

A probática na ciência do direito e a relevância do recurso ao método do caso para a teoria da prova

PROF. DOUTOR RUI SOARES PEREIRA

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *A probática e a ciência do direito*. 3. *O recurso ao método do caso para a teoria da prova*. 4. *Conclusões gerais*.

1. Introdução

I. As discussões em torno da chamada “probática”, “ciência da prova” ou “teoria da prova” não constituem propriamente um lugar-comum da literatura jurídica e da jurisprudência nacionais.

Porém, a essa temática se referem, directa ou indirectamente, vários autores, em especial os que se dedicam aos temas de processo civil e processo penal e também à teorização da prova jurídica¹. E poder-se-á ainda dizer que a juris-

* Doutor em Direito. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado e Consultor na PLMJ Advogados, SP, RL.

¹ Veja-se, por exemplo, a problematização levada a cabo em Portugal no domínio da prova em geral, da livre apreciação da prova e das regras da experiência por JOSÉ AROSO LINHARES (*Entre a Reescrita Pós-Moderna da Modernidade e o Tratamento Narrativo da Diferença ou a Prova como um Exercício de “Passagem” nos Limites da Juridicidade (Imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, e *Regras de Experiência e Liberdade Objectiva do Juízo de Prova*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, suplemento, Vol. 31 (1988), pp. 1-364), e por PAULO DE SOUSA MENDES (“A Prova Penal e as Regras da Experiência”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, org. MANUEL DA COSTA ANDRADE, MARIA JOÃO ANTUNES e SUSANA AIRES DE SOUSA, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 997-1011, e “A prova e as regras da experiência”, in *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, coord. MARIA FERNANDA PALMA et al., Coimbra: Almedina, 2014, pp. 115-130) e também a discussão sobre a incerteza factual, a prova civil e a prova penal realizada por este último autor (“A incerteza factual e a prova no processo

prudência (civil e penal), se à teoria da prova não se refere, naturalmente a pressupõe quando se verifica que os tribunais são chamados a analisar e a decidir aspectos mais ou menos controvertidos da prova.

II. Este dado não deve obnubilar a circunstância de a prova (desconsiderando aqueles aspectos tendencialmente mais procedimentais da prova que são regulados pelo chamado “direito probatório”²) figurar entre as áreas de reflexão mais negligenciadas pelos juristas e pelos estudos jurídicos, em especial (mas não só) nos países de tradição de *civil law*³.

Não por acaso podemos encontrar, também no contexto da *common law*, sucessivas chamadas de atenção de autores como William Twining para a falta de impacto na comunidade académica (não obstante a frequente citação) de alguns artigos chave sobre a prova⁴, para a comparativa ou até acrescida relevância da prova em confronto com outras tarefas inerentes à realização do direito (como a interpretação jurídica)⁵ e até reptos lançados por autores

penal”, in *Liber Amicorum: Manuel Simas Santos*, coord. ANDRÉ PAULINO PITON e ANA TERESA CARNEIRO, Lisboa: Rei dos Livros, 2016, pp. 1057-1079, e *Causalidade Complexa e Prova Penal*, Coimbra: Almedina, 2018), e por RUI SOARES PEREIRA (“Modelos de prova e Prova da Causalidade”, in *VI Jornadas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social – Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito*, ATFD e Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 447-483), e *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Delitual: Fundamento e Limites do Juízo de Condicionalidade*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 1091 e segs.). Muito relevante também é a problematização realizada na recente obra de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Prova em Processo Civil: ensaio sobre uma concepção inferencial*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

² Contudo, sobre o direito probatório e a sua divisão em direito probatório material (onde se incluem temas muito relevantes como o ónus da prova) e direito probatório formal (que regula aspectos de cariz procedimental), cfr., por exemplo, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lisboa: Lex, 1995, pp. 197-200, ANTUNES VARELA e OUTROS, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1985, pp. 443-445, e JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum à Luz do Código Revisto*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 189-198.

³ Com esse diagnóstico e assinalando também algum tratamento negligente ou insuficiente da prova no universo anglo-saxónico, cfr. MARIA CLARA CALHEIROS, *Para uma Teoria da Prova*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 13-14. Embora exista alguma negligência na reflexão sobre a prova quando comparada com outros temas e as investigações realizadas no direito probatório sejam predominantemente centradas no direito probatório formal, valerá talvez não esquecer as importantes reflexões no direito probatório material, podendo até afirmar-se um investimento crescente da literatura jurídica neste último domínio.

⁴ WILLIAM TWINING, “Taking Facts Seriously”, in *WILLIAM TWINING, Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 14-34, e “Taking Facts Seriously – Again”, in *Innovations in Evidence and Proof. Integrating Theory, Research and Teaching*, edited by PAUL ROBERTS and MIKE REDMAYNE, Oxford: Hart Publishing, 2009, pp. 65-86.

⁵ ROGER C. PARK/MICHAEL J. SAKS, “Evidence scholarship reconsidered: results of the interdisciplinary turn”, in *Boston College Law Review*, Vol. 47, 2006, pp. 949-1031 (949).

como Peter Tillers no sentido de os teóricos da prova assumirem cada vez mais uma postura imperialista no contexto da ciência do direito⁶.

III. No presente artigo pretendemos dar um modesto contributo para a discussão sobre a inclusão da probática na ciência do direito e para explicar a possível utilidade do recurso ao método do caso para a teoria da prova.

2. A probática e a ciência do direito

I. O tema da prova jurídica tem plena inserção na dogmática jurídica ou na ciência do direito, a qual vem sendo entendida como a ciência que “*procura orientar a resolução de casos concretos, nomeadamente através da determinação do significado das fontes do direito e do enunciado de proposições e de teorias que possibilitem a resolução desses casos*”⁷.

