



UNIVERSIDADE  
CATÓLICA | FACULDADE  
PORTUGUESA | DE DIREITO  
ESCOLA DE LISBOA

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO  
MESTRADO FORENSE**

# **EM BUSCA DA FUNDAMENTAÇÃO PERFEITA**

---

**A FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA PENAL NUMA  
PERSPECTIVA GARANTÍSTICO-CONSTITUCIONAL**

**SARA DANIELA FIGUEIREDO RESENDE MENDONÇA  
ORIENTADOR: PROFESSOR DR. PEDRO GARCIA MARQUES**

**MARÇO 2014**

*À memória do meu saudoso avô Manuel da Costa Figueiredo.*

*À memória do meu querido pai Carlos Alberto Duarte Resende Mendonça, que  
pesarosamente partiu a meio desta jornada.*

*À minha mãe Maria de Lourdes de Sá Figueiredo Resende Mendonça, pilar da minha  
existência.*

*Às minhas irmãs Mónica Sofia Figueiredo Resende Mendonça e Andreia Raquel  
Figueiredo Resende Mendonça Ranft, companheiras de todas as horas.*

«Mostra-me por que me julgas assim.»

Citação do Livro de Job, pelo Padre António Vieira, na Petição ao Conselho Geral da Inquisição, em *Os Autos do Processo de Vieira na Inquisição*, Edição, Transcrição, Glossário e Notas de Adma Muhana, Editora UNESP, 1995, pág. 128.

## NOTA PRÉVIA

O presente escrito corresponde à dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito, no âmbito do Mestrado Forense da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa.

A escolha da temática que aqui abordaremos resultou, essencialmente, da inquietude com que vemos a justiça tornar-se mais *selectiva* a cada dia que passa, com artifícios técnicos e linguísticos demasiado complexos, deixando assim o cidadão juridicamente *leigo* incapaz de compreender o Direito que lhe é aplicado, traduzido nas sentenças dos nossos tribunais.

Por outras palavras, é fruto da convicção de que nos Estados democráticos dos nossos dias, o Direito vertido nas Constituições e nas leis democráticas não perdeu o trunfo de ser, ainda que de forma algo incompleta e imperfeita, a vontade mais solene e consistentemente desejada dos cidadãos.

É justamente com o intuito de proteger os direitos dos cidadãos constitucionalmente garantidos, que almejámos propor um modelo de fundamentação da sentença penal capaz de assegurar a compreensão do Direito, dotando todos os cidadãos, independentemente da sua formação ou capacidade económico-social, dos instrumentos necessários à efectivação dos seus direitos fundamentais.

Embora reconheçamos que o conteúdo deste texto possa ter muito de utópico, experimental e ingénio, não deixamos de acreditar numa justiça universal e equitativa, ao alcance de todos, pelo que é nessa esperança que concretizamos um modelo de fundamentação da sentença penal, por entendermos ser o Direito Penal aquele que de modo mais gravoso afecta os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Esta viagem pelo mundo do conhecimento, em busca da resposta à pergunta que me fez pôr a caminho, não seria exequível sem o *guia* que orientou os meus passos neste trilho, pelo que devo um agradecimento muito especial ao Professor Dr. Pedro Garcia Marques, por me ter concedido a honra de orientar este trabalho e que com todo o seu douto conhecimento, olhar crítico e perspicácia, amavelmente aquietou as minhas tormentosas dúvidas, conduzindo a bom porto este processo criativo, numa harmonia perfeita entre presença e liberdade.

Não posso nem quero deixar de aproveitar esta ocasião para expressar o meu genuíno agradecimento ao Professor Dr. Luís Barreto Xavier, que me acompanhou neste percurso de modo incansável e por quem nutro enorme admiração e estima.

Quero ainda agradecer aos ilustres Professores com que me cruzei neste programa de estudos de mestrado, particularmente àqueles cujos ensinamentos e experiência inspiraram a criação deste texto, entre os quais saliento os Senhores Professores Doutores Germano Marques da Silva, Jorge Miranda, Henrique Salinas, José Lobo Moutinho, Paulo Dá Mesquita e o Dr. Rogério Alves.

Igualmente, não poderia deixar de expressar o meu agradecimento aos Professores da *casa* em que conclui a minha licenciatura, a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, pela ética e profissionalismo com que moldaram as minhas bases jurídicas, entre os quais destaco os Senhores Professores Doutores Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Tiago Duarte, Jorge Reis Novais, Teresa Pizarro Beleza, Jorge Bacelar Gouveia e António Manuel Hespanha.

Uma palavra especial é devida à prestável Ana Ferrão, não só pelo suporte administrativo, mas sobretudo pela solicitude e prontidão com que sempre se disponibilizou a apaziguar as mais diversas inquietudes.

A redacção de uma dissertação é uma parte inseparável da trama das nossas vidas. Infortunadamente, a preparação desta decorreu num período em que o meu pai partiu abruptamente deste mundo, pelo que a sua memória estará presente sempre que a folhear e recordará um homem de convicções fortes, que lutou por uma sociedade mais justa e igualitária. Embora não possa presenciar este ciclo que se fecha e mais uma etapa que termina aqui, o seu legado perdurará nas páginas deste escrito.

À minha querida mãe, devo um agradecimento muito especial por me ter amparado num momento tão pesaroso para ambas e pela dedicação, entusiasmo e proximidade com que incentivou a criação deste texto. Agradeço, bem assim, o exemplo de dignidade, altruísmo e perseverança que representa e os ensinamentos de toda uma vida que julgo me terem tornado num ser humano mais justo, mais fraterno e mais sensível ao mundo que me rodeia.

Às minhas irmãs, agradeço o apoio incondicional em todos os momentos, sobretudo nos de incerteza, muito comuns para quem ambiciona trilhar novos caminhos.

Finalmente, não poderia deixar de agradecer aos amigos que carinhosamente me ampararam nesta fase e aos colegas desta jornada académica, pela enriquecedora partilha de opiniões que motivaram frutíferas discussões e pelo interesse com que acompanharam o decorrer dos

trabalhos, recordando a pergunta que mais ouvi nestes tempos e na qual certamente todos se revêem, por a terem dito várias vezes: *Então a tese, já está pronta?*

Fica aqui expressa a resposta, bem como a minha gratidão a todos.

Aveiro, Março de 2014

*Sara Mendonça*

## I - INTRODUÇÃO

Parafraseando Jacques Derrida «Nenhuma justiça se exerce, nenhuma justiça se faz, nenhuma justiça é efectiva nem se determina na forma de direito, sem ser através de uma decisão»<sup>1</sup>.

Efectivamente, a decisão final, nas modalidades da sentença ou acórdão, assume-se de um ponto de vista finalístico como a questão fundamental no processo penal.

A edificação de um quadro constitucional democrático que assumiu as garantias fundamentais como expressão inequívoca de um Estado de Direito Democrático e as subsequentes modificações decorrentes das revisões constitucionais de 1982 e 1997 densificaram a questão da decisão judicial através do imperativo da obrigação de fundamentação.

No âmbito da fundamentação, o acto de *judgar* deve ser sustentado tanto a nível interno como externo. Num nível interno, deve ser provada a coerência lógica (ou lógico-valorativa) da decisão, isto é, a compatibilidade entre a decisão e as respectivas premissas (numa designação mais formal, a validade do silogismo judiciário), não esquecendo que a própria escolha das premissas não é arbitrária e que a aplicação da norma a um caso tem sempre de ser adequada a tal caso. Num nível externo, deve demonstrar-se que a decisão é justa e mesmo que é a única decisão justa para o caso.

Na senda de Jürgen Habermas, entendendo o acto de *judgar* como acto comunicacional, este terá como destinatários não só a comunidade jurídica mas também aquilo que se designa por auditório universal<sup>2</sup>. Se, perante a comunidade jurídica, é necessário demonstrar o preenchimento dos requisitos legais ou competência do acto de *judgar*, perante o auditório universal, deve demonstrar-se a sua aspiração à moralidade e justiça<sup>3</sup>.

Apesar do artigo 8.º n.º 2 do Código Civil determinar anacronicamente que *o dever de obediência à lei não pode ser afastado sob o pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo*, seria absurdo fundamentar uma decisão judicial na lei concluindo seguidamente que esta ou aquela são injustas. É justamente para evitar este tipo de situações que se defende que o juiz deverá fazer um esforço de harmonização da lei com a justiça. Aliás, é a própria lei que o sugere, ao acolher institutos como a analogia (art. 9.º, n.º 1 e 2

<sup>1</sup> Jacques Derrida, *Force de loi - Le Fondement mystique de l'autorité*, 1994.

<sup>2</sup> Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 1992.

<sup>3</sup> Cf. *ibidem*.

CC), ao prever a fiscalização difusa da constitucionalidade por todos os tribunais (art. 204.º CRP), ao possibilitar juízos de inconstitucionalidade por contradição com princípios e não apenas com normas (art. 204.º CRP) ou ao prescrever a interpretação de normas em conformidade com a Constituição (art. 80.º n.º 3 LTC).

Introduzido na CRP de 1976 pela revisão constitucional de 1982, o dever de fundamentar as decisões judiciais foi reforçado na quarta revisão constitucional. Presentemente, o art. 205.º n.º 1 da CRP determina que *as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei*.

Anteriormente a CRP determinava apenas que *as decisões dos tribunais são fundamentadas nos casos e nos termos previstos na lei*, permitindo-se assim que o legislador ordinário identificasse, com maior ou menor latitude, no universo das decisões judiciais, aquelas que estavam sujeitas ao dever de fundamentação, para além de especificar os termos de tal fundamentação.

O percurso histórico-constitucional tem vindo a caminhar na direcção de um progressivo reforço do dever de fundamentação, que passa a cobrir todos os casos em que seja exercido, em sentido próprio, o poder jurisdicional.

Também no âmbito do Código de Processo Penal, a revisão que entrou em vigor a 1 de Janeiro de 1999 veio reforçar o dever de fundamentação. Assim, o n.º 2 do art. 374.º dispõe hoje, a propósito dos requisitos da sentença que ao relatório se segue *a fundamentação que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal*.

A alteração introduzida, proposta por Germano Marques da Silva no seio da Comissão Revisora, ao obrigar o tribunal ao exame crítico das provas, deixou claro que não basta apresentar o elenco das provas consideradas, tornando indispensável explicitar racionalmente a medida em que elas pesaram na formação da sua convicção.

Não obstante, não nos enganemos ao pensar que esta obrigação poderá ser incompatível com o princípio da livre apreciação da prova, uma vez que este não implica o arbítrio ou a discricionariedade, mas tão-só a liberdade para tomar uma decisão responsável fundada em razões que permitam classificar a decisão como justa.

Aliás, recorde-se Bentham na sua afirmação «boas decisões são aquelas para as quais podem ser dadas boas razões»<sup>4</sup>.

Sem prejuízo do que dissemos até então, no âmbito do processo penal, devemos reconhecer uma distinção entre fundamentação da sentença e fundamentação de actos decisórios em geral. Quanto a estes últimos, em cumprimento do já referido ditame constitucional, o artigo 97.º n.º 5 do CPP limita-se a exigir a especificação dos motivos de facto e de direito, dever do qual somente estão excluídos os despachos de mero expediente. Relativamente às sentenças, o art. 374.º n.º 2 do CPP estatui um dever de fundamentação *forte*, cujo conteúdo esmiuçaremos ao pormenor no decurso deste trabalho.

Aproveitamos «a deixa» para abonar a nossa escolha temática (a opção pela fundamentação da *sentença* e não de qualquer outro acto processual), salientando a essencialidade da sentença no processo penal.

Perdoem-nos o excesso mas tudo se encaminha para a audiência de julgamento, com a consequente sentença, onde tudo fica decidido.

Portanto, se é na sentença que tudo se decide, então devem ser claras as razões da decisão.

Assim, perante uma sentença condenatória, não devem restar quaisquer dúvidas sobre as razões de facto e de direito por que se condena e em que se condena e perante uma sentença absolutória, igualmente devem ser claras as razões por que se absolve<sup>5</sup>.

Com maior rigor, esclareçamos que enquanto acto processual, a sentença é o mais importante de todo o processo, tendo em conta que os restantes actos «nada mais fazem que preparar os elementos que permitam a pronúncia da sentença (...) refere-se à forma como se exprime a actividade do sujeito que a pronuncia, à garantia, aos requisitos que devem existir para que possa ter existência e eficácia jurídica». E como acto jurisdicional representa a «explicação da actividade do órgão que declara o direito (...) exprime a vontade do órgão de

---

<sup>4</sup> Jeremy Bentham, «An Introductory view of the Rationale of Evidence», *The Works of Jeremy Bentham*, 1962, Nova Iorque, vol. VI, p. 357.

<sup>5</sup> Sobre a sentença absolutória, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 13.12.2000, proc. n.º 1091/00 «Mesmo quando o tribunal absolve por dúvida na verificação dos factos, esta dúvida tem de ser insanável, razoável, objectivável e tais características têm de ser evidentes na fundamentação. Isto é, por um lado, deve ser claro que o tribunal investigou e se pronunciou sobre todos os factos que podia e devia; por outro, devem ser claras as razões por que persiste a dúvida. Em suma: a dúvida tem de ser sempre devidamente fundamentada pelo tribunal que julga».

jurisdição, a manifestação da concreta vontade da lei, a declaração do direito no caso concreto»<sup>6</sup>.

Concluída esta pequena ressalva, voltemos ao cerne da discussão que pretendemos encetar, designadamente a fundamentação da sentença penal.

Imergir na problemática da fundamentação da decisão penal pressupõe o conhecimento do tipo de decisão que subjaz ao sistema de justiça.

Decidir no âmbito de um processo judicial penal, particularmente na modalidade de sentença final, pressupõe a vinculação a uma decisão correcta. Saliente-se que o Direito é funcional porque é justo e não o contrário, sendo que essa funcionalidade pacificadora do Direito dependerá da presunção de justiça e da sua concretização nas decisões judiciais.

Em todo o procedimento a procura da justiça no caso concreto é a finalidade última, mas no sistema penal esta finalidade adquire uma outra proporção, atendendo aos interesses que lhe estão subjacentes e às próprias consequências que daí podem advir, mormente a aplicação de uma pena.

Mas não poderemos analisar a teoria da decisão na justiça sem referir a dimensão cognoscitiva da verdade, enquanto elemento caracterizador da decisão judicial.

A questão da verdade é transversal a todas as ideologias que concebem a decisão justa como finalidade do processo. Nenhuma decisão fundada em juízos erróneos poderá ser considerada justa, atendendo sobretudo ao facto da finalidade do processo penal ser «a busca da verdade».

No âmbito processual penal, o modelo de verdade jurisdicional, para além de intersubjectivo é ainda um modelo aproximativo, limitado pela actividade de produção de prova assente em modelos similares à «reconstrução histórica» mas sujeita a procedimentos e regras pré-definidas com limites previamente fixados.

A pretensão de validade da decisão, sustentada em escolhas fundamentadas espelhadas na sua estrutura justificadora, permite o reconhecimento e a validade do órgão que a emite, legitimando a actividade de exercício de quem decide e profere sentenças no âmbito do processo judicial.

A justificação da decisão, capaz de convencer os respectivos sujeitos processuais e os cidadãos interessados, decorrente da decisão racionalmente fundamentada, após um processo

---

<sup>6</sup> Cf. Vicente Cavallo, *La Sentenza Penal*, cit., pp. 118 e 119.

dialógico e contraditório na sua construção, consubstancia a essência legitimadora do exercício do poder judicial.

Perante todas estas preocupações constitucionais e normativas, é nosso intuito propor um modelo de revisão do processo de fundamentação da sentença penal, capaz de harmonizar as exigências constitucionais e legais com a protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos, salvaguardando sempre a justiça da sentença penal.

## II - O DEVER CONSTITUCIONAL DE FUNDAMENTAR

Começemos por esclarecer que a fundamentação de um acto decisório não decorre exclusivamente de um dever constitucional geral de fundamentação, mas também de outras garantias constitucionais, como sejam o princípio da igualdade, o direito a um processo equitativo, o princípio da liberdade, confluindo nas designadas garantias constitucionais de defesa.

Apesar deste dever geral de fundamentação das decisões judiciais se ter afigurado um «imperativo», defendemos que o mesmo deve ser antes tomado como uma garantia indeclinável e vinculativa de um Estado de Direito Democrático<sup>7</sup>.

É justamente partindo desta interpretação que se pode apontar ao processo penal as finalidades primárias da realização da justiça e da descoberta da verdade material, mediante a aplicação do direito consonante com a protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente do arguido e da vítima, em que a investigação criminal implica a compressão de direitos e liberdades. Também o restabelecimento da paz jurídica comunitária passa necessariamente pela declaração de inocência ou de culpabilidade dos visados, o que só será possível efectivando-se a correspondente reacção penal.

Assim se explica que ao processo penal seja conferida uma função preventiva e político-criminal (de controlo cautelar, de controlo da criminalidade e das respectivas reacções públicas ou privadas) e ainda uma função de tutela penal, assegurando a protecção eficaz dos bens jurídicos ofendidos.

Por conseguinte, é premente que se consigam estabelecer constrições proporcionais entre estas finalidades e funções, particularmente ao nível da liberdade e segurança dos cidadãos, tornando perceptíveis tanto as opções legislativas aprovadas como as razões das decisões judiciais.

---

<sup>7</sup> Atente-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11.10.2007, proc. n.º 07P3240, onde se escreveu: «A fundamentação das decisões judiciais continua, pois, dependente da lei a que é atribuído o encargo de definir, com maior ou menor latitude, o âmbito do dever de fundamentação, sem que isso signifique total discricionabilidade legislativa, “uma vez que o dever de fundamentação é uma garantia integrante do próprio conceito de Estado de direito democrático ao menos quanto às decisões judiciais que tenham por objecto a solução da causa em juízo, como instrumento de ponderação e legitimação da própria decisão judicial e de garantia do direito ao recurso. Nestes casos, particularmente, impõe-se a fundamentação ou motivação fáctica dos actos decisórios através da exposição concisa e completa dos motivos de facto, bem como as razões de direito que justificam a decisão” (Vital Moreira e Gomes Canotilho, CRP Anotada, 2.ª Edição, pp. 798-9)».

Embora o referido dever de fundamentar uma decisão judicial decorra claramente do art. 205.º, n.º1, da CRP, a definição do seu âmbito fica reservada para o legislador ordinário<sup>8</sup>, ainda que esta discricionariedade legislativa e a sua densificação judicial esteja sujeita a alguns limites<sup>9</sup>.

Com estes *limites*, pretendemos aludir ao facto de a fundamentação das decisões se consubstanciar de forma consistente numa tripla dimensão, que passamos desde já a explicar.

Imediatamente, a garantia de um processo equitativo torna o direito à decisão fundamentada num direito fundamental devido ao cidadão.

No âmbito do princípio da tutela jurisdicional, o dever de fundamentar surge como imposição e obrigação constitucional, pelo que é um dever constitucional para os órgãos judiciais.

Finalmente, a progressiva densificação da matéria da fundamentação das decisões fez despontar a fundamentação das decisões enquanto núcleo do princípio da jurisdição, ou de outro modo, como um «princípio estruturante do Poder Judiciário» de índole jurídico-organizatório e funcional, tal como o define Gomes Canotilho<sup>10</sup>.

Em suma, a afirmação do princípio constitucional do dever de fundamentação das decisões tem consequências directas tanto para o legislador como para quem aplica e interpreta as normas vigentes no ordenamento jurídico positivo e implica vários corolários resultantes das normas constitucionais. *Grosso modo* estamos perante uma obrigação de natureza geral, com carácter indisponível, de conteúdo sujeito ao princípio da completude, vinculado a uma exigência de publicidade e que envolve necessariamente a efectivação do duplo grau de jurisdição.

