-tese que propomos tem um carácter original, constitui uma inovadora forma de inserir na vida judiciária, em particular na sentença, instrumentos legados pela tradição jurídica de comprovada validade, que dela foram

Mas é também, ou deve ser também, um acto de virtude da prudência⁵⁶. Aliás, a prudência é a qualidade por excelência dos juristas em geral e dos juízes em particular. O Direito é simultaneamente uma *ciência* e uma *arte*. Mas, a reflexão sobre o Direito, criou uma extraordinária cisão entre um Direito livresco e a realização do Direito que terá sempre vivido ancorada nessa realidade praticamente incindível, sendo raros os autores que procuram a articulação entre o *conhecer* e o *existir*, entre a ideia de Direito, as ideias sobre o Direito, e o problema do seu «eterno constituir-se». Ora, nesse processo do seu «eterno constituir-se», a prudência aparece *sempre* como a última *ratio* a que o julgador se pode agarrar para decidir de forma racional, controlada e controlável. O que, sendo verdade, não significa que não se dissolva e se incorpore nessa concreta acção e, por isso, seja desacon-

completamente arredados há séculos (pelo menos, desde o séc. XVIII) pelos próceres do establishment jurídico, bem como integram uma crítica aos excessos do reinante reflexo antipositivista, propondo-se uma perspectiva inovadora, quase revolucionária, em que se defende a conjugação e justaposição das duas referidas perspectivas unilaterais. Mas, obviamente, não se espere qualquer originalidade principal quando falamos de prudência, antes apenas secundária e de forma. É que, as considerações que fazemos são tributárias dum património antiquíssimo que não tem sido possível apurar, apesar de todos os chamamentos, mas que, não obstante o seu valor intrínseco, tem sido sistematicamente ignorado, quando não furiosamente ridicularizado pela cultura jurídica moderna e pós-moderna, constituindo-se, a partir do séc. XIX, mais do que uma cesura, uma verdadeira ruptura, que inicia um percurso que propicia o aparecimento de sucessivas e contraditórias tentativas de ignorar esse rico passado da cultura ético-jurídica. Inglória e escusadamente, pensamos nós. Como dizem os franceses: «Chassez le naturel, il revient au galope».

⁵⁶ O título das três éticas de Aristóteles: G.E., E.N. e E.E. constituem em si mesmos um enigma, já que a mais breve se chama Gran Ética (Magna Moralia) e nas discussões sobre a sua autenticidade chegou mesmo a levantar-se a questão de saber se não teriam sido Nicómaco ou Eudemo de Rodas, ou talvez, Eudemo de Chipre, contemporâneo de Teofrasto, os autores, respectivamente da Ética Nicomaqueia (E.N.) e da Ética Eudémia (E.E.). O que parece pacífico é que não terão sido obras dedicadas num caso a Nicómaco e noutra a Eudemo. Sobre este ponto ver IÑIGO, E. L., ob. cit., 3ª reimpressão, 1995, pp. 26 e 27. No cap. I do livro VIII da Ética Eudémia (E.E. VIII 1, 1246 a 26 – 1246 b 35) Aristóteles examina as relações entre ciência e prudência por um lado e ciência e virtude por outro, concluindo serem certas as palavras de Sócrates quando este considerou que «*nada é mais poderoso que a prudência*», mas que este «se equivocou quando disse que é uma ciência, pois é uma virtude», não é uma ciência, por pertencer a outra classe de conhecimento – afirmou (ob. cit., pp. 534-536).

selhável, em princípio, a sua projecção para além dela e do seu contexto espacio-temporal.

Este seu carácter contingente e particular só nos deve preocupar na medida em que perder a sua carga ética e se transforme em puro arbítrio, na doença do subjectivismo e do relativismo, ou seja, actos nos quais há ausência de querer moral, de querer um fim racional como universal.

De resto, nada há de extraordinário e convém às sociedades humanas remeter para o foro individual as decisões quanto a matérias que se sabe intuitivamente, através de uma história às vezes de séculos, que não podem ser objecto de unanimidade.

A isto chamou ARISTÓTELES, na Ética Nicomaqueia, a *frónesis*⁵⁷, a virtude da prudência, que consiste numa disposição prática para encontrar a regra adequada, uma regra que irradie uma objectividade, que busque um consenso alargado, um critério, um universal empírico, ou seja, uma particularidade estável, duradoura, fixada.

A recuperação do valor processual da prudência, que não põe em causa a força da convicção da superioridade da determinação legal sobre a decisão individual, passa também por atribuir-lhe a natureza de *critério aferidor* de todos os outros processos de individualização (remissão legal para a equidade, regras indeterminadas, cláusulas gerais, fixação de consequências jurídicas, atribuição de poderes discricionários, etc.)⁵⁸, que partindo essencialmente da subjectividade legitimam-se na busca de «sentimentos partilháveis», «de um sentido comum»⁵⁹.

Como diz HEGEL⁶⁰, «na eticidade, o indivíduo é de um modo eterno; o seu ser e o seu agir empíricos são algo de pura e simplesmente

⁵⁷ «A função da *phrónesis* – o trânsito da *sagesse* à *prudência*, para dizê-lo com palavras modernas – deixa de ser a apreensão da norma universal para consistir na recta eleição do que se há-de fazer (*recta ratio agibilium*). Os *phrónimoi* não são já os *sapientes*, mas os *prudentes* que possuem a *sapientia minor das rerum humanarum*» – ARANGUREN, J. L. L., ob. cit., pp. 293-294.

⁵⁸ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, O Direito, cit., p. 238.

⁵⁹ Cfr. AURÉLIO, D. P., ob. cit., p. 129. Com isto não queremos admitir que tais sentimentos hão-de ser *efectivamente* partilhados em todas as situações dadas e, assim, não se identifica, a nosso ver, esse «*sentido comum*» com o «*senso comum*».

⁶⁰ HEGEL, G. W. F., O Sistema da Vida Ética, Lisboa, 1991, p. 54.

universal; com efeito, não é o individual que age, mas o espírito universal e absoluto nele».

Uma investigação centrada na dinâmica processual do acto prudente do julgador poderia ser criticada por apresentar uma inadmissível «perspectiva atomizante», quando a «essência ética» exige um fio condutor, «uma personalidade moral unitária», um *ethos*, um compromisso, uma vocação ética.

Ora, esse será um dos problemas centrais da definição do objecto da ética, pelo que tendo o nosso trabalho adoptado um *cariz processual*, o problema também nos interessa, mas apenas no sentido de poder determinar não só actos decisórios isolados imprudentes, mas também uma sequência indicia-dora duma personalidade mal formada do julgador, e não suficientemente sensibilizada pela eticidade.

Seguindo ainda a lição de ARANGUREN quando recorta o sentido negativo da prudência ou falsa prudência, teremos de precaver-nos contra uma sobrevalorização do carácter preceptivo desta em desfavor do carácter prospectivo, ou seja, da prudência vista sobretudo como termo médio, como virtude moderadora, sem rasgo, medíocre, desligada da sua última conexão com a rectidão, com os anseios perenes da justiça que dela não podem prescindir para a sua consumação.

S. TOMÁS vê na precipitação, inconsideração, inconstância e negligência (deficit de comportamento em relação ao indicador médio contido num dever moral) formas de imprudência; falando de engenho, habilidade ou prudência imperfeita quando ligada a um certo assunto e as chamadas falsas prudências: «a prudência da carne» (mundana), na qual se erige como fim último o bem carnal, a astúcia e o dolo, que se traduz no uso de meios falsos simulados ou aparentes e a exagerada apetência por bens materiais.

Na *Summa Theologiae* (II-II, q.57 a 6), S. TOMÁS analisa o tema das virtudes anexas à prudência adoptando um invariável método da formulação de objecções de carácter geral e objecções específicas, seguindo-se a solução genérica do problema posto e a resposta específica a cada uma das objecções. No caso, são quatro as objecções específicas formuladas, tendo para nós particular interesse a quarta objecção e a respectiva resposta.

Essa objecção está assim formulada: «Túlio Cícero assinala, na sua

Rhetorica, outras três partes de prudência (as três objecções anteriores referiam-se à *eubulia*, à *synesis* e à *gnome*) a saber, a *memória do passado*, a *inteligência do presente* e a *providência do futuro*. Macrobio, por sua vez, em *Super somnium Scipionis*, assinala como partes da prudência a *precaução*, e a *docilidade* e outras semelhantes. Por conseguinte, as virtudes anexas à prudência não parecem ser só as três assinaladas» (p. 442).

S. TOMÁS DE AQUINO respondeu assim: «A memória, a inteligência e providência, o mesmo que a precaução, a docilidade e outras semelhantes, não são virtudes distintas da prudência, pois que vêm a ser como partes integrais da mesma, porquanto todas elas se requerem para a sua perfeição. Também se dão certas partes subjectivas ou espécies da prudência, como a prudência doméstica, a prudência política e outras assim. Mas as três anteditas (*eubulia*, *synesis* e *gnome*) são como partes potenciais da prudência, posto que se ordenam a ela como o *secundário ao principal*» (p. 442).

