

AS RAZÕES DO DIREITO NUMA PERSPETIVA DE GÉNERO

THE REASONS OF LAW FROM A GENDER PERSPECTIVE

Benilde Moreira¹

Resumo

O presente artigo pretende discutir as razões do direito, no quadro da fundamentação das decisões judiciais, atendendo à perspetiva de género. A estrutura de análise parte, em primeiro lugar, da indagação sobre o modo como decidem os juizes sugerindo que a argumentação jurídica coloca em crise sistemas de abordagem na aplicação das normas jurídicas. Em segundo lugar, averigua-se a possibilidade de construção da perspetiva de género como enunciado metodológico no processo de fundamentação da decisão judicial. O campo de estudo encontra-se delimitado à análise de sentenças sobre violência doméstica em casos de relações de intimidade. A partir daqui é possível evidenciar que o processo decisório revela, essencialmente, uma visão formalista da aplicação da lei. Considera-se que a apreciação de situações de facto e a interpretação material do direito podem estar feridas de preconceitos derivados da construção social de género o que potencia uma decisão injusta. Sugere-se que o enunciado de género constitua um instrumento metodológico da justificação da sentença e que opera em todas as fases da fundamentação desde a apreciação dos factos até à aplicação do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Argumentação Jurídica; Igualdade de Género; Direito e Género; Violência Doméstica; Decisões Judiciais.

Abstract

This article aims to discuss the reasoning of law, within the framework of the justification of judicial decisions, from a gender perspective. The structure of the analysis starts, firstly, from the enquiry on how judges decide, suggesting that legal argumentation puts into crisis the application of law. Secondly, it investigates the possibility of constructing a gender perspective as a methodological enunciation of legal reasoning procedure in the judicial decision. The field of study is circumscribed to the analysis of sentences on domestic violence in cases of intimate relationships. From this it is possible to give evidence that the decision-making process reveals, essentially, a formalistic vision of the application of the law. It is considered that the appreciation of factual situations and the material interpretation of the rule of law may be affected by prejudices resulting from the social construction of gender, which

¹ benilde.moreira@ipb.pt; Instituto Politécnico de Bragança – Escola Superior de Educação de Bragança; Membro Integrado do Centro de Investigação em Educação.

may lead to unfair decisions. It is suggested that the enunciation of gender constitutes a methodological instrument of justification of the sentence and that it operates in all the phases of the reasoning from the examination of the facts to the application of the law.

KEYWORDS: Legal Argumentation; Gender Equality; Law and Gender; Domestic Violence; Judicial Decisions.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata de compreender o processo de decisão dos juízes convocando as teorias da argumentação jurídica com o propósito de identificar padrões argumentativos, suscetíveis de trazer para o debate público o método jurídico da justificação das sentenças. O campo de estudo encontra-se delimitado às decisões judiciais sobre violência doméstica em casos de relações de intimidade através das quais é possível analisar a perspectiva de gênero, além da típica visão *mainstream*, tentando perceber que práticas reais derivam do discurso judiciário. O principal objetivo passa por analisar o gênero enquanto enunciado do processo argumentativo da decisão judicial.

O marco teórico da investigação é desenvolvido a partir das teorias da argumentação jurídica, na perspectiva da atividade judiciária, a partir da qual se constroem discursos legitimadores e de justiça. Neste sentido, o direito é entendido como um poderoso discurso social que atribui sentido às condutas de mulheres e homens. Sendo o sistema criminal um reflexo dos valores patriarcais, tem uma influência determinante através das suas decisões obrigatórias e vinculativas que afetam a liberdade e a vida do indivíduo. Tais decisões, que são fundamentadas de acordo com as disposições constitucionais, seguem requisitos legais e procedimentais constituindo um forte indicador de padrões argumentativos complexos cuja narrativa é crucial para a manutenção de um modelo desigualitário ou, ao invés, para a mudança no sentido da igualdade substantiva entre mulheres e homens.

A abordagem dos elementos argumentativos é debatida através de uma perspectiva formal e material. Quer dizer que se pretende esclarecer que o processo argumentativo não se baseia, somente, no elenco de um conjunto de deduções lógicas formais. O raciocínio judicial levanta questões de natureza material e pragmática já que prossegue, através do seu método interpretativo, com a análise de dados empíricos e normativos. No ponto de partida coloca-se o problema ao qual subjaz a questão – como é que se argumenta?

O enfoque que colocamos no enunciado de gênero é fundamental para a efetivação dos princípios inerentes à dignidade da pessoa humana e livre desenvolvimento da sua autonomia e personalidade. Ainda hoje, a discriminação marca a vida das mulheres sendo que a violência é a maior tragédia de que ainda são, desproporcionalmente, vítimas. Assim, argumentar com perspectiva de gênero, numa decisão judicial, torna-se fundamental para o entendimento das desigualdades e para a adoção de uma nova linguagem justificativa do raciocínio lógico. Defendemos que a aplicação da lei não é um procedimento seco e frio, isento da influência de fatores institucionais e individuais. A aplicação da lei é um movimento dinâmico onde direito e argumentação se encontram reciprocamente vinculados.

2. COMO DECIDEM OS JUÍZES?

A argumentação jurídica não surge como campo de estudo isolado. Trata de abordar questões de natureza diversa que, habitualmente, colocam em crise sistemas de abordagem na aplicação das normas jurídicas. Pode dizer-se que o maior debate acontece entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Apesar de poder parecer demasiado simplista o que este debate opõe é a relação

que pode ser determinada entre o direito e a moral, onde a primeira corrente afirma que o sistema jurídico está interligado com princípios morais, enquanto que a segunda posição nega que exista essa conotação, cingido-se às regras positivadas do sistema jurídico. Quando analisamos uma decisão judicial é comum verificar que nem sempre os critérios coincidem, nem sempre a decisão final é idêntica e que em situações semelhantes, os tribunais podem decidir de diferente modo. Como é que se justifica esta variação de lógicas racionais? A resposta parece ser a de um papel mais ativo dos tribunais que lançam um olhar mais atento e assertivo sobre o texto constitucional cujo núcleo de direitos fundamentais e princípios merecem respeito e uma concretização específicas tendentes a densificar um conjunto de garantias dos cidadãos.

