



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**VALORAÇÃO CRÍTICA DA PROVA NO PROCESSO CIVIL
PORTUGUÊS E BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DE DIREITO
COMPARADO**

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Direito

Autor: Ariel Stopassola

Orientador: Professor Doutor António Alfredo Mendes e Professor Doutor Lenio Luiz Streck

Número do candidato: 30002038

Janeiro de 2024

Lisboa

À minha esposa, Marlí Bettiol Stopassola

AGRADECIMENTOS

Um trabalho de pesquisa não se leva a termo sem suporte acadêmico. Por isso, minha gratidão à valorosa orientação do Professor Doutor António Alfredo Mendes e do Professor Doutor Lenio Luiz Streck. Ao Professor Doutor Luã Nogueira Jung, obrigado pelas horas dedicadas ao debate e por retirar-me de algumas “ciladas filosóficas”. Aos Professores Doutores Ziel Ferreira Lopes e Francisco José Borges Motta agradeço os aportes da hermenêutica. Ao Professor Doutor Anderson Vichinkeski Teixeira, obrigado pelas orientações em direito comparado e aos Professores Doutores Nereu José Giacomolli, Darci Guimarães Ribeiro e Miguel Teixeira de Sousa minha gratidão pelas referências em direito processual civil e filosofia jurídica.

Agradeço, também, ao meu pai, colega advogado e paradigma primeiro, Ari Stopassola, pelo estímulo permanente e pela revisão final do texto.

Um destaque especial aos colegas Gaudio Ribeiro de Paula e Cesar Luiz de Oliveira Janoti, pelo incentivo à investigação.

Por fim, aos colegas de escritório, os advogados Ariane Stopassola Frota, Ícaro da Silveira Frota, Daiane Maciel da Rosa, Janaína Detânico, Poliana Lacorte, Mateus Tenher, Bruno Borges Clasen e Nicole Nara Vaccari, pelo tempo de convivência profissional subtraído para o desenvolvimento da pesquisa.

“Em princípio, quem quer compreender um texto
deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa.”

Hans-Georg Gadamer

“(...) para o direito, o que realmente interessa não é a ‘verdade’, mas o ‘significado’”.

Ovídio Araújo Baptista da Silva

RESUMO

Procuramos desenvolver um trabalho de direito comparado para responder a seguinte questão central: seria possível estabelecer critérios racionais controláveis na valoração da prova no processo civil? Partindo de uma situação de facto determinada, desde já indagando como os tribunais superiores em Portugal e Brasil valoram a prova no processo civil, a dissertação procura examinar a história institucional na verificação da “verdade dos factos”, destacando o alcance dos poderes do juiz e as correlatas opções ideológicas que orientam cada sistema (os princípios do inquisitivo e dispositivo), até chegar à matriz garantística do Constitucionalismo Contemporâneo. Para tanto, dedica um capítulo para cada país. Começando por Portugal, percorre a evolução legislativa e doutrinária para mostrar como a nação portuguesa estabeleceu, na atualidade, um procedimento de fundamentação qualificada das decisões judiciais sobre o facto, controlável em todos os níveis de jurisdição. Em relação ao Brasil, percorremos similar caminho, apontando a origem da dicotomia entre questão de facto e questão de direito, o problema do livre convencimento, chegando igualmente às garantias processuais-constitucionais, procurando mostrar como os tribunais de superposição são refratários ao controle das decisões sobre a matéria de prova e de facto. Em seguida, foram comparadas as semelhanças e diferenças, finalizando com algumas reflexões críticas a respeito do tradicional dualismo entre facto/direito, apresentando conclusões sobre a (im)possibilidade de controle das decisões judiciais sobre “o facto”, a partir do método de explicação plausível desenvolvido por Miguel Teixeira de Sousa e da hermenêutica filosófica que sustenta a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck.

Palavras-chave: valoração - prova - comparado - hermenêutica.

ABSTRACT

We aim to conduct a comparative legal analysis to address a central question: Can we establish objective, measurable criteria for evaluating evidence in civil proceedings? Our study examines the approach of higher courts in Portugal and Brazil to evidence evaluation in civil cases. We delve into the institutional history of "truth of facts" verification, exploring the extent of judicial powers and the underlying ideological principles that shape each legal system (inquisitorial versus adversarial) before delving into the guarantees provided by Contemporary Constitutionalism. We dedicate separate chapters to the examination of each country's legal framework. In Portugal, we trace the legislative and doctrinal evolution, highlighting the current procedure that focuses on well-reasoned justifications for judicial decisions on facts, subject to scrutiny at all levels of jurisdiction. Similarly, in Brazil, we explore the origins of the distinction between matters of fact and matters of law, the challenges posed by the concept of free conviction, and the constitutional safeguards that influence due process. We demonstrate that appellate courts in both countries are resistant to external control over decisions regarding evidence and facts. We compare similarities and differences between the two systems, concluding with some critical reflections on the traditional dichotomy between fact and law. Ultimately, we discuss the (im)possibility of imposing control over judicial decisions on factual matters, drawing on the plausible explanation method developed by Miguel Teixeira de Sousa and the philosophical hermeneutics underlying the Hermeneutical Critique of Law by Lenio Luiz Streck.

Keywords: evaluation - evidence - comparative - hermeneutics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I - QUESTÕES PRELIMINARES	12
1. A escolha do “método” comparativo-funcional	12
2. Delimitação geral do objeto, problemas e hipóteses	14
2.1. Portugal	15
2.2. Brasil	20
2.3. Problemas	22
2.4. Hipóteses	22
2.5. Diferenças preliminares perceptíveis:	23
3. Alcance dos poderes do juiz. Liberalismo, socialismo e garantismo processual	24
3.1. Princípios do inquisitivo e do dispositivo	27
4. Fundamentação das decisões judiciais. A hermenêutica jurídica	34
CAPÍTULO II - A VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL EM PORTUGAL	42
1. Revolvimento da história institucional: a decisão sobre o facto	43
1.1. O Supremo Tribunal de Justiça: um tribunal de revista	58
2. A institucionalidade atual	61
2.1. Os meios de prova e o objeto da prova	65
2.2. O facto no Código de Processo Civil de 2013	68
2.3. Facto, prova e convicção: o fundamento doutrinário	73
CAPÍTULO III - A VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL NO BRASIL	81
1. Revolvimento da história institucional. Das Ordenações Filipinas ao Século XIX: a prova do facto	81
2. O século das Codificações	84
3. Institucionalidade atual. A Constituição Federal de 1988 e o CPC de 2015	91
3.1. O CPC de 2015: ainda se pode falar em livre convencimento motivado no Brasil?	95
3.2. O “modelo” de Súmulas	101
3.2.2. A Súmula n.º 279 do STF, a Súmula n.º 7 do STJ e a Súmula n.º 126 do TST. O exame de todos os argumentos das partes e a requalificação jurídica do facto por parte dos tribunais superiores	108
3.3. O “neoliberalismo processual” e o processo civil democrático	113

CAPÍTULO IV - PONTOS DE APROXIMAÇÃO E AFASTAMENTO ENTRE OS SISTEMAS CONFRONTADOS.....	116
1. Síntese comparativa.....	116
2. Algumas reflexões críticas	126
2.1. A problemática cisão entre a questão de facto e a questão de direito	127
CONCLUSÃO	139
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	142
ANEXO I.....	160
ANEXO II	198

INTRODUÇÃO

Para explicar algum fenômeno, é necessário revolver sua história institucional; com o olhar no retrovisor da história, é preciso tentar retirar as camadas de sentido que vão se depositando ao longo do tempo, para ver o que se “esconde” por detrás de determinada prática, na tentativa de compreender a solução adotada sobre um dado problema a ser estudado.

Com esse espírito, resolvemos pesquisar uma questão antiga, mas sempre atual, porque tem relação direta com o controle do poder; daí a sua perenidade. A delimitação do trabalho consiste na seguinte pergunta fundamental, a qual pretende escutar as reflexões que sucederão: **seria possível estabelecer critérios racionais controláveis na valoração da prova no processo civil?**

A “verdade dos factos” constitui uma preocupação permanente, o que justifica a atualidade e relevância da pesquisa. Mas como controlar a “verdade” no âmbito do processo civil? Seria possível extrair o sentido do objeto a partir dos meios de prova? Se positivo, seria possível afirmar que existem “factos brutos”? Ou caberia ao intérprete assujeitar a prova pela sua consciência e, com isso, declarar os factos? Entre o objetivismo e o subjetivismo, desde já é possível antecipar que aderimos ao papel intermediário da hermenêutica filosófica, tendo como referência a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), cuja teoria foi desenvolvida por Lenio Luiz Streck. Admitindo esse “lugar de fala”, é natural que a dissertação seja entrecortada e faça múltipla referência ao pensamento desse autor.

A controlabilidade dos fundamentos da decisão judicial, com o olhar voltado “ao facto”, remonta às Ordenações do Reino de Portugal e que tiveram vigência também no Brasil. A preocupação com os fundamentos da decisão judicial atravessou os séculos; a legislação do processo civil foi alterando sua concepção ideológica no decurso do tempo; desde o processo civil de **matriz liberal-individualista** (que cingia os poderes do juiz na prossecução probatória), passando pelo **publicismo processual** (que ampliou as faculdades do Estado-Juiz na produção da prova, com o escopo de aplicação do direito objetivo), passando pelos sistemas de valoração probatória (da prova tarifada à prova livre), até chegar-se ao processo civil de **figurino garantista**.

Relativamente à metodologia, elegemos a abordagem hermenêutica com o procedimento comparativo. Dedicamos o Capítulo I para (i) justificar a escolha do método comparativo-funcional, (ii) delimitar o objeto da comparação (como sendo a valoração da prova

no processo civil luso-brasileiro) - apontando duas situações concretas de facto para percebermos alguns contrastes iniciais¹, esclarecendo os principais problemas e tendo como ponto de partida algumas hipóteses, (iii) tratar do alcance dos poderes do juiz, do princípio do inquisitivo e do dispositivo, além de (iv) esclarecer a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, a partir da hermenêutica jurídica.

Na sequência, o trabalho inaugura o Capítulo II com conteúdo prático; visa demonstrar o tratamento da matéria (o “estado da arte”) na processualística civil de Portugal. Nos limites do texto, a descrição fará breve incursão histórica, entremeada com legislação, doutrina e jurisprudência, procurando contextualizar as premissas com o período histórico tratado em cada ponto.

No Capítulo III, semelhante caminho será percorrido em relação ao Brasil. Observando suas especificidades, serão trazidas algumas fontes jurídicas comuns àquelas aplicadas outrora em Portugal, procurando seguir uma linha evolutiva para ambientar o leitor à sistemática que prepondera nas práticas jurídicas da atualidade, com destaque à aposta no modelo de “súmulas” e “teses” do direito brasileiro, cujo enfoque, veremos, tem relação direta com o papel dos tribunais de superposição no eventual (re)exame da matéria de facto.

No Capítulo IV, o plano é tratar dos pontos de aproximação e afastamento entre os sistemas comparados. A pesquisa pretende demonstrar o contexto das similitudes e contrastes, colocando, lado a lado, os pontos que aproximam e distanciam cada aspecto selecionado, com o olhar voltado à estrutura da convicção do juiz sobre a valoração da prova na definição “dos factos”. Neste capítulo final, também vamos acrescentar algumas reflexões críticas, relativamente à tradicional dicotomia entre a questão de facto e a questão de direito, a partir da hermenêutica filosófica.

O revolvimento histórico pretende situar o leitor na compreensão das soluções adotadas em cada país. No percurso discursivo, a pesquisa vai dar destaque à **extensão da fundamentação** pelos tribunais, a estrutura de formação do processo, os meios de prova admissíveis, o controle sobre as inferências probatórias, procurando realçar as decisões dos tribunais superiores e sua eventual incursão nos factos da causa.

Tornando ao problema-cerne, o desenvolvimento manterá acesa a pergunta central, que consiste em saber **se** os sistemas processuais em Portugal e Brasil conseguiram estabelecer, na

¹ Selecionamos duas amostras da atualidade: um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Português e outro acórdão do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro sobre similar discussão de direito objetivo. As decisões na íntegra estão no Anexo I e Anexo II da dissertação.

atualidade, critérios racionais e intersubjetivos de controle do intérprete. Para tanto, serão trazidos aportes teóricos tanto de perfil analítico-procedural, quanto da hermenêutica filosófica, ambas aliadas na tentativa de controlar o sujeito.

CAPÍTULO I - QUESTÕES PRELIMINARES

1. A escolha do “método” comparativo-funcional

Um empreendimento comparativo requer a adoção de critérios ou determinado “método”² de trabalho. Considerando que existem múltiplas formas de levar adiante um trabalho de comparação, a escolha vai depender da pessoa do comparativista e do objeto da pesquisa.³ Consoante o nível de comparação perseguido, cada trabalho possui uma determinada abordagem.

Em obra dedicada ao tema, Marc Ancel procura definir os métodos comparativos - e sobre eles não pretendemos cansar o leitor, mas apenas descrevê-los sucintamente, para depois justificar a nossa escolha pela abordagem **funcional**. Diz o comparativista francês, em obra escrita na segunda metade do século XX:

(i) ao nível da regra, a tarefa do comparativista inicialmente é fácil, porque existe menos comparação e mais justaposição de textos; contudo, o trabalho se complica quando se pesquisa “o porquê desta regulamentação legal”⁴; nesse nível, o método é informativo/descritivo; inicialmente se faz uma descrição das regras atinentes ao tema e depois a pesquisa aprofunda a abordagem;

(ii) ao nível da instituição, a tarefa é pesquisar o instituto propriamente dito (por exemplo: a valoração dos meios de prova no processo civil); naturalmente, o estudo vai abordar o nível da regra, mas o método de exposição é eminentemente técnico. Esse nível intermediário, alocado entre o nível da regra e o nível do sistema, “informa mal sobre a realidade do fenômeno jurídico em seu alcance social”⁵. De facto, descrever um instituto jurídico (v.g.: os meios de prova no processo civil, o casamento, a fraude contra credores, o contrato de trabalho e assim por diante) constitui uma tarefa importante e até mesmo necessária para situar a pesquisa, mas a abordagem estritamente técnica afasta-se do recorte pretendido com a dissertação, a qual

² As aspas são propositais, pois a dissertação aspira entrecortar e promover o fechamento teórico-filosófico a partir da Crítica Hermenêutica do Direito - CHD, matriz teórica fundada pelo jusfilósofo Lenio Luiz Streck, para o qual a verdade deve ser entendida **contra o método** ou **apesar do método**; ou seja, a verdade não está no método em si, mas a partir da fenomenologia hermenêutica. De todo modo, nem por isso a pesquisa deve afastar-se de critérios ou determinado “método” para fins de comparação. (STRECK, Lenio Luiz – **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. p. 235-241).

³ ANCEL, Marc – **Utilidade e métodos do direito comparado**. p. 107.

⁴ Idem – **Op. Cit.** p. 119.

⁵ Idem - **Ibidem**. p. 119.

pretende-se hermenêutica e, partindo do fenômeno, aspira compreender **o porquê** das soluções empregadas por cada país pesquisado;

(iii) ao nível do sistema, a pesquisa é menos suscetível a erros; possui uma abordagem complexa e seu método é estrutural, porque aspira “compreender o sistema globalmente em sua origem, sua evolução, seus princípios fundamentais, suas fontes, seus processos de aplicação, seu espírito e seu sistema de valores”.⁶ Enfim, ao nível do sistema e correlato método estrutural compreende aquilo que os comparativistas chamam de macrocomparação⁷.

Considerando que o escopo da dissertação é aferir - em Portugal e Brasil - quais são os critérios de valoração da prova no processo civil e, fundamentalmente, examinar **como decidem** os Tribunais - especialmente Superiores - nesse domínio, nossa escolha foi pelo método **funcional**, pois essa abordagem não vai partir da regra propriamente dita, nem do instituto ou do sistema, mas sim de uma “situação de fato determinada”.⁸

Marc Ancel esclarece que o método funcional não se preocupa inicialmente em expor o sistema, as instituições ou regras, porque elas aparecerão durante o estudo. O escopo é buscar o **fundamento** das soluções adotadas, a partir de uma realidade empírica demonstrável, para estabelecer quais os procedimentos que cada país utiliza para chegar à determinada solução, demonstrando as semelhanças e divergências.⁹

No método funcional se substitui a consideração das normas pela consideração dos problemas. Se recorre a dados comparativos referentes à mesma hipótese jurídica no outro ordenamento. Busca apresentar uma direção, descobrindo a melhor solução possível; procura ver a ciência aplicada; aproxima-se da “tópica” de Théodore Viehweg “enquanto técnica de raciocínio aplicada a um problema concreto.”¹⁰ Seria uma espécie de clínica jurídica; combina análise, prognóstico e tratamento.

Nessa linha de ideias, o trabalho pretende encontrar **o porquê das soluções empregadas** pelos tribunais portugueses e brasileiros, para resolver um dado problema. Hermeneuticamente falando, aspira revolver o chão linguístico em que está assentada determinada tradição.¹¹ Ou mais detalhadamente: considerando que as conclusões sobre as

⁶ ANCEL, Marc – **Utilidade e métodos do direito comparado**. p. 120.

⁷ A macrocomparação compreende o agrupamento de sistemas jurídicos “em famílias, tradições ou culturas jurídicas” (VICENTE, Dário Moura - **Direito Comparado**. p. 19).

⁸ ANCEL, Marc – **Utilidade e métodos do direito comparado**. p. 121.

⁹ Idem – **Op. Cit.** p. 121-122.

¹⁰ Idem - **Ibidem**. p. 122.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz – **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. p. 241.

premissas fáticas do processo judicial dependem de justificação adequada, verificar **qual o caminho** percorrido pelo julgador para chegar à conclusão sobre a **matéria de facto**. O exame comparativo sobre como são resolvidos os problemas em cada país pesquisado constitui uma forma de microcomparação.¹²

Por fim, a seleção do método funcional também se justifica no contexto da dissertação, porque o desfecho teórico-filósofo tem relação com a **fenomenologia hermenêutica**, que está na matriz da Crítica Hermenêutica do Direito, teoria edificada pelo jusfilósofo Lenio Luiz Streck, a partir de autores como Heidegger, Gadamer, Wittgenstein e Dworkin.

2. Delimitação geral do objeto, problemas e hipóteses

Segundo Dário Moura Vicente, um empreendimento comparativo demanda uma sequência de, pelo menos, três operações intelectivas: (i) a delimitação geral do objeto; (ii) a análise dos termos a comparar (que procura descobrir o direito vigente); (iii) e a síntese dos pontos de aproximação e discrepâncias nas soluções empregadas entre os sistemas.¹³

Neste tópico, cuidaremos da delimitação geral do objeto, também conhecido como *tertium comparationis*. As operações subsequentes (análise do direito vigente e a síntese das aproximações e diferenças) serão alvo dos capítulos seguintes.

Conforme dito, o trabalho pretende realizar a microcomparação, abordando a performance sobre **como** os tribunais valoram a prova no âmbito do processo civil em Portugal e Brasil. E esse “como” consiste nos “tipos ou modelos de solução”¹⁴ empregados em cada país. Portanto, as seguintes indagações compreendem esta fase inicial da pesquisa: **qual a solução, de que forma e em que medida** a justiça cível promove a valoração da prova e como os Tribunais Superiores controlam os critérios relativos às conclusões sobre as premissas **de facto**.

Na perspectiva funcional, o trabalho aborda o **grau de exigibilidade** de fundamentação sobre as questões de facto. Segue-se para analisar a forma como os Tribunais Superiores incursionam - e se isso é possível - na massa fática adquirida nos autos. Por isso, uma síntese comparativa nesta fase preliminar é relevante para iniciar as discussões subsequentes, mesmo ciente da incompletude da amostragem.

¹² VICENTE, Dário Moura - **Direito Comparado**. p. 19 e 31.

¹³ Idem - **Op. Cit.** p. 39.

¹⁴ Idem - **Ibidem.** p. 42.

Com isso, indaga-se: como a questão de facto é resolvida na justiça civil em Portugal e Brasil? Mais especificamente, como o Supremo Tribunal de Justiça português e o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, como tribunais de superposição em matéria infraconstitucional, decidem sobre a questão de facto resolvida (assentada) pelos Tribunais inferiores?

Como amostras, escolhemos dois casos de ação pauliana, porque Portugal e Brasil exigem requisitos semelhantes para caracterizar a fraude contra credores na alienação onerosa: i) anterioridade do crédito; ii) redução do devedor à insolvência; iii) intuito fraudulento bilateral (dolo), incumbindo ao credor a prova da má-fé por parte do devedor e do terceiro.

Inexistente a prova direta da má-fé bilateral, as **presunções judiciais**¹⁵ exercem papel importante, porque o julgador pode declarar como provado um facto até então desconhecido (a má-fé) a partir de outras circunstâncias ou factos conhecidos. No exemplo concreto, o *consilium fraudis* entre o devedor e terceiro pode ser reconhecido (presumido) como verdadeiro a partir de outro facto ou conjunto de factos provados, isto é, a partir de um juízo relacional (inferencial) de um facto com outro facto.

Na fiscalização dessa inferência presuntiva reside uma primeira diferença entre os sistemas comparados: enquanto o STJ português incursiona e fiscaliza as presunções judiciais, o STJ brasileiro é refratário ao reexame dos factos da causa. Demonstraremos para melhor esclarecer onde pretendemos chegar:

2.1. Portugal

Elegemos o acórdão do processo 24369/16.6T8LSB.L1.S1, proferido pelo STJ em 11.07.2019, relatado pelo Juiz Conselheiro Manuel Tomé Soares Gomes (Anexo I da dissertação).

A estrutura do julgamento é articulada (numerada). O Sumário inaugura registrando os principais assuntos. O acórdão divide-se em I) Relatório, II) Admissibilidade da Revista, III) Fundamentação e IV) Decisão.

No I) Relatório, o STJ descreve os factos essenciais narrados pelo autor **desde a petição inicial**. Registra tratar-se de impugnação pauliana ajuizada pelo Banco credor, postulando a ineficácia da alienação de determinados imóveis pela 1ª ré (vendedora) à 3ª ré (compradora)¹⁶.

¹⁵ O art.º 349.º do CC Português de 1966 define as presunções como sendo “as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido”.

¹⁶ Houve desistência da ação em relação à 2ª ré.

No ponto relevante à dissertação, o Banco alegou que a alienação ocorreu com **intenção de fraude** (dolo bilateral entre alienante e adquirente), porque o devedor agiu com o **propósito** de impedir a satisfação do crédito, enquanto o adquirente tinha a **consciência** do prejuízo a ser suportado pelo credor. Em suma, alegou que a fraude foi praticada conscientemente entre devedor e terceiro, com o propósito de fraudar o credor.

Ainda no Relatório, o STJ resumiu a tese das defesas, as quais contestaram a intenção que lhes foi imputada; portanto, negaram a consciência ou premeditação do dano, acrescentando, ao contrário, que as alienações dos imóveis resultaram no acréscimo patrimonial da devedora, sem intuito de fraude, portanto. O Relatório registra que a sentença julgou a impugnação pauliana procedente e que houve apelação ao Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), pela qual as rés impugnaram tanto a decisão de facto, quanto a decisão de direito, mas o acórdão desproveu o recurso. Inconformadas, as rés apresentaram recurso de revista e, a partir de então, o STJ passa a relatar **todas as conclusões formuladas pelas recorrentes**, assim entendidas como sendo os requerimentos formulados pelo recurso (art. 639.º, CPC).

Sobre as conclusões vale uma anotação: o STJ registra, nesse caso, os 82 parágrafos (articulados) que representa(va)m **todos os argumentos-requerimentos** suscitados no recurso. Na parte que interessa à dissertação, o recurso de revista volta a atacar duas conclusões **de facto**, com a lente das seguintes **violações de direito**: i) as regras de repartição do ônus da prova e ii) as presunções judiciais equivocadas. Volta-se contra a **presunção** alcançada pela 1ª instância - e mantida pelo TRL - ao concluir que a devedora agiu intencionalmente (pretendeu fraudar a execução) e que a adquirente tinha consciência desse facto. Rebelar-se quanto aos pontos nºs 28 e 29 da factualidade tida como provada, assim registrada pelo STJ (adiante, acrescentamos dois articulados anteriores - também da factualidade comprovada e sobre os quais não houve divergência, para melhor contextualizar): “**1.26.** Através de diversos contratos de compra e venda, a 1.ª R. transmitiu à 3.ª R. o direito de propriedade de que era titular sobre os seguintes imóveis: [omissis] **1.27.** Os referidos contratos de compra e venda foram realizados em 20/07/2012, 23/12/2011, 24/02/2012, 31/01/2012 e 04/05/2012. **1.28.** Tais negócios foram concretizados com o propósito de impedir que tais imóveis pudessem vir a responder pelas dívidas da 1.ª R., nomeadamente perante o A.. **1.29.** A 3.ª R., através da sua legal representante, tinha consciência que a transmissão da propriedade dos referidos imóveis poderia ter como consequência o agravamento, para o A., da possibilidade da satisfação integral do seu crédito.”

Considerando que o STJ se restringe a dirimir “questões de direito” (salvo nos casos de fixação dos factos a partir da prova com valor tarifado)¹⁷, o julgamento pelo Supremo deve resumir-se em **aplicar o direito** aos factos materiais da causa (art. 682.º, CPC).

No caso, a recorrente pretendia a **modificação** - e até mesmo a ampliação¹⁸ - dos factos da causa. Porém, cónscio da impossibilidade de rediscutir isoladamente a “questão de facto” no âmbito do Supremo Tribunal de Justiça, o recorrente alegou a violação das regras de direito substantivo, correspondente à **subversão da distribuição do ônus da prova** (art. 342.º do CC) e a **presunção judicial equivocada (ilegal)** por parte das decisões recorridas (art. 349.º do CC). Apontou, ainda, a errada aplicação da lei processual, nomeadamente o art. 607.º, n.ºs 3 a 5 do CPC, cujo dispositivo detalha o **dever e o percurso obrigatório a ser seguido na fundamentação da sentença** (dispositivo legal aplicável à Relação por força do art. 663.º, n.º 2, CPC). Sustentou, pois, que a Relação não seguiu o modelo de análise crítica dos meios de prova, para ratificar as presunções inferidas pela 1ª instância, pelo que violou a lei processual.

No ponto cardeal da argumentação, pretendeu a modificação da decisão recorrida, “no sentido de dar como não provada a matéria impugnada”, ou seja, os factos 28 e 29 supra; que a sentença e acórdão valeram-se da **presunção judicial** para concluir positivamente pela “intenção de impedir a satisfação dos créditos”, mas o ato doloso foi presumido sem que houvesse o chamado “facto-base”, ou seja, sem encontrar fundamento noutros factos tidos como provados.

Nas contrarrazões, o Banco autor alegou, em suma, a inadmissibilidade da revista em razão da “dupla conforme”, obstáculo que se faz presente quando a Relação confirma a decisão de 1ª instância sem voto vencido ou fundamentação diferente (art. 671.º, n.º 3, CPC), assim como o julgamento pela livre apreciação da prova.

Em seguida, o acórdão examina a II) Admissibilidade da revista, resumindo sob quais aspectos o recorrente postula o recebimento do recurso. Mesmo tratando-se de pretensão voltada à conclusão sobre determinados factos (as presunções contestadas pelo recorrente), a revista ultrapassou o filtro de admissibilidade, porque, dentre outros pontos, o STJ consignou

¹⁷ Art. 674.º, n.º 3, CPC de 2013: “O erro na apreciação das provas e na fixação dos factos materiais da causa não pode ser objeto de recurso de revista, salvo havendo ofensa de uma disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força de determinado meio de prova.”

¹⁸ O recurso de revista aventa outros fundamentos, como: i) a ampliação dos factos materiais da causa e ii) a nulidade da sentença por omissão de pronúncia (negativa de prestação jurisdicional), porque a defesa alegou a exceção do abuso de direito por parte do Banco-credor, mas esse fato foi tido por irrelevante.

potencial violação à lei do processo, especificamente quanto ao poder de cognição do Tribunal da Relação, aspecto que desvia do obstáculo da dupla conforme.

Na III) Fundamentação, o acórdão regista, um a um, os 51 articulados que contêm toda a factualidade tida por comprovada pelas instâncias, registrando, ainda, 8 articulados que foram considerados não comprovados.

No mérito, o STJ examina se a Relação violou a lei de processo, especificamente quanto à formação do “próprio convencimento”, **fiscalizando o percurso argumentativo que o TRL percorreu** para concluir pela ratificação dos factos declarados pela sentença. Examina a base argumentativa da recorrente, que insistiu na violação: i) do art. 5.º do CPC (pelo qual o tribunal deve conhecer os factos essenciais e considerar os factos instrumentais), ii) do art. 413.º do CPC (segundo o qual o tribunal deve considerar todas as provas produzidas) e iii) do art. 607.º, n.º 3 a 5 (correspondente à fundamentação das decisões judiciais, à análise crítica da prova e sua compatibilização para declaração dos factos provados e não provados).

O STJ retoma os argumentos do julgamento desde a sentença; regista que a 1ª instância **presumiu o propósito do devedor de impedir** que os imóveis vendidos pudessem responder pela dívida, assim como regista a correlata **consciência do comprador**, no sentido de que a alienação agravaria a satisfação da dívida; que a sentença valeu-se da lógica-dedutiva, a partir de outros pontos considerados provados (a relação familiar entre os representantes legais das vendedora e compradora) e que as rés **não comprovaram explicação alternativa** à transferência dos bens.

Os recorrentes apelaram da sentença, insurgindo-se contra a multicitada inferência presuntiva realizada pela 1ª instância, convocando outros factos tidos como provados, especialmente os factos 18, 19, 20 e 22, os quais dizem respeito ao fornecimento de outras garantias (caução, hipotecas e ações do próprio banco-credor) e a celebração de aditamentos ao contrato original em datas posteriores à venda dos imóveis questionados - cujos bens nunca figuraram como garantia do negócio -, assim como o depoimento de testemunhas que provaram as razões e o contexto do negócio na época em que realizado. Portanto, não haveria como presumir o dolo bilateral indispensável à impugnação pauliana. Consequentemente, insistem na modificação dos factos 28 e 29, para que sejam tidos como “não provados”.

A seguir, o STJ aprecia o alcance da fundamentação do acórdão recorrido, pelo qual a Relação percorreu o seguinte caminho para **manter as presunções** alcançadas pela 1ª instância: i) fez alusão à livre convicção do julgador, ao ônus da prova, a prevalência da decisão do

primeiro grau pelos princípios da imediação, oralidade e livre apreciação da prova; ii) para modificar o facto presumido pela primeira instância, a Relação deve constatar algo de “anormal” na formação da convicção; iii) cita a lógica presuntiva da sentença; iv) explica os motivos da discordância dos apelantes, quando admitem que a relação familiar constitui um indício de má-fé, mas, sem compatibilização com outros meios de prova, não podem resultar na presunção de dolo; v) após citar os argumentos da apelação, faz alusão à doutrina de Fernando Pereira Rodrigues, para o qual a presunção tem fundamento nas máximas de experiência, nas probabilidades, nos princípios da lógica e na intuição humana, podendo sucumbir por prova simples em contrário; vi) que as rés não lograram contrariar as ilações extraídas pelo tribunal recorrido; vii) que o conhecimento da venda pelo banco-credor é irrelevante, porque “não autorizou tais atos”; viii) cita depoimento da testemunha que acompanhou a negociação na época, esclarecendo o motivo de não ser exigido que os imóveis figurassem como garantia. Em suma, concluiu que “a valoração feita pelo tribunal recorrido é lógica e adequada às regras de experiência, bem como aos meios probatórios produzidos”.

A partir daqui, o STJ passa a julgar “o próprio acórdão” prolatado pela Relação, como lhe é próprio. Justifica haver jurisprudência pacífica do Supremo, no sentido de que a Relação deve formar a **sua própria convicção** sobre os factos da causa, não sendo suficiente verificar um “erro notório” pela decisão recorrida; não deve a Relação limitar-se a um julgamento *per relationem* com o julgamento de 1ª instância (= simples ratificação das conclusões fáticas da sentença, ainda que aprecie um ou outro fundamento da apelação). Para tanto, a pedido do recorrente, o STJ fiscaliza o alcance e conteúdo da fundamentação da Relação, averiguando em que medida o acórdão recorrido cumpriu o dever disciplinado no art. 607.º, n.º 4, CPC (lei de processo).¹⁹

Após escrutinar os fundamentos (que antes procuramos abreviar, mas que estão disponíveis na íntegra como Anexo I da dissertação), o Supremo considerou que “a Relação não procedeu, pelo menos objetivamente, à análise crítica dos concretos meios probatórios convocados pelas R.R. apelantes, mormente dos indicados depoimentos testemunhais, de modo a ajuizar sobre o invocado erro de valoração dessas provas e formar a sua própria convicção

¹⁹ O art. 663, n.º 2 do CPC de 2013 determina que o acórdão da Relação siga o mesmo percurso da sentença, previsto no art. 607, n.º 4 do CPC de 2013: “Na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção; o juiz toma ainda em consideração os factos que estão admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito, compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraíndo dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência.”

sobre os factos constantes dos pontos impugnados, limitando-se a sufragar formalmente a decisão da 1.^a instância e respectiva motivação, que teve como ajustada”.

Para o STJ, o que deveria ter feito o Tribunal da Relação? Analisar os meios de prova convocados na apelação; decidir em que medida esses resultados afetavam as inferências presuntivas extraídas pela 1.^a instância nos pontos de facto controvertidos. Porém, o TRL fez uma apreciação global da presunção, **sem abordar detalhadamente cada meio de prova convocado pelo recorrente**. Em suma, concluiu que a Relação “não observou o método de análise crítica da prova”.

Por fim, a IV) Decisão *anulou* o acórdão no que concerne à reapreciação da decisão de facto nos pontos 28 e 29, determinando novo julgamento.²⁰

2.2. Brasil

A amostra escolhida consiste no acórdão do Superior Tribunal de Justiça proferido no AgInt no AREsp 896248/SC, de relatoria do Ministro Raul Araújo (Anexo II da dissertação).

A estrutura do acórdão é configurada pela ementa, decisão, relatório e voto.

Na ementa, o STJ faz alusão: i) à espécie recursal sob exame (agravo interno no agravo em recurso especial); ii) a discussão em torno da ação pauliana e requisitos necessários à configuração da fraude contra credores; e iii) a impossibilidade de revolvimento do conjunto fático-probatório no âmbito do recurso especial.

Na decisão, o STJ negou provimento ao agravo interno, que atacava decisão unipessoal do ministro relator que, por sua vez, não conheceu do recurso especial.

No relatório, o Superior Tribunal resumiu a pretensão dos recorrentes, os quais, reconhecendo a impossibilidade de reexame do conjunto probatório, fundamentaram o recurso especial na pretensa **interpretação** do negócio jurídico, que dizem ter sido celebrado com a finalidade de **“salvar a empresa, de modo que não teriam agido com má-fé”**. Invocaram o art. 164 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual “presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.”

²⁰ A decisão contém outros comandos, ao determinar a análise da exceção invocada na defesa, consistente no alegado abuso de direito por parte do banco-credor, sobre o qual omitiu-se a sentença e acórdão da Relação (omissão de pronúncia = negativa de prestação jurisdicional).

O relatório fez menção às contra-alegações, pelas quais o recorrido sustentou a inviabilidade de modificação do julgamento, porque, para concluir diferentemente, precisaria reexaminar a prova dos autos, o que seria vedado no âmbito do STJ.

No voto, o ministro relator fundamentou as razões pelas quais manteve sua decisão unipessoal, objeto do agravo interno. Reportou-se ao acórdão recorrido do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o qual, “à luz dos princípios da livre apreciação da prova e do livre convencimento motivado, bem como mediante análise soberana do contexto fático-probatório dos autos”, concluiu pela presença dos requisitos da fraude contra credores: a anterioridade da dívida, o estado de insolvência da vendedora (*eventus damni*) e do intuito fraudatório entre vendedora e compradores (*consilium fraudis*). Na sequência, o voto transcreveu as premissas fáticas registradas no acórdão recorrido, as quais detalharam cada um dos requisitos.

Prosseguindo, o STJ concluiu não se tratar de mera interpretação do negócio jurídico, mas de “evidente reanálise probatória”, o que seria vedado pela Súmula n. 7 do STJ.

Para melhor contextualizar, voltamos nosso olhar às premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido, diante do argumento central do recurso: a pretensa (re)interpretação do negócio jurídico, especialmente quanto à conclusão positiva da má-fé, porque - insistiu o recurso - a venda questionada visou salvar a empresa. Em debate, portanto, duas proposições fáticas: evento danoso (insolvência do devedor) e conluio fraudulento (*consilium fraudis*), com a lente de violação de direito.

Após reconhecer a anterioridade da dívida, o acórdão recorrido afirmou (assentou positivamente) que a alienação resultou prejuízo direto ao credor (evento danoso) porque: no ano de 2005 a empresa tinha 16 automóveis e em 2007 tinha 01 único veículo; os imóveis cuja venda foi questionada foram alienados em fevereiro, março e abril do ano de 2006; a empresa tinha um ativo superior a R\$ 1,5 milhão, mas a pesquisa judicial localizou 16 processos contra a mesma devedora, fato que “gera a presunção de insolvência da apelante”; que houve redução de sete lojas para uma por conta de dificuldades financeiras narrada por duas testemunhas (uma delas, o contador dos réus); embora possam existir outros bens (mera hipótese), as alienações potencializaram o estado de insolvência.

Sobre o *consilium fraudis*, são os fundamentos principais do acórdão recorrido: os imóveis foram transferidos pela empresa para quitar a dívida do sócio (houve confusão

patrimonial); a dívida decorre de empréstimo obtido com sua filha e genro, adquirentes dos imóveis; os familiares continuam utilizando conjuntamente o imóvel.

Desse “conjunto probatório”, o tribunal reconheceu a má-fé dos réus e presumiu a insolvência do devedor, mantendo a sentença de procedência da ação pauliana, porque presentes os requisitos da fraude contra credores.

Após descrever as afirmações fáticas assentadas pelo acórdão recorrido, o STJ entendeu não ser caso de reinterpretar o negócio jurídico - ou requalificar os fatos da causa, porque a pretendida verificação das condições em que realizado o negócio significaria reexaminar os fatos, para o que não se vocaciona o Superior Tribunal de Justiça.

2.3. Problemas

Partindo dos exemplos acima, chega-se à questão central: **é possível estabelecer critérios racionais para controlar a valoração da prova no processo civil?**

Para responder ao problema principal²¹, escoltam outros subproblemas: i) Na investigação da “questão de facto” ou da “verdade”, é possível detectar, na atualidade, a predominância do princípio do dispositivo ou do inquisitivo na processualística civil? ii) Na perspectiva histórica, legislativa, jurisprudencial e doutrinária, como os juízes e tribunais em Portugal valoram a prova no processo civil? iii) Do mesmo modo, como se passa no Brasil? iv) Quais são os pontos que aproximam e distanciam os institutos jurídicos comparados, com ênfase na análise dos critérios racionais-controláveis e intersubjetivos de valoração da prova, a partir do paradigma filosófico da Crítica Hermenêutica do Direito?

2.4. Hipóteses

Para responder a questão central - o estabelecimento de critérios racionais para controlar a valoração probatória -, a resposta (hipótese) não é necessariamente dual (sim ou não); pode-se admitir que cada sistema jurídico tenha - como de facto podemos desde já admitir que tem - determinados critérios para controlar a motivação sobre o facto (portanto, a hipótese seria positiva, porque o controle da fundamentação está na base constitucional dos Estados Democráticos de Direito), mas esses critérios podem revelar-se insuficientes ou incontroláveis

²¹ O problema principal consiste na pergunta subjacente (e sempre presente) do processo investigativo; constitui “a pergunta fundamental”. FRAGA, Luís Alves de - **Metodologia da Investigação**, p. 73.

(com isso, a hipótese seria negativa). O problema é mais profundo, porque integra o **controle da fundamentação** da decisão judicial ou, em última análise, aponta para a necessidade de uma **teoria da decisão judicial**.

Na perspectiva comparada, nosso propósito é inicialmente descritivo-identificativo. Busca compreender **como** se controla a fundamentação, de que **forma** e qual a **medida**. Dito de outro modo, o trabalho pretende comparar os institutos e perceber o alcance (maior ou menor) do controle intersubjetivo das decisões sobre o facto. E nisso reside o contorno hermenêutico que inspira a pesquisa.

Por isso, é preciso compreender a matriz processual de cada país. Um processo de pendor inquisitivo talvez até possa maximizar a “busca da verdade”, enquanto outro de matriz adversarial/dispositiva possa reduzir esse alcance, cuidando, porém, de outras garantias. Já um processo de cariz democrático e participativo poderá, talvez, se revelar compatível com o Constitucionalismo Contemporâneo.²²

2.5. Diferenças preliminares perceptíveis:

As amostras decisórias revelam as seguintes distinções, desde já perceptíveis:

- a estrutura do acórdão português é articulada (cada parágrafo é numerado), o que também ocorre com os fundamentos da petição inicial, da defesa e com da sentença; essa lógica articulada também segue-se com a descrição dos **factos provados** e dos **factos não provados**, o que não sucede necessariamente no sistema brasileiro;

- o STJ português, embora vocacionado ao exame (apenas) das “questões de direito”, incursiona nas presunções sobre a matéria de facto (no relacionamento de um facto com outro facto), porque a presunção constitui um instituto jurídico de direito substantivo previsto em lei (Código Civil);

²² Segundo Lenio Streck, o Constitucionalismo Contemporâneo é um paradigma iniciado no segundo pós-guerra com as Constituições dirigentes e compromissórias que ampliaram o catálogo de direitos fundamentais. (STRECK, Lenio Luiz – **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. p. 57-60). No plano da teoria do direito, o Constitucionalismo Contemporâneo reformula a **teoria das fontes** (porque erige a supremacia e onipresença da Constituição); reformula também a **teoria da norma** (porque considera a deontologia dos princípios); e propõe uma **teoria da interpretação** refratária à discricionariedade e ativismos. (STRECK, Lenio Luiz - Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *In Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. p. 64).

- no Brasil, é possível observar, *prima facie*, a impossibilidade de “reexame da prova”, a partir da Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça, cujo verbete tem a seguinte redação: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

- por força da sabida impossibilidade de reexame da prova no STJ já arraigada no sistema recursal brasileiro, a leitura do acórdão mostra que o recorrente também foi econômico na sua argumentação: postulou simples “reinterpretação” do negócio jurídico para buscar caracterizá-lo como lícito; sequer dedicou energia recursal para pedir o reexame das premissas fáticas, pois inviável à luz da Súmula 7 do Tribunal.

3. Alcance dos poderes do juiz. Liberalismo, socialismo e garantismo processual

O exame dos critérios de valoração da prova tem conexão direta com o alcance dos poderes instrutórios do juiz, circunstância que permite emitir algumas notas introdutórias sobre os movimentos chamados de **liberalismo, socialismo e garantismo processual** e, correlatamente, atrai o exame da contraposição entre o princípio inquisitivo e dispositivo.

No século XIX, identificam-se dois modelos processuais: o liberalismo e o socialismo processual. O liberalismo (ou privatismo) fundava-se na igualdade formal entre as partes, no processo escrito (para manter a distância e a imparcialidade do juiz) e, principalmente, no princípio dispositivo, com acentuado protagonismo das partes e correlata passividade do juiz.²³ Esse modelo se esgotou ainda no século XIX, germinando a chamada **socialização processual**, a partir de autores como Anton Menger, Franz Klein e Oskar von Büllow.²⁴

O socialismo processual atravessou o século XX e, por definição, apostou no protagonismo do juiz; o processo passou a ser **instrumento** da jurisdição, pelo qual o juiz deveria corrigir a desigualdade entre as partes. Um processo de cariz social deslocava para o juiz a dicção (solitária) do direito²⁵, relegando às partes o papel de coadjuvantes. O **processo como relação jurídica** (Büllow) coloca(va) o jurisdicionado em segundo plano, porque mais interessa(va) a aplicação da norma material do que o interesse subjetivo das partes.²⁶

²³ MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso - O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. p. 186.

²⁴ Idem. **Op. Cit.** p. 186-188.

²⁵ Idem. **Ibidem.** p. 188.

²⁶ MENDONÇA, Luís Correia de - O Decreto para a cobrança de pequenas dívidas: no crepúsculo do processo liberal. **Revista Julgar**. p. 181.

O instrumentalismo processual - e para alguns, o nascimento da ciência processual - inaugura-se a partir da obra de Oscar von Büllow denominada “A teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais”, de 1868, segundo a qual haveria “uma relação jurídica processual absolutamente distinta das relações privadas discutidas em juízo”, podendo o juiz syndicar, oficiosamente, se estariam presentes os pressupostos processuais (competência, legitimidade e capacidade), independentemente da invocação da parte.²⁷ Para Büllow, a relação havida entre os funcionários do Estado e os cidadãos - através do processo - seria uma **relação jurídica pública** e, como toda relação jurídica, existem pressupostos para sua formação (competência, capacidade, legitimidade), como requisitos prévios à admissão e prossecução da demanda - os chamados “pressupostos processuais”, sem os quais a ação judicial poderia ser rechaçada por inadmissível.²⁸

Por isso, é correto dizer que o socialismo processual deu musculatura ao solipsismo, assim entendido como sendo a **dicção daquilo que é** por parte do sujeito-decisor.²⁹ Ou seja, o objeto passou a ser mais fortemente assujeitado pela consciência, que passa a ditar (o que é) o objeto. Essa consciência assujeitadora (solipsista) vale para o direito, para o facto, para a prova e para as proposições em geral. Na relação sujeito-objeto, própria da modernidade, a pessoa “assujeita o mundo conforme seu ponto de vista interior”³⁰, sem aceitar os constrangimentos oriundos da intersubjetividade. Por isso, o socialismo processual estava marcado pelo paradigma da filosofia da consciência, pela qual o intérprete-juiz seria o destinatário da prova, assujeitando os factos em debate a partir de sua consciência.

Em obra dedicada a mostrar a crise do instrumentalismo processual, André Cordeiro Leal vai defender o abandono da perspectiva segundo a qual a jurisdição - *jurisdictio* - seria uma atividade exclusivamente do juiz/tribunal, sem que isso implique um retorno ao Estado Liberal; para tanto, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a jurisdição deve ser o resultado de uma prática discursiva, esclarecendo que “não se poderia mais afirmar jurisdição como atividade do juiz no desenvolvimento do poder do Estado em dizer o direito ou em aplicá-lo ao caso concreto, mas, sim, como o resultado necessário da atividade discursiva dos sujeitos do processo a partir de argumentos internos ao ordenamento”.³¹

²⁷ LEAL, André Cordeiro – **Instrumentalidade do Processo em Crise**. p. 38-42.

²⁸ BÜLOW, Oskar von - **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. p. 24-28.

²⁹ O solipsismo - *solus ipse* - consiste na “tese de que só eu existo e de que todos os outros entes (homens e coisas) são apenas ideias minhas” (ABBAGNANO, Nicola - **Dicionário de Filosofia**. p. 1086).

³⁰ STRECK, Lenio Luiz – **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. p. 411.

³¹ LEAL, André Cordeiro – **Instrumentalidade do Processo em Crise**. p. 34-36.

Na quadra atual, a partir do Estado de Direito Democrático e do paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo (Streck), o foco de centralidade não deve estar nas partes (modelo liberal) ou no juiz (modelo social), mas em todos os sujeitos. Germina, pois, um **processo democrático, intersubjetivo e garantístico**.

Por isso, Dierle Nunes vai defender um padrão de processo democrático, policêntrico e participativo³², que consiste na efetiva participação dos interessados, com amplitude do diálogo e possibilidade concreta de influenciar a decisão³³, palco no qual não é possível haver um provimento predefinido ao debate processual³⁴. Como adverte Lenio Streck, não pode haver respostas antes das perguntas.³⁵ A construção da decisão deve se dar por um fluxo discursivo, através do diálogo entre as partes e juiz, sem precedência ou protagonismo de um sobre o outro. Com isso, a moderna doutrina supera a tese do processo como relação jurídica de Büllow.³⁶ Na visão de Dierle Nunes, Lenio Streck, Monteiro Arouca, Francisco José Borges Motta, Luís Correia de Mendonça e tantos outros, o processo deve ser **garantístico**.