De relevantíssimo interesse para o nosso estudo é a separação que S. TOMÁS faz na prudência das três virtudes secundárias (*eubulia*, *synesis* e *gnome*) que se ordenam de acordo com os três actos da razão que se exercitam nas «acções» do espírito humano: «o primeiro é *aconselhar*, o segundo é *julgar*, e o terceiro é *mandar*». «Os dois primeiros – diz – correspondem aos actos do entendimento especulativo, que são indagar e julgar, já que o parecer é uma certa indagação. Mas o terceiro acto é próprio do entendimento prático, porquanto é operativo, pois a razão não pode mandar nas coisas que não podem ser feitas pelo homem. Ora bem, é claro que em relação às coisas que faz o homem, o acto principal é mandar, ao qual se ordenam os outros»⁶¹(p. 442).

A *synesis* e a *gnome* seriam virtudes requeridas para um bom julgamento e isto porque na «ordem especulativa uma só dialéctica basta para inquirir todas as coisas, enquanto nas ciências demonstrativas, que procedem julgando, são distintas (as dialécticas) para os diversos objectos. Pois bem – prossegue – a *synesis* e a *gnome* distinguem-se segundo as diversas regras com que se julga, pois a *synesis* julga sobre o que se há-de fazer segundo a lei comum, enquanto que a *gnome* julga

⁶¹ S. Th., II-II, Q. 57 a 6, pp. 435-442. Referimo-nos a Suma de Teologia II, Parte I-II, Madrid, 1989, 2.^a Edição, Q-57, pp. 435-442.

conforme à própria razão natural naqueles casos aos quais a lei comum não alcança...»⁶² (p. 442).

Grande número de simples alusões e de outros conceitos elaborados da mesma forma definitiva têm evidente interesse para o desenvolvimento do processo judicial dos nossos dias, designadamente: experiência (memória), clarividência (visão clara da situação), docilidade para seguir o bom conselho, *solertia* (prontidão na execução), a actuação judiciosa e razoável, a prudência política e, sobretudo, «a capacidade de operar *«praeter communes regula»*, ou seja, em conformidade com critérios e princípios mais elevados.

O carácter prospectivo da prudência está sempre presente no seu pensamento, ou seja, o aspecto de *mésos* moral, qualitativo, que se evidencia na sua natureza unitária, a incindibilidade do *êthos*.

Afirmar que esta e outras obras sobre ética são sempre doutrina sobre as virtudes, não é mais do que uma verdade evidente, não descurando muitos dos seus autores o estudo da prudência, havendo casos extremos de lucidez como o de SÓCRATES, que desconhecendo muito embora a distinção entre virtudes éticas (ou morais) e dianoéticas (ou intelectuais, que admitem a ideia de mais e de menos e uma certa ambivalência), reduz as virtudes à prudência («Não há nada de mais poderoso que a prudência» – disse).

Segundo ARISTÓTELES, «há duas espécies de virtude: a ética e a intelectual»⁶³. «Com efeito – prossegue – louvamos não só os justos, mas também os inteligentes e sábios. Pois pressupomos que o digno de elogio é a *virtude* ou a *obra*, e estas coisas não são actividades, mas fonte de actividades»⁶⁴.

⁶² *Idem e ibidem*.

⁶³ Cfr., ARISTÓTELES, *Ética Nicomaqueia...*, cit., pp. 267 e ss. O Exame das virtudes éticas, nas quais inclui a justiça e a equidade, é feita no livro IV da E.N.. SÃO TOMÁS retoma e desenvolve a distinção entre virtudes morais e intelectuais e respectivas subdivisões. Cfr. *Summa Theologiae*, II-II Q.58 (sobre a distinção entre as virtudes morais e intelectuais); e II-II Q.57 (sobre a distinção das virtudes intelectuais). THOMAS HOBBS, *Leviathan or the matter form and power of a commonwealth ecclesiastical and civil*, trad. esp., 2ª reimp. Madrid, 1993, no cap. 8, retoma o tema «Das virtudes communmente chamadas intellectuais...» duma forma algo confusa e crítica.

⁶⁴ ARISTÓTELES, *Ética Eudémia*, cit., p.436 (E.E. 1220a5). Quanto ao exame das virtudes intelectuais, nas quais inclui a prudência, ver Livro VI da E.N. (1138b, 1139a, 1139b, 1140a, 1140b, 1141a, 1141b, 1142a, 1142b, 1143a, 1143b, 1144a, 1144b e 1145a).

No caso das virtudes intelectuais, no número das quais inclui a prudência, estas são acompanhadas da recta razão e pertencem, portanto, à parte racional da alma, ao governo da alma, enquanto as virtudes éticas são remetidas para a parte irracional.

Chegado aqui, pergunta-se⁶⁵ como se deve aportar ao termo médio determinado pela recta razão, pressupondo desde logo que há um certo limite dos termos médios que se encontram entre o excesso e o defeito e que estão em concordância com a recta razão.

O começo de resolução do problema começa pela subdivisão⁶⁶ que faz da parte racional da alma em duas, uma que permite a percepção daquelas «*classes de entes cujos princípios não podem ser de outra maneira*»⁶⁷, e outra, que tem por objecto as coisas contingentes; à primeira chama de científica e à segunda de opinativa⁶⁸ (deliberativa ou argumentativa, se se quiser)⁶⁹, pois que «*ninguém delibera sobre o que não pode ser de outra maneira, nem sobre o que não é capaz de fazer*»⁷⁰, pertencendo a prudência à parte racional da alma, «a que forma opiniões»⁷¹.

A boa deliberação (que se situa no âmbito do apenas provável – parte racional) é uma espécie de investigação, de cálculo, que em regra requererá tempo, não prescinde de ser fundamentada⁷² e embora seja possível alcançar o bem mediante uma argumentação falsa e alcançar o que se deve fazer não através do verdadeiro termo, mas por um termo médio falso, esta não será uma boa deliberação por não ter percorrido o «caminho devido»⁷³.

Além disso – acrescenta – «é possível que um alcance o objecto

⁶⁵ É.N. VI 1, 1138b20 (Tit., Livro, capítulo, parágrafo, linha).

⁶⁶ É.N. VI 1, 1139a5.

⁶⁷ É.N. VI 1, 1139a5-10

⁶⁸ É.N. VI 1, 1139a10. Em sentido idêntico, Platão, República, V 476a-480a.

⁶⁹ É.N. VI 1, 1139a15.

⁷⁰ É.N. VI 5, 1140a30.

⁷¹ É.N. VI 5, 1140b25.

⁷² Adverte, porém, que, como «a rectidão tem muitos sentidos, é claro que não se trata de qualquer deles, porque o incontinente e o mau alcançarão com a argumentação o que se propõem fazer, e, assim, terão deliberado rectamente, mas o que conseguirem é um grande mal e o ter deliberado correctamente considera-se um bem, pois alcança um bem» – É. N. VI, 9, 1142b20.

⁷³ É.N. VI 9, 1142b25

depois de uma longa deliberação e outro rapidamente, mas tão-pouco aquela será, sem mais, uma boa deliberação, pois que a rectidão consiste numa conformidade com o útil, tanto no que se refere ao objecto, como ao modo e ao tempo»⁷⁴.

Mas, pergunta-se, se as virtudes são modos de ser para que é necessária a prudência? Se a prudência tem por objecto o que é justo, nobre e bom, e esta é a actuação do homem bom, o conhecer estas coisas não nos fará mais capazes de praticá-las⁷⁵?

Para ARISTÓTELES é evidente que um homem não pode ser prudente se não é bom, e que não é possível ser bom, em sentido restrito, sem prudência, nem prudente sem virtude moral. «Esta circunstância – esclarece – refutaria o argumento dialéctico segundo o qual as virtudes são separáveis umas de outras, pois a mesma pessoa pode não estar dotada por natureza de todas as virtudes, e assim pode ter adquirido já algumas, mas outras não. Isto, em relação às virtudes naturais é possível, mas não em relação àquelas pelas quais um homem é chamado bom em sentido absoluto, pois quando existe a prudência todas as outras virtudes estão presentes»⁷⁶.

A prudência, ainda que não fosse prática, sempre seria necessária, mormente, «porque não pode haver recta intenção sem prudência, nem virtude, já que uma determina o fim e a outra leva a cabo as acções que conduzem ao fim»⁷⁷.

«A prudência – diz S. TOMÁS (S. Th., II-II, Q.57a5) – é a virtude mais necessária para a vida humana. Efectivamente, viver bem consiste em fazer o bem. Mas, *para que alguém trabalhe bem não só se requer a obra que se faz, mas também o modo de fazê-la*, isto é, que trabalhe conforme a recta escolha, e não por impulso ou paixão. Mas como a escolha versa sobre os meios para conseguir um fim, a rectidão da escolha requer duas coisas, a saber: o fim devido e o meio convenientemente ordenado mediante a virtude que perfecciona a parte apetitiva da alma, cujo objecto é o bem e o fim»⁷⁸.

⁷⁴ Idem, *ibidem*.

⁷⁵ É.N. VI 12, 1143b20-25.

⁷⁶ É.N. VI 13, 1144b30-35.

⁷⁷ É.N. VI 13, 11455.

⁷⁸ fr. SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma de Teologia II*, B.A.C., Madrid, 1989, p. 440.

Tanto a distinção como a conexão das virtudes morais (as virtudes por excelência) como a realização prudente (ou seja, a que é acompanhada da recta razão) já nossas conhecidas da doutrina aristotélica são por ele revolidas e melhor explicadas (S. Th. II-II, Q.57 a 4), acrescentando outras referências literárias à *Retórica* de TULIO CÍCERO e a SÃO GREGÓRIO MAGNO (livro XXII, *Moral*), mas mantendo a adesão à ideia de que «não pode dar-se virtude moral alguma sem a prudência», pela inseparabilidade que tem de existir entre a boa natureza e intenção e a escolha correcta dos *meios conducentes ao fim*⁷⁹.

