

IMPUGNAÇÃO e REAPRECIÇÃO da DECISÃO da MATÉRIA de FACTO

Ana Luísa de Passos Martins da Silva Gerales
(Juíza Desembargadora no Tribunal da Relação de Lisboa)

I – Introdução

Uma das funções mais nobres dos Tribunais da Relação consiste na reapreciação da decisão da 1ª instância sobre a matéria de facto, quando impugnada, em sede de recurso, porquanto, afinal, é da fixação dessa matéria que depende a aplicação do direito determinante do mérito da causa e do resultado da acção.

A apreciação rigorosa dos depoimentos prestados em audiência de julgamento, conexiões com os demais meios probatórios, é inquestionavelmente a função primordial de qualquer juiz, tanto daquele que na 1ª instância preside à audiência que culmina com a decisão da matéria de facto, como daquele que, em instância de recurso, tem por missão a reapreciação de tal decisão, depois de reponderados os meios de prova.

Importa é que a decisão da matéria de facto traduza o resultado dessa apreciação *crítica e analítica* dos meios de prova, essencialmente daqueles que estão sujeitos à livre apreciação do Tribunal, ante a impossibilidade de reconstituição natural da realidade e a constatação de que jamais será possível alcançar o patamar de certeza absoluta, atentas as contingências dos juízos valorativos feitos a partir de fontes de informação que não são dotadas de total fidedignidade e que, como ocorre com os depoimentos testemunhais, sofrem a influência erosiva do tempo, a que acrescem ainda factores de ordem subjectiva ligados à percepção, apreciação ou relato dos acontecimentos.

Trata-se, pois, em qualquer das instâncias, de uma tarefa espinhosa, cuja complexidade radica essencialmente na dificuldade em captar, com sentido crítico e analítico, os factos controvertidos a partir da narração que é trazida, nomeadamente pela prova testemunhal produzida em audiência de julgamento.

Ciente destas dificuldades, circunstâncias e vicissitudes, afirma Lebre de Freitas que “não é exigível que a convicção do julgador sobre a validade dos factos

alegados pelas partes equivalha a uma certeza absoluta raramente atingível pelo conhecimento humano. Basta-lhe assentar num juízo de suficiente probabilidade ou verosimilhança”.¹

Entendimento reforçado pela exímia análise de Manuel de Andrade, para quem “a prova não é certeza lógica, mas tão só um alto grau de probabilidade suficiente para as necessidades práticas da vida”.² E, citando Rosenberg e Goldschmidt, adianta que: pode dizer-se que haverá prova acerca dum ponto de facto logo que o material probatório existente nos autos já permita ao Juiz *uma opinião (mais do que a ignorância ou a dúvida, e menos do que a certeza, que corresponde à evidência)*.

Sendo certo que, mesmo que o juiz tenha dúvidas sobre a ocorrência, conteúdo e extensão dos factos alegados em juízo e que a dúvida *seja insuperável* no plano psicológico, sempre terá que condenar ou que absolver (do pedido ou da instância) pois *não pode abster-se de julgar*.³

Uma vez que *os factos quando ocorrem, esgotam-se em si mesmos*, o que se pretende em sede de julgamento da matéria de facto é a reconstituição, tanto quanto possível, da realidade, com base no que foi retido por quem a observou e testemunhou, conjugado com os vários meios de prova sujeitos às regras da contraditoriedade e da oralidade.

São esses elementos que, analisados criticamente, atribuem ao juiz a legitimidade para declarar quais os factos que julga provados e não provados, devendo especificar, por razões de sindicabilidade e de transparência, os fundamentos que concretamente se tenham revelado decisivos para formar a sua convicção (nº 2 do art. 653º do CPC).⁴

Destarte, o Tribunal, ao expressar a sua convicção, deve indicar os fundamentos *suficientes* que a determinaram, para que, através das regras da lógica e da experiência, se possa controlar a razoabilidade daquela convicção sobre o julgamento dos factos provados e não provados,⁵ permitindo aferir das razões que motivaram o julgador a concluir num sentido ou noutro (*provado, não provado, provado apenas..., provado com o esclarecimento de que ...*), de modo a possibilitar a reapreciação da respectiva decisão da matéria de facto pelo Tribunal de 2ª instância.

¹ *Introdução ao Processo Civil*, pág. 160.

² *Noções Elementares de Processo Civil*, pág. 191.

³ Sobre esta matéria cf. Antunes Varela, *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., pág. 447.

⁴ São do Código de Processo Civil as disposições que forem mencionadas sem qualquer outra indicação.

⁵ Neste sentido cfr. Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., pág. 348, e Abrantes Geraldês, *Temas da Reforma do Processo Civil*, vol. II, 4ª ed., págs. 24 e segs.

Sendo embora verdade que ao Tribunal foi atribuído esse dever de fundamentação e de motivação crítica, facilmente se compreende que, em contraponto, o legislador tenha imposto à parte que pretenda impugnar a decisão de facto o respectivo **ónus de impugnação**, devendo expor os argumentos que, extraídos de uma apreciação crítica dos meios de prova, determinem, em seu entender, um resultado diverso do decidido pelo Tribunal “*a quo*”.

Trata-se, em resumo, de cumprir, de forma rigorosa, o ónus de impugnação estatuído no art. 685º-B (anterior art. 690º-A).

É no cumprimento e exercício desse *ónus de impugnação*, pela falta ou deficiente observância dos termos em que a lei o estabelece, ou pela falta de fundamento de erro na apreciação das provas que tenham sido gravadas, que se verificam as maiores distorções no uso (frequentemente convertido em verdadeiro *abuso*) da impugnação da decisão da matéria de facto, redundando na rejeição ou na improcedência dos recursos, sem, no entanto, evitar os efeitos dilatórios ou protelatórios que decorrem do decurso da fase processual recursória.