A partir da construção participativa da decisão, afasta-se o “privilegio cognitivo do juiz”³⁷ ou a instituição de alguém com “fala autorizada” - que permite adjudicar determinado sentido aos meios de prova sem considerar a prática comunitária oriunda da tradição.³⁸ Na linha de Lenio Streck e sua matriz teórica (Crítica Hermenêutica do Direito), o processo deixa de ser instrumento ou ferramenta da jurisdição, passando, ao inverso, a ser **condição de possibilidade** para controlar a atividade judicial.³⁹

³² NUNES, Dierle José Coelho - Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. p. 27.

³³ Idem. **Op. Cit.** p. 17.

³⁴ Idem - **Ibidem**. p. 22.

³⁵ O autor critica o objetivismo (o essencialismo filosófico - o “mito do dado” - como se as coisas tivessem uma essência em si) e também refuta o subjetivismo (o idealismo filosófico - a consciência solipsista assujeitadora dos objetos), por entender que a linguagem (pública e intersubjetiva) representa uma “terceira cadeira” que se coloca entre as duas metafísicas (clássica e moderna) (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. p. 13-14). Por refutar a relação objeto-sujeito (objetivismo), sua teoria discorda do pretensão aprisionamento do intérprete em fórmulas pré-concebidas, dos conceitos prontos (a exemplo das súmulas vinculantes), pois, como costuma referir, “não há respostas antes das perguntas”. Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz; KARAM, Henriete. A literatura ajuda a existencializar o direito. **ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura**. p. 617.

³⁶ NUNES, Dierle José Coelho - Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. p. 23.

³⁷ O esquema sujeito-objeto é o esquema segundo o qual o intérprete assujeita o texto (no caso, a prova dos autos) a partir da sua consciência. (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. p. 95).

³⁸ STRECK, Lenio Luiz – **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, p. 322-328.

³⁹ Ao invés do processo como instrumento da jurisdição, Francisco José Borges Motta e Adalberto Narciso Hommerding defendem a inversão dessa lógica, para que “a jurisdição seja compreendida como o instrumento do processo democrático.” (MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso - O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. p. 194).

Esse movimento pendular - que inicia no liberalismo processual, desloca-se para o socialismo e deságua no campo do processo judicial democrático - tem conexão direta com a “opção ideológica” que subjaz o funcionamento do processo civil de cada nação. Dito de forma mais específica, tem relação com os padrões normativos - estabelecidos nas leis processuais - que vão direcionar o juiz e as partes na obtenção/produção da prova e, concretamente, a decisão especialmente sobre a matéria de facto.

Por isso, doravante, parece-nos importante acrescentar algumas notas sobre os **princípios do inquisitivo e do dispositivo**, demonstrando que persistem divergências doutrinárias em torno do tema. A contraposição desses padrões normativos - ora mais, ora menos acentuado em cada sentido, consoante a evolução legislativa - é relevante para preparar o terreno às discussões supervenientes.

3.1. Princípios do inquisitivo e do dispositivo

O princípio inquisitivo e o princípio dispositivo, aparentemente contrapostos, se complementam nas legislações portuguesa e brasileira, pois o processo inicia por provocação da parte (dispositivo), mas se desenvolve por impulso oficial (inquisitivo).

Michele Taruffo explica que o termo “inquisitivo” apresenta um problema retórico: leva a uma noção da “Santa Inquisição”, tempo em que o acusado, sem poder defensivo frente ao tribunal onipotente,⁴⁰ era levado à condenação por heresia.⁴¹

Porém, segue o mestre italiano - e as lições abaixo são do próprio -, nenhum sistema jurídico moderno tem um processo genuinamente inquisitorial, desprovido de garantias; por isso, defende uma “terapia linguística”, substituindo a noção de inquisitorialidade pela consideração de **modelos mistos**, segundo os quais coexistem os poderes instrutórios do juiz com a iniciativa das partes no aporte das provas ao processo.

Do ponto de vista **político**, Taruffo explica que é errado vincular, de forma inexorável, os poderes do juiz com um processo ou um sistema autoritário ou antiliberal. Justifica não encontrar uma teoria política articulada, pela qual tenham sido examinados os diversos regimes políticos de um Estado e os tipos de liberalismo, para fazer essa vinculação. Adverte que existem sistemas políticos de inspiração liberal, mas que não são (e não foram) democráticos. Por exemplo, na Itália da segunda metade do século XIX, somente algumas pessoas do sexo

⁴⁰ TARUFFO, Michele - **Poderes probatórios de las partes y del juez en europa**. p. 250.

⁴¹ NEVES, José Roberto de Castro - **Como os advogados salvaram o mundo**. p. 83-99.

masculino votavam (portanto, o sistema não era democrático); mesmo assim, o juiz era fundamentalmente passivo, “liberal”, em relação à iniciativa probatória de ofício.

Por outro lado, há sistemas políticos autoritários que dispõem de um processo civil marcado pela passividade do juiz, a exemplo do Código de Napoleão, que acabou influenciando muitas codificações do século XIX. Contudo, Taruffo reconhece que o sistema político soviético, de feição autoritária, tem um processo também marcado pela iniciativa oficiosa do juiz, o qual tem o dever - e não mero poder - de buscar a “verdade material” dos factos.

Assinala o processualista italiano que países como a França, Suíça e Alemanha, com sistemas políticos democráticos, ampliaram os poderes de iniciativa *ex officio* do juiz em matéria probatória e, por fim, concorda que ideologias liberais podem marcar os regimes de passividade judicial, a exemplo dos Estados Unidos da América, com seu *adversarial system of litigation*, mas mesmo esse sistema permite ao juiz determinadas iniciativas oficiosas na aquisição da prova.

Portanto, conclui ser equivocada - e sem valor científico - a equação segundo a qual: maior poder instrutório do juiz igual (=) a processo autoritário e antiliberal, defendendo que a contraposição não deve ser entre liberalismo e autoritarismo, mas entre Estado democrático e Estado autoritário.⁴²

Prossegue, ao considerar que maior ou menor atribuição de poderes instrutórios ao juiz não é uma questão de técnica processual, mas fundamentalmente uma opção **ideológica**. Trata-se da ideologia sobre **a função do processo civil**⁴³ e a sua decisão. Avesso à doutrina que preconiza o modelo ideológico meramente resolutivo de controvérsias (segundo a qual bastaria solucionar o impasse processual), Taruffo defende que o processo deve procurar a **qualidade na decisão** e, para isso, é necessário **buscar a verdade dos factos**, ainda que, para tanto, deva o juiz **agir de ofício**. Categoricamente, afirma que cingir o julgamento ao exame às provas trazidas pelas partes constitui a maneira **menos eficiente** de desvelar a verdade dos factos. Não por menos, sustenta o professor italiano, que os ordenamentos modernos permitem - alguns mais, outros menos - a iniciativa oficiosa do juiz na obtenção da prova.

Em suma, no seu entender, a proatividade do juiz na busca da verdade⁴⁴ não compromete sua imparcialidade. Ainda que o julgador forme suas “impressões iniciais sobre os

⁴² TARUFFO, Michele - **Poderes probatórios de las partes y del juez en europa**. p. 253-259.

⁴³ Idem. **Op. Cit.** p. 262.

⁴⁴ Conforme será abordado no Cap. IV, a concepção de “verdade como correspondência” é problematizada pela matriz hermenêutica.

fatos” e procure determinados meios de prova (viés de confirmação), esses juízos iniciais também se podem formar quando o juiz for inerte. Lembra Taruffo que a prova (produzida pela parte ou determinada pelo juiz) deve sujeitar-se ao contraditório. Por isso, citando Jerzy Wróblewski, defende uma ideologia “legal-racional” da decisão judicial, ou seja, uma decisão com justificação analítica e completa, racionalmente estruturada.⁴⁵

Contrariamente ao pensamento de Taruffo, o catedrático espanhol Juan Montero Aroca tece críticas à ampliação dos poderes instrutórios do juiz. Enquanto Taruffo defende que o processo civil tem uma função, qual seja, a de buscar a verdade, Montero Aroca defende que existem outros princípios tão importantes quanto à procura da verdade (essa sempre relativa), a saber: o juiz como figura imparcial (“terceiro”), o contraditório, a ampla defesa e a igualdade das partes⁴⁶. Vale dizer, a obstinação pela verdade nem sempre é compatível com as regras e princípios da processualística. Por isso, contesta a função do processo como sendo a procura da verdade.

Montero Aroca lembra que há duas correntes sobre a função jurisdicional: i) **publicista**, pela qual o juiz deve aplicar o direito objetivo e, por isso, a busca da verdade constitui um aspecto essencial; nessa vertente, o juiz deixaria de ser um terceiro, mas protagonista; ii) **privatista**, pelo qual o juiz deve observar as garantias inerentes ao processo; para essa corrente, à qual se filia, a verdade - sempre relativa - “se converte em meio para cumprir com a função de garantia”.⁴⁷

Prossegue o doutrinador espanhol, tecendo duras críticas às pretensas funções do processo defendidas por Taruffo. Ou seja, reputa manipuladora ou artificial a dicotomia entre os que apostam na mera resolutividade do conflito pelo processo (e, portanto, não se importam com o conteúdo da decisão) com aqueles que aspiram a qualidade do julgamento (e, por isso, devem procurar a verdade dos factos). Para Aroca, esse dualismo é equivocado, porque o verdadeiro debate é outro: consiste em buscar a **melhor maneira de regular o processo**, conjugando a proteção dos direitos das partes com a função de garante - daqueles direitos - pelo juiz. Contesta as afirmações de Taruffo, quando esse último sustenta que a verdade trazida pelas partes é insuficiente - e que uma delas sabe não ter razão. Para Aroca, se essa lição fosse verdadeira, as bases do processo ocidental deveriam ser profundamente alteradas, especialmente no palco do processo penal, onde os jurados recebem a prova produzida pelas

⁴⁵ TARUFFO, Michele - **Poderes probatórios de las partes y del juez en europa**. p. 271.

⁴⁶ AROCA, Juan Montero - Prova e verdade no processo civil - contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas. **Revista de Direitos Fundamentais**. p. 29.

⁴⁷ Idem. **Op. Cit.** p. 31.

partes (não há um agir oficioso pelo jurado); por outro lado, é comum as partes dirigirem-se ao juízo convictas de terem razões jurídicas, contrariamente à tese de Taruffo, segundo a qual uma das partes supostamente saberia, de antemão, não ter razão.

Segundo Aroca, o princípio dispositivo impõe a apuração dos factos controvertidos, limitado àqueles alegados pelos litigantes; ou seja, uma atividade de verificação, e não de investigação.⁴⁸ A preclusão de alegar um facto pode representar um empecilho à descoberta da verdade, mas trata-se de uma garantia processual necessária ao contraditório e à igualdade, que são vetores **tão importantes quanto os próprios factos**. A impossibilidade de utilização das provas obtidas por meios ilícitos também constitui uma garantia do jurisdicionado.

Para o processualista da Universidade de Valência, o padrão inquisitorial retira o foco do processo como garantia, colocando-o como “meio de assegurar a realização do Direito objetivo”.⁴⁹ Ou seja, o processo transforma-se em instrumento (ferramenta) à disposição do juiz para atingir determinado fim - a busca da verdade. Por tudo isso, a procura da verdade dos factos não constitui, *per si*, a função do processo. Para Aroca, a jurisdição tem por função proteger o direito das partes - um processo voltado à tutela/garantia de direitos.

Esse debate - entre incrementar ou mitigar os poderes instrutórios do juiz - não é recente; no fundo, tem conexão direta com a função do processo civil.⁵⁰

No Brasil, José Carlos Barbosa Moreira (1931-2017), ainda na vigência do CPC brasileiro de 1973, defendia a ampliação dos poderes do juiz. Em favor do chamado publicismo processual, buscava repelir o argumento dos neoprivatistas, para os quais a maximização dos poderes do juiz seria antidemocrático. Admitia que os regimes autoritários até podem influenciar a legislação processual, mas defender uma inexorável relação (de causa e efeito) é diminuir a complexidade do fenômeno. Exemplificara que vários países, mesmo durante a vigência de regimes antidemocráticos, editaram leis genuinamente democráticas (por exemplo: a Lei de Ação Popular no Brasil em 1965) e que os governos totalitários não buscam necessariamente fortalecer o poder judiciário, mas sim o poder executivo (v. g. Atos Institucionais n.ºs 1/1964 e 3/1966, que limitavam os poderes jurisdicionais). Lembrara que a Suíça, França, Alemanha e Brasil avançaram na ampliação dos poderes instrutórios do

⁴⁸ AROCA, Juan Montero - Prova e verdade no processo civil - contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas. **Revista de Direitos Fundamentais**, p. 34.

⁴⁹ Idem. **Op. Cit.** p. 35.

⁵⁰ Piero Calamandrei, por exemplo, admitindo o livre convencimento do julgador, aceitava a iniciativa do órgão oficial (e não exclusivamente da parte) para eleger os **métodos de investigação** para desvelamento dos fatos no processo civil moderno. CALAMANDREI, Piero – **Direito Processual Civil**. Vol. I, p. 322-323 e Vol. III. P. 295.

magistrado. Até mesmo a Inglaterra, berço do *adversary system*, vem deslocando o comando do processo das partes em direção ao juiz, sem que se cogite qualquer pecha de autoritarismo no *Civil Procedure Rules* britânico.⁵¹

Barbosa Moreira defendia, portanto, o protagonismo do juiz. Admitindo a separação entre a questão de facto e questão de direito, sustentava que ninguém negaria ao juiz a aplicação da norma ao caso (*iura novit curia*). Mas, quanto à matéria de facto, dizia que o magistrado deveria estar autorizado a buscá-la pelos meios autorizados na legislação. Concordava com Bernhardt, segundo o qual “por força do recurso ao juiz, a lide afastou-se do terreno privado e converteu-se em assunto público”. Defendia, claro, a impossibilidade de juízo fático por conhecimento privado, mas “julgar segundo as regras de distribuição do ônus não é atitude que tranquilize de todo o juiz consciente de sua responsabilidade”⁵², sob pena de placitar a “injustiça” na decisão. Combatia o argumento segundo o qual o juiz estaria invadindo “o campo de atuação reservado às partes”, por entender que o magistrado deveria julgar “bem informado”, sem agir em substituição às partes ou usurpar suas faculdades; ao designar de ofício uma prova pericial, por exemplo, o juiz não saberia o resultado; *contrario sensu*, ao não designar oficiosamente a perícia seria, então, o juiz parcial? Reconhecia incompleto e imperfeito o conhecimento humano sobre a “verdade”, mas nem por isso deveria o juiz deixar de buscar luzes aos factos. Para o autor, quando o jurisdicionado traz o facto em juízo, lhe “cessa o poder de disposição”. Ao justificar o julgamento público (art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988), sustentava que a depreciativa pecha de processo civil “social” poderia receber um contraponto: para aqueles que defendem o neoprivatismo, seria um processualismo “anti-social”? Dizer que processo é “coisa das partes” é retomar aos tempos idos.⁵³

Galeno Lacerda, outro autor brasileiro, no último quarto do século XX também adotava a tese do **instrumentalismo processual**. Citando a crise do formalismo processual no Brasil e Portugal, defendia o processo como veículo voltado à causa da justiça⁵⁴, com necessária atenuação das nulidades quando fosse atingida a finalidade do ato. Lembrou a ousadia do processualista lusitano José Alberto dos Reis, o qual inaugurou no CPC português de 1961 o conhecimento dos factos supervenientes à propositura da ação, circunstância posteriormente

⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa - **O neoprivatismo no Processo Civil**. p. 36-37.

⁵² Idem. **Op. Cit.**, p. 41.

⁵³ Idem. **Ibidem**. p. 39-49.

⁵⁴ LACERDA, Galeno – **O Código e o Formalismo Processual**. p. 16.

incorporada no ordenamento processual-civil brasileiro.⁵⁵ Na sua visão, Lacerda compreendia o CPC brasileiro de 1973 como **antiformalista**.⁵⁶ Revelando sua adesão ao paradigma da filosofia da consciência, defendia a relação sujeito-objeto, ao dizer que o juiz deve fazer justiça **a partir da própria consciência**.⁵⁷

Em Portugal, Luís Correia de Mendonça aponta o predomínio, atualmente, de um processo civil inquisitivo, marcado pelo publicismo/autoritarismo, segundo o qual o centro de gravidade ainda se concentra no poder discricionário do juiz.⁵⁸ Diz que o “vírus autoritário” surgiu na Áustria (com Franz Klein) e se propagou pela Europa (incluindo Portugal), chegando também no Brasil, no início dos noventa. Afirma que o processo autoritário não tem finalidade primordial de resolver o conflito entre as partes (o direito subjetivo em si), mas, antes, “restaurar a norma material e o direito objectivo”⁵⁹. Na matriz publicista, o processo não serve às partes, mas essas últimas é que servem ao processo (Carnelutti).

Após descrever as fases de um processo liberal⁶⁰ e social⁶¹, Luís Correia de Mendonça defende - e assim lança fé para o futuro - um processo de matriz **garantística**, pela qual o juiz observe as liberdades e garantias fundamentais do indivíduo, pois um processo de figurino publicista, na sua avaliação, compromete a imparcialidade do juiz. Na visão do processo como garantia, a ideia base seria a seguinte: o Estado democrático reconhece e defende as liberdades e garantias fundamentais; portanto, evidentemente, reputa importante o conteúdo da decisão

⁵⁵ Segundo Lacerda, a norma é “revolucionária, mexe com tantos princípios processuais, elevados a dogmas consagradores de verdades tidas como absolutas e imutáveis, rasga horizontes tão vastos e surpreendentes, que a doutrina, temerosa de aventurar-se em mundo novo e desconhecido, se encolhe acanhada e vacilante.” (Idem. **Op. Cit.** p. 18).

⁵⁶ Galeno Lacerda recorda dois dispositivos anti-formalistas do CPC brasileiro de 1973. O art. 154, prevendo a “instrumentalidade das formas”. O art. 442, a atendibilidade dos fatos supervenientes. *Verbis*: “Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.” “Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.”

⁵⁷ Após examinar os dispositivos do CPC de 1973 que ampliaram os poderes do juiz, diz textualmente: “As disposições analisadas se expandem como largas avenidas de abertura, a permitir ao juiz trânsito livre para o milagre, sem os tropeços da forma e da letra, **de fazer justiça de acordo com a própria consciência**, amparado em dispositivos do próprio Código.” (LACERDA, Galeno – **O Código e o Formalismo Processual**. p. 19-20, com destaque nosso).

⁵⁸ MENDONÇA, Luís Correia de - **Vírus autoritário e processo civil**. p. 84.

⁵⁹ Idem. **Op. Cit.** p. 67-69.

⁶⁰ O processo de matriz **liberal** (Século XIX) era marcado por um juiz inerte ou, como diz o autor, um “convidado de pedra”, que não tinha poder de conhecer dos fatos não alegados, mesmo que supervenientes à petição inicial ou defesa. Em matéria probatória, não podia agir de ofício. Idem. **Op. Cit.** p. 70.

⁶¹ Já o processo de matriz **publicista** (Século XX), cinde-se a ação do processo; a ação constitui faculdade da parte (privado), mas o processo se desenvolve por impulso *ex officio* (público); o juiz pode determinar os meios de prova que reputar necessários e ouvir a parte quando assim entender; é permitido conhecer de fatos supervenientes aos alegados na petição inicial e defesa; amplia-se a oralidade. Enfim, o processo passa a buscar a restauração da norma objetiva violada (Idem. **Op. Cit.** p. 71).

judicial, mas **tão importante quanto o conteúdo da decisão** (fins) constitui **a via pela qual se chegará à decisão** (meios). Daí conclui que o processo-como-garantia (observância do contraditório, ampla defesa, recursos e nulidades) não aposta na primazia do resultado (fins) em detrimento da forma (meios), porque o resultado, sem observância das garantias, não será legítimo.⁶²

Embora o processo civil tenha sua gênese como ramo do Direito Público, importante parcela da doutrina sustenta um movimento de “privatização” da justiça civil. Otavio Luiz Rodrigues Jr. exemplifica a valorização contemporânea do papel das partes no processo civil brasileiro, ao reconhecer, por exemplo, a possibilidade de fixação do calendário para a prática dos atos processuais.⁶³

Para Lenio Luiz Streck - autor que voltaremos a abordar com mais vagar no capítulo final, uma racionalidade instrumental do processo obnubila a racionalidade jurídica; a instrumentalização - e seu raciocínio finalístico - permite que o processo seja utilizado como ferramenta para atingir **escopos** pré-definidos pelo intérprete, mormente pelo intérprete-decisor.⁶⁴

Enfim, a escolha do legislador sobre o alcance dos poderes do juiz constitui uma **opção política**.⁶⁵ Nos países sob estudo (Portugal e Brasil), fundem-se os princípios dispositivo e inquisitivo; apresentam as duas tonalidades; não é possível enquadrá-los de forma exclusiva numa ou noutra vertente. O mais acertado, assim nos parece, é afirmar que os sistemas (português e brasileiro) têm componentes dos dois matizes. O que se observa(rá) é uma tônica mais proeminente num ou noutro sentido, num movimento pendular, variável historicamente - ora cingindo os atos do processo à ação das partes, ora permitindo atos officiosos pelo juiz.

⁶² O que não significa voltar ao vetusto processo liberal excessivamente formal e privatista. (MENDONÇA, Luís Correia de - **Vírus autoritário e processo civil**. p. 72-74).

⁶³ RODRIGUES JR., Otavio Luiz - **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. p. 81-83.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz - **Apropriação moral e política do Direito degrada o Estado de Direito**.

⁶⁵ ROCA, Juan Montero - **Prova e verdade no processo civil - contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas**. p. 36.

4. Fundamentação das decisões judiciais. A hermenêutica jurídica

Controlar a fundamentação da decisão judicial é controlar o arbítrio. Por isso, o tema está conectado com a segurança jurídica.⁶⁶ Intranquilo aquele que joga sem conhecer as regras do jogo. No âmbito processual não é diferente. Regras objetivas, aprioristicamente definidas, reduzem a discricionariedade e o solipsismo. Entretanto, o desafio consiste em estabelecer, se isso for possível, quais são os critérios de controle **sobre a interpretação do facto**, pois as narrativas exsurtem no processo não em sua realidade histórica, mas na forma de entidades linguísticas⁶⁷; portanto, importa saber quais os critérios levaram o julgador a **crer** ou **idealizar** determinado facto como provado ou não provado, na forma como ele se apresentou nos autos.

A vinculação dos juízes ao direito requer imparcialidade, independência e fundamentação das decisões judiciais.⁶⁸ Decisões justificadas preservam o direito democrático, exigência inerente aos ordenamentos jurídicos ocidentais⁶⁹, que variam consoante o detalhamento exigido para tal fundamentação.⁷⁰ A forma de motivação dos julgamentos integra o dever de transparência e *accountability* da Justiça Civil, tornando nula⁷¹ a decisão desprovida das razões decisórias.

A motivação da decisão exerce dupla função: endoprocessual e extraprocessual. Michele Taruffo explica que a função interna da motivação (endoprocessual) destina-se a viabilizar a impugnação das razões que levaram o juiz a tomar determinada decisão. Por outra sorte, a motivação da sentença também se destina ao observador externo (ao “auditório universal”, cf. Chaïm Perelman); as razões do julgador devem estar ao (potencial) conhecimento da comunidade, porque a sociedade, controlando o exercício do poder, exerce sua soberania; trata-se da função extraprocessual da motivação da sentença.⁷²

⁶⁶ No Brasil, tanto a Constituição Federal (art. 103-A, § 1º), quanto o Código de Processo Civil (art. 927, § 3º) estabelecem mecanismos para repelir alterações interpretativas – pelos Tribunais – que provoquem insegurança jurídica. Ao declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o Supremo Tribunal Federal pode **modular** os efeitos da decisão, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social (art. 27 da Lei n.º 9.868/99). Em Portugal, também por razões de segurança jurídica, o Tribunal Constitucional pode atribuir efeitos mais restritivos às declarações de inconstitucionalidade de lei (art.º 282.º, n.º 4 da Constituição da República).

⁶⁷ TARUFFO, Michele - **Ermeneutica, prova e decisione**. p. 130.

⁶⁸ MITIDIERO, Daniel – **Accountability e transparência da justiça civil – uma perspectiva comparada**. p. 26.

⁶⁹ O art. 205.º, n.º 1 da Constituição da República de Portugal, assim como o art. 93, IX da Constituição Federal do Brasil impõem o dever de fundamentação das decisões judiciais. Michele Taruffo lembra que na década de 70, quando escreveu o livro sobre a motivação da sentença civil, poucas Constituições tinham dever expresso nesse sentido; quando muito o dever de fundamentação se extraía da interpretação de garantias fundamentais do processo civil (TARUFFO, Michele – **A motivação da sentença civil**. p. 20).

⁷⁰ MITIDIERO, Daniel – **Op. Cit.** p. 35.

⁷¹ SILVA, Paula Costa e – **Accountability e Transparência da Justiça Civil e Portugal**. p. 468.

⁷² TARUFFO, Michele – **A motivação da sentença civil**. p. 19-22.

Por certo que a justificação da decisão judicial compreende as questões de facto e de direito. Essa dicotomia, entretanto, tem fortes objeções da hermenêutica filosófica, para a qual os sentidos (dos textos, da prova, dos eventos) se dão na *applicatio* (Hans-Georg Gadamer), que significa dizer **atribuir sentido** (*Sinngebung*), ao invés de **extrair sentido** (*Auslegung*), pois não é possível falar em uma ordem sucessiva – supostamente cindida – de atos racionais ordenados (primeiro se conhece, depois se interpreta e, por fim, se aplica). Ao conhecer o facto, já o interpretamos-aplicamos-atribuímos sentido.⁷³

Assim, facto e direito estariam ligados por uma **unidade ontológica**, na medida em que “toda narrativa de fato já ingressa no processo a partir de uma determinada moldura normativa”.⁷⁴ Significa dizer que facto, prova e direito estão imbricados⁷⁵; interpenetram-se em circularidade⁷⁶. A propósito, pela pertinência, cabe aqui um breve parêntese sobre o **círculo hermenêutico**, tido como um dos teoremas fundamentais da hermenêutica. No processo cognitivo, o intérprete se movimenta na relação entre o todo e a parte, porque existe um desde-já-sempre que antecede a formação da compreensão. Por isso, o círculo hermenêutico se coloca como antítese dos raciocínios fragmentares - feito “por partes”, porque entende impossível cindir facto e direito, texto e norma, regra e princípio.⁷⁷ A partir de Heidegger, Gadamer afirma: “Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo”⁷⁸, lembrando que esse sentido vai sendo constantemente revisado; os conceitos prévios vão sendo substituídos por outros mais adequados - e a palavra **texto**, aqui, deve ser entendida como qualquer evento ou objeto a ser compreendido (o que inclui os meios de prova).

Mas retornando ao ponto: a atribuição de sentido ao facto – pelo julgador – permite-lhe adjudicar, conseqüentemente, o sentido ao próprio direito. Portanto, se a definição do direito (pelo tribunal) deve ser controlável, as conclusões oriundas da valoração probatória também o devem ser.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz – **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. p. 21-23.

⁷⁴ MITIDIERO, Daniel – **Accountability e transparência da justiça civil – uma perspectiva comparada**. p. 35.

⁷⁵ Não cabe aqui dissertar sobre qual a natureza das normas relativas à prova; se cabe ao julgador valer-se da teoria materialista, processualista, mista ou outra relacionada à natureza do direito probatório (respectivamente: se as normas sobre prova integram o direito material, processual, os dois sistemas ou são uma outra via). Contudo, a teoria materialista traz como principal argumento a indissociabilidade entre o direito e a prova, segundo a qual ter o direito sem possibilidade de comprová-lo significa o mesmo que não tê-lo. (REGO, Hermenegildo de Souza – **Natureza das Normas sobre Prova**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, ISBN 85.203.0430-3, p. 26).

⁷⁶ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos – **Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil**. p. 80.

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz – **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. p. 35-42.

⁷⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I, p. 356.

Afora os países pesquisados (Portugal e Brasil), os códigos processuais de outras nações disciplinam, com maior ou menor rigidez, a forma, o método e o alcance da valoração da prova pelo juiz, para chegar à conclusão fática. Em nota de rodapé trazemos à colação dispositivos específicos de alguns países europeus - como a Itália⁷⁹, Espanha⁸⁰, Alemanha⁸¹ e americanos - como Honduras⁸² e Argentina⁸³, apenas para mostrar a preocupação com a edificação de **critérios potencialmente controláveis na apuração dos factos**, porque a justificação da decisão jurídica é inerente aos países de direito democrático.

Portanto, a extensão da fundamentação varia de país para país. Portugal e Brasil apresentam níveis distintos - e até mesmo diferentes - nesse domínio. Mas existe um **fundo comum inquestionável**: o dever mínimo de fundamentar as decisões judiciais como garantia contra o arbítrio. Consequentemente, o direito do jurisdicionado de **ser ouvido** e de ter suas razões de facto e de direito consideradas (na substância, e não meramente na forma).

⁷⁹ O *Codice di procedura civile* italiano permite a impugnação das decisões através do recurso de cassação. Dentre outros motivos, viabiliza o recurso “*per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti*.” (art. 360, n. 5, do CPC italiano, destacamos). Por certo, a omissão do juízo sobre um fato decisivo à solução da causa traz à tona o debate sobre a **função** dos Tribunais Superiores: se devem as cortes de cume fiscalizarem a forma de valoração da prova ou, diversamente, inviabilizar a análise do recurso (por entender soberano o tribunal recorrido na definição do fato provado ou não provado).

⁸⁰ A *Ley Española* n.º 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil*, registra no artículo 218, destacando-se o tópico n.ºs 2: “*Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación. 1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. 2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón. 3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.*” (destacamos).

⁸¹ O CPC Alemão (ZPO) dispõe no § 286. 1) *El tribunal tiene que decidir de acuerdo con su libre convencimiento teniendo en cuenta el contenido íntegro del proceso y el resultado de la realización de las pruebas, para así considerar una manifestación de hecho como verdadera o falsa. En la sentencia deben detallarse los motivos sobre la base de los cuales se arribó al convencimiento judicial. 2) El tribunal se encuentra obligado a las reglas legales sobre la prueba en los casos descritos en esta ley.* (destacamos).

⁸² CPC Honduras: Artículo 245. “*1. La valoración de la prueba en el proceso civil por el tribunal excluirá en todo caso la arbitrariedad, siendo motivada de manera precisa y razonada en la sentencia, atendiendo siempre a las reglas de la sana crítica, del conocimiento y criterio humano, así como de acuerdo a las normas que rigen el razonamiento lógico, salvo que este Código u otra ley establezca una valoración legal de manera expresa e inequívoca. 2. La valoración de los distintos medios de prueba deberá deducirse de manera clara y terminante de los fundamentos fácticos y jurídicos de la sentencia, bajo sanción de nulidad de la resolución.*” (destacamos).

⁸³ O *Código Procesal Civil y Comercial de La Nación Argentina* de 1968, reformado em 1981, também prevê **sana crítica** na valoração probatória, embora dispense o juiz de expressar-se na sentença sobre todas as provas: “*APRECIACION DE LA PRUEBA Art. 386. - Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa.*”

Não por menos, diplomas internacionais também agasalham essa garantia, que consagra o contraditório e o direito de influenciar a decisão.

Na Europa, a Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, também chamada de Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) (CEDH), ampara um **processo equitativo** com princípios mínimos de garantia⁸⁴. Na América, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) (CADH) dedica um artigo para tratar das **garantias judiciais**, o que inclui o direito da parte de **ser ouvida** e, portanto, **ter seus argumentos considerados** pelo tribunal.⁸⁵

Mas o nível quantitativo e qualitativo - relativamente ao dever de fundamentação - vai depender da natureza do caso concreto (facticidade); para as Cortes Internacionais, somente o exame da hipótese específica permitirá aferir se a garantia (de justificação suficiente da decisão) restou ou não satisfeita.

Para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) (reportando-se à Convenção Europeia dos Direitos do Homem), *“el artículo 6.1 obliga a los tribunales a motivar sus decisiones, pero que no cabe entenderlo en el sentido de exigir una respuesta detallada a cada una de las alegaciones”*, porque *“el alcance de ese deber puede variar dependiendo de la naturaleza de la resolución”*⁸⁶. Na fundamentação desse caso específico, o TEDH entendeu pela violação ao processo equitativo, porque o tribunal da Espanha deixou de examinar um argumento determinante, suscitado pela parte, para a solução do processo. Estava em causa o debate sobre a anterioridade do registro de determinada marca, cuja alegação foi apresentada de forma **clara e precisa** pela parte irresignada, merecendo, pois, uma resposta **explícita e específica** pelo tribunal, o que não teria ocorrido. Em face à violação ao direito fundamental de

⁸⁴ Art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) de 1950, também denominada Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais: “Qualquer pessoa tem direito a **que a sua causa seja examinada**, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”

⁸⁵ Art. 8.º, n.º 1, da Convenção Americana dos Direitos do Homem (CADH) de 1969: “Toda pessoa **tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias** e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (destacamos).

⁸⁶ TRIBUNAL Europeu de Direitos Humanos. *Sentencia n.º 18064/91 - Hiro Balani v. Espanha, de 09 de dezembro de 1994. Presidente Rolv Ryssdal.*

um processo equitativo, o TEDH condenou o governo da Espanha, na época, ao pagamento de 997.050 pesetas em favor da requerente (o julgamento ocorreu no ano de 1994).

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), o dever de motivar está vinculado à garantia de administração da justiça, viabilizando um julgamento segundo as razões subministradas pelo direito, cujo dever outorga credibilidade às decisões nas sociedades democráticas. Por isso, devem ser tomados em conta **os factos alegados pelas partes e analisadas as provas**. Em sintonia à Corte Europeia, também a Corte Interamericana **não exige uma resposta detalhada a todo argumento das partes**, por entender que a garantia processual **pode variar segundo a natureza da decisão**.⁸⁷ Mas o exame dos argumentos **essenciais e das provas produzidas** integra o rol das garantias contidas no art. 8.º, n.º 1 da CADH. No caso concreto, estava em causa a destituição de juízes venezuelanos por suposto “erro inescusável”, mas dois dos argumentos invocados não foram analisados⁸⁸; em consequência, a Corte Interamericana determinou ao Estado Venezuelano a reintegração dos juízes ao cargo, além de outras indenizações. Para os limites deste trabalho, é relevante enfatizar o direito de ser ouvido e ter seus argumentos considerados (ao menos os argumentos essenciais), permitindo que tribunal forme sua motivação autônoma.

Tanto num, quanto noutro caso, percebe-se a indagação sobre a suficiência da fundamentação, que vai depender das especificidades do caso concreto. Por isso, a temática tem conexão com a **hermenêutica da facticidade**, tornando fundamental, ainda nesse planeamento introdutório, estabelecer alguns aportes iniciais relacionados à teoria de Lenio Luiz Streck (1955-), designada pelo próprio de Crítica Hermenêutica do Direito, cuja matriz teórica pretende “entrecortar” a sequência da dissertação.

Significa, desde já, assumir também o “nosso” “pretenso” lugar de fala. A hermenêutica jurídica que funda o pensamento de Lenio Luiz Streck é **filosófica**. Opõe-se à metafísica clássica (relação objeto-sujeito, por entender que a verdade não está no objeto) e também rejeita a metafísica moderna (relação sujeito-objeto, porque a verdade não está na consciência do intérprete). Admite a existência de uma **verdade hermenêutica** (por isso é anti-relativista) e,

⁸⁷ CORTE Interamericana de Derechos Humanos. Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, de 5 de agosto de 2008. Presidenta Cecilia Medina Quiroga.

⁸⁸ Quais sejam: a “falta de efeitos práticos da decisão” e a “interpretação plausível da lei”, conforme: FONSÊCA, Vitor - A fundamentação das decisões judiciais e os direitos humanos: uma interpretação convencional do art. 489, § 1º. do CPC a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, p. 1471.

consequentemente, defende a existência de **respostas corretas** em direito, a partir de um conjunto de princípios.⁸⁹

A matriz hermenêutica de Streck ampara-se na filosofia da linguagem. O autor considera a invasão da linguagem no âmbito da filosofia a partir do século XX, o chamado giro ontológico-linguístico, a partir de autores como Heidegger, Gadamer e Wittgenstein.

No âmbito do direito, defende haver um paradigma filosófico que sustenta o fenômeno jurídico, reconhecendo, porém, que a dogmática jurídica ainda não superou a filosofia da consciência, faltando-lhe recepcionar o paradigma de intersubjetividade (relação sujeito-sujeito) inerente à filosofia da linguagem no século XX.

Reconhece a ocorrência de **duas rupturas paradigmáticas no direito**: o *linguistic turn* (o já citado giro linguístico que supera o esquema sujeito-objeto) e a **revolução do constitucionalismo**, que institucionaliza a **autonomia do direito**.⁹⁰ Nesse palco, a Constituição assume feição dirigente e transformadora da realidade social. Daí a conexão da sua teoria com o substancialismo, especialmente em países de modernidade tardia como o Brasil, que apresenta promessas constitucionais ainda não cumpridas.⁹¹

Auto-classificado como um autor pós-positivista (não-positivista ou anti-positivista)⁹², Streck não admite a discricionariedade nas decisões judiciais. Defende um controle rigoroso sobre as sentenças e acórdãos, a ponto de edificar uma **teoria da decisão judicial**, por entender que a resposta conforme o direito representa a condição de possibilidade da própria democracia. A partir da teoria integrativa de Ronald Dworkin, compreende que a sentença constitui um ato

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. Comentários à Constituição do Brasil*. p. 75-89.

⁹⁰ Para Streck, a autonomia do direito deve ser preservada dos predadores externos (política, moral, economia, religião) e dos predadores internos (a dogmática jurídica como senso comum teórico, o pamprincipiologismo, a aposta na discricionariedade judicial/arbitrariedade e no ativismo judicial - e consequente decisionismo, o livre convencimento, a livre apreciação da prova). (STRECK, Lenio Luiz - **Uma ode à jurisdição constitucional**). Para preservar a autonomia do direito, defende que o juiz pode **deixar de aplicar a lei** apenas em 06 hipóteses: a) quando a lei for inconstitucional; b) quando afasta uma delas a partir dos critérios de resolução de antinomias (v. g., lei posterior revoga a anterior); c) quando tiver lugar a aplicação da **interpretação conforme** a Constituição (adição de sentido à lei para coadunar ao texto constitucional); d) quando tiver lugar a **nulidade parcial sem redução de texto** (abdução de sentido à lei a partir do filtro da Constituição); e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade da lei **com redução de texto** (supressão de palavras da lei para manter a constitucionalidade); f) quando a regra contraria um princípio, a exemplo da insignificância que “suspende” a regra no crime de furto. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. Comentários à Constituição do Brasil*. p. 78.

⁹¹ Idem. **Op. Cit.** p. 75.

⁹² STRECK, Lenio Luiz - **Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck**. p. 80.

de responsabilidade política, embora a justificação da decisão deva ser integrada por argumentos de princípio (e não de política).⁹³

Na sua teoria, edifica 05 princípios conformadores da hermenêutica no Estado Democrático de Direito: a) a autonomia do direito; b) o controle hermenêutico da interpretação constitucional, com ataque à discricionariedade judicial; c) o respeito à integridade e coerência do direito; d) o dever fundamental de justificar as decisões; e) o direito fundamental à resposta constitucionalmente adequada.⁹⁴

Embora o conjunto de princípios conduza ao afastamento da discricionariedade - e, por isso, todos tenham relação direta com a valoração da prova e decisão sobre o facto -, o ponto de maior aderência à dissertação está no dever de justificação, o qual consiste na **explicitação do compreendido**, ou seja, na obrigação constitucional do juiz de **explicitar as razões pelas quais compreendeu**.⁹⁵ Se a hermenêutica e seus teoremas fundamentais (v. g. círculo hermenêutico e a diferença ontológica) fazem parte do processo de compreensão (ou constituem a própria compreensão), o dever subsequente de justificação consiste na explicitação do *iter* percorrido pelo julgador para chegar à decisão.

Portanto, não se decide para depois buscar o fundamento; o fundamento antecede a decisão; o fundamento apenas precisa ser aclarado. Esse dever subsequente de explicitação, de justificação da decisão judicial, permite a sindicância das razões que levaram o julgador a adjudicar determinado sentido à prova dos autos, ao direito, aos factos, e assim por diante. No processo justificativo, o intérprete deve esclarecer como compreendeu; quais foram os pré-juízos, os conceitos prévios, as limitações, as tariffações ou anteparos provenientes da tradição, da intersubjetividade e da linguagem pública que conduziram a determinada resposta para o caso concreto.

Ao longo da dissertação - e especialmente no desfecho do trabalho - pretendemos retomar alguns pontos trabalhados pela Crítica Hermenêutica do Direito. Mas desde já se infere que a matriz streckiana tem aportes da filosofia hermenêutica (Heidegger), da hermenêutica filosófica (Gadamer), da filosofia da linguagem (Wittgenstein) e da teoria do direito como integridade (Dworkin). Por isso, ainda que seu olhar esteja voltado para o Brasil, o paradigma

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. Comentários à Constituição do Brasil*. p. 83-84.

⁹⁴ Idem - **Op. Cit.** p. 75-86.

⁹⁵ Idem - **Ibidem**. p. 83.

filosófico e a hermenêutica são universais, razão pela qual têm aderência ao trabalho que se pretende empreender no âmbito do direito comparado.

CAPÍTULO II - A VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL EM PORTUGAL

Ao dedicar-se ao estudo do direito estrangeiro, o comparatista não pode, até porque não consegue, “desprender-se de si mesmo”, do seu *a priori* epistemológico. Significa dizer que o intérprete do direito estrangeiro carrega as marcas do “seu direito” - e disso não pode desvencilhar-se.⁹⁶ É inevitável, pois, que a pré-compreensão determine a compreensão acerca do empreendimento que pretende descrever e analisar.

Por isso, lembra Pierre Legrand, é impossível falar-se em **objetividade** - ou neutralidade - no exame do direito comparado, pois o intérprete está sempre situado⁹⁷ em determinado local de fala. Porém, o jurista não é livre para descrever o fenômeno com **subjetividade**⁹⁸, pois não deve ter onipotência ou autonomia interpretativa para compreender algo (no caso, o direito estrangeiro).

Mesmo que hermeneuticamente seja impossível partir de um grau zero de sentido (Streck), o comparativista não deve “enquadrar as instituições estrangeiras no esquema e na forma habitual do seu próprio direito nacional”.⁹⁹ Deve-se proceder uma comparação não limitada à análise “positivista” (daquilo que está “posto” pelo texto legal e pelas decisões judiciais), mas uma comparação culturalista, ampla, mostrando que o intérprete deve buscar nas entrelinhas do texto e das decisões aquilo que se esconde, para perceber a cultura que subjaz ao texto.

É claro que essa tarefa arqueológica (de desvelamento) tem um limite prático, pois não há como retroceder *ad infinitum* aos textos (eventos) que o precedem. O comparativista deve “escavar” o máximo possível (retirar as camadas que vão se depositando com o passar do tempo), mas chegará a um limite na sua tentativa de reapresentação do direito estrangeiro. De todo modo, Pierre Legrand defende que o estudo jurídico comparativo passe “do paradigma da autoridade [do direito posto pelas leis e decisões judiciais] para o paradigma da alteridade [esse sim, culturalista, amplo].”¹⁰⁰ Esse é o espírito (hermenêutico) que anima a pesquisa.

⁹⁶ LEGRAND, Pierre - **Como ler o direito estrangeiro**. p. 34-35.

⁹⁷ Idem - **Op. Cit.** p. 38.

⁹⁸ Idem - **Ibidem**. p. 42-46.

⁹⁹ ANCEL, Marc – **Utilidade e métodos do direito comparado**. p. 113.

¹⁰⁰ LEGRAND, Pierre - **Como ler o direito estrangeiro**. p. 94.

1. Revolvimento da história institucional: a decisão sobre o facto

O foco do revolvimento aqui iniciado pretende descortinar o modo como percebemos a valoração da prova no processo civil português. Para isso, a atividade comparativa requer o exame da legislação aplicável a determinado instituto ou fenómeno jurídico. Mas a descrição do acervo legislativo é insuficiente, porque o empreendimento comparativo “não deve se contentar, passiva e rapidamente, com um texto de lei estrangeira que, aparentemente, dê a indicação desejada, mas que não foi nem verificado, nem confrontado com o seu contexto”.¹⁰¹

Claro, há um limite prático no levantamento retrospectivo da legislação, podendo escapar da pesquisa determinados eventos relevantes¹⁰²; mesmo assim, é significativo transportar para cá aqueles que reputamos mais importantes.

No âmbito da fundamentação das decisões, as Ordenações Afonsinas (1446-1514) nada disciplinaram¹⁰³. Por isso, começamos a investigação pelas Ordenações Manuelinas (1521-1595). Há mais de 500 anos, as partes já gozavam de garantias processuais importantes, a exigir do julgador a justificação **da causa** ou **das causas** que fundaram a condenação ou absolvição.¹⁰⁴ Ao prolatar a sentença definitiva, o juiz tinha o dever de analisar todo o processo: o libelo e a contestação, os artigos diretos e contrários - assim como as razões alegadas por uma e outra parte (os fundamentos fáticos e jurídicos), o que significava a completude da prestação jurisdicional. Mas uma disposição chama a atenção: **o dever de definir o direito segundo a prova produzida por uma ou outra parte** (princípio da aquisição), **ainda que** - e isso é muito importante - **a consciência (do juiz) ditasse o contrário, ou seja, que ele “soubesse” que a verdade seria contrária à prova dos autos**. Nesse domínio, as Ordenações Filipinas (1603) basicamente repetiram o Código Manuelino.¹⁰⁵

¹⁰¹ ANCEL, Marc – **Utilidade e métodos do direito comparado**. p. 112.

¹⁰² Por isso, deixaremos de lado a abordagem das “ordálias” - que atravessaram a Idade Média - como meio de prova, a exemplo dos duelos, da ingestão de águas amargas pela mulher suspeita de adultério, do pegar em ferro quente, de atravessar o fogo, entre outras tantas juízos de Deus (SANTOS, Moacyr Amaral - **Prova judiciária cível e comercial**. p. 24-33).

¹⁰³ STRECK, Lenio Luiz; JUNG, Luã Nogueira - Livre Convencimento judicial e verdade: crítica hermenêutica às teorias de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán. In **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, p. 4.

¹⁰⁴ Ordenações Manuelinas. Livro III, Título L, § 6º.

¹⁰⁵ Ordenações Filipinas. Livro III, Título LXVI, §. 7. “**E para as partes saberem se lhe convém appellar, ou agravar das sentenças diffinitivas, ou vir com embargos à ellas, e os juizes da mór alçada entenderem melhor nos fundamentos**, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos os nossos Desembargadores, e quaesquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora o não sejam, **declarem especificadamente em suas sentenças diffinitivas**, assim na primeira instância, como no caso de appelação, ou agravo, ou revista, **as causas**, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar.” (destacamos).

Nesses textos do Reino, o juiz não tinha (ou não podia formar o seu) convencimento de forma livre, mas condicionada às alegações (adstrição) e à prova produzida no processo. Ainda que sua consciência rumasse em sentido contrário, o resultado estava inexoravelmente vinculado à prova dos autos.

Ainda na vigência das Ordenações Filipinas, durante o governo de Marquês de Pombal, o Rei D. José I aprovou a Lei da Boa Razão - LBR de 18 de agosto de 1769, dedicada a refutar o direito romano quando não fundado na boa razão.¹⁰⁶ Dedicada a prevenir interpretações abusivas, estampava o positivismo da época; preocupada com o arbítrio, apensou um texto vocacionado a repelir os julgamentos por **equidade** (ou direito natural em sentido *lato*) quando essa mesma equidade violasse o texto posto. Considerando que os homens discordam até mesmo sobre o conceito de equidade (entre justiça e iniquidade), são necessárias as leis positivas para fixar o que é justo.¹⁰⁷ Em seu fundamento, naquela altura, “interpretar” poderia significar corromper a lei.¹⁰⁸

É perceptível a preocupação com a discricionariedade na aplicação da lei; por isso, uma carta de lei (como era a LBR) dedicava-se a filtrar as fontes romanas (Digesto, Código, Instituta, Novelas etc.), permitindo a aplicação das fontes subsidiárias naquele período pombalino somente quando coerente com a Ordenação vigente e com a boa razão. Daí porque o § 6º da LBR ratificou a importância dos assentos da Casa de Suplicação, positivados em Portugal desde 1684¹⁰⁹, com o pretense desígnio de ampliar a segurança jurídica.¹¹⁰

Mesmo assim, a LRB (§ 11.º) não dispensava as regras da hermenêutica; ao contrário, compreendia o raciocínio hermenêutico¹¹¹ em contraposição à discricionariedade. Conduzia o aplicador da lei no caminho da lógica, porque dizia: interpretar as palavras no seu sentido

¹⁰⁶ A “boa razão consiste nos primitivos princípios da Ética, Direito Natural, e das Gentes; ou nos que as Leis Políticas, Econômicas, Mercantis, e Marítimas das Nações civilizadas adoptaram” (TELLES, José Homem Corrêa - **Commentario Critico á Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769**. p. 78).