Este é um vínculo de reciprocidade e interdependência, que torna inconcebível a existência da prudência sem as outras virtudes cardiais (justiça, temperança e fortaleza) e destas sem aquela, já que, para «a recta razão do factível», requer-se que o homem possua a virtude moral, ideia também sublinhada por S. GREGÓRIO («as virtudes, se estão dissociadas, não podem ser perfeitas, segundo a razão da virtude, porque nem a prudência é verdadeira se não é justa, temperada e forte») e SANTO AGOSTINHO⁸⁰.

Atribuir à prudência como virtude intelectual que determine o termo médio das virtudes morais, implica relacioná-las, distingui-las como fazemos quando nos queremos referir *àquilo que mede e àquilo que é medido*, admitindo, no entanto, S. TOMÁS⁸¹ que a prudência também tem a sua medida, o meio dela, que podendo ser também ultrapassado ou não alcançado não comporta, por sua própria natureza, a continuação até ao infinito desse processo que termina pela *confusão entre a medida e a própria coisa medida*. Mas como?

S. TOMÁS explica-nos: «O bem da virtude intelectual consiste num certo meio, por conformidade com a própria coisa, enquanto diz ser o que é, ou não ser o que não é, no que consiste a razão de verdade. *O excesso consiste na afirmação falsa, na qual se diz ser o que não é; e o defeito está na falsa negação, na qual se diz não ser o que é [...]*». «Portanto – conclui – ser e não ser é algo contraditório, mas o juízo com que opinamos que *o bem é bem* é contrário ao juízo com que

⁷⁹ S. Th., II-II, Q.58a4.

⁸⁰ S. Th., II-II, Q.65 a 1. Cfr. ob. cit., nota 635, p. 486.

⁸¹ S. Th., II-II, Q.64a3.

opinamos que *o bem não é bem*. E entre estes contrários está o meio da virtude intelectual»⁸².

Séculos depois dele, para KANT – diz ARANGUREN – a prudência nada terá que ver com a moral, que dependerá pura e exclusivamente da boa vontade⁸³. Esta profunda reforma da ética constitui-se como um discurso antiprudencial, negativista, no qual a prudência é identificada como «habilidade pragmática», como instrumento de domínio para a satisfação de interesses egoístas.

À enorme força intelectual deste discurso filosófico, que surge a partir dos séculos XVII e XVIII, melhor estruturado por KANT, junta-se o seu enraizamento social e cultural no mundo ocidental e constitui os fundamentos da ética moderna europeia, que é feita negando a funcionalidade e validade moral da prudência; que é feita, mais precisamente, *contra* a prudência ou, melhor dito, contra um conceito deformado da prudência⁸⁴.

É que, pese embora os esforços dos tomistas, «a prudência não recobrou o seu velho prestígio, para o qual o seu nome constitui uma dificuldade».

Prudência, pensa-se, é uma virtude utilitária e pequena, burguesa, que busca «segurança», face ao risco e à insegurança constitutiva do existir autêntico. Esta crítica é imerecida porque a decisão prudencial traz sempre consigo o seu risco próprio, risco vital, desde logo, e além disso risco intelectual – com todas as suas consequências – de acertar ou equivocar-se, de ter sucesso ou insucesso na tarefa ética. Finalmente, a prudência é atacada hoje noutras duas frentes: a da ética da situação⁸⁵, segundo a qual a moral prudencial aparece, ao contrário

⁸² S. Th., II-II, Q.64a3.

⁸³ ARANGUREN, J. L. L., ob. cit., p. 300. Podemos até dizer com este autor, que as três concepções fundamentais da ética situar-se-iam a favor ou contra a prudência, nas teses maximalistas, enquanto uma terceira conjuga as duas posições. Assim, teríamos a ética da prudência (SÓCRATES), a ética da boa vontade (KANT) e a ética da prudência e da boa vontade (ARISTÓTELES).

⁸⁴ Idem, p. 308.

⁸⁵ Nesta corrente se podem enquadrar certos hiper-racionalistas que negam que o estudo das sociedades humanas, «a animação de um modelo social tenha que ser prevista pela *anima* ou psiche humana...». Segundo eles, não há que ter em conta as reais experiências psicológicas, antes terá o estudo de as substituir por «elementos situa-

do que acontece sob o ponto de vista do casuísmo, como demasiado intelectualista, e desde os sistemas que (como o de REINER), herdeiros de KANT, continuam a separar o «bom» e o «moralmente recto», a boa vontade e o conhecimento moral⁸⁶.

Do que acima fica dito extrai-se a ideia de que a prudência, tal como as virtudes dianoéticas, não é simplesmente boa por si mesma, mas *secundum quid*, está estreitamente vinculada ao bom ou mau uso que dela se faça.

Por outro lado, se, de boa-fé, dela se pode retirar um sentido objectivamente suficiente, positivo e próprio, pode servir também de complemento às outras virtudes (o mesmo acontecendo em relação à convicção do julgador), sem usurpar as insubstituíveis funções dessas outras virtudes, às quais presta o seu concurso.

ARISTÓTELES⁸⁷, desenvolve na segunda metade da Ética Nicomaqueia a ideia de *mesótes*, de termo médio, dum equilíbrio entre um demais e um de menos, que assenta na ideia filosófica da superioridade do bem (*péras* ou *hóros*) sobre o mal (*ápeiron*), que tem uma inspiração matemática e evolui em seguida no sentido de distinguir o «raciocínio» (*mésón*) moral, do «raciocínio» (*mésón*) matemático.

ARISTÓTELES também remete para o interior do homem virtuoso⁸⁸ ultrapassando, no entanto, a noção de *orthotés* (rectidão) do seu mestre

cionais abstractos e típicos» como os que denominamos «objectivos» e «conhecimento». Determinados estes, pressupõe-se que «as diversas pessoas e os diversos agentes implicados actuam *adequadamente*, ou *apropriadamente*, isto é de acordo com a situação». – Cfr. POPPER, K., ob. cit., p. 167.

⁸⁶ ARANGUREN, J. L. L., ob. cit., p. 308.

⁸⁷ Como de resto acontece com as outras partes do nosso estudo, que se quis o mais sintético possível, as sínteses e registos feitos das obras de SÓCRATES, PLATÃO, ARISTÓTELES e S. TOMÁS, são apenas tópicos conclusivos resumidos, resultado dum enorme esforço para sucessiva e continuamente «emagrecer» o material recolhido sobre aquilo que consideramos ser a tradução dos aspectos mais importantes de algumas ideias principais sobre o nosso tema, para podermos realçar e clarificar a ideia-ese proposta e não sobrecarregarmos demasiadamente a exposição. Tal opção implica, necessariamente, que não se dispense, pelo menos, o conhecimento mais detalhado das referências bibliográficas fundamentais.

⁸⁸ SANTO AGOSTINHO dirá: *Noli foras ire; in te ipsum redi; in interiore homine habitat veritas* (Não vás olhando para fora de ti; entra em ti mesmo; no interior do homem reside a verdade).

PLATÃO, em que a ideia de bem permanece abstracta, na ordem do ser; trata-se de um compromisso que é apenas passivo e contemplativo⁸⁹. Ora, o Estagirita vai mais longe ao acrescentar a sua natureza de «hábito operativo», «*ad agere*» e não somente «*ad esse*», em que a força moral deriva da rectidão do ser e do agir e, assim, esta postura leva-o directamente ao *mésos* matemático, que modera com o apelo ao conceito da «*directa ratio agibilium*»⁹⁰.

PLATÃO não distinguiu na alma humana, a *sophía* (entendimento de actividades cujos princípios são invariáveis) da *phrónesis*, como faz Aristóteles, que, do género em que inclui estas duas separa uma terceira – a *tékné*, que se distinguiria da *sapientia in rebus humanus* o *ad bene vivere*, (*phrónesis*) por diferentemente apenas consistir num «saber fazer coisas»⁹¹.

Este exercício da razão, tanto da razão prática como da razão teórica, constitui um obstáculo à descontrolada erupção da sensação e do sentimento e, por mediação dela, cria-se distância e altitude no plano teórico e, no moral, uma barreira, de modo a manter a *sophrosyne* ou temperança e o domínio sobre a irascibilidade e a concupiscência da alma.

A doutrina de S. TOMÁS continua esta ideia confirmando que *utrum virtutes morales sint in medio*.

Os escritores ascéticos conexionam esta ideia básica com a de *rectitudo*, embora seja por demais evidente que não conseguem evidenciar da conjugação toda a riqueza dos seus matizes. A conjugação entre *medietas* e *rectitudo* apoiada em textos da Sagrada Escritura é ainda demasiado linear – não será tanto um pisar cautelosamente mas convictamente a direito com e por causa do que é justo, do que é recto – antes é um não tergiversar para a esquerda ou para a direita⁹², um quase grosseiro «cortar a direito».

⁸⁹ «Platão tinha confundido a prudência com a sabedoria. Os epicúreos, ao compreender aquela como um logismós ou cálculo razoável que mede o que se há-de fazer, e os estóicos, ao reduzi-la a regras, confundem-na com a tekhné ou ars, e ao tratar o agere como facere, passam do regime prudencial ao racionalista do ars vivendi» – ARANGUREN, J. L. L., ob. cit., p. 302.