Estamos perante matéria que, em nosso entender, deve ser ponderada de modo a evitar que o legislador ceda futuramente à tentação de introduzir mecanismos legais que acabem por acentuar as disfunções que têm sido sentidas nos Tribunais de 2ª instância, prevenindo o risco de se criarem *estrangulamentos* nos Tribunais da Relação, com a massiva interposição de recursos com base na impugnação das decisões de facto proferidas pela 1ª instância.

II – As disfunções e vicissitudes na impugnação e na reapreciação da decisão da matéria de facto

1. Ao nível do ónus de impugnação

1.1. São diversas as questões que se suscitam no domínio da impugnação da decisão da matéria de facto, centradas, parte delas, na forma como os recorrentes fazem uso do direito de interposição de recurso.

Consagrada na lei processual civil, de forma inequívoca, a partir da reforma de 1995/96, o **duplo grau de jurisdição no âmbito do julgamento da matéria de facto**, com essa medida se pretendeu reforçar os poderes da Relação enquanto Tribunal de instância, permitindo-se claramente a reapreciação do juízo decisório também nos casos em que tenha ocorrido a gravação dos depoimentos prestados, des-

desde que constem do processo todos os elementos de prova que serviram de base à decisão, nos termos preceituados no art. 712º.⁶

Não obstante o período temporal transcorrido desde então e apesar das subsequentes alterações legislativas, continuam a ser recorrentes as situações que denotam o incumprimento do ónus de alegação (na vertente de impugnação da decisão da matéria de facto), designadamente no que concerne à especificação dos factos concretos que se consideram incorrectamente julgados e dos concretos meios probatórios que impõem decisão diversa.

O incumprimento do que se dispõe no art. 685º-B (e, anteriormente, no art. 690º-A) constitui um dos motivos essenciais da sucumbência dos recursos da matéria de facto traduzida na rejeição do recurso ou na sua improcedência.

Ora, a lei é clara ao assinalar ao recorrente o referido *ónus de alegação* cujo incumprimento acarreta a imediata rejeição do recurso,⁷ devendo obrigatoriamente especificar:

a) Os concretos pontos de facto que considera incorrectamente julgados;

b) Os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida.

Destarte, recai sobre a parte Recorrente **um duplo ónus**:

Primo: circunscrever ou delimitar o âmbito do recurso indicando claramente os segmentos da decisão que considera viciados por erro de julgamento;

Secundo: fundamentar, em termos concludentes, as razões da sua discordância, concretizando e apreciando criticamente os meios probatórios constantes dos autos ou da gravação que, no seu entender, impliquem uma decisão diversa.

Quer isto dizer que o recorrente deve indicar *os concretos pontos de facto* considerados incorrectamente julgados, com referência aos depoimentos que alegadamente impõem decisão diversa da proferida pelo Tribunal “*a quo*” não bastando, pois, a referência a meras generalidades, não alicerçadas em factos concretos ou descritas de forma imprecisa e vaga.

⁶ A estas circunstâncias acrescem as demais elencadas nas diversas als. do nº 1 e nos nºs 3 e 4 do art. 712º do CPC, reportadas quer à sua anterior redacção, ainda em vigência para os processos que deram entrada antes das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 303/07, de 24 de Agosto, quer à sua redacção actual.

⁷ Sobre a presente matéria cf. Amâncio Ferreira, *Manual de Recursos em Processo Civil*, 8ª ed., págs. 157 e segs.

O estabelecimento da possibilidade da gravação das audiências finais, ao implicar a consagração *de um efectivo duplo grau de jurisdição quanto à matéria de facto*, justifica a imposição ao recorrente que impugna a decisão de *um especial ónus de alegação*, a que anteriormente se fez referência.

Deve, assim, o recorrente, sob a cominação de rejeição do recurso, para além de delimitar com toda a precisão os concretos pontos da decisão que pretende questionar, motivar o seu recurso através da transcrição das passagens da gravação que reproduzam os meios de prova que, no seu entendimento, determinam decisão dissemelhante da que foi proferida sobre a matéria de facto.

Ónus sustentado ainda nos princípios estruturantes da cooperação, lealdade e boa fé processuais, e que visa garantir, em última análise, a seriedade do próprio recurso intentado e o protelamento do trânsito em julgado de uma decisão que porventura seja inquestionavelmente correcta.⁸

Este *especial ónus de alegação*, para além de assegurar tais objectivos, impede também, segundo Lopes do Rego, “que o alargamento dos poderes cognitivos das Relações perpetrados no art. 712º – e a conseqüente ampliação da possibilidade de impugnação das decisões proferidas em 1ª instância – possa ser utilizado para fins puramente dilatatórios”, como o citado “protelamento do trânsito em julgado de uma decisão”⁹ exarada de forma irrepreensível quer no que concerne à questão de facto, quer de direito.

É esta mesma razão – de evitar possíveis manobras dilatatórias - que está na génese da não admissibilidade de despacho de convite ao aperfeiçoamento da alegação que versa sobre a matéria de facto que se pretende impugnar em sede de recurso.

1.2. Não cumprem as exigências legais de especificação a mera indicação, sem mais, de um determinado meio de prova (salvo situações excepcionais em que o mesmo não deixe dúvidas quanto ao desacerto da decisão proferida pela 1ª instância), e também se revela insuficiente no que respeita à prova testemunhal, o extracto de uma simples declaração da testemunha, sem correspondência com o sentido global do depoimento produzido de tal modo que não permita consolidar uma determinada convicção acerca de matéria controvertida.

Ao invés, tal como se impõe que o Tribunal faça a análise crítica das provas (de todas as provas que se tenham revelado decisivas), nos termos do art. 653º, nº 2, também o recorrente, ao enunciar os concretos meios de prova que devem

⁸ Vide tb. o *Preâmbulo* do citado diploma legal.

⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 465.

conduzir a uma decisão diversa, *deve fundar tal pretensão numa análise (crítica) dos meios de prova*, não bastando reproduzir um ou outro segmento descontextualizado dos depoimentos.