¹⁰⁷ Discurso sobre a equidade (texto suplementar, adensado à Lei da Boa Razão), apud TELLES, José Homem Corrêa - **Op. Cit.** p. 95-96.

¹⁰⁸ Com o propósito de evitar “interpretações abusivas”, a Lei da Boa Razão expressamente dispôs: “Interpretação é a explicação do que um escripto diz, mais concisa ou menos claramente do que convém para a boa intelligencia do espirito do seu auctor. Se as palavras de uma Lei são claras, e bem conhecido o espirito do auctor d'ella; trabalhar pela interpretação é effeito de paixão, que cega o entendimento, é o mesmo que accender uma luz á luz do sol, com perigo de nos queimarmos. Este é o primeiro abuso, que se pôde fazer da interpretação, justamente condemnado no proemio da nossa Lei.” (item 4 da Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769) (TELLES, José Homem Corrêa - **Op. Cit.** p. 8).

¹⁰⁹ Inicialmente pelo Decreto de 04.02.1684 e, depois, pelo Decreto de 20.06.1703, conforme LEAL, Victor Nunes - **Passado e futuro da Súmula do STF. Revista de Direito Administrativo.** p. 5.

¹¹⁰ VICENTE, Dário Moura - O contributo da Lei da Boa Razão para o Direito Comparado e seu ensino: breve relance. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.** p. 67.

¹¹¹ TELLES, José Homem Corrêa - **Commentario Critico á Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769.** p. 74-81.

natural, e não metafórico (utilizando esse último recurso apenas se a oração não fizesse sentido ou resultasse contraditória); observar **o tempo e o contexto** da linguagem empregada; se as palavras tivessem múltiplas significações naturais, procurar aquela mais provável; considerar o emitente da mensagem, o lugar, o tempo, o modo, a causa ou a finalidade. Interpretações restritivas ou ampliativas dependeriam do contexto, porque importava revelar o que moveu o legislador a promover o texto da lei.¹¹²

No ponto específico ao recorte da dissertação, a LBR proibia o recurso de revista com fundamento na contrariedade da prova, nem mesmo por **injustiça notória**¹¹³. A revista, portanto, não servia para rediscutir as **questões de facto**.

As Ordenações tiveram vigência em Portugal até o século XIX e acabam afastadas pelas reformas judiciais dos anos de 1832, 1837 e 1841.¹¹⁴

Prosseguindo o exame da legislação portuguesa sobre a valoração da prova - e correlata decisão sobre a matéria de facto, valem-nos, em grande medida, do esforço histórico-evolutivo promovido por Luís Correia de Mendonça, em estudo através do qual pretendeu comprovar o **evanescimento do princípio do dispositivo**.¹¹⁵ Para o autor, o legislador português, ao longo das reformas, vem mitigando o princípio dispositivo, apostando na ampliação dos poderes do juiz.

O primeiro Código de Processo Civil português, de 1876, era marcado pelo princípio do dispositivo, de cariz liberal-individualista, adaptado àquela época da história. Ao juiz proibia-se a iniciativa probatória, com raras exceções¹¹⁶. Naquele diploma processual havia o **dever de**

¹¹² Corrêa Telles, em comentários à LBR, traz exemplo de interpretação ampliativa, em consonância à hermenêutica jurídica: “A Ord. L. 5. Tit. 77. também não dá a razão de proibir a compra de vinho, ou azeite, para o revender na mesma terra. Mas da natureza do negócio se infere, que é para evitar os monopólios dos atravessadores. E compreendendo a palavra vinho tanto o já fermentado, como o mosto, bem podemos inferir, que a compra de vinho à bica do lagar é também proibida”. (ajustamos a citação ao português contemporâneo) (Idem - **Op. Cit.** p. 77).

¹¹³ Conforme item 14 da Lei da Boa Razão: [...] “Parece mesmo não se dever conceder Revista da Sentença, só pelo fundamento de ser contrária às provas; porque ainda que isto seja uma injustiça notória, contudo este caso não está nos Preâmbulos da Ord. L. 3. Tit. 75. pr. e Tit. 95.; e só os casos literalmente expressos nestes Preâmbulos são os que a L. de 3. de Nov. 1768. §. 2. designou por dignos de Revista.” (Idem - **Ibidem.** p. 13).

¹¹⁴ MENDONÇA, Luís Correia de - O Decreto para a cobrança de pequenas dívidas: no crepúsculo do processo liberal. **Revista Julgar**. 188-189.

¹¹⁵ MENDONÇA, Luís Correia de - O dispositivo: um princípio evanescente. **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 443-485.

¹¹⁶ O CPC/1876 permitia os seguintes meios de prova designados oficiosamente pelo juiz: exame e vistoria (art. 235.º, § 1º), enquanto o CC/1867 admitia o juramento supletório como meio de prova “ex officio” (art. 2.533.º), correspondente à hipótese do juiz determinar o “complemento da prova” (art. 2.522.º do CC/1867). Nesse sentido: MENDONÇA, Luís Correia de - O dispositivo: um princípio evanescente. **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 452.

fundamentação de todas as decisões judiciais¹¹⁷, a proibição do *non liquet*¹¹⁸ e o julgamento de **toda a questão**.¹¹⁹ Não se detecta, porém, uma cisão necessária entre matéria de facto e de direito; não havia, ao menos explicitamente, esse dualismo. Por lei, o julgador deveria apreciar todos os pontos - todas as questões, o que compreendia as matérias fático-jurídicas.¹²⁰

Naquela época vigia o Código Civil de 1867 (Código de Seabra), cujo Livro II regulava a matéria das provas em geral, destinadas à demonstração da **verdade dos factos** (art. 2.404.º). No âmbito da apreciação da prova, encontram-se dispositivos no Código Civil de 1867 que permitiam a **livre valoração** do acervo probatório (não tarifação); os meios de prova vinham disciplinadas em lei, cujo peso na conclusão judicial sobre o facto ficava ao “prudente arbítrio do julgador”; é o caso do valor da confissão extrajudicial (nas hipóteses em que admitida), do resultado de exames ou vistorias, da força probatória dos testemunhos e das presunções.¹²¹ Porém, o Código de Seabra (1867) apresentava resquícios do direito romano, ao prever, por exemplo, que o depoimento de uma única testemunha, isoladamente, não teria fé em juízo.¹²² Também vinculava o juiz a decidir sobre o facto quando houvesse divergência no relato entre as testemunhas das partes: prevalecia a versão narrada pela testemunha do réu.¹²³

Na leitura de Luís Correia de Mendonça, durante a vigência do CC/1867 e CPC/1876, o juiz não poderia considerar os factos não alegados; não era lícito ao Estado procurar ativamente os factos, limitando-se, ao contrário, de forma reactiva, a dirimir o conflito a partir de um processo dominado pelas partes.¹²⁴

¹¹⁷ Art. 96.º: “Os accordãos, sentenças e despachos, proferidos sobre qualquer pedido controvertido, ou sobre alguma duvida suscitada no processo, serão sempre fundamentados, quer defiram quer indefiram.”

¹¹⁸ Art. 97.º: “Os juizes não podem abster-se de julgar, a pretexto de falta ou obscuridade de lei, falta de provas ou por qualquer outro motivo [...]”.

¹¹⁹ Art. 281.º: “Produzidas as provas e findas as allegações, o juiz, certificando-se da legitimidade das partes, proferirá sentença, na qual resolverá toda a questão, não podendo condemnar alem, ou em cousa diversa, do que se pedir. §1º Alem dos fundamentos da decisão, a sentença mencionará os nomes das partes e fará um relatorio claro da questão e das provas.”

¹²⁰ Sutilmente, pode-se perceber uma possível dicotomia entre matéria de facto e de direito na fase recursal. Ao prever a anulação da decisão por ter julgado “**contra o direito**”, o CPC/1876 manda julgar novamente a causa (art. 1.161.º e art. 1.164.º).

¹²¹ Nesse particular, os arts. 2.416.º, 2.419.º 2.514.º, 2.519.º do CC/1867 (MENDONÇA, Luís Correia de - O dispositivo: um princípio evanescente. **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 450-452).

¹²² Art. 2.512.º: “O depoimento de uma única testemunha, destituído de qualquer outra prova, não fará fé em juízo, excepto nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrário.” Segundo Luiz da Cunha Gonçalves, essa disposição advém do Código de Justiniano, que fez surgir o adágio “*testis unus, testis nullus*” (GONÇALVES, Luiz da Cunha - **Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português**. p. 544).

¹²³ Art. 2.515.º Sendo a prova testemunhal, de uma e de outra parte, de igual força, prevalecerá a produzida pelo réu,

¹²⁴ MENDONÇA, Luís Correia de - O dispositivo: um princípio evanescente. **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 453.

A “quase passividade” do juiz é afirmada na doutrina civilista da época, nas lições do tratadista Luiz da Cunha Gonçalves¹²⁵ em obra publicada em 1939, com alusão ao CC de 1867. Naquela altura, havia uma **orientação exegética**, pois o Código Civil constituía a referência dos manuais doutrinários - e até mesmo das disciplinas de cunho histórico e filosófico; a doutrina, pois, punha-se caudatária do texto legal.¹²⁶

Efetivamente, os ideais iluministas marcaram o processo civil português ao final do Século XIX. Exemplo disso é que o legislador não distinguiu os ritos processuais a partir do valor econômico da ação, por entender que todos mereciam igual tratamento, sem privilégios para determinados grupos;¹²⁷ o CPC de 1876 distinguia apenas os ritos em ordinário e especial¹²⁸. Consequentemente, todas as causas, independentemente da importância econômica, mereciam um processo civil marcado pela **plenitude, solenidade e garantia**, mas esse fenómeno tornou a justiça um “apanágio dos ricos”, porque afastou as pequenas cobranças da tutela judicial; o benefício eventualmente obtido com a demanda era inferior ao custo; naquela época, dificilmente a justiça recebia ações de pequeno valor.¹²⁹

Por conta dessa deficiência, o legislador procurou simplificar a cobrança das pequenas dívidas, publicando, no início do século XX, o Decreto n.º 3 de 29 de maio de 1907. Inaugura-se com esse diploma legal um **processo sumário**. Dentre os pontos com maior aderência à pesquisa, destacam-se: a redução dos meios de prova, o incremento da preclusão e o aumento dos poderes do juiz. Luís Correia de Mendonça¹³⁰ faz interessante comparativo entre esse diploma de 1907 (Decreto de João Franco) com o CPC de 1876 então vigente: no regime do CPC, mesmo sem oposição do réu, o autor deveria comprovar os factos; já com o processo sumário, a revelia conduzia à cominação plena. Pelo Decreto, a parte tinha a incumbência de

¹²⁵ Luiz da Cunha Gonçalves, em tratado sobre o direito civil português da segunda metade do séc. XIX, fala da passividade do juiz na vigência do Código Civil liberal: “Pode isto ter, às vezes, o inconveniente de ficar ignorado, no processo, um facto que o juiz só poderia conhecer por meios diversos dos produzidos pelas partes e por estas desconhecidos ou que não estavam ao seu alcance; e, dêste modo, um facto **terá de ser julgado por modo desconforme da verdade, o que pode constituir uma injustiça consciente e inelutável.**” O destaque é nosso (GONÇALVES, Luiz da Cunha - **Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português**, p. 530-531).

¹²⁶ HESPANHA, António Manuel - **Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio**, p. 432-433. O autor faz alusão à doutrina da época (José Dias Ferreira), para quem a atividade do jurista seria, fundamentalmente, a de explicar o que está no texto da lei; quem procura a doutrina quer perceber aquilo que está na lei.

¹²⁷ MENDONÇA, Luís Correia de - O Decreto para a cobrança de pequenas dívidas: no crepúsculo do processo liberal. **Revista Julgar**, p. 179-180.

¹²⁸ No seu projeto, o CPC previa a divisão do processo em ordinário, sumário e especial, mas a Câmara dos Deputados rejeitou o processo sumário - que seria destinado à cobrança de dívidas pequenas. MENDONÇA, Luís Correia de - O Decreto para a cobrança de pequenas dívidas: no crepúsculo do processo liberal. **Revista Julgar**, p. 190.

¹²⁹ Idem - **Op. Cit.** p. 190-191.

¹³⁰ MENDONÇA, Luís Correia de - O Decreto para a cobrança de pequenas dívidas: no crepúsculo do processo liberal. **Revista Julgar**, p. 192-193 e 198-200.

requerer o depoimento do adversário, sob pena de preclusão, diversamente da previsão do Código do Séc. XIX. Por outro lado, **foram maximizados os poderes do juiz**, o qual poderia valer-se do arbitramento mesmo sem concordância das partes; nomear perito ainda que houvesse discordância dos litigantes; não ter suas decisões interlocutórias atacadas de imediato, senão por agravo com efeito diferido, o que deixava a marcha processual nas “rédeas” do magistrado, sem obstáculos imediatos. Além disso, o Decreto previa um curioso dever das partes, no sentido de declararem, **antes do julgamento**, se iriam recorrer futuramente, o que poderia gerar uma atmosfera de censura - ainda que velada - por parte do julgador.

Como visto, um procedimento expedito conduzia à **redução das garantias processuais**. O processo sumário dirigido pelo juiz, inaugurado no início do século XX, é corolário da chamada **socialização processual** que tratamos no início da dissertação. A sumarização do processo tem no Decreto n.º 3 de 1907 um importante marco histórico, porque ele inicia um movimento de **simplificação processual**, que irradia seus efeitos até os dias de hoje.¹³¹ O procedimento ordinário, comum, transformou-se em exceção; Luís Correia de Mendonça diz que o processo dominante, atualmente, está longe de ser o processo ordinário (pleno e com todas as garantias), porque existe uma tendência em tornar residual a cognição exauriente.¹³²

Nesse período histórico, é preciso destacar a importância de José Alberto dos Reis (1875-1955). Jurista formado sob influxos do positivismo exegético, desde cedo reagiu à concepção liberal e individualista de processo¹³³, para defender uma visão autoritária da jurisdição. Em suas lições proferidas no início dos novecentos, defendia como **função** do processo civil a **sobreposição do direito objetivo** (realização do interesse público do Estado) em detrimento do **direito subjetivo** (interesse privado da parte). Para tanto, defendia que a lei deveria assegurar mecanismos destinados à **busca da verdade dos factos**, porque, citando Albert Tissier, “não se pode obrigar o juiz a proferir a sua decisão sobre relações fictícias, sobre factos incompletos ou desfigurados, sobre situações chimericas.”¹³⁴ À sua visão publicística, José Alberto dos Reis aliou o chamado naturalismo jurídico, segundo o qual os textos legais

¹³¹ FARIA, Rita Lynce - A sumarização da justiça civil. **Revista Julgar**. p. 211.

¹³² Idem - **Op. Cit.** p. 221. No mesmo sentido: MENDONÇA, Luís Correia de - O Decreto para a cobrança de pequenas dívidas: no crepúsculo do processo liberal. **Revista Julgar**. p. 179 e 206.

¹³³ MENDONÇA, Luís Correia de - **José Alberto dos Reis: os primeiros anos de reacção contra o processo civil de inspiração individualista e liberal**. p. 1201.

¹³⁴ REIS, José Alberto dos - **Processo ordinário civil e commercial**. p. 68-72.

devem ser integrados e sistematizados as demais estruturas da sociedade (v. g. econômica)¹³⁵, ficando clara a sua orientação “pós-exegética”.

Em sequência à linha evolutiva, é publicado o Decreto 12.353 de 22 de setembro de 1926. A exposição de motivos dessa lei relata que Portugal convivia há 50 anos com um processo civil pesado, individualista, recheado de solenidades desnecessárias, com uma participação automática do juiz - que não conhecia e sequer colaborava com a instrução da causa, potencializando, por isso, um sentimento de repugnância quando chegada a hora de examinar aquela “montanha de papel” -, o que arrastava a solução do processo de quatro a cinco anos entre duas instâncias e a fase de revista.

Por isso, na esteira da simplificação/redução das garantias promovida pelo Decreto n. 3 de 1907, o Decreto de 1926 intensificou a supremacia do “interesse público”¹³⁶ elevando o dirigismo judicial a partir de três princípios: oralidade, concentração e atividade do juiz¹³⁷, prevendo o poder/dever do magistrado de “tomar todas as providências necessárias para assegurar a maior rapidez, simplicidade e economia na preparação, discussão e julgamento da causa e para conseguir que a decisão corresponde à verdade e à justiça” (art. 27.º). Na busca da verdade dos factos e da justiça da causa, podia ordenar exames, vistorias e avaliações, interrogar as partes sobre factos essenciais, requisitar documentos para esclarecer a questão, indeferir juntada ao processo de documentos impertinentes, convidar os advogados a resumir requerimentos quando excessivos, entre outras iniciativas de ofício (art. 28.º, §§ 1.º a 10.º).

Para o processo civil Português, o ano de 1926 marcou um “giro copernicano” ou uma profunda revolução (cf. Alberto dos Reis) em favor do processo inquisitivo, colocando o juiz em contato direto com a prova desde o início, passando a conduzir a ação e, em certa medida, a produção dos meios de prova, podendo interrogar testemunhas (prerrogativa antes outorgada aos advogados), rejeitar medidas procrastinatórias, requisitar documentos e assim por diante, com o escopo de buscar a verdade.

Para Luís Correia de Mendonça, o decreto de 1926 **revolucionou** o processo civil português, que foi **contaminado** pelo vírus autoritário.¹³⁸ Antes, sem participar ativamente da

¹³⁵ MENDONÇA, Luís Correia de - **José Alberto dos Reis: os primeiros anos de reacção contra o processo civil de inspiração individualista e liberal**. p. 1188-1199.

¹³⁶ Consta na exposição de motivos: “a concepção francesa do **juiz inerte** fez o seu tempo. A relação processual não pode ser encarada como uma relação de mero interesse privado; as partes não podem dispor do processo como de uma coisa que lhes pertença. Acima do interesse das partes há, na ação judicial, o interesse do Estado, ao qual não pode ser indiferente o modo como a justiça é administrada”. (Diário do Governo n.º 211/1926, Série I, p. 1360).

¹³⁷ Conforme exposição de motivos do Decreto 12.353 de 22 de setembro de 1926.

¹³⁸ MENDONÇA, Luís Correia de - **Vírus autoritário e processo civil**. p. 68.

instrução ou ter direção na produção da prova, o juiz formava seu convencimento a partir da análise do processo no estado que se encontrava. Após 1926, uma mudança paradigmática: o juiz passa a **conduzir a prova para buscar a verdade** - e essa guinada no procedimento, que põs o controle probatório na esfera de decisão do julgador, pode levar a **raciocínios enviesados**, como, por exemplo, a tomada de decisão a partir do **viés de confirmação** - quando o intérprete procura confirmar suas crenças iniciais.

Há, claro, um perigo que circunda o raciocínio inclinado ou tendencioso, voltado a confirmar os pré-juízos do intérprete. Em tese doutoral dedicada ao estudo do enviesamento cognitivo, Eduardo José da Fonseca Costa demonstra que esse fenômeno viola a imparcialidade. Especificamente sobre o viés de confirmação, diz que “pode afetar os juízes quando avaliam as provas que lhes são apresentados (*sic*). Especificamente, os juízes podem ser tendenciosos em favor de provas que confirmem suas hipóteses anteriores e podem prescindir de uma prova que não corresponda às suas suposições anteriores.”¹³⁹ Por isso, a iniciativa probatória pelo juiz não fica ilesa de críticas, porque está em causa a procura da verdade e a (im)parcialidade.

Em 1932 Portugal cria o “tribunal colectivo” para julgamento das questões de facto até determinado valor, permitida, como regra, a livre apreciação da prova, salvo nos casos de tarifação legal.¹⁴⁰

Em 1939, Portugal aprova o “novo” CPC¹⁴¹. Para Mendonça, o Código manteve o espírito dos decretos anteriores, baseados num “juiz forte, activo e informado”, dirigido, concentrado e pensado do ponto de vista do juiz; para o autor, ao invés do Estado prestar a tutela dos direitos subjetivos, o cidadão deve prestar um serviço ao Estado, para aplicação do direito objetivo.¹⁴² Aqui, em certa medida, a repristinação da teoria de Büllow, de um processo pensado na perspectiva estatal (anti-liberal).

No âmbito da apreciação da prova, o CPC de 1939 aprovou o **questionário** contendo os **temas de prova**. Ao juiz cabia primeiro relacionar os factos confessados, não impugnados

¹³⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca - **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. p. 116.

¹⁴⁰ Decreto n. 21.694/1932, de 29 de setembro, conforme MENDONÇA, Luis Correia de - **Vírus autoritário e processo civil**. p. 462-463.

¹⁴¹ Decreto-Lei n.º 29637/1939, de 28 de maio. José Lebre de Freitas recorda que o CPC de 1939 apresentou progressos: introduziu o princípio da oralidade, potencializou a atividade do juiz e afastou-se da rigidez do CPC de 1876. Na base dessas premissas estava o direito adjetivo **como instrumento** a serviço do direito substantivo. FREITAS, José Lebre de - Em torno da revisão do direito processual civil. **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 8.

¹⁴² MENDONÇA, Luís Correia de - O dispositivo: um princípio evanescente. **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 464-466.

(assentes) ou provados por documentos; após, deveria fixar numericamente as questões de facto ainda controvertidas; o questionário era submetido às partes, que poderiam impugná-lo; após decididas as reclamações, as partes apresentavam os meios de prova (art. 515.º, §§ 1.º a 3.º e art.º 516).

A decisão sobre os factos materiais da causa ficava ao encargo do tribunal colectivo, que dispunha da **livre apreciação das provas**.¹⁴³ Num primeiro momento, o acórdão do tribunal colectivo decidia a matéria de facto controvertida; curiosamente, **a lei não obrigava o colegiado a fundamentar a decisão sobre a matéria fática**, porque os juízes se reuniam em sala para deliberação e depois anunciavam o resultado (art. 653.º, alínea “g”, CPC de 1939). Considerando que a matéria fática não poderia ser reformada pelo Tribunal da Relação, não havia justificativa *prima facie* para conhecer as razões que levaram o colegiado a decidir a matéria como provada.

Fixada a matéria de facto pelo tribunal colectivo, o juiz passava a proferir a sentença, considerando os factos admitidos por acordo, os confessados e **aqueles que o tribunal colectivo deu como provados** (art. 659.º).

Efetivamente, a lei impunha dificuldades para alterar a base factual sedimentada pelo tribunal colectivo, mesmo em grau de apelação. Na realidade, o Tribunal da Relação não podia modificar o acórdão sobre os factos tidos como provados pelo tribunal colectivo, com raras exceções.¹⁴⁴ Já o recurso de revista estava limitado à violação da lei substantiva, não podendo aferir se houve erro na apreciação das provas, ressalvada, claro, a desobediência à prova com valor tarifado (art. 722.º, CPC 1939).

Como visto, um júízo colegiado foi criado na década de 30 para dirimir exclusivamente matéria fática, não podendo incursionar na questão de direito. Eventuais pronunciamentos sobre questões jurídicas eram até mesmo considerados **não escritos** (CPC 1939, art. 647.º).

As razões da criação de um tribunal colegial dedicado exclusivamente à apreciação da matéria de facto podem ser assim resumidas: no antigo regime (do processo liberal-individualista) não havia a imediação entre a prova e o julgador. Foram as reformas posteriores

¹⁴³ Art. 655.º do CPC de 1939: “O tribunal colectivo julga segundo a **sua convicção**, formada sôbre a **livre apreciação das provas**, de modo a chegar à decisão que **lhe parecer justa**. Mas quando a lei exigir, para a existência ou prova do acto ou facto jurídico, qualquer formalidade especial, não poderá esta ser dispensada.”

¹⁴⁴ CPC 1939, art. 712.º. “A Relação não pode alterar a decisão do tribunal colectivo, salvo: § 1.º Se do processo constarem todos os elementos de prova que serviram de base a essa decisão; Se os elementos fornecidos pelo processo impuserem uma decisão diversa que não possa ser contrariada por quaisquer outras provas; § Se se der o caso previsto no n.º 3.º do art. 771.º” (esse último caso tratava do “documento novo”).

a 1926 que colocaram o juiz em contato direto com a prova. Mas a imediação já não ocorria no âmbito recursal, pois a Relação mantinha contato apenas mediato com a prova, com a vantagem, porém, de promover um julgamento colegiado (em tese mais acertado).

Para corrigir essa “disfunção”, o legislador “transportou o colegiado” para o primeiro grau, conjugando, com isso, a imediação com as vantagens do julgamento colectivo da matéria de facto¹⁴⁵, mas o jurisdicionado pagou um preço: a impossibilidade ou severa dificuldade de revisão dos factos através de recurso.

Demarcada estava, portanto, a dicotomia presente até os dias de hoje entre a “questão de facto” e “questão de direito”.

Em 1961, Portugal aprova o “novo CPC”¹⁴⁶, mas para João Castro Mendes houve apenas um trabalho de “restauro” com os “mesmos materiais de construção” do Código de 1939.¹⁴⁷ Luís Correia de Mendonça chama a atenção para o ponto mais significativo da nova lei: a imposição, dali em diante, da **obrigatoriedade de fundamentação das decisões por parte do tribunal colectivo**¹⁴⁸ - que mantinha-se adstrito à matéria de facto.¹⁴⁹

No âmbito do recurso de revista, manteve-se o exame exclusivamente da matéria de direito.¹⁵⁰

¹⁴⁵ Conforme item 11 da exposição de motivos do CPC de 1961, assim complementado: “Em lugar de se deixar a liberdade de apreciação da matéria de facto entregue ao juiz singular, com recurso para um colégio, como se fazia no sistema antigo, transportou-se o colégio para a 1.ª instância, pondo-o em contacto directo, imediato, com as provas a ponderar.”

¹⁴⁶ Decreto-lei 44.129, de 28 de dezembro de 1961.

¹⁴⁷ Conforme MENDONÇA, Luís Correia de - O dispositivo: um princípio evanescente. **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 466.

¹⁴⁸ CPC 1961, art. 653.º 1. “Encerrada a discussão, o tribunal recolhe à sala das conferências para decidir. Se não se julgar suficientemente esclarecido, pode voltar à sala da audiência e ouvir as pessoas que entender; pode também ordenar qualquer diligência que julgue indispensável. A matéria de facto é decidida por meio de acórdão. De entre os factos quesitados, o acórdão há-de declarar quais o tribunal julga ou não julga provados e, quanto àqueles, especificará os fundamentos que foram decisivos para a convicção do julgador; mas não se pronunciará sobre os que só possam provar-se documentalmente nem sobre os que estejam plenamente provados por confissão reduzida a escrito, acordo das partes ou documentos.”

¹⁴⁹ MENDONÇA, Luís Correia de - O dispositivo: um princípio evanescente. **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 467.

¹⁵⁰ CPC 1961, art. 722.º “(Fundamentos da revista) 1. Sendo o recurso de revista o competente, pode o recorrente alegar, além da violação de lei substantiva, a **violação de lei de processo**, de modo a interpor-se do mesmo acórdão um único recurso, ainda quando, nos termos do artigo 710.º, o acórdão tenha sido proferido sobre agravos e sobre o objecto de recurso de apelação. 2. **O erro na apreciação das provas e na fixação dos factos materiais da causa não pode ser objecto de recurso de revista, salvo havendo ofensa duma disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força de determinado meio de prova.** 3. Se o recorrente pretender impugnar a sentença ou o acórdão somente com fundamento nas nulidades dos artigos 668.º e 716.º, deve interpor o recurso de agravo. Neste caso, se a sentença ou acórdão for anulado, da decisão que o reformar pode depois recorrer-se de revista com fundamento na violação de lei substantiva.” Ainda, o art.º 729.º: “(Termos em que julga o tribunal de revista) 1. **Aos factos materiais fixados pelo tribunal recorrido, o Supremo aplica definitivamente o regime jurídico que julgue adequado.** 2. A decisão da 2.ª instância, quanto à matéria

A exposição de motivos do CPC de 1961 esclarece as principais críticas da época ao tribunal colectivo. Uma delas era a **ausência de fundamentação sobre as decisões de facto**, o que foi saneado com o Código dos anos sessenta. Mas outra acusação era mais frequente ao colectivo: a de “nem sempre julgar em rigorosa harmonia com a prova produzida, por querer muitas vezes amoldar as suas respostas à solução que considera a justa decisão da causa.”¹⁵¹ Claro. O tribunal colegial **não teria como abstrair as consequências jurídicas** de sua decisão. A partir do momento em que decidia os factos da causa - e que caberia ao juiz singular, depois, “silogisticamente”, aplicar o direito à espécie -, seria impossível exigir do julgador o “esquecimento” ou a “desconsideração intelectual” das possíveis consequências jurídicas de sua decisão sobre o **facto**.

Um raciocínio restrito ao facto e (ingenuamente) desvinculado à consequência revela-se impossível à luz da hermenêutica filosófica. A partir da *applicatio* de Gadamer, adotada pela Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, “uma questão de fato já está ‘juridicizada’. E a questão de Direito já está ‘faticizada’. Portanto, a narração que uma testemunha dá sobre algo é uma narração de um fenómeno que diz respeito ao Direito. E vice-versa.”¹⁵²

Sem embargo, Portugal manteve e até mesmo reforçou o dualismo no julgamento pelo CPC de 1961, separando inclusive os momentos de discussão entre facto e direito, enquanto no sistema anterior permitia o debate fático-jurídico na mesma audiência.¹⁵³

Para melhor compreender o contexto da valoração da prova daquele tempo, é preciso aportar alguma amostra doutrinária da época. Em texto escrito na década de 80, o então Professor da Universidade Autónoma de Lisboa, Dr. Fernão de C. Fernandes Thomaz não escondia sua predileção pelo sistema da prova livre, porque seria aquele que “permite, melhor que qualquer outro, garantir alcançar-se a verdade dos factos”. Definia a valoração livre a partir da “consciência, convencimento ou convicção, tendo como instrumentos ao seu dispor o exercício das faculdades racionais do mesmo, sem qualquer constrangimento heterônomo”, porque reputava difícil aceitar o “convencimento” dissociado da consciência do julgador, impedindo que o juiz estivesse “convencido como juiz mas não como homem” ou vice-versa.¹⁵⁴

de facto, não pode ser alterada, salvo o caso excepcional previsto no n.º 2 do artigo 722.º 3. O processo só volta à 2.ª instância quando o Supremo entenda que a decisão de facto pode e deve ser ampliada em ordem a constituir base suficiente para a decisão de direito.”

¹⁵¹ Item 13 da exposição de motivos do CPC de 1961.

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz – **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. p. 404.

¹⁵³ Item 14 da exposição de motivos do CPC de 1961.

¹⁵⁴ THOMAZ, FERNÃO DE C. FERNANDES - **Recolha e valoração da prova em processo civil - alguns aspectos relevantes**. p. 690-691. Os destaques são nossos.

Percebe-se no âmago dessa declaração o paradigma filosófico que situa(va) o pensamento do autor: a filosofia da consciência e sua relação sujeito-objeto (a consciência assujeitadora da prova e dos factos da causa).

Retomando a linha cronológica, a Constituição da República de Portugal de 1976 obriga a fundamentação de todas as decisões judiciais, na forma da lei (art. 205.º, n.º 1). Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, o dever de fundamentação **justifica** o exercício do poder estatal, **rejeita** o segredo e **viabiliza** a controlabilidade, previsibilidade, fiabilidade, confiança e transparência dos atos do Estado. A maior ou menor latitude da fundamentação foi relegada, pelo constituinte, ao legislador.¹⁵⁵

No âmbito da legislação infraconstitucional pós-Constitucionalismo Contemporâneo, a primeira modificação do CPC vigente (1961) ocorreu no ano de 1985, pelo Decreto-Lei n.º 242/85 de 9 de Julho, que **fortaleceu o princípio inquisitivo, ampliando as matérias passíveis de conhecimento oficioso**. Para Mendonça, a reforma atritou com o texto constitucional e com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, porque afastou-se do garantismo e do “ideal democrático de se conseguir melhor justiça, através de maior liberdade”.¹⁵⁶

Mas a alteração mais significativa no sistema processual ocorreu nos anos de 1995, 1996 e 1997. A doutrina¹⁵⁷ costuma mencionar como sendo a “reforma de 1995-1996”, porque foi promovida pelos seguintes diplomas: o Decreto-lei 39/1995 de 15 de fevereiro; o Decreto-lei 329-A/1995 de 12 de dezembro; e o Decreto-lei 180/1996, de 25 de setembro, que alterou o anterior e entraram em vigor (ambos) em 1.º de janeiro de 1997.

Nos pontos de maior aderência à pesquisa, o Decreto-lei n.º 39/1995:

- passou a exigir a **fundamentação sobre os juízos probatórios negativos**; ou seja, além da conclusão sobre os factos tidos como provados, a decisão também deve justificar e concluir quais factos resultaram **não provados**;¹⁵⁸

¹⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. p. 526-527.

¹⁵⁶ MENDONÇA, Luís Correia de - O dispositivo: um princípio evanescente. **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 467-469.

¹⁵⁷ BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro - O dever de fundamentação das decisões judiciais no novo CPC Português. In SILVA, João Calvão da [et. al] - **Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal**. p. 168.

¹⁵⁸ Conforme art. 653.º, n.º 2, CPC de 1961, com a redação que lhe atribui o Decreto-lei n.º 39/1995.

- permitiu a gravação das audiências e correlata dispensa do tribunal colectivo na apreciação da matéria de facto, por entender demasiado um julgamento colectivo no 1º grau (por 3 juízes) e também no 2º grau (3 desembargadores).

- deixou clara a opção pelo **duplo grau de jurisdição mitigado** na matéria de facto;¹⁵⁹

- criou, consequentemente, o ônus de impugnação específica sobre a matéria factual (art. 690.º-A, CPC de 1961).

Até a reforma processual de 1995-1996, a Relação **não poderia corrigir a matéria de facto**, com as exceções já citadas. Portanto, a rediscussão dos factos no âmbito da 2ª instância constitui um fenómeno relativamente recente. Evanesceram os princípios da imediação e da oralidade, tornando o Tribunal da Relação um tribunal de instância.

Na reforma de 1995-1996, o princípio inquisitivo foi reforçado pela iniciativa judicial na tomada do depoimento da parte e de inquirição *ex officio* de testemunhas, mas o contraditório também foi acentuado com a possibilidade de formulação de perguntas diretas pelo advogado ao depoente, além do acréscimo e substituição de testemunhas.¹⁶⁰

Preocupado com os litígios em massa¹⁶¹ e o congestionamento dos tribunais, Portugal aprovou no ano de 2006 o Regime Processual Civil Experimental (RPCE) pelo Decreto lei n.º 108/2006, de 08 de Junho, aplicável apenas para alguns tribunais do país¹⁶², estritamente às ações declarativas cíveis (processo de conhecimento). O regime maximizou o princípio do inquisitivo e apostou na gestão processual pelo juiz, permitindo-lhe a prática de “actos em massa”, como, por exemplo, promover determinada diligência probatória que sirva para todas as ações agregadas. Reduziu formalismos processuais; limitou o processo a dois articulados (salvo reconvenção e casos de simples apreciação negativa) e obrigou o requerimento das provas juntamente com a petição inicial e defesa. Permitiu que a testemunha apresentasse o seu depoimento por escrito, passível de renovação posterior (art. 12.º). Na direção da prova,

¹⁵⁹ Consta da exposição de motivos do Decreto-lei n.º 39/1995 que “nunca poderá envolver, pela própria natureza das coisas, a reapreciação sistemática e global de toda a prova produzida em audiência - visando apenas a detecção e correcção de pontuais, concretos e seguramente excepcionais erros de julgamento, incidindo sobre pontos determinados da matéria de facto, que o recorrente sempre terá o ônus de apontar claramente e fundamentar na sua minuta de recurso.”

¹⁶⁰ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel - **Código de Processo Civil anotado**. Vol. II. p. 202.

¹⁶¹ Especialmente pelos “grandes” litigantes: bancos, seguradoras, empresas de telefonia e assim por diante. Cf. MENDONÇA, Luís Correia de - O dispositivo: um princípio evanescente. **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 474.

¹⁶² Inicialmente o regime foi aplicado para alguns tribunais das Comarcas de Almada, Porto e Seixal. Após, em 2011, foi ampliado para tribunais de Barreiro e Matosinhos.

autorizou o juiz a indeferir a produção sobre factos incontrovertidos ou irrelevantes (art. 11.º, n.º 4).

Na sentença, ao apreciar os factos provados e não provados, juiz podia adotar a “técnica” da remissão para os articulados das partes, ou seja, formular simples referência às peças processuais onde os factos estejam contidos (art. 15.º, n.º 1); na matéria de direito, foi autorizado a reportar-se, de forma sucinta, ao acórdão de uniformização de jurisprudência (art. 15.º, n.º 5). Porém, essa “facilidade” no exame dos factos **não ganhou relevo prático**, com resistência dos próprios juizes, que preferiam, ao contrário do atalho normativo, o registro dos factos provados e não provados para melhor contextualizar os fundamentos da sentença e permitir ulterior (e mais preciso) exame pelo Tribunal da Relação; por isso, na prática, a técnica remissiva ficou adstrita aos casos de revelia.¹⁶³

Para Mendonça, o regime experimental caminhou rumo à flexibilização; criou mecanismos questionáveis à luz do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, especialmente quando permite ao juiz, na ação cautelar, antecipar a decisão sobre a causa principal (art. 16.º). Para Mariana França Gouveia, o controle e indeferimento da prova pelo juiz ressuscitou o antigo temor relativo à inapelabilidade das decisões sobre a matéria de facto.¹⁶⁴

No ano de 2007, Portugal alterou o regime dos recursos cíveis. Na exposição de motivos do DL 303/2007, o legislador deixou clara sua preocupação com o aumento de recursos destinados ao STJ. Para racionalizar a demanda crescente, dentre outros mecanismos,¹⁶⁵ a lei instituiu a chamada **dupla conforme**, cuja premissa consiste na impossibilidade de admitir o recurso de revista quando o tribunal recorrido confirmar a decisão de 1º grau sem voto vencido.¹⁶⁶

A partir do CPC de 2013, houve uma ligeira alteração: deve-se enquadrar na “dupla conforme” quando não houver “fundamentação essencialmente diferente”. Ou seja, a bi-

¹⁶³ NOTA INFORMATIVA da Direção-Geral da Política de Justiça do Ministério da Justiça. [Em linha]. (05-2019). [Em linha]. Disponível em https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Estudos%20AIN%20DGPJ/Nota_Informativa_RPCE_Maio_2009.pdf, p. 21.

¹⁶⁴ *Apud* MENDONÇA, Luís Correia de - O dispositivo: um princípio evanescente. **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 478.

¹⁶⁵ Além da “dupla conforme”, o DL n.º 303/2007 elevou o valor da alçada para recorrer ao STJ e restringiu os recursos intercalares, consagrando, regra geral, que não há garantia de um “triplo grau de jurisdição” (GERALDES, António Santos Abrantes - **Recursos em processo civil**. p. 400-401 e 423).

¹⁶⁶ Art. 721.º, n. 3, do CPC de 1961, com a redação que lhe foi atribuída pelo Decreto-lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto. Hoje, a matéria é regulada pelo art. 671.º, n.º 3 do CPC de 2013.

conformidade se mantém como obstáculo do recurso de revista quando, ao cotejar-se a decisão de 1º grau com o acórdão da Relação, não se identificar a adoção de um percurso **substancialmente distinto** na fundamentação.

Quando a Relação apenas agregar fundamentos coadjuvantes, secundários, marginais, periféricos ou complementares à decisão de 1º grau, ou quando suprimir ou modificar uma das vias argumentativas trilhadas pela decisão sem lhe alterar o resultado¹⁶⁷, ainda assim fica configurada dupla conforme, porque não se afastou do núcleo central da decisão. *Contrario sensu*, quando a Relação confirmar o julgamento de origem, mas percorrer caminho essencialmente diverso, a revista terá cabimento.

Qual a lógica dessa racionalidade? A confirmação por duas instâncias das premissas jurídicas integrantes do **mesmo núcleo essencial** impede a revisão por uma “terceira instância”, salvo se houver a chamada revista “excepcional” (art. 672.º, CPC).

No âmbito da questão de facto, vimos que a lei de processo determina à Relação que forme a **sua própria convicção** sobre os factos materiais da causa (art. 662.º do CPC/2013). Já o recorrente, quando busca alterar uma conclusão fática, deve cumprir o ônus previsto na lei processual, indicando: “a) Os concretos **pontos de facto** que considera incorretamente julgados; b) Os concretos **meios probatórios**, constantes do processo ou de registro ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados **diversa** da recorrida; c) A decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas” (art. 640.º, alíneas “a”, “b” e “c” do CPC/2013 - destacamos).

No **recurso de revista**, quando a parte mantém viva a discussão sobre uma questão de facto, surge a seguinte questão interessante: e se o Tribunal da Relação rejeitar a apelação, por entender que o recorrente não cumpriu o ônus explicitado no art. 640.º do CPC, confirmando os factos definidos no 1º grau, seria caso de obstar a revista por causa da dupla conforme? A resposta é negativa¹⁶⁸, porque o debate consiste na **errada aplicação da lei de processo por parte da Relação**, o que permite a rediscussão no STJ (art. 674.º, n. 1, “b”, CPC). Nessa hipótese, embora tenha mantido a conclusão da sentença sobre os factos (provados ou não provados), o Tribunal da Relação **examinou pela primeira vez** a questão sob a ótica jurídico-processual, ao concluir pelo incumprimento, por parte do recorrente, dos deveres de impugnação da matéria de facto previstos no art. 640.º do CPC.

¹⁶⁷ GERALDES, António Santos Abrantes - **Recursos em processo civil**. p. 425.

¹⁶⁸ Nesse sentido: GERALDES, António Santos Abrantes - **Recursos em processo civil**. p. 428-429.

Em resumo, “compete ao STJ julgar o modo como o tribunal da Relação exerceu os poderes de reapreciação da matéria de facto que lhe são conferidos pelo art. 662.º do CPC, porquanto esta norma constitui ‘lei de processo’ para os efeitos do art. 674.º, n.º 1, al. b), do mesmo corpo de normas.”¹⁶⁹

Esse esforço histórico - que, por certo, é incompleto - procurou demonstrar a evolução da legislação lusitana com a decisão jurídico-processual no domínio da matéria de facto, a partir do “ambiente cultural” ou paradigma filosófico subjacente, procurando, ainda, demonstrar a dificuldade de rediscussão “do facto” por meio do recurso de apelação (até os anos noventa do Séc. XX) e, ainda mais restritamente, por recurso de revista ao STJ.

Por isso, nessa altura do texto, julgamos adequado um breve parêntesis para tratar do Supremo Tribunal de Justiça, com a lente da “questão de facto” que subjaz o recorte principal da dissertação.

1.1. O Supremo Tribunal de Justiça: um tribunal de revista

O Desembargo do Paço foi antecessor do Supremo Tribunal de Justiça Português. Separado da Casa de Suplicação desde 1521, o Desembargo tinha por função conceder ou negar a revista das decisões; portanto, funcionava como um tribunal supremo.¹⁷⁰

Após a Revolução de 1820, Portugal fez alusão à criação de um Supremo Tribunal de Justiça na Constituição de 1822 (art. 191.º)¹⁷¹, mas sua organização foi ocorrer somente dez anos depois (1832), com sua implantação efetiva só em 1833 por meio do Decreto de 03 de Agosto, que extinguiu o Desembargo do Paço.¹⁷² Portanto, criado na década de 30 do Séc. XIX¹⁷³, o Supremo Tribunal de Justiça surgiu na “lógica da Cassação” para assegurar a conformidade (das decisões inferiores) ao direito *lato sensu* (e não apenas à lei); portanto, não foi criado como uma terceira instância para o jurisdicionado, mas sim como instância para controle político dos tribunais.¹⁷⁴ Daí a sua génese essencialmente “de direito”, e não “de facto”.

¹⁶⁹ SUPREMO Tribunal de Justiça de Portugal - Acórdão com o n.º 3050/19.0T8GMR.G2.S1, de 31 de janeiro de 2023. Relatora Maria João Vaz Tomé.

¹⁷⁰ REIS, José Alberto dos - **Organização Judicial. Lições feitas ao curso do 4º ano jurídico de 1908 a 1909**. p. 72.

¹⁷¹ CONSTITUIÇÃO Política da Monarquia Portuguesa de 1822. [Em linha]. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1822.pdf>.

¹⁷² HESPANHA, António Manuel - Governo da lei ou governo dos juízes? O primeiro século do Supremo Tribunal de Justiça em Portugal. **História Constitucional**. p. 232.

¹⁷³ Informações extraídas do sítio oficial do STJ na internet. Disponível em: https://www.stj.pt/?page_id=10085.

¹⁷⁴ HESPANHA, António Manuel - Governo da lei ou governo dos juízes? O primeiro século do Supremo Tribunal de Justiça em Portugal. **História Constitucional**. p. 225.

António Santos Abrantes Geraldès explica que o STJ iniciou como um **tribunal de cassação** (com devolução dos autos ao tribunal recorrido para proferimento de nova decisão)¹⁷⁵, mas no ano de 1926 passou a constituir um **tribunal de substituição** (com decisão que substitui a decisão recorrida).¹⁷⁶

Para Alberto dos Reis, a função de um tribunal de revista é **uniformizar a jurisprudência** ou **promover a unidade da interpretação das leis**, com vista a sacramentar a igualdade de tratamento ao jurisdicionado. Em texto escrito há mais de 100 anos, destacava que a criação do direito pelo juiz deveria ser contida por duas garantias: judiciária (por meio do recurso de revista destinado a promover a unidade de sentido interpretativo) e constitucional (através da interpretação autêntica por parte do poder legislativo). Quando o poder judiciário usurpava a função legislativa, o tribunal de revista deveria tolher a interpretação desviante; quando esse mecanismo falhava, apelava-se à interpretação autêntica do legislador.¹⁷⁷

Após promover uma reconstrução da história institucional do recurso de revista em Portugal, José Alberto dos Reis reafirmava, há mais de cem anos, a impossibilidade de reexame da matéria de facto por parte do STJ. Porém, reconhecia a necessidade do Supremo de “examinar os factos quando esse exame se torne necessário para a qualificação do contracto e portanto para a determinação do regimen jurídico a aplicar”.¹⁷⁸

Explicando o papel da revista por parte do STJ, José Alberto dos Reis dizia que o STJ “não conhece da matéria de facto, julga simplesmente de direito, aprecia se a lei foi correctamente interpretada e aplicada”. Mais especificamente, lembrava que ao Supremo cabia a função de julgar se os tribunais **tiraram dos factos as consequências legais**; se os juízos inferiores admitiram as provas prescritas em lei; se a decisão recorrida deduziu a correta intenção das partes sobre a interpretação do acto, quando a lei manda atender à intenção dos contratantes; e se os tribunais atribuíram à prova o valor jurídico previsto em lei.¹⁷⁹

Portanto, na sua gênese, o STJ Português não se destina a reapreciar os factos, lembrando que essa atribuição sequer ocorria no âmbito dos Tribunais da Relação até as reformas processuais de 1995-1996.

¹⁷⁵ Art. 1161.º do CPC 1876, cujo dispositivo determinava novo julgamento por **juízes diversos** daqueles que haviam participado do acórdão anulado. Não sendo possível, o processo deveria ser remetido para outra Relação.

¹⁷⁶ GERALDES, António Santos Abrantes - **Recursos em processo civil**. p. 32-33.

¹⁷⁷ REIS, José Alberto dos - **Organização Judicial. Lições feitas ao curso do 4º ano juridico de 1908 a 1909**. p. 20-22.

¹⁷⁸ Idem - **Op. Cit.** p. 187.

¹⁷⁹ REIS, José Alberto dos - **Organização Judicial. Lições feitas ao curso do 4º ano juridico de 1908 a 1909**. p. 187-188.