⁹⁰ Neste sentido, ARANGUREN, J. L. L., ob. cit., pp. 297-298.

⁹¹ Idem, p. 302.

⁹² Cfr. ARANGUREN, J.L.L., ob. cit., p. 295.

Aos discursos contagiante das soberbas obras de BALTASAR GRACIANO, MAQUIAVEL, KANT, NIEZTSCHÉ e HARTMANN atribui ARANGUREN relevância para o mau uso da prudência, ou do desenvolver muito unilateral de alguns dos seus aspectos e para a sedimentação das ideias laicais do presente, em que o homem se fecha sobre si mesmo e os problemas humanos são e permanecem como tais, desligados dum sentido transcendental, em que à perpetuidade da ideia de Providência⁹³ se sobrepõe a emergência do homem «prudente» que resulta das palavras que transcreve de KIERKEGAARD: «Bela é a provisão de uma providência que a todos atende e cuida de todos; mas mais bela é a provisão de um homem que é como que a sua própria providência».

Para ele a «arte de prudência»⁹⁴ de GRACIANO é um manual do «discreto», uma medíocre prudência mundana, escrita numa época de decadência e elaborada por um homem desenganado. «O homem graciano – diz ARANGUREN⁹⁵ – vive em solidão a sua experiência vital crua, amarga, desiludida». Vive num mundo hostil, rodeado de inimigos. Mas a sua reacção não é a do «herói»⁹⁶, por mais que titule assim um dos seus tratados; vai defender-se e lutar, não a peito descoberto,

⁹³ Quanto a nós, a bondade e a extraordinária beleza da ideia de Providência, acentua-se se a ligarmos à perpetuidade duma ideia de viva solidariedade humana, intergeracional, mundial e intemporal.

⁹⁴ A Arte da Prudência de GRACIANO, B., (1601-1658), com o subtítulo Oráculo Manual, foi por este publicado pela primeira vez em 1647 em tamanho reduzido e foi desde então traduzido inúmeras vezes, como se diz numa das suas múltiplas edições, a de DIEZ FERNÁNDEZ, J. I., (Temas de Hoje, Madrid, 1992) edição esta que teve em Espanha um extraordinário êxito, que pode ser aferido pela cadência das edições: 1.^a (DEZ-1993); 2.^a (JAN-1994); 3.^a (MAR-1994); 4.^a (ABR-1994); 5.^a (MAI-1994); 6.^a (JUL-1994); 7.^a (SET-1994); 8.^a (NOV-1994); 9.^a (JAN-1995); 10.^a (ABR-1995); 11.^a (OUT-1995); 12.^a (ABR-1996); 13.^a (FEV-1997). Este êxito não será alheio ao facto das ideias de GRACIANO se identificarem com o que nestes conturbados finais do séc. XX geralmente se considera ser moderno, e que aquele editor sintetiza assim: «O axioma de que o mundo é hostil, o pragmatismo, a adaptabilidade, a exploração das leis da sedução, a valorização do relativismo e da insinuação, o prestigioso uso do engenho, a democratização da moral, a exaltação do indivíduo, a autonomia do comportamento face às crenças religiosas e um grande interesse pela realidade».

⁹⁵ ARANGUREN, J. L. L., ob. cit., p.306.

⁹⁶ Para melhor compreensão desta temática apenas aludida por ARANGUREN, J.L.L., ver por todos de GRACIANO, B., El héroe. El discreto. Oráculo manual y arte de prudencia. Introdução e notas de Raquel Asun, Barcelona, 1984 e El heróe. El político. El discreto. Oráculo manual y arte de prudencia, Barcelona, 1986.

mas armado com a «prudência». Prudência entendida como habilidade, astúcia, cautela, simulação e dolo. E isto num duplo sentido: «representando», fingindo – umas vezes mais, outras vezes menos, segundo convenha, do que na realidade se é e «decifrando» a «representação» do rival. Neste modo, já é sabido, cada qual joga o seu jogo: o que importa é que o nosso prevaleça sobre os demais. Mas, na verdade, é isto, para GRACIANO, que importa? Não, porque o nosso triunfo faz também parte do jogo e quando a representação se acaba nada ficará senão desengano e solidão. GRACIANO está só e por isso o amamos. Mas a sua «arte de prudência» – «arte» isto é, conjunto de regras para manipular a realidade e não sentido prudencial, consciência e não prudência, porque o casuísmo não passou por ele em vão – foi, creio eu, a mais eficaz contra-figura da prudência para o aparecimento, por reação do anti-prudencialismo moderno...».

III

DA CONVICÇÃO DO JULGADOR

1. Enquadramento geral

Qualquer análise da jurisprudência deve pressupor o que ela tem de inarredavelmente arbitrário e unilateral, de rudeza «volente», assente na consciência, no sujeito que julga, embora a atitude do julgador, de qualquer bom julgador, deva ser primária e essencialmente caracterizada por ser «cognoscente» e «pensante». Mas não basta «proclamar o desejo do *logos*». É que «esse *logos* desejado está, precisamente, determinado pela força desse desejo, pelos impulsos que nos levam a ele, e, talvez, pela rejeição que pudesse surgir, quando as exigências desse *logos* contradissem o desejo que até ele nos arrasta. Esse mundo de intimidade que cria a responsabilidade e liberdade do homem é infinitamente mais complexo que o da natureza, porque nele não só se faz presente a própria natureza, que o constitui em todos os seus níveis, mas também o espaço da cultura que enriquece e co-implica o seu

nunca inocente "estar no mundo"». Assim interpreta IÑIGO⁹⁷ o sentido que na ética Aristotélica tem o pressuposto da impossibilidade de pureza e absoluta independência da autonomia decisória. Porém, ARISTÓTELES funda a estrutura do «"acto moral", no "fundo da intimidade", na radical autonomia e solidão do indivíduo, e é a partir daí que analisa essa independência própria do julgador e o mecanismo que alimenta esse conglomerado de elementos que constituem, para a filosofia posterior, o "termo consciência"»⁹⁸. Para pesarmos e filtrarmos essa enorme montanha de natureza rude e o que ela tem de caótico e avesso ao mais subtil dos exercícios de abstracção, que não está ao nosso alcance, continuamos a pensar que a separação entre aquilo que deve integrar-se na ideia de *mésos* e aquilo que há-de rejeitar-se como à-meson, como «impulso imediato», desordenado, apaixonado e desagregador, pode ser obtida pelo recurso à medida (*métron*) da ética da moderação.

A atitude convicta, conquanto varie de pessoa para pessoa de acordo com a sua forma motivadora, não está inicialmente condicionada pela satisfação de necessidades, tem um carácter directo, absoluto, e pode tender para a irracionalidade, para uma atitude moral dogmática⁹⁹.

A ética da moderação desconfia duma reverência sem limites à voz interior, não se coloca acima das realidades espacio-temporais, nem está para além de qualquer justificação e argumentação, antes procura racionalizar a «atitude emocional mediante uma análise do problema da acção». Não se confunde, porém, com uma atitude moral céptica, sujeita a interesses e necessidades e essencialmente egoísta, sempre pronta a admitir o seu carácter relativista, histórico e psicológico.

A compreensão crítica do acto deliberado (consciente) não deve isolar-se da ideia que o decisor faz acerca da natureza da realidade que

⁹⁷ IÑIGO, E. L., Introduccion..., cit., pp. 108-111.

⁹⁸ *Idem e ibidem*.

⁹⁹ Assim tem sido classificada uma atitude moral (como a de KANT) que interpreta o que é dado à consciência moral, *como revelação, de validade absoluta*, de «crenças religiosas ou filosófico-metafísicas sobre a natureza e origem da consciência» – ROSS, A., Sobre o Direito ..., ob. cit., p.355.

ele considera verdadeira ou pelo menos provável (crença)¹⁰⁰ e da força (maior ou menor) centrífuga ou centrípeta que o afasta ou aproxima dessa realidade (atitude) que ele prefigura como negativa ou positiva e que são duas formas básicas e indistintas da consciência.

A fixação da exacta medida do peso da vontade do julgador não pode prescindir dos indícios formados pelos antecedentes judiciais ou extrajudiciais (livros, artigos, opiniões, etc.) do julgador (*habitus*) que não serão, em princípio, fruto de fatais predisposições inatas, mas, essencialmente, condicionamentos eficazes da sua acção, derivadas de «*respostas aprendidas*», duma resposta típica do julgador perante circunstâncias idênticas.

Destes indícios do *habitus* (dos dados da experiência do julgador) podemos chegar a um conhecimento perfeito do seu carácter, obtendo informações mais ou menos seguras sobre os traços fundamentais da sua textura psicológica.

A latitude dos poderes dos juízes e a importância social das suas decisões e atitudes devem obrigar a que a sociedade política crie mecanismos de defesa que a livre de candidatos a juízes e de juízes sem perfil caracteriológico adequado à função, que exige uma formação científica de nível muito elevado e ainda maior exigência moral.

Através dessas formas repetidas de comportamento adquirido na função de julgar, que o recurso à informática cada vez mais viabiliza, (quer anteriores, quer posteriores, quer coetâneos do acto que se analisa) pode determinar-se o padrão de conduta típico do julgador e, face a ele, procurar compreender os desvios significativos, anormais, buscando-se as causas externas ou internas que os terão determinado.