Não raras vezes, porém, se verifica que a análise realizada sobre a prova jurídica vem a ocorrer essencialmente no contexto do estudo das regras procedimentais de prova ou, talvez mais amplamente, do chamado “direito probatório”⁸.

A análise das regras de prova e o estudo do direito probatório são muito relevantes e não se pode dizer que tenham apenas uma importância prática ou relativa ao foro judicial⁹. Todavia, a verdade é que pouco adiantam em relação

⁶ PETER TILLERS, “Introduction of William Twining”, March 10, 2008, Cardozo Legal Studies Research Paper No. 230, in *Seton Hall Law Review*, Vol. 38, p. 871, 2008, disponível in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1104564>.

⁷ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 25. Adoptando uma visão mais geral e menos concreta, ANGEL LATORRE, *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 1978, p. 139, fala antes da ciência do direito como a “*actividade dirigida a conhecer de forma racional e sistemática uma parcela daquela realidade, que é o Direito*”.

⁸ Assim, por exemplo, as diversas obras que obtiveram consagração em Portugal, no domínio do direito civil e do processo civil, de PAULO CUNHA, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Lisboa: Edições Ática, 1961, ADRIANO VAZ SERRA, “Provas: direito probatório material”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 110 (Nov. 1961), pp. 61-256; N.º 111 (Dez. 1961), pp. 5-194; N.º 112 (Jan. 1962), pp. 33-293, e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa* cit., pp. 195-262, e, no domínio do processo penal, de PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 171-198, e de MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 110-128.

⁹ Entre muitos outros tópicos, permitimo-nos destacar alguns que têm vindo a ser investigados em dissertações de doutoramento, teses de mestrado e estudos monográficos por parte da literatura jurídica portuguesa mais recente, muitos deles absolutamente decisivos mesmo para uma reflexão mais aprofundada sobre a prova: os meios de prova (FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *Os meios de*

à resolução dos problemas que assolam aquela área de investigação que, pelo menos desde John Henry Wigmore, vem sendo designado por “probática”, “ciência da prova” ou “teoria da prova”¹⁰.

Este facto poderia ser desconsiderado não fosse o caso de se constatar que apenas a probática estará em condições de assegurar a possibilidade de se proceder a uma reflexão mais profunda sobre a prova, ou seja, que não fique limitada à tentativa de fornecimento de respostas dogmáticas a questões colocadas sobre as regras de prova e o direito probatório. Com efeito, o ângulo de análise adoptado na probática não prescinde de ver na prova um “*meio de conhecimento*

prova em processo civil, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2016, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Confissão no Direito Probatório: um estudo de direito positivo*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, J. M. GONÇALVES SAMPAIO, *A Prova por Documentos Particulares – Na Doutrina, Na Lei e Na Jurisprudência*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2010, e LUÍS PIRES DE SOUSA, *Prova testemunhal*, Coimbra: Almedina, 2013, e *O valor probatório do documento eletrónico no processo civil*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2017), as presunções (LUÍS PIRES DE SOUSA, *Prova por presunção no direito civil*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2013, CLÁUDIA ALVES TRINDADE, *A Prova de Estados Subjetivos no Processo Civil – Presunções e regras de experiência*, Coimbra: Almedina, 2016, e JOÃO MARQUES MARTINS, *Prova por Presunções Judiciais na Responsabilidade Civil Aquiliana*, Cascais: Principia, 2017, e *Presunções Judiciais na Responsabilidade Civil Extracontratual*, Cascais: Principia, 2017), as provas ilícitas e as proibições de prova (ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, Coimbra: Almedina, 1998, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, PEDRO TRIGO MORGADO, *Admissibilidade da Prova Ilícita em Processo Civil*, Lisboa: Petrony, 2016, e SARA RODRIGUES CAMPOS, *(In)admissibilidade de Provas Ilícitas – Dissemelhança na Produção de Prova no Direito Processual?*, Coimbra: Almedina, 2018), o ónus da prova (ISABEL ALEXANDRE, *O Ónus da Prova na Acção Civil enxertada em Processo Penal*, Lisboa: Edições Cosmos, 1991, PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa: Lex, 2000, RITA LYNCE DE FARIA, *A Inversão do Ónus da Prova no Direito Civil Português*, Lisboa: Lex, 2001, RUI DE FREITAS RANGEL, *O ónus da prova no processo civil*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2006, e MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, Coimbra: Almedina), o caso julgado (MARIA JOSÉ CAPELO, *A Sentença entre a Autoridade e a Prova*, Coimbra: Almedina, 2015), a fundamentação e a motivação da sentença (JOSÉ MOURAZ LOPES, *A Fundamentação da Sentença no Sistema Penal Português: legitimar, diferenciar, simplificar*, Coimbra: Almedina, 2011), a livre apreciação da prova e as regras da experiência (MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A livre apreciação da prova em processo civil*, Braga: Livraria Cruz, 1984, e ROSA VIEIRA NEVES, *A Livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção (na decisão penal)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011), o processo de formação da convicção do julgador (MARGARIDA LIMA REGO, “Decisões em ambiente de incerteza: probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais”, in *Julgar*, N.º 21 (2013), pp. 119-147, e ALBERTO VICENTE RUÇO, *Prova e Formação da Convicção do Juiz*, Coimbra: Almedina, 2016), e a prova da causalidade (RUI SOARES PEREIRA, *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Delitual ... cit.*, pp. 1091 e segs., e PAULO DE SOUSA MENDES, *Causalidade Complexa e Prova Penal cit.*).