Como é sabido, a prova de um facto não resulta, regra geral, de um só depoimento ou parte dele, mas da conjugação de todos os meios de prova carreados para os autos.

E ainda que não existam obstáculos formais a que um determinado facto seja julgado provado pelo Tribunal mediante o recurso a um único depoimento a que seja atribuída suficiente credibilidade, não deve perder-se de vista a falibilidade da prova testemunhal quotidianamente comprovada pela existência de depoimentos testemunhais imprecisos, contraditórios ou, mais grave ainda, afectados por perjúrio.

Neste contexto, é facilmente compreensível que se reclame da parte do recorrente a explicitação da sua discordância *fundada nos concretos meios probatórios ou pontos de facto que considera incorrectamente julgados*, ónus que não se compadece com a mera alusão a depoimentos parcelares e sincopados, sem indicação concreta das insuficiências, discrepâncias ou deficiências de apreciação da prova produzida, em confronto com o resultado que pelo Tribunal foi declarado.

Exige-se, pois, o confronto desses elementos com os restantes que serviram de suporte para a formulação da convicção do Tribunal (e que ficaram expressos na decisão), com recurso, se necessário, às restantes provas, *v.g.*, documentais, relatórios periciais, etc., apontando as eventuais disparidades e contradições que infirmem a decisão impugnada.

1.3. Seja como for, as apontadas divergências sobre o julgamento da matéria de facto devem constar das conclusões do recurso. Tal como deve ser inserida a indicação dos meios de prova em que o recorrente se funda, como corolário das anteriores alegações onde se tenha procedido à sua dissecação mais desenvolvidamente, com o objectivo de infirmar o resultado da fixação da matéria de facto em causa.

É com estes elementos que a parte contrária deverá ser confrontada, a fim de exercer o contraditório, no âmbito do qual poderá proceder à indicação dos meios de prova que, em seu entender, repute as conclusões do recorrente (nº 3 do art. 685º-B).

Trata-se do ónus de contra-alegação de cujo incumprimento a lei não extrai qualquer consequência directa e imediata, mas que, se devidamente cumprido, poderá influir no juízo que o Tribunal da Relação venha a formar sobre os argu-

mentos que tenham sido expostos por cada uma das partes, cabendo especialmente ao recorrido salientar os aspectos de ordem formal ou substancial que ponham em causa a admissibilidade ou a razoabilidade do recurso, de modo a obstar à sua procedência.¹⁰

2. Ao nível da gravação das audiências e da prova

2.1. A par das deficiências apontadas e que comprometem a viabilidade ou o mérito dos recursos interpostos em matéria de facto, **outras circunstâncias atinentes ao funcionamento dos próprios Tribunais ou ao exercício da actividade jurisdicional** influem nos resultados dos recursos que visam a alteração da decisão de facto por parte dos Tribunais da Relação.

Nelas se incluem, nomeadamente:

a) **As relativas ao registo das provas** produzidas ao longo da audiência de julgamento – *v.g.*, as deficiências na gravação da prova;

b) **As que derivam da adopção de entendimentos formais** para justificar a recusa de reapreciação da matéria de facto.

Qualquer destas situações colide, em nosso entender, com o regime legal instituído, privando a parte de alcançar a finalidade que lhe presidiu: a de obter a modificação da decisão da matéria de facto e, por consequência, a eventual alteração da decisão de direito.

2.2. Dispõe o art. 522º-B que as audiências finais e os depoimentos nele prestados são gravados sempre que alguma das partes o requeira, por não prescindir da documentação da prova nela produzida. Gravação efectuada, em regra, por sistema áudio, nos termos do Dec. Lei nº 39/95, de 15-2, que regulamentou especificamente a possibilidade de documentação ou registo das audiências finais e da prova, em cujo preâmbulo se assinalou claramente a função desempenhada pela documentação ou registo das audiências finais e da prova.

A consagração legal do registo da prova, no que concerne aos depoimentos prestados em audiência de julgamento, surge, assim, como forma de consentir as

¹⁰ Vantagens reconhecidas por Amâncio Ferreira, ob. cit., pág. 170, citando Alberto dos Reis que já então defendia que “em princípio há vantagem em responder às razões aduzidas pelo recorrente em sustentação da tese de que o recurso deve ser provido”, com a finalidade do recorrido obter a improcedência do recurso.

impugnações da decisão da matéria de facto, permitindo “*aproximar a verdade judicialmente detectada da realidade histórica*”,¹¹ de modo a assegurar as garantias das partes no processo, conferindo-lhes a possibilidade de corrigir eventuais erros de julgamento da matéria de facto, dada a sua importância na composição jurisdicional do litígio.

Salienta-se, contudo, que o registo da prova não afasta a exigência legal da análise crítica das provas, assumindo-se essa análise como um “*complemento fundamental da gravação*”.¹²

A fundamentação exerce, pois, a *dupla função de facilitar o reexame da causa* pelo Tribunal da Relação e de reforçar o auto-controlo do julgador, sendo um elemento fundamental na transparência da justiça, inerente ao acto jurisdicional.

Pode dizer-se, em síntese, que a gravação da audiência contribui de forma relevante para a justa composição da lide relativamente a todos os intervenientes e permite, sobretudo, a correcção de eventuais erros de julgamento.¹³

2.3. Através do registo das provas produzidas ao longo da audiência de julgamento pretendeu-se, assim, alcançar **um triplo objectivo**:

- Em primeiro lugar, ampliar as garantias das partes no processo e, nessa perspectiva, criar um verdadeiro e efectivo 2º grau de jurisdição no âmbito do julgamento da matéria de facto, facultando às partes a real possibilidade de reacção quanto a incorrecções e erros no julgamento da matéria de facto com repercussão na fixação do acervo fáctico relevante para a solução jurídica do pleito;

- Em segundo lugar, o registo dos depoimentos prestados em audiência constitui o meio mais idóneo para evitar que aqueles que depõem intencionalmente deturpem a verdade dos factos, inquinando as respostas à matéria de facto e respectiva motivação;

- Finalmente, o registo das audiências e da prova nelas produzida assume o papel de instrumento adequado de auxílio do próprio julgador permitindo-lhe a reaudição dos sucessivos depoimentos prestados sobre matérias que lhe suscitem dúvidas.