A título meramente contextualizador e de modo sumário, explicitemos então estes corolários do princípio constitucional de fundamentação das decisões.

Em primeiro lugar, este princípio traduz-se na obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões judiciais.

---

<sup>8</sup> No Acórdão do Tribunal Constitucional nº 310/94, de 29 de Agosto de 1994 pode ler-se expressamente «Limitou-se a consagrar o aludido princípio “em termos genéricos”, deixando a sua concretização ao legislador ordinário (...) sem que isso signifique (...) que assiste ao legislador ordinário uma liberdade constitutiva total e absoluta para delimitar o âmbito da obrigatoriedade de fundamentação das decisões dos tribunais, em termos de esvaziar de conteúdo a imposição constitucional».

<sup>9</sup> Partilham deste entendimento, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, em *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1993, p. 798; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, 2007, p. 71.

<sup>10</sup> Em *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 1999.

Os despachos de mero expediente são os únicos que se excepcionam à imperatividade desta regra, que por se considerar que «não interferem com a relação jurídico processual, não importam a correcção de qualquer anomalia ou irregularidade no andamento ou seguimento do processo, não concedem nem recusam direitos»<sup>11</sup>, expressamente ficaram fora do leque da imposição constitucional. Com base neste entendimento, defende-se que a exclusão do dever de fundamentação atinente aos despachos de mero expediente se deve restringir somente a estes, pelo que o legislador não estará autorizado a estender essa delimitação a outros actos judiciais<sup>12</sup>.

Concomitantemente, esta obrigação de fundamentar é indisponível, no sentido em que nenhum dos destinatários da norma constitucional pode abdicar da fundamentação, ou seja, enquanto ao legislador está vedada a possibilidade de criar normas que impeçam a não fundamentação das decisões judiciais, aos titulares dos interesses afectados pela decisão está-lhes vedado prescindir da motivação das mesmas.

Esta indisponibilidade da fundamentação, segundo a qual nenhum destinatário da norma constitucional pode dela prescindir, decorre directamente da norma constitucional<sup>13</sup>, o que não impede a sua compatibilização com a existência de mecanismos de simplificação processual das sentenças que permitam a existência de diversos processos de fundamentação, admissíveis consoante as razões que justifiquem formas diferenciadas de procedimentos.

Acresce a necessidade do conteúdo da fundamentação ser completo, uma vez que a decisão deve ser um documento auto-suficiente, que se baste por si mesmo para ser compreendido pelo cidadão comum<sup>14</sup>.

Entende-se que a fundamentação só existe com um conteúdo que exprima a justificação do que é decidido, não faltando nenhum elemento que o deva constituir, pelo que todas as questões suscitadas no âmbito do procedimento perante o tribunal e que sejam objecto de tratamento jurisdicional terão que estar reflectidas na decisão.

<sup>11</sup> Cf. Aníbal de Castro, *Impugnação das Decisões Judiciais*, Livraria Petrony, Lisboa, 1984, p. 29. Salientando o facto de os despachos de mero expediente deixarem inalterados os direitos das partes, Artur Anselmo de Castro, *Direito Processual Civil Declaratório*, Almedina, Coimbra, 1982, Volume III, p. 95.

<sup>12</sup> Marcelo Rebelo de Sousa e José de Melo Alexandrino, *Constituição República Portuguesa Comentada*, 2000, p. 332; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *ob.cit.*, p. 72.

<sup>13</sup> Em 1961 já Eduardo Correia defendia que este princípio deveria estender-se a todas as decisões judiciais, inclusive as que não admitiam recurso: cf. «Parecer da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sobre o artigo 653.º do projecto, em 1ª revisão ministerial, de alteração do código de processo civil», *BFDUC*, vol. XXXVII, 1961, pp. 182, 184 e 186.

<sup>14</sup> *Infra* será abordada a questão da *fundamentação per relationem* que surge com alguma frequência e que muitas vezes põe em causa a compreensibilidade da decisão perante o cidadão.

Todavia, não significa isto que argumentação tenha de ser exaustiva ou excessivamente analítica, mas antes que os aspectos fundamentais relativos à matéria de facto e de direito discutidos na decisão tenham um tratamento completo.

Ainda assim, esta exigência de completude não impede uma fundamentação distinta em função das várias jurisdições e nestas, entre os vários tipos de processo, atendendo aos diferentes interesses e requisitos que sustentam a sua admissibilidade.

Por isto, assertivamente defendemos que no princípio da completude não está em causa a quantidade da fundamentação mas sim a sua qualidade, isto é, se a fundamentação existe e se é suficiente para que a sua compreensibilidade esteja assegurada.

Por sua vez, a fundamentação da decisão representa também um mecanismo social de controlo da actividade jurisdicional, pelo que o «conhecimento da *ratio decidendi* deve ser assegurado a qualquer cidadão independentemente da sua posição como parte processual»<sup>15</sup>.

A aquisição democrática do princípio da publicidade do processo penal é a comprovação de que a justiça tem que ser efectuada em nome do povo, facultando ao povo o controlo da administração da justiça.

No âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o direito à publicidade das decisões é um princípio inquestionável consagrado no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, com base tanto na protecção dos cidadãos contra uma justiça secreta, como na aceitação de que só uma justiça pública poderá contribuir para preservar a confiança dos cidadãos nos tribunais<sup>16</sup>.

Neste contexto, Perelman defende que a argumentação deverá ser desenvolvida em função do auditório a que se dirige, pelo que «um discurso não pode ser eficaz se não se adaptar ao auditório que tem de persuadir ou de convencer»<sup>17</sup>.

Não obstante, a amplitude da publicidade da fundamentação pode sofrer modelações e mesmo limitações, em função de outros interesses constitucionalmente protegidos. Também poderão surgir juízos de ponderabilidade ou de concordância prática que suscitem a necessidade de restrições à publicidade na própria fundamentação<sup>18</sup>, despoletados por

---

<sup>15</sup> E. Amodio, «Motivazione della sentenza penale», cit. p. 192.

<sup>16</sup> A este propósito, Louis-Edmond Pettiti, Emanuel Decaux e Pierre-Henri Imbert, *La Convention Européenne des Droits de L'Homme*, Economica, Paris, 1995, p. 266.

<sup>17</sup> Cf. Chaïm Perelman, *Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique*, Dalloz, Paris, 1979, p. 107. Aliás, o próprio afirma que «a eficácia do discurso depende mais do êxito da adesão de um auditório do que da verdade», cit., p. 105.

<sup>18</sup> Sobre o princípio da concordância prática como «método e processo de legitimação das soluções que impõem a ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis, para que se não ignore alguns deles, para que a

interesses corporizados no conteúdo da fundamentação que porventura colidam com direitos fundamentais e que ponham em causa o processo de construção da motivação.

Por último, ressalva-se que o princípio constitucional da fundamentação das decisões acarreta ainda a garantia do duplo grau de jurisdição.

Neste âmbito, pretende-se assegurar que o tribunal de recurso, no exercício dos seus poderes, possa efectuar uma verificação real e efectiva sobre se «as conclusões a que chegou o tribunal de 1ª instância são ou não racionalmente suportáveis nos meios de prova em que se sustentou»<sup>19</sup>, o que só será passível de ser alcançado com uma fundamentação suficientemente exigente da decisão.

Face ao exposto, conclui-se que existe uma reduzida margem de liberdade legislativa na concretização do dever geral de fundamentação, a qual nunca poderá esvaziar o sentido útil deste comando constitucional<sup>20</sup>, pelo que se torna imperativo que outros princípios ou garantias constitucionais o moldem, as quais passaremos a tratar de seguida.

## 2.1 – O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O art. 13.º da CRP consagra o princípio constitucional da igualdade, reiterado pelo disposto no art. 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e pelo seu Protocolo n.º 12.

Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, nomeadamente os Acórdãos n.ºs 672/2002, 467/2003 185/2005, 504/2005, 186/2006, este princípio constitucional compreende três dimensões ou vertentes, como sejam a proibição do arbítrio, que se traduz na imposição da igualdade de tratamento para situações iguais e a interdição de tratamento igual para situações manifestamente desiguais; a proibição de discriminação, que determina a ilegitimidade de qualquer diferenciação de tratamento baseada em critérios subjectivos (v.g. ascendência, sexo, orientação sexual, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social); obrigação de diferenciação, que surge como uma forma de compensar as desigualdades de oportunidades.

---

Constituição (essa, sim) seja preservada na maior medida possível» veja-se José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 222.

<sup>19</sup> De acordo com a via aparentemente seguida pelo Tribunal Constitucional e expressa num primeiro momento no Ac. 680/98.

<sup>20</sup> Perfilhando esta ideia, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, em *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1993, p. 798; Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 59/97, 680/98 e 147/2000.

O princípio da igualdade vincula directamente todas as entidades públicas, quer sejam de competência legislativa, administrativa ou jurisdicional, ou privadas, afigurando-se um direito fundamental dos cidadãos, directamente aplicável, sem necessidade de qualquer lei regulamentadora (art. 18.º, n.º 1, da CRP).

Enquanto princípio vinculativo do legislador proíbe a existência de desigualdades de tratamento materialmente infundadas ou destituídas de qualquer fundamento razoável, objectivo e racional, como desde há muito salvaguarda o Tribunal Constitucional<sup>21</sup>.

Também na aplicação do direito estão os tribunais vinculados a este princípio constitucional da igualdade, tanto nos juízos de constitucionalidade atinentes às leis por si aplicadas, como na formulação dos seus demais juízos decisórios.

Importa aqui ressaltar que os tribunais não têm a mesma margem de discricionariedade de diferenciação que tem o poder legislativo, porquanto os actos normativos são criação destes (art. 112.º da CRP) e aqueles estão sujeitos à aplicação do direito (art. 203.º CRP). Aliás, a fundamentação surge precisamente como factor de legitimação do poder judicial, pelo que «é a motivação que confere um fundamento e uma justificação específica à legitimidade do poder judicial e à validade das suas decisões, a qual não reside nem no valor político do órgão judicial nem no valor intrínseco da justiça das suas decisões, mas na verdade que se contém na decisão»<sup>22</sup>.

Numa sociedade democrática, embora o juiz seja detentor do poder de julgar e possua uma margem de apreciação para a busca da solução mais adequada dentro dos parâmetros do Direito, ele estará sempre obrigado a dar conta do modo como o usa pela fundamentação das suas decisões.

No que concerne à disposição do artigo 208.º da CRP, relembremos os ensinamentos de Gomes Canotilho e Vital Moreira ao afirmarem que «a discricionariedade legislativa nesta matéria não é total, visto que há-de entender-se que o dever de fundamentação é uma garantia integrante do próprio conceito de Estado de Direito democrático (...) como instrumento de ponderação e legitimação da própria decisão judicial (...)»<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> De que são alguns exemplos os Acórdãos n.ºs 186/90, 187/90, 188/90, 1186/90, 1188/96 e 287/98.

<sup>22</sup> Citando a Juíza Fátima Mata-Mouros na sua comunicação no VI Congresso dos Juízes Portugueses, publicada na edição especial do Boletim da Associação Sindical dos Juízes Portugueses, p. 177.

<sup>23</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, em *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1993, p. 798 e 799.

Neste sentido, se o princípio da igualdade enquanto princípio vinculativo estabelece os limites objectivos da discricionarietà legislativa, de forma idêntica e até mais reforçadamente comprime as possibilidades de discricionarietà judicial na aplicação da lei.

Ainda ao abrigo deste princípio, é exigível uma especial fundamentação sempre que os tribunais, sobretudo os de instância superior, introduzem variações ou mudem radicalmente as suas sentenças, posição esta perfilhada pelo Tribunal Constitucional Espanhol, nos seus Acórdãos n.ºs 78/1984, de 9 de Julho, e 48/1984, de 22 de Abril<sup>24</sup>.

A exigência de especial fundamentação *supra* referida baseia-se mormente na proibição da discriminação e na proibição do arbítrio porquanto, observando os critérios de razoabilidade, é exigível que o tribunal justifique de modo racional e admissível a decisão por si tomada, quando anteriormente se tinha pronunciado em sentido diverso ou mesmo antagónico.

Tal não significa que os tribunais estejam impedidos de mudar o sentido das suas decisões, até porque o juiz está tão-só sujeito ao Direito e não a precedentes, embora seja razoável que especifiquem os fundamentos que contribuíram para alterar a sua posição jurisprudencial, de modo a sustentarem a sua mudança de opinião, evitando que esta seja tomada como uma decisão arbitrária.

## 2.2 - O DIREITO A UM PROCESSO EQUITATIVO

A implementação do princípio constitucional do direito a um processo equitativo, plasmado no art. 20.º, n.º 4, da CRP, foi claramente influenciada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), através do seu art. 10.º, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), por via do seu art. 14.º, e muito particularmente pela Convenção Europeia do Direitos do Homem (CEDH), face ao seu art. 6.º.

Este princípio constitucional não se restringe à existência de um modelo de tipo processual, procurando antes assegurar um pleno acesso ao direito e à tutela jurisdiccional efectiva.

---

<sup>24</sup> Sobre esta posição, *El Proceso Penal en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, sob direcção de Manuel Ortells Ramos e Isabel Taipa Fernandez, p. 1004.

Apesar da CEDH não consagrar no seu art. 6.º um dever explícito de motivação, o direito a um processo equitativo pressupõe essa exigência, aliás como é entendimento dominante no TEDH<sup>25</sup>.

Assim sendo, a motivação surge como um factor de transparência democrática e de qualidade da justiça, intrínseco a todo o acto jurisdicional decisório, conferindo-lhe a correspondente legitimidade constitucional<sup>26</sup>.

Atente-se que esta exigência de motivação varia em função das circunstâncias do caso concreto e das questões nele suscitadas, consoante a sua natureza e complexidade.

Necessariamente, a motivação das decisões deve ser clara, expondo de modo suficiente as razões que a sustentam, respondendo às questões pertinentes e controvertidas levantadas. Porém, não se impõe o conhecimento de todos os argumentos expendidos pelas partes, nem uma resposta minuciosa a todos eles.

No âmbito do processo penal, o conteúdo mínimo de um processo equitativo traduz-se essencialmente em três exigências. Desde logo, o acusado deverá ser detalhadamente informado sobre a natureza e os motivos da acusação, para que se possa defender. O procedimento deverá ser leal e presidido por um juiz imparcial, que não se deverá deixar influenciar *a priori* na formação do seu juízo, assumindo uma posição neutra em relação aos interesses objecto do processo, não beneficiando ou prejudicando injustificadamente nenhuma das partes.

Face ao exposto, denota-se claramente a importância do dever de fundamentação para que todos os direitos do arguido sejam respeitados e também para garantir a imparcial aplicação da lei na reconstrução dos factos e sua qualificação jurídica.

### **2.3 – O DIREITO À LIBERDADE**

Uma das directivas constitucionais verdadeiramente estruturadoras de um Estado de Direito Democrático é o princípio constitucional da liberdade, preceituado no art. 27.º, n.º 1, da CRP, também ele influenciado pela DUDH (arts. 3.º e 9.º), PIDCP (arts. 9.º e 11.º) e CEDH (art. 5.º), que através do seu Protocolo Adicional n.º 4, veio estabelecer a proibição da prisão por dívidas de uma obrigação contratual (art. 1.º).

---

<sup>25</sup> Entre outros, apontamos os Acórdãos Van de Hurk/Holanda, de 19 de Abril de 1994; Hiro Balani/Espanha, de 9 de Dezembro de 1994; Hirvisaari/Finlândia, de 27 de Setembro de 2001; Albina/Roménia, de 28 de Abril de 2005

<sup>26</sup> Cordon Moreno, *Las Garantias Constitucionales del Proceso Penal*, 1999, p. 178 e ss.

Nesta norma constitucional está em causa a liberdade pessoal, traduzida na liberdade física e de movimentos, na designada liberdade «de ir e vir», entendimento este que tem vindo a predominar na densificação das liberdades públicas<sup>27</sup>.

Por outras palavras, constitui a faculdade de cada cidadão à sua liberdade e autodeterminação, funcionando como garantia contra detenções e prisões arbitrárias<sup>28</sup>.

Com base na análise quer do disposto no art. 27.º, n.º 1, quer do seu n.º 2, onde se excepcionam as restrições à liberdade, o Tribunal Constitucional entende que o direito à liberdade constitucionalmente consagrado é-o na sua maior amplitude, abrangendo tanto a proibição da privação total como parcial da liberdade. No mesmo sentido o Acórdão n.º 479/94 sustenta que «muito embora no texto constitucional se fizesse referência a ‘privação da liberdade’ logo foi defendido por alguns autores que o preceito haveria de ser entendido em termos de nele se concederem as mesmas garantias (reserva de lei e reserva de decisão judicial) para a restrição – ou seja privação parcial – da liberdade, do tipo de residência fixa ou vigiada, obrigação de apresentação, liberdade provisória, etc». Distingue ainda que «a privação da liberdade traduz-se numa perturbação do âmago do direito à liberdade física, à liberdade de alguém se movimentar e circular sem estar confinado a um determinado local, sendo a essência do direito atingida por um determinado tempo (que pode ser aliás de duração muito reduzida). A limitação ou restrição da liberdade (que não implique a sua privação) concretiza-se através de uma perturbação periférica daquele direito mantendo-se, no entanto, a possibilidade de exercício das faculdades fundamentais que o integram».

Todavia, saliente-se que o direito à liberdade não tem um carácter absoluto, existindo situações em que o mesmo pode ser comprimido ou mesmo excluído, embora devam ser sempre de natureza excepcional, tanto para o legislador ordinário, como para o poder judicial, seja enquanto juiz de instrução, seja como julgador.

Por sua vez, nos casos de determinação judicial da privação da liberdade, exige-se, por força deste princípio, um redobrado dever de motivação dessa opção de medida cautelar ou de reacção penal.

É evidente que qualquer sentença condenatória ou o decretamento de uma medida de coacção afecta o direito de liberdade de qualquer cidadão, pelo que é não só

---

<sup>27</sup> J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2007, p. 478; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *ob. cit.*, p. 300; LEBRETON, Gilles, *Libertes publiques & Droits de L' Homme*, 2003, p. 318.

<sup>28</sup> Patrick Wachsmann, *Liberté Publiques*, 1998, p. 341 e ss; Jean-Jacques Israel, *Droit des Libertés Fondamentales*, 1998, p. 373.

constitucionalmente aceitável como imprescindível que se apresente uma justificação razoável e completa, capaz de tornar compreensível a decisão tomada e de modo a atenuar a compressão dos direitos fundamentais do cidadão que lhe é inerente.

#### 2.4 – GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE DEFESA

A CRP no seu art. 32.º, n.º 1 estabelece que *O processo criminal assegura todas as garantias de defesa*, o que consubstancia uma espécie de «cláusula geral constitucional», que permite fazer uso dos direitos e instrumentos processuais necessários e capazes de contrariar os indícios acusatórios ou os juízos iniciais de julgamento que contra si foram formulados.

Confere-se, assim, ao acusado um estatuto de sujeito processual, com plenos e adequados direitos de intervenção processual, apto a minimizar a desigualdade de armas entre si e a acusação pública, suportada em mecanismos estaduais de investigação processual.

*Grosso modo*, todas estas garantias de defesa se conjugam para assegurarem o processo equitativo através da consagração constitucional da proibição da indefesa.

Dentro destas garantias de defesa, não podemos deixar de dar especial enfoque ao princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 32.º n.º 2 da CRP, na medida em que se baseia no respeito pela dignidade da pessoa humana, pilar estruturante das sociedades democráticas que molda de modo inexorável todo o processo penal.

