

**X ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CRIMINOLOGIA**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D598

Direito penal, processo penal e criminologia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Matheus Felipe De Castro; Luis Andrés Cucarella Galiana – Florianópolis:
CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-002-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA

Apresentação

O Brasil passa por grandes transformações em seu Sistema de Justiça Criminal. O surgimento da denominada "Operação Lava Jato" com suas práticas; a tramitação no Congresso Nacional de um anteprojeto de Código de Processo Penal; as pressões legislativas, oriundas do Ministério da Justiça em torno da "flexibilização" dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade processuais penais, com adoção mais ampla de institutos e práticas ligadas ao que vem sendo chamado de "justiça penal negociada", estão impactando fortemente a tradição de uma matriz que atravessou os séculos XX e XI. O grande desafio é, sem preconceitos, analisar as propostas e verificar no que elas podem representar avanços ou retrocessos para uma nação que se encontra às vésperas de um caos de violência individual e institucional e que não conseguirá superá-las sem debate democrático e muita criatividade, aceitando o desafio de quebrar naturalidades e pensar as instituições do futuro. Esse foi o espírito dos pesquisadores que se reuniram entre os dias 05 a 07 de setembro de 2019, na cidade de Valência, na Espanha, para a realização do X Encontro Internacional do CONPEDI, no GT Direito Penal, Processo Penal e Criminologia I. Os organizadores desejam a todos e a todas uma excelente leitura, com vistas à compartilhar com a comunidade acadêmica uma síntese dos debates realizados.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

Prof. Dr. Matheus Felipe De Castro - UFSC

Prof. Dr. Luis Andrés Cucarella Galiana - UV

OS LIMITES DA FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS: ANÁLISE DO ACORDÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA QUE DESENCADEOU PROCESSO DISCIPLINAR

THE RATIONALE LIMITS IN JUDICIAL DECISIONS: ANALYSIS OF THE DOMESTIC VIOLENCE COURT JUDGMENT THAT LEAD TO DISCIPLINARY PROCEEDINGS

Larissa Amaral Esteves

Resumo

Este trabalho trata dos limites da fundamentação nas decisões judiciais, baseando-se no acórdão proferido pelo Tribunal de Relação do Porto, em caso de violência doméstica. A metodologia se pauta em um estudo de caso, além de levantamentos bibliográficos, apontamentos históricos e teorias criminológicas. Possuindo como objetivo analisar quais os limites da fundamentação de uma decisão, buscando-se investigar porque o acórdão foi alvo de processo disciplinar em razão da fundamentação utilizada. Concluiu-se, que a decisão não está de acordo com a Lei e a Constituição, e não permite a realização do controle de legalidade e a compreensão da razão de decidir.

Palavras-chave: Fundamentação, Decisão judicial, Violência doméstica

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the rationale limits in judicial decisions based on the court judgment made by Relação's Judicial Court of Porto on domestic violence. The methodology is based on bibliographical data, historical records, and criminological theories. The objective of this study is to analyse the rationale limits in judicial decisions by conducting an investigation on why the court judgment was subjected to disciplinary proceedings. It was concluded that the decision is not in accordance with the Law and the Constitution, and does not allow the accomplishment of the control of legality and the understanding of the ratio decidendi.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rationale, Judicial decision, Domestic violence

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará sobre os limites da fundamentação nas decisões judiciais, tendo por base a análise do acórdão proferido pelo Tribunal de Relação do Porto no dia 11/10/2017, redigido pelo Juiz Desembargador Neto de Moura, e assinado também pela Juíza Maria Luísa Arantes, em que justificou-se a manutenção da pena suspensa para um homem que agrediu violentamente a mulher com uma moca (instrumento de madeira) com pregos nas pontas, e se utilizou de uma fundamentação inadequada juridicamente, sendo alvo de Processo Disciplinar junto do Conselho Superior da Magistratura.

Sendo assim, ambos os agressores foram condenados pelo Tribunal de primeira instância à penas suspensas, haja vista que a violência contra a mulher foi simplificada, por não ter sido tão grave. No acórdão, os desembargadores confirmaram a decisão de primeira instância, e na fundamentação, estes utilizaram-se da bíblia e da lei penal portuguesa de 1986, a qual codificava o adultério como crime, e grave atentado a honra.

Neste contexto, o tema se mostra relevante na medida em que, a preocupação com a linguagem utilizada nos processos judiciais, deve ser de extrema importância, sob pena de expor em demasia as vítimas. Além disso, a função dos magistrados de atender ao interesse público deve ser efetivada, para que a confiança dos cidadãos com o sistema de justiça não seja abalada. Sendo assim, no presente trabalho, questiona-se: quais os limites da fundamentação utilizada no acórdão que trata do caso de violência doméstica?