Por isso, o STJ tem como função (uma delas) assegurar igual proteção aos jurisdicionados em casos análogos.¹⁸⁰ Pese inserido num sistema de *civil law* - que não se guia propriamente pela ideia de “precedentes” - o Supremo Tribunal de Justiça português deve uniformizar suas decisões¹⁸¹, as quais servem de **orientação** aos demais tribunais.

Os julgamentos do STJ não são vinculativos às demais esferas do poder judiciário, porque o Tribunal Constitucional Português declarou em 1993 a inconstitucionalidade dos “assentos com força obrigatória”¹⁸². Os assentos, que perderam sua força vinculante, passaram a ter o mesmo valor de acórdão proferido em sede de uniformização de jurisprudência.¹⁸³ De toda sorte, o sistema inspira a observância da “jurisprudência com valor reforçado” (fixada pelo STJ), porque admite o recurso de revista, independente do valor da alçada, sempre que houver contrariedade a acórdão de uniformização de jurisprudência (AUJ).¹⁸⁴

A doutrina, embora reconheça não vigorar propriamente um “sistema de precedentes”¹⁸⁵, recomenda a observância da jurisprudência dos tribunais, até porque eventual contrariedade à jurisprudência uniformizada permite o recurso ao STJ (art.º 629, n.º 2, alínea “c”, CPC/2013).

Atualmente, o STJ examina os recursos de revista quando a ação cível tiver valor superior a 30 mil euros¹⁸⁶, desde que a pretensão recursal supere a metade da alçada (15 mil euros). Por sua vez, os Tribunais da Relação têm alçada de 5 mil euros, comportando recurso quando a parte houver sucumbido em mais de 2,5 mil euros.¹⁸⁷ Assim, Portugal calibra a recorribilidade com alçadas decorrentes do valor da causa e valor da sucumbência.

¹⁸⁰ A esse propósito, o art. 8.º, n.º 3 do Código Civil: “Nas decisões que proferir, o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito”.

¹⁸¹ SOUZA, Miguel Teixeira de – **A prova em processo civil. Ensaio sobre o raciocínio probatório**. p. 16.

¹⁸² O art. 2.º do CC/1966 assim previa: “Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral.” A inconstitucionalidade desse dispositivo foi declarada pelo Tribunal Constitucional Português no Acórdão n.º 810/93. Depois, o Decreto-Lei n.º 329-A/95 de 12 de dezembro, revogou o dispositivo.

¹⁸³ Conforme art. 17.º do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, que fez remissão aos dispositivos do CPC anterior, mas que se aplicam aos atuais arts. 686.º e 687.º do CPC/2013. Nesse sentido: AMARAL, Jorge Augusto Pais de - **Direito Processual Civil**. p. 451. Ainda: ASCENSÃO, José de Oliveira - **O direito: introdução e teoria geral**. p. 328.

¹⁸⁴ GERALDES, António Santos Abrantes - **Recursos em processo civil**. p. 57-60.

¹⁸⁵ BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro - O dever de fundamentação das decisões judiciais no novo CPC Português. In SILVA, João Calvão da [et. al] - **Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal**. p. 178.

¹⁸⁶ Art. 44. da Lei da Organização do Sistema Judiciário (LOSJ). Ainda, GERALDES, António Santos Abrantes - **Recursos em processo civil**. p. 45.

¹⁸⁷ Ressalvadas as hipóteses do art. 629.º, n. 2 do CPC, que admitem o recurso independente do valor da causa em determinadas situações.

O STJ Português, com sede em Lisboa, é integrado por 57 juízes conselheiros e 03 juízes militares.¹⁸⁸

2. A institucionalidade atual

A partir da **situação de facto determinada** no Cap. I, através do qual procuramos exemplificar **como** o STJ se posiciona frente à pretensa (re)discussão sobre a questão de facto, é necessário melhor explicar o contexto atual, ou seja, como os tribunais portugueses devem julgar ou devem julgar “o facto” nesta quadra histórica, com especial realce para a legislação vigente e moderna doutrina.

O direito português integra a família romano-germânica, com maior pendor à vertente alemã, porque o direito privado incorpora, em certa medida, o pandectismo germânico (v. g. o BGB alemão influenciou a sistematização do Código Civil de 1966), embora o direito público tenha recebido influxos oriundos do direito francês (v. g. a forma de organização do poder político). Para Dário Moura Vicente, o direito português “recebeu contributos alemão e francês para a família jurídica romano-germânica”.¹⁸⁹

Portugal é um **estado unitário** (art. 6.º da Constituição da República Portuguesa de 1976)¹⁹⁰, que se caracteriza pela unicidade entre o poder constituinte e a constituição¹⁹¹, diferentemente do estado brasileiro, que possui unidades federativas com suas respectivas Constituições. Além do continente, integram o território português os Açores e a Madeira, arquipélagos caracterizados como regiões autónomas; por isso, Portugal é um estado unitário regional periférico.¹⁹²

¹⁸⁸ Informações extraídas do sítio oficial do STJ na internet. Disponível em: https://www.stj.pt/?page_id=11913.

¹⁸⁹ VICENTE, Dário Moura – **Direito Comparado**. p. 79-81.

¹⁹⁰ Art. 6.º da CRP. (Estado unitário) 1. O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública. 2. Os arquipélagos dos Açores e da Madeira constituem regiões autónomas dotadas de estatutos político-administrativos e de órgãos de governo próprio.

¹⁹¹ MORAIS, Carlos Blanco de - **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. p. 38.

¹⁹² Idem. **Op. Cit.** p. 40-44.

O país tem uma população de 10,4 milhões de residentes¹⁹³ e conta com 35.432 advogados (dados do ano de 2022)¹⁹⁴, o que representa 1 advogado a cada 295 habitantes.

Os Tribunais portugueses são tipificados pela Constituição como **órgãos de soberania**¹⁹⁵, com competências pré-definidas constitucionalmente.¹⁹⁶ Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de **tribunais judiciais**: o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), os Tribunais da Relação (TR) e os Tribunais de Comarca (TC). O STJ funciona como **tribunal de revista**, enquanto os TR e TC como **tribunais de instância**¹⁹⁷. Afora os tribunais judiciais, Portugal dispõe de um Supremo Tribunal Administrativo (STA) e outros tribunais administrativos e fiscais¹⁹⁸, além do Tribunal de Contas¹⁹⁹. A Constituição faculta, ainda, a criação de tribunais marítimos, arbitrais e julgados de paz.²⁰⁰

Conforme antes referido, o STJ Português é integrado por 60 julgadores.

Há 05 Tribunais da Relação: Lisboa, Porto, Coimbra, Guimarães e Évora.

Em termos estatísticos (importantes para os efeitos comparativos), o STJ encerrou o ano de 2021 com um resíduo de apenas 961 processos pendentes de apreciação. Nesse mesmo ano, ingressaram 3.767 casos para análise na Corte Suprema lusitana, enquanto foram resolvidos 3.798 processos; ou seja, uma taxa de resolutividade de 100,82%.²⁰¹ A maioria dos recursos de

¹⁹³ Mais especificamente: 10.467.366 habitantes, conforme dados provisórios do XVI Recenseamento Geral da População de 2021, revisto em março de 2023, do Instituto Nacional de Estatística. Fonte: https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&contexto=pi&indOcorrCod=0000256&selTab=tab0.

¹⁹⁴ Conforme Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ), em competência delegada pelo Instituto Nacional de Estatística. Fonte: https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Advogados_inscritos.aspx.

¹⁹⁵ Art. 110.º da CRP, n.º 1 - São órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais.

¹⁹⁶ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira lembram que há na CRP de 1976 um “princípio da reserva”, da “exclusividade” ou da “precedência constitucional” em relação às competências de cada órgão de soberania, como forma de garantir clareza e calculabilidade, proibindo-se o “aumento das competências não constitucionalmente estabelecidas”. Por isso, defendem como inadmissíveis os chamados “poderes implícitos como fontes de competências autónomas”, ressaltando, porém, os casos de integração de lacunas para “concretizar” ou “densificar” as competências atribuídas pela CRP. (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. p. 41-42). A adstrição das competências decorre do art. 110.º, n.º 2 da CRP, segundo o qual “a formação, a composição, a competência e o funcionamento dos órgãos de soberania são os definidos na Constituição”.

¹⁹⁷ Art. 209.º, n.º 1, “a” da CRP.

¹⁹⁸ Art. 209.º, n.º 1, “b” e art. 212.º, n.º 3 da CRP de 1976.

¹⁹⁹ Art. 209.º, n.º 1, “c”, da CRP de 1976.

²⁰⁰ Art. 209.º, n.º 2 da CRP de 1976.

²⁰¹ Conforme Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ), em competência delegada pelo Instituto Nacional de Estatística. Fonte: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Indicadores-de-desempenho-nos-tribunais-judiciais-superiores.aspx>

revista que chegam ao Supremo Tribunal de Justiça é apreciada nos três primeiros meses²⁰², revelando a celeridade do órgão.

Por sua vez, o Tribunal da Relação de Lisboa recebeu, no ano de 2021, um volume de 10.960 processos, resolvendo 10.832 de casos, com uma taxa de resolução de 98,83%. O estoque de ações pendentes de julgamento no Tribunal da Relação da capital é de 3.833 processos. Quanto à celeridade, a Relação de Lisboa aprecia a maioria dos processos em até três meses; no ano de 2021, por exemplo, mais de 75% das apelações foram julgadas no primeiro trimestre. Os Tribunais da Relação de Coimbra, Évora, Guimarães e Porto igualmente apreciaram a maioria das apelações durante o período de 03 meses.²⁰³

No âmbito dos Tribunais de Comarca (primeira instância), Portugal finalizou o ano de 2021 com 528.046 processos cíveis pendentes, dos quais praticamente 75% são execuções.²⁰⁴

A justiça portuguesa tem aproximadamente 2.000 juízes e 1.400 membros do Ministério Público (em 2021 = 2.034 juízes, dos quais 1.278 do sexo feminino e 756 masculino; e 1.483 magistrados do MP, sendo 973 mulheres e 510 homens²⁰⁵). Computando os funcionários da justiça, assessores e outras categorias, o poder judicial português conta com aproximadamente 11 mil pessoas.²⁰⁶

Abaixo, algumas informações obtidas no sítio da Direção-Geral da Política de Justiça da República Portuguesa²⁰⁷ para o ano de 2021:

²⁰² A estatística oficial da Direção-Geral da Política de Justiça revela que, no ano de 2021, foram julgados 827 recursos de revista nos primeiros 03 meses; 267 recursos de revista no período entre 03 a 06 meses; 188 recursos de revista no interregno de 06 a 12 meses; 47 revistas com tempo de julgamento entre 1 e 2 anos; e somente 03 casos demoraram mais de 02 anos. No entanto, nenhum recurso de revista demorou mais de 05 anos para ser apreciado pelo STJ. (Fonte: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Escaloes-de-duracao-dos-processos-findos-nos-tribunais-judiciais-superiores.aspx> - acesso em 10.12.2022).

²⁰³ No ano de 2021, o Tribunal da Relação de Lisboa apreciou 3.116 apelações em até 03 meses; 514 tiveram julgamento no período de 03 a 06 meses; 335 apelações levaram entre 06 meses e 1 ano para serem apreciadas; 146 demoraram entre 1 e 2 anos; e 22 apelações duraram entre 02 a 05 anos para serem julgadas; não há registro de recurso com duração superior a 05 anos. Fonte: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Escaloes-de-duracao-dos-processos-findos-nos-tribunais-judiciais-superiores.aspx>

²⁰⁴ Em 2021, o estoque de ações pendentes nos Tribunais de primeira instância de Portugal era de 528.046, das quais : 394.884 são execuções; 66.064 são ações declarativas; 30.987 são ações especiais; 936 são procedimentos cautelares; 35.175 enquadradas como “outros”. Fonte: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Movimento-de-processos-nos-tribunais-judiciais-de-1-instancia.aspx>

²⁰⁵ Fonte: https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Tribunais_PessoalServico_Tribunal.aspx

²⁰⁶ Em 31.12.2021, o total geral era de 11.253 pessoas a serviço dos tribunais judiciais em Portugal; em 31.12.2020 eram 11.220 pessoas; em 31.12.2019, 11.331 servidores. O número total de pessoas a serviço dos tribunais judiciais ficou entre 8.533 a 12.806 nos últimos trinta anos (de 1991 a 2021). Fonte: https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Tribunais_PessoalServico_Carreira.aspx

²⁰⁷ Fonte: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Indicadores-de-desempenho-nos-tribunais-judiciais-superiores.aspx>

Tribunal	Taxa de resolução	Processos pendentes	Processos findos	Processos entrados
Supremo Tribunal de Justiça	100,82%	961	3 798	3 767
T. Relação - Coimbra	103,03%	733	3 502	3 399
T. Relação - Évora	104,37%	1 285	3 274	3 137
T. Relação - Guimarães	97,25%	814	3 672	3 776
T. Relação - Lisboa	98,83%	3 833	10 832	10 960
T. Relação - Porto	101,90%	1 270	6 182	6 067

Os arquipélagos dos Açores²⁰⁸ e Madeira²⁰⁹ são regidos por estatutos político-administrativos, dispondo de Tribunais de Comarca vinculados ao Tribunal da Relação de Lisboa; portanto, os conflitos nas ilhas são dirimidos pela Comarca, mas, na hipótese de recursos, são julgados pela Relação da Capital e, eventualmente, pelo Supremo Tribunal de Justiça.

A Constituição da República e o Código de Processo Civil estabelecem a **publicidade** dos atos processuais, com as exceções legais.²¹⁰⁻²¹¹ Porém, nem a Constituição ou a lei adjetiva

²⁰⁸ A Região Autónoma dos Açores tem seu estatuto político-administrativo definido na Lei n.º 39/80, de 05 de agosto, a qual passou por 03 revisões (Leis n.ºs 9/87, 61/98 e 2/2009). O preâmbulo do Estatuto açoriano declara a aspiração autonomista daquele povo. Em relação ao poder judicial, o Arquipélago tem “direito a uma organização judiciária que tenha em conta as especificidades da Região” e “a cada ilha, com exceção do Corvo, deve corresponder, pelo menos, um juízo do tribunal de primeira instância” (Lei 39/80: art. 7.º, n.º 1, alínea “f” e art. 133.º). Atualmente, o arquipélago é jurisdicionado pelo Tribunal de Comarca dos Açores, cujos recursos são apreciados pelo Tribunal da Relação de Lisboa. De 1832 a 1910, o arquipélago contou com o Tribunal da Relação dos Açores, o qual foi extinto pelo art. 1.º do Decreto de 24 de outubro de 1910.

²⁰⁹ O estatuto da Região Autónoma da Madeira é previsto na Lei n.º 13/91 de 5 de junho. O arquipélago dispõe de um Tribunal de Comarca, também vinculado à Relação de Lisboa.

²¹⁰ CRP, art. 206.º. (Audiências dos tribunais). As audiências dos tribunais **são públicas**, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento. CPC, art. 163.º. (Publicidade do processo). 1 - **O processo civil é público**, salvas as restrições previstas na lei. 2 - A publicidade do processo implica o direito de exame e consulta do processo por via eletrónica, nos termos definidos na portaria prevista no n.º 2 do artigo 132.º, e na secretaria, bem como o de obtenção de cópias ou certidões de quaisquer peças nele incorporadas, pelas partes, por qualquer pessoa capaz de exercer o mandato judicial ou por quem nisso revele interesse atendível. (...).

²¹¹ A despeito da publicidade, trata-se de uma conquista do Estado constitucional contra o secretismo judicial do “antigo regime”, permitindo o controle popular da justiça. Mas advertem Canotilho e Vital Moreira: a publicidade intermediada pelos meios eletrónicos pode trazer “entorses graves à descoberta da verdade”, além de expor as partes. Por isso, a restrição à publicidade deve ser sempre fundamentada (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. p. 533-535).

agasalham a possibilidade de acompanhamento, pelas partes ou advogados, das sessões de julgamento propriamente ditas, porque o princípio “não se estende às reuniões em que o tribunal se recolhe para deliberar”.²¹² Não se encontra na legislação a possibilidade de sustentação oral perante o órgão julgador ou mesmo o acompanhamento pela parte; o julgamento ocorre de modo reservado, cujos fundamentos, de facto e de direito, devem constar da decisão.

Num retrato bastante generalizado, esse é o contexto da jurisdição portuguesa na atualidade. Com essa lente, preocupemo-nos, doravante, em tratar dos **meios de prova** e do **objeto da prova**, para, depois, podermos tratar com mais fôlego sobre o “facto” propriamente dito, no ambiente do processo civil.

2.1. Os meios de prova e o objeto da prova

A palavra **prova** é polissêmica. Indica **meio**, **objeto** e **resultado**.²¹³ A preocupação central da dissertação reside no **resultado** da avaliação dos meios de prova.

Por isso, não integra diretamente o recorte da pesquisa o exame pormenorizado das espécies de prova (meios), nem os temas de prova (objeto), mas sim o **modo** como o tribunal chegou a conclusão (resultado), para aferir como o juiz promove - ou deve promover - o sopesamento dos meios de prova para chegar ao resultado: a fixação do facto. Nem por isso vamos deixar de formular uma breve referência aos meios conducentes à conclusão judicial sobre a matéria factual.

O direito civil prevê as seguintes espécies probatórias, reguladas pelo Código Civil de 1966: as presunções (arts. 349.º-351.º); a confissão (arts. 352.º-361.º); a prova documental (arts. 362.º-387.º); a prova pericial (arts. 388.º-389.º); a prova por inspeção pelo tribunal (art. 390.º-391.º); e a prova testemunhal (arts. 392.º-396.º). Porém, esclarecem José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre que o direito processual acrescentou dois meios de prova não previstos no direito substantivo: a prova por declaração da parte e as verificações não judiciais qualificadas.²¹⁴

A prova por declaração da parte é aquela requerida pela própria, objetivando clarificar determinados factos em relação aos quais interveio pessoalmente ou que possui conhecimento

²¹² Idem - **Op. Cit.** p. 532.

²¹³ GONÇALVES, Luiz da Cunha - **Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português**. p. 529-530).

²¹⁴ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel - **Código de Processo Civil anotado**. Vol. II. p. 203.

direto.²¹⁵ A declaração da parte é de apreciação livre, salvo se dela brotar uma confissão, a qual vincula o julgador (art. 466.º, n.ºs 1, 2 e 3, do CPC/2013). Pala Luísa Loureiro Ramos de Faria, essa espécie de prova pode ter utilidade, por exemplo, para comprovar factos ocorridos na intimidade do lar ou de algum acidente de viação sem testemunhas.²¹⁶

A prova por verificações não judiciais qualificadas, também não prevista no Código Civil, constitui uma espécie de prova segundo a qual o juiz incumbe um “técnico ou pessoa qualificada” para inspecionar coisas, locais ou promover a reconstituição de factos, apresentando um relatório que será apreciado livremente (art. 494.º, n.ºs 1 e 2, CPC/2013).

Em Portugal vigora um sistema misto de valoração da prova: a lei apresenta tariffações, mas admite, na maioria dos casos, a livre apreciação. Por exemplo: a confissão judicial faz **prova plena** em desfavor do confitente (art. 358.º, n. 1, Código Civil de 1966). Uma confissão espontânea, realizada através de petição (articulado), é **vinculativa**. Ainda que o juiz se convença do contrário ou que o facto confessado se choque com a “realidade”, a lei determina que considere o facto assente (incontroverso). Esse é o ônus decorrente das garantias processuais. Por mais que o facto se desvele de outro modo, a confissão judicial escrita faz **prova plena contra o confitente**. Portanto, uma “tariffação” no sentido limitativo do termo.

Um exemplo interessante foi julgado pelo Tribunal da Relação do Porto: em determinado acidente de viação, a vítima alegou a redução da capacidade laborativa em 15 pontos percentuais, enquanto o causador do dano sustentou a diminuição de 10 por cento. Durante a instrução, a prova pericial concluiu que houve prejuízo de 3 pontos percentuais na capacidade físico-psíquica da vítima. A sentença julgou a matéria de facto: há défice funcional de 10 pontos - trata-se de **facto assente**. A réu apelou, mas a Relação do Porto manteve a conclusão do Tribunal de Comarca. Se a lei estabelece o valor probatório à confissão judicial escrita (no caso, prova plena em desfavor do confitente), não poderia o tribunal valorar a redução da capacidade laborativa a partir do livre convencimento (lembrando que a prova pericial não vincula o tribunal - art. 389.º do CC/1966), porque houve confissão da parte.²¹⁷

²¹⁵ Idem - **Op. Cit.** p. 309.

²¹⁶ *Apud* FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel - **Op. Cit.** Vol. II. p. 308.

²¹⁷ Consta do sumário da decisão: “A admissão de um facto pela parte a quem ele desfavoreça, embora em quantidade ou grau inferior ao alegado pela parte a quem favorece, constitui confissão, na exacta medida da quantidade ou grau admitidos. Como a confissão judicial escrita tem força probatória plena contra o confitente, não pode o juiz fixar aquela incapacidade em grau inferior ao confessado, com base em peritagem, cujo valor probatório é apreciado livremente pelo tribunal. (...)” TRIBUNAL da Relação do Porto – Acórdão com o n.º 542/19.4T8PVZ.P1, de 04 de abril de 2022. Relator Pedro Damião e Cunha.

Do mesmo modo, uma reprodução mecânica - v. g., uma filmagem com áudio e vídeo - não impugnado pela parte contrária faz **prova plena** dos factos que representam (art. 368.º do CC/1966), assim como o documento autêntico lavrado pela autoridade pública com as prescrições legais (art. 371.º, n.º 1 do CC/1966).

Por sua vez, a prova pericial ou prova por inspeção direta pelo tribunal, assim como os documentos particulares (salvo contra o próprio autor) e a prova testemunhal são valorados livremente pelo tribunal português.²¹⁸

Na prova testemunhal, as proposições sobre factos declaradas pela testemunha devem ser rejeitadas pelo juiz **somente quando houver alguma razão que exclua sua validação**. Miguel Teixeira de Souza esclarece que não é função do tribunal buscar motivos para corroboração de um meio de prova, “mas antes a de rejeitar a atribuição de valor probatório a esse meio de prova apenas quando exista um motivo que o justifique”; consequentemente, “se não houver nenhum fundamento que abale a credibilidade do depoimento da testemunha, o tribunal deve reconhecer valor probatório a este meio de prova.”²¹⁹

A seu turno, o Código de Processo Civil de 2013 estabelece as regras de instrução, ou seja, o modo de produção e valoração da prova.

Por fim, algumas notas sobre o **objeto da prova**. No sistema processual português, são objeto da instrução os **temas da prova enunciados** ou, na sua falta, **os factos necessitados de prova** (art. 410.º, CPC). Para além dos factos externos (a exemplo da colisão de dois automóveis), os factos internos também podem ser objeto da prova (v. g. a intenção de fraudar um credor - aqui o objeto da prova corresponde ao “elemento psíquico” dos transatores). Ainda, **factos reais** ou **factos conjecturais** (traduzido por possibilidade ou hipótese da ocorrência de um evento) podem ser alvo de prova, conforme esclarece Francisco Manuel Lucas Ferreira de Almeida, a partir das lições de Manuel de Andrade.²²⁰

O alvo principal dos meios de prova é o **facto probando**, mas a apuração dos factos não se circunscreve àquele, podendo contemplar factos alternativos²²¹. Ao explicar o **método de explicação plausível** como condição epistemológica de conhecimento processual do facto, Miguel Teixeira de Souza lembra que o tribunal deve hierarquizar as várias explicações

²¹⁸ Art. 396.º do Código Civil.

²¹⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de – **A prova em processo civil. Ensaio sobre o raciocínio probatório**. p. 91, com destaque nosso.

²²⁰ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de - **Direito Processual Civil**. p. 251.

²²¹ SOUSA, Miguel Teixeira de – **A prova em processo civil. Ensaio sobre o raciocínio probatório**. p. 137.

possíveis para o facto probatório²²²; e para chegar às explicações possíveis, deve considerar também os **factos alternativos** (fatos diversos ao facto probando)²²³; mais a frente pretendemos melhor esmiuçar o pensamento desse importante pensador lusitano.

Por isso, as partes devem alegar os factos essenciais (art. 5.º, n.º 1, CPC/13), mas o juiz pode considerar os chamados factos instrumentais (art. 5.º, n.º 2, CPC/13), que são aqueles que conduzem, por inferência, à prova dos primeiros.

2.2. O facto no Código de Processo Civil de 2013

No seu “espírito”, o Código vigente procurou simplificar a dualidade anterior, abolindo a “cisão entre alegações sobre a matéria de facto e alegações sobre o aspecto jurídico da causa”.²²⁴ Nos articulados (petição inicial e a defesa), as questões de facto e de direito devem constar do mesmo petitório. Por sua vez, a sentença deve julgar a matéria fática e jurídica no mesmo ato judicial.²²⁵

Relativamente às provas, as mesmas devem ser requeridas junto com os articulados - petição inicial ou defesa²²⁶, embora o Código admita a complementação posterior. No sistema processual revogado, as provas deviam ser indicadas depois dos articulados, com a demanda estabilizada. Maria José Capelo chama a concentração do atual Código de “vasos comunicantes entre prova e factos”²²⁷, porque deve haver uma correlação imediata entre as alegações de facto

²²² Idem - **Op. Cit.** p. 134.

²²³ Linhas à frente, pretendemos colacionar as premissas teóricas sustentadas por Miguel Teixeira de Sousa, correspondente ao **modelo de explicação plausível** contraposto ao *standard* da probabilidade prevalecente, pelo qual o autor distingue o fato probatório (circunstancial) do fato probando (fato principal), a prova simples da prova complexa, a inferência demonstrativa e a inferência presuntiva, demonstrando que o raciocínio probatório envolve a eliminação da incerteza sobre determinado fato. Por isso, os temas de prova podem abranger fatos diferentes ao fato probando.

²²⁴ Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII (atual CPC Português de 2013), p. 23.

²²⁵ Art. 607.º, n.º 3, CPC: Sentença. (...) “Seguem-se os fundamentos, devendo o juiz discriminar os factos que considera provados e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final.”

²²⁶ CPC 2013. Petição inicial: art. 552.º, n.º 6, com a redação atribuída pelo DL 97/2019 de 26/07: “No final da petição, o autor deve apresentar o rol de testemunhas e requerer outros meios de prova; caso o réu conteste, o autor é admitido a alterar o requerimento probatório inicialmente apresentado, podendo fazê-lo na réplica, caso haja lugar a esta, ou no prazo de 10 dias a contar da notificação da contestação.” Defesa: art. 572, alínea “d”, CPC: “Na contestação deve o réu: (...) d) Apresentar o rol de testemunhas e requerer outros meios de prova; tendo havido reconvenção, caso o autor replique, o réu é admitido a alterar o requerimento probatório inicialmente apresentado, no prazo de 10 dias a contar da notificação da réplica.”

²²⁷ CAPELO, Maria José - **Principais novidades sobre provas no novo Código de Processo Civil Português**. p. 188.

e os meios de prova; diz que “o legislador português tem criado mecanismos que propiciam essa simbiose factos-prova ao longo de todo o processo”.²²⁸

No âmbito das sentenças, o art. 607.º do CPC/2013 conduz o rumo da apreciação da matéria de facto:

“Art. 607.º

Sentença

1 - Encerrada a audiência final, o processo é conclusivo ao juiz, para ser proferida sentença no prazo de 30 dias; se não se julgar suficientemente esclarecido, o juiz pode ordenar a reabertura da audiência, ouvindo as pessoas que entender e ordenando as demais diligências necessárias.

2 - A sentença começa por identificar as partes e o objeto do litígio, enunciando, de seguida, as questões que ao tribunal cumpre solucionar.

3 - Seguem-se os fundamentos, devendo o juiz discriminar os factos que considera provados e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final.

4 - Na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção; o juiz toma ainda em consideração os factos que estão admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito, compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraindo dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência.

5 - O juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes.

6 - No final da sentença, deve o juiz condenar os responsáveis pelas custas processuais, indicando a proporção da respetiva responsabilidade.”

Efetivamente, o processo civil português vigente admite a “livre apreciação das provas”, mas essa expressão deve ser compreendida a partir de **seu uso na linguagem**²²⁹ estabelecida no âmbito da comum-idade. Considerando que todo signo linguístico deve ter seu significado interpretado a partir do uso corrente na linguagem (pública e intersubjetiva), a expressão “livre apreciação da prova” não pode significar, no direito português, uma possibilidade de atribuição arbitrária (acritetial) de sentido aos factos. Muito pelo contrário.

O Tribunal Constitucional de Portugal, embora tratando do processo penal, desvelou o sentido subjacente da expressão:

“a livre valoração da prova não pode ser entendida como uma actividade puramente subjetiva, emocional e portanto não fundamentada juridicamente. Tal princípio, no entendimento do Tribunal, concretiza-se numa valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permitirá ao julgador objectivar a apreciação dos factos, requisito necessário para uma efectiva motivação da decisão. Trata-se, assim, de um

²²⁸ Idem - **Op. Cit.** p. 190.

²²⁹ JUNG, Luã Nogueira; STOPASSOLA, Ariel - O livre convencimento judicial no direito comparado e na filosofia. [Em linha]. São Paulo: **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**.

princípio de liberdade para a objetividade, e não para o arbítrio”, “não havendo, assim, confusão entre livre apreciação e apreciação arbitrária discricionária ou caprichosa da prova, e tendo ainda em conta que o princípio da livre apreciação da prova visa também alcançar a verdade material, o Tribunal Constitucional entendeu que a norma contida no artigo 127.º do Código de Processo Penal não viola o disposto no artigo 320, n.º 1, da Constituição.”²³⁰

No âmbito dos recursos, a parte que pretender a alteração da matéria **de direito** deve alegar e formular conclusões; ou seja, deve indicar quais foram as normas jurídicas violadas, qual **o sentido** que julga dever ser interpretada a norma e qual a norma correta a ser aplicada (se alegar a incorreção da norma aplicada).²³¹

Ainda no campo dos recursos, mas doravante sobre o reexame da **matéria de facto** (aspecto que mais interessa à presente pesquisa), vale transcrever um importante dispositivo do Código vigente - ao qual já fizemos referência, porque sua inobservância, pela Relação, pode provocar a **anulação** do acórdão pelo Supremo Tribunal de Justiça. Trata-se do art. 640.º do CPC de 2013:

“Artigo 640.º (art.º 685.º-B CPC 1961)

Ónus a cargo do recorrente que impugne a decisão relativa à matéria de facto

1 - Quando seja impugnada a decisão sobre a matéria de facto, deve o recorrente obrigatoriamente especificar, sob pena de rejeição:

- a) Os concretos pontos de facto que considera incorretamente 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;
- c) A decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas.

2 - No caso previsto na alínea b) do número anterior, observa-se o seguinte:

- a) Quando os meios probatórios invocados como fundamento do erro na apreciação das provas tenham sido gravados, incumbe ao recorrente, sob pena de imediata rejeição do recurso na respetiva parte, indicar com exatidão as passagens da gravação em que se funda o seu recurso, sem prejuízo de poder proceder à transcrição dos excertos que considere relevantes;
- b) Independentemente dos poderes de investigação oficiosa do tribunal, incumbe ao recorrido designar os meios de prova que infirmem as conclusões do recorrente e, se os depoimentos tiverem sido gravados, indicar com exatidão as passagens da gravação em que se funda e proceder, querendo, à transcrição dos excertos que considere importantes.

3 - O disposto nos n.ºs 1 e 2 é aplicável ao caso de o recorrido pretender alargar o âmbito do recurso, nos termos do n.º 2 do artigo 636.º.”

No CPC vigente, foram reforçados os poderes dos Tribunais da Relação na apreciação da matéria de facto.²³² Além da função cassatória, a Relação pode ordenar oficiosamente a complementação ou renovação do meio de prova.²³³

²³⁰ TRIBUNAL Constitucional de Portugal – Acórdão com o n.º TCB19970417973201, de 17 de abril de 1997. Relatora Fernanda Palma.

²³¹ Art. 639.º do CPC.

²³² Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII (atual CPC Português de 2013), p. 24.

²³³ Art. 662.º, n.º 2, alíneas “a” e “b” do CPC/2013.

Nesse particular, há doutrina que advoga certa **limitação** do poder de modificação da decisão de facto pelo Tribunal da Relação, por entender que o CPC/2013 torna impositiva a alteração somente nas hipóteses demarcadas no Código. É o que pensa Rita Mota Soares. Interpretando o art. 662.º, n.º 1, CPC/2013, segundo o qual “A Relação deve alterar a decisão proferida sobre a matéria de facto, se os factos tidos como assentes, a prova produzida ou um documento superveniente impuserem decisão diversa”, defende o legislador utilizou precisamente o verbo “impor”, de modo que a (mera) divergência com as conclusões do tribunal de 1ª instância não autoriza, por si só, modificar a matéria de facto.

Procuremos explicar melhor o raciocínio daquela autora: a mera possibilidade ou aceitabilidade de uma decisão diferente não necessariamente deva conduzir à alteração da matéria de facto fixada pela primeira instância. Somente quando for **inevitável** - como decorrência da análise dos factos assentes (incontroversos), da prova dos autos ou documento superveniente - é que o Tribunal da Relação deve alterar a conclusão fática; daí a “imposição” prevista em lei.²³⁴ Defende que essa limitação compatibiliza a “livre apreciação” com o “duplo grau de jurisdição”; tece crítica ao entendimento de António Abrantes Geraldès (para quem a Relação **pode e deve** alterar a decisão se divergir da matéria de facto fixada pelo primeiro grau), por entender que a **imedição** torna a primeira instância mais apetrechada para fixar os factos materiais da causa; que a lacunosidade na obtenção da prova permite a ordem de complementação pelo tribunal *ad quem*, de modo que não se pode interpretar largamente o n.º 1 do art. 662.º, como se toda e qualquer divergência com as conclusões fáticas pudessem conduzir à modificação pelo tribunal da Relação, senão quando a prova, os factos assentes ou documentos supervenientes impuserem. Em resumo, não bastaria a simples propensão para uma conclusão diversa.²³⁵

Esse posicionamento, porém, encontra divergência doutrinária. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, juíza conselheira e vice-presidente do STJ, aduz que a orientação do Supremo

²³⁴ Nas palavras da autora: “Assim sendo, se aquela prova produzida não impuser decisão diversa, porque a decisão do facto em primeira instância é racional, lógica e possível, em suma, está correctamente motivada, uma diferente convicção que a Relação possa formar após a análise da prova produzida, não permitirá alterar o(s) facto(s) decididos nos termos do n.º 1 do art. 662.º.” (SOARES, Rita Mota - Poderes/Deveres da Relação na Reapreciação da Matéria de Facto. O Dano Biológico Quando da Afectação Funcional não Resulte Perda da Capacidade de Ganho - o Princípio da Igualdade. **Revista Julgar**. p. 115).

²³⁵ SOARES, Rita Mota - Poderes/Deveres da Relação na Reapreciação da Matéria de Facto. O Dano Biológico Quando da Afectação Funcional não Resulte Perda da Capacidade de Ganho - o Princípio da Igualdade. **Revista Julgar**. p. 115-121.

Tribunal é que “o princípio da livre apreciação da prova prevalece sobre a imediação, devendo a Relação formar sua própria convicção sobre os factos impugnados.”²³⁶

No âmbito da jurisprudência do STJ, parece-nos “pacífico” o entendimento em sentido contrário àquele advogado por Rita Mota Soares. Para o Supremo, o Tribunal da Relação deve formar **sua própria convicção** sobre os factos materiais da causa.²³⁷

Se retomarmos o esboço histórico que fizemos no item 1 deste Capítulo II, até poucos anos atrás a matéria de facto era “soberanamente” decidida pelo Tribunal Colectivo no âmbito do 1º grau. Somente a partir das reformas processuais de 1995-1996 a Relação passou a reexaminar as questões de facto impugnadas na apelação. Hoje, se provocado, o STJ pode sindicá-las, a partir da violação da lei de processo ou até mesmo da lei substantiva - casos de prova com valor tarifado ou a equivocada inferência presuntiva prevista no Código Civil, por exemplo - o modo, o caminho, o percurso que o Tribunal da Relação percorreu, ou seja, como a Relação fez o escrutínio das provas: se fez o cotejo crítico das provas; se considerou os factos assentes (não impugnados) ou confessos; como compatibilizou a matéria de facto adquirida para chegar-se à **conclusão própria** a respeito do facto como provado ou não provado; enfim, se cumpriu todos os requisitos da fundamentação da sentença previsto no n.º 4 do art. 607 do CPC aplicável, por extensão, aos acórdãos da Relação por (art. 663.º, n.º 2 do CPC).

Na exposição do CPC vigente, é bom lembrar que foi reforçado o princípio inquisitório, inclusive no Tribunal da Relação, que pode-deve agir oficiosamente na reavaliação da matéria de facto. Havendo recurso (impugnação) sobre determinada matéria de facto - e a Relação concluir que a prova se mostrou insuficiente, poderá o Tribunal, mesmo de ofício, determinar a renovação de determinado depoimento ou até mesmo a produção de novos meios probatórios.²³⁸

Por isso, embora diga-se que o STJ restrinja-se ao exame das questões de direito - e isso é verdade²³⁹, o debate “sobre os factos” pode chegar à Corte Suprema portuguesa a partir de violações de regras de **direito processual** (normalmente, na violação do dever de formação da própria convicção por parte da Relação) ou de **direito substantivo** (a partir do controle das

²³⁶ BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro - O dever de fundamentação das decisões judiciais no novo CPC Português. In SILVA, João Calvão da [et. al] - **Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal**. p. 177.

²³⁷ Nesse sentido: SUPREMO Tribunal de Justiça de Portugal - Acórdão com o n.º 6178/16.4T8VNG.P1.S1, de 02 de novembro de 2023. Relator Ricardo Costa.

²³⁸ Exposição de motivos do CPC de 2013.

²³⁹ A propósito, o art. 46.º Lei da Organização do Sistema Judiciário - Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto. “Fora dos casos previstos na lei, o Supremo Tribunal de Justiça apenas conhece de matéria de direito.”

inferências presuntivas - da relação de um facto com outro facto, porque a presunção é um instituto de direito civil - art. 349.º do Código Civil português de 1966).

Em suma, o CPC vigente desde 2013 mantém a dualidade entre a matéria fático-jurídica. A tradição legada mantém a dicotomia histórica, mas que parece vir se “dissipando” ao longo do tempo. Outrora, o legislador procurava cindir o exame do facto da consequência jurídica. Contemporaneamente, talvez pela influência do raciocínio hermenêutico-filosófico, pelo *linguistic turn* que invadiu o Século XX e correlata compreensão dos fenómenos a partir da *applicatio* gadameriana - esse dualismo venha a perder força. Ao menos assim pensamos.

2.3. Facto, prova e convicção: o fundamento doutrinário

Na doutrina portuguesa contemporânea, Miguel Teixeira de Sousa (1954-) sustenta que a verdade no processo civil move-se no plano epistemológico: o que pode ser obtido pela prova judicial é uma verdade epistemológica, e não ontológica.²⁴⁰

Para edificar o que vai chamar de **modelo de explicação plausível**, o autor estabelece as seguintes premissas teóricas. Primeiro, admite a **verdade como correspondência**, assim entendida como sendo a correlação entre uma proposição que descreve e um estado de coisas descrito, mas reconhece que um mesmo estado de coisas inexoravelmente é descrito de forma diferente por cada pessoa (um jurista e um médico vão descrever distintamente a morte de alguém, embora o mesmo facto - a morte - seja verdadeiro). Nesse ponto, o autor parece aderir aos postulados da hermenêutica, ao admitir que o ato interpretativo é sempre **produtivo**, rejeitando os “factos brutos”, ao escrever: “Assim, a uma mesma realidade podem corresponder várias verdades, cada uma delas tão verdadeira como qualquer das outras. Em conclusão: a verdade não é algo que se extrai da realidade, mas antes algo com que se constrói a realidade, pelo que em qualquer descrição da realidade há sempre algo de construído e performativo.”²⁴¹

Para o autor, a atividade probatória tem uma função **demonstrativa** (formar a convicção sobre a verdade de um estado de coisas) e de **eliminação de incerteza**; significa que a prova não visa garantir a certeza²⁴² do facto probando, mas eliminar a incerteza sobre esse facto. Essa

²⁴⁰ “É por isso que, enquanto num plano ontológico se pode dizer que **o ser** é a verdade, num plano processual há que aceitar – com realismo e também talvez com alguma resignação – que **a prova** é a verdade” (SOUSA, Miguel Teixeira de – **A prova em processo civil. Ensaio sobre o raciocínio probatório**. p. 31 e 67, com destaque nosso).

²⁴¹ SOUSA, Miguel Teixeira de – **A prova em processo civil. Ensaio sobre o raciocínio probatório**. p. 20.

²⁴² Sobre “prova e certeza”: a prova dos autos não consiste na promoção de uma certeza lógico-matemática do(s) facto(s) da causa, mas no “**elevado grau de probabilidade da ocorrência do facto demonstrado (certeza histórico-empírica)**”, conforme Francisco Manuel Lucas Ferreira de Almeida, a partir das lições de Manuel de Andrade (ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de - **Direito Processual Civil**. p. 248).

premissa não é redundante, porque existe diferença entre (i) formar a certeza sobre um facto e (ii) eliminar a incerteza sobre um facto. Essa distinção está na base da metodologia epistemológica defendida por Miguel Teixeira de Sousa.

Caso o meio de prova demonstre o facto F, o tribunal deve verificar se, eventualmente, existe um **outro facto** provado no processo que abale a credibilidade do primeiro. Não havendo, o tribunal deve considerar o facto F como provado, ainda que o juiz não esteja convencido ou que sua consciência lhe dite o contrário. Como visto, do ponto de vista epistemológico, **não é relevante a convicção subjetiva do magistrado**, pois não seria sindicável. Antes, para controle da fundamentação, deve-se falar na **objetividade da convicção**: se a prova (ou não prova) do facto encontra **justificação objetiva**.²⁴³

Influenciado pelo raciocínio de Jeremy Bentham (segundo o qual a prova de um facto atribui credibilidade a outro facto), Miguel Teixeira de Sousa examina a estrutura da prova a partir de um **raciocínio inferencial**, traçando uma distinção entre facto probatório e facto probando, prova simples e prova complexa, inferência demonstrativa e inferência presuntiva.

Enquanto o facto probatório é instrumental - e que pode conduzir à prova do facto probando -, o facto probando constitui o facto principal, aquele que visa ser provado.²⁴⁴

Dessa distinção decorre o seguinte raciocínio: o meio de prova pode demonstrar o facto probatório (circunstancial) ou o facto probando (principal). Se uma filmagem demonstrar a agressão física (e esse for o tema de prova), infere-se o facto probando. Mas se a filmagem demonstrar que o agressor (apenas) caminhou em direção à vítima, infere-se o facto probatório (inferência demonstrativa), a partir do qual será necessária uma outra inferência para se chegar ao facto probando (inferência presuntiva).

Daí sucede a distinção entre **prova simples** e **prova complexa**. Na primeira, há uma inferência demonstrativa (direta) entre o meio de prova e o facto probando. Na segunda, há, num primeiro momento, uma **inferência demonstrativa** entre o meio de prova e o facto probatório e uma **inferência presuntiva** entre o facto probatório e o facto probando.²⁴⁵

Assim, para compreender o raciocínio probatório no seu carácter inferencial (relação de um facto com outro facto), é fundamental o estudo das **presunções**.²⁴⁶ O Código Civil

²⁴³ SOUSA, Miguel Teixeira de – **A prova em processo civil. Ensaio sobre o raciocínio probatório**. p. 72.

²⁴⁴ Idem - **Op. Cit.** p. 45.

²⁴⁵ Idem - **Ibidem**. p. 45-46.

²⁴⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de - **O controlo das presunções judiciais pelo Supremo Tribunal de Justiça**. p. 43.

Português define as presunções como sendo “as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido” (art. 349.º).

Esse ponto tem particular relevância na dissertação, pois o mesmo autor defende o controle das presunções por parte do STJ - o que atrai a tormentosa discussão sobre a dicotomia “questão de facto” e “questão de direito”. Se o tribunal de revista pode controlar a presunção realizada pela instância inferior, estaria revolvendo a matéria de facto (o que lhe seria vedado) ou sindicando o cumprimento da questão jurídica? Pode o STJ fiscalizar **a forma, os critérios** ou **como** o Tribunal da Relação formou sua convicção sobre determinado facto a partir da presunção judicial? Nesse domínio, estaria o STJ a promover o reexame da matéria de facto ou revisitar questão estritamente jurídica?

A jurisprudência do STJ Português admite²⁴⁷ a fiscalização acerca da aplicação equivocada das presunções judiciais, nas seguintes hipóteses: (i) quando violar norma legal, (ii) faltar-lhe o facto-base ou (iii) carecer de “coerência lógica”.²⁴⁸

Para Miguel Teixeira de Sousa, o STJ deve controlar **todas as presunções judiciais**, sem exceções, e não apenas aquelas que apresentarem “evidente ilogicidade”²⁴⁹. Em defesa da ampla sindicabilidade das presunções utilizadas pelos tribunais inferiores, os principais argumentos do catedrático lusitano são: as presunções estão no âmbito das provas complexas e têm relação com as regras ou máximas de experiência; sindicar o resultado da prova obtido nas instâncias é diferente do que sindicat **o critério de decisão** utilizado pelas instâncias para chegar ao resultado probatório; o STJ pode controlar o resultado probatório que for incompatível com a “prudente convicção” estabelecida no art. 607.º, n. 5º do CPC (portanto, qualquer inferência incompatível com a prudente convicção poderá ser sindicável); a “evidente ilogicidade” seria apenas uma das hipóteses de contrariedade à prudente convicção.²⁵⁰ Em suma, defende não haver restrição para o STJ controlar as presunções judiciais.

²⁴⁷ A matéria não é pacífica, cf. FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel - **Código de Processo Civil anotado**. Vol. II. p. 211.

²⁴⁸ “Da conjugação do disposto nos artigos 682.º e 674.º n.º 3 do Código de Processo Civil com os artigos 349.º e 351.º do Código Civil, retira-se que o Supremo Tribunal de Justiça pode exercer o controlo sobre a construção ou desconstrução das presunções judiciais, utilizadas pelas instâncias, sindicando se a utilização das mesmas violou alguma norma legal, se carecem de coerência lógica ou, ainda, se falta o facto base, ou seja se o facto conhecido não está provado.” SUPREMO Tribunal de Justiça de Portugal - Acórdão com o n.º 20/14.8T8AVR.P1.S1, de 18 de maio de 2017. Relator Chambel Mourisco.

²⁴⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de - **O controlo das presunções judiciais pelo Supremo Tribunal de Justiça**. p. 56.

²⁵⁰ Idem - **Op. Cit.** p. 41-56.

Retomando à linha de raciocínio que conduz ao modelo de explicação plausível, Miguel Teixeira de Sousa demonstra que a prova possui uma **dimensão argumentativa** (da premissa se extrai a conclusão) e uma **dimensão epistemológica** (a formação da convicção requer uma justificação adequada). No plano epistemológico, o que se busca no processo não é a verdade, mas o **conhecimento** da verdade de um facto, relativamente às proposições sobre um estado de coisas. Por isso, o conhecimento requer a crença (a convicção através da prova, e não a crença subjetiva do juiz), a verdade e a justificação.²⁵¹

Mas como o processo deve observar as provas de valor tarifado, assim como os factos tidos por assentes (não impugnados), as preclusões, a exclusão da prova ilícita e outras garantias, é inevitável conformar-se com uma **verdade processual contingente** (contextual), o que, porém, não a degrada a uma verdade meramente formal. Por isso, rejeita a dicotomia entre a “verdade formal” e a “verdade material”, admissível somente num plano meta-epistêmico.²⁵²

Primeiro, a garantia epistemológica requer uma **justificação adequada**, a qual assenta em duas orientações: fundacionalistas (*foundationalism*) e coerentistas (*coherentism*), as quais, conjugadas, são aplicáveis à prova judiciária. É o que chama de “foundherentism”.²⁵³ Será fundacionalista quando uma proposição de facto decorrer de outra, por inferência; por exemplo, o Tribunal conclui que determinado facto narrado pela testemunha corresponde à verdade, porque apresentou detalhes circunstanciais, os quais revelam a credibilidade do testemunho; existe, na hipótese, uma justificação fundacionalista, porque o Juiz afirmou que o facto foi provado - uma vez que a testemunha narrou detalhes; uma inferência (facto provado) que fundamenta-se em outra inferência (detalhamento das circunstâncias). Por outro ângulo, haverá uma orientação coerentista quando determinada convicção guardar coerência (não contradição) com outra convicção; se determinadas proposições forem inconciliáveis, não será possível falar em verdade de uma delas. Por isso, o CPC português manda o juiz **compatibilizar** a matéria adquirida (art. 607.º, n.º 4).