Então, como decidem os juízes? Dahl² defendeu que o Supremo Tribunal Norte-Americano não tinha, unicamente, um papel legal no sentido de resolver os factos que lhe eram submetidos a apreciação. Argumentou que aquela instituição – que é legal – tinha também uma função política. A sustentação desta perspetiva assenta na constatação de que muitos casos envolvem diferentes alternativas de solução defendidas por juízes e doutrinadores. Isto porque mesmo existindo a regra do precedente e as regras escritas, com frequência, os decisores se deparam, nesse contexto, com palavras “gerais, vagas, ambíguas ou que não são claramente alicáveis...” o que conduz a que se deva, pelo menos, escolher “entre alternativas de política pública apelando a pelo menos alguns critérios de aceitabilidade sobre questões de facto e valor que não podem ser encontradas ou deduzidas de precedentes...”. Um prestigiado Juiz Norte-Americano, Richard Posner³ fala-nos da sua perspetiva sobre a forma de decisão dos juízes. Por um lado, o autor defende que os juízes decidem de acordo com uma visão legalista do direito quando é possível apurar através das matérias jurídicas convencionais o apuramento dos factos verdadeiros que determinam, por sua vez, a aplicação de regras jurídicas pré-existentes, o que torna este processo simples, situado no domínio do raciocínio legalista. Por outro lado, identifica aquelas situações em que casos menos comuns esgotam os materiais convencionais exigindo dos juízes o apelo à sua experiência, emoções e, frequentemente, crenças inconscientes. Nesta medida, os juízes assumem um papel “legislativo” levando em consideração a ética profissional, a orgânica do sistema legal, as ambições profissionais, as opiniões de colegas, entre outras, mas também adotando considerações políticas que conduzem ao pragmatismo judicial. Esta visão do pragmatismo judicial baseia-se num sistema político – que não deixa de estar enformado por valores éticos – e as decisões judiciais provocam consequências que vão além das lógicas, anteriormente, determinadas. Também Dworkin, na sua obra *Taking rights seriously*⁴ já havia chamado a atenção para um caso ocorrido no século XIX – *Riggs v. Palmer*⁵, no qual Elmer Palmer mata o seu avô, Francis Palmer, por envenenamento. Sucede que o avô havia deixado um testamento onde nomeou o neto homicida como seu herdeiro. A decisão de matar o avô decorre de um segundo casamento deste, onde uma convenção antenupcial prejudicava o montante de bens a que o neto teria direito caso não tivesse ocorrido aquela união. O problema colocado diante do tribunal superior foi determinar se o neto, já condenado por homicídio, teria direito à herança. A sequência dos argumentos valorativos das disposições normativas é assinalável e construída pelo *Justice Earl*. Começa a construção do argumento por questionar “Se os legisladores pudessem, quanto a este caso, ser consultados, diriam que pretendiam, pela sua linguagem geral, que os bens de um testador ou de um antepassado passassem para alguém que tivesse tirado a sua vida com o objetivo expresso de obter os seus bens?” Na sua perspetiva não. E justifica porque “Ninguém será autorizado a lucrar com a sua própria fraude, ou a tirar partido do seu próprio erro, ou a encontrar qualquer reivindicação sobre a sua própria iniquidade, ou a adquirir bens pelo seu próprio crime.”

² Dahl, Robert, “Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker”, *Journal of Public Law*, 6, 1957, págs. 280 e 281.

³ POSNER, Richard, *How judges think*, Harvard University Press, 2008.

⁴ DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, 1977.

⁵ Case *Riggs v. Palmer*, 115 NY 5 06, Court of Appeals of New York, de 8 de outubro de 1889.

De seguida a justificação esclarece, também, que as políticas públicas têm o seu fundamento em leis universais que não podem ser ultrapassadas por leis que as contrariam. E, através de uma lógica indutiva, aponta que Palmer poderia nunca vir a ser herdeiro antes do crime. Poderia morrer antes do avô ou este poderia retirar o seu nome do testamento e nunca lhe ser possível gozar dos bens que lhe estavam destinados. Justice Gray votou contra esta perspetiva, mas, ainda assim, afirmou que “Reconheço que as regras do direito, que anulam disposições testamentárias feitas em benefício daqueles que se tornaram indignos delas, podem ser baseadas em princípios de equidade e de justiça natural.”

O sistema criminal sofreu uma forte influência do movimento feminista na consagração de condutas violentas que afetam, desproporcionalmente, as mulheres como foi o caso da violência doméstica. A linguagem preconizada pela contestação feminista nem sempre é refletida no campo da linguagem penal o que implica um desencontro de “linguagens” que pode contribuir para uma maior dificuldade de tratamento de questões factuais e o seu enquadramento nas disposições normativas. Esta dificuldade levou ao que Bailey⁶ designou de momento paradoxal entre o sistema criminal e as reivindicações feministas. É que foi a contestação feminista que “pressionou” a criminalização da violência doméstica e, não obstante, o mesmo movimento feminista permanece insatisfeito com o funcionamento do sistema penal cuja linguagem formal não incorporou a visão de género na apreciação das circunstâncias factuais, daqui resultando um tratamento de revitimização das vítimas, criando sentimentos de impunidade pela ausência de condenações efetivas dos agressores e falta de vontade de envolvimento das vítimas no sistema criminal. Esta circunstância é evidente pelos dados estatísticos reportados no sítio sobre estatísticas da justiça onde se indica que em 2021 ocorreram 26 520 denúncias registadas pela polícia. Destas verificaram-se 3 941 processos de julgamentos findos dos quais 95% das condenações são do sexo masculino. Das condenações 91% correspondem a penas de prisão, suspensas na sua execução. Apenas 9% correspondem a penas de prisão efetivas. Atentos aos dados apresentados importa convocar a argumentação jurídica das decisões judiciais para uma verdadeira e efetiva proteção de bens jurídicos ofendidos. Para tal é inequívoca a necessidade de considerar a perspetiva de género no elenco dos enunciados justificativos da sentença. Veja-se o fosso abismal entre o número de denúncias e os processos de julgamento concluídos faltando aqui uma análise mais profunda quanto aos factores que determinam a falta de vontade das vítimas se envolverem com o sistema punitivo.

A ideia do paradoxo, que se referiu antes, tem conduzido, mais recentemente, ao desenvolvimento do discurso de “populismo penal”⁷ a que o Estado não pode ceder sob pena de se violarem princípios constitucionais de base democrática. Deve refutar-se a ideia de um sistema criminal vingativo e cujo funcionamento assente na lógica do talião. Como também deve refutar-se a ideia da retórica de princípios constitucionais que protegem bens inalienáveis da vida humana como é o caso da sua dignidade, da sua autonomia da vontade, da sua integridade pessoal, do livre desenvolvimento da sua personalidade e da sua liberdade e autodeterminação sexual. A dimensão destes princípios é hoje uma linguagem bem explanada nas decisões judiciais sobre a violência doméstica e não podem deixar de ser equacionados no conjunto de ponderações que colocam em confronto os direitos das vítimas e os direitos dos agressores. Na senda de Paulo Pinto de Albuquerque esse exercício impende sobre o Estado porque é ao Estado que cabe o ónus de providenciar mecanismos de proteção de bens jurídicos essenciais da integralidade humana. O mesmo Juiz, que foi representante português no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, defendeu que a violência doméstica deve ser equiparada à tortura e que estranha que Portugal nunca tenha sido chamado ao Tribunal por falhar na proteção de mulheres assassinadas.⁸ A reivindicação de um agravamento de

⁶ Bailey, Kimberley, D., “Criminal law. Lost in translation: domestic violence, the persona lis political”, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 2010, 100 (4), págs. 1255-1301.

⁷ Para um exemplo da posição contra o discurso de “populismo penal” ver a notícia do Expresso, de 15 de abril de 2019 disponível em Expresso | O PS não cede ao populismo penal, consultado em 10 de abril de 2022.

⁸ Destes factos deu conta o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque numa declaração de voto em 2013 no caso *Valiulienė vs. Lituânia* (queixa n.º 29474/07, acórdão de 26 de março de 2013 – interpretação da Convenção de Istambul sensível ao género, obrigação do Estado de criminalizar e punir eficazmente a violência doméstica, revisão da jurisprudência *Osman* em casos de violência doméstica, natureza pública do procedimento criminal).

molduras penais, quanto à violência doméstica, não conduz ao invocado populismo penal. Conduz, outrossim, à abordagem de uma argumentação judicial que contribui para um sentimento de maior segurança para a comunidade, em geral, e para a vítima, em específico.