Para obter a resposta desse problema, ter-se-á como objetivo analisar quais os limites da fundamentação de uma decisão, com base no acórdão que julgou um caso de violência doméstica, o qual desencadeou um processo disciplinar. Nesse sentido, busca-se investigar porque um Juiz Desembargador foi alvo de processo disciplinar em razão da fundamentação utilizada nesse caso, tendo-se por base o tipo de linguagem utilizada na decisão, e não o resultado do acórdão em si, buscando-se investigar se esta fundamentação utilizada está de acordo com a Constituição e com a Lei.

O trabalho será desenvolvido a partir de um estudo de caso, pautando-se no acórdão de violência doméstica que desencadeou processo disciplinar contra os desembargadores que proferiram a decisão. Ademais, será utilizado também, levantamentos bibliográficos, apontamentos históricos e teorias criminológicas que buscam explicar a sistemática da argumentação jurídica e os limites da fundamentação das decisões.

Desse modo, a presente pesquisa foi estruturada em 5 seções. No primeiro tópico será feita uma descrição e análise do caso de violência doméstica que é o cerne de estudo desta pesquisa. Já no segundo tópico, será feita uma abordagem do processo disciplinar do qual o

acórdão foi alvo, por meio do órgão de disciplina dos magistrados, o Conselho Superior da Magistratura (CSM), e a repercussão do caso em Portugal. No terceiro tópico, será feita uma análise da argumentação jurídica, e as suas funções e aplicabilidade no Direito.

Já no quarto tópico, será abordado o dever constitucional de fundamentação das decisões e sua extrema importância para a sentença, e por fim, no último tópico, será realizada uma análise crítica da fundamentação utilizada pelos desembargadores no caso de violência doméstica que será estudado.

2. O CASO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A presente pesquisa pauta-se na análise de um caso de violência doméstica ocorrida em 2015 no concelho de Felgueiras, que envolve três pessoas, haja vista que a vítima foi agredida pelo ex-marido e pelo homem com quem tinha mantido uma relação extraconjugal, motivo que gerou a separação do casal alguns meses antes da agressão. A vítima então foi sequestrada pelo ex-amante¹, no dia 29/06/2015, o qual tentava retomar a relação com esta, e com a negativa da mulher, ele então chamou o ex-cônjuge da vítima para juntos a confrontarem.

Diante do ocorrido, os dois homens foram submetidos a julgamento por tribunal singular, pela Seção Criminal da Instância Local de Felgueiras, Comarca de Porto Este, a qual proferiu sentença em 31/05/2017, condenando o ex-marido como autor material do crime de violência doméstica de forma consumada², na pena de 1 (um) ano e 3 (três) meses de prisão, a qual foi suspensão a sua execução por igual período³, mediante a proibição de qualquer contato ou aproximação com a vítima. Além disso, o arguido (ex-marido da vítima) foi condenado pelo crime de detenção de arma proibida⁴ à pena de 250 (duzentos e cinquenta) dias de multa, à taxa diária de € 7,00 (sete euros), totalizando € 1.750,00 (mil, setecentos e cinquenta euros) (MOURA, 2017, p.1.).

Já o ex-amante, foi condenado como cúmplice no crime de violência doméstica, consumado, à pena de 1 (um) ano de prisão, mas também teve sua pena suspensa mediante a proibição de qualquer tipo de contato ou aproximação com a vítima, foi condenado também como autor material, e em concurso real, do crime de perturbação da vida privada⁵, de forma consumada, à pena de 180 (cento e oitenta) dias de multa, à taxa diária de € 6,00 (seis euros),

¹ No presente trabalho utilizou-se as expressões “ex-marido” e “ex-amante”, apenas para facilitar a exposição do caso, não sendo estas as expressões utilizadas no acórdão, e não possuindo tais expressões, utilização pejorativa nesse estudo.

² Artigo 152º, n.º 1, alínea a) do Código Penal Português.

³ Consoante artigo 50, n.º s 1, 2 e 5, 51º, n.º 1 e 52º, n.º 1 do Código Penal Português.

⁴ Consoante artigo 86º, n.º 1 al. d), do Regime Jurídico das Armas e Munições (RJAM) introduzido pela Lei nº 5/2006, de 23/02 e subsequentes alterações operadas pela Lei n.º 17/2009 e Lei n.º 12/2011.

⁵ Consoante artigo 190º, n.º 2, com referência ao n.º 1 do Código Penal Português.

num total de € 1.080,00 (mil e oitenta euros), e condenado como autor material, em concurso real e de forma consumada, à prática do crime de injúrias⁶, à pena de 80 (oitenta) dias de multa à taxa diária de € 6,00 (seis euros), totalizando € 480,00 (quatrocentos e oitenta euros) (MOURA, 2017, p.2).