Com tal medida registral pretendeu o legislador responder a antigas reivindicações que exigiam, em homenagem ao princípio do apuramento da verdade

¹¹ Cfr. Abrantes Geraldês, *Temas*, cit., pág. 176.

¹² Neste sentido cfr. Lebre de Freitas, *Código de Processo Civil anot.*, vol. II, págs. 628 e segs.

¹³ Cfr. Abrantes Geraldês, “*Registo da Prova*”, na revista *Sub Judice*, Janeiro/Março 1994, págs. 65 e segs.

material, que a reparação da decisão abarcasse a reapreciação efectiva da matéria de facto decidida pela 1ª instância, com a finalidade de obter uma decisão de mérito que opere a justa e definitiva composição do litígio, eliminando-se, por essa via, os reflexos gravosos de uma decisão de direito magistralmente fundamentada mas assente num errado julgamento dos factos.

Ou seja: no seio da comunidade jurídica clamava-se pela necessidade de aumentar a segurança e as garantias das partes relativamente à decisão e ao julgamento da matéria de facto proferida pela primeira instância.

Num artigo em que analisa o julgamento da matéria de facto, José Osório notava que o seu correcto julgamento é “um dos mais decisivos factores da justiça da decisão e é também um dos que mais tortura o julgador, quer pelas dificuldades técnicas que o cercam, quer, e sobretudo, pela dificuldade de descobrir e descrever uma realidade que, sendo conhecida de alguns, tem de ser reconstituída com os escassos, deficientes e quantas vezes contraditórios e tendenciosos elementos de prova”.¹⁴

Daí a dificuldade do julgador, porquanto a apreensão dos factos e sua descrição perante o Tribunal é frequentemente afectada por interpretações pessoais, ditadas pela forma como os depoentes os percebem ou interpretam, o que interfere na função de apreciação e de valoração da prova.

Dificuldades reconhecidas por diversos autores quando abordam esta matéria, podendo ler-se a este propósito, num excerto de Abrantes Geraldês, que “as acções são ganhas ou claudicam, os direitos são reconhecidos ou postergados, as pretensões acolhidas ou rejeitadas não tanto devida à boa ou deficiente integração jurídica dos factos...mas, fundamentalmente devido ao sucesso ou insucesso alcançado na espinhosa tarefa de convencer os Juizes, ou de estes se convencerem, do cerne do litígio”.¹⁵

A tais considerações poderemos acrescentar a necessária capacidade para averiguar a verdade em face da descrição dos factos ocorridos, discernindo com a clareza possível as contradições resultantes dos depoimentos produzidos e os lapsos de memória revelados pelas testemunhas e provocados pelo decurso do tempo, retirando da veemência ou do ardor dos depoimentos, ou do seu teor evasivo, a versão que mais se aproxima da realidade.

2.4. Segundo o art. 522º-C, sempre que alguma das partes o requeira, por não prescindir da documentação da prova produzida em audiência de julgamento, ou

¹⁴ *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano VII, pág. 196.

¹⁵ *Temas*, cit., pág. 168.

quando o Tribunal oficiosamente determine a gravação, ou ainda, nos casos especialmente previstos na lei, a gravação é efectuada por sistema sonoro, sem prejuízo do uso de meios audiovisuais ou de outros processos técnicos semelhantes de que o Tribunal possa dispor.

Essa gravação, em termos de registo e acto processual, é realizada por funcionários de justiça, por força do preceituado no art. 4º do Dec. Lei n.º 39/95, de 15 de Fevereiro, cabendo ao funcionário judicial destacado para auxiliar os trabalhos no decurso da audiência de julgamento desenvolver todos os actos indispensáveis para que a gravação da prova se concretize nas melhores condições.

Aos serviços judiciários caberá, pois, não só a materialização da gravação, mas também assegurar o seu perfeito estado, garantindo o eficaz funcionamento da aparelhagem de registo fonográfico e sonoro e as condições em que a mesma gravação se processa.

Realça-se, para o efeito, o estatuído no art. 161º do CPC quanto às funções e deveres das secretarias judiciais relativamente à regular tramitação dos processos pendentes e quanto à realização das diligências necessárias, **não podendo, em caso algum, os erros e omissões praticados prejudicar qualquer das partes.**

Interpretando o alcance desta norma pode ler-se, no Acórdão do STJ, de 2/06/2004 (em www.dgsi.pt) que, a regra do nº 6 do art. 161º do CPC, ao determinar que os erros e omissões da secretaria judicial não podem prejudicar as partes, **não preclude o ónus** que incumbe ao interessado de reclamar tempestivamente da nulidade eventualmente cometida, nos termos dos arts. 201º e 205º, ambos do CPC., acrescentando Lopes do Rego, “que a não arguição da nulidade, porventura cometida pela secretaria, torna o “prejuízo” dela decorrente imputável também ao interessado que negligentemente não curou de a reclamar tempestivamente no processo”.

2.5. Como segundo aspecto, de ordem substancial, ligado ao conteúdo dos depoimentos e à clareza da gravação para efeitos de posterior reaproveitamento, designadamente em sede de reapreciação da decisão da matéria de facto, importa que se assegure que ficam registados todos os elementos que permitam a reponderação global do depoimento, designadamente deixando indicados de forma clara os meios de prova (*maxime* documentais ou periciais) com que o depoente foi confrontado.