O estudo da convicção do julgador, conquanto parta da subjectividade não prescinde da sua referência à eticidade, à mera persuasão

¹⁰⁰ O perigo do «*wishful thinking*», o «pensamento do desejo», foi assim caracterizado por ROSS, A., ob. cit., p. 295: «Estamos sempre dispostos a ver o que desejamos ver, e a fechar os olhos ao que não queremos ver. Nelson não foi o único que descobriu a manha de colocar o telescópio no seu olho cego. Só temos que olhar para os nossos corações para saber quão necessário é, por honestas que sejam as nossas intenções, estar continuamente alerta contra a cegueira, o pré-juízo o auto-engano ou a falsificação».

subjectiva que brota do *internus animus*, mas acrescenta a necessidade desta incorporar uma certeza moral (uma razoável certeza moral) de que se está a actuar com rectidão, duma forma que pode ser justificada através de regras, de princípios e de critérios.

A situação caótica que se depara ao estudioso de Direito em geral e da metodologia jurídica em particular, é verdadeiramente indescritível, alimentando-se esta básica e constantemente, nos últimos 50 anos, duma legítima crítica à teoria da subsunção, e, depois de ter expurgado do discurso jurídico, sem qualquer benefício ou verosimilhança, as «impurezas» éticas, de forma absolutamente contraditória, cai no excesso de atribuir quase tudo ao sentimento jurídico do julgador, não se coibindo mesmo, alguns, de afirmar, que o que dita em última instância a decisão é o sentimento, e que esta depende não só de factores emocionais, mas incluso fisiológicos (a famosa *digestion theory* do realismo americano), «ou que se há-de buscar a fonte última da sua legitimidade na sua consonância com postulados morais transcendentais do sistema das normas positivas»¹⁰¹.

Falando destes excessos, lembre-se o manifesto exagero que resulta da multipolaridade demencial que vai da *Escola exegética francesa*, que deseja amarrar o decisor às interpretações *ad pedem litterae*, à «*digestion theory*» do realismo americano, que querendo libertar-se da iniludível estreiteza desse esquema lógico-subsuntivo cai nos perigosíssimos e bem maiores males da arbitrariedade pura e simples.

Por nós, já também o dissemos, na decisão jurídica não se deve prescindir da técnica do silogismo judiciário, mas, não bastando ele, teremos de apelar à consonância das decisões com o espírito do sistema legal e aos postulados morais, não para os considerar como fonte última ou causa primeira da legitimidade jurídica duma sentença, mas como elemento complementar que se articula, se interliga e interage com os primeiros.

A nosso ver, a resolução desse problema – o inarredável «hiato que existe entre lei e decisão judicial» – que surge das insuficiências do racionalismo e mesmo que se venha esclarecer, como de facto se

¹⁰¹ GARCIA AMADO, J. A., Del método jurídico a las teorías de la argumentación, Anuário de Filosofia del Derecho, Santiago de Compostela, 1986, p. 152.

esclareceu, que tudo assenta numa «*obediência pensante*» do julgador, participativa e inteligente na conclusão duma obra que dele não pode prescindir e que deve ser justificada através duma retórica argumentativa adequada, o certo é que esse racionalismo e hiperracionalismo sempre deixam um irreduzível resto que terá de ser resolvido pelo apelo à solução intemporal do *mésos* moral.

A ser assim, como pensamos que é, não têm estas ideias sido minimamente postas em causa pelo constante e muito meritório aumento da lista das *legis artis* que enriquecem os diversos saberes jurídicos.

A racionalidade jurídica assim construída é uma racionalidade parcializante; trata-se, em regra, de um difícil exercício classificatório, que quando logra o objectivo pretendido, não determina com segurança quais os valores que deveremos seguir, nem é capaz de nos dizer face a um conflito de valores, quais os que devemos privilegiar, e mesmo quando parte do acordo sobre valores universalmente admitidos não nos indica qual o caminho concreto a percorrer¹⁰², ao contrário da moral que é totalizante. Assim, num determinado contexto de sentimentos de moralidade, obtém-se dela uma significação supletiva, objectiva, real e evidente.

No domínio estrito do poder «autêntico» do julgador, muito mais importante do que a eficácia argumentativa (o arsenal de razões e a forma como é apresentado o discurso¹⁰³, ou a sua aceitação mais ou menos generalizada)¹⁰⁴ é o seu *êthos* e a forma como dessa argumentação flui e se manifesta a sua *bona fides*, que legitimam esse poder.

No espaço jurídico da União Europeia, os problemas judiciais devem ser resolvidos em consonância com o ordenamento jurídico

¹⁰² Cfr. PERELMAN, Ch., *La Logica Jurídica y la Nueva Retorica*, trad. esp. reimp., Madrid, 1988, pp. 126-133.

¹⁰³ Na verdade, entendemos que o melhor método a seguir pelo orador há-de ser o que busque a conformidade com a autenticidade, a natureza das coisas e o mesmo deve ser encarado «*como uma honra que encontra nela mesma a sua estrutura*». Em sentido oposto, V. PERELMAN, Ch., OLBRECHTS-TYTECA, L., *Traité de l'Argumentation*, *La nouvelle rhétorique*, Bruxelas, 3ª ed., 1976, p. 672.

¹⁰⁴ Para um conhecimento mais próximo quer da génese, quer do sentido e desenvolvimento das chamadas teorias da argumentação (PERELMAN e VIEHWEG), ver GARCIA AMADO, J. A., ob. cit., pp. 154 e ss. e a bibliografia aí citada.

positivo vigente, excluindo-os da aplicação de qualquer outra ordem normativa, designadamente moral, que com ele conflitue, mas, depois de esgotadas as suas potencialidades, e se a questão jurídica subsiste sem solução, a mesma deve ser resolvida com base nessa «crença íntima na existência de valores absolutos e independentes das autoridades temporais e sociais».

No fundo, trata-se aqui de procurar incessantemente a revelação do que «permanece refractário ao conceito», é tentar «ver o mundo na sua totalidade», através duma consciência recta e desperta que supere a sua própria historicidade¹⁰⁵.

2. *A convicção será uma espécie de crença justificada?*

Como se sabe, a nova retórica proposta por PERELMANN¹⁰⁶ assenta em três conceitos básicos: o de *auditório*, o de *persuasão* e o de *convicção*. Para ele é evidente que o orador elabora o discurso em função do respectivo auditório com a finalidade de obter a sua adesão, pois «o conhecimento daqueles a quem se pretende captar a vontade é uma condição prévia de toda a argumentação eficaz»¹⁰⁷.

Trata-se, em substância, de recuperar o modelo retórico aristotélico, em cuja função não nos revemos, que tem motivado leituras «estranhamente» diversas e ao qual podem ser feitas contundentes críticas como as de ALF ROSS, que vê nessa retórica «uma curiosa síntese de crítica literária e de lógica, ética, de política e de jurisprudência de segunda ordem, mesclados habilmente por um homem que conhece as debilidades do coração humano e que sabe jogar com elas»¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Cfr. ELIADE, M., *Imagens e símbolos*, Madrid, 1979, trad. esp. da francesa de 1955, pp. 20, 36 e 190.

¹⁰⁶ PERELMAN e VIEHWEG são os mais ilustres membros dum movimento favorável a uma enérgica recuperação da retórica em geral e da análise do modelo aristotélico em particular – QUINTÍN RACIONERO, *Introdução...*, ob. cit., pp. 8-9.

¹⁰⁷ GARCIA AMADO, J. A., ob. cit., pp. 156-157.

¹⁰⁸ QUINTÍN RACIONERO, ob. e loc. cit. na nota 106.

PERELMANN distingue entre persuadir e convencer¹⁰⁹, para responder ao problema de saber descobrir com esse método de argumentação (lógico-retórico), a racionalidade e objectividade que nos permita descobrir quais os argumentos e valorações que são idóneos para legitimar uma decisão e a forma de fazer a sua defesa através de um compromisso entre a imposição autoritária e a pretensão de que seja intersubjectivamente aceitável.

A primeira, a que «só pretende valer para um auditório particular» é a persuasiva, enquanto a argumentação convincente será orientada para «obter a adesão do ser de razão» e só esta teria um cunho racional, isto é, aquela em que «as premissas e os argumentos são universalizáveis», isto é, aceitáveis, em princípio, para todos os membros do auditório universal¹¹⁰.

«Trata-se evidentemente neste caso – diz PERELMANN¹¹¹ – não de um facto experimentalmente provado, mas de uma universalidade e de uma unanimidade que se representa o orador, do acordo de um auditório que deveria ser universal».

A convicção será uma crença racional, de carácter subjectivo, em que o sujeito pensante adquire, por investigação, *uma certeza moral*, pela qual aquilo que ele se representa assume um *carácter*

¹⁰⁹ A distinção feita por PERELMAN entre persuasão e convicção inspira-se na já antes conhecida distinção kantiana, que este considerava como subdivisões da crença, aliás o enunciado da distinção kantiana é citada por aquele autor e LOUISE OLBRECHT-TYTECA no *Traité...*, ob.cit., p. 38. Trata-se, porém, de mera inspiração. Para KANT, a crença que tem um «fundamento subjectivo» (fenómeno do próprio espírito de cada um) é a persuasão e a que tem um «fundamento objectivo» (a que confrontada com o entendimento dos outros, obtém destes adesão) é a convicção. PERELMAN opõe a esta reflexão a mesma crítica que faz ao discurso de Sócrates a Cálides («Eis, pois, uma questão solucionada: sempre que estivermos de acordo num ou noutro ponto, este será considerado como suficientemente aprovado por ambas as partes sem que haja necessidade de examinar de novo. Tu não poderias, com efeito, concordar comigo, nem por falta de ciência, nem por excesso de timidez; nem também querer enganar-me, pois, como dizes, tu és meu amigo»). *O teste de objectividade e de universalidade não é a opinião communis de um meio e de uma época, deve ser constantemente renovado (o acordo de outrem não é suficiente para lhe garantir objectividade ou, pelo menos, a universalidade)*, «o resultado, ainda que favorável, apenas estabelece uma presunção e não uma necessidade ou uma evidência» – diz PERELMAN, Ch., *O Império Retórico, Retórica e Argumentação*, Porto, 1993, 1ª ed., pp. 50-51 e 54-55.