Por sua vez, a fundamentação das decisões judiciais surge como uma garantia de racionalidade, imparcialidade e ponderação da decisão judicial, como mecanismo de autocontrolo judicial, nomeadamente quanto à apreciação dos argumentos das partes, à livre apreciação da prova pelo juiz e quanto à interpretação e aplicação do direito. Cumulativamente, a garantia do direito de defesa traduzida no direito ao recurso só será possível se existir uma fundamentação exteriorizada, que torne explícito o concreto juízo decisório, possibilitando assim o controlo impugnativo.

Perspectivando as garantias de defesa no dever de motivação judicial, o Tribunal Constitucional<sup>29</sup> tem referido que a fundamentação das decisões judiciais cumpre, em geral, duas funções, uma de ordem endoprocessual e outra de ordem extraprocessual, que passamos a expor de seguida.

---

<sup>29</sup> Acórdãos n.ºs 55/85, 135/99 e 408/2007.

### III – AS DUAS DIMENSÕES DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

É pacífico na doutrina e na jurisprudência a existência de uma dupla dimensão finalística referente à fundamentação das decisões.

#### 3.1 – DIMENSÃO ENDOPROCESSUAL

A dimensão endoprocessual desenvolve-se no interior da estrutura e funcionamento do processo, visando essencialmente o controlo da decisão por parte dos intervenientes no processo concreto, assegurando quer o seu próprio controlo quer a subsequente verificação através dos órgãos superiores de controlo institucional da decisão.

Todavia, assumem-se relevantes algumas explicitações de ordem pragmática atinentes à finalidade endoprocessual da fundamentação.

Numa perspectiva subjectiva relevam, por um lado, os destinatários directos da decisão, o designado auditório técnico (o conjunto de entidades que no procedimento são atingidas pela decisão e podem questioná-la)<sup>30</sup>, e por outro lado, quem profere a decisão, particularmente as repercussões que o próprio acto de elaboração e fundamentação assume no modo e método de decidir.

No que concerne ao auditório técnico, a fundamentação assume funções distintas, nomeadamente a garantia de impugnação, que concretiza o controlo de mérito da decisão e a garantia de defesa. No que respeita a quem elabora a decisão distingue-se uma função de autocontrolo.

Não será difícil de se compreender que a impugnação e a efectivação do direito ao recurso e o controlo *a posteriori* dos tribunais superiores sobre toda a concepção e conteúdo da decisão que isso implica, só são possíveis graças à fundamentação da mesma, sem a qual

---

<sup>30</sup> No âmbito da fundamentação das decisões a questão do «auditório» assume uma relevância fundamental. Refere Perelman que a argumentação é elaborada em função do auditório a que se dirige, mudando de sentido em função da sua composição, visando obter a adesão daqueles a quem se dirige: cf. Chaïm Perelman et P. Foirers, *La Motivation des Décisions de Justice*, cit., p. 421 e Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado de Argumentação*, cit. pp. 27 e 53. Para Perelman, o auditório universal afigura-se o limite para qualquer argumentação na medida em que quando lhe é dirigida «deve convencer o leitor do carácter compulsivo das razões fornecidas, da evidência deles, da sua validade intemporal e absoluta, independente de contingências locais ou históricas»: *ibidem*, p.40. Por sua vez, a construção dogmática identificando os auditórios técnico e universal permite perceber as diversas dimensões subjacentes às finalidades da fundamentação. É comum identificar-se a dimensão endoprocessual a um auditório restrito (técnico) e a dimensão extraprocessual a um auditório universal. «O juiz, na hora de justificar a sua decisão deve tentar satisfazer as necessidades e expectativas tanto do auditório técnico como da audiência geral»: cf. Ignacio Colomer, *La Motivación de las Sentencias*, cit. p. 127.

as instâncias de recurso não conseguiriam efectuar o conhecimento e a reapreciação do mérito da decisão em toda a sua dimensão<sup>31</sup>.

Em suma, constitui uma função de garantia assegurada aos intervenientes processuais que, ao longo dos tempos, foi vista como a principal, senão única, função subjacente à fundamentação das decisões.

Esta garantia de impugnação possibilita não só um controlo da decisão pelos sujeitos processuais directamente envolvidos, impedindo deste modo que se profiram decisões arbitrárias<sup>32</sup>, mas também um controlo «burocrático» por parte dos tribunais superiores quando efectuam essa avaliação e controlo.

Assume especial relevância neste contexto a matéria da prova que sustenta a decisão, uma vez que aqui se encontra o «procedimento essencial para o controlo relativo à racionalidade da convicção do juiz»<sup>33</sup>, no que são as bases da sua decisão.

A valoração da prova<sup>34</sup> consolida hoje uma dupla actividade jurisdicional, tanto legal (uma vez que toda a valoração se exerce sobre a prova que só pode ser legitimamente adquirida) como racional (que implica a obrigação de justificar a decisão segundo critérios de razoabilidade respeitando as ordens de razões lógica, científica e experimental). A sindicabilidade da actividade legal e racional efectuada pelo juiz na apreciação e valoração da prova em que sustenta a sua decisão desenvolve-se através do modo como esta última é fundamentada.

<sup>31</sup> Defendida como uma das três razões fundamentais da exigência de fundamentação, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 621. Também Damiano da Cunha, *O Caso Julgado Parcial*, cit., pp. 568 e ss, especialmente p. 576, destaca a relevância do dever de fundamentação como elemento fundamental na estrutura e âmbito do conhecimento dos recursos.

<sup>32</sup> Vários autores salientam a garantia a um controlo relativo à ausência de arbitrariedade como uma das funções essenciais da fundamentação; cf. Neste sentido, M. Tropper, *La Motivacion des decisions constitutionnelles* e Wroblewski, *Motivation de la decision judiciaire*, in Chaïm Perelman e P. Foiriers, *La Motivation des Décisions de Justice*, cit., pp. 296 e 132, respectivamente. No mesmo sentido, Iniesta Delgado, *Enunciados Jurídicos en la Sentencia Judicial*, cit. p. 194.

<sup>33</sup> A propósito do processo civil italiano, Michele Taruffo chama a atenção para uma prática jurisdicional de não motivação das sentenças, assente num discurso de afirmação de «impossibilidade» de controlos racionais sobre a convicção do juiz, o que o autor critica assertivamente por não ter fundamento racional e por se basear num «mau uso» do princípio da livre convicção dos juízes e do que é a respectiva argumentação: cf. *La Prueba de los hechos*, cit., pp. 437 e 438.

<sup>34</sup> Tenham-se a título de exemplo os Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra 14.09.2011, proc. n.º 150/10.5GCVIS.C; 28.04.2009, proc. n.º 435/07.8PATNV.C1; 03.11.2010, proc. n.º 1896-03.0PBLRA.C1; 13.10.2010, proc. n.º 72/08.0GTSRT.C1 e os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 30.01.2002, proc. n.º 3063/01- 3ª, SASTJ, nº 57, 69 e de 20.09.2005. Na doutrina, Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Vol. I, pp. 203 a 205.

O papel da fundamentação da sentença penal, do ponto de vista interno, reveste uma dimensão de garantia de defesa<sup>35</sup>, determinando e materializando os limites da decisão.

Assim sendo, o juiz expõe justificadamente a fundamentação das escolhas efectuadas no processo de decisão, delimitando concretamente a sua decisão e consubstanciando o objecto do processo, garantindo o direito de defesa do destinatário directo da decisão, na medida em que está a atribuir um conteúdo concreto à possibilidade de impugnação da decisão através da interposição de recurso.

Afinal, «o juiz não decide o que não é motivável»<sup>36</sup>, ou seja, os limites das escolhas decisórias do juiz são traçados pela motivação.

Essa limitação que decorre do acto de fundamentar a sentença concretiza «um limite imanente da actuação jurisdicional de modo a que o juiz não adopte decisões infundadas juridicamente sob pena de serem revogadas»<sup>37</sup>. Por estar sempre garantida, independentemente da existência ou não de recurso da decisão, esta função concretizadora do limite de actividade jurisdicional é considerada por alguns autores a principal função da fundamentação<sup>38</sup>.

Quanto aos órgãos jurisdicionais que proferem a decisão, destaca-se a função de autocontrolo que decorre da exigência de fundamentação.

Recorrentemente fizemos uso da expressão «fundamentação» ou da forma verbal «fundamentar». Impõe-se que questionemos no que consiste, afinal, esta tão aludida «fundamentação». Ora, fundamentar uma decisão consiste tão-somente em expor as razões justificativas de uma escolha efectuada, através de um processo de argumentação, o que por conseguinte exige ao juiz a capacidade de reflectir, ponderar e transmitir para o exterior o processo de racionalização desenvolvido, culminado na sua decisão<sup>39</sup>.

O juiz justifica como procedeu na elaboração da sua decisão, explicitando os processos de escolha efectuados, num quadro onde as possibilidades de escolha eram limitadas e condicionadas pelos meios de prova utilizados<sup>40</sup>. Ao explanar as suas razões o juiz está a objectivá-las e, nessa medida, autocontrola-se. O móbil é que o juiz «mediante a

<sup>35</sup> Acerca da dimensão de garantia de defesa, cf. Ferrajoli, *Derecho e Razón*, cit., p. 623.

<sup>36</sup> Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, cit., p.8.

<sup>37</sup> Cf. Ignacio Colomer, *La Motivación de las Sentencias*, cit., p. 130.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>39</sup> Cf. Manuel Atienza, *Entrevista a A. Aarnio, Doxa*, n.º 21, 1998, I Volume, p. 435, para Aarnio argumentação é um “instrumento dos juizes para uma melhor auto-compreensão.

<sup>40</sup> Abordando esta dimensão de autocontrolo, no sistema português, Germano Marques da Silva, *Curso de Processso Penal, Volume III*, cit., p. 290.

interiorização eficaz do correspondente dever jurídico (de motivar), adopte uma atitude que é de método (...). Deixando reflexiva e efectivamente de fora do discurso probatório aquelas pulsões valorativas que por não serem verbalizadas não poderiam ser acolhidas de forma expressa»<sup>41</sup>. A fundamentação funciona, nesta medida, como uma espécie de guia para o trabalho do juiz e, concomitantemente, como produto do que é elaborado.

Num momento posterior exige-se «que a justificação desenhada na mente do julgador seja escrita e expressa com a devida suficiência e clareza para ser entendida pelos destinatários da mesma»<sup>42</sup>, exigência esta que de alguma forma se cruza com a dimensão extraprocessual, uma vez que se constata a necessidade de justificação clara das opções tomadas num contexto anterior, comprovando assim que a conexão das duas dimensões, que se manifestam de forma autónoma, é uma realidade.

### 3.2 – DIMENSÃO EXTRAPROCESSUAL

A dimensão extraprocessual procura tornar possível um controlo externo sobre a fundamentação factual, lógica e jurídica da decisão, de modo a garantir a transparência de processo e da decisão. Assim, a obrigatoriedade de justificar as decisões «é uma manifestação do princípio da participação popular na administração da justiça»<sup>43</sup>, o que possibilitará um controlo difuso sobre o exercício da jurisdição.

A projecção democrática da fundamentação das decisões é potenciada pela constitucionalização do dever de fundamentação de todas as decisões (mesmo das insusceptíveis de recurso), como se demonstrará particularmente mais adiante neste trabalho.

Tendo em conta que se pretende, neste âmbito, atingir não só os destinatários directos da decisão mas também o auditório geral formado pela opinião pública, por todos os cidadãos como entidade legitimadora do exercício da função judicial, fala-se aqui de um «auditório universal»<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Perfecto Ibañez, «Sobre Prueba y motivación», *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, n.º 59, Júlio, 2007, p. 91.

<sup>42</sup> Cf. Ignacio Colomer, *La Motivación de las Sentencias*, cit., p. 135. Entre nós, Gomes Canotilho considera uma das razões fulcrais da fundamentação “a exclusão do carácter voluntarista e subjectivo do exercício da actividade jurisdicional e a abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes”, cf. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 621.

<sup>43</sup> Cf. Michele Taruffo, «La fisionomia della sentenza in Italia», cit., p. 189.

<sup>44</sup> Segundo Alexy, o conceito de auditório universal e a sua analogia com o conceito de «comunidade ideal de diálogo» de Habermas salienta a importância daquele: cf. *Teoria de la Argumentación Jurídica*, cit., p. 163. Pelo contrário, Manuel Atienza critica a construção do conceito de auditório universal por ser «apenas uma intuição

A relevância da dimensão extraprocessual varia em função do tipo de decisões, proferidas em casos com grande relevância pública ou em casos cuja relevância pública seja diminuta ou inexistente, podendo concretizar-se numa tripla dimensão: legitimação, transparência e prestação de contas e responsabilização.

A legitimação da função judiciária em termos políticos concretiza-se através da fundamentação das decisões, uma vez que todas as decisões penais exigem a demonstração e explanação do procedimento racional que afluiu na descoberta da verdade do caso concreto.

Assim, a exigência da fundamentação das sentenças traduz a dimensão legitimadora da decisão e, num Estado de Direito Democrático, do órgão que a profere, designadamente do tribunal e respectivos juízes que o constituem<sup>45</sup>.

Ambos com o intuito de equilibrar a diminuição do poder da lei face ao aumento de poderes do juiz, Iacoviello defende que a fundamentação constitui uma «condição de legitimação do poder dos juízes»<sup>46</sup>, enquanto Owen Fiss sublinha que «os juízes estão obrigados (...) a assumir responsabilidades pessoais pelas suas decisões e justificá-las com base em razões publicamente aceitáveis»<sup>47</sup>. Também Aarnio refere que «nos Estados modernos (de bem estar), os juízes ou os tribunais em geral exercem a sua responsabilidade justificando as decisões (...). Esta e só esta garante a autoridade necessária à sua função»<sup>48</sup>.

Em suma, a fundamentação das decisões constitui um verdadeiro factor de legitimação do poder jurisdicional, contribuindo para a congruência entre o exercício desse poder e o dever de dizer o direito no caso concreto (*iuris dicere*), passível de ser compreendido pelos seus destinatários e pelos cidadãos em geral<sup>49</sup>, e, nessa medida, é garantia de respeito pelos princípios da legalidade, da independência do juiz e da imparcialidade das suas decisões<sup>50</sup>.

---

feliz»; cf. *As razões do direito*, cit., pp. 109 e ss. Já François Martineau, *Tratado de Argumentação Judiciária*, Tribuna, Lisboa, 2006, pp. 33, 56, 100, 137, 200, aborda a questão do auditório na óptica da retórica do advogado para persuadir o tribunal.

<sup>45</sup> Veja-se Damião da Cunha, autor que defende que o dever de motivação é um «princípio da legitimidade democrática da função jurisdicional», e que ressalva a «ideia de que o dever de fundamentação é parte integrante do acto jurisdicional e, além disso, [permite] garantir a efectiva legitimidade democrática da função jurisdicional», cf. *O Caso Julgado Parcial*, cit., p. 567 e 571, respectivamente.

<sup>46</sup> Cf. Iacoviello, *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, cit., p. 754.

<sup>47</sup> Cf. Owen Fiss, *El Derecho como Razón Pública*, cit. p. 17.

<sup>48</sup> Cf. Aulis Aarnio, «La tesis de la única respuesta correcta yel principio regulativo del razonamiento jurídico», *Doxa*, n.º 8, 1990, p. 26 e *Le Rationnel Comme Raisonable*, cit., p. 7.

<sup>49</sup> Neste âmbito, alguns autores salientam a relevância da segurança jurídica para os cidadãos como resultado da própria motivação. No entanto, Iniesta Delgado refere «a função de garantia da motivação cumpre-se somente se se prova que a decisão judicial é uma correcta aplicação do Direito»: cf. *Enunciados Jurídicos en la Sentencia Judicial*, cit., pp. 194 e 195.

<sup>50</sup> Na senda do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 680/98.

Embora tenhamos mencionado repetidas vezes o «direito de compreensão» da decisão judicial, importa igualmente referir o direito à crítica da mesma como factor legitimador. Assumindo-se as decisões, mediante fundamentação, como factor legitimador da autoridade de quem as produz, o papel da crítica que sobre elas possa ser exercido é irrenunciável à consolidação dessa legitimação, na medida em que apenas uma contra-argumentação racionalizada pode conduzir a um aperfeiçoamento do processo de fundamentação.

Seja pelos órgãos jurisdicionais superiores ou pela opinião pública, cremos que uma crítica sustentada, racional, objectiva e capaz pode permitir que o decisor se aperceba dos seus próprios limites subjectivos (evitando deste modo decisões arbitrárias) e que questione o modo de decisão e fundamentação, ajudando-o a formular um melhor modelo de decisão para o futuro.

A dimensão externa da fundamentação das decisões torna-se particularmente relevante no que concerne à transparência das decisões (quanto à sua estrutura, forma e modo como são proferidas) e reflexamente no modo como é desempenhada a função jurisdicional.

A publicitação da fundamentação permite, pois, que sejam conhecidas as consequências jurídicas de determinados comportamentos tipificados pela lei como crimes, e também a sindicância pública da forma como os tribunais interpretam e aplicam as leis penais nas decisões concretas que julgam<sup>51</sup>.

A este propósito, tem-se vindo a considerar que para um julgamento ser justo é imprescindível que a decisão para além de proferida, seja também sustentada em razões que possam ser conhecidas, pelo que importa saber se o juiz expôs as suas razões e quais essas razões<sup>52</sup>. Traduz-se inclusivamente no princípio anglo-saxónico de que *justice must not only be done but it must be seen to be done*.

A transparência das instituições e dos procedimentos é um elemento estrutural do Estado de Direito Democrático, que se reflecte na exigência de controlo externo das decisões dos tribunais exercido pelos cidadãos, concretamente possível através da fundamentação das decisões.

Entendemos que as decisões são públicas para que os cidadãos percepcionem os quadros valorativos onde se inserem, sobretudo quando estão em causa comportamentos

---

<sup>51</sup> Fala-se neste contexto de uma «função pedagógica» decorrente desta dimensão extraprocessual, de que é exemplo Ignacio Colomer, *La motivación*, cit., p. 140.

<sup>52</sup> António Pedro Barbas Homem, *O Justo e o Injusto*, AAFDL, Lisboa, 2001, p. 97, ressalva a dimensão da fundamentação como «mecanismo» que concretiza a garantia jurídica efectiva para que «de modo objectivo a comunidade reconheça estarem criadas as condições para um julgamento justo».

constitucionalmente inaceitáveis, que violam bens jurídicos fundamentais, como acontece nas sentenças criminais, onde a «obrigação» dos tribunais de fundamentar o modo de decidir se destina a repor o equilíbrio posto em causa no caso concreto. Queremos com isto dizer que é imprescindível que os cidadãos conheçam as decisões jurídicas e a sua razão de ser, de modo a adaptarem o seu comportamento ao que é social e legalmente permitido, consubstanciando mesmo um «requisito da coesão social»<sup>53</sup>.

Neste contexto, exige-se apenas que a determinação do direito aplicável (na vertente da fundamentação jurídica) assente numa estrutura argumentativa clara e transparente, em detrimento de se encapotar por detrás dos fundamentos incompreensíveis da decisão<sup>54</sup>.

Actualmente, o exercício da função jurisdicional surge como um poder público constitucional sujeito a regras de prestação de contas idênticas às de qualquer outra forma de exercício do poder público.

Não existe qualquer dúvida nos tempos que correm que os tribunais e os juízes têm que «prestar contas» pelo exercício das suas funções, designadamente pelas decisões que proferem, princípio que vigora nas várias ordens jurídicas, inclusive nos sistemas de *common law* onde, por tradição, não se fundamentavam as decisões<sup>55</sup>.

Numa conjuntura de exigência e de prestação de contas de todos os órgãos que desempenham funções públicas, «o dever de prestar contas por parte dos juízes (e de todos os operadores da justiça) não apenas perante Deus ou perante os seus pares mas perante os cidadãos, corresponde, nos nossos tempos, a uma incontornável exigência de avaliação democrática»<sup>56</sup>.