Com efeito, 17 anos depois da vigência deste regime de gravação da prova não se compreende que sejamos ainda confrontados com a existência de gravações de depoimentos, com referências a documentos ou outros meios de prova integrados

no processo, sem que estes sejam individualizados, tornando ininteligíveis as respostas dos depoentes.

Prática danosa, especialmente nos casos de processos que chegam à Relação com dezenas de elementos documentais integrados e dispersos por vários volumes, incluindo inúmeras fotografias, plantas, etc.

Ora, revelando-se importante o confronto do depoente com tais meios de prova que constem dos autos, é de elementar cuidado assegurar que na respectiva gravação os mesmos fiquem explicitados, pois só desse modo se habilitará o Tribunal da Relação a reapreciar o valor probatório do depoimento em conjunto com outros depoimentos ou com outros meios de prova.

2.6. Apesar da clareza da lei e da facilidade de cumprimento de tal diligência processual, de extrema relevância para a garantia das partes e para a administração da justiça, verificam-se, com inusitada frequência, situações em que as gravações são deficientes, traduzindo a pura e simples omissão de alguns depoimentos ou a grande dificuldade de audição de outros ou das correspondentes perguntas que aos depoentes foram dirigidas pelos advogados ou pelo juiz que preside à audiência de julgamento.

Em tais situações, a resposta que se obtém do sistema não suscita quaisquer dúvidas: mostra-se consolidada a posição doutrinária e jurisprudencial que considera que uma omissão ou irregularidade dessa natureza acarreta uma **nulidade processual, desde que com manifesta influência na decisão da causa.**

Com efeito, verificada a omissão de um acto que a lei prescreve e que possa influir na decisão da causa – condicionando a reacção das partes contra a decisão proferida sobre a matéria de facto e conseqüente possibilidade de defesa dos seus pontos de vista nessa matéria – estão criados os pressupostos que reconduzem à nulidade prevista no art. 201º, situação ancorada no seu nº 1, com a conseqüência plasmada no nº 2: anular-se-ão também os termos subsequentes que dele dependam absolutamente.

Sendo certo, porém, que a nulidade de uma parte do acto não prejudica as outras partes que dele sejam independentes.

Trata-se de nulidade que deve ser arguida pela respectiva parte interessada, mediante reclamação, nos termos dos arts. 202º, nº 2, e 205º, nº 1. Reclamação que deverá ser deduzida assim que a parte dela tome conhecimento e dentro do respectivo prazo legal.

Nos casos em que a parte não teve conhecimento anterior da deficiência da gravação, dela se apercebendo apenas aquando da entrega da respectiva cópia, só nesse momento se afigura como adequado suscitar a aludida nulidade.¹⁶

Quer isto dizer que, em tais circunstâncias, e uma vez entregues ao recorrente os suportes das gravações com as eventuais deficiências ou omissões no registo da prova, por eventuais razões técnicas, e que possam influir na decisão da causa, deve a parte arguir a nulidade respectiva, caso se verifiquem os respectivos pressupostos.

Quanto à questão de saber perante que entidade deverá ser arguida a nulidade, consideramos que deverá ser perante o Tribunal da 1ª instância, pois dessa forma se possibilitará que a nulidade seja suprida de imediato, envolvendo eventualmente a repetição de algum depoimento antes que o recurso seja remetido para a 2ª instância.¹⁷

2.7. Conforme já se salientou em pontos anteriores, em matéria do registo das audiências finais e da prova pretendeu o Decreto-Lei nº 39/95, de 15 de Fevereiro, facultar às partes a real possibilidade de correcção de **eventuais erros do julgador** na fixação da matéria de facto provada.

Porém, pese embora o que se explicitou, o legislador no seu preâmbulo foi bastante claro: o objectivo do 2º grau de jurisdição na apreciação da matéria de facto *“não é a pura e simples repetição das audiências perante a Relação mas a detecção e correcção de concretos, pontuais e claramente apontados e fundamentados erros de julgamento”*.

Tanto assim que se consagrou, nos termos do seu art. 9º, que *“se, em qualquer momento, se verificar que foi omitida qualquer parte da prova ou que esta se encontra imperceptível, proceder-se-á à sua repetição sempre que for essencial ao apuramento da verdade”*.

Ou seja: a repetição da prova produzida só deverá ser determinada se for essencial ao apuramento da verdade, tendo em conta o objectivo pretendido pelo legislador.

Destarte, caso se conclua pela impossibilidade de reproduzir quaisquer depoimentos com **influência na apreciação e fixação da matéria de facto** deverá determinar-se a repetição da prova produzida.

¹⁶ Cf. Ac. do STJ, de 29/01/2004 (*www.dgsi.pt*), sendo de assinalar que não é uniforme a jurisprudência sobre o prazo em que deve ser arguida tal nulidade.

¹⁷ Sobre esta matéria cf. o Ac. da Relação do Porto, de 5/01/2005 (*www.dgsi.pt*).

2.8. A questão da repetição do julgamento deverá ter lugar sempre que coexistirem os pressupostos legais definidos no modelo decorrente da reforma de 1995/96, acautelando-se o princípio constitucionalmente consagrado no art. 20º da CRP - do acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva - que a todos assegura o acesso ao direito e aos Tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

Quer isto dizer que devem ser recusadas as interpretações formalistas que ponham em causa os referidos princípios e os direitos constitucionalmente consagrados.

Assim sendo, confrontado o Tribunal da Relação com uma situação dessa natureza – que revele a imperceptibilidade de algum ou alguns depoimentos – impõe-se, ao decidir, que responda à formulação da seguinte questão:

- A repetição da prova testemunhal requerida, ferida das deficiências apontadas, é essencial, no caso *sub judice*, para apuramento da verdade?

- Existe a detecção de claro e fundado erro de julgamento?

Entendemos assim que só a **aferição em concreto** das deficiências que resultam da gravação efectuada **permitirá concluir se deve ou não ter lugar a repetição da prova gravada.**

Ou seja: só no final da audição da gravação dos depoimentos testemunhais estará o julgador habilitado a concluir se resultaram ou não apurados **os factos na sua essencialidade** ou se dessa audição se pode concluir que não foi possível perceber o sentido da prova produzida.