¹⁰ Apesar da distinção traçada na doutrina entre direito probatório material e direito probatório formal, verifica-se que mesmo os problemas mais complexos e intrincados do chamado “direito probatório material” não coincidem com as problemáticas a que se dirigem as reflexões realizadas no domínio da probática.

da verdade sobre factos juridicamente relevantes em discussão, em sede judicial”, sendo certo que nela podem ser incluídas diversas problemáticas que habitualmente não figuram nas investigações realizadas em direito probatório, tais como “*a história da prova, a relação entre lógica e retórica na indagação dos factos no processo, os mecanismos racionais de apreciação de prova, entre muitas outras*”¹¹.

II. Ao serem convocadas algumas temáticas, como a da medida da prova¹² ou dos modelos de prova¹³, a reflexão situar-se-á e deverá ser feita, tal como outros autores que têm percorrido esse trajecto no tratamento de outros tópicos, no âmbito da ciência ou teoria da prova.

Ora, estando em causa na prova (civil ou penal) um momento ou uma etapa do processo de realização do direito, também aqui se justificará não perder de vista a dialéctica dos pólos em que se centra a questão metodológica no direito, ou seja, o problema e o sistema, ambos entendidos como elementos irreduzíveis do discurso judicativo e que mutuamente se densificam¹⁴.

Mas não só: seguindo o mandamento da autonomia do direito¹⁵, dever-se-á adoptar uma perspectiva especificamente jurídica do problema da prova que, mesmo aceitando os relevantes contributos de outros pensamentos não jurídicos, afaste o risco de virem esses contributos a traduzir-se numa verdadeira tutoria ou numa tradução directa e acrítica destes pensamentos para o direito¹⁶.

III. A ciência ou teoria da prova, embora extravase o domínio do conhecimento do direito-norma (e das interpretações doutrinárias e jurisprudenciais a esse respeito)¹⁷, está longe de representar algo que se situa fora da com-

¹¹ MARIA CLARA CALHEIROS, *Para uma Teoria da Prova* cit., p. 15.

¹² PAULO DE SOUSA MENDES, “A incerteza factual e a prova no processo penal” cit..

¹³ RUI SOARES PEREIRA, “Modelos de prova e Prova da Causalidade” cit..

¹⁴ FERNANDO JOSÉ BRONZE, “Breves considerações sobre o estado actual da questão metodológica”, in *Analogias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 9-29 (21-25).

¹⁵ Sobre a autonomia do direito e o seu sentido, cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito”, in *Digesta*, Vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 43-72.

¹⁶ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Por um outro pensamento jurídico: comentário a uma tónica jurídica – clareira para a emergência do direito, de António Carlos Nedel”, in *Digesta*, Vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 545-560 (548-550 e 559), que conclui: “*o problema do direito, com toda a sua problemática particular e na complexidade das suas dimensões, só numa perspectiva especificamente jurídica, não numa qualquer outra que ao direito seja exterior, mesmo que tradicionalmente e aparentemente análoga, se poderá compreender e resolver*”.

¹⁷ Ou seja, não se deixe captar exclusivamente no quadro de uma caracterização da ciência jurídica focada na análise da legislação e da forma como o direito é aplicado e na determinação de como devem ser resolvidos os casos de acordo com critérios jurídicos.

petência dos juristas, encontrando efectivo respaldo na dogmática ou ciência jurídica, mais concretamente na parte por vezes designada de “teoria da decisão jurídica”¹⁸.

Entre os vários modelos de aplicação do direito, têm vindo a ganhar terreno (ainda que com algumas resistências)¹⁹ no contexto dos sistemas continentais (mas não só) aqueles modelos que se afastam de uma aplicação logicista (dedutivista) e que assentam, quer em concepções prático-argumentativas, quer em descrições fenomenológicas do processo de realização do direito. Nesses modelos desvela-se a importância da racionalidade prática, a qual assimila “as dimensões positivas de contributos vários provenientes das diversas modalidades da racionalidade prática em geral”²⁰ e comporta duas partes essenciais: a teoria da contro- vérsia e a teoria da prova²¹.

Não por acaso vários autores tendem a ver a controvérsia probatória (civil ou penal) como uma mera especificação da controvérsia global, na qual aquela terá de se considerar inserida²².

IV. Contudo, sendo o problema central da ciência do direito o da decidibilidade²³ (e não o da verdade no sentido de obtenção de enunciados indepen-

¹⁸ Sobre a teoria da decisão jurídica (ou modelo empírico da dogmática ou da ciência do direito) e a sua relação com a aplicação do direito, cfr. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 9.ª ed., São Paulo: Atlas, 2016, pp. 272-284, *Função Social da Dogmática Jurídica*, 2.ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, pp. 156-171, e *A Ciência do Direito*, 3.ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, pp. 109-130.

¹⁹ JOSÉ LAMEGO, *Elementos de Metodologia Jurídica*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 173 e segs..

²⁰ FERNANDO JOSÉ BRONZE, “Breves considerações ...” cit., p. 19.

²¹ ALESSANDRO GIULIANI, “La logique comme théorie de la controverse”, in *Archives de Philosophie du Droit*, vol XI, 1966, pp. 87-113, e “La logique de la controverse dans la procédure judiciaire”, in *Controvérsias Científicas e Filosóficas* (ed. FERNANDO GIL), Lisboa: Fragmentos, 1990, pp. 31-40.

²² JOSÉ AROSO LINHARES, *Entre a Reescrita Pós-Moderna da Modernidade ...* cit., e, mais recentemente, “Evidence (or proof?) as law’s gaping wound: a false persistent aporia?”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 88, Tomo I, 2012, pp. 65-89.