A preocupação com as consequências derivadas de processos de violência doméstica é bem espelhada nas recomendações da Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em contexto de Violência Doméstica⁹. Do dossier 4/2020-AM a Equipa recomenda que:

“Ao Centro de Estudos Judiciários, Conselho Superior da Magistratura e Conselho Superior do Ministério Público a necessidade de prosseguir e reforçar o esforço de formação dos magistrados judiciais e do Ministério Público sobre a violência contra as mulheres, a violência contra as crianças e a violência doméstica de forma a fomentar uma visão, compreensão e intervenção holísticas sobre estas realidades e um estreito diálogo e interação com profissionais das outras áreas do saber e setores que partilham com o sistema de justiça a responsabilidade de responder aos casos concretos (...) que essa formação aborde, nomeadamente: (1) as características e dinâmica destes comportamentos e as especiais exigências que daí resultam para a ação do sistema de justiça, na articulação e diálogo entre as suas unidades orgânicas e com outros setores, organizações e profissionais; (2) os aspetos que devem merecer particular atenção na condução e tramitação dos procedimentos judiciais, à luz da experiência e de estudos de caso; (3) a importância de, nas tomadas de decisão, seja sobre a condução dos processos seja sobre a sua substância, serem ponderados os efeitos e os resultados que serão previsivelmente alcançados à luz do conhecimento disponível e dos objetivos inscritos na lei; (4) a comunicação do sistema de justiça com os sujeitos e participantes processuais, com os organismos e profissionais que com ele colaboram e interagem e com a comunidade.”

Pelo exposto pode inferir-se que os decisores devem considerar no seu processo decisório um conjunto de fatores que constituem um mecanismo de violência muito específico que atinge, em particular, as mulheres e que continua a afetá-las mesmo depois de uma sentença. Esta ideia refuta a acusação do “populismo penal” invocada. Por outro lado, deve atender-se às recomendações do Relatório do GREVIO¹⁰ onde se constata que a relação que a disposição normativa da violência doméstica encontra com outro tipo de infrações desconsidera as questões do género subjacentes à prática deste crime. A análise dos argumentos respeitantes a esta relação permitem dar evidência a decisões judiciais que acabam por fazer “engolir” o crime em infrações cuja pena é mais grave – a relação de subsidiariedade – ou então “consumir” outras condutas típicas no crime de violência doméstica – relação de especialidade – mas agregando critérios de intensidade e gravidade, não raras vezes movidos por conceções estigmatizantes e estereotipadas.

Todos os aspetos e paradoxos que debatemos, a par com a invocação do alegado “populismo penal”, tornam premente a questão inicial acrescentada com uma variável: como decidem os juízes em casos de violência doméstica referentes a relações de intimidade?

Voltamos a Posner e à sua visão sobre a forma como os juízes decidem. O autor sofre uma forte influência de Holmes¹¹. Este, que ficou conhecido como o *juiz dissidente*, deu ênfase ao pragmatismo jurídico opondo-se, com frequência, a uma visão estruturalmente formalista dos seus colegas.

⁹ A Lei 112/2009, de 19 de setembro determina no seu artigo 4.º, n.º 1 “Os serviços da Administração Pública com intervenção na proteção das vítimas de violência doméstica realizam uma análise retrospectiva das situações de homicídio ocorrido em contexto de violência doméstica e que tenham sido já objeto de decisão judicial transitada em julgado ou de decisão de arquivamento, visando retirar conclusões que permitam a implementação de novas metodologias preventivas ao nível dos respetivos procedimentos.” Acrescenta o seu n.º 2 que “Para efeitos do número anterior, é constituída uma Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica composta por: a) Um representante designado pelo Ministério da Justiça; b) Um representante designado pelo Ministério da Saúde; c) Um representante designado pelo Ministério da Solidariedade, Emprego e Segurança Social; d) Um representante da Secretaria-Geral do Ministério da Administração Interna (SGMAI); e) Um representante do organismo da Administração Pública responsável pela área da cidadania e da igualdade de género; f) Um representante do Ministério Público; g) Um representante da força de segurança territorialmente competente na área em que tiver sido praticado o crime.” A Portaria 280/2016, de 26 de outubro regulamenta o procedimento de análise retrospectiva das situações de homicídio ocorrido em contexto de violência doméstica, previsto no artigo 4.º-A da Lei n.º 112/2009, de 19 de setembro.

¹⁰ GREVIO, *Baseline evaluation report*, Portugal, 2019, Strasbourg, Council of Europe.

¹¹ HOLMES, Oliver Wendell, “The path of Law”, in *Harvard Law Review*, 1897, 457. Págs. 1-20.

Holmes criticou no seu livro *The Common Law*¹² o formalismo defendendo que a decisão judicial não é a mera aplicação de um precedente uma vez que, segundo o autor, a vida do direito não assenta, unicamente, na lógica mas, sobretudo, na experiência. Também no seu artigo *The Path of Law* havia defendido que estudar direito não era um grande mistério, que o direito tratava de resolver os problemas que as pessoas lhes apresentavam.

Richard Posner defende a ideia do magistrado não aplicar, num sentido estrito, a letra da lei uma vez que pode confrontar-se com problemas estruturais. Tratam-se de dificuldades de natureza endo-estrutural, como é o caso de dilemas que surgem do elemento literal ou as várias relações que se podem estabelecer com outras disposições normativas. Atienza¹³ refere-se às complexidades do processo argumentativo quando enuncia os problemas de qualificação ou interpretação que podem conduzir a perspectivas diversas quer dos dados empíricos quer das premissas normativas. Portanto, o juiz não decidirá, exclusivamente, através do elemento literal. Por outro lado, o magistrado também enfrenta vicissitudes que podem derivar do próprio sistema legal e ao comportamento que os operadores judiciais adotam durante o processo. Neste caso, discute-se a dimensão institucional do direito, como um sistema que contém em si, as suas próprias regras de funcionamento que podem ser determinantes no desfecho da argumentação jurídica quando se analisam as causas justificativas da sentença. Acresce que este procedimento de construção não se encontra alheio às circunstâncias sociais e políticas que envolvem os decisores. Posner reclama que os juízes (sobretudo os que integram os tribunais de recurso) são *occasional legislators*¹⁴ pois decidem no sentido de uma determinada orientação ideológica, valores e preconceitos.¹⁵

Para sustentar esta perspectiva o autor indica nove teorias que designa de (i) a atitude do magistrado, (ii) a estratégia, (iii) as razões sociológicas, (iv) as causas psicológicas, (v) os fatores económicos, (vi) a estrutura organizacional, (vii) as razões pragmáticas, (viii) os fenómenos e (ix) o legalismo. A preconização destes fatores de influência da decisão contribuem para a construção de argumentos que não são alheios a preferências pessoais, políticas, estratégias comportamentais, expectativas de ambição profissional, a estrutura organizativa do sistema legal, influências de valores externos e, claro, a própria determinação do que se encontra disposto na lei. Ou seja, explicar o processo decisório e, por conseguinte, a forma como a argumentação jurídica é construída implica que se percecionem todos os fatores de influência que, eventualmente, contribuem para um resultado diverso.