²⁵¹ “Neste contexto, o que releva não é que haja uma qualquer justificação para uma convicção, mas que esta convicção tenha uma **justificação adequada**. Assim, o que conta não é que o juiz seja levado a formar uma convicção sobre a verdade do facto probando, mas que o juiz forme uma convicção sobre a verdade desse facto quando (e apenas quando) essa convicção for justificada através da prova produzida sobre esse facto. Em suma: a única justificação que pode formar a convicção do juiz sobre a verdade do facto probando é uma justificação epistémica, ou seja, uma justificação que forma racionalmente aquela convicção (ou uma justificação que assenta em razões epistémicas). SOUSA, Miguel Teixeira de – **A prova em processo civil. Ensaio sobre o raciocínio probatório**. p. 51, destacamos.

²⁵² Idem - **Op. Cit.** p. 64-68.

²⁵³ Ao tratar da natureza da justificação epistémica, o doutrinador também cita as correntes internalistas e externalistas. Na primeira, o intérprete deve ter acesso a todas as informações relevantes e, na segunda, exige-se que o caminho de aquisição da convicção seja “fiável”. (SOUSA, Miguel Teixeira de – **A prova em processo civil. Ensaio sobre o raciocínio probatório**. p. 75).

Segundo, o conhecimento deve ser adquirido de modo fiável (confiável). Rejeita o acaso (que até pode coincidir com a verdade, mas não é justificado). A valoração da prova tem relação direta com a forma de sua produção; garantias como contraditório, exclusão da prova ilícita e outras visam garantir esse método fiável de aquisição da prova.²⁵⁴

Terceiro, a **justificação e fundamentação** - a externalização dos fundamentos da convicção. Lembrando a distinção entre “contexto da descoberta” e “contexto da justificação”, enfatiza que, no plano epistemológico, só é relevante o último: não importa como o juiz formou a convicção, **mas como é capaz de justificá-la**.²⁵⁵

Retomando à inferência presuntiva, o modelo de explicação plausível procura aferir **a melhor explicação** do facto probatório pelo facto probando. Ou seja, considera provado o facto probando que melhor explicar o facto probatório.²⁵⁶ Por exemplo: se o excesso de velocidade (facto probando) constitui a melhor explicação para o capotamento do veículo (facto probatório), estará provado (inferido) o excesso de velocidade. Na persecução do facto probando, o juiz não deve buscar a confirmação da convicção, mas antes verificar se existem outras explicações que abalem a credibilidade daquela que se apresenta como **a melhor explicação**. Não havendo, deve considerar o facto probando como **provado**. Havendo outra explicação melhor, o tribunal deve considerar o facto como **não provado**.²⁵⁷ Na perspectiva prática, é mais fácil elencar um único motivo para desconsiderar o resultado de um meio de prova, do que procurar razões para a valoração positiva daquele meio de prova (viés de confirmação).

Para chegar à melhor explicação, o autor distingue a **probabilidade** (que se move no plano empírico) e a **plausibilidade** (fincada no plano epistemológico).

Explica a probabilidade *a priori*, que coteja caso favoráveis *versus* possíveis²⁵⁸ e a probabilidade assente na frequência relativa, que resulta da observação dos factos no âmbito de uma classe de referência, para chegar-se ao valor-limite.²⁵⁹ Para melhor entender (e o exemplo é nosso, não do autor): dos carros que entram na curva há mais 100km/h, 70% capotam. Porém, a probabilidade sofre de um déficit epistemológico, porque justificaria somente 70% dos casos nesse exemplo. Para o autor, a probabilidade determina a verdade no plural, mas não no

²⁵⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de – **A prova em processo civil. Ensaio sobre o raciocínio probatório**. p. 77-79.

²⁵⁵ Idem - **Op. Cit.** p. 79-80.

²⁵⁶ Idem - **Ibidem**. p. 95.

²⁵⁷ Idem – **Ibidem**. p. 105.

²⁵⁸ Exemplifica o caso da moeda: é provável que caia metade das vezes como “cara” e metade como “coroa”.

²⁵⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de – **A prova em processo civil. Ensaio sobre o raciocínio probatório**. p. 117.

singular; falta-lhe individualização²⁶⁰ (nesse ponto, percebe-se outra aproximação com a facticidade hermenêutica).

Miguel Teixeira de Sousa também refere a probabilidade *a posteriori* (que conjuga factos posteriores para calcular com mais precisão à probabilidade *a priori*, rejeitando-a no âmbito judicial, porque, para aplicá-la, o tribunal precisaria arbitrar - ditar - a primeira probabilidade, o que seria inadmissível), assim como a probabilidade indutiva (que analisa o grau de confirmação do facto probando a partir do facto probatório; a probabilidade indutiva é compatível com o modelo de explicação plausível; nesse último, defendido pelo autor, o facto probando explica o facto probatório; na probabilidade indutiva, o inverso).²⁶¹ Aqui, identificamos que a circularidade do conhecimento parece ter aproximação com o círculo hermenêutico.

Por fim, Teixeira de Sousa descreve a **probabilidade prevalecente** (quando o facto probando é mais provável que não provável), ou seja, quando metade + 1 é suficiente para considerar o facto como provado. O autor **rejeita** essa orientação no processo civil português, porque (i) não reduz as chances de erro pelo tribunal; (ii) é incompatível com a contraprova, a qual visa justamente tornar o facto duvidoso - art. 346.º, CC; (iii) não se compatibiliza com o *non liquet*, segundo o qual a dúvida sobre o facto resolve-se contra a quem o facto aproveita - art. 414.º, CPC, enquanto a probabilidade prevalecente considera irrelevantes as dúvidas até 49,99%; (iv) seria incoerente exigir uma probabilidade séria nas cautelares (art. 368.º, n.º 1, CPC) e uma probabilidade meramente preponderante na solução final da prova.

Por isso, como solução, aponta para o modelo de explicação plausível. A melhor explicação advém das **máximas de experiência**, que são generalizações indutivas ou “enunciados gerais obtidos a partir de amostras constituídas por uma classe de factos” (experiências do cotidiano ou induções científicas).²⁶² Nesse modelo, mais rigoroso que a mera probabilidade prevalecente, é necessário verificar se existe explicação alternativa ao facto probatório; se positivo, o facto probando não estará demonstrado; do contrário, o facto probando estará provado.

Quando há uma explicação diferente para o facto, intuitivamente se comparam as explicações alternativas, para dirimir se as mesmas são suficientes para provar o facto probando. Em seguida, entre as várias explicações, elege-se aquela mais provável (a partir da

²⁶⁰ Idem - **Op. Cit.** p. 118.

²⁶¹ Idem - **Ibidem.** p. 126-127.

²⁶² Idem - **Ibidem.** p. 108 e 126.

facticidade). Para tanto, tribunal deve **hierarquizar** as várias explicações para o facto. A menos provável é afastada pelas demais e a mais provável afasta as outras explicações.²⁶³

Numa frase para o autor: “a epistemologia garante a racionalidade do conhecimento”.²⁶⁴ Portanto, as presunções contribuem para a formação da convicção prudente; não está livre o julgador para atribuir o sentido ao facto.

Nas amostras aportadas no início da dissertação (duas decisões de cada país sobre a impugnação pauliana), estava em debate a consciência da fraude, o dolo entre vendedor e adquirente; esse seria o facto probando. Pelo modelo de explicação plausível, seria possível extrair a seguinte conclusão: a consciência da fraude (facto probando) constitui a melhor explicação plausível para a relação de parentesco entre vendedor e comprador (facto probatório).

Pela nossa leitura, o modelo de explicação plausível é metodológico (epistemológico), admitindo uma verdade procedural. Porém, uma resposta amparada exclusivamente no método é entendida como problemática pela hermenêutica filosófica, porque a metodologia é explicativa daquilo que **já foi compreendido**, ou seja, compõe um nível subsequente, apofântico, que é expositivo, lógico ou explicativo da compreensão.

Na linha hermenêutica, a tentativa de aprisionar o intérprete pelo método revelou-se insuficiente na teoria do direito. Os cânones ou regras - que oscilaram ora no predomínio da objetividade do texto, ora na subjetividade do intérprete - não conseguiram controlar o sujeito.²⁶⁵ A pretensão de objetividade do texto carrega consigo a ideia aprisionar o intérprete pelo método **dedutivo** (acoplar o facto singular à norma geral), enquanto a construção de decisões individuais com pretensões generalizantes (vide o “sistema de precedentes”) ruma em sentido oposto, apostando no método **indutivo** (acoplar casos gerais semelhantes ou ‘iguais’ àquelas situações individualmente resolvidas). Para Lenio Streck, “tanto o dedutivismo quanto o indutivismo ficaram aquém das novas perspectivas paradigmáticas do direito, exatamente por não conseguirem enfrentar o cerne da problemática pós-positivista: a interpretação do direito no contexto de um mundo em que o sujeito solipsista (*Selbstsuchtiger*) morreu e, consequentemente, o método deixou de ser o supremo momento da subjetividade.”²⁶⁶

²⁶³ Idem - **Op. Cit.** p. 134.

²⁶⁴ Idem - **Ibidem.** p. 72.

²⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. Comentários à Constituição do Brasil.* p. 73.

²⁶⁶ Idem - **Op. Cit.** p. 73.

Por isso, na matriz hermenêutica, a verdade não está propriamente no método (na explicitação justificativa sobre **como** chegamos à conclusão sobre determinada premissa), porque considera um momento fundamental que antecede a compreensão: a pré-compreensão. Esse estágio anterior não torna o método explicativo desnecessário, mas apenas o considera insuficiente, porque caudatário daquilo que cognitivamente “já ocorreu”. Significa dizer que o “método chega tarde”, porque destinado a justificar o “já compreendido”.²⁶⁷

Assim como as teorias analítico-procedurais (cujos traços podemos observar no modelo de explicação plausível de Teixeira de Sousa), a hermenêutica contemporânea de perfil filosófico (trabalhada por vários autores a partir de Gadamer, dentre eles Lenio Streck) **também é contrária às posturas subjetivistas/relativistas**. Advoga por respostas verdadeiras - não a partir de uma verdade apodítica (incontestável, pois isso equivaleria a se fechar ao diálogo), mas advinda da pré-compreensão, a partir dos pré-juízos autênticos, com os limites interpretativos (constrições) oriundos da tradição e da intersubjetividade inerente à linguagem pública; daí ser possível falar numa **verdade hermenêutica**.²⁶⁸

Consequentemente, a Crítica Hermenêutica do Direito admite respostas corretas - nem a única, nem a melhor e nem mesmo a consensual, **mas a correta**²⁶⁹, sem desprezar, reiterar-se, o estágio posterior que se explicita o já compreendido.

De todo modo, tanto a doutrina de matriz analítico-procedimental, quanto a hermenêutica filosófica (com seus aportes que melhor serão desenvolvidos ao final), empenham-se em estabelecer limites interpretativos à decisão judicial, a partir de uma criteriologia.

Em suma, nos limites do texto, esse seria o recorte que pretendíamos fazer. Traçar amostras da história institucional da valoração da prova e decisão sobre o facto, a partir de um problema posto (como o STJ valora a prova), passando pelos pressupostos legais até chegar à moderna doutrina.

²⁶⁷ Há uma pergunta repetida pela hermenêutica: “de que modo um processo lógico-argumentativo pode ‘acontecer’ sem a pré-compreensão?” Idem - **Ibidem**. p. 85.

²⁶⁸ Lenio Streck lembra que a obra Verdade e Método de Gadamer deve ser lida como “Verdade contra o Método”, porque, a partir da invasão da linguagem na filosofia, o método, como relação sujeito-objeto, deve ser superado. Para Streck, a existem repostas corretas (conteudísticas) em detrimento de verdades procedimentais. (STRECK, Lenio Luiz - **Verdade e Consenso**, p. 378-388).

²⁶⁹ Idem - **Op. Cit.** p. 381-388.

CAPÍTULO III - A VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL NO BRASIL

1. Revolvimento da história institucional. Das Ordenações Filipinas ao Século XIX: a prova do facto

Para tratar da valoração probatória na perspectiva brasileira, é importante palmilhar semelhante percurso àquele traçado no Capítulo anterior, porque a parametricidade da análise permitirá extrair melhores conclusões. Por isso, é necessário, antes, revolver a história institucional acerca da decisão sobre o facto, mostrando o “ambiente” em que situado o processo civil, a partir da evolução legislativa e dos influxos da doutrina, para tentarmos perceber qual o modelo adotado atualmente no Brasil no âmbito da valoração da prova.

Considerando que o sistema jurídico brasileiro possui o “mesmo DNA” da matriz portuguesa (romano-germânica), o presente Capítulo não vai repetir a descrição pretérita, porque lhe são comuns as fontes jurídicas inicialmente tratadas no Cap. II, especialmente ao tempo de vigência das ordenações reinóis.

O Brasil foi colônia de Portugal até 1822. Proclamada a independência, o país manteve um governo monárquico até 1889, início da república. Em solo brasileiro, as Ordenações tiveram vida mais extensa do que em Portugal²⁷⁰. As últimas Ordenações do Reino (Filipinas, de 1603) seguiram vigendo mesmo depois do Brasil se tornar sede da monarquia portuguesa e também após a proclamação da independência em 1822²⁷¹ - e somente foram integralmente substituídas em 1940, quando entrou em vigor o CPC Brasileiro de 1939.²⁷² Portanto, foram mais de 3 séculos em vigor em *terrae brasilis*.

No Código Filipino, o processo civil brasileiro estava regulado no Livro III, com aplicação subsidiária do direito romano e do direito canônico; persistindo determinada omissão na regulação do caso, aplicava-se a “glosa de Accursio” e sucessivamente, a “opinião de Bartolo”.²⁷³ Em Portugal, como vimos, durante a vigência das Ordenações Filipinas, o direito romano-canônico deveria passar pelo filtro da Lei da Boa Razão (1769), editada no período pombalino.

²⁷⁰ RAMOS, Rui Manoel Moura - Apresentação. **Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal**, p. XI.

²⁷¹ LIEBMAN, Enrico Tullio - Instituições do direito comum no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, p. 7.

²⁷² RAMOS, Rui Manoel Moura - Apresentação. **Op. Cit.**, p. XI.

²⁷³ PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle - **O Código de Processo Civil Brasileiro: Origem, formação e projeto de reforma**, p. 94-95.

No Brasil, durante a segunda metade do Séc. XIX, o pensamento liberal-progressista prevaleceu no âmbito do direito administrativo-constitucional, de forte inspiração norte-americana; nesse ponto, basta lembrar o papel de Rui Barbosa no constitucionalismo da primeira república e, para ficar num único exemplo, a instituição do *judicial review* no direito brasileiro. Porém, no âmbito do direito privado e do processo civil **preponderou a matriz europeia**.²⁷⁴ Esse aspecto assume relevância, porque o Brasil ficou atrelado ao Código Filipino durante o Sec. XIX na regulação das lides civis.

Na doutrina brasileira da época, destacava-se Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883). Ao comentar o libelo previsto nas Ordenações Filipinas, fez interessante amostra que dá sinais da origem (e das razões) da dicotomia presente até os dias de hoje entre a matéria de facto e de direito. Para o jurista brasileiro do Séc. XIX, o libelo (equivalente à petição ou articulado inicial) deve(ria) ser dividido em duas partes: uma para tratar da questão **de facto**, e outra para a matéria **de direito**. A partir da lógica, defendia que essa divisão representava uma forma de raciocínio **indutiva**, porque inicia-se com a premissa menor (o facto) e seguia em direção à premissa maior (o direito).²⁷⁵

Durante a vigência da ordenação do reino, o Brasil aprovou o Decreto n.º 737 em 1850, destinado à regulação do processo comercial, que passou a ser estendido às causas cíveis a partir de 1890.²⁷⁶ Eram admissíveis os seguintes meios de prova: escrituras públicas, escritos particulares, confissão judicial e extrajudicial, juramento supletório e *in litem*, testemunhas, arbitramento, depoimento da parte e vistorias (art. 138). O sistema dividia a prova plena em absoluta e relativa, assim como as espécies de juramento, revelando a influência do direito canônico.²⁷⁷ O art. 231 previa a **adstrição do juiz à prova constante dos autos** como garantia de não julgamento por conhecimento privado. Nos **fundamentos da sentença**, o art. 232 do Decreto n. 737 de 25 de novembro de 1850 dispunha: “A sentença deve ser clara, sumariando o Juiz o pedido e a contestação com os **fundamentos** respectivos, **motivando com precisão o seu julgado**, e **declarando** sob sua responsabilidade **a lei, uso ou estylo em que se funda**.” (destacamos).

²⁷⁴ PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle - **O Código de Processo Civil Brasileiro: Origem, formação e projeto de reforma**, p. 95.

²⁷⁵ Em suas palavras: “Na deducção, primêiro o Dirêito, e depôis o Facto; na inducção, primêiro o Facto, e depôis o Dirêito. E por sêr inducção, o Libéllo deve começar, e praticamente comêça, pêla - Narração do Facto -.” FREITAS, Augusto Teixeira de - **Primeiras linhas sobre o processo civil**. p. 119.

²⁷⁶ Pelo Decreto n. 763, de 19 de Setembro de 1890.

²⁷⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e - **Processo civil e ideologia**. p. 153.

Também no Séc. XIX, é preciso destacar a importância do jurista Francisco de Paula Baptista (1811-1881). Preocupado com o arbítrio judicial, registrava em vernáculo da época: “A criação de juizes traz a necessidade indeclinável de certas leis, que regulem a marcha e fôrma dos negócios á decidir; e tal é o objecto das leis do processo, que são novas precauções e meios de segurança em favor da justiça na luta das paixões e interesses opostos, e contra os erros, e o arbítrio dos juizes.”²⁷⁸

Outro jurista relevante foi João Monteiro (1845-1904). Sobre a latitude justificativa da sentença, afirmava: “deve abranger não só os pontos capitaes da demanda ou relativos ao fundo da causa, como ainda a outros quaesquer, que incidentalmente tenham dado logar a controversia entre as partes.”²⁷⁹. Já na época, portanto, a completude da fundamentação envolvia não só considerar os argumentos favoráveis à decisão (viés de confirmação), mas igualmente em apreciar e refutar a prova contrária.

Naquela altura, eram admissíveis os seguintes meios de prova: presunções, documentos, testemunhas, juramento, confissão, arbitramento, exame de letras e vistorias.²⁸⁰ O sistema de valoração era misto: havia prova de valor pleno e outra de valor livre. E sobre essa diferença de “peso”, presente até os dias de hoje, Paula Baptista faz interessante resumo dos principais argumentos dos defensores da prova livre e daqueles que advogavam pela prova de valor tarifado:

Prova livre: a convicção constitui um elemento subjetivo, não se impondo como entidade objetiva; rege-se pela aptidão de conceber como verdadeiro aquilo que o próprio espírito concebe como tal; a prova obrigatória comprime a força do instinto do juiz e põe óbice à sua convicção - e essa convicção pode ser mais esclarecida do que a decorrência imposta por lei; a lei até pode guiar o intérprete, mas sua aplicação depende da “ciência, prudência e consciência do juiz”; se a lei conduzir a resultado absoluto à prova, terá criado um modo de obrar, mas não um modo de convencer; as infinitas combinações de casos torna impossível uma regra completa e invariável, cabendo uma faculdade discricionária do juiz. Em suma: ou lei taxa de antemão o valor da prova, proibindo qualquer margem deliberativa ao juiz - e nisso deixará um imenso vazio e infinitas injustiças, ou admite-se o arbítrio “até certo ponto”.²⁸¹

²⁷⁸ BAPTISTA, Francisco de Paula - **Compendio de theoria e prática do processo civil comparado com o commercial e de hermeneutica jurídica**. p. 83.

²⁷⁹ MONTEIRO, João - **Programma do curso de processo civil, ou, apontamentos para as lições da 3. cadeira do 4. anno da faculdade de direito de S. Paulo**. p. 36.

²⁸⁰ BAPTISTA, Francisco de Paula - **Op. Cit.** p. 180.

²⁸¹ Idem – **Ibidem**. p. 175-177.

Prova obrigatória: quando a lei fixa a consequência jurídica à prova, não o faz por arbítrio, mas antes por elevados princípios de experiência fixados pelo legislador, guiando os “espíritos firmes, justos e prudentes”. Portanto, não colide com a certeza íntima do juiz, mas antes ampara-a com instrumentos aperfeiçoados pela experiência, minimizando os perigos da arbitrariedade. É errado supor que o sentimento instintivo é mais infalível do que a iluminação dos sábios traduzida na lei. No julgamento entregue ao instinto (prova livre), a parte não sabe qual prova tocou vivamente o juiz e qual foi recusada, o que leva a julgamentos desiguais, tornando os juízes “superiores à Lei”. É preciso evitar o arbítrio e a parcialidade para aumentar a confiança pública. Sobre a multiplicidade dos atos da vida, a lei não vai eliminar certa dose de discricionariedade, mas, como dito, vai conduzir o espírito prudente.²⁸²

Outro processualista importante no Brasil foi João Mendes de Almeida Junior (1856-1923), ministro do STF de 1916-1922. Na sua visão, a prova tinha por função revelar a verdade - e a verdade nada mais seria do que a adequação da coisa ao intelecto²⁸³, ou seja, o assujeitamento do objeto à consciência do intérprete (esquema sujeito-objeto). Portanto, trata-se de autor vinculado ao paradigma da filosofia da consciência (metafísica moderna), segundo a qual a verdade estaria na subjetividade do intérprete, pela racionalidade assujeitadora dos sentidos.

Dos elementos legais e doutrinários até aqui colhidos, é possível, à guisa de conclusão parcial, afirmar que o Sec. XIX legou garantias processuais importantes: o exame de toda a prova produzida, o sistema da valoração mista (vinculada e livre), mas sem abrir mão do dever de fundamentação. A relevante doutrina da época com isso concordava. Porém, remanescia a vetusta discussão entre o objetivismo do texto e o subjetivismo do intérprete. O que estava subjacente nesse debate? A concepção de verdade da metafísica clássica (objetivismo) e da metafísica moderna (subjetivismo). E nesse dualismo se foi construindo o edifício de formação do senso teórico dos juristas até hoje perceptível nas práticas jurídicas no Brasil, que ainda reluta em recepcionar o *turn* linguístico que invadiu a filosofia no Século XX.

2. O século das Codificações

A partir da primeira Constituição Republicana de 1891, prevaleceu a interpretação, no sentido de que cada unidade da federação tinha a possibilidade de aprovar o seu Código de

²⁸² Idem - **Op. Cit.** p. 177-179.

²⁸³ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito judiciário brasileiro.** p. 181.

Processo Civil; textualmente, não havia essa autorização constitucional, mas tampouco sua negação; de facto, o período de 1890-1934 foi marcado pela “dualidade processual”, porque, em simultâneo ao Decreto 737/1850, concorreram outros códigos de processo em cada Estado da federação, a exemplo do Pará (1904) e Rio Grande do Sul (1908), chegando a quase todas as unidades federadas, com exceção dos Estados de Alagoas, Amazonas, Mato Grosso e Goiás que não aprovaram leis processuais.²⁸⁴

No Estado do Rio Grande do Sul, por amostra, os requisitos da sentença eram simples: o juiz deveria sumariar todos os pedidos da inicial e defesa com os respectivos fundamentos, para mostrar domínio dos factos e fundamentos da causa. Após, deveria motivar com precisão o julgamento, “declarando, sob sua responsabilidade, a lei, uso ou estylo em que se funda”. (art. 499 da Lei n. 65, de 15 de janeiro de 1908 do Estado do Rio Grande do Sul).

Em 1916, o Brasil aprovou seu primeiro Código Civil. Portanto, até a década de 30, o país convivia com um direito substantivo nacionalmente unificado, mas com códigos processuais espalhados pelos Estados.²⁸⁵ O direito substantivo **ocupou-se também das provas**, mas pretendeu manter sua órbita restrita ao valor jurídico e admissibilidade das mesmas, deixando **o modo e a forma** de produzi-la para o direito processual, conforme escreveu Clóvis Bevilacqua, fautor do Código Civil de 1916.²⁸⁶

Com o advento da Constituição de 1934, as unidades federativas perderam a competência legislativa em processo civil²⁸⁷, cuja prerrogativa passou a ser exclusiva da União (art. 5.º, inciso XIX, alínea “a” da Constituição de 1934).

O primeiro CPC nacional (de 1939) recebeu contributos do CPC Português de 1926. O protagonista central na codificação brasileira foi Francisco Campos (1891-1968), então ministro da justiça do Presidente Getúlio Vargas durante o Estado Novo. O CPC nacional, de matriz publicística, plasmava a **prevalência do interesse social sobre o interesse privado**.²⁸⁸ Na exposição de motivos, Campos dizia que **a aplicação da lei substantiva seria a função do processo** (instrumentalismo), devendo ser repaginada a concepção do Estado apático que assistia o “duelo” dos litigantes. Defendia, pois, a partir da visão de Giuseppe Chiovenda, um

²⁸⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e - Evolução do processo civil brasileiro nos 200 anos de independência. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. p. 1474-1478.

²⁸⁵ PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle - **O Código de Processo Civil Brasileiro: Origem, formação e projeto de reforma**, p. 96.

²⁸⁶ BEVILAQUA, Clovis - **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. p. 86.

²⁸⁷ MIRANDA, Vicente - **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. p. 27.

²⁸⁸ PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle - **O Código de Processo Civil Brasileiro: Origem, formação e projeto de reforma**, p. 96-97.

processo de cariz autoritário, nos seguintes termos: “À concepção duelística do processo haveria de substituir-se a concepção autoritária do processo. À concepção do processo como instrumento de luta entre particulares, haveria de substituir-se a concepção do processo como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça.”²⁸⁹

Subjacente a essa defesa, Francisco Campos argumentava que o sistema processual até então vigente era “inacessível à compreensão popular”, porque, recheado de “malabarismos” e artimanhas, relegavam o direito a estratégias dos profissionais. Por isso, urgia retomar as rédeas do processo, confiando a investigação dos factos e a busca da verdade dos factos pelo Estado-Juiz, “rompendo com o formalismo, as ficções e presunções que o chamado ‘princípio dispositivo’, de ‘controvérsia’ ou ‘contradição’ introduzira no processo (...)”.²⁹⁰

Para munir o juiz de força, o CPC de 1939 concebeu **o magistrado como destinatário da prova**, cumprindo ao Estado **investigar a verdade**.²⁹¹ Por isso, o código **apostou na oralidade**, pelas seguintes razões:

“No processo em vigor o juiz só entra em contacto com a prova testemunhal ou pericial através do escrito a que foi reduzida. Não ouviu as testemunhas, não inspecionou as coisas e os lugares. Qual o grau de valor que conferirá ao depoimento das testemunhas e das partes, si não as viu e ouviu, si não seguiu os movimentos de fisionomia que acompanham e sublinham as palavras, si no escrito não encontra a atmosfera que envolvia no momento o autor do depoimento, as suas palavras ou o seu discurso? Que juízo formará sobre a situação dos lugares e a condição das coisas, descritas no laudo pericial, si de uma e de outra não tem nenhuma impressão pessoal? Tudo quanto foi objeto de prova, visto apenas através da transcrição de impressões alheias, o juiz o colocará no mesmo plano, por lhe faltar precisamente o critério pessoal, único que o autoriza a medir o valor das provas, a graduar o seu peso, a conferir a cada uma o seu coeficiente específico na formação do juízo. O processo oral coloca à disposição do processo judiciário, exatamente o método que torna possível ao espírito humano a aquisição de certezas mais ou menos satisfatórias nos domínios até então entregues ao jogo e às preferências da opinião.”²⁹²

De um juiz reativo, inerte e passivo do regime liberal, sucedeu um juiz ativo.²⁹³ A força do publicismo processual a partir da década de 40 e a **instrumentação do processo a serviço do direito objetivo** colocou o juiz na direção da prova, podendo ordenar diligências

²⁸⁹ CAMPOS, Francisco - **Exposição de motivos do CPC de 1939**.

²⁹⁰ Idem - **Op. Cit.**

²⁹¹ Campos defendeu e aprovou o poder proativo do juiz: “Outro característico do sistema processual consubstanciado no projeto, e que se pode considerar como corolário da função ativa e autoritária, do juiz, é, seguramente, o papel atribuído ao juiz em relação à prova. No processo dominado pelo conceito duelístico da lide judiciária, as testemunhas e os peritos são campeões convocados pelas partes para as ajudar na comprovação das suas afirmativas. No processo concebido como instrumento público de distribuição da justiça, as testemunhas e os peritos passam a ser testemunhas e peritos do juízo. O seu dever é o de dizer e de investigar a verdade, sem as restrições que hoje incidem sobre elas. Embora as primeiras sejam indicadas pelas partes, uma vez convocadas pela justiça, passam a ser auxiliares desta.” Idem - **Ibidem**.

²⁹² Idem - **Ibidem**.

²⁹³ MIRANDA, Vicente - **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. p. 34.

oficiosamente (art. 117), cuja valoração, posteriormente, seria de **apreciação livre**, salvo quando a lei exigisse determinada solenidade. Modo assim que o CPC de 1939 agasalhou o “livre convencimento motivado” na apreciação da prova, limitados aos “fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pela parte”, devendo, porém, indicar na sentença ou despacho quais foram “os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento” (art. 118 e parágrafo único).²⁹⁴

Na visão de Vicente Miranda, o poder de valoração da prova pelo juiz havia de revestir-se de natureza **cognoscitiva** (percepção do fenômeno), **lógica** (com utilização do silogismo, dedução e indução), **psicológica** (análise do comportamento humano e suas características) e **crítica** (exame crítico de cada meio de prova). Em arremate, em tom prescritivo, defendia o seguinte caminho para valoração da prova pelo juiz: perceber cada meio de prova, verificando sua autenticidade, veracidade, eficácia e peso; depois, confrontar cada meio de prova (analiticamente); após, sintetizar o acervo probatório para obter uma visão conglobante do material, promovendo uma “reconstrução histórica dos fatos”.²⁹⁵

A nosso ver, o *iter* preconizado pelo autor deveria integrar o Código, porque a jurisprudência, como veremos, não incorporou os parâmetros “sugeridos” pela doutrina²⁹⁶, porque o “livre convencimento”, na forma como é lido atualmente, tornou-se alibi para decisões arbitrárias, sob alguns mantras habitualmente entoados pela jurisprudência, inclusive dos tribunais superiores, no sentido de que “basta ao juiz decidir e indicar os fundamentos, sem a necessidade de rebater ponto a ponto as alegações das partes”. Esse ponto comprovaremos em seguida.

Tornando à doutrina, é preciso também destacar a importância de Moacyr Amaral Santos (1902-1983), que escreveu um tratado sobre prova judiciária, publicado ao tempo da vigência do CPC de 1939, pelo qual explicava os três sistemas de valoração probatória: a) prova legal (tarifamento); b) livre/íntima convicção (avaliação arbitrária da prova); c) persuasão racional (que seria a convicção livre, mas fundamentada, que predomina nos sistemas processuais).²⁹⁷

²⁹⁴ No anteprojeto, o princípio inquisitivo era ainda mais ousado, porque, na redação original não aprovada, o juiz poderia formar sua convicção “sem estar adstrito a regras legais para a interpretação das provas”, ficando “ao arbítrio do juiz conceder ou não a realização das provas solicitadas, bem como restringi-las ou ampliá-las”, conforme esclarece SANTOS, Moacyr Amaral - **Prova judiciária cível e comercial**. p. 355.

²⁹⁵ MIRANDA, Vicente - **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. p. 222.

²⁹⁶ É proposital “sugerido” entre aspas, porque a doutrina, ao que nos parece, não conseguiu exercer um papel decisivo para constranger uma prática que vinha se solidificando, com elevado número de decisões desprovidas de fundamentação suficiente.

²⁹⁷ SANTOS, Moacyr Amaral - **Prova judiciária cível e comercial**. p. 325-338.

Na altura, defendia ser vedado ao juiz guiar-se “apenas pela sua consciência, suposições, impressões pessoais”, porque “está à mercê de erros e ilusões”.²⁹⁸ Sobre a iniciativa probatória, o Estado poderia buscar a verdade para “decidir com acerto e justiça do que propriamente ao interesse das partes.”²⁹⁹ Tratando da persuasão racional ou livre convencimento motivado - vigente no CPC de 1939 e, dissemos nós, mantido até hoje -, dizia que o juiz “tem o dever de ficar bem com sua consciência”; se as provas não revelassem a verdade, “cumprir-lhe-á fazer trazer ao processo os elementos de instrução necessários para abonar sua convicção”³⁰⁰, deixando clara sua aderência ao instrumentalismo processual que plasmava o processo civil em meados do Séc. XX.

De todo modo, para o tratadista brasileiro, a **fundamentação** seria a “única garantia”, no sentido de que o juiz decidiu **segundo o que foi alegado e provado**, permitindo demonstrar, através da justificação, a origem do conhecimento sobre o facto (demonstrar como o juiz chegou a conclusão sobre determinada premissa fática).³⁰¹ Lembrando que não se pode julgar por conhecimento privado (sob pena de violar o contraditório), disse que o CPC de 1939 agasalhou o sistema da persuasão racional - livre convencimento motivado, conforme art. 118: “Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio. Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento.”

Repare-se: a formação livre do convencimento está no *caput*, enquanto a necessidade de motivação foi redigida no parágrafo único. Essa sutileza nos parece relevante. Será que o “apêndice” contido no parágrafo único, como garantia do jurisdicionado, não deveria integrar a cabeça do dispositivo? As amostras da jurisprudência (a seguir) revelam o predomínio da íntima convicção e seu aparente “descolamento” do genuíno dever de fundamentação. O senso comum da dogmática jurídica parece ter lido com mais vigor a primeira parte (livre convencimento), relegando o dever de fundamentação a uma espécie de dever secundário (de segundo nível), ou, ainda, deixando a fundamentação como um discurso subsequente para legitimar a decisão já tomada “livremente”, quando deveria ser justamente o contrário. E para

²⁹⁸ Idem - **Op. Cit.** p. 17-18.

²⁹⁹ Idem - **Ibidem.** p. 321.

³⁰⁰ Idem - **Ibidem.** p. 335.

³⁰¹ Idem - **Ibidem.** p. 337-338.

dizer uma platitude: o fundamento deveria ser o fundamento; vir antes; funcionar como alicerce, como base à tomada de decisão (sobre o facto e sobre o direito).

Prossegue Moacyr Amaral Santos quando trata da “liberdade”, do livre convencimento: “[...] critério amplo, pode-se dizer livre, no sentido de que o juiz deve pesar as provas colhidas, apreciá-las e submetê-las aos rigores do seu raciocínio esclarecido e desapaixonado, e formar convicção, quanto à verdade daí surgida, ao abrigo de qualquer constrangimento moral. E livre, porque, como investigador da verdade, não está sujeito de forma absoluta a seguir regras que atribuam valor qualitativo indiscutível aos meios de prova, mas, ao contrário, tem a faculdade de atribuir-lhes a eficácia que resultar da influência que exercem em sua consciência.”³⁰²

Correta a doutrina, mas uma questão não parece esclarecida: no sopesamento da prova, o juiz não deveria esclarecer quais foram os critérios? A nós parece que sim, para garantir uma racionalidade **sindicável** na decisão sobre o facto.

Outro processualista importante nessa época foi José Frederico Marques (1912-1993), que publicou em 1959 suas Instituições de Direito Processual Civil, ainda na vigência do CPC-1939.³⁰³ Para o autor, o objetivo das provas é **chegar à verdade dos factos para a aplicação do direito objetivo**. Deixando perceptível a influência do socialismo processual (processo como instrumento de realização do direito objetivo), defendia ser necessário conhecer os factos para “incidir a vontade concreta da lei, a fim de que o pronunciamento jurisdicional atenda aos ditames da justiça dando a cada um o que é seu”.³⁰⁴

Para Marques, no entanto, o processo opera com uma **verdade suficiente**, porque, diferentemente da investigação científica - pela qual o pesquisador tem ampla liberdade -, no processo o juiz está **confinado ao procedimento probatório**. Defendia o silogismo entre a premissa maior (a lei) e a premissa menor (o facto), apostando no **método dedutivo**; a partir do dualismo entre a questão de direito e questão de facto, sustentava ser impossível raciocinar sem conhecer a proposição maior (direito) e não se pode julgar sem conhecer a premissa menor (facto).³⁰⁵ Em relação à natureza da sentença, a qualificava como “ato de vontade”, porque “no processo, a lei não pode querer senão o que quer o juiz”.³⁰⁶ Aqui cabe um parêntesis: essa

³⁰² SANTOS, Moacyr Amaral - **Prova judiciária cível e comercial**. p. 357-358.

³⁰³ A obra foi atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, com excertos adaptados ao CPC de 1973.

³⁰⁴ MARQUES, José Frederico - **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. p. 322.

³⁰⁵ Idem - **Op. Cit.** Vol. III. p. 323-328.

³⁰⁶ MARQUES, José Frederico - **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. p. 473.

compreensão, segundo a qual “o direito seria aquilo que o tribunal diz que é”, exprime o chamado “realismo jurídico” ou a “jurisprudencialização do direito”.³⁰⁷

Pela importância, também é preciso citar Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1892-1979). No seu tratado das ações, compreendia que o processo tinha finalidades (escopos): uma delas, a de restaurar o direito objetivo, colocando em segundo plano o direito subjetivo. Lembrando que o Estado monopolizou a jurisdição - e, com isso, suprimiu a justiça de mãos próprias, caberia à jurisdição “restaurar o direito ferido”. Por isso, na sua visão, o processo não seria “mais do que o corretivo da imperfeita realização automática do direito objetivo. Daí dizerem muitos juristas que é meramente instrumental.” Para o tratadista brasileiro, quando a parte vai a juízo, o Estado tem duplo interesse: primeiro, atrair para si a resolução do conflito, propugnando pela paz; segundo, a oportunidade de “dizer ou redizer o direito objetivo e realizá-lo.”³⁰⁸

Na década de 60, o crescimento demográfico, da indústria e outros fatores fizeram sentir o desajuste do Código à realidade nacional. O CPC de 1939 dedicava metade de seus artigos para tratar de procedimentos especiais. O tamanho do país cobrava a mitigação dos princípios da oralidade e da concentração, assim como a diminuição do rigor da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, porque, sem saída, as partes acabavam utilizando do mandado de segurança ou da correição parcial (depois, com a aprovação do CPC/73, o agravo de instrumento e retido passou a ter a função de impugnar as interlocutórias).³⁰⁹ No geral, era tempo de pensar um novo código. Alfredo Buzaid apresentou o anteprojeto em janeiro de 1964, mas, com modificações, foi aprovado somente no início de 1973.

No ponto específico da dissertação, o “Código Buzaid” **aumentou os poderes do juiz** e seguiu a tônica do **processo à serviço do direito substantivo**. Na valoração da prova, elevou a busca da “verdade”, ao prever que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos factos, em que se funda a ação ou a defesa.” (art. 332). Ainda, manteve o “livre convencimento motivado” que restou aprovado no art. 131 do CPC em 1973: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

³⁰⁷ STRECK, Lenio - **A democracia é compatível com a jurisprudencialização do direito?**

³⁰⁸ MIRANDA, Pontes de - **Tratado das Ações**. p. 244-248.

³⁰⁹ BUZAID, Alfredo - **Exposição de motivos do anteprojeto de Código de Processo Civil**. p. 3-42.

Em suma, o sistema processual brasileiro atravessou o Séc. XX apostando no socialismo-instrumentalismo (um processo como ferramenta para aplicação do direito objetivo), com escopos, confiando num juiz forte e ativo, permitindo o “livre convencimento motivado”, com uma concepção de sentença como “ato de vontade” e de “verdade como adequação” (do objeto pelo intelecto = *adaequatio rei et intellectus*), a chamada relação sujeito-objeto.

Na essência, é preciso concordar com o sistema misto de valoração probatória (prova livre e tarifada), porque os demais não se coadunam com o Constitucionalismo Contemporâneo; a íntima convicção é incontrolável e a prova tarifada torna o juiz uma figura autômata - um organizador burocrata que declara o facto a partir da força vinculante do somatório das provas. Não obstante a persuasão exigir racionalidade (para justamente permitir controlabilidade), as práticas jurídicas no Brasil parecem ter tomado um rumo incontrolável de voluntarismo, realismo, ativismo e tantos outros caracteres inerentes ao solipsismo, além de apostar no Poder Judiciário forte, inclinando-se a fortalecer (paradoxalmente por lei) um suposto sistema de precedentes, conforme veremos mais à frente.

3. Institucionalidade atual. A Constituição Federal de 1988 e o CPC de 2015

O direito brasileiro também descende da família romano-germânica.

O Brasil é um Estado Federal, caracterizado pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 1º da Constituição). Constituída como República, a Federação brasileira tem origem centrífuga (quando o poder, inicialmente unitário, é transferido para outros entes federativos).³¹⁰ O que caracteriza o estado federado é a pluralidade de constituições.³¹¹

O Brasil tem aproximadamente 213,3 milhões de habitantes³¹² e conta com 1.454.457 advogados³¹³, o que representa 1 advogado para cada 146 habitantes.

³¹⁰ MORAIS, Carlos Blanco de - **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. p. 41.

³¹¹ Idem - **Op. Cit.** p. 38.

³¹² INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) - **Estimativas da população residente no Brasil e unidades da federação com data de referência em 1º de julho de 2021**. [Em linha]. Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2021/POP2021_20230710.pdf

³¹³ CONSELHO Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - **Quadro da Advocacia - Quantitativo total**. [Em linha]. Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>

A Constituição Federal de 1988 alberga extenso rol de **garantias processuais como direitos fundamentais**, cláusulas pétreas do sistema. Citamos as principais sob a ótica do processo civil (todas traduzidas em incisos do art. 5º da CF):

“XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Sobre o **dever de fundamentação de todas as decisões judiciais**, se encarregou o art. 93, inciso IX, da Constituição de 1988: “IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade³¹⁴, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

A estrutura judicial brasileira está caracterizada no art. 92 da Constituição, segundo o qual integram o Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal (STF), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o Tribunal Superior do Trabalho (TST) e Superior Tribunal Militar (STM), todos com sede na Capital Federal, em Brasília/DF.

No âmbito do segundo grau³¹⁵, há 06 Tribunais Regionais Federais; 27 Tribunais de Justiça (um para cada Estados e outro para o Distrito Federal e Territórios); 27 Tribunais Regionais Eleitorais dos Estados e do Distrito Federal; 24 Tribunais Regionais do Trabalho; e 03 Tribunais de Justiça Militar (nos Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul).³¹⁶

³¹⁴ Há um detalhe curioso na gênese da Constituição de 1988: o texto inaugurou com a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, mas somente após o substitutivo n. 02 da Comissão de Sistematização é que a **pena de nulidade** figurou no texto aprovado (LIMA, João Alberto de Oliveira – **A gênese do texto da Constituição de 1988**. p. 207).

³¹⁵ Os tribunais possuem competência originária para algumas ações.

³¹⁶ CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ). **Tribunais Brasileiros**. [Em linha]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/tribnais/u>

No primeiro grau de jurisdição, integram: os Juízes Federais (com 824 Varas e 179 Juizados Especiais); os Juízes Estaduais (com 8.628 Varas e 1.453 Juizados Especiais); os Juízes do Trabalho (1.569 Varas); Juízes Eleitorais (2.637 Zonas Eleitorais); e os Juízes Militares (12 auditorias militares Estaduais e 19 auditorias da União).³¹⁷

O Poder Judiciário brasileiro tem 435.583 servidores ao total, sendo destes 18.117 juízes. O volume de processos judiciais em tramitação no país alcança 81,4 milhões.³¹⁸

O Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição Federal de 1988, a qual manda compor o Tribunal com “no mínimo” 33 membros - e esse é o número atual de juízes da Corte, sendo: 11 oriundos dos Tribunais Regionais Federais (1/3); 11 provenientes dos Tribunais de Justiça dos Estados (1/3); e 11 intercalados entre Advogados e membros do Ministério Público.

O STJ tem como principal função **uniformizar a jurisprudência nacional em matéria infraconstitucional** (a matéria constitucional ficou reservada ao Supremo Tribunal Federal).

Do ponto de vista estatístico, o STJ vem recebendo mais de 400 mil processos por ano; a média no ano de 2023 ultrapassou 12 mil processos por cada ministro³¹⁹, o que significa mais de 32 processos novos por dia para cada julgador. Esse volume torna impraticável exigir maior qualidade nos julgamentos. Para minimizar o problema decorrente do excesso de recursos, ao invés de aumentar o número de juízes (como permite a Constituição), o Congresso Nacional optou por **reduzir o acesso** ao STJ criando o requisito da **arguição de relevância**, através da aprovação da recente Emenda Constitucional n. 125/2022³²⁰, ainda pendente de regulamentação.

Sobre o julgamento no STJ, cabem algumas notas. Nas hipóteses de julgamento colegiado, o relator já dispõe da **proposta de voto**, elaborada-auxiliada pela respectiva

³¹⁷ CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ) - **Justiça em Números 2023**. p. 26.

³¹⁸ Idem - **Op. Cit.** p. 72 e 92.

³¹⁹ SUPERIOR Tribunal de Justiça - **Processos recebidos no STJ em 2023 já passam de 419 mil; recorde renova debate sobre racionalização**. [Em linha]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/20112023-Processos-recebidos-no-STJ-em-2023-ja-passam-de-419-mil--recorde-renova-debate-sobre-racionalizacao.aspx>

³²⁰ CF1988, art. 105, § 2º. “No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento. § 3º Haverá a relevância de que trata o § 2º deste artigo nos seguintes casos: I - ações penais; II - ações de improbidade administrativa; III - ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos; IV - ações que possam gerar inelegibilidade; V - hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça VI - outras hipóteses previstas em lei.”

assessoria. Diferentemente de Portugal - em que o órgão colegiado se recolhe para deliberar, no Brasil as sessões de julgamento ocorrem em sessão pública (art. 93, IX, CF). Há ampla publicidade das decisões judiciais (com as exceções legais para reservar a privacidade em alguns casos, conforme art. 189, CPC). No âmbito do STF, a TV Justiça transmite ao vivo desde 2002 os julgamentos do Supremo.³²¹

Ainda antes do julgamento, existe uma praxe não regulada em lei³²², que consiste na possibilidade do advogado entregar **memoriais** diretamente a cada julgador, contendo um resumo dos principais argumentos, aptos a influenciar a decisão. Na sessão de julgamento, os advogados podem realizar sustentações orais após o relator expor o resumo da causa (art. 937, CPC). Em alguns tribunais, o regimento interno permite a antecipação do voto pelo relator, a permitir a dispensa da sustentação pelo advogado, se for do seu interesse (v.g. art. 161 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho).

De forma “darwiniana” - e também para contornar o excesso de trabalho, os julgadores do STJ têm se valido da prática de julgamentos monocráticos, porque o CPC permite ao relator negar seguimento a recurso contrário a texto de súmula do tribunal³²³. Considerando que o STJ não admite recurso especial para reavaliação da prova (Súmula n.º 7), há elevado índice de decisões unipessoais³²⁴ negando seguimento ao recurso, o que, porém, viabiliza a oposição de agravo interno para “forçar” o julgamento por parte do colegiado (art. 1.021 do CPC). Nessa hipótese, os advogados conquistaram recentemente o direito de sustentação oral nos agravos internos contra decisões monocráticas que negam seguimento a recursos.³²⁵

Em linhas muito gerais, esse é o cenário da jurisdição nacional, com ênfase no Superior Tribunal de Justiça, porque a pesquisa, do ponto de vista funcional, centra-se em perceber a forma como os tribunais promovem a valoração da prova e se isso é possível no âmbito do STJ.

³²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz - *Accountability e Transparência da Justiça Civil no Brasil*. p. 78.

³²² Embora o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil estabeleça como prerrogativa do advogado “dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada” (art. 7.º, VIII, Lei Federal n.º 8.906/94).

³²³ Art. 932. “Incumbe ao relator: (...) IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; (...)”

³²⁴ Em 2023, a Segunda Seção do STJ julgou 5.590 processos pela via monocrática e 1.055 em sessão colegiada. Na 3ª turma, mais de 2/3 dos recursos foram apreciados por decisão unipessoal e na 4ª turma, praticamente 60% dos julgados foram monocráticos. Fonte: SUPERIOR Tribunal de Justiça - **Órgãos julgadores especializados em direito privado anunciam resultados de 2023**.