Ademais, o ex-amante também foi condenado pela prática do crime de ofensa à integridade física simples⁷, como autor material, em concurso real e na forma consumada, à pena de € 220,00 (duzentos e vinte) dias de multa à taxa diária de € 6,00 (seis euros), totalizando € 1.320 (mil, trezentos e vinte euros), e por fim, condenado pela prática do crime de sequestro⁸, como autor material, em concurso real e na forma consumada, à pena de € 250 (duzentos e cinquenta) dias de multa à taxa diária de € 6,00 (seis euros), totalizando € 1.500,00 (mil e quinhentos euros). Então, a pena única do arguido foi de 580 (quinhentos e oitenta) dias de multa à taxa diária de € 3.480,00 (três mil quatrocentos e oitenta euros) (MOURA, 2017, p.2).

Sendo assim, ambos os agressores foram condenados pelo Tribunal de Felgueiras à penas suspensas, haja vista que o juiz de primeiro grau diminuiu a culpa do ex-marido em razão de ter sido motivado por ciúme de ter descoberto a traição, estar fragilizado, ter se internado com depressão e ter se arrependido do fato, e o ex-cônjuge teve redução da culpa por ciúme e por não ter lidado bem com o fim do relacionamento. Desse modo, a violência foi simplificada, por não ter sido tão grave.

O Ministério Público recorreu da sentença, numa tentativa de obter penas mais severas, alegando que o tribunal fez uma valoração equivocada da prova, no que diz respeito a matéria de fato afirmou que a conduta dos arguidos teria sido premeditada, e que alguns fatos provados, teriam sido omitidos pela sentença. Com relação a matéria de direito, o órgão de acusação alega que a pena aplicada ao ex-marido não condiz com a gravidade dos fatos, nem às necessidades de prevenção, assim como a pena do ex-amante não condiz com a prevenção geral e especial, e discorda da suspensão da execução da pena (MOURA, 2017, p.3).

No entanto, a decisão foi confirmada pelos juízes da Relação do Porto, que não vislumbraram razões para agravar as penas e até defenderam que o Tribunal de Felgueiras podia ter ponderado "uma atenuação especial da pena", haja vista à acentuada diminuição da culpa e arrependimento genuíno do ex-marido. "Foi a deslealdade e a imoralidade sexual da assistente [a vítima] que fez o arguido cair em profunda depressão e foi nesse estado depressivo e toldado

⁶ Consoante artigo 181, n.º 1 do Código Penal Português.

⁷ Consoante artigo 143º, n.º1, do Código Penal Português.

⁸ Consoante artigo 158º, n.º1, do Código Penal Português.

pela revolta que praticou o acto de agressão, como bem se considerou na sentença recorrida" (MOURA, 2017, p.19 e 20).

Nesta decisão (2017, p.19), a fundamentação utilizada foi de cunho religioso, afirmando que:

(...) O adultério da mulher é um gravíssimo atentado à honra e dignidade do homem. Sociedades existem em que a mulher adúltera é alvo de lapidação até à morte. Na Bíblia, podemos ler que a mulher adúltera deve ser punida com a morte. Ainda não foi há muito tempo que a lei penal [de 1886] punia com uma pena pouco mais que simbólica o homem que, achando a sua mulher em adultério, nesse acto a matasse.

Nesse sentido, os desembargadores afirmaram, no acórdão (2017, p.19) proferido em 11/10/2017, que com estas referências pretendiam apenas "acentuar que o adultério da mulher é uma conduta que a sociedade sempre condenou e condena fortemente (e são as mulheres honestas as primeiras a estigmatizar as adúlteras) e, por isso, vê com alguma compreensão a violência exercida pelo homem traído, vexado e humilhado pela mulher".

Ademais, a decisão (2017, p.19) explica que a presente situação de fato “está longe de ter a gravidade com que, geralmente, se apresentam os casos de maus tratos no quadro da violência doméstica”, além de a conduta do arguido ter ocorrido em um contexto de adultério por parte da vítima. Ou seja, o desembargador compara esse caso com outros e diz que esse é leve comparado com os outros, diz que o adultério é um grave atentado a honra e a dignidade do homem.

3. O PROCESSO DISCIPLINAR E A REPERCUSSÃO DO CASO

O presente acórdão foi alvo de críticas em Portugal, o que originou diversas queixas ao Conselho Superior de Magistratura (CSM), órgão responsável pela disciplina dos juízes, gerando reações até na hierarquia da magistratura. Então, no dia 23/10/2017, o CSM publicou a primeira nota acerca do acórdão não esclarecendo, inicialmente, se o assunto seria ou não discutido no seu seio, mas afirmou que “nem todas as proclamações arcaicas, inadequadas ou infelizes constantes de sentenças assumem relevância disciplinar, por isso cabe ao conselho plenário se pronunciar acerca da relevância disciplinar desse tipo de situação”

Ademais, a mesma nota informativa esclareceu também que os tribunais são independentes, e que o CSM não intervém e nem pode intervir no que diz respeito às questões jurisdicionais. Mas, os juízes ao proferirem uma decisão, devem obedecer a Constituição e à Lei, e isso é o que deve acontecer sempre (CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA, 2017). Ocorre que os juízes dos tribunais superiores não sofrem inspeções classificativas

ordinárias, ainda que o acesso à relação e ao Supremo Tribunal de Justiça levem em consideração os elementos importantes, que estão à disposição do CSM.