²³ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *A Ciência do Direito* cit., pp. 48-55. Assim, por exemplo, também JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 365: “a dogmática jurídica moderna, representando embora uma forma de pensamento valorativamente orientada, visa tornar os problemas jurídicos concretos “decidíveis” – mediante a redução das alternativas de decisão possíveis – num quadro de objectiva racionalidade, já descortinando os princípios jurídicos que estão na base das normas legais e dando-nos em espectáculo racional coerente o jogo desses princípios, já “concretizando” esses mesmos princípios e normas através de tipologias de casos que exemplificam e perspectivam as respectivas valorações mediante a referência a pontos de conexão que são características de facto de situações de vida”. No entanto, como alerta, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed., Coimbra: Almedina, 2013, p. 235, “a ordem jurídica é muito mais rica e ultrapassa a solução do caso” e “o direito não está só na aplicação”.

dentes da situação em que são realizados, descritivos, com validade universal mesmo que não absoluta), a ciência ou teoria da prova terá também de reflectir a tentativa de recurso a uma técnica que seja utilizável e que possa adquirir validade em virtude da sua relevância prática²⁴.

Só assim se poderá dizer que a ciência ou teoria da prova também cumpre o desiderato assinalado à ciência do direito e que a permite distinguir (como sua pedra de toque) de outras disciplinas e de outras ciências: ensinar a resolver através de critérios jurídicos e utilizando o método jurídico casos concretos, procedendo, não à descoberta e explicação da realidade jurídica, mas sim à construção e compreensão do caso concreto, o que, no plano das decisões jurídicas, terá de significar o recurso a argumentos racionais que permitam justificar um certo dever ser²⁵.

Não bastará, por isso, a “*elaboração e recolha de pontos de vista e argumentos relevantes*” (externos ou não ao direito) para resolver os problemas colocados no contexto de uma teoria da prova: quaisquer *topoi* (lugares comuns) terão de ser complementados ou obter apoio jurídico num sistema de valores, sendo certo que esse complemento parece obrigar à colocação de questões que conduzem o jurista inevitavelmente “*para o domínio do pensamento filosófico e dos seus particulares modos de conhecimento*” e que aquele não se deve aventurar a esclarecer e consolidar²⁶. Longe de ser um adorno cultural, a reflexão filosófica ajudará o jurista a aprofundar “*os fundamentos e o sentido da sua forma de conhecer e da sua maneira de actuar*” e a pensar “*sobre a inserção da ciência jurídica e da sua actividade prática no quadro geral do saber e da vida humana*”²⁷.

3. O recurso ao método do caso para a teoria da prova

I. A perspectiva sobre a ciência ou teoria da prova de que se parte deve supor também, por isso, uma determinada metodologia de análise que, estribada no método jurídico²⁸, esteja orientada para aquilo que vem sendo desig-

²⁴ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *A Ciência do Direito* cit., pp. 48-51.

²⁵ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito* cit., pp. 26-29.

²⁶ KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, pp. 384-387.

²⁷ ANGEL LATORRE, *Introdução ao Direito* cit., p. 258.

²⁸ Sobre o método jurídico e a sua situação actual (em especial no campo da realização do direito), cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Método jurídico”, in *Digesta*, Vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 283-336 (315-331), e *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 9 e segs..

nado por “modelos de decisão jurídica”²⁹ no processo de realização do direito ou por modelos adequados à construção da decisão de casos concretos³⁰, mas sem quaisquer constrangimentos decorrentes da “repartição de competências entre a metódica jurídica e a metódica filosófica” que o teórico do direito deverá respeitar³¹.

Na construção desses modelos de decisão jurídica, que devem ser vistos como hipóteses de decisão de casos concretos, terão de confluir, retomando uma distinção antiga proposta por Theodor Viehweg, não apenas questões dogmáticas (que permitem exprimir opiniões e dogmas racionalizados por referência aos valores jurídicos do sistema interno), mas também questões de pensador mais especulativo e que possam de alguma forma dar satisfação a uma certa abordagem jurídica crítico-valorativa (as questões zetéticas)³².

Na esteira de outros autores³³, rejeitamos, desta forma, as orientações daqueles que vêem a metodologia jurídica como uma doutrina da aplicação prática do direito que se deve abster de quaisquer reflexões filosóficas (ou provenientes de outras disciplinas) e, ao invés, entendem que a mesma se deve limitar a fornecer representações do direito que sejam próprias do senso comum³⁴.

²⁹ Sobre os modelos de decisão jurídica, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, na introdução à edição portuguesa da obra de CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. CVII–CXII, e “Tendências actuais da interpretação da lei: do juíz-autómato aos modelos de decisão jurídica”, in *Revista jurídica*, N.ºs 9-10 (Jan.-Jun.1987), pp. 7-15.

³⁰ Acerca da necessária reflexão justmetodológica (também em relação à decisão judicial) a realizar pela ciência do direito, cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica ...* cit., pp. 17-34, e FERNANDO JOSÉ BRONZE, *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença (Reflexão Problematizante dos Pólos da Radical Matriz Analógica do Discurso Jurídico)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

³¹ KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico* cit., p. 387.

³² TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *A Ciência do Direito* cit., pp. 52-53.

³³ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.^a ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 342 (“Para cada metodologia, mesmo que esta disso se não mostre consciente, poder-se-ia indicar uma filosofia do Direito a ela adequada. E também na discussão metodológica actual tornam-se notórias, sem excepção (...), as posturas jusfilosóficas de base”), e ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Método jurídico” cit., p. 335 (“O que nos levará a concluir que o M.J., na complexidade dos seus pressupostos, das suas estruturas e das suas dimensões intencionais culmina numa filosofia. Mais do que uma mera hermenêutica e para além de uma estrita dogmática, o M.J., ao propor-se a tarefa global do problema do direito, não recusa menos reduzir-se a uma simples tecnologia, porquanto, sendo essencialmente uma prática normativa de projeção judicativo-decisória, não pode deixar de convocar uma fundamentante reflexão prática (uma “filosofia prática”) por que, regulativa e constitutivamente, se oriente”). Aliás, sobre a crise da filosofia e as possibilidades de recuperação da filosofia do direito, cfr. do mesmo autor *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, e “Uma reflexão filosófica sobre o direito – “o deserto está a crescer ...” ou a recuperação da filosofia do direito?”, in *Digesta*, Vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 73-100.