³²⁵ Lei n.º 14.365 de 02 de junho de 2022.

3.1. O CPC de 2015: ainda se pode falar em livre convencimento motivado no Brasil?

O sistema da livre convicção remonta ao direito romano. Moacyr Amaral Santos explica que o julgamento conforme a consciência até mesmo permitia a recusa de julgar (*sibi non liquere*), quando, perplexo com a prova, o julgador não estava convencido. No extremo oposto, o sistema das provas tarifadas remonta às ordálias, que vigeram por centenas de anos até desaparecerem no Séc. XVIII d.C.³²⁶

A livre convicção não vincula o juiz a qualquer regra. No Brasil, o tribunal do júri tem esse formato, porque não requer fundamentação da decisão pelo jurado. O sistema da livre convicção ganhou solo fértil no CPC austríaco de 1895, por obra de Franz Klein³²⁷, tido como fundador do socialismo processual junto com Büllow e Menger.

No sistema da “persuasão racional” se diz que a convicção deveria ser condicionada. O juiz não seria livre, mas constricto pelas regras jurídicas da lógica e da experiência. Essas condicionantes estariam nos factos alegados pelas partes, na prova desses factos, nas regras de experiência e na motivação.³²⁸

O CPC de 2015 diminuiu o espaço discricionário do órgão decisor na valoração da prova; **suprimiu o vocábulo “livre” que integrava o revogado Código de 1973**; elevou os requisitos mínimos de fundamentação das decisões judiciais, adotando uma racionalidade a partir da qual considera não fundamentada uma decisão. Na elaboração do texto final, foi decisiva a *opinio doctorum* do Professor Lenio Streck, que expôs ao Deputado Paulo Teixeira, Relator do projeto, a necessidade de excluir as expressões “livre” e “livremente” quando relacionadas à formação do convencimento e apreciação da prova, face à recepção do paradigma da filosofia da linguagem, *verbis*: “Embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, **não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais.** [...] O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. **Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de**

³²⁶ SANTOS, Moacyr Amaral - **Prova judiciária cível e comercial**. p. 330-331.

³²⁷ Idem - **Op. Cit.** p. 331.

³²⁸ Idem - **Ibidem**. p. 332-333.

autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão”.³²⁹

Nesse espírito, o art. 371 do CPC/2015 foi assim sancionado: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

E como elementos essenciais de **qualquer decisão**, o CPC passou a exigir uma **fundamentação qualificada**³³⁰, conforme dispõe o art. 489, § 1º:

“Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; **IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador**; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” (destacamos).

Fredie Didier Jr., autor mais citado no âmbito do processo civil brasileiro³³¹, em coautoria com Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, tecem críticas ao “jargão” formado nos tribunais, no sentido de que o juiz “não está obrigado a enfrentar todos os fundamentos suscitados pelas partes”. Para os autores, esse raciocínio só é válido quando o pedido da parte é acolhido (v. g. se o autor suscitar três fundamentos e o pedido for acolhido com base num único, não há necessidade de exame dos demais). Entretanto, se o pedido for rejeitado, a lógica se inverte: o julgador precisa enfrentar **todos os argumentos deduzidos pela parte**, sob pena de violar a garantia do contraditório. Quando a parte é derrotada, todas as teses por si levantadas devem ser enfrentadas. Do contrário, há “erro técnico” e “uma forma de aniquilar o direito de ação e as garantias do contraditório e da ampla defesa.”³³²

³²⁹ STRECK, Lenio Luiz - O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa.** p. 35. Destacamos.

³³⁰ MEDINA, José Miguel Garcia - **Novo Código de Processo Civil Comentado.** p. 394.

³³¹ Conforme ranking divulgado pela “AD Scientific Index”. **Brazil Scientists Law** [Em linha]: Disponível em https://www.adscientificindex.com/?tit=Law+%2F+Law+and+Legal+Studies&country_code=br

³³² DIDIER Jr. - Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno - **Curso de Direito Processual Civil.** p. 335-338.

Elpídio Donizetti diz que o livre convencimento motivado continua “vivo” no sistema processual brasileiro e que a supressão da palavra “livremente” não alterou o princípio de valoração da prova, que segue idêntico ao sistema revogado.³³³

Interpretando o art. 371 do CPC/2015, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero defendem o sistema de apreciação livre da prova, “sem qualquer elemento que vincule o seu convencimento *a priori*”, desde que fundamentado; silenciam sobre a mudança paradigmática que ancora o CPC, que expungiu a expressão livremente. Tratando do alcance da fundamentação, defendem os modelos de “preponderância da prova” ou da “prova clara e convincente”, conforme exigir a hipótese concreta. Por exemplo: para direitos patrimoniais basta a prova prevaletente; para direitos de personalidade, exige-se prova clara e convincente.³³⁴ No direito brasileiro, é crescente a parcela da doutrina influenciada pelos modelos de **standards probatórios** e sua aplicabilidade, mesmo nos sistemas de matriz romano-germânica. Essa influência é perceptível nos autores ora citados. Porém, a metodologia parece *de lege ferenda* e mesmo que prevista em lei, dificilmente lograria “segurar” o intérprete. A redução da discricionariedade, ao invés de passar por *standards* de prova, deve seguir um **rigoroso controle hermenêutico** da decisão.

A seu turno, os processualistas Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery nada disseram sobre a extinção do termo “livre”. Em comentários ao art. 131 do CPC de 1973, assim como ao art. 371 do CPC de 2015, mantiveram a mesma compreensão do fenômeno: fazem expressa alusão ao “livre convencimento motivado” e que “o juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos”.³³⁵

Contudo, para José Miguel Garcia Medina, a retirada do termo “livre” é “carregado de simbologia”, pelo qual o CPC de 2015 afastou qualquer resquício de irracionalidade ou arbitrariedade na decisão.³³⁶

Para Teresa Arruda Alvim Wambier a mudança foi significativa. Diante da exclusão do vocábulo, “não há liberdade no ato de julgamento”, lembrando que o código promoveu uma

³³³ DONIZETTI, Elpídio - **Novo Código de Processo Civil Comentado**. p. 509-510.

³³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel - **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 480.

³³⁵ Conforme comparação entre a edição de 1997 (NERY JUNIOR, Nelson - **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. p. 439) com a edição de 2015 (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade - **Comentários ao Código de Processo Civil**. p. 992).

³³⁶ MEDINA, José Miguel Garcia - **Novo Código de Processo Civil Comentado**. p. 394.

“mutação revolucionária na normatização do ato de julgar, porque a decisão não é propriamente imposta, mas disposta para convencer.”.³³⁷

Como visto, não obstante o vacilo da doutrina, foram duas alterações legais significativas: i) o convencimento deixou de ser livre; ii) a sentença deve considerar **todos os argumentos suscitados** pelas partes, quando, em tese, podem conduzir a outro resultado no julgamento. No entanto, a jurisprudência do STJ reiteradamente tem desprezado os arts. 371 e 489, § 1º do CPC, em decisões com fundamentos deste jaez:

“Inicialmente, a respeito das alegações de violação dos arts. 1.022 c/c 489, § 1º, do CPC/2015, verifica-se não assistir razão ao recorrente, tendo o Tribunal *a quo* decidido a matéria de forma fundamentada, apreciando todas as **questões que entendeu necessárias** para a solução da lide, não obstante tenha decidido contrariamente à sua pretensão. Nesse panorama, convém ressaltar que **o julgador não está obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos invocados pelas partes quando, por outros meios que lhes sirvam de convicção, tenha encontrado motivação satisfatória para dirimir o litígio.** III - **As proposições poderão ou não ser explicitamente dissecadas pelo magistrado, que só estará obrigado a examinar a contenda nos limites da demanda, fundamentando o seu proceder de acordo com o seu livre convencimento**, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese *sub judice* e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto. Descaracterizada a alegada omissão, tem-se de rigor o afastamento da suposta violação dos referidos artigos, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.”³³⁸

Ou, ainda, quando o STJ sequer diferencia a mudança paradigmática empregada pelo novo CPC relativamente ao sistema de avaliação das provas, chegando a citar o código revogado e atual **como se sinonímia houvesse nesse domínio**: “(...) No sistema da persuasão racional, adotado pela legislação processual civil, (arts. 130 e 131 do CPC/73; e 370 e 371 do CPC/15), o magistrado é livre para examinar o conjunto fático-probatório produzido nos autos e firmar sua convicção, desde que indique de forma fundamentada os elementos do seu convencimento. (...)”³³⁹

A concepção de prova livre e que o juiz não precisa enfrentar os argumentos das partes criou no imaginário jurídico brasileiro a (falsa) compreensão sobre a possibilidade de um convencimento não constricto (não limitado), senão pela prova dos autos. Mas se a prova é de avaliação livre³⁴⁰, como controlar o intérprete?

³³⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* - **Breves comentários do código de processo civil [livro eletrônico]**. p. 951.

³³⁸ SUPERIOR Tribunal de Justiça do Brasil - Acórdão com o n.º 2369077, de 31 de outubro de 2023. Relator Francisco Falcão.

³³⁹ SUPERIOR Tribunal de Justiça do Brasil - Acórdão com o n.º 2078460, de 22 de setembro de 2023. Relatora Maria Isabel Gallotti.

³⁴⁰ Há exceções no sistema probatório brasileiro. Por exemplo: a comprovação de união estável para fins previdenciários (dependência econômica) exige “início de prova material contemporânea dos fatos, produzido em

A edificação de critérios - e da obrigatoriedade de exame de toda a prova - não foi suficiente para dissipar um senso comum teórico que se formou na jurisprudência, quanto repete *ad nauseam* que o livre convencimento é igual à desnecessidade de apreciar todos os argumentos (e provas) quando o juiz já formou sua convicção. Mesmo com a mudança copernicana assumida pelo Código de 2015, significativa parcela da doutrina brasileira sustenta que “nada mudou”. Parece haver um descolamento entre a doutrina (que preconiza pela existência de critérios) e a jurisprudência (que julga a partir do livre convencimento).

Ao invés de uma “cultura de precedentes” advogada por parcela da comunidade jurídica, é possível identificar que não existe uma “cultura de fundamentação exauriente”. Por isso, o CPC atual intensificou o dever de justificação da sentença, com uma particular inovação: além de descrever os requisitos da decisão (incisos do art. 489), foi além; disse o que seria uma “não decisão” ou uma “decisão insuficiente”.

Prova livre e livre convencimento motivado são conceitos diferentes. A prova livre, mesmo sem valor pré-fixado, **deve sempre dizer algo** se pertinente for; deve ser “levada a sério”, parafraseando Ronald Dworkin. Já o livre convencimento, ao menos na forma como disseminado nas práticas dos tribunais brasileiros, parece significar um **juízo livre** de amarras ou condicionantes prévios.

Há casos que nem mesmo a prova legal “segura” o intérprete. Por exemplo: o art. 1.245 do Código Civil de 2002 trata da propriedade imobiliária, a qual se transfere entre vivos somente pelo título translativo no registro de imóveis. No § 1º, diz textualmente: “Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.” Porém, diante da prática de alienação por simples “contrato de gaveta”, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n.º 84, segundo a qual “é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.” Ou seja, mesmo sem a transferência do bem perante o registro imobiliário (prova tarifada), se houver prova da aquisição o terceiro poderá opor-se à penhora do imóvel.

No âmbito dos juizados especiais, a situação é mais dramática. Para as ações judiciais de menor expressão econômica (até quarenta salários mínimos nacionais), o Brasil dispõe dos

período não superior a 24 (vinte e quatro) meses anterior à data do óbito ou do recolhimento à prisão do segurado, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento.” (art. 16, § 5º da Lei 8.213/91, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei n.º 13.846/2019).

Juizados Especiais Cíveis, Criminais e da Fazenda Pública. No “microssistema” processual dos juizados especiais, o nível de fundamentação das decisões judiciais é ainda mais reduzido, porque o juiz deve esclarecer somente quais foram os elementos de sua convicção. No ponto que interessa ao recorte dissertativo, a admissão de uma fundamentação seletiva - viés de confirmação - é admitida sem constrangimentos pela jurisprudência, inclusive amparada no enunciado cível n.º 159 do Fórum Nacional de Juizados Especiais - Fonaje, ao reputar que “não existe omissão a sanar por meio de embargos de declaração quando o acórdão não enfrenta todas as questões arguidas pelas partes, desde que uma delas tenha sido suficiente para o julgamento do recurso”.³⁴¹ O art. 489 do CPC, que impõe critérios edificantes da sentença ou acórdão, acabou repellido no reduto dos juizados especiais, conforme enunciado cível n. 162 do Fonaje: “Não se aplica ao Sistema dos Juizados Especiais a regra do art. 489 do CPC/2015 diante da expressa previsão contida no art. 38, caput, da Lei 9.099/95.”³⁴²

Urge no Brasil compreender que a liberdade de convencimento é antidemocrática e fere garantias processuais fundamentais. O legislador pretendeu frear o voluntarismo, mas ainda está perdendo a batalha. É preciso assimilar que excluir o livre convencimento não significa diminuir a independência do julgador. Lenio Streck adverte que a liberdade do juiz está relacionada ao descolamento da função jurisdicional do Soberano, mas daí não decorre uma liberdade interpretativa no julgamento; são coisas diferentes. Para o jurista, o “livre convencimento” não possui uma epistemologia amparada na tradição autêntica, que estabeleça solidamente o seu conceito. Sorte outra, a ausência de livre convencimento não significa a proibição de interpretar, porque toda decisão “exige exercício prático, senso de dever, capacidade de se adotar uma atitude reflexiva em relação às próprias pré-compreensões, garantia de coparticipação dos destinatários da decisão no processo deliberativo, aprendizado institucional e debate público”.³⁴³

Assim, estabelecer constrangimentos epistemológicos (Streck) na interpretação da prova sobre o facto não viola a **independência do juiz** assegurada pelas Constituições.³⁴⁴ É oportuna a advertência de Gomes Canotilho e Vital Moreira de que “**não há independência**

³⁴¹ FÓRUM Nacional de Juizados Especiais - FONAJE. **Enunciado 159** [Em linha]. Disponível em <https://fonaje.amb.com.br/enunciados/>

³⁴² FÓRUM Nacional de Juizados Especiais - FONAJE. **Enunciado 162** [Em linha]. Disponível em <https://fonaje.amb.com.br/enunciados/>

³⁴³ STRECK, Lenio Luiz – **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. p. 211-217

³⁴⁴ Art. 203.º da CRP de 1976: Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei. Art. 2º da CRFB de 1988 - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

judicial contra a lei”³⁴⁵, porque o intérprete-aplicador deve mover-se no quadrante normativo das regras e princípios, cujo manancial jurídico vitamina a imperiosidade da fundamentação adequada sobre as conclusões fático-jurídicas.

Em suma, afora a expunção do vocábulo “livremente” do atual Código, assim como a exigência de fundamentação qualificada para qualquer decisão judicial, as práticas dos tribunais não têm observado a lei. Pensamos ter comprovado empiricamente essa dura afirmação. Numa frase: a persuasão racional, como praticada hoje no Brasil, se aproxima do sistema da íntima convicção.³⁴⁶

3.2. O “modelo” de Súmulas

Outra “tendência” que se apresenta no Brasil consiste no modelo de verbetes com pretensão normativa. Falar de súmulas tem pertinência, porque há relação direta com a (im)possibilidade de reavaliação da prova e dos factos no âmbito dos tribunais superiores.

A prática de sumular a jurisprudência começou com a alteração do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal no dia 30.08.1963, com o propósito de compilar a jurisprudência predominante do Supremo. Na sessão plenária de 13 de dezembro de 1963 foram aprovados 370 verbetes. O ministro Victor Nunes Leal, relator da modificação regimental, foi o protagonista central na edição das 370 súmulas aprovadas em assentada única.³⁴⁷

O escopo primeiro das súmulas foi criar um **método de trabalho**, porque, a partir daquele momento, bastaria indicar o número do verbete que resumia a jurisprudência compendiada do STF, dispensando a referência a outros julgados. O “método” se alastrou para outros tribunais, passando a ser adotado pelo Tribunal Federal de Recursos (hoje extinto), Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais de Alçada de São Paulo, chegando aos Tribunais de Justiça dos Estados (esses últimos em decorrência de previsão expressa no CPC de 1973 para uniformização da jurisprudência).

A partir de 1973, as súmulas deixaram de ser elaboradas autonomamente, porque deveriam passar, a partir daquele momento, pelo Incidente de Uniformização de Jurisprudência

³⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. p. 515.

³⁴⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos - Tribunais superiores e standards de prova. *In* MORAES, Alexandre de/MENDONÇA, André Luiz de Almeida, Coord. - **Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal**. p. 499.

³⁴⁷ LEAL, Victor Nunes - Passado e futuro da Súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**. p. 1-3.

(IUI), nos termos do art. 479 do CPC de 1973³⁴⁸, prática que substituiu os antigos prejudgados do CPC de 1939 (art. 861).³⁴⁹ Para Victor Nunes Leal, a súmula ficou “equidistante dos velhos assentos da Casa de Suplicação” (previstos nas Ordenações Filipinas) e “dos modernos prejudgados” do CPC de 1939 (que recebeu “novo rótulo” a partir do CPC de 1973 - IUI).³⁵⁰

A despeito da correlação das súmulas com os **assentos portugueses**, Leal lembrou que as Ordenações Manuelinas e Filipinas previam que, em caso de dúvida na interpretação da Ordenação, os desembargadores poderiam dirigir-se ao regedor, que **poria a sentença**, daí resultando o assento da Casa de Suplicação, sistema que acabou positivado pelo Decreto de 04 de fevereiro de 1684 e pelo Decreto de 20 de junho de 1703, com previsão posterior no § 6º da Lei da Boa Razão (Lei de 18 de agosto de 1769). Quando a decisão do Tribunal da Relação fosse contrária ao assento da Casa de Suplicação, a parte prejudicada poderia recorrer à última.³⁵¹

Como os verbetes tinham a finalidade meramente de compilar os julgamentos no mesmo sentido, Victor Nunes Leal entendia **não ser recomendável a interpretação das súmulas**³⁵², por compreender que “o que se interpreta é a norma da lei ou do regulamento, e a Súmula é o resultado dessa interpretação, realizada pelo Supremo Tribunal”³⁵³. Portanto, quando a súmula pudesse criar dúvida, deveria ser cancelada - e eventualmente publicada outra mais clara, com outro número. Para o idealizador do método: “A Súmula não é norma autônoma, não é lei, é uma síntese de jurisprudência (...). Em alguns casos, interpretar a Súmula é fazer interpretação de interpretação. Voltaríamos à insegurança que a Súmula quis remediar.”³⁵⁴ Sobre o receio de **estagnação do direito**, seu fautor defendia a alteração dos verbetes quando modificada a norma de direito que lhe emprestava fundamento.³⁵⁵

A força do “direito sumular” foi ganhando musculatura com o passar dos anos. Embora fracassadas as tentativas de atribuir força normativa às súmulas na Constituição de 1946 e depois por lei infraconstitucional no ano de 1964³⁵⁶, o debate retornou no anteprojeto do CPC

³⁴⁸ “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”

³⁴⁹ LEAL, Victor Nunes - Passado e futuro da Súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**. p. 3-4.

³⁵⁰ Idem - **Op. Cit.** p. 5.

³⁵¹ Idem - **Ibidem**. p. 5.

³⁵² A propósito da edição de súmulas e o inescapável processo interpretativo: STOPASSOLA, Ariel; NASCIMENTO, Leonardo Longen - Uma sentença judicial clara dispensa interpretação? [Em linha]. São Paulo: **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, 2023. [Consult. 11 dez 2023]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-mai-06/diario-classe-sentenca-judicial-clara-dispensa-interpretacao/>

³⁵³ LEAL, Victor Nunes - Passado e futuro da Súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**. p. 11.

³⁵⁴ Idem - **Op. Cit.** p. 13.

³⁵⁵ Idem - **Ibidem**. p. 5-6.

³⁵⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes - Sobre a súmula vinculante. **Revista de Informação Legislativa**. p. 55.

de 1973, no qual Alfredo Buzaid pretendeu instituir os assentos “com força de lei”, o que acabou atenuado com aprovação de súmula (simples, não vinculante) decorrente da uniformização de jurisprudência quando houvesse julgamento pela maioria absoluta dos membros do tribunal (art. 479).

Preocupado com a formação democrática do direito e com a separação de poderes, em tese doutoral de 1995 o professor Lenio Streck já mostrava que a pretensão de vinculatividade da jurisprudência constituía desejo antigo de setores importantes da comunidade jurídica.³⁵⁷ Na altura, as súmulas já ostentavam um **poder violência simbólica** (pelo seu efeito persuasivo), uma **controlabilidade difusa** do discurso jurídico e um **fator normativo de poder** porque coloca(va) o polo de dicção do direito nos tribunais.³⁵⁸ Naquele final do Séc. XX, as súmulas **não tinham base constitucional**, senão nos regimentos internos dos tribunais; mesmo assim, granjeavam *status* superior à lei, porque o relator, em decisão unipessoal, poderia negar seguimento a recurso com fundamento contrário à súmula de jurisprudência (art. 38 da Lei 8.038/90)³⁵⁹. Para Streck, esse dispositivo constituiu uma maneira **sutil e indireta** de tornar vinculante a jurisprudência do STF, mas reputava inconstitucional porque i) não tinha assento constitucional, ii) impedia o recurso especial mesmo havendo divergência jurisprudencial (art. 105, III, “c”) e, por isso, iii) violava o princípio da legalidade (art. 5º, II).³⁶⁰ Para o pensador brasileiro, as súmulas figuram como “manifestações de discursos monológicos”, resultando na “supressão simbólica da autonomia dos sujeitos/atores jurídicos, construindo um imaginário coercitivo, no interior do qual os conflitos sociais são resolvidos através de *prêt-a-porter* significativos”.³⁶¹

Na revisão de 1993 (Emenda Constitucional n.º 3), o constituinte pretendeu atribuir força cogente às súmulas dos tribunais superiores (STF, STJ e TST), delegando à lei, ainda, a possibilidade de conferir vinculatividade a outras decisões de mérito proferidas pelo STF. Na altura discutia-se (até mesmo) o que seria vinculante: o **dispositivo da decisão** ou os **fundamentos determinantes - os argumentos lógicos-conclusivos**. No entanto, a Emenda Constitucional n.º 3 foi rejeitada nesse aspecto, limitando-se a criar a ação declaratória de constitucionalidade, cuja decisão, essa sim, teria - e tem até hoje - efeitos *erga omnes*.³⁶²

³⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz - **Eficácia, poder e função das súmulas no direito brasileiro**. p. 161.

³⁵⁸ Idem - **Op. Cit.** p. 9.

³⁵⁹ Revogado pelo atual CPC de 2015.

³⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz - **Eficácia, poder e função das súmulas no direito brasileiro**. p. 174-181.

³⁶¹ Idem - **Op. Cit.** p. 297-298.

³⁶² Idem - **Ibidem.** p. 191-203.

Já no século XXI, o parlamento brasileiro alterou a Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, passando a prever as Súmulas Vinculantes³⁶³. Vozes da doutrina, antes disso, já manifestavam-se **contra** os verbetes vinculativos; em texto publicado em 1997, Carmen Lúcia Antunes Rocha, hoje ministra do STF, dizia que a súmula de observância obrigatória ofendia o princípio da separação de poderes e tornava o Supremo um “verdadeiro ‘poder constituinte de segundo grau’”³⁶⁴. Porém, havia doutrina que defendia a ampliação dos poderes do Supremo.³⁶⁵

Para Alex Sander Xavier Pires, com referência a Sálvio de Figueiredo Teixeira, formaram-se dois blocos antagônicos. Aqueles que **criticavam** o instituto argumentavam que as súmulas vinculantes serviam para: dar função legislativa ao Supremo; violar a separação de poderes e a independência do juiz; servir de ferramenta autoritária; engessar a jurisprudência; concentrar o poder nos tribunais superiores e restringir o direito de ação. Já aqueles que **defendiam** as súmulas vinculantes sustentavam: a agilidade e eficiência da justiça; as múltiplas demandas sobre os mesmos temas; o fortalecimento da isonomia e da segurança jurídica; a possibilidade de evolução da jurisprudência pela modificação ou cancelamento das súmulas; a eliminação de decisões contraditórias e assim por diante.³⁶⁶⁻³⁶⁷

³⁶³ CF, art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, **terá efeito vinculante** em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula **terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas**, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete **grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica**. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que **contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal** que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (destacamos).

³⁶⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes - Sobre a súmula vinculante. **Revista de Informação Legislativa**. p. 56.

³⁶⁵ Para Luís Roberto Barroso, as súmulas vinculantes estão alinhadas ao movimento de valorização da jurisprudência no direito contemporâneo, considerando o aumento da litigiosidade, as demandas sobre a mesma matéria, não sendo mais possível “o apego às formas tradicionais de prestação artesanal de jurisdição” (BARROSO, Luís Roberto - **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. p. 114).

³⁶⁶ PIRES, Alex Sander Xavier - **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. p. 327-328.

³⁶⁷ Para o Professor da Universidade Autónoma de Lisboa, havia uma “missão da Súmula Vinculante de garantir o acesso às liberdades fundamentais no exato limite em que, congruando todos os argumentos favoráveis a sua instauração, **dá lição exata à sociedade dos limites dos direitos e dos deveres postos por detrás da norma constitucional reproduzida no ordenamento jurídico**, o que tranquiliza o indivíduo, fortalece o sistema normativo e contribui para a formação do sentimento de estar em Constituição dada a popularização de seu texto, o que se integra, por ora, aos argumentos favoráveis à instauração do instituto; tampouco discutiu-se a proteção dos bens primários sociais resguardados a título de direitos individuais, na Constituição de 1988.” PIRES, Alex Sander Xavier - **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. p. 329. Destacamos.

Sem embargo - e aqui não cabe alongar a discussão do problema, é facto que o Poder Judiciário vem se fortalecendo³⁶⁸, culminando, hoje, com alguns setores da doutrina a propugnar a defesa de uma “cultura ou sistema de precedentes”, havendo até mesmo certa confusão se o texto das súmulas constituem ou não precedentes³⁶⁹. De todo modo, certo é que as súmulas estão impregnadas no cenário jurídico-processual contemporâneo. Quando Victor Nunes Leal pretendeu criar simples “método de trabalho”, talvez não imaginaria o paulatino aumento da força normativa das súmulas sedimentada nas práticas jurídicas na atualidade.³⁷⁰

Pelo atual CPC de 2015, **a vocação normativa das súmulas está consolidada**, afirmação que pode ser comprovada pelos seguintes exemplos: i) o juiz deve conceder a tutela de urgência - mesmo sem perigo de dano ou risco - quando o fato estiver provado por documento e houver fundamento jurídico **baseado em súmula vinculante** (art. 311, II); o juiz deve julgar improcedente a ação, antes mesmo da citação do réu, **se a pretensão contrariar súmula do STF ou STJ** (art. 332, I); para deixar de seguir enunciado de súmula, o julgador deve demonstrar a **distinção** do caso concreto (art. 489, VI); o Código dispensa a remessa necessária nas causas contra a Fazenda Pública **se o julgamento estiver baseado em súmula**; no cumprimento provisório da sentença é dispensada a caução **quando a decisão exequenda fundar-se em súmula**; e assim por diante.

³⁶⁸ A doutrina estrangeira também reconhece o fortalecimento excessivo dos tribunais brasileiros - e especialmente do STF. Nesse sentido: MORAIS, Carlos Blanco - **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. p. 414.

³⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade - **Comentários ao Código de Processo Civil**. p. 1832.

³⁷⁰ Em homenagem ao idealizador das súmulas, o STF e a Universidade de Brasília lançaram “Projeto Victor”, para selecionar, através de inteligência artificial, os temas de maior incidência no âmbito do Supremo. O robô apoia a Secretaria de Gestão de Precedentes do STF para aferir se a matéria tem repercussão geral. A utilização de IA no âmbito do Supremo está aumentando; em 2023, a ferramenta “VitorIA” foi lançada para concentrar os temas repetitivos ou similares na Corte. Mais recentemente, o STF publicou o Edital de Chamamento Público n.º 1/2023, convidando pessoas jurídicas interessadas em desenvolver protótipos de “inteligência artificial generativa para criação de sumários automatizados” (leia-se: resumos da própria decisão jurídica). A nosso sentir, o Tribunal está deixando de julgar **casos** (afastando-se da faticidade do caso concreto) para apostar no julgamento de **teses** (com nítida vocação prescritiva). Novamente com Lenio Streck, o caso e a decisão jurídica não dispensa a interpretação; por isso, a atribuição (interpretativa) de sentido deve ser capaz de formular perguntas, de modo que as respostas produzidas em série (*prêt-a-porter* - “prontas para vestir”) não dão conta do fenômeno jurídico. Fontes: SUPREMO Tribunal Federal. **Projeto Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral**; SUPREMO Tribunal Federal. **STF finaliza testes de nova ferramenta de Inteligência Artificial**; EDITAL de Chamamento Público n. 1/2023. Supremo Tribunal Federal. STRECK, Lenio - **Um robô pode julgar? Quem programa o robô?**

Para sacramentar o modelo (e o deslocamento do polo de dicção do direito para o judiciário, com pretensão vinculativa vertical e horizontal), o CPC de 2015 determina a edição de súmulas, sua observância obrigatória, além da formação de “precedentes”³⁷¹ e “teses”:

“Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.”

Para Nelson Nery Junior e Rosa Nery, com exceção das súmulas vinculantes previstas na Constituição, todos os demais enunciados com pretensão de obrigatoriedade (v. g. o julgamento em incidente de assunção de competência, os recursos repetitivos, as súmulas simples do STF/STJ, os precedentes ou teses) **não podem vincular**, porque, sem exceção, **não**

³⁷¹ Daniel Mitidiero conceitua “precedentes” como sendo as “razões necessárias e suficientes para a solução de uma questão devidamente precisada do ponto de vista fático-jurídico obtidas por força de generalizações empreendidas a partir do julgamento de casos pela unanimidade ou pela maioria de um colegiado integrante de uma Corte Suprema.” (MITIDIERO, Daniel - **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. p. 127).

têm previsão constitucional. Lembrando que os tribunais julgam casos e não teses, o sistema deve observância às decisões dos tribunais de cume mais pela **legitimidade argumentativa** do que pela imperatividade legal; portanto, uma espécie de reconhecimento moral a ser conquistado. O Tribunal Constitucional alemão constitui exemplo de conquista histórica de legitimidade de suas decisões; através da jurisprudência, por exemplo, o *BVerfG* transformou uma lei ordinária na Lei Fundamental Alemã.³⁷² Assim, o “governo dos juízes” com elaboração de textos normativos abstratos e ulterior aplicação, além de ferir a separação dos poderes, não tem amparo constitucional.

Porém, esse debate não pacífico. Razões de segurança jurídica, igualdade e dignidade humana fundamentam o entendimento em sentido oposto. Para Daniel Mitidiero, o Brasil deve pensar o STF e o STJ como “Cortes de Interpretação e de Precedentes - e não mais como Cortes de Controle e de Jurisprudência”, caracterizando as primeiras como Cortes Supremas (com escopo proativo) e não meramente como Cortes Superiores (como hoje são, com escopo reativo). Para o processualista brasileiro, os “tribunais de vértice” (STF/STJ) têm a **finalidade de interpretar e conferir unidade ao direito, para além de resolver o caso concreto**. O processo judicial em si tem esse caráter dúplice: dirige-se às partes e à sociedade. No âmbito dos precedentes, o caso concreto é **meio** para atingir o **fim de unidade do direito**.³⁷³ Diz que o “objetivo da Corte é orientar a aplicação do Direito mediante a justa interpretação da ordem jurídica, sendo o caso concreto apenas um **pretexto** para que se possa formar precedentes”, os quais constituem “fonte primordial do Direito”.³⁷⁴

Finaliza Mitidiero defendendo a necessária “construção” de uma teoria do precedente judicial e uma “reforma cultural”³⁷⁵, cujas afirmações, a nosso sentir, revelam a dificuldade de sustentar uma “cultura” ou um “sistema” de precedentes, porque uma cultura não se impõe à sociedade³⁷⁶, já que advém inexoravelmente da imemorial tradição. A atuação proativa e prospectiva dos tribunais dependeriam de reforma legislativa, como, aliás, reconhece o próprio autor.³⁷⁷

³⁷² NERY Junior, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade - **Comentários ao Código de Processo Civil**. p. 1836-1841.

³⁷³ MITIDIERO, Daniel - **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. p. 18-35.

³⁷⁴ Idem - **Op. Cit.** p. 65.

³⁷⁵ Idem - **Ibidem**. p. 127.

³⁷⁶ STRECK, Lenio - Ainda sobre a perda do caso concreto na ‘cultura dos precedentes’. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**.

³⁷⁷ MITIDIERO, Daniel - **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. p. 153.

Assim, parece-nos que falta amparo constitucional para os tribunais editarem teses *pro futuro*. Tribunais devem julgar casos e não teses. As decisões anteriores podem, claro, subsidiar julgamentos futuros, pois assim se produz o encadeamento do direito de que trata Ronald Dworkin na sua famosa metáfora do **romance em cadeia** (cada juiz vai adicionando um capítulo ao todo coerente do direito, conforme, aliás, dispõe o art. 926 do CPC). Mas a atribuição de sentido ao direito não pode constituir atividade exclusiva dos tribunais, porque o judiciário não tem esse privilégio cognitivo, sob pena de reprimatizar o “realismo jurídico”, segundo o qual o direito seria é “aquilo que os tribunais dizem que é”.³⁷⁸ Restringir “o que é o direito” como sendo aquilo que diz o tribunal significa romper a construção democrática que ampara as fontes jurídicas. Em suma, para tornar vinculantes as decisões dos tribunais superiores é preciso, antes, um rigoroso debate legislativo e ulterior modificação constitucional, sem prejuízo, ainda, de redarguir-se eventual ofensa ao princípio da separação de poderes, amalgamado na Constituição de 1988.

De toda sorte, é preciso reconhecer: os argumentos contrários às súmulas malograram; os verbetes e sua carga prescritiva-normativa triunfaram e estão sacramentadas nas práticas jurídicas do Brasil. É praticamente vã a tentativa de rediscutir determinada matéria no âmbito do STF/STJ/TST quando colidir com súmula de jurisprudência.

No âmbito da valoração da prova, **todos os tribunais de superposição têm súmulas obstativas da pretensa rediscussão dos factos da causa**, conforme veremos no tópico seguinte. Por isso, antes de examinar os verbetes que impedem a rediscussão dos factos nos tribunais superiores, era preciso mostrar o ambiente em que situadas as súmulas no direito brasileiro, para revelar as razões que sustentam a habitual recusa - pelo STF, STJ e TST - em reanalisar “as provas” ou “os factos” da causa.

3.2.2. A Súmula n.º 279 do STF, a Súmula n.º 7 do STJ e a Súmula n.º 126 do TST. O exame de todos os argumentos das partes e a requalificação jurídica do facto por parte dos tribunais superiores

Retomando ao contexto de compilação dos primeiros 370 verbetes em 13.12.1963, foi aprovada a Súmula 279 do STF, com o seguinte enunciado: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” Embora sua publicação oficial faça referência a 02 únicos

³⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz – **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. p. 129.

“precedentes”³⁷⁹, o verbete n.º 279 encontra(va) ressonância em muitos outros julgados anteriores do STF.³⁸⁰

Na Carta Testemunhável n. 3.713 de 1924, o acórdão contém uma única página, cuja *ratio* está contida na própria ementa: “Não cabe recurso extraordinário da decisão da Justiça local que se limitou á apreciação da prova de factos e á applicação aos factos provados das disposições de Lei que os regiam.”³⁸¹⁻³⁸²

No Agravo de Instrumento n.º 29.710 de 1963, após transcrever a decisão denegatória, o relator concluiu: “Toda a matéria discutida - posse - girou em torno da prova dos autos. A própria petição do agravante evidencia que o que se pretende, através do recurso extraordinário, é o reexame de matéria de fato, pois aí se diz e se repete que ‘os autores ora agravantes alegaram e provaram’ (e enumera uma série de detalhes do feito, com indicação de folhas e de peças). Houve aplicação da lei, em face das provas, dentro das atribuições da justiça local. Inadmissível, pois, o apêlo extraordinário.”³⁸³⁻³⁸⁴

No Tribunal Superior do Trabalho, a Súmula n.º 126 vige desde 1981, nos seguintes termos: “Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, “b”, da CLT) para reexame de fatos e provas.” Dos precedentes que originaram o verbete, um deles data de 1957, pelo qual o TST esclareceu que **a declaração do contrato de trabalho constitui matéria de direito** (porque sua caracterização diz respeito aos **efeitos jurídicos** dos factos), **mas as**

³⁷⁹ A Carta Testemunhável n.º 3713 julgada em 30.01.1924 e publicada no DJ de 09.04.1924, assim como o Agravo de Instrumento n.º 29710 julgado em 14.10.1963 e publicado no DJ em 17.12.1963.

³⁸⁰ Exemplos: SUPREMO Tribunal Federal. Acórdão com o n.º 7.876 (Recurso Extraordinário), de 20 de julho de 1944. Relator Castro Nunes; SUPREMO Tribunal Federal. Acórdão com o n.º 14.231 (Recurso Extraordinário), de 20 de dezembro de 1948. Relator Ribeiro da Costa; SUPREMO Tribunal Federal. Acórdão com o n.º 12.698 (Recurso Extraordinário), de 25 de julho de 1950. Relator Lafayette de Andrada.

³⁸¹ SUPREMO Tribunal Federal do Brasil - Acórdão com o n.º 3.713 (Carta Testemunhável), de 30 de janeiro de 1924. Relator Guimarães Natal.

³⁸² Naquela altura, vigia a primeira Constituição Republicana de 1891, cujo art. 59, § 1º preconizava: “Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”

³⁸³ SUPREMO Tribunal Federal do Brasil - Acórdão com o n.º 29.710 (Agravo de Instrumento), de 14 de outubro de 1963. Relator Evandro Lins.

³⁸⁴ Ao tempo desse julgado, vigia a Constituição de 1946, que admitia o recurso extraordinário nos casos de **violação** à Constituição/Lei, constitucionalidade da lei federal ou local ou, ainda, **divergência** da decisão recorrida com outros tribunais, *verbis*: Art. 101 da Constituição de 1946. “Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou a letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; **d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.**” (destacamos).

condições em que prestado o serviço constitui a matéria de facto. Por isso, o tribunal de revista estaria autorizado a examinar os requisitos do vínculo empregatício (pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação - art. 3º da CLT), porque “não se pode repelir *a priori* a revista sob a alegação pura e simples de que não comporta semelhante recurso a circunstância de se tratar de matéria de prova da relação de emprego.”³⁸⁵

A diferença é tênue; pela hermenêutica filosófica, uma impossibilidade. A subordinação trabalhista (para efeitos de um contrato de trabalho) pode ser tanto um facto, quanto um conceito jurídico. A obrigação de cumprir horário de trabalho é **uma forma** de subordinação. Aquele que examina se o trabalhador tinha o dever de cumprir uma jornada **já sabe antes - pela pré-compreensão autêntica - o que significa a subordinação**. E quando o intérprete pesquisa se havia subordinação, pensa necessariamente nas **situações fáticas** que preenchem o conceito cuja compreensão já tem (se o trabalhador cumpria horário de trabalho, ordens etc.). Por isso, com Gadamer, a compreensão de qualquer fenómeno se dá sempre pela *applicatio*, porque não é possível cindir os atos de conhecimento, interpretação e aplicação. O intérprete está sempre aplicando; quando pensa no facto, pensa no direito e vice-versa, num movimento de constante aprimoramento.

No Superior Tribunal de Justiça, a Súmula n.º 7 foi editada em 1990 e permanece intacta com a seguinte redação: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Diante da impossibilidade de reapreciação das inferências probatórias no âmbito dos tribunais superiores - e abaixo vamos comprovar a aceitabilidade jurisprudencial de decidir sem exame de todos os fundamentos arguidos pelas partes -, a via recursal remanescente se encontra no art. 93, IX, da CF, por alegação de nulidade da decisão por negativa de prestação jurisdicional - o que, em Portugal, equivale à omissão de pronúncia.

Com efeito, um contraditório em sentido forte requer a apreciação dos argumentos da parte. Não é compatível com a matriz democrática o direito de manifestação meramente formal. No contraditório efetivo os argumentos devem ser rebatidos, especialmente quando for o caso de derrotar a tese do arguente. Sobre esse tema, a jurisprudência do STF mostrou-se vacilante nas últimas duas décadas, esmaecendo, com isso, a integridade do direito. Inicialmente, em 2004, antes mesmo do CPC vigente, a Suprema Corte **reputou nula** uma decisão que não

³⁸⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - Acórdão com o n.º 1418-71.1957.5.55.5555 (Recurso de Revista), de 16 de novembro de 1957. Relator Edgard de Oliveira Lima.

apreciou os fundamentos suscitados pela parte, registrando na decisão: “Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Cf. *Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, vol. IV, nº 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional -- *BVerfGE 11, 218 (218)*; Cf. *Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, vol. IV, nº 97)”³⁸⁶

A partir do CPC/2015, o legislador passou a exigir **fundamentação qualificada** em qualquer decisão judicial (art. 489, § 1º), sob pena de nulidade (art. 93, IX, Constituição). Sorte pouca para o jurisdicionado, o Supremo mudou radicalmente seu entendimento: decidiu não ser necessário examinar todos os argumentos das partes (e isso, na prática, estende-se à prova dos autos). A “cultura” dominante no imaginário jurídico, compreendendo **dispensável** um contraditório forte, ganhou reforço com uma decisão mais recente do STF com repercussão geral.

A repercussão geral constitui requisito para apreciação do mérito do recurso extraordinário pelo STF, quando a matéria ultrapassar os interesses subjetivos das partes (art. 102, § 3º, Constituição). Em determinado recurso que discutia a extensão da fundamentação das decisões judiciais (Tema n.º 339), a Suprema Corte atribuiu repercussão geral à seguinte decisão: “O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.” Houve ressalva do Min. Marco Aurélio, para quem o Judiciário deve examinar todas as causas e pedidos formulados pela parte, porque “não existe prestação jurisdicional aperfeiçoada se não se examinarem, até para declarar a improcedência, todos os pontos enfocados pela parte”.³⁸⁷ Na fundamentação do acórdão, o relator Gilmar Mendes citou inúmeros julgados no mesmo sentido - de que **o julgador não precisa enfrentar pormenorizadamente todos os**

³⁸⁶ SUPREMO Tribunal Federal do Brasil - Acórdão com o n.º 24.268, de 05 de fevereiro de 2004. Relator Gilmar Mendes.

³⁸⁷ SUPREMO Tribunal Federal do Brasil - Acórdão com o n.º 791.292, de 23 de junho de 2010. Relator Gilmar Mendes.

fundamentos ou provas -, proferidos desde o início da década de 1990 (ou seja, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988).

Esse conjunto de decisões culminou na fixação de “um precedente”, o Tema n.º 339 de repercussão geral, e contribuiu para a formação do **senso comum teórico dos juristas** (como definia Luis Alberto Warat), no sentido de que bastaria ao julgador encontrar os fundamentos e provas que amparem a decisão, sem a obrigação de rebater todas os argumentos ou provas suscitadas pela parte. Se o Supremo Tribunal do país permite um contraditório em sentido fraco, os demais tribunais sentem-se autorizados a fazê-lo.

Considerando (i) a dificuldade de rediscutir os factos nos tribunais de superposição, (ii) a restrição jurisprudencial do STF, STJ e TST de discutir a violação do art. 489, § 1º do CPC de 2015 e (iii) a rejeição da nulidade por negativa de prestação jurisdicional (porque não seria preciso enfrentar todos os argumentos da parte), a única saída do jurisdicionado consiste - quando isso for possível - na “reavaliação da prova” ou na “requalificação jurídica dos fatos”, possibilitando extrair novas conclusões a partir das premissas fáticas assentadas “soberanamente” pelas instâncias ordinárias. A linha é tênue: impossibilidade de **reexame** da prova, mas com possibilidade de **reavaliação**. Nisso, alguns julgados permitem esse poder pelos tribunais de cume, conforme amostras:

a) STF: “(...) A decisão atacada não revolveu fatos e provas constantes nos autos, mas sim realizou o enquadramento jurídico dos fatos relatados na espécie, o que é possível nessa estreita via extraordinária. (...)”.³⁸⁸ Ainda: “(...) INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 279/STF. Valoração, caracterização, classificação e requalificação de dados constantes nos autos, que não importem a necessidade de reabertura da fase instrutória, não se confundem com reexame de fatos e provas, vedado no julgamento de recurso extraordinário. Agravo regimental ao qual se nega provimento.”³⁸⁹ Também: “(...) E nem se alegue que a Súmula 279 desta Corte seria empecilho ao conhecimento daquele recurso extraordinário, diante do fato de que a requalificação dos fatos não se confunde com o revolvimento destes e das provas, calhando transcrever a ementa do seguinte julgado (...)”.³⁹⁰

³⁸⁸ SUPREMO Tribunal Federal do Brasil - Acórdão com o n.º 802.046, de 09 de novembro de 2010. Relator Ricardo Lewandowski.

³⁸⁹ SUPREMO Tribunal Federal do Brasil - Acórdão com o n.º 677.843, de 18 de outubro de 2011. Relator Joaquim Barbosa.

³⁹⁰ SUPREMO Tribunal Federal do Brasil - Acórdão com o n.º 2298, de 13 de setembro de 2018. Relator Gilmar Mendes.

b) STJ: “(...) Reexame probatório implica alterar as circunstâncias fáticas estabelecidas no acórdão impugnado, isto é, revisitar as provas dos autos para alterar a questão fática, enquanto reavaliação da prova significa extrair a qualificação jurídica dos fatos descritos no acórdão recorrido, no tocante ao material probatório.”³⁹¹

c) TST: “(...) Não há reexame de provas quando a Turma decide a partir de premissas extraídas de todos os depoimentos testemunhais transcritos no acórdão regional, que estão em conformidade com os fatos registrados. (...)”³⁹²

Em suma, diferentemente de Portugal, os tribunais superiores no Brasil dificilmente incursionam na massa fática ou tampouco fiscalizam as inferências presuntivas de um facto com outro facto. Nesse ponto, o sistema ainda é caudatário da cisão entre **questão de facto** e **questão de direito**, sobre o qual dedicaremos algumas linhas críticas no próximo capítulo.

3.3. O “neoliberalismo processual” e o processo civil democrático

No capítulo I, vimos que o século XIX apresentou os movimentos denominados de liberalismo processual e socialismo processual. Apresentamos, em seguida, a doutrina que sustenta um **modelo democrático de processo**. Entretanto, o Brasil apresenta uma peculiaridade que a doutrina chama de **neoliberalismo processual**.³⁹³ Explica-se: para compatibilizar o catálogo de direitos sociais garantidos pela Constituição Federal de 1988 com a lógica de livre mercado, aposta-se no protagonismo judicial com redução de perigos ao mercado. Segundo Francisco José Borges Motta e Adalberto Narciso Hommerding, “o neoliberalismo processual apropriou-se do discurso socializante da jurisdição (fundamentalmente, do argumento do acesso à justiça) para desnaturá-lo; permite-se a produção de decisões em larga escala, na lógica da produtividade, sem, contudo, uma preocupação real com a aplicação social do Direito ou com a produção de respostas constitucionalmente adequadas.”³⁹⁴

³⁹¹ Voto-vista do ministro Gurgel de Faria. SUPERIOR Tribunal de Justiça. Acórdão com o n. 1.365.600, de 07 de maio de 2019. Relatora Regina Helena Costa.

³⁹² TRIBUNAL Superior do Trabalho. Acórdão com o n.º 1000-47-2011.5.04.0702, de 29 de janeiro de 2021. Relatora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi.

³⁹³ MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso - O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. p. 192-194.

³⁹⁴ Idem - **Op. Cit.** p. 193.