Os diversos sistemas constitucionais condicionam esse dever de prestar contas à existência de órgãos constitucionais próprios dotados de legitimidade directa que, respeitando a independência do acto de julgar, detêm, por regra, poderes de avaliação sobre o trabalho dos juízes.

<sup>53</sup> A. Aarnio, *Le Rationnel Comme Reasonable*, cit., pp. 26 e ss.

<sup>54</sup> Sobre esta dimensão Arthur Kaufmann, *Filosofia do Direito*, cit., p. 96.

<sup>55</sup> H.L.Ho, *The judicial duty to give reasons*, cit., p. 50. Mary Arden, «Una question de estilo? La forma de las sentencias en los sistemas jurídicos anglo-americanos», cit. p. 114, refere que no sistema anglo-saxónico os juízes prestam contas da sua actividade decisória por meio das suas sentenças. Pelo contrário, Juan Igarrrua Salaverria ressalva que, em Espanha, «a obrigação de motivar é um meio pelo qual os sujeitos ou órgãos investidos do poder judicial dão conta das suas decisões perante a fonte de onde deriva a sua investidura»: cf. *La Motivación de las Sentencias*, cit. p. 25. Também com a mesma orientação Ernesto Pedraz Penalva, *Derecho Procesal Penal*, cit., p.370. No sistema italiano, precisamente no mesmo sentido, Ennio Amodio, «La motivazione della sentenza penale» cit., p. 188.

<sup>56</sup> Gomes Canotilho, «Entre a justiça e a prudência. Uma carta para o Centro de Estudos Judiciários», *Revista do CEJ*, número 4, 1º semestre, 2006, p. 8.

Paralelamente ao modelo directo de fiscalização da actividade jurisdicional por órgãos constitucionais próprios, as decisões judiciais e respectiva fundamentação são alvo de um mecanismo de controlo difuso, que permite a todo e qualquer cidadão questionar o modo como os juízes aplicam a lei, assim como lhes permite exercer esse controlo de uma forma efectiva, exprimindo a sua opinião e eventualmente despoletando as instâncias formais de controlo quando estas não actuaram. Entre os mais relevantes, não poderíamos deixar de referir os mecanismos internos de fiscalização das decisões dos juízes, por regra atribuídos a tribunais superiores, constitucional e legalmente consagrado no direito ao recurso. Por outro lado, também os cidadãos dispõem de um direito ao ressarcimento por danos causados em virtude do exercício da função jurisdicional, plasmado no regime geral da responsabilidade civil por actos judiciais regulado na Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

Em suma, a fundamentação das decisões possibilita uma sindicância persistente da actividade jurisdicional, passível de ser exercida por todos os cidadãos com acesso às decisões judiciais, efectivando-se um controlo sobre a razoabilidade das decisões em termos valorativos e estruturais e ainda sobre a eficiência de quem as produz<sup>57</sup>.

Para terminar, importa frisar que para que este dever de prestar contas não seja apenas um dever de meras palavras, é exigida desde logo a disponibilização pública das decisões judiciais e ainda que o juiz formule uma decisão perceptível, legível e compreensível, seja pelos destinatários directos, seja por todos os detentores de um direito de fiscalização e controlo.

---

<sup>57</sup> Ignacio Colomer, *La Motivación de las Sentencias*, cit., p. 140, salienta que o «controlo externo ou difuso de natureza democrática desenvolvido pela sociedade será sempre um controlo axiológico ou valorativo e, no tempo, de eficiência».

#### IV - O MODELO CONSTITUCIONAL DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA PENAL

O dever de fundamentação suscita um variadíssimo conjunto de questões e dúvidas a propósito do alcance e dimensão normativa que deve consubstanciar no âmbito do processo penal.

Neste sentido, tendo em conta que a fundamentação da sentença se assume ela própria como um acto ou «fragmento de um acto» processual, importa-nos analisar a estrutura normativa exigível para que se cumpram as exigências constitucionais, de modo a que a sentença não seja vista como arbitrária e simultaneamente tornando a actividade jurisdicional mais verificável e racional.

Não nos esqueçamos que no processo penal está em causa a aplicação directa da matéria constitucional, sendo exigida uma modelação da interpretação das normas processuais penais em função dos princípios constitucionais.

Partindo-se da concepção, também por nós perfilhada, de que existe um vínculo fundamental entre fundamentação e contexto de decisão, indispensável para verificar se o acto de justificação não está além ou aquém do objecto processual que configura o procedimento e sobre o qual se proferiu a decisão, os requisitos estruturais da fundamentação devem ser entendidos neste contexto.

Assim, procura-se concretizar o carácter racional da fundamentação das decisões, no sentido da sua estrutura garantir por um lado o controlo externo e interno da decisão e, por outro, afirmar concretamente uma racionalidade justificativa, cujo cerne consiste na compreensão da validade dos argumentos usados pelo juiz pautados por uma tripla exigência de suficiência, coerência e razoabilidade, que passamos a explicar *infra*.

##### 4.1 - A SUFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO

A exigência constitucional do carácter completo do dever de fundamentação impõe que o conteúdo da fundamentação tenha que exprimir a justificação do que é decidido, justificando-se todas as questões que na decisão foram objecto de apreciação, tanto sobre a matéria de facto como sobre a matéria de direito, numa visão global.

O princípio constitucional da completude, já *supra* abordado, dita o conteúdo mínimo que deverá ser respeitado pelo artigo 374.º n.º 2 do CPP, pelo que o requisito da suficiência se consolida como a medida mínima da completude.

Embora seja indubitável a exigência de uma explicação completa e perceptível dos aspectos essenciais tratados na decisão, afiguram-se dúvidas quanto à medida dessa fundamentação, ou seja, será impreterível uma argumentação analítica, detalhada e minuciosa ou um outro critério menos exaustivo bastará para satisfazer o quadro constitucional?

Creemos que, para além da sua dimensão de «conceito indeterminado», a fundamentação suficiente funcionará como «conceito funcionalmente operativo»<sup>58</sup>.

A problemática da fundamentação suficiente consiste na imposição feita ao juiz de concretizar as opções efectuadas no contexto da decisão de modo a que essa justificação seja compreendida por quem é destinatário directo ou indirecto da sentença, não deixando de tratar todas as questões objecto de discussão no contexto de decisão, desde que directamente relacionadas com o objecto do processo. Não obstante, a fundamentação poder-se-á concretizar de forma não exaustiva e diferenciada em função dos tipos de procedimento e da dimensão do conflito subjacente à decisão<sup>59</sup>, apenas se exigindo ao juiz a estabilização da paz jurídica e a completa garantia da possibilidade de controlo, explicitação e compreensibilidade da decisão.

Portanto, a reprodução de elementos de facto ou de direito que não sejam relevantes para o conhecimento do objecto do processo, traduzir-se-á num excesso de argumentação, configurando uma fundamentação para além da suficiência, que não a torna viciada mas, tão só, mal elaborada, sem quaisquer consequências jurídicas<sup>60</sup>.

## 4.2 - A COERÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO

Na construção do processo de justificação que consubstancia a fundamentação, todo o processo argumentativo aplicado pelo juiz deve ser coerente entre si.

<sup>58</sup> Sobre a suficiência da motivação como conceito indeterminado veja-se Rivero Ortega, «Quien custodia a los custódios?: casación y motivación como garantías del control de las decisiones judiciales», *Jueces para la Democracia Información y Debate*, n. 39, Julio, 1997, p.39. Defendendo que as normas processuais «não só exigem que as decisões judiciais sejam motivadas mas também exigem um modelo de motivação que cumpra as exigências da “motivação suficiente”»: cf. Iniesta Delgado, *Enunciados Jurídicos de la Sentencia Judicial* cit., p. 194.

<sup>59</sup> Alguns autores autonomizam, numa perspectiva analítica, o requisito suficiência do requisito da completude, na medida em que nesta última se faz alusão a um critério quantitativo da fundamentação e naquela a um critério qualitativo. Perfilha deste entendimento Salaverria, *La Motivación de las Sentencias*, cit., p. 98 e 99, referindo-se ainda a uma «suficiência contextual», para apelar ao conceito de «cultura jurídica e social» da época como medida do âmbito da justificação suficiente que deve condicionar a concretização da fundamentação.

<sup>60</sup> Cf. Iniesta Delgado, *Enunciados Jurídicos en la Sentencia Judicial*, cit., p. 204.

Não se poderia falar de coerência sem uma referência à teoria da interpretação e da argumentação, pelo que nos socorremos da definição de MacCormick<sup>61</sup> de que a argumentação é a actividade que consiste em apresentar argumentos a favor ou contra algo, respeitando, de um lado, as exigências de consistência da fundamentação e, de outro lado, os requisitos de coerência.

De forma sucinta, a consistência traduz-se na conexão dos vários argumentos utilizados e na ausência de contradições lógicas entre eles, enquanto a coerência procura que a utilização encadeada de um conjunto de proposições resulte harmónica, constituindo assim um requisito fundamental para tornar racionalmente aceitável a fundamentação das decisões, tanto quando se decide sobre os factos (a designada coerência narrativa), como na argumentação da escolha da norma que se aplica ao caso concreto (a designada coerência normativa).

Neste contexto, exige-se uma conexão lógica entre todas as premissas em que se sustenta o contexto de decisão e o processo de justificação de tais premissas, de modo a que não se verifiquem contradições entre os argumentos e as premissas do discurso onde assenta a fundamentação<sup>62</sup>.

Sob o véu da coerência, acresce uma exigência de compatibilidade entre diversos argumentos que vão sendo expostos<sup>63</sup>, pelo que a rede argumentativa e os seus fundamentos terá que ser harmoniosa. A sentença funciona como um todo e nesse sentido as várias dimensões factuais e justificativas devem articular-se de modo senão harmonioso, pelo menos coerente.

No âmbito do processo penal, a coerência da fundamentação manifesta-se ainda no facto da sua estrutura, como parte da sentença, ter que compatibilizar as dimensões fácticas e jurídicas que a compõem, devendo ser simultaneamente coerente e compatível com o que será objecto de decisão.

---

<sup>61</sup> Neil MacCormick, «La argumentación y la interpretación en el derecho», cit., p. 202, «On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin», in Aulis Aarnio, Neil MacCormick, *Legal Reasoning*, Vol. II, Dartmouth, Aldershot, 1992, p. 94.

<sup>62</sup> Cf. Amodio «Motivazione della sentenza penale», cit., p. 219, aludindo à «correlação quantitativa entre a motivação, a acusação e o dispositivo» e segundo o qual «as questões do dispositivo e da acusação definem os temas sobre os quais se deve deter o discurso justificativo».

<sup>63</sup> Igartua Salaverria nomeia este requisito de «congruência», referindo-se à «imprescindível congruência entre as premissas que têm de se justificar», ibidem, p. 100. Cumulativamente, o autor refere um outro requisito que consiste na compatibilidade «entre todos os argumentos que compõem a motivação» e que reconhece como podendo enquadrar-se no âmbito da congruência.

Como se estabelece nos artigos 379.º n.º 1 c) e 410.º n.º 2 alínea b) e n.º 3 do CPP, consiste num fundamento específico de recurso e também num caso em que é possível ao Tribunal superior conhecer oficiosamente da questão, embora dentro de certos limites, nomeadamente quando se trata de uma contradição insanável e o vício<sup>64</sup> resulte do texto da decisão.

### 4.3 - A RAZOABILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO

O conceito de razoabilidade tem intrínseca uma carga de imprecisão relativamente elevada, asseverando-se como factor de discussão no seio de algumas doutrinas modernas da argumentação jurídica<sup>65</sup>, especialmente na tentativa de dar resposta à questão fundamental do modo de «racionalizar» a decisão.

A este propósito, perfilhamos o entendimento de Manuel Atienza de que «o que é razoável também é racional (entendida esta expressão em sentido amplo) ainda que, o que é racional possa não ser razoável: todo o razoável é racional, mas nem todo o racional é razoável»<sup>66</sup>.

Segundo este autor, as decisões jurídicas «razoáveis» podem sê-lo em dois sentidos distintos, designadamente num sentido amplo em que a «razoabilidade opera como um critério ou limite geral do raciocínio jurídico (do raciocínio prático)»<sup>67</sup> e num sentido estrito, em que uma decisão razoável será aquela que «consegue um equilíbrio óptimo entre as distintas exigências que se evidenciam na decisão, obtendo um máximo de consenso».

Em suma, o que se pretende defender é que na apropriação de um conceito de razoabilidade não pode, nem deve, falar-se num antagonismo entre o que é racional e o que é razoável.

A consagração normativa do artigo 374.º n.º 2 do CPP de que as razões de facto e de direito que constituem a fundamentação deve ser *tanto quanto possível completa, ainda que concisa*, impõe a exigência de uma forma de «economia argumentativa» que assegure o cumprimento das finalidades da fundamentação sem questionar a natural complexidade estrutural que um sistema de fundamentação racional exige.

---

<sup>64</sup> Os vícios/patologias da fundamentação serão tratados autonomamente no decurso deste trabalho.

<sup>65</sup> Cf. Segura Ortega, «La racionalidad del derecho: sistema y decision», cit., p. 163.

<sup>66</sup> Manuel Atienza, «Para una razonable definición de “razonable”», *Doxa* n.º 4, 1987, p. 193.

<sup>67</sup> Manuel Atienza, «Sobre lo razonable en el derecho», p. 94.

Este modelo de concisão da fundamentação pressupõe a concretização do critério de razoabilidade da fundamentação, de modo a equilibrar a eventual complexidade de uma fundamentação decorrente da vinculação constitucional ao princípio da completude, com as exigências de clareza, compreensibilidade e racionalidade que consubstanciam as finalidades da fundamentação, mas sem se confundir com a extensão expositiva do modo de argumentar.

## V - FUNDAMENTAÇÃO “DE FACTO” E “DE DIREITO” DA SENTENÇA PENAL

No decurso da narrativa judicial a dicotomia matéria de facto - matéria de direito impõe a distinção entre o facto e o direito, ainda que intimamente conectados e devidamente articulados, na medida em que ambos conformam a sentença penal.

É, no entanto, nos factos e na sua dimensão probatória, sustentada numa análise crítica contraditória mas decidida com base no princípio de livre apreciação da prova, que se evidencia o núcleo da actividade jurisdicional do procedimento racionalmente sustentado num processo justificativo.

Problemas estruturais como a utilização das «máximas de experiência» ou a exigência de uma fundamentação reforçada no domínio da prova vinculada, concretamente na prova pericial e científica, evidenciam a relevância do papel da fundamentação. De igual modo, o problema da imediação nomeadamente, o modo como deve articular-se este princípio fundamental do processo penal com a exigência de uma fundamentação devida, não pode servir como razão justificativa para a não fundamentação.

A sentença penal, na definição simplista de Cavallo, é uma decisão que «declara de forma imperativa o direito no caso concreto»<sup>68</sup>. Apresenta, por isso, um juízo fáctico e um juízo jurídico, em que os factos surgem como uma dimensão de reconstrução de acontecimentos valorados e o direito como conclusão da relevância jurídica desses acontecimentos<sup>69</sup>.

O modelo constitucionalmente vinculado de fundamentação da sentença penal, normativamente fixado no artigo 374.º n.º 2 do CPP, embora efectue uma distinção entre a fundamentação de facto (*motivos de facto*) e a fundamentação jurídica (*motivos de direito*) da sentença, deixa ao intérprete todo o trabalho de racionalização que consubstancia aquela diferença.

Todavia, esta dicotomia entre facto e direito não pode ser vista numa perspectiva clássica e tradicional, em que a fundamentação jurídica se entendia somente como a

---

<sup>68</sup> Cf. Vicente Cavallo, *La Sentenza Penale*, cit., p. 144, onde o autor apresenta uma definição mais completa de sentença como seja «decisão de um órgão jurisdicional que declara, de forma imperativa e de uma forma estabelecida na lei o direito substancial ou processual para resolver um conflito de direitos subjectivos que se desenrola numa pretensão jurídica deduzida no processo e resolve definitivamente o fim da jurisdição na fase processual onde é pronunciada».

<sup>69</sup> Cf. Carlo Zaza, *La Sentenza Penale*, Giuffrè Editore, 2004, p. 60, referindo-se ao «facto» como a «reconstrução do acontecimento acompanhado da valoração de carácter probatório» e ao «direito» como «as conclusões com relevância jurídica do acontecimento, que, na sentença penal se traduzem numa recondução a uma norma incriminadora».

explicitação da norma aplicada aos factos provados, na linha da doutrina de Montesquieu<sup>70</sup>, segundo o qual «*le juge est la bouche inanimée de la loi*».

Actualmente, grande parte das teorias sobre as *story tellings*, assumem a junção «num todo inseparável dos aspectos fácticos com os jurídicos»<sup>71</sup> como modo adequado de compreender e elaborar a narrativa judicial, até porque a própria evolução do Direito assim o exige. Por exemplo, nos dias que correm, os advogados tendem a falar mais de direito que dos factos e a própria prática de *story telling* jurídico e judicial tende a esbater várias distinções, nomeadamente as que existem entre facto e direito e entre facto e valor.

Ainda assim, o facto e o direito devem ser concebidos como distintos ou pelo menos como distinguíveis, pelo que a compreensão da autonomia inter-conexionada entre o facto e o direito é fundamental na análise e articulação da questão da fundamentação de facto e de direito da sentença, tendo em conta que são duas dimensões fulcrais da fundamentação da sentença.

### 5.1 – FUNDAMENTAÇÃO “DE FACTO”

No âmbito do processo penal e para efeitos da decisão, a concepção de que os factos consubstanciam os «eventos» em torno dos quais é possível articular um discurso de verdade ou falsidade sobre um determinado enunciado empírico<sup>72</sup> é a que se afigura pragmaticamente mais vantajosa, uma vez que consubstancia um dado comum nas diversas culturas jurídicas, no sentido de que «o facto é o ‘objecto’ da prova ou a sua finalidade fundamental»<sup>73</sup>.

Não nos esqueçamos que no processo se demonstram factos «não para satisfazer exigências de conhecimento em estado puro, mas antes para resolver controvérsias jurídicas»<sup>74</sup>, pelo que essa circunstância deverá estar bem presente no processo de construção da decisão.

<sup>70</sup> Numa crítica à neutralidade judicial, retomando uma ideia de Ronald Dworkin sobre o «mito da neutralidade judicial», cf. Paulo Rangel, *Repensar o Poder Judicial*, cit., p. 70.

<sup>71</sup> Michele Taruffo, «Narrativas judiciales», cit., p. 238, em que o autor ressalva que isso não deve «assombrar-nos», atendendo à dificuldade dogmática de distinção entre o facto e o direito.

<sup>72</sup> Cf. D. Gonzalez Lagier, «Hechos y argumentos (racionalidade epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)», cit., p. 18 e Hernandez Marin, *Las Obligaciones Básicas de los Jueces*, cit., p. 197.

<sup>73</sup> Cf. Michele Taruffo, *La Prueba de los Hechos*, cit., p. 89.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 90.

Desde logo se denota uma grande dificuldade em esquecer as implicações jurídicas<sup>75</sup> que os factos reflectem no direito, tendo em conta que os factos não existem por si ou para si mesmos, mas em função das suas consequências jurídicas.

Por outro lado, num contexto probatório, o «facto constitui o objecto da prova em função do contexto que determina a descrição (o tipo de descrição) apropriada a esse facto»<sup>76</sup>, sendo que a sua determinação situar-se-á «no interior da decisão judicial e a prova está dirigida à determinação do facto»<sup>77</sup>.