¹¹⁰ GARCIA AMADO, J.A., ob. cit., p. 157.

¹¹¹ PERELMAN, Ch., cit. por GARCIA AMADO, J.A., ob. cit., p. 158.

necessário e universal, uma imposição válida para ele e para todos os outros que se encontrem nas mesmas circunstâncias. «A certeza – diz DUMAS¹¹² – é a plena crença que exclui inteiramente a dúvida; ela é afirmação necessária e universal; isto é, o homem certo não se representa a possibilidade de preferir a afirmação contrária e o que ele se representa é afirmação que se deve impor a todos nas mesmas circunstâncias». A esta certeza cartesiana acrescenta este autor a seguinte explicação: «*L'état de certitude a été souvent décrit à l'aide de métaphores comme la lumière et la clarté; mais l'illumination de la certitude rationnelle apporte son explication. Il est repos et détent, même si la certitude est pénible, car elle met fin à la tension et à l'inquiétude de la recherche et de l'indécision. Il s'accompagne d'un sentiment de puissance et en même temps d'anéantissement; on sent que la prévention, la passion, le caprice individuel ont disparu... Dans la croyance rationnelle, la vérité devient nôtre et nous devenons la vérité*».

O processo de chegar à decisão judicial defendida neste trabalho, e a própria delimitação do campo processualmente actuante da convicção do julgador, não vai tão longe na afirmação desses juízos de certeza lógica, absoluta, material, porquanto na maioria dos casos só poderá existir, na melhor das hipóteses, uma certeza «histórico-empírica», um juízo de «probabilidade elevada a grau tão elevado»¹¹³ que está a coberto de qualquer «dúvida razoável», mas que assenta em averiguações ou investigações concretas não isentas de falhas. Dando-se aqui especial relevância à forma do seu achamento, ao mesmo tempo que se desvaloriza o contexto da sua justificação, que não assente em provas que se podem considerar como alheias à arte retórica¹¹⁴, ou seja, desenquadra-se das análises que elegem como centro das suas preocupações as provas que podem ser obtidas do próprio discurso, ou mediante o discurso.

¹¹² DUMAS, G., *Traité...*, ob. cit., pp.197-198.

¹¹³ Cfr. REIS, A. dos., *Código de Processo Civil Anotado*, 3.^a ed., reimpressão, Coimbra, 1981, vol. III, p. 246.

¹¹⁴ ARISTÓTELES, em *Retórica*., Livro I, 2.2, 3.5, p. 174, inclui apenas nas classes de provas retóricas *alheias à arte*, as que não são obtidas por nós, por existirem previamente, como «os testemunhos», as «confissões sob suplicio», e «próprias da arte as que podem preparar-se com método e por nós mesmos» – acrescentando – «as primeiras há que utilizá-las e as segundas inventá-las» (as próprias da arte).

Para nós, a arte da decisão judicial não radica na «disposição dos ouvintes» ou na «juridicidade» do próprio discurso (na retórica argumentativa), mas nas palavras de um homem suficientemente sábio e honrado, digno de crédito, que está persuadido (e disso faz suficiente demonstração) da exactidão do veredicto que profere, não constituindo o discurso, em si mesmo considerado, mais do que um instrumento para exprimir os factores de ponderação e de formação dessa convicção íntima do julgador.

A margem, maior ou menor, que lhe é conferida por todos os sistemas jurídicos, seja qual for o acervo da tradição cultural em que se inserem, em que o julgador terá de emitir juízos de oportunidade e conveniência, que não devem ter qualquer carácter eístico (de domínio), porquanto a perfeição e eficácia argumentativa que em todo o caso se deve procurar não é militante, não busca uma *adesão intensiva e progressiva*, antes deve ser uma serena explicação duma solução que corresponde a uma correcta escolha quanto aos fins e aos meios, que são moralmente devidos.

Não está no nosso pensamento, porém, uma atitude céptica ou neutra, uma «aceitação» resignada dos males do mundo, porque a não militância a favor do bem e da justiça é já uma forma de escolher a injustiça, e ainda porque é belo saber dizer «não» por profunda convicção ao «sistema» ao «regime» e à pressão da realidade económica, social e política, quando são injustos, ou, por repúdio, resistir-se à violência no isolamento e na solidão, se a luta no momento é impossível¹¹⁵. Em que o silêncio, por opção, deve ser «ruidoso» e a solidão seja de protesto, de não cumplicidade.

Embora se saiba que ser sábio, sensato, honrado e benevolente¹¹⁶, ou seja, ter credibilidade, é uma condição necessária para o exercício do cargo de juiz, não é suficiente estar armado de saber, racionalidade, honestidade e razoabilidade, porquanto, é necessário ainda que cada decisão judicial complexa incorpore um exercício de demonstração da sua validade jurídica, feita por uma forma adequada de argumentação¹¹⁷.

¹¹⁵ ARANGUREN, J. L. L., ob. cit., p. 338.

¹¹⁶ ARISTÓTELES, Retórica, Livro II, 1.2, 5-15, pp. 309-310.

¹¹⁷ O estudo dos critérios que asseguram essa forma adequada constitui o principal objecto das chamadas teorias da argumentação, que, ao contrário do que por vezes

Mas, o primeiro e fundamental postulado da decisão judicial, segundo a nossa perspectiva, deve ser o *ethos* do juiz, a sua «moralidade real», que, não prescindindo do reconhecimento público dessas qualidades, não está vinculado aos efeitos da mera reputação, do juízo prévio que o público faz dele.

Assim, todo o labor judicial criativo gira à roda desse princípio fundamental de acção – a convicção ética do juiz – que está vinculada e se enquadra na ordem dada às coisas por um «sistema constitucional-democrático de poderes»¹¹⁸, que consubstancia um sistema de controlo e de responsabilidade subjectiva e intersubjectiva.

Assim, a margem da «voluntariedade e intencionalidade» da acção equilibrada do juiz concebe-se em subordinação com esse sistema, com o objectivo de realizar o que é justo e, nessa medida, exigindo-se-lhe uma conduta moral, mas, em geral, as opções e abstenções concretas por ele assumidas não devem partir directamente dele.

Na nossa perspectiva, a «causa material» da sentença, aquilo que faz com que ela seja o que é, deve encontrar-se nas soluções e razões arquitectadas pelo sistema jurídico-constitucional-democrático, sendo a acção do julgador mera «causa eficiente»¹¹⁹, que transforma uma ideia em acto concreto, numa forma determinada de existência (ou seja, numa *forma substancial*).

Mas, como isso geralmente não basta, teremos de apelar para o princípio da íntima convicção. As razões que levaram sucessivas gerações de juristas a ignorar, combater e repudiar este critério estruturante da acção de julgar constitui um verdadeiro e fascinante mistério, ao redor do qual gravitamos, suportando as mesmas penas que sofre o insecto contra a luz.

Para nós é evidente que se trata duma magna questão do Direito Judiciário, duma questão de Direito tão relevante que a ser admitida nos Direitos processuais, em toda a sua extensão e pureza, revolu-

apressadamente se pretende fazer crer, não põem de parte o entimema clássico, apenas consideram, muito, justamente, que este não proporciona, por si só, um completo e adequado esquema de argumentação. ARISTÓTELES, *Retórica*, Livro II, 22.1, 20, p 416; GARCIA AMADO, J. A., ob. cit., pp.151 e ss.

¹¹⁸ Cfr. Voto de vencido da Juíza ESTEVES, M. da A., Ac. nº1/97 – Proc. N.º 845/96 do Tribunal Constitucional, R. L. J., Ano 130º, n.ºs 3875 e 3876, p. 65.

¹¹⁹ Cfr. ENTRALGO, P. L., *Alma, cuerpo, persona*, Barcelona, 1ª ed., 1995, pp. 35-36.

cionaria, por completo, não só essas leis como as próprias mentalidades e que ao sistema traria transparência, verdade e paz.

Aliás, este esquecido assunto jurídico já esteve próximo de plenamente entrar no limitado número deles e teve mesmo uma bela expressão¹²⁰ (em França, 1791) numa advertência que devia ler-se aos jurados ao entrar na sala de deliberações: «A lei não pede contas aos jurados dos meios através dos quais obtêm a sua convicção; não prescreve nenhuma regra da qual tenham que fazer depender especialmente a plenitude e a suficiência de uma prova; ordena-lhes que se interroguem a si mesmos no silêncio e no recolhimento e que busquem, na sinceridade da sua consciência, que impressão recolheram sobre a razão das provas carreadas contra o acusado, e os meios de defesa. A lei não lhes diz: o senhor terá por verdadeiro todo o facto testemunhado por tal pessoa ou certo número de testemunhos. Muito menos, lhes diz: *o senhor não considerará como suficientemente estabelecida a prova que não esteja formada por tais actos, documentos, testemunhos ou indícios*. Faz-lhes unicamente esta pergunta, que encerra toda a medida dos seus deveres: *Tem uma íntima convicção?* (cfr. art.º 342.º do Código de Instrução Criminal)».