³⁴ JOSÉ LAMEGO, *Elementos de Metodologia Jurídica* cit., p. 255.

Isto é, entendemos que, também na probática (que integra ainda o fenómeno jurídico³⁵), dever-se-á desenvolver um esforço de correlação funcional³⁶ (mas sem diluição ou redução³⁷) entre, por um lado, a problematização (e delimitação problemática) do campo temático da prova onde ganham sentido as questões zetéticas que dissolvem e legitimam através de uma análise crítico-valorativa as opiniões e os dogmas e, por outro lado, a aceitação das opiniões e dos dogmas temporariamente considerados não atacáveis onde as questões dogmáticas adquirem todo o fulgor.

II. Porém, atenta a situação metodológica actual, essa correlação funcional não se alcançará fazendo apenas tentativas de ligação à filosofia do direito, que o jurista teria de “*abranger no seu olhar*” e de “*manter presente na sua visão como pano de fundo das suas reflexões*”³⁸.

O direito e o pensamento jurídico não podem dispensar uma filosofia³⁹. E tão pouco será suficiente a construção de pontes com outras disciplinas abertas ao questionamento (sem compromisso com os dogmas socialmente vinculantes) e pertencentes ao campo das investigações zetéticas do fenómeno jurídico⁴⁰. O diálogo entre o direito e outras disciplinas que o assumem como objecto de análise (respeitada a autonomia daquele ou o seu *qua tale*⁴¹) será certamente importante até no sentido de se poder defender uma certa “pragmática da pluralidade”⁴². Mas a correlação funcional referida deve fazer-se no quadro

³⁵ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do direito ... cit.*, p. 22: “*é preciso reconhecer que o fenómeno jurídico, com toda a sua complexidade, admite tanto o enfoque zetético, quanto o enfoque dogmático, em sua investigação. Isso explica que sejam várias as ciências que o tomem por objeto. Em algumas delas, predomina o enfoque zetético, em outras, o dogmático*”.

³⁶ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *A Ciência do Direito cit.*, pp. 54-55.

³⁷ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito cit.*, p. 342 (“*a relação entre metodologia e filosofia do Direito não pode no entanto ser vista como uma dependência unilateral da metodologia de determinados pressupostos jusfilosóficos*”).

³⁸ KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico cit.*, p. 387.

³⁹ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Arguição nas Provas de Doutoramento de José Manuel Aroso Linhares – Universidade de Coimbra”, in *Digesta*, Vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 581-605 (584).

⁴⁰ Sobre essas disciplinas e distinguindo limites para a zetética empírica e a zetética analítica, cfr. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do direito ... cit.*, pp. 22-25.

⁴¹ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Direito hoje e com que sentido? ...” *cit.*, p. 43.

⁴² Tal pluralidade tem sido defendida por JOSÉ AROSO LINHARES em várias ocasiões, nomeadamente em: *Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas? A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo*, Porto: Edição do Instituto da Conferência, 2007; “Imaginação Literária e “Justiça Poética”. Um discurso da «área aberta?»”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 85, 2009, pp. 111-149; “Law in/as Literature as Alternative Humanistic Discourse. The Unavoidable Resistance to Legal Scientific Pragmatism or the Fertile Promise of a *Communitas*

de uma orientação do pensamento jurídico que, assente numa filosofia prática, não esqueça e reconheça a “*indole prático-constitutiva da actividade jurídica da realização do direito*” e que aí defina como objecto problemático, não a norma⁴³, mas o caso, sem que tal signifique naturalmente a desconvocação do respectivo sistema de normatividade⁴⁴.

Ou seja, aquela correlação implica a tomada em consideração, também para a prova jurídica, de uma metodologia assente numa racionalidade prática, mas não apenas tópica e retórica argumentativa, hermenêutica em sentido estrito ou exclusivamente teleológica: terá de assentar numa racionalidade especificamente jurídica para a qual é mobilizada uma dialéctica (contínua) entre sistema e problema. O sistema obriga a que “*a realização do direito interrogue continuamente e se faça intérprete, no seu juízo normativo concreto, do consenso jurídico-comunitário das intenções axiológico-normativas da “consciência jurídica geral”, com as suas expectativas jurídico-sociais de validade e justiça*”. E o problema jurídico concreto permitirá atribuir ao sentido normativo da norma previamente determinado “*apenas um valor hipotético*”, o qual será “*submetido como que a uma experimentação problemático-decisória em referência à relevância jurídica material do caso concreto*”. Com esta racionalidade podem então ser diluídos “*os limites entre “o direito que é” e “o direito que deve ser”*”⁴⁵. Mais: sendo o problema metodológico-jurídico o problema da realização concreta do direito⁴⁶, deverão ser tomadas em consideração as duas dimensões constitutivas do direito (a dimensão metodológica e a

Without Law?”, in *Law and Literature, A Discussion on Purposes and Method. Proceedings of the Special WS on Law and Literature held at 24th IVR World Conference in Beijing, September 2009*, edited by M. PAOLA MITTICA, published in September 16, 2010, pp. 22–42; “Jurisdição, diferendo e área aberta. A caminho de uma “teoria” do direito como moldura?”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. IV, org. MANUEL DA COSTA ANDRADE, MARIA JOÃO ANTUNES e SUSANA AIRES DE SOUSA, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 443–477.

⁴³ Com os diversos significados que a mesma poderá ter e não apenas traduzindo a ideia de regras e princípios. Sobre a oposição entre regras e princípios, cfr. as reflexões de JOSÉ LAMEGO, *Elementos de Metodologia Jurídica* cit., pp. 57–70, e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito* cit., pp. 246–251. Coincidindo com este último autor na rejeição da distinção entre regras e princípios assente numa lógica de “tudo ou nada”, cfr. FRANCISCO AGUILAR, *A Norma do Caso como Norma no Caso* cit., p. 180.