O propósito de conceber uma argumentação jurídica, com perspectiva de género, suscita a crítica da discricionariedade do magistrado durante o processo decisório. Tal contestação é suportada pela ideia do populismo penal que, anteriormente, se referiu. Laurrari¹⁶ acusa o “feminismo oficial”¹⁷ de ter incorporado uma visão simplificada da violência contra a mulher, nas relações de intimidade ao apresentar o delito como algo que acontece pelo facto de se ser mulher ao mesmo tempo que critica que se confie ao direito penal a tarefa de alterar a desigualdade estrutural entre mulheres e homens¹⁸. A autora, no entanto, prossegue reconhecendo que se verificou uma evolução desde a violência doméstica até à consagração da violência de género evidenciado a ideia de que o patriarcado é uma ideologia assente “na responsabilidade de um sistema social que se estrutura ainda na divisão e desigualdade de géneros e daí derivar que este contexto pode favorecer os comportamentos de violência sobre a mulher”¹⁹.

No ordenamento jurídico português não merece consagração a tipologia da violência de género. Porém, não subsistem dúvidas de que a violência doméstica é uma forma de violência de género e que o direito passa a encarar o sujeito como uma pessoa com características específicas, como é

¹² HOLMES, Oliver Wendell, *The Common Law*, Paperback, 1991.

¹³ ATIENZA, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013.

¹⁴ POSNER, Richard, *How judges think*, cit., pág. 78.

¹⁵ POSNER, Richard, *How judges think*, cit., pág. 369.

¹⁶ LAURRARI, Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, 2007.

¹⁷ LAURRARI, Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, cit., pág. 15.

¹⁸ LAURRARI, Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, cit., pág. 16.

¹⁹ LAURRARI, Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, cit., pág. 18

o caso concreto do género. Estas considerações legais específicas não são, de resto, estranhas uma vez que se encontram consagradas no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa. E nas disposições penais estas especificidades também são consideradas. Veja-se a disposição do artigo 152.º, do código penal, que prevê diversas categorias de violência no quadro familiar, onde merece nomeação a violência nas relações de intimidade - violência entre cônjuges ou ex-cônjuges e relações de namoro, presentes ou pretéritas. O elemento literal não descreve o termo “género”, porém é inequívoco que o enquadramento preparatório da disposição e a forma como foram tendo lugar as sucessivas alterações têm em linha de conta o género, por se tratarem de situações que afetam, particularmente, as mulheres e daí ser possível argumentar que se trata de um crime de violência de género.

Diz Clara Sottomayor que a aplicação do direito deve atender à perspetiva de género, considerando todo o percurso de enquadramento internacional e nacional de direitos humanos das mulheres, o que exige ponderar “a tensão entre o princípio da igualdade e o direito à diferença, necessitando as mulheres de direitos iguais aos dos homens, mas reivindicando também um tratamento diferenciado que valoriza as especificidades das mulheres (...)”²⁰

Neste quadro os aspetos valorativos no campo da argumentação jurídica não podem deixar de ser considerados. Numa vertente de pragmatismo judicial, os magistrados devem estar atentos à forma como os argumentos construídos elencam aspetos limitadores ou determinantes de uma decisão menos conseguida. A organização judiciária teve necessidade de estabelecer um grau de independência para os decisores judiciais de forma a garantir que, com a sua própria independência, os juízes não possam seguir caminhos arbitrários na sua decisão. A necessidade de uma argumentação fundamentada é, especialmente, reveladora quando se apresenta contestação à apreciação da prova, invocando-se razões de arbitrariedade judicial, a que os juízes, depois, têm de responder, demonstrando os fundamentos por que tal não se verifica. Posner²¹ considera, no geral, que uma visão pragmática da decisão judicial tem em conta diversos aspetos associados às consequências que o resultado da decisão envolve e que as suas razões serão mais válidas do que aquelas que se baseiam numa visão, puramente, formalista do direito.

O pensamento de Benjamin Cardozo também lança luzes sobre o processo mental de decisão dos juízes. Interessa-nos, sobretudo, a sua abordagem à interpretação dos factos e da lei considerando que “Os tribunais foram, frequentemente, induzidos em erro sobre a validade de uma lei, não porque não a entendam, mas porque não compreenderam os factos”²². Esta afirmação pode significar que, no processo mental decisório, enquanto se constrói a argumentação, o decisor deve atender ao espaço, ao tempo, ao contexto que o rodeia, não ignorando as causas estruturais das várias formas de violência que são praticadas contra a mulher. Neste sentido é premente a afirmação sobre a forma como a interpretação “(...) preenche os espaços vazios, através dos mesmos processos e métodos que construíram a lei costumeira”. Num caso decidido por Cardozo²³ determinou-se que “as sentenças da época em que se viajava não são aplicáveis às condições de transporte actuais (...) O princípio de que o perigo terá de ser eminente não deve ser alterado, mas as coisas que são objecto desse princípio alteraram-se e, por isso, este terá de se adequar às necessidades da vida numa civilização em desenvolvimento”. E na senda deste fundamento decisório Cardozo afirma na sua obra que “As normas e princípios (...) não são verdades conclusivas, mas hipóteses de trabalho continuamente submetidas a novos testes nesses grandes laboratórios que são os tribunais”. Os tribunais, excessivamente formalistas, tendem a afastar-se destas dinâmicas por considerarem um processo estrito da aplicação dos preceitos legais cujas consequências não retratam o contexto factual ou continuam a enviesar a realidade de uma desigualdade sistémica e estrutural como é aquela que atinge as mulheres.

²⁰ Sottomayor, Clara, “Direitos humanos, género e igualdade”, Seminário “Julgar com perspetiva de género – entre a constitucionalidade e a igualdade, Centro de Estudos Judiciários, 2020, pág. 26.

²¹ POSNER, Richard, op. cit., pág. 369.

²² CARDOZO, Benjamin, “The nature of the judicial process”, Yale University Press, 1921. Disponível https://constitution.or/1-Constitution/cmt/cardozo/jud_proc.htm, consultado em 24 de março de 2023.

²³ MacPherson v. Buick Motor Co. Of Appeals of New York (217, N.Y. 382, de 1916), disponível em <https://casetext.com/case/macpherson-v-buick-motor-co-2>, consultado em 24 de março de 2023.