Dessa maneira, recorda ainda o CSM ainda nesta mesma nota, que a obediência dos juízes à Constituição e à lei determina que as sentenças dos tribunais devem se basear nessa fonte de legitimidade, e levem em linha de conta “os princípios da igualdade de género e da laicidade do Estado”, “sem obediência ou expressão de posições ideológicas e filosóficas claramente contrastantes com o sentimento jurídico da sociedade em cada momento.” (CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA, 2017, p.1).

Além disso, o conselho afirmou que “tem desenvolvido várias ações sobre questões que preocupam a sociedade no seu conjunto, mantendo, nomeadamente, uma estreita cooperação com a Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género no apoio à aplicação do V Plano Nacional de Prevenção e Combate à Violência Doméstica e de Género”, e que pretende aprofundar a ação que vem concretizando no sentido de buscar a proteção de temas que tocam os Direitos Humanos (CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA, 2017, p.1).

Sendo assim, o CSM em 25/10/2017, determinou que fosse instaurado inquérito, para que as questões suscitadas no acórdão pudessem ser deliberadas em Conselho Plenário (CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA, 2017, p.1). Então, em nota informativa do CSM publicada em 05/12/2017, este órgão deliberou em converter em processo disciplinar o inquérito aberto contra os desembargadores que proferiram o acórdão. Então, Neto de Moura responde "por violação dos deveres funcionais de correcção e de prossecução do interesse público, este na vertente de actuar no sentido de criar no público a confiança em que a Justiça repousa (12 votos a favor e 5 contra)", e Luísa Arantes, por sua vez, responde “por violação do dever de zelo (9 votos a favor e 8 contra)”.

Desse modo, no que diz respeito ao Processo Disciplinar instaurado pelo CSM, em 29/01/2019, este órgão de cúpula em deliberação de oito votos a favor e sete contra, considerou que as expressões e juízos utilizados no acórdão configuram infração disciplinar. Ademais, o conselho considera que a "censura disciplinar em função do que se escreva na fundamentação de uma sentença ou de um acórdão apenas acontece em casos excepcionais", dado o princípio da independência dos tribunais e a indispensável liberdade de julgamento. Mas sustenta que, neste caso em concreto, se considerou haver infração "em virtude de as expressões em causa serem desnecessárias e autónomas relativamente à actividade jurisdicional" (CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA, 2019, p.1).

Por fim, na última nota publicada pelo CSM, em 05/02/2019, o plenário determinou, quanto ao Juiz Desembargador relator, Neto de Moura, a sanção de advertência, em razão da

prática de infração disciplinar de violação do dever de correção. E, com relação a Juíza Desembargadora que atuou como adjunta no acórdão, entendeu-se pelo arquivamento do processo, haja vista que não “lhe era exigível demarcar-se formalmente de expressões que não integravam o núcleo essencial da fundamentação, antes constituindo posições da responsabilidade pessoal e exclusiva do relator” (CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA, 2019, p.1).

Nesse ínterim, a preocupação com a linguagem utilizada nos processos judiciais, deve ser de extrema importância, sob pena de expor em demasia as vítimas. Além disso, a função dos magistrados de atender ao interesse público deve ser efetivada, para que a confiança dos cidadãos com o sistema de justiça não seja abalada.

Diante desse cenário a Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) manifestou (2017, p.1) "o seu mais veemente repúdio face ao Acórdão da 1ª Secção Criminal do Tribunal da Relação do Porto (Processo n.º 355/15.2 GAFLG.P1)", que justificou um caso de violência doméstica em razão do adultério. "Esta decisão judicial reflecte um total desfasamento face à realidade actual e face a uma sociedade que é felizmente muito menos tolerante a actos de violência como os que originaram o referido processo judicial do que aquela que os Senhores Juízes Desembargadores responsáveis por esta decisão parecem idealizar", prossegue a nota.

Ademais, a Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (2017, p.1) critica:

"Recorrer à Bíblia ou ao Código Penal de 1886 para fundamentar a ideia de que o adultério é fortemente censurado pela comunidade e que, consequentemente, esta vê com alguma compreensão a violência exercida pelo homem sobre a mulher, é fazer tábua rasa não só da evolução social verificada em Portugal nos últimos 40 anos, mas também da trajectória efectuada pelo direito penal português".

Sendo assim, o que se questiona no presente trabalho, é porque um juiz desembargador foi alvo de processo disciplinar em razão da fundamentação utilizada em um acórdão. Ora, o que está em causa é o tipo de linguagem utilizada na decisão, e não o resultado do acórdão, sendo assim, não se está colocando em causa o princípio da insindicabilidade das decisões judiciais, mas sim buscando-se investigar se esta fundamentação utilizada está de acordo com a Constituição e com a Lei.