⁴⁴ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Método jurídico” cit., pp. 315–324. Noutro texto refere o mesmo autor (“Direito de resposta”, in *Digesta*, Vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 433–442 (435)), que “*não há problema sem uma normatividade (alimentada por uma axiologia) referida a uma factualidade (sustentada numa certa realidade)*”.

⁴⁵ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica ...* cit., pp. 79–81.

⁴⁶ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral* cit., p. 234: “*a Ciência do Direito é uma ciência prática. Os seus objectivos não são meramente de teor. Ela constrói, valora, especula, mas sempre para tornar possível, directa ou indirectamente, o momento final da solução do caso*”.

dimensão de validade normativa) e a relação entre a norma e o caso dever-se-á saldar na perspetivação daquela no caso e na interrogação da norma através da perspetiva problemática do caso e não o inverso⁴⁷.

Isto significa, desde logo⁴⁸, uma centralização do pensamento jurídico no problema concreto (e uma visão da decisão jurídica concreta como um juízo normativo autónomo cujo ponto de partida é o caso concreto), a qual deverá implicar entender a decisão jurídica essencialmente “*como o resultado de uma técnica judicial que procura “razões” ou fundamentos para um caso concreto numa também concreta e histórico-social situação de diálogo – técnica judicial a que a convocação do critério da norma se vê igualmente submetida, num confronto dialógico entre os casos decididos pelo legislador e o caso decidindo*”⁴⁹.

Assim sendo, parece-nos que a referida correlação funcional poderá ser alcançada e de forma mais eficaz recorrendo ao que vem sendo designado por “método do caso”.

III. Do ponto de vista da formação jurídica, o método do caso apresenta várias vantagens, incluindo ao nível do que pode ser designado como “*competências indispensáveis à actividade do jurista*”, referindo-se a esse propósito que os estudantes nele iniciados adquirirão pelo “*contacto com casos semelhantes*” uma maior “*capacidade de destrinçar os factos juridicamente relevantes e de discernir a subtilidade jurídica de pequenas variações na matéria de facto*” (competência de ordem analítica), ser-lhes-á através da “*exposição a casos diferentes*” cultivado “*o raciocínio analógico*” e veiculada “*a indução de princípios gerais*” (competência de ordem sintética) e receberão, por força da “*divergência de opiniões judiciais e [d]a pluralidade de argumentos jurídicos*”, o incentivo para um “*espírito crítico em relação à jurisprudência e uma concepção argumentativa do direito, centrada na ponderação de valores e princípios em vez da manipulação de enunciados legais*” (competência de natureza normativa)⁵⁰.

Contudo, não é apenas ao nível da formação (ou da pedagogia jurídica) que o método do caso revela toda a sua potencialidade: o método tem virtualidades dogmáticas evidentes, designadamente quando é utilizado em comple-

⁴⁷ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O sentido actual da metodologia jurídica”, in *Digesta*, Vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 381-411 (395-396 e 405-406).

⁴⁸ Adoptando uma visão mais ampla sobre a relevância metodológica do caso, no sentido de que não há sequer verdadeiramente norma antes do caso, embora possam existir programas de norma, e que a norma só surge com o caso e a norma do caso corresponde por isso à norma no caso, cfr. FRANCISCO AGUILAR, *A Norma do Caso como Norma no Caso*, Coimbra: Almedina, 2016.

⁴⁹ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O sentido actual da metodologia jurídica” cit., pp. 408-409.

⁵⁰ GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO/PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS/PEDRO GARCIA MARQUES, *Método do Caso: uma Introdução ao Direito*, 3.^a ed., Lisboa: UCE Editora, 2016, pp. 9-10.

mento com o método jurídico de matriz continental. Com efeito, este método assume o caso como objecto problemático e dele procura retirar extrapolações tendo em conta os dados do sistema jurídico, desta forma atribuindo ao caso a prioridade intencional e metodológica do pensamento jurídico, mas sem que tal tenha de implicar (tal como correctamente sublinham algumas correntes jurisprudencialistas⁵¹) uma perda no processo metodológico da unidade ou da recíproca exigência e condicionamento entre a norma e o problema jurídico concreto⁵². Neste método também se atribui prioridade ao caso concreto da vida em detrimento da norma, que passa a pronunciar-se sobre a validade jurídica do caso⁵³.

IV. No que tange especificamente à prova jurídica, sabe-se que ela convoca, não apenas a ideia de “*constatação demonstrada de fato ocorrido*” (sentido objectivo de prova), como também a ideia de “*aprovar ou fazer aprovar*” (sentido subjectivo de prova)⁵⁴.

Os dois sentidos com que a prova surge referida (no fundo, o de comprovação dos factos no processo e o de criação no espírito do julgador de uma convicção sobre esses factos) devem então encontrar expressão adequada numa metodologia que seja capaz de considerá-la, quer na sua vertente de demonstração da realidade dos factos (objectiva), quer na sua vertente de convencimento do julgador (subjectiva).

Por outro lado, estando afastada a possibilidade de recuperação da distinção entre questão-de-facto e questão-de-direito tal como esta distinção costumava ser formulada e justificada⁵⁵ e mostrando-se insuficientes as tentativas mais recentes de absorver a normatividade jurídica por uma racionalidade narrativa e/ou hermenêutica (opondo, por exemplo, a consistência narrativa à consis-

⁵¹ Sobre as diversas modalidades de jurisprudencialismo possíveis (casuísmo, hermenêutica jurídica, pragmatismo prático-normativo, judicatismo decisório e judicatismo sistemático-problemático e dialéctico) e fornecendo uma proposta de um modelo metódico da realização do direito fundado nesta última modalidade, cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica ... cit.*, em especial, pp. 155 e segs..