Numa análise da dinâmica do processo penal, acabamos por constatar que o facto objecto do conhecimento processual é «o que se disse acerca do facto», o que significa que ao falarmos de factos estamos a referir-nos à «enunciação de um facto e não ao objecto empírico que é enunciado». Por sua vez, qualquer enunciado fáctico «depende do sujeito que realiza a enunciação (definição, hipótese, descrição, etc.), dos critérios que emprega para individualizar o facto (grau de precisão, presença ou ausência de valoração ou de qualificação jurídica) e da linguagem que se usa (comum ou jurídica, vaga ou precisa)»<sup>78</sup>. A este propósito, Jackson afirma que «quando os juízes e o júri têm que decidir questões de facto estão sujeitos (...) à percepção original, pelas testemunhas, dos acontecimentos que relatam; e à percepção, pelo tribunal, do comportamento das testemunhas»<sup>79</sup>.

A contextualização dos factos entendidos como «enunciados» de facto e não apenas como realidades empíricas releva ainda na discussão sobre a sua veracidade ou falsidade. «Os factos materiais existem ou não existem, mas não tem sentido dizer que são falsos ou verdadeiros; só os enunciados fácticos podem ser verdadeiros, se se referirem a factos materiais que ocorreram ou falsos, se afirmam factos materiais não ocorridos»<sup>80</sup>.

Os factos, no sentido de enunciados fácticos, são o objecto principal do processo de decisão, sendo eles que constituem a acusação e a defesa, que são objecto de prova num procedimento público e contraditório (podendo por isso eventualmente ser alterados em virtude da própria hipótese defensiva ou pelo impulso «inquisitório» do juiz na busca da verdade material) e são os factos que irão conformar a decisão final.

<sup>75</sup> «A aplicação do direito depende da existência ou verificação dos factos aos quais a ordem jurídica alia a produção de um dado efeito jurídico», refere Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal, II*, cit., p. 109.

<sup>76</sup> Taruffo, *ibidem*, p. 93.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>78</sup> Taruffo, *ibidem*, p. 116.

<sup>79</sup> Cf. Bernard S. Jackson, «Bentham, verdade e semiótica jurídica», *Liber Amicorum de José de Sousa Brito*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 157.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 117.

A demonstração dos factos provados e não provados efectuada pelo tribunal na audiência de julgamento obedecendo ao princípio da livre apreciação da prova e a todos os princípios ordenadores do processo penal como sejam, o princípio da presunção de inocência, o princípio da imediação e o princípio da oralidade, assume um papel fulcral na fundamentação de facto da sentença penal. Aliás, o modelo normativo de fundamentação de facto da sentença penal estabelecido no CPP articula-se entre as normas do artigo 374.º n.º 2, concretamente referente à sentença, o artigo 127.º do CPP relativo à livre apreciação da prova, bem como todo o conjunto normativo referente à prova, defendendo-se até que o dever de motivação cessará onde estiver em causa o princípio da livre convicção<sup>81</sup>.

Com base no estatuído no artigo 374.º n.º2 do CPP, a distinção entre a factualidade provada e não provada e os motivos de facto que a sustentam identifica a indicação narrativa dos factos provados e não provados como *thema decidendum*, à qual tem que seguir-se a exposição dos motivos que sustentam esses factos como *thema justificandum*, o que atribui à justificação um conteúdo autónomo em relação àquela exposição dos factos.

Chega-se, por fim, no processo de construção da decisão, a uma narrativa processualmente verdadeira, reflectida nos factos dados como provados e não provados, que estabelece o resultado do processo de conhecimento previamente delimitado à vinculação da hipótese acusatória bem como à sua eventual contraposição pelo direito de defesa do arguido. Neste sentido, perfilhamos a afirmação de Amodio segundo a qual «aquilo que o juiz é chamado a resolver na motivação [da matéria de facto] não é um discurso de estrutura aberta mas um discurso com uma vinculação temática: o esboço da argumentação de facto só pode mover-se unicamente entre a alternativa da negação ou da afirmação dos factos enunciados na acusação»<sup>82</sup>.

Concomitantemente, a análise crítica das provas ganha um acento tónico em função da densificação do processo de fundamentação da sentença decorrente do entendimento da sua dupla dimensão endo e extraprocessual, já previamente tratada.

Na qualidade de princípio estruturante do direito processual europeu e, particularmente do direito processual penal português, o princípio da livre apreciação da prova assume, na

---

<sup>81</sup> Neste sentido, Damião da Cunha, *O Caso Julgado Parcial*, cit., p. 566.

<sup>82</sup> Cf. «Motivazione della sentenza penale», cit., p. 206.

dinâmica do processo de fundamentação da sentença penal, uma dupla função de ordenação e de limite<sup>83</sup>.

Este «princípio da livre convicção libertou o juiz das regras da prova legal mas não o desvinculou das regras da razão»<sup>84</sup>, na medida em que a discricionariedade na apreciação de cada uma das provas assenta num modelo racionalizado, guiado pelas regras da ciência, da lógica e da argumentação, sempre vinculada ao princípio da descoberta da verdade material.

É precisamente a fundamentação de facto que cumpre «a função de controlo daquela discricionariedade, obrigando o juiz a justificar as suas próprias escolhas»<sup>85</sup>, evitando assim qualquer possibilidade de arbítrio no domínio da valoração da prova decorrente de uma actuação dominada apenas pelas impressões.

Neste processo de valoração da prova pelo juiz, intervêm também as designadas máximas de experiência, sobre as quais devemos tecer alguns esclarecimentos.

A dogmática tem-nas duplamente enquadrado por um lado, como generalizações de sentido comum e, por outro lado, como leis científicas enquanto base de sustentação.

Enquanto generalizações de sentido comum, as máximas de experiência «são regras de comportamento (...) se extraem dos casos semelhantes (...)»<sup>86</sup>, consistindo basicamente em generalizações empíricas «que se referem à conduta humana, tanto individual como social»<sup>87</sup>.

Alternativamente, as máximas de experiência podem consistir também no conhecimento técnico que faz parte da cultura do homem médio<sup>88</sup>, circunstância em que o juiz pode aplicar directamente a um facto verificado uma lei científica comumente conhecida<sup>89</sup>.

Contudo, ressalvamos que muitas máximas não estão fundadas em experiências reais mas antes em pré-juízos, argumentos e estereótipos, pelo que não poderão conferir «ao

<sup>83</sup> Sobre o princípio da livre apreciação da prova em Portugal, Eduardo Correia, «Les preuves en droit penal portugais», *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.º 14, 1967, p. 31, Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, cit., pp. 198-211, Anabela Rodrigues, «La preuve en procédure penale compare. Le droit portugais» cit., p.317, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II Volume, cit., pp. 147-152.

<sup>84</sup> Cf. Michelle Taruffo, «Conocimiento científico y estándares de prueba judicial», *Jueces para la democracia, Información y Debate*, n.º 52, Marzo, 2005, p. 67.

<sup>85</sup> Assim Taruffo, *La Prueba de los Hechos*, cit., p. 436.

<sup>86</sup> Paolo Tonini, *Manuale de Procedura Penale*, cit., p. 163 e *La Prova Penale*, p. 16.

<sup>87</sup> Assim Igartua Salaverria, *La Motivación de las Sentencias*, cit., p. 167.

<sup>88</sup> Veja-se Alessandro Iacoboni, *Prova Legale e Libero Convincimento del Giudice*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, p. 149, em defesa desta ideia de «património cultural médio entendido também como experiência partilhada e normalmente axiomática».

<sup>89</sup> Cf. Michelle Taruffo, «Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice», *Rivista Trimestrale do Diritto e Procedura Civile*, 2001, n.º 3, p. 688.

argumento certeza absoluta porque não são leis de forma universal, mas antes a simples constatação de certas regularidades»<sup>90</sup>.

Nesse sentido, as máximas de experiência configuram uma argumentação monológica, que não é por isso muitas vezes suficientemente crítica ou mesmo autocrítica.

Assim, as máximas de experiência constituem uma autónoma elaboração do juiz, introduzindo o uso de generalizações muitas vezes de sentido comum que pelo menos devem ser criticamente apreciadas, pelo que não deverão ser utilizadas quando contrariadas pela ciência ou quando contraditadas «por evidências empíricas específicas ou por provas disponíveis no caso concreto»<sup>91</sup> ou mesmo por outras máximas de experiência.

Não pretendemos de modo algum desvirtuar a operacionalidade das máximas de experiência, apenas defendemos a sua utilização ponderada, justificada, clarificada e adaptada ao caso concreto para que assim possa ser entendida sem quaisquer dúvidas, evitando ainda «a infiltração sub-reptícia de elementos tão descontrolados [como são algumas «máximas»] nas decisões judiciais»<sup>92</sup>. Alguns autores vão mais longe na sua radicalidade defendendo que «as máximas de experiência só podem ser utilizadas no processo penal quando sejam a expressão, em forma familiar e abreviada, de um enunciado científico que tenha um elevado grau de confirmação e tenha superado repetidas tentativas de falsificação»<sup>93</sup>.

## 5.2 - FUNDAMENTAÇÃO “DE DIREITO”

Ao abrigo do artigo 374.º n.º 2 do CPP, do ponto de vista normativo o legislador português efectua expressamente a distinção entre «motivos de facto» e «motivos de direito» como elementos constitutivos da fundamentação da sentença.

Como se referiu, na fundamentação da matéria de facto está em causa a justificação que torne perceptível o processo de reconstrução de um acontecimento probatoriamente efectuado. Por conseguinte, em função da estrutura justificadora exigível ao cumprimento das finalidades da fundamentação, qualquer dimensão jurídica de que se fez uso no processo de

<sup>90</sup> Cf. Manuel Atienza, «Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a la tesis de Perfecto Ibáñez», *Jueces para la Democracia, Información y debate*, n.º 22, 1994, p. 83.

<sup>91</sup> Cf. Taruffo, «Narrativas judiciales», cit., p. 259, ressaltando a especial atenção a ter na compatibilização das máximas de experiência com os factos concretos a que devem respeitar.

<sup>92</sup> Cf. Igartua Salaverria, *La Motivación de las Sentencias*, cit., p. 167.

<sup>93</sup> Cf. Federico Stella, «Oltre il ragionevole dubbio: il libero convincimento del giudice e le indicazioni vincolanti della costituzione italiana», cit., p. 108.

reconstrução dos acontecimentos e que levou à fixação dos factos terá sempre de ser justificada.

Falar-se-á aqui de uma inter-conexão metodológica<sup>94</sup> entre as razões que justificam o modo como se efectuou essa reconstrução e as conclusões da relevância jurídica desses acontecimentos.

Nas dimensões endoprocessual e extraprocessual, uma justificação simplista e rígida da fundamentação jurídica não basta, pelo que «a motivação de direito deve conceber-se como exposição dos critérios interpretativos onde o juiz se escuda para aplicar a lei»<sup>95</sup>, tornando pública e transparente uma decisão onde se assumiu uma escolha que, a não ser assim, «permanece mascarada através de um guarda-chuva da *voluntas legis*»<sup>96</sup>.

Importa, no entanto, lembrar, que na sentença penal se empregam conceitos e definições que têm que ser aplicados pelos juízes em termos de raciocínio silogístico partindo das normas gerais para o caso concreto através de um processo subsuntivo.

Neste processo de subsunção, a interpretação do conceito jurídico que é seu pressuposto lógico coloca algumas dificuldades concretas que passamos a tratar muito superficialmente.

Em primeiro lugar, dever-se-á ter sempre presente que tanto no processo penal como na fundamentação da sentença, a protecção dos direitos dos cidadãos, o restabelecimento da paz jurídica, a procura da verdade material na realização da justiça e a conformidade à Constituição são guias inelutáveis do processo de interpretação, que se afirme «como acto de pacificação»<sup>97</sup>, visando uma solução justa.

Para dificultar este processo de interpretação, alguns autores<sup>98</sup> consideram que na sociedade contemporânea vigora como crença genérica um conceito de *lei dúbia*. Iacoviello<sup>99</sup> ajuda a explicar este fenómeno através de quatro razões basilares. Em primeiro lugar «o texto

<sup>94</sup> Castanheira Neves, *ibidem*, p. 511, sublinha esta inter-conexão metodológica, afirmando que «mesmo que se adira à posição doutrinal que discrimina o momento factual do momento propriamente jurídico (...) a referência ao momento factual sempre estará condicionada pela decisão da questão de saber – questão que não é «de facto» - se os elementos que no caso concreto integram esse momento são índices ou factores determinativos de um certo direito – i.e., exige a qualificação jurídica ou a consideração do relevo para um conhecimento jurídico a imputar a esses elementos», *ibidem*, p. 507.

<sup>95</sup> Cf. Amodio, «Motivazione della sentenza penale», cit., p. 212.

<sup>96</sup> Amodio, *ibidem*, p. 212.

<sup>97</sup> Cf. José de Faria Costa, «Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?», *RLJ*, ano 134, 2002, p. 354 e *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 141.

<sup>98</sup> Entre os quais se destacam Iacoviello, «Motivazione della sentenza penale (controllo della)» e Arthur Kaufmann, *Filosofia do Direito*.

<sup>99</sup> Iacovello, «Motivazione della sentenza penale (controllo della)», cit., p. 755.

do legislador é, por necessidade ou por opção, ambíguo e aberto a múltiplas interpretações». Em segundo lugar, «o apoio na vontade do legislador é hoje ilusório porquanto (...) no sistema democrático (...) não há legislador mas legisladores, isto é grupos de pressão portadores de interesses muitas vezes antagónicos, sendo a lei uma espécie de húmus compromissório (...)». Em terceiro lugar «o critério da *ratio legis* é evanescente porquanto podem ser múltiplas essas finalidades (directas, indirectas, simbólicas, reais, etc.)». Em suma, são diversos e mesmo conflituantes os critérios interpretativos, de que são exemplos o argumento *a simili* e *a contrario*.

Acresce a existência de diversas tipologias de conceitos descritivos e normativos mais ou menos fixos, que origina a adaptação da estrutura da fundamentação jurídica a essa expansibilidade dos conceitos, sendo necessário fundamentar por que razão se valora determinada circunstância de uma maneira e não de outra.

No âmbito da aplicação dos tipos penais, que estruturalmente não são todos iguais, suscitam-se algumas problemáticas de interpretação. Relembre-se a existência de tipos de crime cujos elementos normativos exigem uma valoração jurídica mais intensa do que outros, o que acarretará uma argumentação diferenciada e mais exigente. Tome-se o exemplo das normas penais em branco ou das situações em que os elementos normativos do tipo (como é o caso, no domínio dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, do conceito de *actos de carácter exibicionista* ou *pornografia*, a que se referem os artigos 170.º e 176.º do Código Penal) que exigem valorações sobre normas ético-sociais não uniformes em função da sua inserção em sociedades pluralistas, onde a argumentação deve justificar a escolha da norma e o critério que fundamenta essa valoração.

Neste contexto interpretativo, merece uma breve análise a utilização de fundamentos sustentados na cláusula da «opinião dominante» por parte dos tribunais.

Para a maioria dos tribunais, a opinião dominante é «simplesmente um facto que eles [juízes] constatam na literatura especializada»<sup>100</sup>, consubstanciando por isso um argumento meramente quantitativo sustentado numa amostra do que é essa literatura, uma vez que os juízes não conhecem (nem podem conhecer) toda a literatura disponível sobre o assunto.

Assim sendo, as «opiniões dominantes» formulam uma argumentação frágil, incapaz de resistir a um simples contraditório epistemológico, conformando apenas opiniões que por si só não poderão ser o sustento da fundamentação de uma decisão.

---

<sup>100</sup> Arthur Kaufmann, *Filosofia do Direito*, cit., p. 92.

Em situação semelhante encontra-se a utilização dos *obiter dicta* na fundamentação jurídica. Os *obiter dicta* são asserções ou afirmações utilizadas pelos juízes que pretendem ilustrar, através de argumentos analógicos, o argumento principal que suporta a *ratio decidendi* na qual sustentam a decisão, indo para além desta. Têm uma função puramente persuasiva, que se justifica apenas quando é necessário um esclarecimento adicional para com o auditório da decisão, indo além do que é uma motivação suficiente.

A sua utilização é em regra dispensável, embora também não constitua uma fundamentação incorrecta<sup>101</sup> nem entre no rol das *patologias*.

---

<sup>101</sup> Cf. Iniesta Delgado, *Enunciados Jurídicos en la Sentencia Judicial*, cit., p. 208. Numa crítica às sentenças abundantes em *obiter inutiliter dicta*, cf. Luís Correia de Mendonça, José Mouraz Lopes, «Julgar: contributo para uma análise estrutural da sentença civil e penal», *Revista do CEJ*, nº1, 2º semestre de 2004, pp. 193, 213.

## VI – FUNDAMENTAÇÃO SIM, PROXILIDADE NÃO

«*Não digas tudo o que sabes, mas sabe tudo o que dizes!*».

Parafraseamos aqui Mathias Claudius como mote inicial da discussão incontornável sobre a compatibilização de um modelo de fundamentação da sentença assente na estrutura racionalizada da suficiência, coerência e razoabilidade e a restrição processual penal ao processo argumentativo da exposição dos motivos de facto e de direito, pela imposição de uma argumentação concisa<sup>102</sup>.

A viabilidade de um modelo de economia argumentativa conciliador das finalidades da fundamentação e das suas guias constitucionais parece decorrer da dimensão normativa que estrutura a elaboração da sentença, que justificará a admissibilidade restrita, da fundamentação *per relationem* e da fundamentação implícita, que abordaremos à frente.

O que se pretende defender é um modelo de economia argumentativa onde a explicitação do juízo decisório deve ser sintética e não exaustiva, não utilizando mais argumentos do que os necessários para dizer o que é essencial.

Trata-se de consolidar o sentido da necessidade da suficiência e razoabilidade da fundamentação e da sua compatibilização com os requisitos constitucionais que condicionam a fundamentação das sentenças.

Todavia, a aparência de simplicidade deste modelo de economia argumentativa esconde a problemática de saber como compatibilizar a exigência constitucional de fundamentação suficiente e completa, vinculativa a todas as decisões, com o modelo normativo estabelecido no CPP para a sentença penal, onde a exigência da fundamentação dos motivos de facto e de direito deve ser simultaneamente *concisa*.

A fonte próxima dos arts. 374.º n.º 2 e 410.º n.º 2 foram os arts. 546.º n.º 1 al. e) e 606.º n.º 1 al. e) do projecto do Código de Processo Penal italiano.

O art. 546.º n.º 1 al. e) do projecto do CPP italiano dispunha: «A sentença contém: al. e) a exposição concisa dos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão, com a indicação das provas que serviram de base à própria decisão e a enunciação das razões por

<sup>102</sup> Recorde-se que já em 1961 Eduardo Correia na concretização do que deveria consubstanciar a fundamentação de todas as decisões judiciais independentemente de admitirem ou não recurso, apelava à utilização da fórmula do direito italiano «concisa exposição dos motivos de facto em que a decisão se funda»: cf. «Parecer da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sobre o artigo 653º do projecto, em 1ª Revisão Ministerial de alteração ao Código de Processo Civil», cit., p. 186.

que o juiz considera não atendíveis as provas contrárias»<sup>103</sup>. Por sua vez, o art. 606.º n.º 1 al. e) dispunha: «O recurso de cassação pode ser proposto pelos seguintes motivos: e) omissão de motivação ou manifesta ilogicidade da mesma, quando o vício resulte do texto da decisão impugnada»<sup>104</sup>.

Comentando estas normas do código italiano, observa Massimo d'Ambrosio que motivação concisa não quer dizer motivação carente e que a motivação não é carente quando o juiz demonstra chegar à certeza processual após um exame lógico e exaustivo de todos os elementos processuais (embora com a necessária concisão) de que é de relevar o *iter* lógico e a *ratio* da sua decisão. E acrescenta que a *ratio* da al. e) do art. 546.º é a de submeter a decisão do juiz a um maior controlo por parte da colectividade, razão pela qual o obriga a indicar na motivação os resultados obtidos e os critérios adoptados na valoração da prova e que esta exigência legal é consequência directa, no plano dos instrumentos de controlo da actividade do juiz, da importância que assume o direito à prova e à contraprova.