4. A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O DIREITO

A argumentação jurídica, segundo Manuel Atienza (2002, p.332) possui carácter central na cultura jurídica ocidental, devido a alguns fatores que correspondem também as três funções da teoria da argumentação. A primeira função, de natureza teórica ou cognoscitiva diz respeito

a contribuição desta teoria para o desenvolvimento de outras disciplinas jurídicas ou não, permitindo entender melhor o fenômeno jurídico e a prática de argumentar. Sendo assim, encaixa-se perfeitamente no entendimento de Robert Alexy, que visualiza o Direito, tanto como um sistema de normas, que corresponde a teoria comum do Direito, quanto como um sistema de procedimentos, e essa seria a visão adotada pela teoria da argumentação jurídica (ATIENZA, 2014, p.20).

Desse modo, um dos fatores da centralidade desta teoria ocorre haja vista que as visões do Direito mais tradicionais do século XX, não deram tanta importância a teoria da argumentação, por esse motivo existe um interesse de conhecimento para que sejam construídas teorias jurídicas mais completas que preencham essa lacuna. Então, como a argumentação é uma atividade central dos juristas, o Direito oferece um dos campos mais importantes para a argumentação, daí a importância de natureza teórica dessa teoria (ATIENZA, 2002, p.332).

A segunda função, de acordo com Manuel Atienza (2002, p.333), é de natureza prática ou técnica, e corresponde a capacidade de a teoria da argumentação jurídica poder oferecer uma orientação útil no momento de produção, interpretação e aplicação do Direito. Mas, para que ela cumpra com essa finalidade, é necessário que haja um método que possibilite a reconstrução do processo real da argumentação, e a existência de critérios que possibilitem realizar um julgamento correto sobre a sua correção, ocorre que essa é uma tarefa que está para ser cumprida.

Ademais, segundo Atienza (2002, p.334) outra função prática da teoria da argumentação jurídica seria a de fornecer uma base adequada para o processo de aprendizagem do Direito, permitindo aos estudantes o pensar ou raciocinar como um jurista, ou seja, não limitá-los apenas a conhecer os conteúdos do Direito positivo, mas sim, aplicá-los, segundo esta teoria.

Nesse sentido, esta função se relaciona diretamente com outro fator que coloca a teoria da argumentação jurídica na centralidade da cultura jurídica, qual seja o fato de que a prática do Direito consiste de forma relevante na argumentação, e as imagens populares do Direito são fator importante para o destaque dessa dimensão argumentativa, além do que a argumentação é um dos fatores centrais do ensino do Direito nas instituições de ensino (ATIENZA, 2014, p.21).

Por fim, a terceira função da teoria da argumentação, é política ou moral, e se relaciona com o tipo de ideologia jurídica que está sempre na base da construção da argumentação, e pautando-se em uma valoração positiva do que é o direito moderno, sempre é possível fazer justiça de acordo com o Direito, as Leis (ATIENZA, 2002, p.334).

Já com relação aos fatores de centralidade da argumentação jurídica, de acordo com

Manuel Atienza (2014, p.22-23) tem-se em conta a mudança nos sistemas legislativos, passando de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional, o qual prescinde um rigor maior na argumentação jurídica dos órgãos públicos. Dessa forma, o Estado Constitucional pressupõe a subordinação completa do Poder ao Direito e à Razão, sendo assim a evolução deste Estado exige o incremento quantitativo e qualitativo da exigência de fundamentação das decisões pelos órgãos públicos.

Nesta senda, há também um fator de natureza pedagógica, haja vista que o ensino do Direito recai mais sobre a prática, e uma boa teoria se pauta na argumentação. E por fim, há o fator de natureza política, pois existe uma vinculação da argumentação à democracia, pressupondo que os cidadãos sejam capazes de argumentar racionalmente para que possam contribuir para as decisões da vida em comum, por isso sua importância (ATIENZA, 2014, p.25-26).

O discurso jurídico, em grande parte, relaciona-se com a obtenção da sentença e a forma como esta é fundamentada (LAMEGO, 1986, p.69). Nesse cenário, a argumentação jurídica, ou seja, a prática judicial de fundamentar as decisões judiciais, configuram uma tipologia de sistemas jurídicos nos quais a argumentação jurídica se apresenta de diversas formas, e representam um elemento essencial da cultura jurídica interna, ou seja, a dos que realizam as atividades jurídicas especializadas na sociedade (ATIENZA, 2014, p.28).

Dessa forma, de acordo com José Lamego (1986, p.83), o sistema jurídico não é apenas um sistema simbólico, mas sim um subsistema do sistema social global, logo, o que é considerado “Direito” em uma sociedade requer a utilização de determinadas regras sociais de reconhecimento que denotam a prática das autoridades a qual cabe a solução dos casos.

Sendo assim, existem quatro tipos de sistemas jurídicos, são eles: sistemas jurídicos fechados e que não aceitam inovação, ou seja, as decisões só podem adotar como premissas proposições do direito, jurídicas; fechados mas que admitem inovação; abertos e que aceitam a inovação, ou seja, não há limite para o que é considerado premissa, e abertos que aceitam a inovação, então há possibilidade de surgir direito novo, são sistemas de legalidade revolucionária (ATIENZA, 2014, p.28-29).