Parece-nos que Sottomayor reflete nesta circunstância quando defende que “o método jurídico de questões de direitos humanos deve ser um método que parte da realidade em que vivem as pessoas, caso contrário, os métodos tradicionais, de caráter conceitual e lógico-dedutivo, contêm o perigo de ocultação ou negação das diferenças e de formalização excessiva dos direitos”.²⁴ O processo mental da magistratura é explicado por Cardozo através da divisão entre o consciente e o subconsciente. De uma forma consciente, o juiz recorre à lógica, aos precedentes e aos fins que se pretendem servir. Os elementos subconscientes consideram que o papel do juiz não é “supérfluo” pois existem “lacunas a preencher”, dúvidas e ambiguidades que devem ser esclarecidas, erros e dificuldades que precisam de ser mitigados. No campo das questões da violência doméstica surgem todos estes elementos no momento em que os dados empíricos surgem no âmbito da apreciação do juízo ou na altura em que factos têm que ser subsumidos na disposição normativa. Afirma o Juiz Cardozo que “o juiz deve ter sempre em mente a conceção teleológica da sua função (...) que significa o pragmatismo. A norma que funciona bem gera um direito próprio ao reconhecimento. Só que ao determinar como ela funciona, não devemos vê-la de modo demasiado estreito (...) dentro dos limites do precedente (...) o princípio final é o da adequação a um fim”.²⁵

A argumentação jurídica entendida do modo que se acaba de expor permite explorar segmentos de análise que convocam os seus elementos formal, material e pragmático possibilitando a identificação de todos os passos argumentativos da decisão judicial. Atienza²⁶ defende que o sentido da argumentação consiste numa atividade que evidencia enunciados, razões, linhas de argumentação que devem ser questionadas e criticadas no sentido de se conhecer a melhor solução possível. Torna-se assim possível delimitar um discurso dialético nos processos mentais decisórios que são moldados por pre-juízos de valor assentes em estereótipos e estigmas que costumam encontrar-se associados a situações envolventes à violência doméstica no seio das relações de intimidade tal como é possível demonstrar incongruências do processo argumentativo no que toca à análise das premissas factuais e normativas debatendo-se inferências dedutivas e indutivas que, a final, vêm a consubstanciar a legitimação de um discurso judicial.

3. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E GÉNERO

Os estudos avaliativos desenvolvidos na argumentação jurídica reportam a questões de âmbito generalizado sobre a fundamentação das sentenças. No entanto, não se encontra feito o estudo detalhado e esquematizado do padrão argumentativo e nem se debate o método jurídico de justificação das decisões judiciais. Refere Sottomayor²⁷ que a tradicional visão lógico-dedutiva “contém o perigo de ocultação ou negação das diferenças e de formalização excessiva dos direitos”. O direito exige o conhecimento dos significados contidos nas disposições normativas a partir de onde deve ter lugar a construção de matriz axiológica e ética que subjaz ao sistema normativo, que é muito mais do que um mero conjunto de normas escritas. Tal como refere Duarte²⁸ a prática do direito é decisiva na forma como se atribui sentido e “(in) validam as violências de género”. O marco teórico sobre a argumentação jurídica possibilita discutir os papéis de género, num quadro de violência doméstica em relações de intimidade, debatendo-se concretamente o papel dos argumentos, dos enunciados, das razões, elementos arquitetados pelos mentores da racionalidade jurídica indutiva, que são os juízes.

²⁴ Sottomayor, Clara, “Os direitos humanos das mulheres e das crianças na jurisprudência do Tribunal Constitucional e do TEDH”, cit., pág. 120.

²⁵ CARDOZO, Benjamin, op. cit.

²⁶ ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, Universidade Autónoma de Mexico, 2005.

²⁷ Sottomayor, Maria Clara, “Os direitos humanos das mulheres e das crianças na jurisprudência do Tribunal Constitucional e do TEDH” em *Estudos de homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Almedina, vol. 2, 2019, pág. 120.

²⁸ Duarte, Madalena, “O lugar do direito na violência contra as mulheres nas relações de intimidade”, *Revista Género & Direito*, 1, pág. 33.

O presente estudo faz uso da representação esquemática de Wigmore²⁹ com o objetivo de demonstrar os passos argumentativos da fundamentação da sentença, o que permite evidenciar os seus aspetos mais ou menos robustos. Também o pensamento de Atienza³⁰ parte de uma esquematização, que possibilita representar o fluxo de informação, contida na argumentação, desde a colocação de um problema, às premissas e conclusões que o decisor dali retira. Tal informação é conectada através de setas que têm diversas orientações e cuja força é variável, dependendo das razões que se pretendem arguir para dar consistência à linha argumentativa. Daqui resulta um esquema unido com diagramas e vetores que estabelecem a relação de “argumento a favor de” ou “argumento contra”. Quando os vetores estão ligados significa que a força do argumento reside na união das razões que por si só (isoladas) não funcionam como argumento. A utilização de letras maiúsculas e minúsculas representam os diferentes passos da argumentação. Assim, a letra maiúscula representa o tipo de ato de linguagem – **P** revela o problema, **S** mostra a resposta ou decisão final, **Q** enuncia uma questão, **SP** representa uma suposição, **A** indica uma afirmação e **N** uma negação. A letra minúscula tem a função de expor as várias razões de argumentação entre **P** e **S** autonomizando o processo do fluxo de informação através de proposições concretas que sustentam o decurso da argumentação.

Na investigação a que procedemos sobre decisões judiciais de violência doméstica nas relações de intimidade, é possível identificar cada passo argumentativo, evidenciando, por um lado o aspeto formal da metodologia lógico-dedutiva, mas, também, os problemas de natureza material. A sentença em análise é uma decisão proferida pelo Tribunal da Relação de Guimarães, de 25/09/2017, processo n.º 505/15.9GAPTL.G1, cujo esquema assenta nos elementos que se seguem:

Pa: Pratica o crime de violência doméstica o agressor que apelida a cónjuge de “puta, vaca, porca” nos termos do artigo 152.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2, do código penal?

Qb: O que é o crime de violência doméstica?

1b: Comete o crime de violência doméstica, previsto e punido pelo artigo 152.º, n.º 1, do código penal “Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus-tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações de liberdade e ofensas sexuais: a) Ao cónjuge ou ex-cónjuge; b) A pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cónjuges, ainda que sem coabitação.”

2b: No crime de violência doméstica o bem jurídico protegido é a saúde, bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental, bem jurídico este que pode ser afetado por toda a multiplicidade de comportamento que afetem a dignidade pessoal do cónjuge – posição da doutrina;

3b: A ratio do tipo está na proteção da pessoa individual e da sua dignidade humana.

4b: A doutrina (Taipa de Carvalho...) e a jurisprudência (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05/11/2008, processo n.º 08P2504) defendem, genericamente, este entendimento: “é a pessoa do cónjuge (ou equiparado), a sua integridade física, a sua saúde e a sua dignidade, enquanto pessoa humana, e não a instituição familiar (...) É um crime contra as pessoas, não um crime contra a família.”

Ab: Na violência doméstica a lei tem o objetivo de assegurar uma “tutela especial e reforçada” da vítima perante situações de violência desenvolvida no seio da vida familiar ou doméstica que, pelo seu carácter violento ou pela sua configuração global de desrespeito pela pessoa da vítima ou de desejo de prevalência de dominação sobre a mesma, evidenciem um estado de degradação, enfraquecimento ou aviltamento da dignidade pessoal.

Qc: Quais são as condutas previstas no tipo de crime?

Ac: As condutas previstas e punidas no preceito são de várias espécies: maus-tratos físicos, ou seja, ofensas corporais simples, maus tratos psíquicos, isto é, humilhações, provocações, molestações, ameaças.

²⁹ John Henry Wigmore (1863-1943) é considerado um dos juristas mais influentes no estudo da prova. Ver WIGMORE, John Henry, *The Science of judicial proof*, Boston, 1913.

³⁰ ATIENZA, Manuel, *Como analizar una argumentación jurídica*, Cevallos Editora Jurídica, 2009.

Qd: Como se distingue a violência doméstica de outros tipos de crime como é o caso de maus-tratos ou injúrias?