¹²⁰ V. PERELMAN, Ch., *La Logica...*, ob. cit., pp. 42-43.

EM CONCLUSÃO *:

§ 1.º

O princípio do primado da lei e do Direito nos Estados democráticos (até pela falta de clareza ou inferioridade das alternativas) é a *fonte* de todo o edifício institucional e jurídico, do qual é parte integrante a função jurisdicional, e este princípio implica que a jurisprudência manifestada nas orientações tiradas das séries de decisões deva ser de novo caracterizada como fundamentalmente direccionada ao conhecimento, interpretação, integração e aplicação do Direito regularmente gerado, promulgado e publicitado, ou seja, à declaração do seu expresse ou implícito significado concreto.

Aferindo-se, assim, a validade ou invalidade duma decisão judicial regular (entendida como aplicação geral e abstracta duma norma, sem qualquer desvio preconceituoso, interesseiro, ou caprichoso) pela sua conformidade ou desconformidade com o sistema jurídico-constitucional democrático.

§ 2.º

A indispensável obediência à lei e ao Direito, no caso das normas descritivas claras (continua a ser válida a ideia de GÉNY segundo a qual se impõe «o respeito escrupuloso pelas decisões claras e terminantes dos textos legislativos»), é um acto formal e a forma dessa obediência traduz-se num mero acto subsuntivo, porque *in claris non fit interpretatio*. Fora destas situações, essa indispensável obediência é material e pensante, é produto duma interpretação consciente dum dado Direito («toda a interpretação é em si um acto criativo»), o que implica, por sua própria natureza, uma certa álea de criatividade conformadora. Este «activismo judicial» postula, do ponto de vista orgânico-funcional, um conhecimento sistemático do ordenamento jurídico, que obriga a estabelecer a ordem dos princípios e valores contidos nas Leis Fundamentais, a seleccionar as normas legais aplicáveis, a ponderar o

* Nota: O que se publica aqui são meros excertos duma obra muito mais extensa do autor, ainda inédita, referindo-se estas conclusões à totalidade desse trabalho.

seu valor relativo e a sua adequação a esses princípios e valores constitucional e supra-constitucionalmente protegidos, de que a actividade judicial se constitui como último garante. Além disso, é regulado por normas de segundo grau, por «regras de julgamento» (*rules of adjudication*), que regulam o poder de julgar e o processo de julgamento e são reforçadas por exigências ético-jurídicas mínimas de auto-contenção (*self restraint*), de isenção e de uniformidade de critério.

§ 3.º

A cesura operada com o «descrédito moral do positivismo legalista», com a consequente recusa das tradições legalistas e dogmáticas, abriu caminho à nova tendência judicial activista (de que as expressões como «Governo de Juízes» e «hipertrofia da justicialidade», comportam no seu exagero uma legítima censura que apela à consciência crítica geral), a uma jurisprudência correctora e afirmativa, menos previsível e menos obediente às soluções generalizadoras e que ainda é dominante no final do séc. XX. Apesar disso, a criação em regra casuística, a sua posição intermédia, interactiva, entre realidades frequentemente antagónicas (factos, normas, valores), consumindo-se em actos conciliatórios concretos de complexa génese, certificadora da tridimensionalidade do Direito, levam a que frequentemente não se lhe atribua a natureza de fonte do Direito, por ser difícil descortinar aí a criação normativa ou sequer um significado normativo, uma projecção da normatividade da vida normal.

§ 4.º

Uma concepção monista (objectivista ou subjectivista) da jurisprudência, que pretenda analisá-la à luz duma radical contraposição entre «*Rechtsprechung*» e «*Rechtswissenschaft*» ou, se se quiser, entre pensamento sistemático e pensamento problemático, parece deixar, num e noutro caso, um irreduzível e muito importante resto, porquanto a realidade que resulta duma sentença motivada é consequência da conjugação e da justaposição dum acto de conhecimento lógico-analítico «dum direito-dado-objecto», que se legitima pela harmonia com essa estrutura normativa permanente que, em regra, não contém

toda a solução do caso, mas apenas pautas, limites e directivas, e uma certa margem de liberdade criativa do julgador, que tem carácter complementar e visa a «realização do Direito».

§ 5.º

Do ponto de vista gnoseológico, a análise da sentença deve ser feita sob o ângulo da racionalidade, da sua *parte objecti*, como acto de justiça, como acto que instrumentaliza quer os factores hermenêuticos, quer os princípios formais: a justiça, o bem comum, o bem-estar social, os imperativos sociais, nacionais e internacionais, a consciência ético-moral, as novas tendências, o razoável, etc., quer os conhecimentos da doutrina, do costume, da jurisprudência, da tradição, das ciências (físicas e humanas: filosofia, psicologia, lógica, criminologia, economia política, o direito comparado, etc.), e muitos outros elementos (internos e externos à interpretação da lei), para descobrir a vontade soberana do pensamento legislativo e não para suprir essa vontade, desligando-se do que ele seja, ou, racionalmente deveria ser. Assim, como disse ANTUNES VARELA: «apurada a *regra geral abstracta* aplicável à situação controvertida – seja a *norma* formulada na lei, seja a *regra* criada pelo julgador, com os instrumentos que o próprio sistema lhe faculta – é sempre com o *trampolim* da razão que ele há-de saltar para, do *alto* do *Direito*... ditar a *decisão concreta* da acção». Mas isso não é instrumento que baste.

É que, tanto o verdadeiro conhecimento da interligação funcional complexa dessa «objectividade» com a vontade concreta do juiz que a realiza, bem como a fonte de legitimidade do Direito por ele gerado autonomamente, «que se constitui e realiza fora do codificado», são questões que não podem ser exclusivamente analisadas à luz dos «cânones da objectividade científica», porquanto não sendo incompatíveis com o princípio científico, são questões que neste exclusivo plano têm sido teoricamente indecidíveis.

§ 6.º

Na área do direito «*extra legem*» ou «*ultra legem*», mas *intra ius*, emergente do processo prático de actuação do decisor jurídico, na

específica tarefa de mediador entre as normas genéricas e o caso concreto a julgar, que resulta da constatação definitiva das incompletudes e múltiplas insuficiências de qualquer «Direito formalizado», é determinante a disposição do julgador para agir moralmente, para tomar «em linha de conta as consequências dos seus actos para o bem-estar dos outros», não sendo possível prescindir da sua intervenção criativa e integração axiológica, ou, mais rigorosamente, não é possível ignorar nestas decisões «um certo elemento dinâmico de um sujeito cognoscente e da experiência espiritual deste», em que «o *assensus* não é aqui «necessitado», mas persuadido, não é «coagido», mas, por assim dizer, «seduzido»», «de molde a fazer com que uma consciência em acto (emocionalmente sensibilizada) intua o valor jurídico e a sua tradução no caso *sub judice*».

§ 7.º

O estudo deste Direito *praeter legem* há-de concentrar-se no «momento decisivo da decisão concreta», um campo aberto à compreensão problemática, em que o Direito, como ensina DIEZ PICASSO, deve formular-se na decorrência duma série de experiências vividas ou existenciais, que são, rigorosamente falando, decisões de casos concretos, emergindo, no seu melhor, de generalizações que possam fazer-se de tais experiências ou mesmo de decisões hipotéticas... E, assim, este Direito Judiciário não é, quase nunca, um «dado», não nos aparece numa formulação ideal, abstracta e geral, antes se constitui no momento da confrontação do julgador com «problemas jurídicos» e o seu conteúdo objectivo é determinado por «factores não lógico-formais» (axiológicos, emocionais, teleológicos, etc.), sendo neles determinante a convicção ético-jurídica do julgador.

§ 8.º

A certeza de não podermos explicar a realidade quotidiana da criação autónoma do Direito por via judicial, que se manifesta na concretização de standards jurídicos ou cláusulas gerais abertas, na concreta determinação das consequências jurídicas, na adequação e a actualização das normas, na realização de juízos de equidade (quando

legalmente possíveis), na colmatação de lacunas, *maxime*, de «lacunas de determinação», na aplicação analógica, na apreciação do valor das presunções e provas, na aplicação dos princípios gerais de Direito, no precisar de nuances, esclarecimento de ambiguidades, etc., através da única via do normativismo e do seu método de aplicação silogístico (que apesar de tudo será sempre o método predominante), mesmo que se abandone uma perspectiva mecanicista e se apele ao dinamismo do espírito das normas e à flexibilidade dos seus princípios, valorações e prevalência de interesses juridicamente tutelados, obriga-nos a admitir que, dada a incompetência e ineficácia desse método em estender para estes domínios «a racionalidade funcional do Estado», uma solução generalizadora, a única garantia para uma actuação ético-jurídica do julgador reside na sua consciência, na disponibilidade prática deste para encontrar de forma controlada e controlável, uma regra adequada, que irradie, ela própria, uma objectividade, um critério, um universal empírico, uma «racionalidade substancial» axiológico-normativamente fundante desse Direito *ultra legem*.