Ocorre que, os juristas europeus em sua maioria se pautaram no positivismo normativista, sendo assim, o poder dos intérpretes e aplicadores direito é limitado por um ordenamento jurídico (ATIENZA, 2014, p.31-34). Por outro lado, um sistema jurídico em que os juízes e tribunais não tivessem vinculação a normas como fundamento de suas decisões, pautando-se a solução do caso de forma discricionária, estes já não seriam considerados como sistema jurídico (LAMEGO, 1986, p.84).

5. A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

De acordo com Joaquim Malafaia (2017, p.29-30), o Estado Democrático de Direito possui como um dos princípios basilares o princípio da constitucionalidade, segundo o qual os atos tem que estar em conformidade com a Constituição. Sendo assim, pode-se afirmar que o processo penal é o Direito Constitucional aplicado, haja vista que neste ramo do Direito se materializam as normas constitucionais. Dessa forma, as normas constitucionais do processo penal devem sempre serem aplicadas ao caso concreto, haja vista que serve até mesmo como forma de breçar à ânsia das instâncias formais de controle.

Neste sentido, a Constituição exige o dever de fundamentação das decisões, de caráter completo, ou seja, o conteúdo da fundamentação deve expressar a justificativa do que fora decidido, não deixando de fora nenhum elemento da decisão. Sendo assim, a exigência é que tanto a matéria de fato quanto de direito, que foram objeto de apreciação na decisão, sejam devidamente justificadas, possibilitando que a decisão seja compreendida tanto pelo destinatário direto como indireto da sentença (LOPES, 2011, p.213-214).

Diante disso, segundo o entendimento de Michele Taruffo (2015, p.380), a norma constitucional torna a motivação uma condição de jurisdicionalidade dos provimentos judiciais, haja vista que esses constituem expressões da jurisdição quando são devidamente motivados. Sendo assim, a fundamentação está intimamente ligada com a natureza da função jurisdicional no Estado Democrático de direito, pois dessa maneira é possível controlar de forma externa e difusa as modalidades concretas de exercício do poder conferido ao juiz.

Então, a fundamentação da sentença deve vincular-se com a Constituição para que possa garantir que a decisão atenda aos princípios da completude e da indisponibilidade, que advém da exigência de a fundamentação ser suficiente, coerente e concisa, atendendo ao que prevê os artigos 374º n.º 2 do CPP Português a respeito da estrutura da sentença penal (LOPES, 2011, p.332). Dessa forma, se esta é uma fundamentação suficiente, uma fundamentação insuficiente seria uma fundamentação inapropriada, haja vista apresentar omissões na estrutura racional, a qual é essencial para uma adequada fundamentação (LOPES, 2011, p.338).

Neste sentido, de acordo com José de Carvalho (2013, p.78), uma das garantias do Estado Democrático de Direito é o dever de fundamentação, já que ele possibilita a realização de um controle da legalidade e serve para esclarecer aos interessados e a sociedade sobre a correção e justiça da decisão. Este dever de fundamentação está previsto no artigo 205º, n.º1 da Constituição Portuguesa, e engloba vários princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, a legalidade, a imediação, a contrariedade, a presunção de inocência, o direito a tutela e a livre apreciação da prova.

Ademais, segundo Michele Taruffo (2015, p.378), a natureza jurídica da fundamentação estabelece o resultado de uma atividade de documentação, ou seja, a parte da sentença onde são expostos os motivos de fato e de direito, consistiria em um documento onde se vislumbraria o *iter* decisório, intrinsecamente.

Neste cenário, a fundamentação das decisões é de extrema importância, haja vista que por meio dela pode-se analisar o poder judicial, e controlar a lógica, a objetividade e a racionalidade das decisões, bem como os outros poderes estão sujeitos a controle e análise próprios. Sendo assim, pode-se realizar o controle da legalidade, da racionalidade, da imparcialidade e da ponderação das decisões judiciais (CABRITA, 2015, p.29).

Dessa forma, segundo José Lopes (2011, p.161): “a fundamentação da sentença pretende justificar a decisão através de argumentos destinados a defendê-la aos olhos de quem é por ela atingida ou pretende controlá-la para verificar a sua legitimidade e justiça”. Sendo assim, a motivação jurisdicional da sentença tem como uma de suas finalidades mostrar para a sociedade os motivos que levaram o magistrado a tomar aquela decisão e o consenso sobre as opções escolhidas.

Nesse contexto, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais é significativa sobretudo nas sociedades pluralistas, visto que não consideram como fonte de legitimidade a tradição e a autoridade de quem profere a decisão. Portanto, a autoridade deve-se pautar na justiça emanada do respeito às normas produzidas ou em valores de paz e ordem social (LOPES, 2011, p.55).