1d: Antes da alteração à lei penal, em 2007, o critério diferenciador residia na reiteração de condutas para determinar o cometimento de maus-tratos.

2d: Discutia-se a questão de saber se uma conduta isolada, mas grave poderia ou não integrar o tipo legal de crime de maus-tratos.

3d: A reforma penal veio consagrar a orientação segundo a qual a verificação dos crimes de violência doméstica e de maus-tratos não exige a reiteração de condutas sendo suficiente “um único ato ofensivo de tal intensidade, ao nível do desvalor da ação e do resultado, que seja apto e bastante a lesar o bem jurídico protegido – mediante ofensa da saúde psíquica, emocional ou moral, de modo incompatível com a dignidade da pessoa humana.” (acórdão do tribunal de Coimbra, de 28/04/2010, processo n.º 13/07.1GACTB.C1).

Ad: O atual regime prevê uma relação de especialidade entre a violência doméstica e de maus-tratos, de um lado, e crimes como os de ofensa à integridade física, ameaças e injúrias, de outro.

Qe: A afirmação “És uma puta, vaca e porca.” constituem uma conduta que se pode subsumir ao crime de violência doméstica?

1e: As expressões têm um caráter ofensivo e constituem uma manifestação evidente de violação do dever de respeito que deve existir entre os cônjuges e que legalmente está consagrada no artigo 1672.º, do código civil.

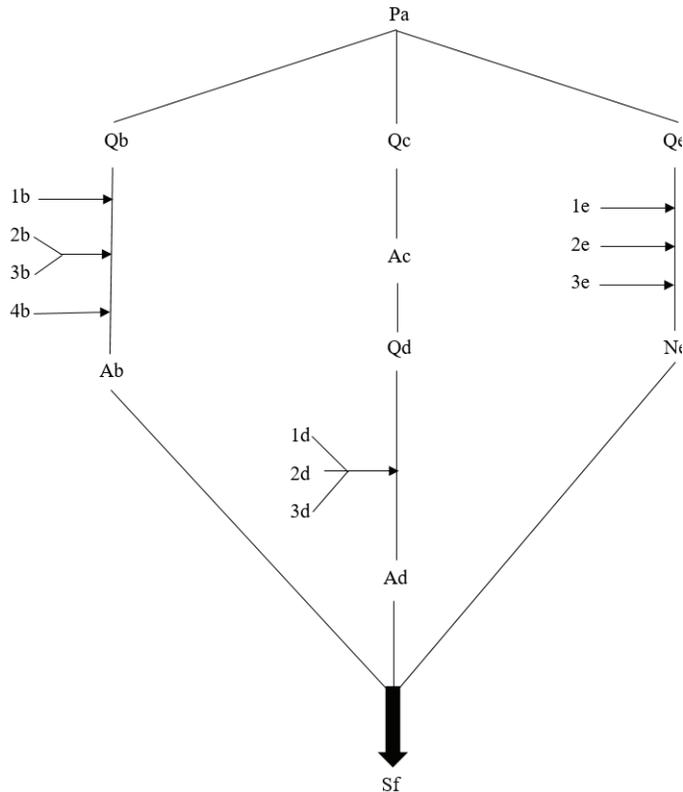
2e: A conduta do arguido surge num contexto de degradação do casamento já instalado posto que o arguido e a assistente sequer partilhavam já o mesmo leito desde 2007.

3e: A conduta do arguido não representa um potencial de agressão que, em abstrato, supere ou transcenda a proteção oferecida pelo crime de injúria, na medida em que não espelham uma situação de maus-tratos da qual resulte ou seja suscetível de resultar sérios riscos para a integridade psíquica da vítima.

Ne: As expressões referidas não consubstanciam condutas especialmente violentas ou que globalmente configurem uma atitude de especial desrespeito pela pessoa da vítima ou de desejo de prevalência de dominação sobre a mesma, ou seja, não revestem a gravidade ou a intensidade do desvalor da ação e do resultado típicas do crime de violência doméstica.

Sf: Esta arredada a punição do arguido como integrante de um crime de violência doméstica, impondo-se a sua absolvição quanto a tal.

O encadeamento do fluxo de informação está representado entre **Pa** e **Sf**, ou seja, o problema formulado e a solução apontada. O diagrama também dá conta da lógica formal dedutiva quando permite a identificação das premissas e respetivas inferências (a forma como se passa da **Qb** à **Qc** e daqui à **Qd** através de **1b**, **2b**, **3b** e **4b**; **1d**, **2d** e **3d**; **1e**, **2e** e **3e**). Além desta sequência formalista das razões de direito é possível identificar os tipos de enunciados, a sua natureza e o conteúdo das proposições. O caso do enunciado em **1d**, **2d** e **3d** que indicam a forma como o critério material da reiteração da conduta para a inflicção de maus-tratos foi abandonado, para se reconhecer que um só ato isolado, praticado ao nível do desvalor da ação, basta para integrar tal conduta. Esta abordagem retrata a argumentação do tipo material. Quer dizer, o decisor elenca as razões da sua fundamentação através de enunciados normativos (**1b**, **1d**, **1e**), doutrinários (**2b**, **4b**), jurisprudenciais (**3d**), empíricos (**2e**, **3e**) e valorativos (**3b**, **2d**). Em termos esquemáticos a decisão fica representada da seguinte forma:



O esquema argumentativo permite evidenciar o elemento formal do silogismo subsuntivo. Porém, não é suficiente para esclarecer as razões de natureza material, até porque nem todas as premissas são passivas de serem deduzidas de passos anteriores. A argumentação jurídica convoca a necessidade de estabelecer diferenças conceptuais.³¹ Os conceitos básicos assentam na diferença entre argumentação, argumentos e linhas de argumentação. No desenho da argumentação judicial o intérprete terá de observar a forma da sentença (objeto do recurso, factos provados, fundamentação). O intérprete observa a argumentação como um conjunto de passos, atos de linguagem e enunciados que ocorrem entre o problema e a solução. Nem tudo o que se representa no esquema da decisão judicial constitui um argumento. Na senda de Atienza “Um argumento é uma razão a favor ou contra uma determinada tese”³². Neste sentido, as linhas que unem o problema às questões e às afirmações não são argumentos. No entanto é possível observar que os enunciados enumerados e identificados com as letras minúsculas possibilitam encontrar a força ou a fragilidade da razão dada.

A partir deste modelo esquemático argumentamos sobre a possibilidade de construir um enunciado de género, que surge integrado na metodologia lógico dedutiva invocando as problemáticas de natureza material que podem influenciar a solução final.

4. O ENUNCIADO DE GÉNERO ENQUANTO RAZÃO DE DIREITO

A adoção da perspetiva de género, na decisão judicial, implica que o argumento seja construído em torno de premissas factuais e premissas normativas, pois é a partir destes campos que

³¹ ATIENZA, Manuel, Como analizar una argumentación jurídica, cit..

³² ATIENZA, Manuel, Como analizar una argumentación jurídica, cit., pág. 38.

se delimitam as razões de direito, que antes designámos por enunciados. Neste processo de justificação há que considerar que o facto de o direito utilizar uma linguagem neutra, com recurso a termos como “aquele”, “quem”, “agente”, “indivíduo”, “cônjuge”, não torna a própria realidade neutra. O direito deve olhar para a realidade específica de homens e mulheres considerando quais as diferenças atinentes ao caso concreto e ponderando quais as premissas suscetíveis da análise sob a perspetiva de género.