Com efeito, acontece que não sendo por vezes perceptível um determinado segmento do depoimento testemunhal, com o decorrer da inquirição e a repetição das perguntas ou pedidos de esclarecimentos solicitados pelo mandatário da parte contrária ou pelo juiz, acaba por se compreender o sentido do depoimento prestado, extraindo deste o que releva para a produção da prova.

Deverá, assim, evitar-se a anulação automática do julgamento, com determinação da repetição dos depoimentos se, por fim, se concluir que nenhum benefício se pode extrair dessa repetição, obstando, deste modo, ao inconveniente de as

testemunhas se apresentarem de novo a depor em circunstâncias menos satisfatórias face ao decurso do tempo entretanto registado, com efeitos negativos na rememoração e na descrição dos factos.

A tais desvantagens – que não beneficiam a própria parte – acresce o consequente desprestígio para os Tribunais pela anulação e repetição de actos, com o arrastamento excessivo dos processos e a correspectiva pendência.

Ora, não basta que a decisão final seja justa, impondo-se também que seja obtida *em tempo útil* e “sem fadiga ou dispêndio exorbitante”.¹⁸

A própria Convenção Europeia dos Direitos do Homem no seu art. 6º e a Constituição da República Portuguesa, no seu art. 20º, impõem que, de acordo com os princípios do Estado social de direito, o direito de acesso à justiça e aos Tribunais por parte dos seus cidadãos se exerça e realize *em tempo útil*, ou seja, que “*a sua causa seja examinada (e decidida) num prazo razoável*”.

Por conseguinte, exigindo o art. 9º, do Decreto-Lei nº 39/95 de 15 de Fevereiro, para a repetição da prova testemunhal, que esta **só deve ser determinada se for essencial ao apuramento da verdade**, só quando essa essencialidade estiver configurada se deverá enveredar para essa solução.

3. Ao nível da reapreciação da decisão da matéria de facto por parte do Tribunal da Relação

3.1. Para além das vicissitudes já assinaladas e que impedem ou dificultam o conhecimento por parte do Tribunal da Relação do recurso da decisão sobre a matéria de facto - e que têm a sua origem ou no deficiente cumprimento do ónus de especificação a cargo da parte recorrente que impugna essa decisão ou na actividade desenvolvida pelo próprio Tribunal de 1ª instância no que concerne ao processo de registo e gravação da prova testemunhal - outras existem que derivam da adopção por parte de determinado sector jurisprudencial *de entendimentos formais* que na prática se traduzem na recusa de reapreciação da matéria de facto, *maxime* da audição dos depoimentos prestados em audiência.

¹⁸ Já Manuel de Andrade advogava que “na concepção publicística e verdadeiramente jurisdicional do processo, quer-se que, uma vez subposta a causa ao Tribunal, vença quem por direitas contas deve vencer – quem tiver justa razão. E vença em todo o sentido. Não só por obter decisão final vantajosa, mas por a obter em tempo útil e sem fadiga ou dispêndio exorbitante” – cf. *Noções Elementares do Processo Civil*, 1993, pág. 22, sublinhado nosso.

Centram-se tais entendimentos numa *visão formalista do processo* que, refugiando-se nos princípios que enformam o processo civil quanto à audiência de julgamento, que decorre sob o signo *da oralidade, da imediação e da livre apreciação das provas*, acaba por defender que a garantia do duplo grau de jurisdição consagrada na lei não pode subverter tais princípios.

Consideram, em síntese, os defensores dessa *tese restritiva* que não é possível concluir com segurança em sentido contrário ao decidido pelo Tribunal de 1ª instância, porquanto este, ao realizar o julgamento, teve *na sua presença (e à sua frente)* as testemunhas e formou a sua convicção com base nos depoimentos assim produzidos, não sendo, pois, possível *sindicar a convicção do julgador*, sob pena de violação de tais princípios.

Entendimento que justamente tem merecido a discordância frontal de diversos autores, em textos e obra extensamente fundamentados em que se aborda a presente temática.¹⁹

3.2. Sendo embora verdade que o Tribunal aprecia livremente as provas e fixa a matéria de facto em sintonia com a convicção firmada acerca de cada facto controvertido, o legislador consagrou o dever de analisar criticamente as provas e especificar os fundamentos decisivos para a convicção adquirida pelo julgador sobre a prova ou inexistência de prova dos factos (arts. 655º, nº 1, e 653º, nº 2).

Por conseguinte, não obstante as provas produzidas em audiência de julgamento estarem, em regra, submetidas ao princípio da livre apreciação, impõe-se ao julgador que exteriorize *o iter* valorativo, com a explicitação das razões que o levaram a considerar determinado facto provado ou não provado.

São esses fundamentos indicados pelo julgador que revelarão as razões em que radica a sua decisão e que se mostrarem determinantes para o juízo formulado.

A explicitação dessa motivação permitirá conhecer e, segundo Teixeira de Sousa, “controlar a razoabilidade daquela convicção” sobre o julgamento da matéria de facto.²⁰

Sinalizado o *caminho percorrido* no campo da motivação do julgador, torna-se possível aferir se, mediante a reponderação dos meios de prova, houve erro na apreciação da prova e no correspondente julgamento da matéria de facto.

¹⁹ Cf., por todos, Abrantes Geraldês, *Temas*, cit., págs. 284 e segs.

²⁰ Sobre esta matéria pode ler-se em Teixeira de Sousa, ob. cit., pág. 348, que “o tribunal deve indicar os fundamentos suficientes para que, através das regras da ciência, da lógica e da experiência, se possa controlar a razoabilidade”. E esclarece que “a exigência da motivação da decisão não se destina a obter a exteriorização das razões psicológicas da convicção do juiz, mas a permitir que o juiz convença os terceiros da correcção da sua decisão”.