É facilmente compreensível que a fundamentação de um acto decisório deva estar devidamente exteriorizada no respectivo texto, de modo a que se conheça qual foi o efectivo juízo decisório em que se alicerçou a correspondente decisão judicial, designadamente os factos que acolheu e a interpretação do direito que perfilhou, permitindo assim o seu controlo pelos interessados e, se for caso disso, por uma instância jurisdicional distinta daquela.

Não obstante, também não se exigirá que nas decisões judiciais fiquem exauridos todos os possíveis posicionamentos que se colocam a quem decide, esgotando todas as questões que lhe foram suscitadas ou que o pudessem ser.

Aliás, a concisão é uma exigência decorrente da própria finalidade extraprocessual da fundamentação, a qual exige que a sua concretização se processe de modo a que as sentenças possam ser efectivamente compreensíveis, tanto pelos seus destinatários directos como pelos cidadãos<sup>105</sup>.

Numa busca progressiva pela compatibilização das exigências constitucionais com a concisão desejada, o Tribunal Constitucional defende que «a fundamentação não tem que ser

<sup>103</sup> Art. 546.º - *Requisiti della sentenza. 1. La sentenza contiene: e) la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l' indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l' enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie.*

<sup>104</sup> Art. 606.º - *Casi di ricorso. 1. Il ricorso per cassazione può essere proposto per i seguenti motivi: e) omessa motivazione o manifesta illogicità della stessa, quando il vizio risulta del testo del provvedimento impugnato.*

<sup>105</sup> Daí que a questão da concisão não possa ser vista apenas como uma questão de «estilo» da sentença ou da fundamentação, como parece sugerir Carlo Zaza, *La Sentenza Penale*, cit., pp. 89-93, mas antes uma questão de «modo» de fundamentação. Sobre a diferença entre modo e estilo cf. Amodio, «Motivazione della sentenza penale», cit., p. 227.

uma espécie de assentada, em que o Tribunal reproduza os depoimentos de todas as pessoas ouvidas, ainda que de forma sintética»<sup>106</sup>, embora admita a necessidade de uma fundamentação diferenciada consoante os casos, não tendo a fundamentação de «obedecer a qualquer modelo único e uniforme, podendo (e devendo) variar de acordo com as circunstâncias de cada caso e as razões que neste determinaram a convicção do tribunal»<sup>107</sup>.

Na fundamentação da sentença exige-se a demonstração das razões probatórias que sustentaram a fixação dos factos provados e não provados. A exposição dos motivos de facto concretiza a argumentação que permite explicitar quais os meios de prova que sustentaram a afirmação probatória dos factos e de que modo estes foram relevantes para a construção da narrativa processualmente provada. Neste sentido, é imperativa a afirmação e demonstração inequívoca de quais as provas relevantes para a verdade a que se chegou, entendendo-se pelo contrário que se os argumentos utilizados no processo argumentativo foram incontroversos ou irrelevantes, a sua expressão na fundamentação deve ser mínima<sup>108</sup>.

Enquanto processo argumentativo, a motivação de facto consiste na afirmação das razões que levam a que se justifique uma asserção «como verdadeira ou provável, ou verosímil ou aceitável»<sup>109</sup>. Nesse sentido, o conteúdo da «motivação de facto» expõe detalhadamente o processo probatório utilizado pelo juiz em todo o processo de escolha e valoração da prova<sup>110</sup> impedindo, assim, qualquer dimensão arbitrária no funcionamento e aplicação do princípio da livre apreciação da prova.

<sup>106</sup> Ac. TC n.º 258/2001, de 30 de Maio.

<sup>107</sup> Ac. TC n.º 27/2007, de 17 de Janeiro.

<sup>108</sup> Iacoviello refere mesmo que «é possível suprimir da motivação temas e argumentos que são irrelevantes ou incontroversos», *ibidem*, p. 771. Entenda-se com isto que a relevância das provas, resultante de um juízo subjectivo assenta na percepção do «relevo» que determinada prova teve no processo de aquisição do facto provado.

Por exemplo, se num caso concreto apenas a prova A foi relevante e em momento algum a prova B foi afirmada como relevante por qualquer dos intervenientes processuais então pouco sentido fará explicitar a «não relevância» desta última no processo justificativo.

Situação distinta ocorrerá quando a mesma prova (B) foi tida por fundadamente relevante por algum dos intervenientes processuais e não foi levada em conta pelo tribunal, circunstância em as razões de não atendibilidade da prova devem ser objecto de indicação justificada na fundamentação. Trata-se aqui de uma «controvérsia» a propósito da atendibilidade da prova que, por isso, a tornou relevante no processo de construção da decisão, exigindo-se portanto uma explicitação para a sua não inclusão. Esta justificação tenderá a ser mais ou menos fundamentada consoante a relevância que a prova poderia ter tido na aquisição do facto dado (ou não) como provado.

Já numa situação de consenso entre todos os intervenientes sobre os termos da prova produzida e o tribunal assim o validar, ainda que simples essa justificação é sempre exigível.

<sup>109</sup> Cf. Paolo Commanduci, «La motivazione in fatto», Giulio Ubertis (ed.), *La Cognoscenza dell Fatto nel Processo Penale*, Giuffrè Editore, p. 224.

<sup>110</sup> Neste sentido, Paolo Tonini refere que «o juiz deve reportar na motivação o percurso lógico que seguiu na reconstrução do facto histórico»: cf. *Manuale di Procedura Penale*, cit., p. 159.

O que importa é que a motivação seja necessariamente objectiva e clara, bem como suficientemente abrangente em relação às questões aí suscitadas, de modo que se perceba o raciocínio seguido.

Do mesmo modo, a suficiência não implica a apreciação, ponto por ponto, de todos os argumentos que foram expendidos, mas apenas do conjunto de questões que foram efectivamente suscitadas.

Muitas vezes confunde-se motivação com prolixidade da fundamentação e esta apenas serve para confundir ou obnubilar a compreensibilidade que deve ser uma característica daquela.

A exigência da fundamentação é, simultaneamente, um acto de transparência democrática do exercício da função jurisdicional, que a legitima, e das diversas garantias constitucionais da motivação decisória, com destaque para os direitos de defesa, de forma a aferir-se da sua razoabilidade e a obstar a decisões arbitrárias.

### 6.1 - E A FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM*?

A exigência de uma fundamentação vinculada a princípios constitucionais, como a completude ou o duplo grau de jurisdição e a sua compatibilização com a expressão normativa da racionalidade assente na concisão, exige que se analise o modo suficiente de fundamentar.

Num aparente desrespeito pela completude da fundamentação, a jurisprudência portuguesa comumente recorre ao que a doutrina chama de fundamentação *per relationem* ou fundamentação por remissão<sup>111</sup>.

Este modo de fundamentação consiste na elaboração da justificação de uma determinada decisão através do reenvio para a justificação de um acto ou decisão distintos do que está a ser examinado, através do qual se pretende inferir o conteúdo justificativo da decisão *sub judice*.

Por envolver a colisão com princípios estruturais da fundamentação, designadamente a função extraprocessual, a concretização do duplo grau de jurisdição e, sobretudo, a condição

---

<sup>111</sup> Parte da doutrina e a jurisprudência utilizam como sinónimos os conceitos fundamentação *per relationem* e fundamentação por remissão, atribuindo-lhe um mesmo conteúdo. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional veja-se os Ac. 147/00, de 21 de Março, Ac. 396/03 de 30 de Julho e Ac. 281/05 de 25 de Maio. Paralelamente, a fundamentação por remissão é expressamente admitida como forma de fundamentação no TEDH, enquanto modo sucinto de concretizar a motivação: cf. decisões *Helle contra Finlândia*, de 19 de Setembro de 1997 e recentemente decisão *Taxquet contra Bélgica*, de 13 de Janeiro de 2009.

da sentença como documento auto-suficiente, a admissibilidade doutrinária da fundamentação *per relationem* é condicionada tanto pela vinculação constitucional ao princípio da completude, como pelas exigências decorrentes das finalidades da fundamentação.

Neste sentido, a fundamentação *per relationem*, para que seja admissível, pressupõe a verificação da identidade das questões a fundamentar e o modo de as motivar, ao que alguma doutrina acrescenta mais três requisitos como sejam, a mesma proveniência subjectiva, a mesma estrutura interna dos actos interligados e a antecedência cronológica do acto integrante<sup>112</sup>.

O requisito de antecedência cronológica do acto integrante não suscita quaisquer dúvidas, na medida em que só fará sentido apelar à remissão de um argumento que já é conhecido, porque anteriormente exposto.

No que concerne a estruturação interna dos actos interligados, esta já será de difícil compreensibilidade, uma vez que se pretende uma correspondência de argumentos, igualmente estruturados num esquema argumentativo que assente na mesma sequência subjacente à sentença que se pretende fundamentar<sup>113</sup>.

Quanto à sobreposição da proveniência subjectiva é desde logo discutível a admissibilidade de concretizar uma relação de reenvio para as decisões proferidas pelo Ministério Público ou mesmo, para qualquer dos restantes sujeitos processuais, na medida em que os seus papéis não se confundem com o papel do juiz enquanto sujeito processual, o que poderá colocar em causa a legitimação da decisão.

Contudo e independentemente do sujeito processual que a emita, a adesão a qualquer peça processual é sustentável a partir do momento em que o exercício do contraditório seja assegurado. Claramente se pode perceber que mesmo quando se reenvia a argumentação de uma decisão para a argumentação justificante de um dos sujeitos processuais, o princípio do contraditório não poderá ser ignorado. O que impera neste contexto é que não se efectuem

---

<sup>112</sup> Cf. Amodio, «Motivazione della sentenza penale», p. 232 e Mariano Menna, *La Motivazione del Giudizio Penale*, p.198.

<sup>113</sup> Iacoviello critica fortemente esta estrutura sequencial, no que respeita à motivação da sentença, entendendo que consiste numa «simplificação irrealista do raciocínio judiciário», na medida em que omite os seus aspectos vitais, nomeadamente «o confronto entre a prova e a contra-prova e entre a hipótese e a contra-hipótese bem como a organização dos resultados probatórios num desenho coerente e global»; cf. «Motivazione della sentenza penale (controllo della)», cit. p.768.

reenvios formais e gerais que não evidenciem que no caso se trata de uma decisão autónoma e auto-suficiente, ainda que ancorada em argumentos anteriormente utilizados<sup>114</sup>.

Aos requisitos de utilização deste modo de fundamentação acresce a problemática da sua prática corrente em muitas jurisdições, na fundamentação das decisões dos tribunais superiores e por vezes de forma acrítica<sup>115</sup>.

Logo à partida se questiona a ampla liberdade de integração dos argumentos utilizados em outras decisões que sob um véu de economia processual provocam «um esvaziamento da função do juiz de recurso reduzindo-o a uma reprodução estereotipada do processo de primeira instância». Não olvidemos que na concretização do duplo grau de jurisdição (uma das consequências da vinculação constitucional da fundamentação), o direito ao recurso visa garantir um efectivo «exame crítico da censura desenvolvida pelo impugnante»<sup>116</sup> que consubstancie um juízo autónomo, o que não poderá ser prejudicado pela fundamentação *per relationem*.

Tendo em conta que a evidência e clareza da fundamentação da sentença são um conteúdo que decorre directamente da função extraprocessual, a utilização da fundamentação *per relationem*, mesmo para aqueles que a entendem tão-só como uma técnica de integração do texto linguístico, não pode comportar a ausência de um discurso argumentativo lógico, coerente e suficientemente explícito que impeça a concretização das finalidades da fundamentação, mormente a sua finalidade extraprocessual.

Por conseguinte, não será sustentável como modo de fundamentação uma pluralidade de reenvios sucessivos, que em determinado momento façam perder o sentido da decisão que se pretende fundamentar, pondo desse modo em causa a própria auto-suficiência da decisão.

<sup>114</sup> Só desta forma se compreende a admissibilidade no CPP, da remissão no âmbito da decisão instrutória «para as razões de facto e de direito enunciados na acusação ou no requerimento de abertura de instrução, a que se refere o artigo 307.º n.º 1 do CPP.

<sup>115</sup> A utilização quase generalizada da fundamentação *per relationem* pelo TC espanhol é criticada por Sónia Boente e Salaverria, *apontam o dedo* à concepção de «motivação matrioska (uma sentença remete a fundamentação para outra sentença a qual reenvia para uma terceira e assim sucessivamente)» e à «trapaça retórica» que decorre dessa utilização, sobretudo nos casos em que o seu objecto «não é a verdadeira *ratio decidendi* da sentença invocada mas apenas uma afirmação que se deixa cair por qualquer acaso e não estritamente pertinente ao objecto da sentença».

<sup>116</sup> Para Amodio, *ibidem*, p. 233, este é o limite em que se sustenta a admissibilidade da justificação *per relationem*. Pelo contrário, outros autores como Siracusano não admitem a fundamentação *per relationem* entre a sentença de recurso e a sentença de primeira instância porquanto não constitui uma adequada resposta aos motivos que fundam o recurso e que devem ser especificados: cf. Siracusano, Galati, Tranchina, Zapallà, *Diritto Processuale Penale*, volume II, cit., p. 499.

Mais ainda, a decisão reenviante deve estar identificada e adequadamente fundamentada, de modo que o reenvio efectuado seja explícito<sup>117</sup>.

Concluindo, uma fundamentação sustentada em raciocínios de reenvio deve traduzir sempre o conteúdo claro da justificação da decisão que se pretende fundamentar e não outra. Recorde-se que a sentença é um documento que tem que se bastar por si próprio perante os seus destinatários, porquanto que a sua fundamentação, mesmo que assente em argumentos *per relationem*, tem que cumprir esse destino ou estará inquinada de vícios ou *patologias* que a colocam em causa<sup>118</sup>.

## 6.2 - E A FUNDAMENTAÇÃO IMPLÍCITA?

A fundamentação implícita surge neste contexto como reflexo do princípio legal da concisão, materializando um modo simplificado de fundamentação.

A fundamentação implícita implica um modo de fundamentar «através do qual a argumentação expressa sobre um ponto concreto da decisão funciona como justificação não expressa para outro ponto da decisão ligado àquele por um nexo de consequentialidade lógica ou jurídica»<sup>119</sup>.

A admissibilidade teórica deste modo de fundamentação é francamente controversa, gerando várias posições doutrinárias sobre a questão, desde a sua inequívoca admissibilidade<sup>120</sup> com reconhecimento jurisprudencial, à negação pura e simples da sua existência por se entender ser uma «não fundamentação».

O que se entende estar aqui em causa é, na expressão de Iacoviello, «um antídoto à repetição de argumentos relativos à questão de facto e à questão de direito ou de qualquer forma correlacionada através de uma implicação racional ou normativa»<sup>121</sup>. Nesta

<sup>117</sup> É absolutamente clara a afirmação produzida no Ac. TC 147/00 aludindo ao que seria a eventual inconstitucionalidade de uma norma que permitisse «pelo facto da remissão [que] a acessibilidade dos fundamentos se tornasse labiríntica, ou particularmente complexa».

<sup>118</sup> Neste sentido, Iacoviello afirma que «uma vez integrado o texto *per relationem* as alternativas são duas: ou o silêncio sobre um ponto decisivo traduz uma lacuna lógica no discurso justificativo e então a motivação é respectivamente deficiente e ilógica; ou o discurso lógico não se apresenta vago e então não subsiste nenhuma nulidade, ainda que porventura o reenvio possa ser efectuado – não obstante o contraditório – para um acto precedente de qualquer das partes ou do juiz»: *ibidem*, p. 790.

<sup>119</sup> Iacoviello, «Motivazione della sentenza penale (controllo della)», cit., p. 794.

<sup>120</sup> Amodio, «Motivazione della sentenza penale», cit., p. 228, entende que a motivação implícita, como a motivação *per relationem* pertence à fisiologia da sentença e por isso ao modo de fundamentação.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 794.

fundamentação implícita não falta motivação, falta apenas a expressão explícita dessa motivação, pelo que não consubstancia o vício da omissão de pronúncia.

A motivação implícita indica unicamente o resultado da resolução da questão, omitindo o desenvolvimento argumentativo que constitui as razões e as justificações que estão na sua essência.

Na fundamentação das sentenças objectivamente complexas, onde o modo de fundamentar pelo juiz exige o apelo a sucessivos retornos de argumentação, ou mesmo nas decisões mais simples onde a afirmação de um argumento poderá ser suficiente para tornar implícito um outro, a fundamentação implícita ajuda a concretizar o princípio da concisão da argumentação, sem colidir com a exigência de explicitação dos motivos de facto e de direito.

Portanto, e ainda que a doutrina admita de forma genérica a fundamentação implícita, dever-se-ão ter bem presentes os riscos e o limite de uma incompreensão da argumentação, com especial cuidado no seu campo de aplicação já que, caso contrário, dificilmente se compatibilizará com as finalidades extraprocessuais atinentes à fundamentação<sup>122</sup>.

---

<sup>122</sup> Contra a admissibilidade da fundamentação implícita, Vinício Ribeiro, *Código de Processo Penal, Notas e Comentários*, cit., p. 210.

## VII – *PATOLOGIAS* VICIANTES DA FUNDAMENTAÇÃO

Na senda do Tribunal de Justiça Europeu<sup>123</sup>, iniciamos este capítulo relembrando que na fundamentação da decisão, embora não se tenha de abordar exaustivamente todas as questões de facto e de direito suscitadas pelos interessados no decurso do procedimento, dever-se-á ainda assim tomar em consideração todas as circunstâncias e elementos relevantes do caso, permitindo desse modo a sua fiscalização, tanto pelos sujeitos processuais interessados como pelos cidadãos em geral.

De outro modo, podemos afirmar que a fundamentação judicial passará pela exposição clara e inequívoca da sua motivação, pela promoção da sua aceitação e compreensão, numa valoração crítica e racional<sup>124</sup>, que se deverá dirigir ao cerne das questões a resolver e não a todos os argumentos apresentados<sup>125</sup>.

A densificação doutrinária e jurisprudencial da fundamentação da sentença evidencia uma exigência de sintonia entre o processo de decisão e o processo de fundamentação, procurando assim garantir a concretização das finalidades da fundamentação.

A discordância entre o âmbito de decisão e o modo como se fundamenta a sentença pode indicar um conjunto de patologias com consequências várias na economia do sistema. São exemplos desta falta de racionalidade da fundamentação a inexistência ou omissão total de um discurso justificador, a justificação de algo que nada tem que ver com a decisão na qual a fundamentação se devia fundar ou mesmo a concretização de uma fundamentação que vai muito além do que é decidido.

Em qualquer destas situações, estaremos perante um conjunto de *patologias* do dever de fundamentação que tanto podem apenas evidenciar uma deficiência na elaboração da fundamentação, que não atinja os fundamentos em que esta se sustenta, como podem fulminar a própria decisão pela verificação de uma nulidade da sentença, o que, independentemente do caso, importa analisar.

---

<sup>123</sup> Tribunal de Justiça Europeu, processo T – 136/05, EARL Salvat/CEE: «Ainda que a Comissão não esteja obrigada a responder, na fundamentação de uma decisão, a todas as questões de facto e de direito suscitadas pelos interessados no decurso do procedimento administrativo, deve tomar em consideração todas as circunstâncias e todos os elementos relevantes do caso, a fim de permitir ao tribunal comunitário exercer a sua fiscalização da legalidade e dar a conhecer, tanto aos Estados-Membros como aos cidadãos interessados, as condições em que aplicou o Tratado».