⁵² ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica ... cit.*, pp. 70-81.

⁵³ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O papel do jurista no nosso tempo”, in *Digesta*, Vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 9-50 (47-48).

⁵⁴ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do direito ... cit.*, pp. 281-282.

⁵⁵ Assim também ANGEL LATORRE, *Introdução ao Direito cit.*, pp. 115-117. Porém, de uma forma mais detalhada e demonstrando a razão pela qual tal distinção não pode mais ser afirmada nos moldes em que havia sido formulada, cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica ... cit.*, pp. 163-286, e “Matéria de Facto – Matéria de Direito”, in *Digesta*, Vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 321-336.

tência normativa⁵⁶ ou a coerência narrativa a uma coerência normativa⁵⁷ ou procedendo a uma narrativização da juridicidade em todos os seus níveis⁵⁸), a solução terá de passar também no domínio da prova por uma metodologia que assente numa perspectiva unitária dessa normatividade⁵⁹.

Ora, a adopção do método do caso, longe de traduzir uma conversão metodológica do pensamento jurídico numa mera casuística (tanto mais que o problema concreto convoca sempre, numa ineliminável dialéctica recíproca, o sistema de normatividade) ou mesmo numa desesperante casuística em que por vezes redundam certas construções provenientes ou estribadas no pensamento problemático da escola tópico-retórica⁶⁰, também não implica uma convocação mais ou menos criteriosa de jurisprudência desligada dos objectivos da dogmática jurídica ou de uma intencionalidade normativa própria do direito.

⁵⁶ RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, e *Law's Empire*, London: Fontana Press, 1986.

⁵⁷ NEIL MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1978, "Coherence in Legal Justification", in *Theory of Legal Science*, edited by A. PECZENIK et al., Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1984, pp. 235-251, e *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford: Oxford University Press, 2005, em especial pp. 214-236.

⁵⁸ BERNARD S. JACKSON, em diversas ocasiões: *Semiotics and Legal Theory*, Liverpool, UK: Deborah Charles Publications, 1997 (reimpressão da edição publicada em 1985 por Routledge and Kegan Paul), *Law, Fact and Narrative Coherence*, Liverpool, UK: Deborah Charles Publications, 1988, "Narrative models in legal proof", in *Narrative and the Legal Discourse. A Reader in Storytelling and the Law*, org. DAVID RAY PAPKE, Liverpool: Deborah Charles Publications, 1991, pp. 158-178, *Making Sense in the Law: Linguistic, Psychological and Semiotic Perspectives*, Liverpool, UK: Deborah Charles Publications, 1995, *Making Sense in Jurisprudence*, Liverpool, UK: Deborah Charles Publications, 1996, "Truth or Proof?: The criminal verdict", in *International Journal for the Semiotics of Law*, Vol. XI, No. 33, 1998, pp. 227-273, "Bentham, Verdade e Semiótica Jurídica", in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º Aniversário: estudos de Direito e Filosofia*, org. AUGUSTO SILVA DIAS et al., Coimbra: Almedina, 2009, pp. 133-160.

⁵⁹ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, "Arguição nas Provas de Doutoramento ..." cit., p. 602.

⁶⁰ Sobre a tópica e a retórica jurídicas e as concepções prático-argumentativas acerca do processo de aplicação do direito, cfr. JOSÉ LAMEGO, *Elementos de Metodologia Jurídica* cit., pp. 180-192, MANUEL ATIENZA, *As Razões do Direito. Teoria da Argumentação Jurídica*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Gen/Forense Universitária, 2014, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Direito, Retórica e Comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*, 3.ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA, *Breve Tratado da Razão Jurídica*, Sintra: Zéfiro, 2012, pp. 147-222, e HERMENEGILDO FERREIRA BORGES, *Retórica, Direito e Democracia*, Lisboa, 1992. Porém, para uma crítica à escola tópico-retórica (mesmo a filiada em construções mais recentes com as de CHAIM PERELMAN, STEPHEN TOULMIN, NEIL MACCORMICK e ROBERT ALEXY) no sentido de que poderá a retórica dizer aos juristas alguma coisa mas não tudo, cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica ...* cit., pp. 72-74, e FERNANDO JOSÉ BRONZE, "As margens e o rio (da retórica jurídica à metodonomologia)", in *Analogias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 81-117.

O referente e o fundamento do juízo decisório não podem deixar de ser, respectivamente, o sistema jurídico e o sentido do direito⁶¹.

Tão-pouco a adopção daquele método fomenta a chamada à colação de um caso de cariz meramente ilustrativo para então se poder veicular uma posição previamente definida ou uma qualquer pré-compreensão (fundada, por exemplo, na doutrina ou na jurisprudência) quanto à melhor solução para certo tema⁶². Obrigará sim, tal como exige o terceiro momento ou instância da racionalidade prática (o momento da concretização material do direito) e que retira grande parte do sentido do debate entre o pensamento sistemático e o pensamento tópico⁶³, a “*compreender e assumir metodicamente a dialéctica entre sistema e problema, enquanto coordenadas metodologicamente complementares e irreduzíveis do iudicium jurídico*”, excluindo dessa forma, como sugere certa corrente jurisprudencialista, “*tanto uma pura tópica como um estrito normativismo*”⁶⁴.

V. No essencial, poder-se-á dizer que o método do caso (que é um verdadeiro método e não apenas um estilo de pensar ou uma mera técnica de pensamento como a tópica⁶⁵) tem o condão de potenciar o desenvolvimento e o aprofundamento das coordenadas gerais a ter em conta “*no cotejo com o problema, a sua articulação específica, a ponderação da sua força normativa relativa na situação singular*” e implica que seja através do caso “*que se procura conhecer e se vai vislumbrar a ordem jurídica*”⁶⁶.