Olhemos, em primeiro lugar, para as premissas fácticas do caso referido no ponto anterior. A expressão enunciada em **Qe**: “És uma puta, vaca e porca.” equaciona se a conduta é suscetível de enquadrar o crime de violência doméstica, previsto pelo artigo 152.º, do código penal. A resposta do tribunal a esta questão é uma negação onde declara que “As expressões referidas não consubstanciam condutas especialmente violentas ou que globalmente configurem uma atitude de especial desrespeito pela pessoa da vítima ou de desejo de prevalência de dominação sobre a mesma, ou seja, não revestem a gravidade ou a intensidade do desvalor da ação...”. As razões que fundamentam esta resposta encontram-se em **1e**, **2e** e **3e**, de onde se destaca que as expressões têm carácter ofensivo e constituem uma violação dos deveres conjugais, o casamento entre os agentes encontrava-se em degradação há vários anos e a conduta do arguido não representa uma potencial agressão da qual possa resultar um risco sério para a integridade psíquica da vítima. Este elenco da fundamentação constitui o principal lote de razões favoráveis à decisão final que resulta no esvaziamento do crime de violência doméstica e a absolvição do agressor.

A perspetiva de género, como enunciado metodológico da motivação da sentença, permite considerar os vários enunciados pela ótica do argumento interpretativo pois o ato de argumentar não pode ser dissociado do ato de interpretar. Quer dizer, como razão de direito atribui significados às premissas fácticas, designadamente, as condutas praticadas e os efeitos que daí derivam. Quanto às premissas normativas considera-se que, da sua aparente neutralidade, é possível determinar, através do seu elemento teleológico, argumentos interpretativos de género. No caso em apreço, a interpretação dos enunciados empíricos assenta no desvalor da ação e do resultado entendendo que não são suficientes para impactar na ofensa à dignidade e humilhação da vítima. Num exercício de construção do raciocínio jurídico através do enunciado de género, enquanto argumento qualificativo da ação, é possível levantar pontos de reflexão que potenciarão outro caminho na decisão quanto à apreciação destes insultos. As expressões “és uma puta, vaca e porca” não encontram paralelo em epítetos dirigidos ao homem e, ainda que existam na linguística do calão, tais expressões têm uma repercussão social mais impactante na mulher, uma vez que a colocam numa posição humilhante, pretendendo aviltar a sua qualidade específica de mulher. Compreender o género, enquanto enunciado justificativo da decisão judicial implica entender as dinâmicas de discurso que se movem entre as premissas fácticas e normativas. Neste aspeto Dworkin³³ esclarece que “Os juristas utilizam proposições jurídicas para descrever ou declarar certas relações, em especial de direitos e deveres, dentro da instituição do direito e quando discordam sobre estas relações discutem a sua validade.” De acordo com MacCormick³⁴ a aplicação do direito exige a interpretação numa perspetiva *latu sensu* e *strictu sensu*. Na primeira verifica-se o imediato sentido e apreensão do significado das coisas. Na segunda ocorre a formação de uma convicção no sentido de perceber/esclarecer alguma dúvida por forma a encontrar o sentido que é mais adequado e razoável ao contexto onde são aduzidas razões favoráveis ou contra uma situação. Naquelas que são a favor encontramos, sobretudo, argumentos do tipo linguístico e sistémico. São descritas razões baseadas na desproporcionalidade da violência praticada contra a mulher o que invoca o respeito pelos princípios da dignidade humana, integridade pessoal, o livre desenvolvimento da personalidade e a autodeterminação sexual. Por outro lado, também é possível evidenciar razões que sublinham a posição de desigualdade da mulher na sociedade esclarecendo que na raiz da violência perpetrada contra a mulher estão relações hierarquizadas de poder.

³³DWORKIN, Ronald, *La filosofía del derecho*, 2ª edição, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 14-15.

³⁴MACCORMICK, Neil, *A theory of legal reasoning*, Oxford, 2005.

Numa decisão do Supremo Tribunal de Justiça³⁵ discorre-se sobre uma interpretação sensível ao género. Declara o decisor ser imprescindível “efetuar uma interpretação da conceptualização de maus-tratos físicos e psíquicos (...) à luz dos normativos da Convenção do Conselho da Europa, de Istambul” realçando nessa conceptualização de maus-tratos físicos e psíquicos um fio condutor de “afirmação de um poder sobre a vida.” Numa outra decisão, da mesma instância³⁶, afirma-se “a violência doméstica, sobretudo quanto a mulheres, é um crime que teima em persistir na nossa sociedade, afetando a dignidade e a integridade das vítimas, constituindo uma clara manifestação da desigualdade histórica das relações de poder entre sexos, que conduziram à dominação sobre as mulheres, e à discriminação contra as mulheres, por parte dos homens...” No ato de interpretação das premissas fácticas o enunciado de género considera a multiplicidade de comportamentos que configuram os maus-tratos físicos e psíquicos podendo estar subjacentes condutas de domínio e poder, mas também sutilezas conducentes à discriminação e opressão da vítima.

No que respeita as premissas normativas, o enunciado de género, recai sobre a interpretação do elemento teleológico. Os enunciados normativos sublinham a importância da dimensão sistémica e axiológica da norma do artigo 152.º, do código penal, ao fixar uma extensão da proteção do bem jurídico aos princípios constitucionais dignidade humana, do livre desenvolvimento da personalidade, da liberdade e autodeterminação sexual, do respeito pela integridade física e psíquica e da igualdade e não discriminação. Outras questões emergem no que concerne ao conceito de intensidade, frequentemente, aludido para a qualificação das chamadas condutas “menores” derivadas da prática de uma única ação. Resta saber se a lógica racional se compadece com a ideia de maus-tratos/agressões “leves” no âmbito de uma especial relação. É que a aplicação da norma deve considerar se houve uma violação direta ou indireta aos princípios consignados na norma constitucional. O enunciado de género exige a interpretação do elemento teleológico da norma respeitando os parâmetros de construção da racionalidade lógica onde se observa a justificação interna com o silogismo subsuntivo, mas também a justificação externa que, de acordo com a técnica interpretativa, esclarece sobre as circunstâncias fácticas e normativas atendendo aos elementos axiológicos e sistémicos. No caso *Valiulienė v. Lithuania*³⁷ o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque enumera as razões pelas quais não podem deixar de se considerar nos elementos típicos do crime da violência doméstica, as designadas condutas de violência verbal, injúrias menores ou ameaças. Face ao enquadramento sistémico da violência doméstica e a todos os mecanismos normativos, a nível internacional e nacional, para a combater e punir, deve entender-se que a violência doméstica contempla um tipo de crime que constitui “uma violação autónoma de direitos humanos que consiste na prática de danos físicos, sexuais ou psicológico, ou na ameaça ou tentativa dos mesmos, na vida privada ou pública, por um parceiro íntimo, ou ex-parceiro, um membro do agregado familiar ou ex-membro”. Desconsiderar factos “leves” ou injúrias “menores” é desvirtuar a inerente humilhação que subjaz ao crime de violência doméstica.