Então, por mais que hodiernamente a sociedade queira decisões legítimas providas de autoridade, estas devem ser justificadas, já que a responsabilidade do magistrado é justificar as decisões para que se possa entender o seu resultado. Mas, a legitimação da jurisdição pautase, anteriormente, no estrito cumprimento e vinculação à Lei por parte dos tribunais e dos magistrados, haja vista que deve haver a correta aplicação autoritária do direito, com a finalidade de a atuação judicial ser objetiva e pautada apenas no Direito (LOPES, 2011, p.56-57).

Dessa maneira, a atividade jurisdicional, que sujeita o juiz à Lei, entendida como expressão primária e fundamental que é a própria Constituição, é mais ampla e interventiva por meio da aplicação e interpretação da lei. Portanto, é por meio dessa estrutura normativo-constitucional que as estruturas jurisdicionais possuem independência e imparcialidade perante a sociedade e os demais poderes estatais.

Mas, em contrapartida, é exigido dos juízes o cumprimento de um conjunto de princípios ético-jurídicos, que devem ser materializados com rigor em seu modo de julgar, quais sejam, o

cumprimento de deveres pessoais de: isenção, integridade, reserva, diligência e humanismo. Dessa maneira, a concretização do poder jurisdicional se dá por meio de uma decisão fundamentada em argumentos racionais, que permitem que a decisão seja criticamente valorada e compreendida pelos cidadãos, sejam eles destinatários diretos ou não da decisão, legitimando o poder de decisão que o juiz possui, advindo do povo, diante da ideia de justiça para os cidadãos (LOPES, 2011, p.60,61 e 64).

Então, de acordo com José de Carvalho (2013, p.81-82), a exigência de motivação das decisões judiciais desempenha um autocontrole dos juízes, o que possibilita que a sociedade e o destinatário, compreendam os critérios utilizados pelo magistrado, além de apreciar se há legitimidade, razoabilidade e aceitabilidade na decisão judicial.

6. ANÁLISE CRÍTICA DA FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA NO CASO ESTUDADO

Diante do que fora exposto acima, observa-se que a decisão em análise possui uma insuficiência argumentativa, não apresentando uma fundamentação adequada, pois ao utilizar-se de passagens da bíblia, utilizar uma legislação que já não está mais em vigor e fazer juízo de valor da vítima em relação ao adultério, a decisão confronta os princípios constitucionais basilares do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a fundamentação do presente acórdão (2017, p.19) toca a questão da discriminação da mulher, pois ao citar que “o adultério da mulher é um gravíssimo atentado à honra e dignidade do homem”, e que “o adultério da mulher é uma conduta que a sociedade sempre condenou e condena fortemente e por isso se vê com alguma compreensão a violência exercida pelo homem traído, vexado e humilhado pela mulher”, este vai de contra a Constituição e à Lei, violando a dignidade da mulher.

Ora, consta da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁹ que todos os homens são iguais em dignidade e direitos, e acrescenta também que os direitos se aplicam sem distinção alguma, incluindo o sexo, portanto, a decisão violou tal Declaração¹⁰.

Ademais, ao fundamentar uma decisão, o julgador tem que se conformar com as normas constitucionais vigentes no ordenamento jurídico, o que não ocorreu no acórdão em análise

⁹Declaração Universal dos Direitos do Homem. Artigo 1º: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

¹⁰ Declaração Universal dos Direitos do Homem. Artigo 2º: “I) Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. II) Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.”

(MOURA, 2017, p.19), haja vista que ao afirmar que “Na Bíblia, podemos ler que a mulher adúltera deve ser punida com a morte. Ainda não foi há muito tempo que a lei penal [de 1886] punia com uma pena pouco mais que simbólica o homem que, achando a sua mulher em adultério, nesse acto a matasse”, além de lançar mão de uma legislação que não está em vigor e de utilizar uma fundamentação de cunho religiosa, está indo de contra à Lei Constitucional da República Portuguesa, a qual dispõe que “ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de...sexo...”¹¹, logo esta fundamentação também é inconstitucional.

Nesse contexto, o que se analisa neste acórdão não é o resultado da decisão, mas sim os motivos que levaram o julgador a entender dessa maneira, pois, como dito anteriormente, uma decisão devidamente fundamentada com base na Lei e na Constituição, permite o controle da legalidade e sobretudo serve para que os interessados, principalmente, mas também a sociedade, entendam os motivos da razão de decidir, e seja possível analisar a correção e a justiça da decisão de acordo com os parâmetros da Lei e do Direito.

7. CONCLUSÃO

Tomando por base o que fora desenvolvido no presente trabalho, tem-se que é inegável a extrema importância da motivação das decisões judiciais, pautando-se nas Leis vigentes e na Constituição, haja vista que é por meio da exigência de motivação da sentença que é possível realizar um autocontrole dos magistrados, tanto pela sociedade, quanto pelo destinatário da Decisão.

Sendo assim, além de ser possível compreender os critérios utilizados pelo magistrado para fosse possível chegar ao resultado da sentença, é possível também vislumbrar se há legitimidade, razoabilidade e aceitabilidade na decisão judicial.