Essa lógica de produtividade, inclusive com cobrança de metas dos juízes pelo Conselho Nacional de Justiça e meritocracia na promoção de magistrados³⁹⁵, é perceptível pelos mecanismos criados pelo atual Código de Processo Civil de 2015, que edificou um sistema de “precedentes”, visando, sob o fundamento da isonomia, decidir de forma padronizada determinadas questões jurídicas. Ainda, é preciso lembrar o significativo número de verbetes com vocação normativa (pró-futuro) editados pelos tribunais, a exemplo de súmulas que procuramos esclarecer linhas atrás. Por tudo isso, é possível identificar que o neoliberalismo processual brasileiro apresenta uma lógica de resultados.³⁹⁶

Esse movimento, contudo, não parece compatível com o Estado Democrático de Direito. Os tribunais devem julgar casos, e não somente teses³⁹⁷. Esgotados os paradigmas do liberalismo e socialismo processual (cuja centralidade, respectivamente, repousava nas partes e no juiz), é preciso reconhecer que o Constitucionalismo Contemporâneo constitui um novo paradigma no direito (cf. Streck) e, portanto, deve iluminar as práticas jurídicas, para assegurar um processo civil democrático, garantístico, participativo e intersubjetivo - e que, por isso, viabiliza a construção do resultado pelo diálogo entre todos os atores da cena processual (policêntrico).

No período pós-1988, o garantismo processual deveria ser consenso para conter o arbítrio. Um processo de cariz democrático, com observância dos princípios elementares (contraditório forte, ampla defesa, fundamentação qualificada, recursos, igualdade das partes e assim por diante) permitiria alcançar esse propósito, porque o processo, se mal utilizado, também pode ser antidemocrático, conforme adverte Carmen Lúcia: “(...) O processo é um instrumento de exercício do poder. Assim, a democracia política e mesmo a democracia social tem no processo uma forma de manifestação e realização dos seus princípios. Mas a antidemocracia também pode valer-se dele para cumprir os seus objetivos. Daí a necessidade de se estabelecer uma principiologia jurídica democrática informadora do processo sem o que tanto poderá ele ser uma arma jurídica favorável como poderá ser contrária ao indivíduo. Somente o processo democrático é a superação do arbítrio”³⁹⁸

³⁹⁵ Conforme Resolução n. 106 do CNJ, de 06 de abril de 2010, a qual regula, por exemplo, critérios de desempenho e produtividade dos magistrados, compreendendo o número de sentenças proferidas (art. 6º, II, alínea “d”).

³⁹⁶ MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso - O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. p. 194.

³⁹⁷ NUNES, Dierle José Coelho - Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. p. 16.

³⁹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. *Revista de direito administrativo - Revista de Informação Legislativa*. p. 7.

Se o processo é condição de possibilidade, ele não deve ter escopos (econômicos, políticos, morais etc.), porque o escopo deve ser o próprio processo. Se resultado da decisão deve ser construído a partir do diálogo - e a hermenêutica constitui abertura ao diálogo porque é estruturante -, é impossível ter escopos ou definições concebidas antes do próprio diálogo, ou, como diz Streck, não se pode ter respostas antes das perguntas. Esse fenômeno tem conexão direta com o princípio do contraditório. O diálogo processual consiste em ser ouvido e ter seus argumentos considerados com seriedade, para ulterior formação do juízo.

Sorte outra, a abertura ao diálogo não significa relativismo; uma criteriologia ampara verdades (hermenêuticas). É por isso que não se pode falar no assujeitamento da prova por parte de alguém com privilégio cognitivo. O assujeitamento ocorre na linguagem - e sempre de modo público e intersubjetivo, pela conexão/relação sujeito-sujeito. E como construção dialogada, a decisão judicial deve ser controlada intersubjetivamente, tanto pelas partes, quanto pela sociedade - a chamada função endoprocessual e extraprocessual da motivação (Michele Taruffo) ou a “sociabilidade da convicção” (Moacyr Amaral Santos).³⁹⁹

A fundamentação do compreendido, portanto, é que vai permitir a impugnação da decisão. Para evitar o voluntarismo, os sistemas processualistas colocam travas - ou “tarifações” que são garantias -, a exemplo da fundamentação mínima prevista no CPC Português de 2013 (art.º 607) e no CPC Brasileiro de 2015 (art. 489). No fundo, é elevar em potência as garantias processuais fundamentais inscritas no art. 5º da Constituição Federal, antes citadas, em relação às quais o Brasil ainda não conseguiu levar a bom termo, porque se constitui num país de modernidade tardia.⁴⁰⁰

Sobre a valoração probatória no Brasil, era o que pretendíamos expor ao leitor. Esses elementos vão permitir a síntese comparativa no capítulo porvir, assim como a finalização com uma reflexão crítica sobre os modelos adotados em cada nação.

³⁹⁹ SANTOS, Moacyr Amaral - **Prova judiciária cível e comercial**. p. 343.

⁴⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz – **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. p. 23-42.

CAPÍTULO IV - PONTOS DE APROXIMAÇÃO E AFASTAMENTO ENTRE OS SISTEMAS CONFRONTADOS

1. Síntese comparativa

Recolhidas as informações sobre o direito em cada sistema, chega-se à terceira fase da pesquisa, que consiste na elaboração da síntese comparativa, ocasião em que se enunciam as **semelhanças e diferenças**, avaliando o modelo de solução empregado em cada país.⁴⁰¹

Portugal e Brasil apresentam pontos em comum. A descendência romano-germânica, com a principal fonte jurídica baseada **na lei**⁴⁰² assegura respostas semelhantes ao problema principal. Atualmente, os direitos e liberdades fundamentais⁴⁰³ formam o **núcleo duro** de cada nação, compreendendo o direito de **obter uma decisão judicial fundamentada** sobre a matéria fático-jurídica.

Uma das funções do direito comparado consiste na identificação dos padrões ou “princípios comuns”⁴⁰⁴ adotados pelos diferentes países. A doutrina descreve duas correntes comparativistas com propósitos distintos: aquela que aposta na **comparação integradora** (que compara para observar as semelhanças) e outra que promove a **comparação contrastada** (que busca destacar as diferenças).⁴⁰⁵ Depreender as diferenças é mais importante que apontar as semelhanças.⁴⁰⁶ Nessa linha de ideias - e para desvelar as aproximações e distanciamentos -, é preciso realocar, desta vez agrupadamente, as principais premissas que foram trabalhadas até o momento⁴⁰⁷, tendo como objeto a questão central da dissertação: a valoração da prova no processo civil.

Família. Portugal e Brasil descendem da mesma família (romano-germânica) e adotam a tradição do *civil law*.

Ordenações do Reino. As nações foram regidas pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas⁴⁰⁸, mas apenas as duas últimas disciplinaram o processo no Livro III,

⁴⁰¹ VICENTE, Dário Moura – **Direito Comparado**. p. 44-45.

⁴⁰² Ou nas fontes legais comuns, conforme VICENTE, Dário Moura - **Op. Cit.** p. 84.

⁴⁰³ Nesse sentido, o art. 1º, n.º 1 do Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, promulgado no Brasil pelo Decreto n.º 3.927, de 19 de setembro de 2001.

⁴⁰⁴ VICENTE, Dário Moura - **Direito Comparado**. p. 26-28.

⁴⁰⁵ Idem - **Op. Cit.** p. 30.

⁴⁰⁶ ANCEL, Marc – **Utilidade e métodos do direito comparado**. p. 81.

⁴⁰⁷ Considerando que os aportes a seguir resumem os temas tratados ao longo da dissertação, nos reportamos às referências bibliográficas oportunamente lançadas.

⁴⁰⁸ RAMOS, Rui Manoel Moura - Apresentação. **Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal**, p. XII.

assegurando, há mais de 500 anos, garantias judiciais importantes: restrição do julgamento à prova contida nos autos e às alegações das partes; em Portugal, as Ordenações Filipinas vigoraram até as reformas de 1832, 1837 e 1841, enquanto no Brasil tiveram um século a mais de vida, porque revogadas em 1939.

Privatismo civil e processual. Primeiros Códigos. No início do Séc. XIX, a justiça civil de ambos países era **liberal-individualista**.

Portugal aprovou seu primeiro Código Civil em 1867 e seu primeiro Código de Processo Civil em 1876; naquela época, o juiz era passivo, sem poderes oficiosos na produção probatória; os meios de prova eram de valor livre, com raras exceções.

No Brasil, com a aprovação do Decreto n.º 737/1850, inicialmente dedicado às causas comerciais e, a partir de 1890, também às ações civis, o juiz era preponderantemente reativo aos impulsos das partes.

No início do século XX, praticamente todas as unidades da federação brasileira aprovaram Códigos Processuais Civis, com vigência nos respectivos territórios. A unificação nacional do direito adjetivo ocorreu a partir de 1939.

Publicismo processual e sua gênese no Século XIX. Códigos e reformas no Século XX. Na metade do Séc. XIX germinou o socialismo processual a partir das obras de Anton Menger, Franz Klein e Oskar von Bülow. No início do Séc. XX, Portugal iniciou a mudança de rota político-ideológica, aderindo ao publicismo processual, destacando-se a influência de José Alberto dos Reis; em 1907, o Decreto n.º 3 simplificou o processo e aumentou os poderes do juiz, que saiu ainda mais fortalecido por nova legislação em 1926.

Em 1939, Portugal e Brasil aprovaram Códigos Processuais Civis de matriz publicística. Nos **temas de prova**, o CPC português previu o **questionário**, o que não tem paralelo no Brasil.

Em 1961, Portugal aprovou outro CPC, quando, então, o tribunal colectivo, dedicado apenas à decisão sobre a matéria de facto, passou a ter a **obrigatoriedade de fundamentar** suas decisões; abaixo, faremos melhor alusão ao tribunal colectivo. Nas reformas processuais de 1995-1996, ampliou-se o dever de fundamentação; além da justificação para os factos provados, a lei passou a exigir justificação para os **factos não provados**; nessas reformas, ao Tribunal da Relação foi constituído como um **tribunal de instância mitigada**, podendo, se provocado, alterar pontualmente a matéria de facto.

O Brasil internalizou a jurisdição de matriz pública-autoritária um pouco mais tarde, a partir do CPC de 1939, recebendo contributos do direito processual português; o primeiro CPC nacionalmente unificado outorgava ao juiz amplos poderes de direção do processo, assujeitando os factos pela sua racionalidade adjudicadora de sentido; o princípio dispositivo ficou rarefeito, enquanto o inquisitivo se densificou; nessa quadra da história, identifica-se o ‘ponto alto’ do paradigma da filosofia da consciência.

Tribunal colectivo para julgamento da matéria de facto. Em 1932, Portugal criou um tribunal colectivo destinado exclusivamente a apreciar as questões de facto (até determinado valor); curiosamente, o colectivo não precisava fundamentar a decisão tomada sobre o facto, até porque **não havia recurso**, o que passou a ocorrer em 1961; a partir das reformas de 1995-1996 admitiu-se a revisão da matéria fática por parte da Relação em situações pontuais; os factos tidos como provados pelo tribunal colectivo, somados àqueles admitidos por acordo e confessados pelas partes, é que iriam constituir o material necessário para o “silogismo” subsequente (a ser “aplicado” pela sentença). No Brasil, não encontramos paralelo nesse aspecto; não há precedente na legislação brasileira sobre a existência de um tribunal colegiado de primeira instância dedicado a julgar exclusivamente a matéria de facto.

Convenções e tribunais internacionais. Fundamentação deficiente. Violação de garantias processuais. Portugal e Brasil submetem-se às convenções internacionais de direitos humanos. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) assegura um **processo equitativo**, enquanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) trata similarmente das **garantias judiciais**. O ponto de convergência: contraditório amplo como direito de ser ouvido e ter suas razões consideradas. Para as Cortes Internacionais, o exame pormenorizado dos argumentos depende da facticidade: tanto o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) compreendem que não se exige uma resposta detalhada a cada argumento, mas sim quando forem determinantes à natureza da decisão. O TEDH e a CIDH têm julgados condenando países sob sua jurisdição por conta de julgamentos mal fundamentados.

Constitucionalismo Contemporâneo. Em 1976, a Assembleia Constituinte aprovou a Constituição da República de Portugal, garantindo a **obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões judiciais**. Em 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, assegurando garantias processuais (acesso à justiça, coisa julgada, juiz natural, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, recursos, proibição de prova ilícita, publicidade, assistência jurídica gratuita e duração razoável do processo) como direitos fundamentais

inalteráveis nessa ordem constitucional; ao tratar do Poder Judiciário, obrigou a fundamentação das decisões, sob pena de nulidade.

Inconstitucionalidade atual. Portugal é um Estado unitário com 10,4 milhões de residentes, 35.432 advogados, 2.034 juízes e 1.483 membros do Ministério Público (dados de 2021); o Brasil é um Estado federado com 213,3 milhões de habitantes, 1.454.457 advogados, 18.117 juízes e 81,4 milhões de processos em tramitação.

Supremo Tribunal de Justiça (Portugal) e Superior Tribunal de Justiça (Brasil). O STJ Português foi criado em 1832 em sucessão ao Desembargo do Paço; iniciou suas atribuições na lógica da cassação, mas hoje funciona como um **tribunal de substituição**. O STJ Brasileiro foi criado pela Constituição Federal de 1988 e tem vocação mista (cassação e revisão); em regra, ambos dedicam-se às questões **exclusivamente de direito** e têm a finalidade de uniformizar a jurisprudência.

O STJ português tem 60 juízes conselheiros; por ano, recebe em torno de 3.800 processos e julga o equivalente; o tempo de tramitação médio é de 3 meses. Por sua vez, o STJ brasileiro tem 33 ministros e recebe, por ano, mais de 400.000 processos; em 2023, julgou mais processos do que recebeu.⁴⁰⁹

Para contornar o volume excessivo de recursos, os países adotaram soluções diferentes. Em 2007, Portugal instituiu a **dupla conforme** como obstáculo ao recurso de revista para o STJ. Quando a sentença for confirmada pela Relação sem voto vencido, o recurso é incabível (salvo a chamada revista excecional); a partir do CPC de 2013, manteve-se o bloqueio da revista quando a sentença é confirmada pela Relação sem voto vencido e **sem fundamentação essencialmente diferente**.

No Brasil, a contar da Emenda Constitucional n.º 125/2022, o constituinte estabeleceu a **arguição de relevância**, ainda pendente de regulamentação⁴¹⁰. No entanto, para dar conta do número de recursos especiais, o STJ adota a prática de julgamentos monocráticos e uma “jurisprudência defensiva”, sobretudo a partir da Súmula n.º 7 do STJ, provendo apenas 4% dos recursos especiais que não são admitidos nos tribunais de origem.⁴¹¹ No âmbito do STF e do TST, já estão em prática os filtros da **repercussão geral** e **transcendência**, respectivamente.

⁴⁰⁹ Até outubro de 2023, o STJ brasileiro recebeu 363.377 novos casos e julgou 429.491. Fonte: CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ) - **Justiça em Números 2023**. Disponível em <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>

⁴¹⁰ No recurso extraordinário destinado ao STF, é necessário formular uma preliminar de repercussão geral. Nos recursos destinados ao TST, é preciso apontar a transcendência.

⁴¹¹ VITAL, Danilo - **STJ julga mérito de apenas 4% dos recursos especiais que os tribunais não admitem**.

O STJ português tem alçada pelo valor da ação e sucumbência (30 mil e 15 mil euros, respectivamente), o que não sucede no Brasil.

O julgamento do STJ Português ocorre em sessão fechada, enquanto no Brasil em sessão aberta - em regra com possibilidade de acompanhamento pelo público e sustentação oral pelos advogados.

Estrutura das petições, sentenças e acórdãos. A estrutura dos articulados e dos julgamentos no processo português é diferente do Brasil. Em Portugal, os factos e fundamentos das petições são numerados; no Brasil, não há essa obrigação. Essa diferença, embora pareça simples, conduz à distinta estruturação do processo em cada nação; um detalhe aparentemente singelo que assume relevância nos desdobramentos processuais subsequentes.

Em Portugal, na estrutura da sentença ou acórdão, o tribunal costuma relatar **todas as conclusões sobre os factos narrados pelas partes e resolvidos pela instância inferior**, o que resulta no exame **analítico e pormenorizado** sobre cada facto essencial do processo. O Anexo I comprova a sistematização da decisão. No Brasil, o relatório do acórdão costuma resumir os principais argumentos do recurso, mas dificilmente se encontra algum julgamento narrando todas as premissas fáticas suscitadas na inicial ou defesa, assim como a descrição de todas as premissas fáticas tidas como provadas e não provadas pela sentença ou acórdão (até porque a lei não exige a fundamentação sobre os factos tidos como não provados). Como amostragem, vide Anexo II da dissertação.

Fundamentação das decisões. Os países pesquisados apresentam um núcleo comum: o dever constitucional de fundamentar as decisões; contudo, mostram diferenças quanto à **extensão da fundamentação**. Portugal prestigia a fundamentação analítica. No Brasil, a jurisprudência dos tribunais de superposição, ao arrepio da lei, tornou **sem efeito** o dever de escrutínio de todos os argumentos das partes (o que permite, no limite, até mesmo a adoção de fundamentação confirmativa de uma decisão tomada; na sistemática adotada pelo judiciário, há risco da fundamentação se tornar ornamental).

Factos e provas. Livre convencimento. O dever de examinar **todas** as provas é assente nos códigos lusitano e brasileiro; até aqui não residem maiores indagações; se determinada

prova é considerada irrelevante pelo juiz e, portanto, acaba desprezada, cabe àquele motivar as razões da desconsideração ou subestimação da prova.⁴¹²

Contudo, o CPC português de 2013 impõe uma fórmula, um percurso ou *iter* justificativo para a fundamentação da sentença (art. 607.º, n.º 4) e seu descumprimento configura violação da lei de processo passível de levar a discussão ao STJ. A livre apreciação da prova não se assemelha ao convencimento livre de critérios. Ao contrário. O convencimento do juiz deve ser (e é) condicionado, constricto e contingenciado por balizas pré-definidas, com possibilidade de sindicância até mesmo pelo STJ.

No Brasil, o CPC extinguiu o convencimento “livre”, mas a jurisprudência do STF, STJ e TST, assim como parte da doutrina, reluta em admitir a mudança paradigmática. O mesmo Código intensificou o dever de fundamentação de qualquer decisão; porém, o STF julgou o Tema n.º 339, concluindo, com repercussão geral, que basta fundamentar a decisão, ainda que sucintamente, sem determinar o exame pormenorizado de cada alegação, tornando “sem efeito” o art. 489, § 1º, IV, do CPC/15.

Recursos sobre a questão de facto. Os países **contrastam** nas exigências recursais para modificar as questões de facto (e também de direito). Portugal apresenta **maior rigor argumentativo**. Na apelação, para alterar a questão de facto, o recorrente deve impugnar (i) quais pontos da factualidade que reputa incorretamente julgados, (ii) quais os meios probatórios que impõem conclusão diversa e (iii) qual a decisão, no seu entender, deve ser proferida. Sob pena de rejeição, o advogado possui esse ônus argumentativo, que pode-se dizer analítico, porque deve demonstrar por quais razões os pontos de facto comportam solução diversa, a partir de meios de prova que direcionam para outro caminho. Para Jorge Augusto Pais de Amaral - a partir da lição de Alberto dos Reis, “as conclusões têm uma vantagem incontestável: forçam o advogado a ser claro e preciso, a coordenar e disciplinar suas alegações e fundamentos”.⁴¹³

⁴¹² A propósito, Michele Taruffo adverte que não é suficiente “que o juiz indique quais são as provas que justificam a versão dos fatos que adotou como verdadeira”; para uma motivação adequada, o julgador deve examinar a prova contrária, explicando “por quais razões entendeu desnecessário levar em consideração essas provas ao formular seu juízo” (TARUFFO, Michele – **A motivação da sentença civil**, p. 26). Noutras palavras, a validade da solução encontrada depende da análise das provas contrárias às conclusões do julgador sobre os fatos. Nesse mesmo sentido, o CPC português, no seu art. 154.º, n.º 2: “A justificação não pode consistir na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição, salvo quando, tratando-se de despacho interlocutório, a contraparte não tenha apresentado oposição ao pedido e o caso seja de manifesta simplicidade.” No Brasil, reitere-se, o CPC edifica condições de insuficiência de fundamentação (art. 489, § 1º).

⁴¹³ AMARAL, Jorge Augusto Pais de - *Direito Processual Civil*. p. 455.

Nas questões de facto, a Relação deve formar **sua própria convicção**, demonstrando ter seguido o *iter* justificativo previsto no art. 607.º, n. 4, do CPC/2013; a inobservância pode conduzir à nulidade do julgamento.

O rigor argumentativo fez “dogmática” na jurisprudência do STJ Português, o qual considera o **ônus primário** (indicar os pontos e meios concretos de prova) e **secundários** (indicar os trechos dos depoimentos gravados, se for o caso) quando o recorrente pretende impugnar as conclusões sobre a matéria de facto, o que não significa uma reapreciação latitudinária ou global da causa, mas um novo julgamento da própria decisão atacada, nos limites devolvidos à instância *ad quem*, pelo qual o juízo recursal deve formar a própria convicção. Para o STJ, esse é o “método processual assumido como garantia de um julgamento equitativo das questões de facto e da legitimidade da decisão que sobre elas venha a recair, com observância dos princípios do contraditório e do tratamento igual das partes.”⁴¹⁴

No Brasil, a dialeticidade também constitui um dos requisitos recursais em geral; o advogado deve demonstrar o desacerto da decisão recorrida, mas não está obrigado a dizer (sob pena de rejeição do recurso, como sucede em Portugal) quais foram os meios de prova, ponto a ponto, que conduzem à solução diversa, embora isso seja recomendável. A lei brasileira exige, sem maior rigor, que o recorrente exponha (i) o facto e o direito, (ii) as razões que fundamentam o pedido de reforma ou nulidade e (iii) o pedido de nova decisão.⁴¹⁵

Modificação da questão de facto pelos tribunais superiores. Controle das inferências presuntivas. A verificação do *iter* justificativo pavimentado pelo Tribunal da Relação não esbarra na dupla conforme, porque trata-se de aferir a observância da lei de processo, o que viabiliza o reexame pelo STJ.

Ainda, o STJ português fiscaliza as inferências presuntivas sobre factos (o relacionamento de um facto com outro facto), porque a presunção (legal ou judicial) constitui matéria de direito substantivo; o Supremo português incursiona no acórdão recorrido para verificar se a Relação formou “a própria convicção”, ou seja, se promoveu a **análise crítica da prova**, isto é, fiscaliza o **modo** como a Relação reapreciou a matéria de facto.

O controle das inferências presuntivas em Portugal aproxima-se da hermenêutica, porque a atribuição de sentido aos factos pelo intérprete não é livre; deve guardar coerência e ter amparo noutros factos. Aqui, percebe-se a similaridade com o círculo hermenêutico que

⁴¹⁴ SUPREMO Tribunal de Justiça de Portugal - Acórdão com o n.º 3144/12.2TBPRD-B.P1.S1, de 05 de abril de 2022. Relator Ricardo Costa.

⁴¹⁵ Art. 1.010, incisos II, III e IV do CPC/2015.

funda a compreensão; o raciocínio se desloca do particular ao geral (e vice-versa) e vai se aprimorando quando se depara com outros eventos; ou seja, as conclusões vão se aperfeiçoando na medida em que se estrutura o diálogo.

Sobre o controle da prova pelo STJ português, Miguel Teixeira de Souza leciona:

“O problema do controlo da prova pelo STJ coloca-se, no entanto, de forma completamente diferente quando o que se analisa não é o controlo sobre o resultado da prova obtido nas instâncias através do critério da “prudente convicção”, mas antes o controlo sobre se o critério de decisão utilizado pelas instâncias para chegar a um determinado resultado probatório pode ser reconduzido à ‘prudente convicção’. Se bem se repara, é completamente distinto afirmar que o STJ não pode controlar o resultado probatório que é obtido através da ‘prudente convicção’ e afirmar que o STJ não pode controlar se o critério que levou ao resultado probatório é realmente o da ‘prudente convicção’. (...) Se as instâncias utilizaram um critério que pode ser reconduzido à “prudente convicção” e chegaram a um certo resultado probatório, o STJ não pode controlar este resultado. Em contrapartida, se as instâncias aplicaram um critério que não pode ser reconduzido ao da “prudente convicção”, o STJ pode controlar qualquer resultado probatório.”⁴¹⁶

A nosso sentir, a **prudente convicção** funciona como elemento que bloqueia/limita a livre apreciação da prova. Colhe-se ainda do texto do Prof. Miguel Teixeira de Souza: “Suponha-se, por exemplo, que as instâncias avaliaram o valor de um depoimento testemunhal em função do sexo ou da raça da testemunha; independentemente de esses factores terem sido utilizados para aumentar ou diminuir o valor probatório do depoimento, é claro que o critério utilizado pelas instâncias não corresponde à “prudente convicção” imposta pelo artigo 607.º, n.º 5, do CPC.”⁴¹⁷

Dessa forma, por violação à prudente convicção - e, portanto, por violação à lei de processo (art. 607.º, n. 5.º c/c art. 674.º, n.º 1, b, todos do CPC/2013) -, é possível ao STJ fiscalizar o *iter* das instâncias para chegar à conclusão sobre a matéria de facto.

No Brasil, os tribunais de superposição são refratários ao reexame dos factos “soberanamente” firmados pelo tribunal recorrido⁴¹⁸, assim como a fiscalização do percurso edificado pelo acórdão para chegar às conclusões fáticas. Admite-se, excepcionalmente, a reavaliação da prova para o **reenquadramento jurídico** da questão. Esse constitui um dos pontos de maior contraste entre os países pesquisados.

Sistema de valoração da prova. Em Portugal e Brasil vigora o sistema misto de valoração da prova: há provas de valor livre e outras tarifadas; consequentemente, admitem o

⁴¹⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de - **O controlo das presunções judiciais pelo Supremo Tribunal de Justiça**. p. 47.

⁴¹⁷ Idem - **Op. Cit.** p. 48.

⁴¹⁸ Ressalvadas as discussões sobre prova com valor tarifado, prova ilícita, ônus da prova e outras situações de direito substantivo.

livre convencimento motivado, que deve ser lido a partir da sua compreensão pelo uso intersubjetivo da expressão; livre convencimento motivado em Portugal não significa íntima convicção ou “libertação” de critérios; no Brasil, também não deveria significar, mas julgamos ter demonstrado que o livre convencimento brasileiro aproxima-se do sistema da íntima convicção.

Meios de prova. Os meios de prova em Portugal estão tipificados no Código Civil de 1966 (presunções, confissão, documental, pericial, testemunhal e inspeção pelo tribunal) e pelo CPC de 2013 (prova por declaração da parte e as verificações não judiciais qualificadas). No Brasil, o Código Civil de 2002 admite os seguintes meios de prova, salvo quando exigível forma especial: confissão, documento, testemunho, presunção e perícia (art. 212); o CPC de 2015 prevê a ata notarial (instrumento público), depoimento pessoal, confissão, documento (incluindo eletrônico), testemunho, perícia e inspeção judicial. No sistema brasileiro, vigora, como regra, a atipicidade dos meios de prova⁴¹⁹, porque a lei permite o emprego de “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (art. 369, CPC de 2015).

Inquisitivo e dispositivo. Portugal e Brasil “mixam” os princípios inquisitivo e dispositivo no processo civil; o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial. Há autores que defendem a ampliação dos poderes do juiz (publicismo processual) e outros que advogam pelo dispositivo (privatismo processual). No Constitucionalismo Contemporâneo, porém, o processo deve ser garantístico, participativo, policêntrico, dialogal e desprovido de qualquer julgamento pré-definido ao debate; portanto, no plano ideal, sem existir um foco de centralidade, seja nas partes ou no juiz; o processo seria condição de possibilidade para conter o arbítrio e promover garantias.

Assentos e súmulas. Os assentos foram instituídos em Portugal em 1684, mas perderam a força obrigatória porque declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional em 1993 (com forte contribuição doutrinária de Castanheira Neves). **Em direção contrária**, o Brasil tem apostado no fortalecimento do direito jurisprudencial, com a edição de súmulas vinculantes e a promoção de julgamentos em recursos ou demandas repetitivas de observância obrigatória; há doutrina que defende um “sistema ou cultura de precedentes”.

⁴¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade - **Comentários ao Código de Processo Civil**. p. 983.

No contexto dos verbetes com força prospectiva, é preciso comparar como o STJ Português e o STJ Brasileiro movem-se no plano da valoração da prova e sobre a questão de facto. No Brasil, súmulas “defensivas” impedem o reexame da prova, abrindo ligeira fenda para requalificação jurídica do facto; em Portugal o STJ fiscaliza como a Relação utilizou dos poderes de reapreciação da matéria de facto.

Destaques finais. Os sistemas apresentam similitudes quanto ao dever de fundamentação, mas contrastam especialmente na estrutura, nos critérios de avaliação probatória (em sentença) e nos procedimentos de reexame pelas instâncias, fundamentalmente pelos tribunais superiores.

Reconhecemos que a microcomparação constitui um modo fragmentário de enxergar o problema, pois é uma forma de analisar o fenómeno jurídico reduzido às suas partículas elementares. Nessa ordem de ideias, Leontin-Jean Constantinesco compara a microcomparação à análise microscópica das ciências naturais: com significativa ampliação da lente, as células de um organismo pouco se diferem morfológicamente, mas ganham diferenças paulatinas na medida em que o observador vai se afastando do objeto e enxergando o todo maior. Por isso, defende que somente a macrocomparação pode dar conta das respostas satisfatórias para determinado problema.⁴²⁰ Pela microcomparação, o jurista possivelmente vai encontrar pontos comuns (coincidentes): no problema concreto, a exigência de fundamentação da decisão judicial não difere; Portugal e Brasil a exigem; constitui um padrão comum, o qual, aliás, está no cerne dos ordenamentos jurídicos dos países civilizados. Mas à medida que o intérprete “reduz o zoom” e passa a observar (e descrever) a maneira de fundamentar as decisões (e seus desdobramentos), as diferenças se acentuam.

Das amostras jurisprudenciais colhidas no início do trabalho, é possível perceber, empiricamente, maior aderência do julgador português à lei escrita, com menor mobilidade subjetiva na decisão sobre o facto da causa. No Brasil, é possível comprovar o fortalecimento do direito jurisprudencial, a menor limitação do julgador aos constrangimentos (oriundos da intersubjetividade) na solução do caso concreto.

Por evidente, não temos a explicação para essa diferença, senão intuir pela distinta estrutura que deve formar os articulados, sentença e acórdãos, assim como a formação de uma “cultura de fundamentação” analítica. Mas Enrico Tullio Liebman (1903-1986) explica que a

⁴²⁰ CONSTANTINESCO, Leontin-Jean - **Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado**. p. 326-327.

vigência longa das Ordenações Filipinas no Brasil **pode ter contribuído para a prática mais criativa da jurisprudência**. Liebman, que passou 06 anos no Brasil (1940-1946) e contribuiu decisivamente na formação da escola paulista de processo,⁴²¹ publicou um ensaio comparativo em 1948 - e escreveu: “As Ordenações estiveram assim em vigor por um tempo excepcionalmente longo, e é talvez nesse fato que se deva buscar a explicação para a atitude que a doutrina e a jurisprudência brasileiras tiveram e têm diante da lei escrita: isto é, uma menor dependência para com a lei escrita do que têm os juristas europeus e uma interpretação mais livre de suas disposições, no esforço de encontrar uma solução satisfatória para cada caso concreto, com amplo recurso ao direito comparado e à doutrina estrangeira.”⁴²²

De nossa parte, na condição de brasileiro situado em dado lugar de fala (*Dasein*) e na perspectiva de advogado que deseja ver elevadas as garantias asseguradas/prometidas pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, pela Constituição Federal de 1988 e pelo CPC de 2015, é preciso reivindicar ostensivamente o direito de obter um julgamento fundamentado e com (séria) consideração sobre os argumentos relevantes arguidos pelas partes. Por isso, é preciso reconhecer que a fundamentação das decisões judiciais do sistema português **constitui um modelo a ser perseguido**. É claro que devemos considerar a significativa diferença territorial, demográfica e estrutural das instituições comparadas, aliada a litigiosidade excessiva (para ficar apenas nesses argumentos), o que dificulta o permanente desafio de pretender uma justiça mais controlável quando decide a respeito das proposições sobre factos. Mas é preciso reconhecer: quem examina “de fora”, como na hipótese do subscritor deste texto, percebe que a comunidade jurídica portuguesa criou as condições necessárias para estabelecer uma “cultura de fundamentação” das decisões judiciais e contraditório forte, qualidades que o Brasil ainda precisa melhorar.

2. Algumas reflexões críticas

Até aqui, o trabalho procurou (i) avaliar o problema central, (ii) promover a justaposição das fontes; e (iii) identificar os pontos de aproximação e afastamento nas soluções empregadas. No entanto, ainda com esteio na doutrina comparativista, a pesquisa deve avançar, para (iv) realizar uma **avaliação crítica** das soluções empregadas por cada nação⁴²³; e, nesse ponto,

⁴²¹ PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle - **O Código de Processo Civil Brasileiro: Origem, formação e projeto de reforma**. p. 97-98.

⁴²² LIEBMAN, Enrico Tullio - Instituições do direito comum no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. p. 7.

⁴²³ VICENTE, Dário Moura – **Direito Comparado**. p. 46.

pretendemos trazer à colação importante doutrina que problematiza o dualismo entre a **questão de facto** e **questão de direito**, cujos aportes trarão à reboque algumas reflexões da hermenêutica filosófica que ampara a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Luiz Streck.

2.1. A problemática cisão entre a questão de facto e a questão de direito

A cisão entre a questão de facto e a questão de direito praticamente define a “linha de corte” até onde a ação judicial de conhecimento (ação declarativa) poderá ser debatida no âmbito dos tribunais. Se a divergência consistir em matéria de facto, os recursos aos tribunais superiores dificilmente terão seguimento ou apreciação.

Praticamente é dificilmente foram advérbios propositais, porque, em direito, as posições levadas à radicalidade em regra estão equivocadas. Procuremos explicar. Um determinado conceito pode significar um facto ou uma premissa jurídica. No direito do trabalho, por exemplo, o vocábulo **subordinação** suscita essa dúvida: seria um facto ou um conceito jurídico? E a **união estável** no Brasil (**união de facto** em Portugal) seria um facto ou instituto jurídico do direito de família?

Intuitivamente, é possível distinguir que existem premissas que são “puramente” fáticas: chovia no dia do acidente, era noite na ocasião do atropelamento, havia tráfego intenso de veículos na autopista e assim por diante. Mas essa “pureza” nem sempre é tão cristalina.

O processualista Ovídio A. Baptista da Silva (1929-2009) é conhecido por sua crítica ao paradigma racionalista (caudatário da lógica, da matemática e com pretensão de exatidão), por entender inviável aplicar-se à complexidade do fenómeno jurídico. Lembra que os sistemas processuais modernos têm relação direta com as teorias contratualistas, a partir de Thomas Hobbes. Ensina-nos que a teoria do contrato social **limita as liberdades naturais**; logo, sendo restritivo, o direito posto passa a ser proibitivo. Por essa razão, o direito (emanado da *autorictas*) passa a ser visto como reação ao ilícito.⁴²⁴ Esse contexto tem relação com a separabilidade entre “fato e direito”, “vida e norma”, “direito material e processual”. O olhar dicotômico figurou

⁴²⁴ O autor exemplifica o modo de compreensão “dogmática” do direito material, a partir de August Thon. Esse último defendia uma diferença entre a **propriedade** e o **direito de propriedade**. Para o jurista alemão, o **direito de propriedade** existiria (subjetivamente) somente depois que fosse violado, donde nasceria, para o titular, o direito de opor-se ao ato ilícito. Para Ovídio, “definir o direito por sua ‘ação’ é substituir a norma por sua consequência. No fundo, é esquecer o que seja o Direito.” Para o autor, o direito “preexiste à ação de quem age, forçando sua observância” (SILVA, Ovídio A. Baptista da - **Direito Material e Processo (Estudo para compor o livro em homenagem ao Prof. Egas Muniz de Aragão)**, p. 5-9.

como “poderoso instrumento para a consolidação de nossa formação dogmática”.⁴²⁵ Conseqüência desse componente ideológico (normativismo = direito posto como norma), o direito prescindirá “dos fatos”, porque enxergado abstratamente.⁴²⁶ Por isso, Ovídio defende que existe uma matriz epistemológica que conduz à cisão entre facto e direito. Se o direito é caudatário das ciências lógicas (como defenderam Hobbes, Leibniz, Spinoza e Descartes, entre outros filósofos do iluminismo), a dogmática jurídica solidificou um pensamento binário entre **certo** e **errado**, próprio das ciências matemáticas.⁴²⁷ E nesse contexto entram os tribunais quando reformam ou cassam as decisões tidas por **erradas**. Diz textualmente que “a separação entre direito e fato, pressupostos de alguns recursos - mais do que isso, princípio estruturante do sistema -, é outro testemunho dessa matriz epistemológica. Direito enquanto norma, direito capaz de ser normatizado, direito que renuncia, ou aspira renunciar, às especificidades do ‘caso’”.⁴²⁸

A crítica do professor brasileiro é escutada por autores da envergadura de António Castanheira Neves (1929-), o qual também rechaça a pretensa dicotomia entre a dimensão factual e normativa, *verbis*:

“A justificação imediata encontrámo-la no espírito com que o pensamento jurídico dominante se vem pondo tradicionalmente o problema da distinção; espírito que é, aliás, também clara expressão tanto da sua generalizada concepção do direito, como das suas intenções metodológicas. Postulando que o direito lhe é pura e simplesmente **dado** num complexo de normas positivas formalmente prescritas, com o qual o identifica, e que o seu conteúdo é, por isso, determinável não só lógico-significativamente, mas mesmo normativamente com inteira independência de uma qualquer referência aos ‘factos’ (à realidade social e histórica do seu concreto cumprimento), e ainda, por outro lado, que todos os problemas jurídicos encontram nesse conteúdo lógico-normativo a solução **antecipadamente preparada e enunciada, entende o pensamento jurídico, em natural inferência, que o direito é algo ‘em si’, uma entidade objectiva que cumpre tão-só conhecer ou apreender com um método adequado, não sendo o decidir de uma qualquer questão jurídica mais do que exatamente conhecer a solução prévia que para ela o direito já oferece**. Para este positivismo normativista não só, com efeito, o direito e o facto seriam duas entidades objectivas independentes e separadas - cujo conhecimento podia ser respectivamente imputado a entidades em tudo diferentes e autónomas uma da outra - como ainda o distinguir, num problema jurídico concreto, a questão-de-facto da questão-de-direito se viria a traduzir num mero delimitar objetivo de ‘o facto’ relativamente a ‘o direito’, ou deste relativamente àquele, enquanto entidades autónomas em si subsistentes.”⁴²⁹

⁴²⁵ Idem - **Op. Cit.** p. 4.

⁴²⁶ Para os que defendem essa separabilidade, segue a crítica do autor: “antes da sentença, não há direito, somente fatos, realidades ‘sociologicamente’ relevantes! Somente sociologia, não ainda direito”. (Idem - **Ibidem.** p. 10.

⁴²⁷ Uma equação algébrica ou está certa ou está errada.

⁴²⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da - **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista.** p. 240.

⁴²⁹ NEVES, António Castanheira - **Digesta, escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.** p. 419-420. O destaque é nosso.

Na doutrina estrangeira, também há autores que rejeitam o dualismo entre *facto versus* direito. Para o jurista belga Francois Rigaux, “Contrariamente à dicotomia tradicional - *Da mihi factum tibi dado ius* -, nem o juiz, nem qualquer outro profissional é predisposto a um intercâmbio entre ‘o’ fato e ‘o’ direito, concebidos ambos como entidades reificadas, a primeira em sua brutalidade de dado pré-jurídico, a segunda em sua reluzente pureza de norma. A prática contradiz semelhante divisão entre ‘o’ fato e ‘o’ direito, pois o primeiro elemento que tinham em comum, quando deixados a si mesmos, era a opacidade deles, enquanto postos um diante do outro, esclarecem-se mutuamente”⁴³⁰. Prossegue o autor quando diz: “‘o fato’ não tem existência independente da norma jurídica sob cuja hipótese deve ser submetido. É artificialmente criado pela própria aplicação dessa norma, o que atesta bem a circularidade própria do raciocínio do jurista; os fatos não são um dado submetido à regra, é a escolha desta que permite construir os fatos que ela rege.”⁴³¹

Na doutrina italiana, o professor Giulio Ubertis compreende que, no processo judicial, não se conhecem diretamente os factos, mas as **proposições sobre os factos**; essas proposições emanam de afirmações (enunciações, asserções), as quais são tidas por “verdadeiras” quando são comparadas com outra (ou outras) assertivas/proposições oriundas do experimento probatório; se, dessa fusão, resultarem afirmações coincidentes, os factos estariam “comprovados”. Para o professor da Universidade Católica de Milão é **inevitável olhar a questão de fato com a retícula da questão de direito**, especialmente quando o conhecimento (dos factos) deve ser obtido em observância às regras (de direito). Como não existem factos brutos, mas fatos qualificados juridicamente, a construção intelectual sobre o facto é inseparável da questão jurídica. Para si, “a perspectiva jurídica orienta o juízo de fato” e “o juízo de direito implica no de fato”. Por isso, diz que a cisão entre *quaestio facti* e *quaestio iuris* é

⁴³⁰ RIGAUX, François - **A lei dos juizes**. p. 46.

⁴³¹ Idem - **Op. Cit.** - p. 53.

fundamentalmente metodológica⁴³², destinada à resolução ordenada de diferentes problemas pelo tribunal.⁴³³

A partir das lições de Castanheira Neves, Georges Abboud defende que a questão fática e jurídica são cooriginárias.⁴³⁴ Em outros termos, o facto está impregnado de juridicidade e o direito de faticidade.

Para Jordi Nieva-Fenoll (1970-), catedrático de direito processual da Universidade de Barcelona, “não cabe distinguir entre fatos e direito, porque tudo forma parte de um mesmo raciocínio jurisdicional”.⁴³⁵

Segundo Hermes Zaneti Jr., “o modelo de isolamento perfeito entre fatos e normas decorre da purificação do direito em uma perspectiva metodológica conceitualista e formalista já ultrapassada na experiência jurídica.”⁴³⁶

Como disse Ovídio Baptista, a cisão entre facto/direito forjou a estrutura do sistema; no âmbito dos recursos destinados aos tribunais superiores, a rediscussão da matéria de facto encontra as barreiras que procuramos demonstrar ao longo do trabalho. Em Portugal, o STJ fiscaliza **como** a Relação chegou à conclusão sobre o facto; no Brasil, é escassa a jurisprudência que requalifica os factos da causa.

Para o processualista Paulo Henrique dos Santos Lucon, os tribunais superiores deveriam examinar os recursos quando em causa estiver a valoração da prova, especificamente quando for o caso de formar precedentes que estabeleçam padrões generalizáveis (*standards*) para a aplicação em casos futuros. Embora não concordemos inteiramente com a pretensa **função prescritiva** dos tribunais - por entendermos que a regulação dos meios de prova e respectiva valoração constitui matéria reservada ao poder legislativo (art. 22, inciso I, da

⁴³² Para o autor, essa metodologia que divide a (auto)determinação da competência pelo Tribunal de Cassação é **elástica** e deveria ser substituída por critérios qualitativos e extrínsecos a partir dos quais a revista (pelo tribunal superior) seja realizada, *verbis*: “*Poiché la separazione tra fatto e diritto non è quindi in grado di fondare la ripartizione della competenza tra la Corte di cassazione e i giudici di grado inferiore, occorre quindi definire un criterio di tipo quantitativo ed estrinseco rispetto alle forme del ragionamento sul quale viene eseguito il controllo.*” (UBERTIS, Giulio – Quaestio facti e quaestio iuris. **Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio / International Journal on Evidential Legal Reasoning**. p. 72). O autor fundamenta a incindibilidade fato/direito a partir de um exemplo: o usufruto termina com a “morte natural”, mas admitindo-se o surgimento de um procedimento científico de hibernação indefinida, a questão de fato (morte) facilmente se transformaria numa questão de direito. Portanto, diz que o Tribunal de Cassação não teria dificuldade em “converter” a questão de fato em questão de direito, determinando o alcance da sua competência (Idem - **Op. Cit.** p. 72).

⁴³³ Idem - **Ibidem**. p. 67-74.

⁴³⁴ ABBOUD, Georges - **Processo Constitucional Brasileiro**. p. 290.

⁴³⁵ NIEVA-FENOLL, Jordi - **Coisa julgada**. p. 203.

⁴³⁶ ZANETI JR., Hermes - **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. p. 1347.

Constituição Federal de 1988), os argumentos do autor devem ser considerados. Admitindo a livre convicção motivada dos juízes no Brasil⁴³⁷, defende que faz parte da função institucional dos tribunais superiores **sindicar a valoração da prova dos autos**, porque o direito à prova corresponde ao direito à correta valoração da mesma. Defende que os tribunais superiores devem fixar determinados **parâmetros** relativos à valoração probatória. Ressalva que não devem funcionar como (mais uma) instância de revisão, mas sim aferir se foram observados determinados “modelos de constatação”. Exemplifica que no processo civil vigora o *standard* da **probabilidade prevaiente**, por meio do qual considera-se provada a hipótese que for mais provável que as demais⁴³⁸ - e o exame desse padrão deve ser aferido pelo tribunal superior. Por isso, compreende como “artificial” a dicotomia entre questão de fato e questão de direito para estruturar a forma de acesso aos tribunais superiores. Apoiado em Michele Taruffo, defende que “a identificação dos fatos materialmente relevantes para um caso parte da pré-compreensão do julgador a respeito do direito aplicável à espécie”.⁴³⁹ Enfim, não advoga pelo acesso irrestrito à corte superior - até por que defende como legítimos os filtros legais; mas quando estiver em causa a fixação dos factos probatórios, os tribunais superiores podem ser instados a aferir os padrões que foram adotados pela decisão recorrida.

Para Lenio Streck, a cisão entre questão de facto em questão de direito remonta ao positivismo exegético, que pretendia, através da legislação, abarcar todas as hipóteses de aplicação, tendo como questão de direito aquela contemplada pelo texto, deixando a questão de facto para ser “acoplada” ou subsumida à hipótese prevista.⁴⁴⁰ O silogismo interpretativo que conhecemos vem dessa pretensa completude da lei em relação aos factos. Se aos factos a lei apresentava (supostamente) uma resposta antecipada (direito), bastaria “acoplar” depois o facto. Daí a herança entre questão de facto e questão de direito.⁴⁴¹ Para o autor, não há um abismo entre norma e realidade; a partir de Friedrich Müller, “a compreensão da realidade dos ‘fatos’ faz parte do próprio processo de concretização de sentido da norma”.⁴⁴²

Nesse particular, a Crítica Hermenêutica do Direito está em sintonia, porque rejeita a compreensão dos fenômenos de maneira cindida - como se fosse possível isolar o facto da

⁴³⁷ Embora vinculados aos meios legais de prova, evidentemente.

⁴³⁸ Diz o autor que a restrição aos direitos de personalidade requer um nível de suficiência probatória mais elevado. (LUCON, Paulo Henrique dos Santos - Tribunais superiores e standards de prova. In MORAES, Alexandre de/MENDONÇA, André Luiz de Almeida, Coord. - **Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal**. p. 500-506).

⁴³⁹ Idem - **Op. Cit.** p. 502.

⁴⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz - **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. p. 82.

⁴⁴¹ STRECK, Lenio Luiz - **Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck**. p. 55.

⁴⁴² STRECK, Lenio Luiz - **Jurisdição constitucional**. p. 480-481.

norma e vice-versa.⁴⁴³ A cisão entre questão de fato e questão de direito tem caráter metafísico – o direito é indissociável do facto porque, a partir de Gadamer, o facto em si é um conceito hermenêutico; portanto, a ser interpretado⁴⁴⁴. Vale dizer, a questão de facto só tem sentido no mundo jurídico se for associada a uma questão de direito.⁴⁴⁵

Subjacente a essa discussão, qual é o ponto central da crítica aqui apresentada? É que a visão dual entre facto e direito **não poderia constituir o critério principal para definir a possibilidade de rediscussão no âmbito dos tribunais superiores**. Se a doutrina compreende como problemática a cisão do facto *versus* direito (porque o facto está “juridicizado” e o direito “faticizado”, cf. Streck), impedir o recurso aos tribunais de superposição - sob o fundamento de que a matéria seria “exclusivamente de facto” - constitui uma maneira de viabilizar decisões amplamente discricionárias.