Pelo exposto, entendemos que o enunciado de género consiste no ato de interpretar, qualificar e determinar o âmbito de aplicação de disposições normativas de modo a considerar as situações estruturais em que as mulheres se encontram, tendo em conta no processo justificativo as construções sociais e culturais que as mantêm em posição de desigualdade. O ato de argumentar terá de considerar os contextos desfavoráveis, de vulnerabilidade, de relações de poder desequilibradas, de desigualdades sistémicas, tendentes à discriminação das mulheres.

³⁵ Ac. STJ, de 12/07/2018. Processo n.º 172/17.557LSB.L1.S1.

³⁶ Ac. STJ, de 24/03/2021. Processo n.º 140/19.2GCPBL.C1S1.

³⁷ Ac. TEDH, 2013. Processo n.º 33234/07.

5. CONCLUSÃO

O estudo da argumentação jurídica e das razões do direito permitiram delimitar um campo de estudo, através de casos de violência doméstica nas relações de intimidade que conduziram à proposta do enunciado de género como instrumento metodológico no processo decisório. O debate iniciado com a apresentação da conservadora posição positivista do direito em confronto com a visão jus naturalista deu conta que os juízes não tomam decisões, unicamente, baseados na perspetiva legalista, mas adotam metodologias decisórias, face a casos “menos convencionais”, que convocam a necessidade de atender a aspetos axiológicos e sistemáticos que fazem parte do direito, enquanto instituição.

A teoria da argumentação jurídica, proposta por Atienza, assenta num modelo que permite clarificar os procedimentos de análise das sentenças porque potencia a formulação esquemática, sob um modo casuístico e, em simultâneo, faz emergir os padrões argumentativos mais fortes e mais frágeis. São os elementos formal e material das sentenças que permitem a identificação das razões do direito e a partir daí estabelecer a ponte para a formulação do enunciado de género enquanto ferramenta metodológica na justificação da decisão judicial. A abordagem argumentativa é sustentada pelas reivindicações do movimento do feminismo jurídico e pela necessidade de uma fundamentação isenta de pré conceções sobre os papeis entre mulheres e homens, na sociedade. Sob este ponto de vista o esquema argumentativo de um caso concreto de violência doméstica revela que o sistema judicial apresenta um discurso, profundamente, legalista e formal, o que conduz à reprodução de discursos genderizados através da aplicação da lei. Esta conclusão ficou evidenciada pelo fluxo de informação esquematizada e de onde emergiu a identificação das várias categorias de enunciados justificativos e, de entre eles, aqueles que se mostram como mais problemáticos porque influenciadores de um resultado tecnicista.

O contexto da violência doméstica, nas relações de intimidade, é campo onde têm eco ideias estereotipadas e preconceituosas que impactam desde a qualificação de condutas típicas, passando pelo concurso de infrações até à apreciação da prova. Verifica-se uma técnica, excessivamente, formalista e presa a conceitos de grande tecnicidade mas com uma lacuna significativa na consideração de aspetos valorativos da argumentação material que não podem deixar de ser ponderados quando estamos perante o crime de violência doméstica, um verdadeiro crime de violência de género. A sentença analisada, invocando um elemento justificativo baseada no desvalor da ação, esvaziou o preenchimento de uma conduta típica. Na correção destes resultados argumenta-se pela necessidade de julgar com perspetiva de género.

Os aspetos favoráveis ao enunciado de género são subtraídos das premissas normativas e fácticas através do argumento interpretativo daqueles dois segmentos. É fundamental defender o género como um enunciado argumentativo da decisão judicial, construído a partir da ideia *gender sensitive interpretation*³⁸ e considerando as desigualdades factuais entre mulheres e homens. A perspetiva sobre o enunciado de género é uma ferramenta indispensável para um movimento de cultura jurídica que tem de ser capaz de olhar para as circunstâncias que afetam as mulheres de forma desproporcional. Não se trata de uma estratégia ideológica, aplicada à decisão judicial, mas de uma técnica movida por parâmetros de racionalidade. Não se trata de um discurso *mainstream* com boas intenções, mas de um caminho de mais e melhor justiça para todos/todas. Nesta senda parece fazer sentido a invocação de Holmes³⁹: “não podemos todos ser Descartes ou Kant mas todos queremos felicidade...os aspetos mais remotos e gerais do direito são aqueles que lhe conferem interesse universal”. As razões do direito não podem alhear-se à perspetiva de género enquanto ferramenta metodológica da justificação da sentença funcionando como um instrumento libertador da tecnicidade formalista e permitindo considerar aspetos valorativos na trágica realidade que é a violência doméstica nas relações de intimidade.

³⁸ Esta ideia encontra-se expressa pelo Juiz Paulo Pinto de Albuquerque na decisão *Valiulienè v. Lithuania*, TEDH, cit..

³⁹ HOLMES, Oliver Wendell, *The path...* cit.

BIBLIOGRAFIA

- Atienza, Manuel, Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trota, Madrid, 2013.
- Atienza, Manuel, Como analizar una argumentación jurídica, Cevallos Editora Jurídica, 2009.
- Atienza, Manuel, Las razones del derecho, Universidade Autónoma de Mexico, 2005.
- Bailey, Kimberley, D., “Criminal law. Lost in translation: domestic violence, the persona lis political”, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 100 (4), 2010, págs. 1255-1301.
- Cardozo, Benjamin, “The nature of the judicial process”, Yale University Press, 1921. Disponível https://constitution.or/1-Constitution/cmt/cardozo/jud_proc.htm, consultado em 24 de março de 2023.
- Dahl, Robert, “Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker”, *Journal of Public Law*, 6, 1957.
- Duarte, Madalena, “O lugar do direito na violência contra as mulheres nas relações de intimidade”, *Revista Género & Direito*, 1, 2013.
- Dworkin, Ronald, *La filosofía del derecho*, 2ª edição, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, 1977.
- GREVIO, *Baseline evaluation report*, Portugal, Strasbourg, Council of Europe, 2019.
- Holmes, Oliver Wendell, “The path of Law”, in *Harvard Law Review*, 1897.
- Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law*, Paperback, 1991.
- Wigmore, John Henry, *The Science of judicial proof*, Boston, 1913.
- Laurrari, Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, Trota, 2007.
- MacCormick, Neil, *A theory of legal reasoning*, Oxford, 2005.
- Posner, Richard, *How judges think*, Harvard University Press, 2008.
- Sottomayor, Clara, “Direitos humanos, género e igualdade”, *Seminário Julgar com perspectiva de género – entre a constitucionalidade e a igualdade*, Centro de Estudos Judiciários, 2020.
- Sottomayor, Maria Clara, “Os direitos humanos das mulheres e das crianças na jurisprudência do Tribunal Constitucional e do TEDH” em *Estudos de homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Almedina, vol. 2, 2019.

JURISPRUDÊNCIA

- Ac. STJ, de 12/07/2018. Processo n.º 172/17.557LSB.L1.S1.
- Ac. STJ, de 24/03/2021. Processo n.º 140/19.2GCPBL.C1S1.
- Ac. TEDH, 2013. Processo n.º 33234/07.
- Case Riggs v. Palmer, 115 NY 5 06, Court of Appeals of New York, de 8 de outubro de 1889.
- MacPherson v. Buick Motor Co. Of Appeals of New York (217, N.Y. 382, de 1916).