Destarte, entendemos que a alteração da matéria de facto deve ser efectuada sempre que o Tribunal da Relação, **depois de proceder à efectiva audição da prova gravada**, conclua no sentido de que os depoimentos prestados em audiência, conjugados com a restante prova produzida, apontam em direcção diversa, permitindo um juízo de certeza diferente daquele que vingou na 1ª instância.

Tal deverá igualmente ocorrer sempre que:

- a) Do processo constem todos os elementos de prova que serviram de base à decisão sobre os pontos da matéria de facto em causa ou quando, tendo ocorrido gravação dos depoimentos prestados, tiver sido impugnada, nos termos do art. 685º-B, a decisão com base neles proferida;
- b) Os elementos fornecidos pelo processo impuserem decisão diversa, insusceptível de ser destruída por quaisquer outras provas;
- c) O recorrente apresentar documento novo superveniente que, por si só, seja suficiente para destruir a prova em que a decisão assentou.

Nas duas primeiras situações os poderes da Relação são usados, conforme salienta Teixeira de Sousa, *no âmbito de um recurso de reponderação*, uma vez que não há elementos novos trazidos ao processo, *e de substituição*, já que o Tribunal da Relação substitui a decisão recorrida.²¹

Sendo de salientar que, constando dos autos todos os elementos de prova, nessa reapreciação o Tribunal da Relação tem a mesma amplitude de poderes de julgamento que a 1ª instância.²²

Se acaso não constarem do processo todos os elementos probatórios que permitam a reapreciação da matéria de facto, tal não obstará a que o Tribunal da Relação proceda à anulação, mesmo oficiosamente, da decisão proferida pela 1ª Instância, desde que se verifique *alguma* das seguintes circunstâncias:

- a) Quando considere deficiente, obscura ou contraditória a decisão sobre pontos determinados da matéria de facto;

²¹ Sobre os poderes do Tribunal da Relação e a finalidade dos recursos – *recursos de reponderação e de reexame, de cassação e de substituição*, etc., cfr. Teixeira de Sousa, ob. cit., págs. 393 e segs. Sendo igualmente deste Autor as referências aos *poderes de rescisão ou cassatórios* – cf. fls. 415.

Sobre a distinção entre o exercício de tais poderes veja-se também Abrantes Geraldês, *Recursos em Processo Civil – Novo Regime*, 3ª ed., págs. 308 e segs.

²² Assim se decidiu no Ac. do STJ, datado de 10/7/2012 (*www.dgsi.pt*).

b) Quando considere indispensável a ampliação desta.

Situações em que a Relação, fazendo uso dos *poderes de rescisão ou cassatórios*, determinará a repetição do julgamento nos termos e com os limites previstos na segunda parte do n.º 4 do art. 712.º.

3.3. Não podem servir de obstáculo à eventual modificação da decisão da matéria de facto as dificuldades relacionadas com a audição dos depoimentos testemunhais desacompanhada do visionamento da respectiva testemunha captado através do registo de imagem.

A inexistência dessa imediação dificulta, sem dúvida, a função. Porém, encontradas que estejam as discrepâncias ou as contradições, em face dos elementos analisados, de modo que imponham decisão diversa, e reunidos os pressupostos que a lei enuncia no art. 712.º do CPC, caberá ao Tribunal da Relação proceder à alteração da decisão da matéria de facto.

Defender o contrário tem como resultado impedir, por via jurisprudencial, que se alcance o objectivo visado pelo legislador e que foi consagrado nas reformas introduzidas ao processo civil: **o segundo grau de jurisdição no âmbito da matéria de facto.**

Ou na afirmação sugestiva de Abrantes Geraldês, que igualmente discorda, frontal e veementemente de tal solução minimalista, seria legitimar que se faça tábua rasa das modificações operadas, seguindo um caminho em que, através de juízos meramente abstractos, se esvazie por completo o regime que, depois de sucessivas reivindicações, o legislador acabou por instituir, tendo em vista alcançar uma efectiva reapreciação da decisão da matéria de facto.²³

Contudo, a alteração deve ser efectuada com segurança e rodeada das necessárias precauções, centrando-se nas desconformidades encontradas entre a prova produzida em audiência - **após efectiva audição dos respectivos depoimentos** - e os fundamentos indicados pelo julgador da 1.ª instância e nos quais baseou as suas respostas, e que habilitem a Relação, em conjunto com outros elementos probatórios e nos termos das als. a) e b) do n.º 1 do art. 712.º do CPC, a concluir em sentido diverso, quanto aos concretos pontos de facto impugnados especificadamente pelo Recorrente.

Em caso de dúvida, face a depoimentos contraditórios entre si e à fragilidade da prova produzida, deverá prevalecer a decisão proferida pela 1.ª instância, em

²³ Ob. cit., pág. 282.

observância dos *princípios da imediação, da oralidade e da livre apreciação da prova*, com a consequente improcedência do recurso nesta parte.

3.4. Quer isto dizer que, nessa reapreciação da prova feita pela 2ª instância, não se procura obter uma *nova convicção a todo o custo*, mas verificar se a convicção expressa pelo Tribunal “a quo” tem suporte razoável, atendendo aos elementos que constam dos autos, e aferir se houve erro de julgamento na apreciação da prova e na decisão da matéria de facto, sendo necessário, de qualquer forma, que os elementos de prova se revelem inequívocos no sentido pretendido.

O que o controlo de facto em sede de recurso não pode fazer é, sem mais, e infundadamente, aniquilar a livre apreciação da prova do julgador construída dialecticamente na base dos referidos princípios da imediação e da oralidade.²⁴

Conforme se salienta no Ac. do STJ, de 1/07/2010 (*www.dgsi.pt*), sendo embora certo que o recurso não significa um julgamento *ex novo*, mas a reapreciação da decisão recorrida, *daí não pode inferir-se*, como decorre de uma certa corrente jurisprudencial que ainda se revela em alguns Tribunais de 2ª instância, *que essa reapreciação não imponha da parte da Relação a formação de uma convicção própria que deverá ser cotejada com aquela que está em causa* e posteriormente firmada e decidida em conformidade.