Então, no acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto, há uma insuficiência argumentativa, pois a fundamentação não está adequada, haja vista fazer-se uso de passagens da bíblia, utilizar uma legislação que já não está mais em vigor e fazer juízo de valor da vítima em relação ao adultério, ora a decisão confronta os princípios constitucionais basilares do Estado Democrático de Direito.

Ademais, pode-se também chegar ao resultado que a Decisão viola a Declaração Universal dos Direitos do Homem, haja vista que segundo esta Declaração, todos os homens

¹¹Constituição da República Portuguesa. Artigo 13º: “ Princípio da igualdade. 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.”

são iguais em dignidade e direitos, e aplicação de tais direitos se dá sem distinção alguma, o que não ocorreu na Decisão estudada, haja vista que a fundamentação do acórdão claramente pautou-se em aspectos de gênero da vítima, na sua condição de mulher.

Ademais, ao utilizar-se de uma legislação que não está mais em vigor, e de uma fundamentação de cunho religioso, o acórdão está indo contra a lei constitucional, sendo esta decisão inconstitucional, ora ao fundamentar uma decisão, o julgador tem que se conformar com as normas constitucionais vigentes no ordenamento jurídico, o que não ocorreu no acórdão em análise.

Nesse contexto, o que se analisa neste acórdão não é o resultado da decisão, mas sim os motivos que levaram o julgador a entender dessa maneira, pois, como dito anteriormente, uma decisão devidamente fundamentada com base na Lei e na Constituição, permite o controle da legalidade e sobretudo serve para que os interessados, principalmente, mas também a sociedade, entendam os motivos da razão de decidir, e seja possível analisar a correção e a justiça da decisão de acordo com os parâmetros da Lei e do Direito.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. **VII Revisão Constitucional**. Portugal, 2005. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE APOIO À VÍTIMA. **Comunicado sobre o acórdão do tribunal da relação do Porto**. Portugal, 23 out. 2017. Disponível em: <https://www.apav.pt/apav_v3/index.php/pt/1599-comunicado-23-10-2017>. Acesso em: 21 mar. 2019.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. Tradução: Marina Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

ATIENZA, Manuel. **O Direito Como Argumentação**. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

CABRITA, Helena. **A Fundamentação de Facto e de Direito da Decisão Cível**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA. **Nota à Comunicação Social do Gabinete de Apoio ao Vice-Presidente e aos Membros do CSM sobre o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto**. Portugal, 23 out. 2017. Disponível em: <<https://www.csm.org.pt/2017/10/23/nota-a-comunicacao-social-acordao-do-tribunal-da-relacao-do-porto/>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA. **Nota à Comunicação Social do Gabinete**

de Apoio ao Vice-Presidente e aos Membros do CSM sobre o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto. Portugal, 25 out. 2017. Disponível em: <<https://www.csm.org.pt/2017/10/25/nota-a-comunicacao-social-sobre-o-acordao-do-tribunal-da-relacao-do-porto/>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA. **Nota à Comunicação Social.** Portugal, 5 dez. 2017. Disponível em: <<https://www.csm.org.pt/2017/12/05/nota-a-comunicacao-social/>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA. **Nota à Comunicação Social.** Portugal, 29 jan. 2019. Disponível em: <<https://www.csm.org.pt/2019/02/04/nota-a-comunicacao-social-3/>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA. **Nota à Comunicação Social.** Portugal, 5 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.csm.org.pt/2019/02/05/nota-a-comunicacao-social-4/>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

DE CARVALHO, José T. **Breves palavras sobre a fundamentação da matéria de facto no âmbito da decisão final penal no ordenamento jurídico Português.** Julgar, Coimbra, n. 21, p. 75-87, 2013.

DE MOURA, Neto. **Tribunal da Relação do Porto: processo n.º 355/15.2 GAFLG.P1.** Portugal, 11 out. 2017. Disponível em: <<https://www.tsf.pt/Galerias/PDF/2017/10/acordao%20adulterio.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

DIREÇÃO-GERAL DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. **Código de Processo Penal.** Portugal, 1987. Disponível em: <<https://e-learning.mj.pt/dgaj/dados/OC/OCTEMA27.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

LAMEGO, José. **Fundamentação "material" e justiça da decisão: A meta de decisões "materialmente justas" e os seus limites.** Revista Jurídica: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, n. 8, p. 69-93, 1986.

LOPES, José A. M. **A Fundamentação da Sentença no Sistema Penal Português: Legitimar, Diferenciar, Simplificar.** Coimbra: Almedina, 2011.

MALAFAIA, Joaquim. **Os efeitos das decisões judiciais no processo penal.** 1. ed. Coimbra: GESTLEGAL, 2017.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. **Declaração Universal dos Direitos do Homem.** Brasil, 10 dez. 1946. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2019.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução: Daniel Mitidiero; Rafael Abreu; Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.