§ 9.º

A opção subsidiária pelo empirismo, quando há falta, obscuridade ou insuficiência de normas regularmente editadas por uma autoridade externa competente, não implica, nem o abandono dos cânones científicos, que possam descobrir certas regularidades de facto e o seu significado normativo, nem a aceitação de que esta área seja de Direito livre, em que a suprema regra seria a arbitrariedade, o relativismo e o subjectivismo.

Porém, à directiva (normal) por nós proposta para o problema e o mesmo se pode dizer quando imposta expressamente por normas determinadas ou resulte do seu cumprimento espontâneo (e este será um efectivo e normal critério da acção de julgar) não é possível atribuir-lhe um valor tendencial de verdade, porque se baseia num elementar «*precautionary principle*», tem essencialmente um conteúdo ideológico-moral, tem muito a ver com códigos éticos de honra, de decência, e de dignidade pessoal, massivamente seguidos pelos juizes, do que com os laços vinculísticos da legislação.

§ 10.º

Quanto ainda a este aspecto, e embora seja certo que a realidade judiciária é dominada por duas regras básicas – a obrigação de julgar e o dever de obediência à lei –, concluímos ser errónea a opção que se faça exclusivamente pela cientificação da jurisprudência. A sentença constitui antes um acto de conjugação e justaposição, em que o «*ius dicere*» tem força expansionista e o «*ius dare*» tem carácter intersticial e complementar.

Destarte, a jurisprudência cria *ex officio* um «metaordenamento» jurídico, normas extralegais, tendo essa função criadora um carácter adjuvante, necessário, intersticial e individual, e, assim, vista em conjunto, pode padecer do mal da incoerência (nem sempre é possível, designadamente pela via dos recursos e da falibilidade dos processos de uniformização, eliminar a coexistência de decisões díspares fundadas nas convicções individuais dos diferentes julgadores, por sua própria natureza, não hierarquizáveis), mas, mantendo-se em funcionamento regular os quadros institucionais básicos, não podem legitimamente ultrapassar-se as fronteiras exteriores do anti-Direito e do político.

§ 11.º

Havendo, sem dúvida, uma certa margem de arbítrio do julgador, que é um elemento constitutivo/integrante da generalidade das sentenças judiciais, impõe-se categoricamente que à demonstração do auto-convencimento de que à opção por certo critério de julgamento é a melhor ou a única acresça o dever de comunicar publicamente esse resultado e de esclarecer cabalmente as verdadeiras razões que o determinaram e a forma pessoalmente responsável como foi construído e obtido. Por outro lado, o processo de decisão «prudente» não é uma forma alternativa de Direito, só derivará das concepções que o julgador mentalmente represente das realidades históricas e dos valores que dela procedem na hipótese de nenhuma orientação receber quer do ordenamento jurídico, quer do sistema de valores sociais.

A acção descritiva do acto de julgamento (fundamentação de todas as questões jurídicas que as partes tenham submetido à sua apreciação)

deve desenvolver-se de forma sucessiva e congruentemente se referir e legitimar-se na lei e no Direito, na harmonia com o espírito do sistema jurídico e na rectidão da «prudência». Por esta ordem.

§ 12.º

A desenvolução desta doutrina tem como imediata consequência uma alteração substancial na forma de conceber o exercício da magistratura Judicial e, em particular, de justificar a sentença. E tem o mérito de: *a)* pôr a descoberto a real extensão do Direito judiciário; *b)* pôr o julgador a coberto de pressões e suspeições; *c)* diminuir os riscos de precipitação, em todas as situações em que faltam as coordenadas lógicas ou princípios derivados da lei, do costume, ou da jurisprudência, ou seja, situações em que não existe qualquer regra de Direito legal ou extralegal «explícita ou implícita a limitar o prudente arbítrio do julgador». E que, sendo estes actos apenas controláveis *ex post facto*, exige-se transparência e, em consequência, deve o julgador manifestar e explicitar nessas situações os seus móveis psicológicos, quer jurídicos, quer extra-jurídicos, ou seja, aquilo que compreendeu e aquilo em que serena, honesta e responsavelmente acreditou. Nenhum benefício social ou jurídico haverá, ao que supomos, em ignorar totalmente a importância que tem na decisão a conduta do homem que julga, a falta de discernimento sobre «as operações em que cifra a sua acção», antes pelo contrário, teremos de considerar que a decisão é também uma obra do seu carácter, que nela se manifesta e responsavelmente se implica.

§ 13.º

Não sendo possível eliminar de todo na aplicação do Direito, a carga subjectiva, nem tendo sido possível descobrir as estruturas de entendimento cabal da interligação funcional complexa e dialéctica dessa parte com a parte *objecti*, o caminho que resta à ciência jurídica, não tendo esta sido capaz até ao presente de clarificar um método e uma epistemologia eterna e «cruelmente inexistentes», parece ser o de

declarar, mais uma vez, a sua incompetência para regular matéria que tem exclusivamente a ver com a consciência moral do julgador em que a sua responsabilidade, a ser classificada, deve sê-lo de «responsabilidade moral, arrancada à própria concepção da vida e do mundo», devendo admitir-se ser a *prudencia iuris* a última regra universal que os homens encontraram para regular o uso dessa «liberdade de responsabilidade».

§ 14.º

Ainda assim, a confluência, no caso e para o caso *sub judice*, do conteúdo normativo da lei que se transpõe para o momento da aplicação com uma certa criatividade judicial, para além de subordinado à onnipresença do sentido prudente da justiça, que deve ser a sua fonte de validade, nada tem de estranho se nos fixarmos no dinamismo da *law in action*, no todo complexo da concreta determinação de normas quase necessariamente imperfeitas, podendo considerar-se *intra ius* as soluções encontradas para os últimos e múltiplos detalhes da decisão concreta se individualizadas através de argumentação jurídica e corresponderem a um padrão de recta conduta do julgador normal, do julgador *in genere*, movido pela vontade de praticar o que é justo.

§ 15.º

No domínio de actuação jurisprudencial, por uma questão de princípio e uma questão de fim, se é vantajoso desenvolver as artes de representação «de uma verdade superior à realidade dos fenómenos», de nada vale manter uma artificiosa «cultura judiciária que praticamente ignora e receia os *notórios* poderes normativos dos juízes». Por outro lado, não há fundamento sério para idealizar cada homem ou mulher, investido de funções de julgar, como um autêntico «génio do empirismo». Tudo isto é contraditório e inverosímil e convoca de novo o modelo secular do agir prudencial, fundado na *restitutio in integrum* do conhecer e do agir, em que «o modelo de decisão, tem de ser manobrado segundo uma *técnica* e uma *estratégia* (prudência) próprios».

§ 16.º

A *técnica* consiste essencialmente na aceitação da supremacia temporária e constantemente renovável da heteronomia dum vontade colectiva, supra-individual, de conteúdo variável, expressa por certos órgãos com autoridade pública através de actos jurídicos com o valor da lei, que devem «assegurar a todos os homens a possibilidade de afirmar os seus direitos e de trabalhar pelo incremento dos bens» e a *estratégia* deve resultar da aderência do julgador a uma atitude ética, a uma plena disponibilidade para encontrar e justificar «a regra que deve presidir à escolha das atitudes e à justiça dos critérios» de decisão.

§ 17.º

A prudência constitui para o julgador a última e mais poderosa ratio para fazer um julgamento racional, controlado e controlável, devendo atribuir-se à *phrónesis* a função de dirigir a apreensão dum regra que irradie uma objectividade, que busque um consenso alargado, um critério, um universal empírico, ou, não sendo isso possível, dirigir a *recta eleição do que se há-de fazer (recta ratio agibilium)*, tendo a prudência uma aptidão única para medir «a capacidade de operar *praeter communes regula*», sendo certo que esse operar, nada tem de extraordinário, porquanto se sabe intuitivamente, através de uma história às vezes de séculos, que certas matérias, não podendo ser objecto de unanimidade, terão de ser remetidas para o foro individual.

§ 18.º

A justa medida (o *mésos* moral, que não é meramente matemático) desse operar sobre «coisas contingentes», em que se busca uma solução que esteja em conformidade com critérios e princípios, que faz parte integrante do modo de ser juiz, parte da relação sinalagmática entre prudência e justiça, podendo nós, no entanto, relacioná-las como quando nos queremos referir àquilo que mede e àquilo que é medido, tendo a prudência também a sua medida, o meio dela, mas, neste caso, o processo não se prolonga e termina pela confusão entre a medida e a

própria coisa medida. É que, aqui, o excesso consiste na *afirmação falsa* de que certo acto é prudente, e o defeito está na *falsa imputação* de que certo acto é imprudente. É que, «ser e não ser é algo contraditório, mas o *juízo* com que opinamos que o bem é bem é contrário ao juízo com que opinamos que o bem não é bem. E entre estes contrários está o meio da virtude intelectual».

§ 19.º

Assim, a existência dum inarredável *«hiato que existe entre a lei e decisão judicial, apenas resolível pela "radical autonomia e solidão" do julgador* é, por isso, um acto moral, uma busca de autenticidade, que deve ser encarada como acto de honra» que encontra nela mesma a sua estrutura, que à mera persuasão subjectiva que brota do *internus animus* acrescenta a necessidade desta incorporar uma razoável certeza moral de se estar a actuar com rectidão, duma forma que pode ser justificada através de regras, de princípios e de critérios constantemente renovados, válidos para ele e para todos os outros que se encontram nas mesmas circunstâncias, e pode ser integrado na ideia de *mésou*, por não ultrapassar a medida (*métrou*) da ética da moderação.