<sup>124</sup> Neste sentido, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 401/02 e 546/98.

<sup>125</sup> Na linha da jurisprudência do TEDH, nos Acórdãos Van Hurk (19 de Abril de 1994), Ruiz Torija (9 de Dezembro de 1994) e Higgins (19 de Fevereiro de 1998).

Antes de mergulharmos na abordagem das referidas *patologias da fundamentação*, não poderíamos deixar de aludir a outras circunstâncias que, ainda que de forma mais genérica, abalam e constroem também elas a fundamentação da sentença penal.

Neste sentido, o perigo da rotina habitualmente responsável por uma espécie de «reciclagem reutilizadora» de argumentos, muitas vezes inadequados aos contornos do caso concreto; a própria dinâmica das decisões colectivas que se traduzem numa deformação do real, no efeito do espectador e no silêncio organizacional, traduzem-se numa valoração acrítica dos elementos do caso, onde o rumo da decisão parece perdido na imensidão de interesses e dados irrelevantes para a justiça da decisão.

### **7.1 - A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA**

A imperatividade de um modelo de fundamentação da sentença racional e completo, normativamente conformado pela exigência da suficiência, da coerência e da concisão, justifica que o legislador seja absolutamente claro ao fulminar a sentença de nulidade, quando esta não contiver as menções referidas no n.º 2 do artigo 374.º. Isto significa que qualquer sentença que não seja fundamentada, por não conter a enumeração dos factos provados e não provados, ou o processo argumentativo que exponha tanto quanto possível de uma forma completa, ainda que concisa, os motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal, será nula.

À sentença viciada por falta de fundamentação corresponderá assim a consequência radical da sua nulidade.

Para além de se tratar de uma consequência normativa decorrente de uma opção legislativa, o princípio da completude enquanto corolário do princípio constitucional da fundamentação e as exigências finalísticas que subjazem à exigência de que todas as decisões têm que ser fundamentadas (o que abrange naturalmente a sentença) impõem um quadro de garantias que torna blindada a exigibilidade da fundamentação da sentença.

A existência de um quadro constitucional que condiciona a opção legislativa processual tem um reflexo directo nas garantias normativas que sustentam essa opção, o que assume uma especial relevância pragmática, uma vez que a tradução normativa da nulidade da

sentença não fundamentada se confronta com um modelo de nulidades processuais diferenciado e normativamente pouco claro<sup>126</sup>, particularmente no que concerne a sentença.

Começamos a análise desta questão procurando saber se os princípios constitucionais onde se enquadra a questão da fundamentação das decisões, por serem «mais fortes» que as normas legais que os concretizam, poder-se-ão impor face às soluções legais que desrespeitem o comando constitucional.

Para nos auxiliar na resposta à interrogação anterior, socorremo-nos dos ensinamentos do constitucionalista português Gomes Canotilho, segundo o qual «não é o sistema constitucional de direitos, liberdades e garantias que se deve adaptar ao sistema legal processual mas, inversamente o direito processual penal ordinário é que deve tornar-se suportável pela ordem constitucional dos direitos liberdades e garantias»<sup>127</sup>.

Por conseguinte, tem toda a razão Conde Correia quando afirma que «a ordem jurídica não pode estabelecer a eliminação das disposições legais contrárias às regras constitucionais e deixar incólumes os actos processuais violadores das disposições legais que acolhem ou concretizam preceitos constitucionais»<sup>128</sup>, casos em que a nulidade se fundará no próprio princípio constitucional violado.

Os direitos fundamentais estabelecidos no artigo 19.º n.º 6 da CRP, entre os quais o direito de defesa, foram dotados de um regime jurídico de protecção reforçada cujas consequências implicam que quaisquer normas violadoras desses direitos se considerem «feridas de nulidade radical ou fundamental»<sup>129</sup>.

Por sua vez, no âmbito do processo penal, só a fundamentação das decisões e, consequentemente a fundamentação das sentenças, possibilita a concretização do direito de defesa, pelo que beneficiará igualmente de uma tutela reforçada. Nesta perspectiva lógica, a

<sup>126</sup> A vasta jurisprudência nacional dos Tribunais superiores que tem sido proferida sobre a questão ao longo dos anos de vigência do CPP serve de exemplo. Recorde-se que foram pelo Supremo Tribunal de Justiça tirados dois acórdãos de fixação de jurisprudência sobre a matéria em momentos relativamente próximos. No primeiro, o Assento de 6 de Maio de 1992, plasmava-se o seguinte: «Não é insanável a nulidade da alínea a) do artigo 379.º do CPP, consistente na falta de indicação na sentença penal, das provas que serviram para formar a convicção do tribunal, ordenada pelo artigo 374.º n.º 2, parte final, do mesmo código, por isso não lhe sendo aplicável a disciplina do corpo do artigo 119.º daquele diploma legal». No segundo, o assento n.º 1/94 de 2 de Dezembro de 199, afirmava-se que «As nulidades da sentença enumeradas de forma taxativa nas alíneas a) e b) do artigo 379.º do CPP não têm de ser arguidas, necessariamente, nos termos estabelecidos na alínea a) do n.º 3 do artigo 120.º do mesmo diploma processual, podendo sê-lo, ainda, em motivação de recurso para o tribunal superior». O que se retira destes acórdãos é tão só que a nulidade da falta de fundamentação é uma nulidade sanável e arguível nos termos do artigo 410.º n.º 3 do CPP.

<sup>127</sup> Cf. J.J. Gomes Canotilho, «Anotação ao Acórdão do TC n.º 70/90», *RLJ*, ano 123.º, n.º 3792, p. 89.

<sup>128</sup> No entendimento de Conde Correia, a violação dos preceitos constitucionais não está incluída no artigo 118.º n.º 1 do CPP: cf. *Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais*, cit., p. 144.

<sup>129</sup> Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, tomo IV*, cit., p. 370.

não fundamentação de uma decisão proferida em processo penal susceptível de recurso padecerá sempre de nulidade.

No que concerne à sentença, não restam quaisquer dúvidas que a falta de fundamentação determina a sua nulidade, o que está inequivocamente plasmado no art. 379.º, n.º 1, al. a).

Diversamente, saber se esta nulidade é sanável ou insanável já gerará alguma controvérsia.

Apesar da grande admiração e estima que nutrimos por Germano Marques da Silva<sup>130</sup>, somos impelidos a discordar dele (e de outras posições doutrinárias, como Paulo Pinto de Albuquerque<sup>131</sup>) no que concerne à defesa da tese da nulidade da sentença por falta de fundamentação não ser de conhecimento oficioso e ser sanável, se não for arguida num tempo determinado.

Pelo contrário, seguimos conscientemente a corrente jurisprudencial que vem defendendo a tese da nulidade insanável, por partilharmos da opinião que «só esta solução permite reforçar a ideia de que o dever de fundamentação é parte integrante do acto jurisdicional e, além disso, garantir a efectiva legitimidade democrática da função jurisdicional»<sup>132</sup>.

Não obstante a nossa posição, não ignoramos o argumento formalmente sustentado na taxatividade da lei que impõe que as nulidades insanáveis sejam somente aquelas que a lei tipificar, mas entendemos que o sistema português de nulidades é um sistema semi-taxativo que consagrou três técnicas de eliminação dos efeitos produzidos pelos actos processuais penais inválidos, de modo a salvaguardar a gravidade dos casos patológicos que devem ser normativamente graduados em função dos interesses que se pretendem assegurar.

Concomitantemente, o específico regime jurídico da arguição da nulidade da falta de fundamentação da sentença até ao recurso não parece ser suficiente para tutelar juridicamente a relevância que a questão da fundamentação da sentença assume no âmbito do sistema jurídico português e que a própria Constituição acentua, tendo em conta que aqui estão em causa normas constitucionais que tutelam no seu conteúdo direitos fundamentais, mormente, o direito de defesa.

---

<sup>130</sup> Cf. Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, 4ª edição, cit. p. 311.

<sup>131</sup> Cf. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição actualizada, cit. pp. 962-967.

<sup>132</sup> Cf. José Manuel Damião da Cunha, *O Caso Julgado Parcial*, cit., p. 570.

## 7.2 - A FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE

A dimensão «negativa» do requisito vinculadamente constitucional da suficiência da fundamentação, ou seja, a sua «insuficiência» relativas às várias dimensões a que alude o artigo 374.º n.º 2, configura um leque de hipotéticas deficiências de fundamentação mais comuns do que uma ausência total de fundamentação.

Este vício já não configura uma ausência de fundamentação, mas antes uma fundamentação que não cobre todas as questões de facto ou de direito que na decisão foram objecto de apreciação, abrangendo também a amplitude do exame crítico das provas.

Neste âmbito estamos perante uma fundamentação inapropriada, com omissões na estrutura racional exigida para uma fundamentação adequada. Esta *patologia* concretiza-se, por exemplo, na ausência das premissas da argumentação em que o juiz deve fundar as suas razões, na ausência da indicação de critérios que sustentam a aplicação de máximas de experiência ou na falta de explicação, total ou parcial, dos critérios de valoração utilizados para a admissibilidade da prova.

Na medida em que não permite garantir o princípio da completude, a fundamentação insuficiente deve equiparar-se à total e absoluta ausência de fundamentação, por se entender não fundamentada uma decisão parcialmente fundamentada, na certeza de que não existe meia fundamentação<sup>133</sup>. A fundamentação não deverá ser exaustiva mas é absolutamente imprescindível que seja simultaneamente completa e concisa, sem referir nem mais nem menos do que aquilo que tem que abordar.

Embora a fundamentação suficiente seja um conceito indeterminado, não esqueçamos que esta se encontra salvaguardada desde que estejam acauteladas as finalidades extra e endo processuais exigidas pelo princípio constitucional estabelecido no artigo 205.º da CRP.

## 7.3 - A FUNDAMENTAÇÃO CONTRADITÓRIA

Para além da ausência e da insuficiência da fundamentação há outras «zonas de perigo» onde se verificam patologias que atingem o modelo exigido de fundamentação das sentenças, de que é exemplo a ausência de publicidade da decisão e da sua fundamentação,

---

<sup>133</sup> Na jurisprudência, pronunciaram-se neste sentido o TC e o STJ. Veja-se o Ac. do TC de 17.04.97 e o Ac. do STJ de 16.11.2005, proferido no Recurso n.º 2155/04. Na doutrina, Paulo Saragoça da Mata, *A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença*, cit., p. 265.

vício que assume igualmente uma dimensão de nulidade, conforme estabelece imperativamente o artigo 372.º n.º 3 do CPP.

No entanto, identifica-se um outro vício, bem mais complexo, que decorre da fundamentação contraditória.

Constatámos anteriormente que o modelo constitucionalmente vinculado da fundamentação exige a coerência de todo o processo construtivo e narrativo que envolve a fundamentação da sentença. Assim, respeitando esta necessidade de coerência, a sentença funciona como um todo, pelo que as várias dimensões factuais e justificativas devem articular-se, tanto entre a decisão e a fundamentação como entre esta última e a sua estrutura interna.

Enquanto *patologia* da fundamentação, o que está em causa é a sua incoerência nas várias dimensões que assume, designadamente a incoerência entre o que é decidido e o que justifica a decisão e a incoerência entre as várias dimensões da fundamentação.

O artigo 410.º n.º 2 alínea b) destaca normativamente este vício, ao referir a *contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão* como fundamento de recurso da decisão, desde que do texto da decisão recorrida constem posições antagónicas e inconciliáveis sobre a mesma questão.

Pretende-se salvaguardar, neste âmbito, a configuração e manutenção do equilíbrio da estrutura racional da decisão. Parafraseando Iacoviello, a «racionalidade da motivação não é auto-referencial (racionalidade como coerência intrínseca), mas relacional (racionalidade como confronto e escolha entre as explicações possíveis)»<sup>134</sup>, devendo por isso articular-se como todo o processo decisório.

Nos termos do artigo 379.º n.º 1 alínea a) do CPP, a contradição da fundamentação, tanto na correlação entre os factos provados e não provados como entre estes e os motivos que os sustentam, particularmente no exame crítico das provas que serviram de base para formar a convicção do tribunal, não integra taxativamente o âmbito da nulidade da sentença.

Todavia, por consubstanciar uma *patologia* que põe em causa toda a estrutura constitucional que vincula a fundamentação da sentença, por não cumprir os requisitos da coerência, considera-se suficientemente gravosa para, à face do sistema português, integrar o

---

<sup>134</sup> Cf. «Motivazione della sentenza penale (controllo della)», cit., p. 788. O autor defende que «se a motivação do juiz é em si coerente mas existem outros motivos racionais ou plausíveis que podem justificar uma decisão diversa, o juiz de recurso deve anular a decisão».

vício passível de fundamentar o recurso da sentença previsto no artigo 410.º, n.º 2, alínea b) do CPP, desde que resulte do texto da decisão recorrida.

## VIII – EM BUSCA<sup>135</sup> DA FUNDAMENTAÇÃO PERFEITA

Na sociedade democrática dos nossos dias tudo se litiga, tudo se contesta.

Estas progressivas mutações da democracia moderna são também acompanhadas pelo poder judicial, solicitado para dirimir questões cada vez mais vastas da vida social e dotado agora de poder e responsabilidade acrescidos.

O século XXI trouxe também consigo a «jurisdição das emoções», isto é, precisamos de vítimas e culpados (mesmo que simbólicos), de inocentes e malfeitores, numa dramatização quase teatral sobejamente promovida pelos meios de comunicação social, impulsionando assim uma justiça populista.

Já Castanheira Neves afirmava que «o direito é, existe por e para o povo». O que nos leva a interrogar: quem é esse povo que surge como vítima (assistente), arguido, testemunha, perito e que nessas várias qualidades dão vida aos processos?

Em Portugal, e é com pesar que fazemos esta afirmação, na generalidade dos casos é um cidadão muito pouco informado, que parece desconhecer os princípios mais elementares do nosso Estado de Direito, cujo domínio é indispensável para o exercício de uma cidadania real. Ilustra claramente este panorama a alegação frequente nos tribunais portugueses de que não se entendeu o significado de notificações realizadas pelos tribunais e outras autoridades.

Este desconhecimento deixa o cidadão indefeso não só perante o Tribunal como órgão de soberania, mas também perante a actuação das polícias e até em relação ao próprio advogado que o representa, cuja actividade não controla porque nem a consegue compreender. Estamos perante um problema cultural que, apesar de todos os progressos sociais e tecnológicos, parece não ter sido ainda ultrapassado.

Destarte, se o Estado português está realmente empenhado em acabar com a crise da justiça, propomos-lhe que se preocupe em formar cidadãos de pleno direito, perante a administração da justiça que é feita em seu nome.

Não podemos esquecer que um crime supõe sempre uma quebra no tecido social e na estrutura axiológica da comunidade, bem como a desestabilização do que alguns sociólogos apelidam de «paz pública» ou «paz social», o que legitima a sociedade a intervir na reparação da ordem social.

---

<sup>135</sup> Inspiração e alusão ao título da tese de doutoramento de Vasco Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, 2003.

Acresce que tanto o agressor como a vítima merecem uma resposta adequada por parte do sistema de justiça, que torne compreensível o processo criativo e a decisão tomada.

O sistema criminal será tão mais eficaz quanto melhor conseguir integrar todos os sujeitos e intervenientes processuais numa posição digna e apropriada aos interesses em jogo, sem descurar a obediência a regras e mecanismos objectivos de legalidade e constitucionalidade.

Face a esta necessidade de protecção dos direitos dos cidadãos, é notória uma crescente responsabilidade dos Tribunais fundamentarem as suas decisões, atendendo não só aos operadores de direito (através de linguagem técnica e quase cifrada), mas abrindo também esta argumentação a uma comunidade alargada de cidadãos cultos, portadores do direito de verem satisfeito a legítima aspiração de reconhecer que a decisão foi justa, a mais justa.

A este propósito não poderíamos deixar de citar Perelman, para o qual «as decisões de justiça devem satisfazer três auditórios diferentes, de um lado as partes em litígio, a seguir, os profissionais do foro e, por fim, a opinião pública, que se manifestará pela imprensa e pelas reacções legislativas às decisões dos tribunais»<sup>136</sup>.

Entendemos que a fundamentação deve servir para explicar às partes a decisão, convencendo-as da coerência interna do raciocínio lógico seguido pelo julgador no processo de formação da sua convicção e na justificação da sua decisão ou, pelo contrário, ajudando-as a tomar consciência de que não concordam com a decisão tomada pelo que deverão recorrer. Cumulativamente, a fundamentação das decisões deve dirigir-se a todos os cidadãos para que estes possam analisá-las, compará-las e delas retirarem as suas conclusões sobre o funcionamento do sistema de justiça penal do Estado de Direito em que vivem.

Esta obrigatoriedade de fundamentar as decisões judiciais (em termos compreensíveis) assegura o respeito pelos direitos individuais e a segurança das decisões, porque «motivar uma decisão é expressar-lhe as razões. É, deste modo, obrigar quem a toma a tê-las. É afastar toda a arbitrariedade»<sup>137</sup>.

Foi justamente partindo da concepção indiscutível que «o princípio da motivação das decisões judiciais constitui uma das garantias fundamentais do cidadão no Estado de Direito e no Estado Social de Direito contra o arbítrio do poder judiciário»<sup>138</sup>, que nos propusemos a idealizar um modelo de fundamentação transparente e esclarecedor, completo ainda que não

---

<sup>136</sup> Chaïm Perelman, *Lógica Jurídica*, Martins Fontes, S. Paulo, p. 238.

<sup>137</sup> Chaïm Perelman, cit. *ibidem*.

<sup>138</sup> Alexandre Mário Pessoa Vaz, *Direito Processual Civil - do antigo ao novo Código*, Coimbra, 1998, p. 211.

exaustivo, eficaz e que acima de tudo assegurasse a protecção dos direitos dos cidadãos, não os deixando à mercê de uma justiça incompreensível.

Destarte, tendo em conta que a dimensão do espaço público numa sociedade democrática, pluralista e globalizada condiciona fortemente a fundamentação, defendemos a existência de um modelo racional de fundamentação da sentença contraditório e público, em que todo o processo de recolha, apreciação, produção e valoração da prova assenta na afirmação de um discurso que impõe a justificação de todos os passos do processo aquisitivo e valorativo da prova. Embora defendamos um discurso racional, já que uma decisão baseada unicamente em convicções intuitivas do julgador seria insustentável, temos plena consciência que o processo decisório envolve uma dimensão subjectiva<sup>139</sup> e, por isso, não racionalizável.

Por outro lado, dado que a linguagem é fulcral para a compreensibilidade do próprio «mundo do Direito», particularmente da decisão judicial, perante o escrutínio cada vez mais apertado a que este está sujeito por parte da sociedade, este modelo deverá ser concretizado num linguagem acessível e compreensível ao cidadão comum, dito «juridicamente leigo».

Ressalve-se que com a idealização e defesa deste modelo de fundamentação não pretendemos, de modo algum, que o sistema sucumba à força esmagadora do populismo penal cada vez mais flagrante na sociedade actual.

Defendemos sim que é imperativo que o Estado faça um esforço de comunicação com os seus cidadãos e sublinhamos que estes devem poder comparar cada sentença ditada com os resultados da prática judiciária concreta do país e não apenas com as medidas das penas abstractamente definidas na lei.

É imprescindível que se entenda que a base argumentativa que suporta a decisão judicial deve ser redigida de acordo com a sua missão, não só de explicar o seu conteúdo às partes ou de a tornar controlável por outras instâncias em via de recurso, mas também de a tornar acessível ao público em geral.

Não constitui qualquer problema em possibilitar a discussão sobre se haveria outros caminhos ou soluções possíveis, porque eles existem sempre. A própria decisão judicial é uma escolha feita de muitas outras, designadamente as do legislador, das partes, dos seus representantes legais ou até mesmo dos órgãos de polícia criminal.