Repare-se que os casos exigem a recolha das respostas (opiniões ou dogmas) temporariamente consideradas inatacáveis e, quando sejam representativos de um determinado problema, permitem igualmente questionar essas respos-

⁶¹ FERNANDO JOSÉ BRONZE, “Racionalidade e metodonologia”, in *Analogias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 151-176 (168).

⁶² Recorde-se, em todo o caso, que para alguma doutrina nada impede que o aplicador do direito pretenda tomar qualquer decisão previamente à justificação dessa mesma decisão, ou seja, que a descoberta da decisão surja antes da justificação da decisão construída pelo decisor – MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito* cit., pp. 448-449. Assim também o assinala ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O sentido actual da metodologia jurídica” cit., pp. 408-409, referindo-se ao pensamento hermenêutico-prático de ESSER (que aquele autor não assume como sendo uma modalidade jurisprudencialista totalmente aceitável e correta), para quem a decisão concreta deveria orientar-se sobretudo por uma pré-compreensão ou um pré-juízo quanto à justeza da solução.

⁶³ ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA, *Breve Tratado da Razão Jurídica* cit., pp. 19-20.

⁶⁴ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Método jurídico” cit., pp. 324-325.

⁶⁵ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do direito ...* cit., pp. 289-292. A tópica basta-se, como refere JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito ...* cit., p. 479, “*com nexos fragmentários, sem necessidade de partir do todo*”.

⁶⁶ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil – Responsabilidade Civil: o método do caso*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 12 e 134.

tas suscitando perguntas que, partindo por exemplo de uma fundamentante reflexão prática, poderão perfeitamente vir a ter o condão de as fundamentar e legitimar. Recorrendo ao método do caso será então possível alcançar a já referida almejada correlação funcional entre as questões zetéticas e as questões dogmáticas e fazer um teste no campo da prova da utilidade da referida corrente jurisprudencialista.

Mas não só: a necessidade de uma teoria do caso perfila-se mesmo ao nível da investigação criminal e da realização do direito em matéria penal, já que, na lógica da investigação, ao invés de um silogismo dedutivo ou de uma mera indução, “*faz-se uma inferência a partir de uma afirmação sobre um caso particular com os conhecimentos disponíveis, que configuram uma regra, para atingir outra afirmação mais profunda acerca do mesmo caso particular*”, o que vem a traduzir-se numa lógica mais próxima da abdução, numa lógica da singularidade e numa lógica de possibilidade⁶⁷.

4. Conclusões gerais

I. Procurámos dar um modesto contributo para a discussão sobre a inclusão da probática na ciência do direito e para explicar a possível utilidade do recurso ao método do caso para a teoria da prova.

II. No que respeita ao primeiro ponto, podemos assumir que o tema da prova jurídica tem plena inserção na dogmática jurídica ou na ciência do direito.

Contudo, valerá a pena não esquecer que apenas a probática estará em condições de assegurar a possibilidade de se proceder a uma reflexão mais profunda sobre a prova, ou seja, que não fique limitada à tentativa de fornecimento de respostas dogmáticas a questões colocadas sobre as regras de prova e o direito probatório.

Note-se que essa reflexão não poderá perder de vista a dialéctica dos pólos em que se centra a questão metodológica no direito, ou seja, o problema e o sistema. Além disso, de acordo com o mandamento da autonomia do direito, dever-se-á adoptar uma perspectiva especificamente jurídica do problema da prova.

A teoria da prova encontra efectivo respaldo na dogmática ou ciência jurídica, sendo que os modelos mais recentes de aplicação do direito acentuam a

⁶⁷ MARIA FERNANDA PALMA, “Introdução ao direito da investigação criminal e da prova”, in *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, coord. MARIA FERNANDA PALMA et al., Coimbra: Almedina, 2014, pp. 7-18 (7-10).

lógica de uma racionalidade prática. Não obstante, a ciência ou teoria da prova terá também de reflectir a tentativa de recurso a uma técnica que seja utilizável e que possa adquirir validade em virtude da sua relevância prática. Para além de pontos de vista e argumentos relevantes (externos ou não ao direito), deverá então ser procurado apoio num sistema de valores, o que não pode deixar de implicar uma reflexão filosófica.

III. Em relação ao método do caso, a sua utilidade para a teoria da prova é fruto de várias ponderações.

Desde logo, a imposição de uma metodologia de análise também no domínio da prova orientada para os modelos de decisão jurídica, os quais supõem que se desenvolva um esforço de correlação funcional entre as chamadas questões zetéticas (no fundo, a problematização) e as chamadas questões dogmáticas. Esta correlação implica a tomada em consideração também para a prova jurídica de uma metodologia assente numa racionalidade prática, especificamente jurídica, para a qual é mobilizada uma dialéctica (contínua) entre sistema e problema. Como a relação entre a norma e o caso deve saldar-se na perspectiva daquela no caso e na interrogação da norma através da perspectiva problemática do caso e não o inverso, julgamos que a forma mais adequada e eficaz de alcançar a referida correlação funcional será recorrer ao método do caso.

Para além das vantagens ao nível da formação (ou da pedagogia jurídica) ou das virtualidades dogmáticas sobejamente assinaladas (em especial se usado em complemento com o método jurídico de matriz continental), o método do caso encontra plena utilidade também no campo da teoria da prova. Obriga a compreender e assumir metodicamente a dialéctica entre sistema e problema, tal como propugna uma certa corrente jurisprudencialista (a do judicativismo sistemático-problemático e dialéctico). O método do caso torna então possível alcançar a almejada correlação funcional entre as questões zetéticas e as questões dogmáticas e fazer um teste no campo da prova da utilidade desta corrente jurisprudencialista.

Lisboa, 10 de Abril de 2018