3.5. Também não são de acolher *visões formalistas* que pretendem circunscrever o reexame das provas às flagrantes contradições detectadas, julgando improcedente o recurso com base em considerações genéricas sobre os princípios da livre apreciação da prova, da oralidade e da imediação ou com a afirmação sistemática *do carácter excepcional e restrito dos seus poderes de alteração* nesta matéria.

Opõem-se à defesa de entendimentos desta natureza quer as linhas programáticas que subjazem à reforma processual civil operada e que estão claramente delineadas no Preâmbulo do diploma que a aprovou, quer os normativos legais citados, quer ainda a doutrina consolidada em sentido contrário na vigência deste modelo.²⁵

²⁴ Nesta parte veja-se o Ac. do STJ., de 20/09/2005 (*www.dgsi.pt*).

²⁵ É de notar ainda a persistente jurisprudência que tem sido emanada do Supremo Tribunal de Justiça no sentido de arredar *uma concepção formalista e reducionista do recurso da matéria de facto*, impondo em sucessivos arestos que os Tribunais da Relação procedam efectivamente à reapreciação da decisão da matéria de facto, depois de valoradas as provas produzidas, *maxime* quando estas tenham sido registadas e se mostrem acessíveis.

Sob pena de se tornar inoperante, por via jurisprudencial, a reforma que se pretendeu introduzir, conforme salienta igualmente Rui Macedo.²⁶

4. Conclusão

Apesar do elevado número de recursos com que os Tribunais da Relação têm sido confrontados e que visam inverter a decisão da matéria de facto proferida na 1ª instância,²⁷ ainda que de modo empírico, atenta a ausência de estudos científicos que o comprovem, pode afirmar-se a baixa proporção dos que lograram alcançar resultado útil.

Vários são os factores que têm determinado tal insucesso.

Já se fez referência às situações cujos resultados são fruto de um *entendimento formalista ou minimalista* das normas que regulam o recurso da matéria de facto.

São, apesar de tudo, em número cada vez mais reduzido, não só pela falácia dos argumentos em que assenta, como pelo facto de a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça ser consistentemente em sentido inverso. Afirmando-se, de forma clara, no STJ, uma crescente visão do processo que tende a *subvalorizar aspectos de ordem formal, pondo em relevo os de ordem substancial*, ante a percepção da contingência dos juízos valorativos e a possibilidade que o sistema agora assegura de correcção de erros de julgamento.

Malgrado as modificações que se evidenciam nesse campo, a verdade é que os resultados acabarão sempre por ser condicionados pelas circunstâncias que rodeiam quer o julgamento da matéria de facto na 1ª instância, quer a sua reponderação na 2ª instância, não sendo naturalmente fácil sobrepor ao juízo formulado pela 1ª instância um juízo valorativo diverso sobre as provas oralmente produzidas que conduza a outro resultado.

Mas as dificuldades sentidas não podem constituir, só por si, obstáculo à reapreciação da decisão da matéria de facto por parte do Tribunal da Relação.

Reconhece-se que a falta de imediação da prova e da correspondente percepção de todos os elementos que influem na apreciação dos depoimentos oral-

²⁶ Em Estudo inserido na *Reforma dos Recursos Em Processo Civil. Trabalhos Preparatórios*, publicado pela DGPJ, pág. 248, e no qual podem ser recolhidas as críticas assertivas à jurisprudência que enveredou por tais teses formalistas.

²⁷ Não será exagero mencionar, em face da experiência por nós acumulada em mais de uma década de julgamentos em processos da jurisdição cível nos Tribunais das Relações de Évora e de Lisboa, que na maior parte dos processos que dão entrada as partes recorrem simultaneamente quer da matéria de facto, quer de direito, assistindo-se exponencialmente à impugnação da decisão da matéria de facto.

mente prestados constitui um *handicap* relevante, tanto assim que as modificações na decisão da matéria de facto acabam por ter lugar principalmente nas situações em que se revele segura a existência de erro de julgamento.

Contudo, não devem ser exponenciadas a ponto de coarctar ao recorrente o direito e as garantias consagradas na lei nesta matéria.

Como factor que essencialmente tem influído nos fracos resultados que se obtêm com o recurso de impugnação da decisão da matéria de facto, destacam-se, ainda, aspectos que se prendem com o cumprimento dos apertados ónus que o legislador impõe à parte que, confrontada com uma decisão desfavorável, pretende obter de um Tribunal Superior a correcção de alegados erros decisórios.

Para além das frequentes tentativas de confrontar os Tribunais da Relação com a impugnação total da decisão da matéria de facto, como se se tratasse da repetição do julgamento realizado na 1ª instância, evidenciam-se, da parte do recorrente, deficiências ou insuficiências na enunciação dos pontos de facto que se pretendem impugnar, omitindo-se as respostas que em alternativa se pretendem obter.

Mais graves ainda são as insuficiências ou deficiências argumentativas, a que subjaz a recusa ou a incapacidade do recorrente de trazer para as alegações de recurso a efectiva apreciação crítica dos meios de prova que influíram ou que deveriam ter influído na decisão impugnada, sendo frequentes alegações em que os recorrentes praticamente se cingem a considerações genéricas sobre alegados erros de valoração e de decisão, sem confrontar os Tribunais da Relação com argumentos substanciais que dêem credibilidade à sua pretensão.

Contribuindo, dessa forma, inexoravelmente, para um desfecho desfavorável da pretensão recursória.

Lisboa, Agosto de 2012.

Ana Luísa de Passos Martins da Silva Geraldes

(Este Trabalho foi publicado na Obra realizada em Homenagem ao Professor Lebre de Freitas)