---

<sup>139</sup> Cf. Fernando José Bronze, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, 2002, pp. 569-571, «a decisão, ao radicar imediatamente na *voluntas* de quem a profere, é marcada por uma ineliminável subjectividade, pelo que só não se perverterá em arbítrio se for adequadamente fundamentada (...)».

A nosso ver, o fundamental é que a decisão seja entendida como correcta e adequada ao ordenamento jurídico e ao caso concreto e que surja como acto discricionário, mas não arbitrário.

Em jeito de conclusão, atenta a teorização do modelo já exposto, atrevemo-nos a ir mais além na nossa proposta, sugerindo uma alteração ao Código do Processo Penal que cumpriria os objectivos anteriormente explanados e asseguraria a concretização deste modelo de fundamentação.

Assim, onde actualmente se lê no artigo 374.º n.º 2:

Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal.

...passar-se-ia a ler:

Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal, *redigida de modo a que possa ser compreendida pelo público em geral*.

Perante esta exigência normativa de compreensibilidade, cremos que com certeza cessaria a argumentação incoerente, inadequada ao caso concreto, copiada sem qualquer cuidado de outras decisões e numa amálgama de parágrafos sem um fio condutor lógico.

Caminhar-se-ia, destarte, para uma fundamentação se não perfeita, quase perfeita, capaz de «mostrar por que se julga assim»<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> Numa alusão propositada à citação do Livro de Job pelo Padre António Vieira com que estreámos este trabalho: «Mostra-me por que me julgas assim».

## IX - CONCLUSÃO

A vinculação constitucional decorrente do artigo 205.º da Constituição da República Portuguesa levou a que o CPP, no artigo 97.º n.º 5, estabelecesse que *os actos decisórios são sempre fundamentados, devendo ser especificados os motivos de facto e de direito da decisão* e, no que se refere à sentença, o artigo 374.º estabelecesse de uma forma inequívoca e explícita a exigência de fundamentação e o modo como deve ser concretizada.

A fundamentação tornou-se parte integrante de todas as sentenças e passou a consubstanciar uma garantia indeclinável de qualquer Estado de Direito democrático.

Partimos da análise do princípio constitucional da fundamentação das decisões, que tendo como corolários a generalidade, a indisponibilidade, a completude, a publicidade e o duplo grau de jurisdição, enquadrado na dupla finalidade endo e extra processual, permitiria compreender «o modelo normativo de fundamentação» que cumpre as exigências constitucionais referidas.

No modelo processual vigente identificou-se a racionalidade justificativa na compreensão da validade dos argumentos usados pelo juiz através de uma tripla dimensão: a sua suficiência, a sua coerência e a sua razoabilidade.

Esclarecemos a dicotomia matéria de facto – matéria de direito, cuja respectiva autonomia de conexão indestrinçável é essencial na percepção da fundamentação, tanto na sua dimensão jurídica como factual, na certeza de que ambas constituem a sentença e nessa medida exigem uma articulação. Na construção desta narrativa há uma dimensão prática que impõe que se efectue a distinção entre o facto e o direito, ainda que estejam intimamente conectados, devendo ser, por isso, concebidos como distintos ou pelo menos como distinguíveis.

Por sua vez, o modelo assente na estrutura racionalizada da suficiência, coerência e razoabilidade da fundamentação é normativamente restringido pela imposição de uma argumentação concisa. Neste contexto, pretendeu-se concretizar o que considerámos ser um modelo argumentativo que concilia as finalidades da fundamentação e as suas guias constitucionais, clarificando situações muito peculiares como a fundamentação *per relationem* e a fundamentação implícita.

Finalmente, a estrutura desenvolvida sobre a fundamentação da sentença evidencia uma exigência de sintonia entre o processo de decisão e o processo de fundamentação de

modo a garantir que as finalidades que se propõem atingir com a fundamentação sejam concretizadas, consubstanciando a divergência entre o âmbito da decisão e o modo como se fundamenta a sentença, um conjunto diverso de patologias.

Com a convicção de que «a garantia constitucional do dever de fundamentação ocupa um lugar central no sistema de valores nos quais deve inspirar-se a administração da justiça no Estado democrático moderno»<sup>141</sup>, idealizamos um modelo racional de fundamentação da sentença especialmente preocupado com a protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Toda a exposição teórico-analítica com que iniciámos este trabalho permitiu-nos perceber as exigências de uma sociedade em constante mutação, marcada por um escrutínio acentuado da opinião pública, o que constituiu a base de suporte do modelo proposto.

Através deste modelo de fundamentação público e contraditório, transparente e completo almejamos formar decisões cada vez mais justas, assegurando a sua compreensão não só pela comunidade jurídica mas também pelos cidadãos em geral, dotando-os das ferramentas necessárias ao exercício de uma cidadania de pleno direito e à intervenção esclarecida no Estado de Direito Democrático em que vivemos.

Terminamos na esperança de ter contribuído para a resolução de um problema jurídico que é também um problema da nossa sociedade, nomeadamente a administração da justiça no âmbito da sentença penal de forma eficaz, equitativa e justa.

Se este modesto trabalho de algum modo puder ajudar o juiz a dizer o porquê da decisão de modo perceptível para o público em geral, então um dos seus principais objectivos foi conseguido.

---

<sup>141</sup> Michele Taruffo, op. cit., pp. 34-35.

## BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis, «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», *Doxa*, n.º 8, 1990.

- *Le Rationnel Comme Reasonable*, E. Story-Scientia, L.G.D.J., Paris, 1992.

AARNIO, MACCORMICK, Aulis, D. Neil, *Legal Reasoning*, Dartmouth, Aldershot, 1992.

ABREU, Carlos Pinto de, «Do dever de fundamentação das decisões penais em matéria de facto», *Revista Jurídica*, n.º 23, Novembro, 1999.

AFONSO, Orlando, «A independência do poder judicial. Garantia do Estado de Direito», *Sub judice*, n.º 14, 1999.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *A Reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa*, Almedina, Coimbra, 2005.

- *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008.

- *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011.

ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 2ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987.

ANTUNES, Maria João, «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Maio de 1992», *RPCC*, 1994, tomo 4.

ARAUJO, Jose A. Estévez, «Crisis de la soberanía estatal y constitución multinível», *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, n.º 40, 2006.

ARLEN, Mary Arden, «Una question de estilo? La forma de las sentencias en los sistemas juridicos anglo-americanos», *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, n.º 65, Julio, 2009.

ARROW, Kenneth, *Social Choice and Individual Values*, Yale University Press, New haven and London, 1968.

ATIENZA, Manuel, «Para una razonable definición de “razonable”», *Doxa*, n.º 4, 1987.

- «Sobre lo razonable en el derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, número 27, 1989.
  - «Entrevista a A. Aarnio», *Doxa*, n.º 21, 1998.
  - «Entrevista a Robert Alexy», *Doxa*, n.º 24, 2001.
  - *As Razões do Direito. Teoria da Argumentação Jurídica*, Landy Editora, São Paulo, 2002.
  - «Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario a la tesis de Perfecto Ibañez», *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, n.º 22, 2, 1994.
- BARRETO, Ireneu Cabral, «Notas para um processo equitativo. Análise do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem à luz da jurisprudência da Comissão e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *Documentação e Direito Comparado*, n.º 49/50, 1992.
- BERGER, Vincent, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L' Homme*, Editions Sirey, Paris, 2000.
- BERGHOLTZ, Gunnar, «Ratio e Autorictas: algunas reflexiones sobre la significacion de las decisiones razonadas», *Doxa*, n.º 8, 1990.
- BINDER, Alberto M., «Tensiones político criminales en el processo penal», *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, n.º 60, Noviembre, 2007.
- BORÉ, Louis, «La motivation des decisions de justice et la Convention Européenne des Droits de l' Homme», *La Semaine Juridique*, n.º 3, Janvier, 2002.
- BORGES, Hermenegildo, *Vida, Razão e Justiça. Racionalidade Argumentativa na Motivação Judiciária*, Minerva, Coimbra, 2005.
- BRANDÃO, Nuno, «Contrastes jurisprudenciais: problemas e respostas processuais», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- BRITO, José de Sousa e, «A Lei Penal na Constituição», *Estudos sobre a Constituição*, coordenação de Jorge Miranda, Livraria Petrony, Lisboa, 1978.
- BÜLLESBACH, Alfred, «Princípio da teoria dos sistemas», Arthur Kaufmann, Wilfried Hassemer, *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002.
- CABRERA, Ana Maria del Gesso, «Language y derecho. El discurso jurídico, un discurso conotado», *Crítica Jurídica*, n.º 13, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 1999.

- «Entre a justiça e a prudência. Uma carta para o Centro de Estudos Judiciários», *Revista do CEJ*, n.º 4, 1º Semestre, 2006.

- «Julgar e decidir entre a antecâmara e a racionalidade da decisão», *Revista do CEJ*, n.º 7, 1º Semestre, 2007.

CANOTILHO, MOREIRA, J.J. Gomes, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2007.

COMETTI, Jean-Pierre, «Racionalidade e Comunicação», *Dicionário do Pensamento Contemporâneo*, Manuel Maria Carrilho (dir.), Círculo de Leitores, 1991.

CONDE, Francisco Muñoz, *La Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

CORDOPATI, Francesco, «La ratio decidendi», *Rivista di Diritto Processuale*, Anno XLV, seconda série n.º 1, Gennaio-Marzo, 1990.

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal I*, Almedina, Coimbra, 1971.

CORREIA, Fernando Alves, «Os Direitos Fundamentais e a sua protecção jurisdicional efectiva», *BFDUC*, Coimbra, 2003.

CORTÊS, António Ulisses, «A fundamentação das decisões no processo penal», *Direito e Justiça*, volume XI, tomo I, 1997.

COSTA, José de Faria, *Linhas de Direito Penal e Filosofia*, Coimbra Editora, 2005.

COSTA, José Gonçalves da, «O Sistema Judiciário Português», *BFDUC*, LXXIV, 1998.

CUNHA, José Manuel Damião, *O Caso Julgado Parcial. Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Natureza Acusatória*, Universidade Católica, Porto, 2002.

DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982.

- «Para uma reforma global do processo penal português – da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais», *Para uma Nova Justiça Penal*, Almedina, Coimbra, 1983.

- «A pretensão a um juiz independente como expressão do relacionamento democrático entre o cidadão e a justiça», *Sub iudice*, n.º 14, 1999.

- «O processo penal português. Problemas e perspectivas», *Que futuro para o direito processual penal?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

DWORKIN, Ronald, *Uma questão de princípio*, Martins Fontes, São Paulo, 2000.

ENGLISH, Karl, *Introdução ao pensamento Jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1979.

FERNANDES, Fernando, *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*, Almedina, Coimbra, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trota, Madrid, 1997.

- *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Editorial Trota, Madrid, 2001.

- «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales», *Doxa*, n.º 29, 2006.

- «Garantismo e Direito Penal», *Julgar*, n.º especial, «Qualidade da Justiça nas democracias do século XXI», Setembro-Dezembro, 2008.

FIGUEROA, Alfonso Garcia, «Palabras, palabras, palabras... De lo que el derecho les dice a los jueces», *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, n.º 36, Noviembre, 1999.

GARAPON, ALLAR, Antoine, Julie, *Os juízes na Mundialização*, Instituto Piaget, Lisboa, 2006.

GOMES, Joaquim, «A motivação judicial em processo penal e as suas garantias constitucionais», *Julgar*, n.º 6, Setembro-Dezembro, 2008.

GONÇALVES, Maia, *Código de Processo Penal Anotado e Comentado*, Almedina, Coimbra, 1972.

HABERMAS, Jürgen, *Direito e Moral*, Instituto Piaget, Lisboa, 1999.

- *Racionalidade e Comunicação*, Edições 70, 2002.

- *L'Étique de la Discusión et la Question de la Verité*, Grasset, Paris, 2003.

HASSEMER, Winfried, «Palabras justas para un derecho justo?», *Persona y Derecho*, n.º 35, 1996.

- «Processo Penal e direitos fundamentais», Maria Fernanda Palma (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2004.

HERNÁNDEZ, Ignacio Colomer, *La Motivación de las Sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, tirant lo blanch, Valência, 2003.

HESAPANHA, António Manuel, *O Caleidoscópio do Direito*, Almedina, Coimbra, 2008.

HO, Hock Lai, «The judicial duty to give reasons», *Legal Studies*, n.º 20, 2000.

IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffré, Milano, 1997.

- «Motivazione della sentenza penale (controllo della)», *Enciclopédia di Diritto, Aggiornamento IV*, Giuffré, 2000.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés, «Sobre prueba y motivación», *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, n.º 59, Júlio, 2007.

- «A profissão de juiz, hoje», *Julgar*, n.º 1, 2007.

KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

LOPES, José António Mouraz, *A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar*, Almedina, Coimbra, 2011.

- *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

LYNCH, Michael P., *La Importancia de la Verdad. Para una cultura publica decente*, Paidós, Barcelona, 2005.

MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.

- «On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin», in Aulis Aarnio, Neil MacCormick, *Legal Reasoning*, Vol. II, Dartmonth, Aldershot, 1992.

- «La argumentación y la interpretación en el Derecho», *Revista Vasca de Administración Publica*, n.º 36, 1993.

MARTIN, Javier de Lucas, «Democracia y transparência. Sobre poder secreto y publicidade», *Anuario de Filosofia del Derecho*, VII, 1990.

MATTA, Paulo Saragoça da, «A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença», *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coord. Maria Fernanda Palma, Almedina, 2004.

MENDONÇA, LOPES, Luís Correia de, José Mouraz, «Julgar: contributo para uma análise estrutural da sentença civil e penal», *Revista do CEJ*, n.º1, 2º semestre, 2004.

MENNA, Mariano, *La motivazione del giudizio penale*, Pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università Ni Napoli, Casa Editrice Jovene, Napoli, 2000.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

- *Manual de Direito Constitucional, tomo IV*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

MIRANDA, MEDEIROS, Jorge, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2007.

MOREIRA, Vital, «A revisão constitucional. As magistraturas e os tribunais», Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, *A Revisão Constitucional. O Processo Penal e os Tribunais*, Livros Horizonte, 1981.

MORENO, Faustino Cordon, *Las garantías constitucionales del Proceso Penal*, Arandzi Editorial, Madrid, 1999.

NEVES, A. Castanheira, *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, 1968.

- «Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos alternativos da realização jurisdicional do Direito», *RLJ*, ano 130, n.º 3883, 3884 e 3886, ano 131, n.º 3886, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, 2006.

- *Os Princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004.

ORTEGA, M. Segura, «La racionalidad del derecho: sistema y decision», *BFDUC*, Volume LXXI, 1995.

PALMA, Maria Fernanda (coordenação), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2004.

PERELMAN, Chaïm, *Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique*, Dalloz, Paris, 1979.

PERELMAN, FORIERS, Chaïm, P., *La Motivation des Décisions de Justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978.

PERELMAN, OLBRECHT-TYTECA, Chaïm, Lucie, *Tratado de Argumentação*, Instituto Piaget, Lisboa, 2006.

POÇAS, Sérgio, «Da sentença penal – fundamentação de facto», *Julgar*, n.º 3, 2007.

POSNER, Richard A., *Problemas de Filosofia do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2007.

RANGEL, Paulo Castro, *Repensar o Poder Judicial*, Universidade Católica, Porto, 2001.

RICOEUR, Paul, *O Justo ou a Essência da Justiça*, Instituto Piaget, Lisboa, 1997.

- *A Crítica e a Convicção*, Edições 70, Lisboa, 2009.

ROCHA, Manuel Lopes, «A motivação da sentença», *Documentação e Direito Comparado*, n.º 75/76, 1998.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha, «Para onde vai a justiça?», *Sub Judice*, n.º 14, 1999.

- «Engrenagens de poder: justiça e comunicação social», *Sub Judice*, n.º 15/16, Novembro, 2000.

RODRIGUES, Maria Conceição Carapinha, «Linguagem, discurso e direito – algumas questões de linguagem jurídica», *Revista do Ministério Público*, n.º 11.

ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

SALAVERRIA, Juan Igartua, *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal, III*, Verbo, 2009.

- *Curso de Processo Penal, II*, Verbo, 2008.

- «A fundamentação das decisões judiciais. A questão da legitimidade democrática dos juízes», *Direito e Justiça*, volume X, tomo 2, 1996.

- «Conferência Parlamentar. A revisão do Código de Processo Penal», Assembleia da República, *Código de Processo Penal*, volume II, tomo II, Lisboa, 1999.

SOLUM, Lawrence, «Os vícios e os defeitos de um juiz: um guia aristotélico para o recrutamento de juízes», *Julgar*, n.º 7, Abril, 2009.

TARUFFO, Michele, «Note sulla garanzia costituzionale della motivazione», *BFDUC*, volume LV, 1979.

- «Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Marzo, 2001.

- «Consideraciones sobre prueba y motivación», *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, n.º 59, Júlio, 2007.

TARUFFO, IBAÑEZ, Pérez, Michele, Perfecto Andrès, Alfonso Candau, *Consideraciones sobre la Prueba Judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

VAZ, Alexandre Pessoa, «O tríplice ideal da justiça célere, económica e segura ao alcance do legislador processual moderno», *ROA*, ano 33, volume I, Janeiro-Junho, 1973.

- «A crise da justiça em Portugal. Os grandes paradoxos da prática judiciária nos últimos cinquenta anos», *ROA*, ano 46, volume III, Dezembro, 1986.

WRÓBLEWSKY, J., «Motivation de la decision judiciaire», Ch. Perelman et P. Foiriers, *La Motivation des Décisions de Justice, Établissements Émile Bruylant*, Bruxelles, 1978.

ZAZA, Carlo, *La Sentenza Penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.

## SIGLAS

Ac. – Acórdão

Al. - Alínea

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

LTC – Lei Orgânica sobre a Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional

PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

## ÍNDICE

NOTA PRÉVIA.....	3
I - INTRODUÇÃO .....	6
II - O DEVER CONSTITUCIONAL DE FUNDAMENTAR .....	11
2.1 – O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	15
2.2 - O DIREITO A UM PROCESSO EQUITATIVO .....	17
2.3 – O DIREITO À LIBERDADE .....	18
2.4 – GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE DEFESA.....	20
III – AS DUAS DIMENSÕES DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS .....	21
3.1 – DIMENSÃO ENDOPROCESSUAL.....	21
3.2 – DIMENSÃO EXTRAPROCESSUAL.....	24
IV - O MODELO CONSTITUCIONAL DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA PENAL.....	29
4.1 - A SUFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO .....	29
4.2 - A COERÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO .....	30
4.3 - A RAZOABILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO.....	32
V - FUNDAMENTAÇÃO “DE FACTO” E “DE DIREITO” DA SENTENÇA PENAL.....	34
5.1 – FUNDAMENTAÇÃO “DE FACTO”.....	35
5.2 - FUNDAMENTAÇÃO “DE DIREITO” .....	39
VI – FUNDAMENTAÇÃO SIM, PROXILIDADE NÃO .....	43
6.1 - E A FUNDAMENTAÇÃO <i>PER RELATIONEM</i> ?.....	46
6.2 - E A FUNDAMENTAÇÃO IMPLÍCITA?.....	49
VII – <i>PATOLOGIAS</i> VICIANTES DA FUNDAMENTAÇÃO .....	51
7.1 - A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA .....	52
7.2 - A FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE.....	55
7.3 - A FUNDAMENTAÇÃO CONTRADITÓRIA .....	55

VIII – EM BUSCA DA FUNDAMENTAÇÃO PERFEITA .....	58
IX - CONCLUSÃO.....	62
BIBLIOGRAFIA .....	64
SIGLAS .....	71