Se a doutrina qualifica como “artificial” ou “metodológica” a distinção facto/direito, **o critério não parece inteiramente seguro**. Por isso, ao rejeitar o recurso sob a justificação de que a matéria seria “exclusivamente de facto”, os tribunais de superposição se movem num quadrante bastante largo - voluntarista e discricionário - na tomada de decisão, podendo admitir ou negar o recurso, bastando invocar que a pretensa rediscussão seria “de facto”, prática muito comum nos tribunais superiores brasileiros.⁴⁴⁶

Ao longo do trabalho, verificamos que a dicotomia facto/direito foi se solidificando nas práticas jurídicas; camadas de sentido foram se depositando ao longo do tempo; muitos autores defenderam o dualismo a partir do raciocínio dedutivo (norma → facto) ou indutivo (facto → norma) na aplicação do direito. Por isso, não é nossa pretensão dizer que a cisão seria “equivocada”. Ela foi consolidada. Porém, a partir da hermenêutica de matriz gadameriana - e na forma trabalhada por Lenio Streck -, o dualismo comporta ao menos uma crítica, sobretudo a partir do paradigma da filosofia da linguagem que invadiu o Séc. XX e da hermenêutica filosófica que demonstrou a impossibilidade de raciocínio fragmentares.

Se o direito aspira segurança jurídica - e a dicotomia facto/direito não é inteiramente segura -, talvez os critérios obstativos dos recursos aos tribunais de superposição não deveriam ser definidos pela “tradicional dicotomia” entre facto e direito. Temos consciência do

⁴⁴³ Há uma ressalva, porém, necessária: enquanto Ovídio Baptista da Silva entende inevitável o poder discricionário do juiz (admitindo mais de uma resposta correta), a CHD de matriz streckiana rechaça o livre convencimento (porque defende a resposta constitucionalmente adequada).

⁴⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz – Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. **Seqüência (Florianópolis)**, p. 125.

⁴⁴⁵ ISAIA, Cristiano Becker – **Processo Civil e Hermenêutica**, p. 218 e 222.

⁴⁴⁶ Vide as Súmulas n.º 7 do STJ, n.º 279 do STF e n.º 126 do TST.

expressivo volume de processos em tramitação nos tribunais superiores, mas outros critérios - mais claros, densos e fiáveis - e que demandariam outro trabalho de pesquisa - poderiam melhorar a previsibilidade da prestação jurisdicional, lembrando que, no Brasil, um diminuto percentual de recursos especiais são conhecidos e, menos ainda, são providos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como dito, a crítica ao dualismo também encontra fundamento na hermenêutica filosófica na proposta gadameriana. E sobre ela e outros aportes, o professor Lenio Streck edificou sua Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). A CHD é uma teoria oriunda da filosofia hermenêutica de Heidegger, da hermenêutica filosófica de Gadamer, da teoria integrativa de Dworkin e da filosofia da linguagem de Wittgenstein. Foi edificada para as especificidades do Brasil, mas como sua matriz filosófica é hermenêutica - e a hermenêutica é universal⁴⁴⁷, é possível afirmar que o paradigma que lhe sustenta pode ter aderência em qualquer sistema jurídico, pois trata-se de um modo de **filosofia no direito**.

Com essa perspectiva, doravante nos encaminhamos para as reflexões finais, com a seguinte indagação: de que forma a CHD estabelece as condições de possibilidade para dizer que determinada proposição é verdadeira e como essa teoria conduz o intérprete no desvelamento da verdade das proposições?

Relativamente à verdade dos factos, no Cap. I fizemos referência à doutrina de Michele Taruffo, o qual defendia o reforço do processo inquisitivo (com ampliação do protagonismo judicial) sob a justificativa da busca da verdade material. No entanto, por coerência teórica à matriz hermenêutica que inspira o presente trabalho, é preciso dizer que M. Taruffo adota a teoria da “verdade como correspondência”, assim entendida como sendo verdadeira uma proposição que corresponder à realidade, o que significa sua **aderência estrita a enunciados empíricos (= somente factos podem ser verdadeiros)**, o que implica excluir a verdade sobre normas e valores.

Para Lenio Streck e Luã Jung, essa concepção de verdade correspondencial-empírica é problemática. Segundo os jusfilósofos brasileiros, a linguagem é condição de possibilidade de acesso ao mundo e, a partir do *linguistic turn*, não é possível realizar uma descrição estritamente empírica sem “fornecer e exigir razões” para as respectivas crenças. Em toda enunciação científica sempre existirá um processo descritivo-prescritivo. Pela dupla estrutura da

⁴⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz – **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. p. 238.

linguagem, a descrição também será normativa, porque, a partir de Popper e Putnam, “enunciados e valores estão emaranhados” Por isso, ressaltam Streck e Jung: “(a) teorias científicas estão vinculadas ao caráter linguístico e, portanto, intersubjetivo da razão, (b) que, portanto, trazem consigo um elemento normativo indissociável de seu caráter descritivo e que, nesse sentido, (c) a sua corroboração não depende da correspondência com o ‘mundo externo’, mas da constante confrontação dialética que decorre da exigência de justificação, é algo muito próximo de elementos centrais da hermenêutica filosófica desenvolvida por Gadamer em *Verdade e Método*.”.⁴⁴⁸ Com isso, a noção de uma verdade exclusivamente empirista (pressuposto da verdade correspondencial que estaria na base das lições de M. Taruffo) desperta controvérsias.

Pela CHD, a linguagem é condição de acesso ao mundo. Por rejeitar os “factos brutos”, o intérprete acessa os factos **por intermédio da linguagem** sempre a partir da *applicatio*, segundo a qual é impossível reproduzir um sentido, pois o intérprete sempre atribui um sentido.⁴⁴⁹ Não se reproduz sentido, mas se **produz**. É inviável extrair o sentido dos meios de prova, mas sim **atribuir** sentido ao que resulta dos meios de prova.

Um dos teoremas fundamentais da hermenêutica consiste na **diferença ontológica**. Segundo Streck, a partir de Heidegger, existe uma diferença entre o **ser** e o **ente**. Repare-se: uma diferença, mas não uma cisão. O ente, na sua essência, não é capturável pelo sentido; “o ente como ente é inacessível”⁴⁵⁰; o que se acessa é o ser do ente. O intérprete tem acesso ao mundo a partir do ser de determinado ente, o que se dá no plano da linguagem. Por isso, há uma diferença entre texto e norma, palavras e coisas, facto e direito, **mas não uma ruptura**. Significa repelir a ideia que o mundo estaria “dado”, bastando adaptar a racionalidade ao estado de coisas brutas. Sorte outra, também o intérprete não é proprietário dos sentidos para assujeitar o mundo à sua racionalidade. Pela CHD, existe uma “terceira cadeira” (cf. registra o filósofo Ernildo Stein) que se assenta entre o objetivismo e o subjetivismo⁴⁵¹, que consiste justamente na linguagem; ela é condição de possibilidade de acesso/conhecimento ao mundo.

Se a hermenêutica, portanto, rejeita “factos brutos”, é porque o sujeito está sempre interpretando o fenômeno. E se a interpretação é inexorável, **que critérios limitam a subjetividade do intérprete?** A CHD procura responder: são as constrições inerentes à

⁴⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz; JUNG, Luã Nogueira - **Livre convencimento judicial e verdade: crítica hermenêutica às teorias de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán**. p. 15.

⁴⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz – **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. p. 304-310.

⁴⁵⁰ Idem - **Op. Cit.** p. 312.

⁴⁵¹ STRECK, Lenio Luiz - **Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck**. p. 105.

linguagem pública, controlável pela intersubjetividade (esquema sujeito-sujeito), a partir de outros vetores da hermenêutica. A tradição autêntica seria um desses faróis, que não se confunde com preconceitos ou visão de mundo.⁴⁵² Como não se pode dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”⁴⁵³ existem constrangimentos que corrigem os desvios. Para Streck, “o fato de podermos dizer que algo é, já pressupõe que tenhamos dele uma compreensão, ainda que incerta e mediana”.⁴⁵⁴

Esses aportes têm aderência ao tema relativo à valoração crítica da prova. Por exemplo: se, a partir do meio de prova, o juiz afirmar que o veículo passou em baixa velocidade na via pública, porque transitava há 180km/h, a linguagem intersubjetiva inevitavelmente vai censurar a proposição que classifica a velocidade como “baixa”. Um outro exemplo: num debate entre autonomia e subordinação de algum trabalhador para fins de reconhecimento do contrato de emprego, considere-se que a prova tenha revelado as seguintes proposições: o trabalhador era obrigado a cumprir uma jornada mínima durante todos os dias, com um repouso semanal, além de atender às ordens diretas da chefia, sofrendo punições por faltas ou atraso e tinha metas nas suas atividades. Nesse caso, se indagarmos à linguagem pública - à generalidade da comunidade - se havia autonomia dessa pessoa, a resposta invariavelmente deve ser negativa. E porquê? Porque atribuir um sentido diferente - de que esse trabalhador dispunha de autonomia para efeitos juslaborais - viola a pré-compreensão que ecoa da intersubjetividade e da tradição autêntica.

Por isso, a verdade na matriz da hermenêutica filosófica “se estabelece dentro do caráter intersubjetivo da linguagem, que exsurge a partir de um *a priori* compartilhado, em que as convicções subjetivista são constrangidas externamente”. Ou seja, a interpretação é limitada à “indisponibilidade histórica dos sentidos”, que advém da tradição autêntica.⁴⁵⁵

Para a CHD, tirando o meio de prova com valor tarifado por lei, o peso de cada prova não emerge da tarifação prévia, nem fica sob o livre talante do julgador; a preponderância de determinada espécie de prova deve levar em conta o que diz a tradição e a história institucional. Diz o professor Streck: “E podemos anotar, ainda, que, com relação à preponderância, por exemplo, da prova documental sobre um outro tipo de prova, a eventual ‘regra’ que pode ser

⁴⁵² STRECK, Lenio Luiz – **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. p. 363-368.

⁴⁵³ STRECK, Lenio Luiz – **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. p. 312.

⁴⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz – **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. p. 71-72.

⁴⁵⁵ Idem - **Op. Cit.** p. 445-447.

derivada disso não precisa ser retirada de uma tábua fixa nem tampouco de uma avaliação pessoal do julgador. Podemos examinar uma determinada comunidade política e perceber, nas práticas jurídicas que ali são desenvolvidas e no conjunto de princípios que a sustenta, que a interpretação mais adequada da história institucional é aquela que, para o caso, a prova documental deve prevalecer. Mas, note-se que isso é o resultado de um trabalho construtivo de interpretação de toda matéria jurídica que o caso envolve. Um trabalho hercúleo, portanto. Por isso, decidir não é o mesmo que escolher”.⁴⁵⁶

A tomada de conhecimento sobre as circunstâncias fáticas, através dos meios de prova, já antecipa um grau de sentido que provém da tradição. O intérprete não está “livre” para imprimir o sentido que pretende à prova dos autos. Por isso, a CHD vai informar que “os sentidos se dão, sempre, de forma intersubjetiva, isto é, o sentido de uma prova, de um dado do mundo, não decorre do privilégio cognitivo do juiz e nem de uma pretensa verdade real (*adequatio intellectum et rei*).”⁴⁵⁷ Destarte, a “verdade dos factos” é uma verdade hermenêutica⁴⁵⁸, e não uma verdade metodológica ou procedimental.

Retomando ao problema relativo ao dualismo que estrutura a (im)possibilidade de reexame dos factos pelos tribunais superiores, é preciso reiterar a crítica, no sentido de que não constitui um critério absolutamente seguro, porque “a cisão entre palavras e coisas, fato e Direito, texto e norma, enfim, entre ser e ente sustenta a cisão metafísica-ontoteológica que faz com que, por um lado, o intérprete do Direito se torne refém do texto, reproduzindo um superado positivismo exegético e, de outro, permitindo o total descolamento da norma (sentido) do texto (lei), fazendo com que, nesse segundo caso, o intérprete se torne o senhor dos sentidos”.⁴⁵⁹

Dissemos ao longo do trabalho que o direito brasileiro atravessou o Séc. XX apostando na relação sujeito-objeto. Mas, lamentando, é hora de assumir na pesquisa que a adequação do objeto pelo sujeito ainda persiste no Séc. XXI. Como lembra Streck, o senso comum teórico

⁴⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz – **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. p. 403.

⁴⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz – **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. p. 208.

⁴⁵⁸ A filosofia aponta para 05 conceitos fundamentais de verdade: i) como correspondência; ii) como revelação ou manifestação; iii) como conformidade com uma regra ou conceito; iv) como coerência; v) como utilidade. A mais difundida, a *verdade como correspondência*, consiste na adequação do intelecto à coisa, uma conformação do conhecimento ao objeto; portanto, uma relação objeto-sujeito. Embora os conceitos possam confluir, é possível identificar a “verdade hermenêutica” no bojo da verdade como revelação. (ABBAGNANO, Nicola - **Dicionário de Filosofia**. p. 1182-1192).

⁴⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz – **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. p. 74.

dos juristas ainda é refém do paradigma da metafísica moderna, da relação sujeito-objeto, já ultrapassado pela invasão da linguagem na filosofia e que “inundou” o mundo prático com a relação sujeito-sujeito.

Está na filosofia da linguagem a compreensão do sentido pré-ontológico do texto e, com isso, é na linguagem que se constrange, que se limita, que se circunscreve a interpretação. Assim, o sentido atribuído à prova (e ao próprio direito) deve ser dar na tradição da linguagem como um sistema fechado de referências.⁴⁶⁰ Se a prova, enquanto linguagem, apresenta-se em signos, é necessário que se explicitem os critérios (racionais), compreendendo os vínculos de significação e significado que pode o juiz adscrever à prova. Ainda com Streck, o conjunto das provas produzidas deve ser compreendido “a partir de uma reconstrução que tenha por norte não a convicção pessoal do juiz, mas, sim, o sentido intersubjetivo que exsurge de uma linguagem pública e não privada.”⁴⁶¹

A hermenêutica rejeita a pretensa subsunção do facto à norma, porque não é possível simplesmente “acoplar” o facto ao texto. O raciocínio hermenêutico é circular; o intérprete vai do facto à norma e vice-versa, corroborando ou desfazendo as noções passadas à medida em que novos elementos são adicionados ao raciocínio. Por isso, na análise dos meios de prova, o intérprete caminha do facto à norma e retorna ao facto, numa circularidade que vai formando o convencimento. Ou seja, a hermenêutica é estruturante - fundante - do conhecimento.

A concepção de juiz boca da lei oriundo da Revolução Francesa pretendeu aprisionar o intérprete. Daí a pretensão do texto em dar as respostas antes dos factos, apostando no dogma da completude do texto. Desse fenómeno germinou a cisão entre facto e direito⁴⁶² e o conhecido silogismo que conhecemos (como se bastasse ao intérprete “acoplar” o facto à norma pré-dada).

No fundo, parece-nos que a ampla sindicabilidade das **presunções** a que refere Miguel Teixeira de Sousa - como sendo a relação de um facto com outro facto - têm parentalidade com o círculo hermenêutico, cujo teorema constitui um processo relacional (da parte ao todo, em movimento circular) que forma a compreensão pela *applicatio*.

⁴⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz – Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. **Seqüência (Florianópolis)**. p. 116.

⁴⁶¹ STRECK, Lenio Luiz – **Comentários ao Código de Processo Civil**. p. 564.

⁴⁶² STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. **Comentários à Constituição do Brasil**. p. 74.

Por tudo isso, estabelecer constrangimentos epistemológicos na interpretação dos meios de prova sobre o facto não viola a independência do juiz assegurada pelas Constituições.⁴⁶³ É oportuno lembrar que “não há independência judicial contra a lei”⁴⁶⁴, porque o intérprete-aplicador deve mover-se no quadrante normativo das regras e princípios, cujo manancial jurídico vitamina a necessidade de fundamentação adequada sobre as conclusões fático-jurídicas.

Assim, volta-se ao problema central: é possível estabelecer critérios racionais para controlar a valoração da prova no processo civil?

Do ponto de vista metodológico, o **modelo de explicação plausível** de Miguel Teixeira de Souza ampara uma resposta afirmativa ao problema-cerne da dissertação. Mas além da controlabilidade procedural, um **rigoroso controle hermenêutico** da decisão judicial permite reduzir o arbítrio e controlar a decisão jurídica, o que inclui a definição da “verdade dos factos” no âmbito processual.

⁴⁶³ Art. 203.º da CRP de 1976: Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei. Art. 2º da CRFB de 1988 - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁴⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. p. 515.

CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa, procuramos manter acesa a pergunta fundamental, tida como problema-cerne: seria possível estabelecer critérios racionais controláveis na valoração da prova no processo civil?

O nosso objetivo foi responder essa intrigante questão. Para sustentar o trabalho, escolhemos a metodologia de direito comparado, na sua perspectiva funcional, partindo de duas situações de facto determinadas; inicialmente, uma decisão judicial de cada país mostrou como os tribunais superiores em Portugal e Brasil controlam as conclusões sobre as proposições sobre factos resolvidas pelas instâncias.

No contexto da pesquisa estava o problema relacionado à “busca da verdade” e o “papel” do Estado-Juiz. Por isso, foi preciso abordar a função do processo civil, os movimentos chamados de privatismo e socialismo processual, destacando-se o surgimento do instrumentalismo processual (movimento de compreensão do processo civil com “escopos” e “raciocínios finalísticos”), avaliando a outorga de poderes ao juiz sobre a iniciativa probatória (princípios do inquisitivo e do dispositivo). Em seguida, na altura do Constitucionalismo Contemporâneo, abordamos a compreensão de um processo tido como condição de possibilidade para o exercício das garantias fundamentais (matriz garantística).

Na sequência, foi preciso revolver a história institucional, com o propósito de desvelar o fenómeno, quando, então, procuramos olhar para o retrovisor, retomando as fontes jurídicas relacionadas à valoração da prova do processo civil português. Começando pelas Ordenações do Reino e passando pela Lei da Boa Razão, chegamos ao Século XIX, para demonstrar, dali em diante, o contexto em que situado o problema. O processo civil pós-Revolução Francesa era liberal-individualista, que desprovia o juiz de iniciativas probatórias, mas chegava ao Século XX com o florescimento do publicismo processual. No avançar descritivo, foi possível detectar que Portugal mantém, hoje, um processo preponderantemente inquisitivo, mas que criou mecanismos de análise crítica da prova por parte dos tribunais; assumindo o livre convencimento motivado do juiz e um sistema de prova mista, os critérios de verificação dos factos são sindicáveis até no âmbito do STJ.

Em seguida, procuramos pavimentar semelhante percurso com o olhar voltado ao Brasil, cujo país foi regido pelas mesmas fontes jurídicas aplicáveis ao processo civil português durante o período colonial, imperial e até mesmo republicano. O Código Filipino de 1603 foi longo

em *terrae brasilis*, porque revogado somente em 1939. Ainda durante o Século XIX, o processo civil brasileiro foi liberal-individualista marcado pela dicotomia facto/direito, passando a ter uma regulação mais aperfeiçoada a contar de 1890. Em novecentos floresceram as codificações; pela característica do país, primeiro com as unidades federativas e, a partir de 1939, aprovando um Código de Processo Civil nacionalmente unificado, dessa vez forjado na matriz do publicismo, apostando no juiz forte e com iniciativa probatória a serviço do direito objetivo, que ganhou reforço no CPC de 1973. Na doutrina, desde Teixeira de Freitas que defendia o método indutivo na valoração da prova (facto → norma), passando por José Frederico Marques que sustentava o caminho inverso (norma → facto), chegamos à doutrina da atualidade com Lenio Streck, que aposta na hermenêutica em detrimento do método. No Constitucionalismo Contemporâneo, o CPC de 2015 caracterizou o processo com figurino garantístico, rico em contraditório e com exclusão do vocábulo “livre” na formação do convencimento do juiz, mas essas garantias, compatíveis com a Constituição, **acabaram enfraquecidas pelo jurisprudencialismo**, que vem ampliando o poder através do modelo de “súmulas” e “teses” com pretensão normativa. E, com esses verbetes, tem inviabilizado o reexame das questões de facto/prova no âmbito dos tribunais superiores, aderindo à lógica de resultados na entrega jurisdicional.

Na sequência, o trabalho procurou **confrontar os sistemas**, para apontar semelhanças e diferenças na valoração da prova, percebendo que os dois países impossibilitam os recursos aos tribunais superiores quando estiver em causa a matéria de facto. Por isso, aderindo ao paradigma da hermenêutica filosófica que sustenta a Crítica Hermenêutica do Direito, procuramos desenvolver algumas **reflexões críticas sobre o dualismo entre facto/direito** que domina(ra)m a formação jurídica.

Por tudo isso, retomando a questão-cerne, é possível dizer que sim: **é viável estabelecer critérios racionais e controláveis intersubjetivamente na apreciação da questão de facto**. Para isso, somente um contraditório forte, que leve a sério os argumentos contrários àqueles adotados pela decisão judicial, aliado às demais garantias processuais⁴⁶⁵ viabiliza a controlabilidade do julgamento sobre os factos (e também sobre o direito). Pelas amostras, Portugal parece ter conseguido criar uma “cultura” de fundamentação analítica e qualificada das decisões, com ampla sindicabilidade até o Supremo Tribunal de Justiça.

⁴⁶⁵ Decisão “não surpresa”, proibição de provas ilícitas, ampla defesa, recursos, juiz natural e assim por diante.

No fundo – e aqui a crítica é voltada ao Brasil, é preciso conscientização da comunidade jurídica; perceber que estamos na quadra do Constitucionalismo Contemporâneo; que o direito é formado democraticamente; que a prova deve ser considerada séria e detidamente, assim como os argumentos das partes. Garantias processuais e busca da “verdade” devem andar lado a lado. Priorizar a verdade com atropelo às garantias significa procurar respostas sem critérios. Sorte outra, enaltecer garantias sem preocupação com a verdade afastará o processo de uma solução aproximada daquilo que a tradição autêntica nos relegou como uma solução adequada.

Da microcomparação empreendida, não se pretendeu destacar qual o “melhor modelo”, porque essa valoração seria pretensiosa e falseável, a depender dos critérios utilizados pelo comparativista e das múltiplas variáveis que compõem cada sistema. Antes, pretendeu mostrar as diferenças e convergências. Pelo caminho, devem ter escapado questões relevantes, é claro. Mas a pesquisa foi válida e deixa a pergunta: que lições podemos tirar do cotejamento entre os sistemas na valoração probatória? Respondemos: que existem influxos inegáveis no construto legislativo de cada nação; que há vigilância permanente de cada sistema contra o arbítrio judicial, por meio de garantias (“travas” ou “tarifações”) processuais que consistem na valoração racional, na **convicção prudente** e no controle hermenêutico/intersubjetivo das proposições fáticas (a demonstração de **como o julgador compreendeu**). São os elementos que formam a teia contra possíveis voluntarismos e arbitrariedades.

Para finalizar, é sempre oportuna a lição de Gadamer: se quiser dizer algo sobre um texto, deixe que o texto lhe diga algo; tomando de empréstimo a reflexão, quem quiser dizer algo sobre a prova judicial, deixe que a prova lhe diga algo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola - **Dicionário de Filosofia**. 6ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. ISBN 978-85.7827.521-1.

ABBOUD, Georges - **Processo constitucional brasileiro**. 3.ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. ISBN 978-85.5321-651-2.

AD Scientific Index. **Brazil Scientists Law** [Em linha]: Disponível em https://www.adscientificindex.com/?tit=Law+%2F+Law+and+Legal+Studies&country_code=br

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de - **Direito Processual Civil**. Vol. II. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2022. ISBN 978-989-40-0694-7.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito judiciário brasileiro**. [Em linha]. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1940 [Consult. 20 dez. 2023]. Disponível em <http://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/675724>

AMARAL, Jorge Augusto Pais de - **Direito Processual Civil**. 14.ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7678-2.

ANCEL, Marc – **Utilidade e métodos do direito comparado**. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

AROCA, Juan Montero - Prova e verdade no processo civil - contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas. **Revista de Direitos Fundamentais**. [Em linha]. Nº 2, V. 1 (2019), p. 28-53 [Consult. 03 dez. 2023]. Disponível em <https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitosFundamentais/issue/view/188/145>

ASCENSÃO, José de Oliveira - **O direito: introdução e teoria geral**. 13.ª ed. Coimbra: Almedina. 2011. ISBN 978-972-40-2443-1.

BAPTISTA, Francisco de Paula - **Compendio de theoria e prática do processo civil comparado com o commercial e de hermeneutica jurídica**. [Em linha]. Rio de Janeiro: H. Garnier. 1901 [Consult. 19 dez. 2023]. Disponível em <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/626>

BARBOSA, Joaquim - **Pareceres Jurídicos**. Vol I. São Paulo Almedina, 2017. ISBN 978-85-8493-208-5.

BARROSO, Luís Roberto - **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. ISBN 978-85-536-1068-6.

BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro - O dever de fundamentação das decisões judiciais no novo CPC Português. In SILVA, João Calvão da [et. al] - **Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal**. São Paulo: Forense, 2017. 344p. ISBN 978-85-309-7696-5. p. 167-181.

BEVILAQUA, Clovis - **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.

BÜLOW, Oskar von - **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Lima: Ara Editores, 2008. ISBN 978-9972-238-27-7.

BUZAID, Alfredo - **Exposição de motivos do anteprojeto de Código de Processo Civil**. [Em linha]. Rio de Janeiro: [sn], 1964. [Consult. 25 dez. 2023] Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177246/anteprojeto%20de%20codigo%20de%20processo%20civil.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

CAMPOS, Francisco - **Exposição de motivos do anteprojeto de Código de Processo Civil**. [Em linha]. Rio de Janeiro: [sn], 1939. [Consult. 03 jan. 2024] Disponível em https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwihz7iAmsKDAxXnFbkGHXr_CnUQFnoECBIQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww2.camara.leg.br%2Flegin%2Ffed%2Fdelei%2F1930-1939%2Fdecreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc&usq=AOvVaw1hz6ndEvCf3o7rn6s1BYZt&opi=89978449

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. II. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. ISBN 978-972-32-1839-8.

CAPELO, Maria José - Principais novidades sobre provas no novo Código de Processo Civil Português. In SILVA, João Calvão da [et. al]. - **Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal**. São Paulo: Forense, 2017. 344p. ISBN 978-85-309-7696-5. p. 183-210.

CÓDIGO Civil: Carta de Lei de 1.º de julho de 1867. Lisboa: Imprensa Nacional, 1808. Disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1664.pdf>

CODIGO de Processo Civil: Carta de Lei de 8 de novembro de 1876. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1877. Disponível em

https://books.google.com.br/books?id=CPBcAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbg_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

CÓDIGO de Processo Civil Português. 18ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7420-7.

CODICE di Procedura Civile Italiano. [Em linha]. [sn] (28-10-1940). Disponível em <https://www.studiocataldi.it/codiceproceduracivile/codicediproceduracivile.pdf>

CODIGO do Processo Civil e Commercial do Estado do Rio Grande do Sul. Lei n. 65, de 15 de janeiro de 1908.

CÓDIGO Procesal Civil Alemán (ZPO). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung. ISBN 9974-7942-4-2.

CODIGO Procesal Civil de Honduras. [Em linha]. [sn] (26-05-2007). Disponível em https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Codigo_Procesal%20Civil_.pdf

CODIGO Procesal Civil y Comercial de La Nacion Argentina. [Em linha]. [sn] (24-10-1968). Disponível em <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#29>

CONSELHO Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - **Quadro da Advocacia - Quantitativo total.** [Em linha]. Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>

CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ) - **Justiça em Números 2023.** [Em linha]. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>

CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ). **Tribunais Brasileiros.** [Em linha]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/tribnais/u>

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean - **Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998. ISBN 85-7147-085-5.

CONSTITUIÇÃO da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. [Em linha]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm

CONSTITUIÇÃO da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. **Diário Oficial da União, Seção 1 - Suplemento.** [Em linha]. (16-07-1934), p. 1. Disponível em

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>

CONSTITUIÇÃO dos Estados Unidos do Brasil de 1946. [Em linha]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm

CONSTITUIÇÃO Política da Monarquia Portuguesa de 1822. [Em linha]. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1822.pdf>

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José) de 1969. [Em linha] (22.11.1969). Disponível em http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

CONVENÇÃO Europeia dos Direitos do Homem de 1950 [Em linha] (04.11.1950). Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, de 5 de agosto de 2008. Presidenta Cecilia Medina Quiroga.

COSTA, Eduardo José da Fonseca - **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. 187 fls. Tese de Doutorado em Direito Processual Civil.

DECRETO n.º 737. **Coleção de Leis do Império do Brasil**. [Em linha]. [sn] (25-11-1850), p. 271. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-norma-pe.html>

DECRETO n.º 763. **Coleção de Leis do Brasil**. [Em linha]. [sn] (19-09-1890), p. 2401. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-763-19-setembro-1890-516349-publicacaooriginal-1-pe.html>

DECRETO n.º 12.353. **Diário do Governo, Série I** [Em linha]. N.º 211 (22-09-1926), p. 1359-1370. Disponível em <https://files.diariodarepublica.pt/1s/1926/09/21100/13591370.pdf>

DECRETO-Lei n.º 29.637/1939. **Diário do Governo, Série I** [Em linha]. N.º 123 (28-05-1939), p. 419-548. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/29637-198132>

DECRETO n.º 3.927. **Diário Oficial da União, Seção 1.** [Em linha]. [sn] (20-09-2001), p. 4. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2001/decreto-3927-19-setembro-2001-398763-norma-pe.html>

DECRETO-LEI n.º 303/2007. **Diário da República, 1ª Série** [Em linha]. [sn] (24-08-2007). Disponível em <https://files.diariodarepublica.pt/1s/2007/08/16300/0568905722.pdf>

DIDIER Jr. - Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno - **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2, 10ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. ISBN 978-85-442-0351-4.

DIREÇÃO-Geral da Política de Justiça (DGPJ). **Advogados inscritos em 31 de dezembro.** Disponível em https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Advogados_inscritos.aspx

DIREÇÃO-Geral da Política de Justiça (DGPJ). **Escalões de duração dos processos findos nos tribunais judiciais superiores.** Disponível em <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Escaloes-de-duracao-dos-processos-findos-nos-tribunais-judiciais-superiores.aspx>

DONIZETTI, Elpídio - **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2017. ISBN 978-85-970-0984-2.

EDITAL de Chamamento Público n. 1/2023. **Supremo Tribunal Federal.** [Em linha]. [sd]. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ChamamentoPblicoIASTF.pdf>

FARIA, Rita Lynce - A sumarização da justiça civil. **Revista Julgar.** [Em linha]. Nº 4 (2008), p. 211-221. [Consult. 27 fev. 2023]. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/11-Rita-Lynce-Sumariza%C3%A7%C3%A3o-justi%C3%A7a.pdf>.

FONSÊCA, Vitor - A fundamentação das decisões judiciais e os direitos humanos: uma interpretação convencional do art. 489, § 1º. do CPC a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP.** [Em linha]. Nº 1 (2022), p. 1466-1489 [Consult. 06 mar. 2023]. Disponível em <https://doi.org/10.12957/redp.2022.59119>.

FÓRUM Nacional de Juizados Especiais - FONAJE. **Enunciado n.º 159.** [Em linha]. São Paulo. [sn], [sd]. [Consult. 26 dez. 2023]. Disponível em <https://fonaje.amb.com.br/enunciados/>

FÓRUM Nacional de Juizados Especiais - FONAJE. **Enunciado n.º 162**. [Em linha]. Belo Horizonte. [sn], [sd]. [Consult. 26 dez. 2023]. Disponível em <https://fonaje.amb.com.br/enunciados/>

FRAGA, Luís Alves de - **Metodologia da Investigação**. Lisboa, Universidade Autónoma de Lisboa: Abdul's Angels. 2017. ISBN 978-972-89-7349-0.

FREITAS, Augusto Teixeira de - **Primeiras linhas sobre o processo civil**. [Em linha]. Rio de Janeiro: B. L. Garnier. 1880 [Consult. 08 ago. 2022]. Disponível em file:///C:/Users/Ariel%20Stopassola/Downloads/000011928_Primeiras_linhas_processo_civil_Tomo_I.pdf

FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel - **Código de Processo Civil anotado**. Vol. II. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2017. ISBN 978-972-40-7817-5.

FREITAS, José Lebre de - Em torno da revisão do direito processual civil. **Revista da Ordem dos Advogados**. [Em linha]. Vol. I (1995), p. 5-18. [Consult. 23 fev. 2023]. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B685c5b2b-071c-46c6-a9d1-7595ad51d8f7%7D.pdf>

FREITAS, José Lebre de - Regime da decisão do Supremo Tribunal de Justiça sobre ampliação da matéria de facto. **Revista da Faculdade de Direito da UNL**. Coimbra: Edições Almedina. Ano 9, n.º 17 (jun. 2010), p. 67-74.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I. 15ª ed. Petrópolis: Editora Vozes. 2018. ISBN 978-85.326-1787-3.

GERALDES, António Santos Abrantes - **Recursos em processo civil**. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2022. ISBN 978-989-40-0400-4.

GONÇALVES, Luiz da Cunha - **Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português**. Vol. XIII. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada. 1939.

HESPANHA, António Manuel - **Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Almedina. 2019. ISBN 978-972-40-4810-9.

HESPANHA, António Manuel - Governo da lei ou governo dos juízes? O primeiro século do Supremo Tribunal de Justiça em Portugal. **História Constitucional**. [Em linha]. N.º 12 (2011), p. 203-237. [Consult. 08 set. 2023]. Disponível em <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/301/25>

INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) - **Estimativas da população residente no Brasil e unidades da federação com data de referência em 1º de julho de 2021.**

[Em linha]. Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2021/POP2021_20230710.pdf

INSTITUTO Nacional de Estatística de Portugal. **População residente** [Em linha]. Disponível em

https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&contecto=pi&indOcorrCod=0000256&selTab=tab0.

JUNG, Luã; STOPASSOLA, Ariel - **O livre convencimento judicial no direito comparado e na filosofia.** [Em linha]. São Paulo: Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 2022. [Consult. 17 jul 2023]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-ago-13/diario-classe-livre-convencimento-judicial-direito-comparado-filosofia>.

LACERDA, Galeno – **O Código e o Formalismo Processual.** [Em linha]. Curitiba: [sn], 1983. [Consult. 05 nov. 2022]. Disponível em <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v21i0>

LEAL, André Cordeiro – **Instrumentalidade do Processo em Crise.** Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC. 2008. ISBN 978-85-7604-177-1.

LEAL, Victor Nunes - Passado e futuro da Súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo.** [Em linha]. [sn] (1981). p. 1-20. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387/42051>

LEGRAND, Pierre - **Como ler o direito estrangeiro.** Tradução de Daniel Wunder Hachem - São Paulo: Editora Contracorrente, 2018, p. 34-35. ISBN 978-85-69220-40-4.

LEI n.º 5.869. **Diário Oficial da União, Seção 1.** [Em linha]. [sn] (17-01-1973), p. 537. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-norma-pl.html>

LEI n.º 39/1980. **Diário da República, Série I.** [Em linha]. N.º 179 (05-08-1980), p. 2029-2039 Disponível em <https://files.diariodarepublica.pt/1s/1980/08/17900/20292039.pdf>

LEI n.º 13/1991. **Diário da República, Série I-A** [Em linha]. N.º 128 (05-06-1991) Disponível em https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/legis_eparam_2012.pdf

LEI n.º 8.906. **Diário Oficial da União, Seção 1.** [Em linha]. [sn] (05-07-1994), p. 10093. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1994/lei-8906-4-julho-1994-349751-norma-pl.html>

LEI n.º 9.868. **Diário Oficial da União, Seção 1.** [Em linha]. [sn] (11-11-1999), p. 1. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-norma-pl.html>

LEI n.º 13.105. **Diário Oficial da União - Seção 1** [Em linha]. [sn] (17-03-2015). p. 1. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13105-16-marco-2015-780273-norma-pl.html>

LEI n.º 13.846. **Diário Oficial da União, Seção 1.** [Em linha]. [sn] (18-06-2019), p. 116-A. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/norma/31052388>

LEI n.º 62/2013. **Diário da República, Série I** [Em linha]. N.º 163 (26-08-2013), p. 5114-5145. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/62-2013-499514>

LEI n.º 14.365. **Diário Oficial da União, Seção 1.** [Em linha]. [sn] (03-06-2022), p. 1. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2022/lei-14365-2-junho-2022-792762-publicacaooriginal-165436-pl.html>

LEY n.º 1/2000. **Boletín Oficial del Estado.** [Em linha]. N.º 7 (08-01-2000). Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>

LIEBMAN, Enrico Tullio - Instituições do direito comum no processo civil brasileiro. **Revista de Processo.** [Em linha]. Vol. 293 (2019), p. 407-436. [Consult. 19 dez. 2023]. Disponível em https://edisisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4908476/mod_resource/content/1/Liebman%20-%20Institui%C3%A7%C3%B5es%20do%20direito%20comum.pdf

LIMA, João Alberto de Oliveira – **A gênese do texto da Constituição de 1988.** [Em linha]. Brasília: Senado Federal. 2013 [Consult. 18 fev. 2021]. Disponível em <http://www.senado.leg.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf>

LUCON, Paulo Henrique dos Santos - Tribunais superiores e standards de prova. In MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida, Coord. - **Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal.** Belo Horizonte: Fórum, 2020. 696 p. ISBN 978-85-450-0718-0. p. 499-509.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz - **Accountability e Transparência da Justiça Civil no Brasil.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. ISBN 978-85-5321-813-4.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel - **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7241-8.

MARQUES, José Frederico - **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. Campinas: Millennium, 1999. ISBN 85-86833-11-8.

MEDINA, José Miguel Garcia - **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2ª edição ebook. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-5942-6.

MENDONÇA, Luís Correia de - **José Alberto dos Reis: os primeiros anos de reacção contra o processo civil de inspiração individualista e liberal**. [Em linha]. Lisboa: [sn], [sd]. [Consult. 11 set. 2023]. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bf32f6201-9144-4737-b295-ff48ae2365dc%7D.pdf>

MENDONÇA, Luís Correia de - O decreto para a cobrança de pequenas dívidas: no crepúsculo do processo liberal. **Revista Julgar**. [Em linha]. N. 4 (2008), p. 179-210 [Consult. 03 dez. 2023]. Disponível em <file:///C:/Users/Ariel/Downloads/10-Luis-C-M-decreto-cobran%C3%A7a.pdf>

MENDONÇA, Luís Correia de - O dispositivo: um princípio evanescente. **Revista da Ordem dos Advogados**. [Em linha]. Ano 77 (2017), p. 443-485. [Consult. 13 nov. 2023]. Disponível em https://portal.oa.pt/media/130162/roa-i_ii-2017.pdf

MIRANDA, Pontes de - **Tratado das Ações**. Vol. I. 1ª ed. Campinas: Bookseller. 1998. ISBN 85-86310-57-3.

MIRANDA, Vicente - **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1992.

MITIDIERO, Daniel – **Accountability e transparência da justiça civil – uma perspectiva comprada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. ISBN 978-85-5321-813-4.

MITIDIERO, Daniel - **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7239-5.

MONTEIRO, João - **Programma do curso de processo civil, ou, apontamentos para as lições da 3. cadeira do 4. anno da faculdade de direito de S. Paulo**. [Em linha]. São Paulo: Typographia da Industrial de S. Paulo, 1901. [Consult. 20 dez. 2023]. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26830>

MORAIS, Carlos Blanco - **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7123-7.

MOREIRA, José Carlos Barbosa - **O neoprivatismo no Processo Civil**. [Em linha]. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2005. [Consult. 04 mar 2022]. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/28/revista28%20\(7\).pdf](http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/28/revista28%20(7).pdf)

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso - O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. [Em linha]. N. 73 (2013), p. 183-206. [Consult. 11 dez. 2023]. Disponível em https://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf

NERY JUNIOR, Nelson - **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. ISBN 85-203-1541-0.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade - **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-5940-2.

NEVES, António Castanheira - **Digesta, escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NEVES, José Roberto de Castro - **Como os advogados salvaram o mundo**. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 2018. ISBN 978-85-2094-256-7.

NIEVA-FENOLL, Jordi - **Coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6786-5.

NOTA INFORMATIVA da Direção-Geral da Política de Justiça do Ministério da Justiça. [Em linha]. (05-2019). Disponível em https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Estudos%20AIN%20DGPJ/Nota_Informativa_RPCE_Maio_2009.pdf

NUNES, Dierle José Coelho - Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. [Em linha]. [sn] (2008), p. 13-29 [Consult. 11 dez. 2023]. Disponível em file:///C:/Users/Ariel%20Stopassola/Downloads/Teoria_do_Processo_contemporaneo_2008_CO.pdf

ORDENAÇÕES Filipinas. [Em linha]. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>

ORDENAÇÕES Manuelinas. [Em linha]. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l3p187.htm>

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos – **Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019. ISBN 978-85-5321-712-0.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle - **O Código de Processo Civil Brasileiro. Origem, formação e projeto de reforma**. [Em linha]. Brasília: [sn], vol. 48, n.º 190, 2011. [Consult. 08 ago. 2020]. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242945/000939985.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

PIRES, Alex Sander Xavier - **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016. ISBN 978-85-909488-2-7.

RAMOS, Rui Manoel Moura - Apresentação. In SILVA, João Calvão da [et. al]. - **Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal**. São Paulo: Forense, 2017. 344p. ISBN 978-85-309-7696-5, p. IX-XV.

REGO, Hermenegildo de Souza – **Natureza das Normas sobre Prova**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, ISBN 85.203.0430-3.

REIS, José Alberto dos - **Organização Judicial. Lições feitas ao curso do 4º ano jurídico de 1908 a 1909**. [Em linha]. Coimbra: Imprensa Academica, 1909. [Consult. 03 abr. 2023]. Disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/2217.pdf>

REIS, José Alberto dos - **Processo ordinário civil e commercial. Lições feitas ao curso do 4º ano jurídico de 1906-1907**. [Em linha]. Coimbra: Imprensa Academica, 1907. [Consult. 11 set. 2023]. Disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/7558.pdf>

RESOLUÇÃO n.º 106. **Diário da Justiça Eletrônico/Conselho Nacional de Justiça**. [Em linha]. N.º 61 (07-04-2010), p. 6-9. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/168>

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. ISBN 85-336-1227-3.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. Revista de direito administrativo - **Revista de Informação Legislativa**. [Em linha]. Ano 34, n. 136 (1997), p. 5-28 [Consult. 26 dez 2023]. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/287/r136-01.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes - Sobre a súmula vinculante. **Revista de Informação Legislativa**. [Em linha]. Ano 34, n.º 33 (1997), p. 51-64 [Consult. 17 dez 2023]. Disponível em

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/193/r133-06.PDF?sequence=4&isAllowed=y>

RODRIGUES JR., Otavio Luiz - **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023, ISBN 978-65-5964-623-4.

SANTOS, Moacyr Amaral - **Prova judiciária cível e comercial**. Vol. I, 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. 494p.

SILVA, João Calvão da [et. al]. - **Processo Civil Comparado: análise entre Brasil e Portugal**. São Paulo: Forense, 2017. 344p. ISBN 978-85-309-7696-5. p. 183-210.

SILVA, Ovídio A. Baptista da - **Direito Material e Processo (Estudo para compor o livro em homenagem ao Prof. Egas Muniz de Aragão)** [Em linha]. Porto Alegre: [sn], [sd]. [Consult. 02 mar 2022]. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovidio%20Baptista\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovidio%20Baptista(2)%20-%20formatado.pdf)

SILVA, Ovídio A. Baptista da - **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. ISBN 85.309-2090-2.

SILVA, Paula Costa e – **Accountability e Transparência da Justiça Civil e Portugal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. ISBN 978-85-5321-813-4.

SOARES, Rita Mota - Poderes/Deveres da Relação na Reapreciação da Matéria de Facto. O Dano Biológico Quando da Afectação Funcional não Resulte Perda da Capacidade de Ganho - o Princípio da Igualdade. **Revista Julgar**. Coimbra: Almedina. ISSN 1646-6853. Ano 2017, n.º 33 (set. - dez. 2017), p. 111-135.

SOUSA, Miguel Teixeira de – **A prova em processo civil. Ensaio sobre o raciocínio probatório**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. ISBN 978-65-5614-236-4.

SOUSA, Miguel Teixeira de - O controlo das presunções judiciais pelo Supremo Tribunal de Justiça. **A revista**. [Em linha]. N.º 1 (2022), p. 41-56. [Consult. 22 ago. 2022]. Disponível em https://arevista.stj.pt/?page_id=434

SOUSA, Miguel Teixeira de - Prova, poderes da Relação e convicção: a lição da epistemologia - Ac. do STJ de 24.9.2013, Proc. 1965/04. **Cadernos de Direito Privado**. Braga: [sn]. ISSN 1645-7242. N.º 44 (out. - dez. 2013), p. 29-36.

STOPASSOLA, Ariel; NASCIMENTO, Leonardo Longen - Uma sentença judicial clara dispensa interpretação? [Em linha]. São Paulo: **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, 2023. [Consult. 11 dez 2023]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-mai-06/diario-classe-sentenca-judicial-clara-dispensa-interpretacao/>

STRECK, Lenio Luiz - **A democracia é compatível com a jurisprudencialização do direito?** [Em linha]. São Paulo: Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 2023. [Consult. 22 dez. 2023]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-nov-30/a-democracia-e-compativel-com-a-jurisprudencializacao-do-direito/>

STRECK, Lenio Luiz - **Ainda sobre a perda do caso concreto na ‘cultura dos precedentes’**. [Em linha]. São Paulo: Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 2023. [Consult. 26 dez. 2023]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-dez-21/ainda-sobre-a-perda-do-caso-concreto-na-cultura-dos-precedentes/>

STRECK, Lenio Luiz - **Apropriação moral e política do Direito degrada o Estado de Direito**. [Em linha]. São Paulo: Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 2019. [Consult. 20 nov. 2023]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/senso-incomum-apropriacao-moral-politica-direito-degrada-estado-direito>

STRECK, Lenio Luiz - **Eficácia, poder e função das súmulas no direito brasileiro**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1995. 353 fls. Tese de Doutorado em Direito.

STRECK, Lenio Luiz – **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2014. ISBN 978-85-7348-880-7.

STRECK, Lenio Luiz - **Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2020. ISBN 978-85-9590-094-3.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 73-89. ISBN 978-85-53172-64-1.

STRECK, Lenio Luiz - **Jurisdição constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-7938-6.

STRECK, Lenio Luiz - Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 260 p. ISBN 978-85-7348-813-5. Segunda parte, p. 59-94.

STRECK, Lenio Luiz - O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**. [Em linha]. N.º 206 (2015), p. 33-51. [Consult. 25 dez. 2023]. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p33.pdf?fbclid=IwAR02rYUOWi7j2TOR-25LBtwyU-sMivFcObGVQZeCYkMKFQkv7_W1GbYXbkW

STRECK, Lenio Luiz - **Uma ode à jurisdição constitucional**. [Em linha]: [sl], 2020. [Consult. 15 nov. 2023]. Disponível em <https://estadodaarte.estadao.com.br/streck-ode-jurisdicao-constitucional/>

STRECK, Lenio Luiz - **Um robô pode julgar? Quem programa o robô?** [Em linha]: [sl], 2020. [Consult. 15 dez. 2023]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum-robo-julgar-quem-programa-robo/>

STRECK, Lenio Luiz - **Verdade e Consenso**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2017. 712p. ISBN 978-85-472-1564-4.

STRECK, Lenio Luiz; JUNG, Luã Nogueira - **Livre convencimento judicial e verdade: crítica hermenêutica às teorias de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán**. [Em linha]: [sl], v. 27, n. 1, 2022. [Consult. 08 ago. 2022]. Disponível em <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/18696>

STRECK, Lenio Luiz; KARAM, Henriete. A literatura ajuda a existencializar o direito. **ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura**. [Em linha]. V. 4, n.º 2 (2018), p. 615-626. [Consult. 23 jan. 2023]. Disponível em <https://periodicos.rdl.org.br/anamps/article/view/525>

SUPERIOR Tribunal de Justiça do Brasil - Acórdão com o n.º 896.248, de 13 de junho de 2017. Relator Raul Araújo.

SUPERIOR Tribunal de Justiça do Brasil - Acórdão com o n.º 2078460, de 22 de setembro de 2023. Relatora Maria Isabel Gallotti.

SUPERIOR Tribunal de Justiça do Brasil - Acórdão com o n.º 2369077, de 31 de outubro de 2023. Relator Francisco Falcão.

SUPERIOR Tribunal de Justiça - **Processos recebidos no STJ em 2023 já passam de 419 mil; recorde renova debate sobre racionalização.** [Em linha]. Brasília: [sn]. 2023. [Consult. 23 dez. 2023]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/20112023-Processos-recebidos-no-STJ-em-2023-ja-passam-de-419-mil--recorde-renova-debate-sobre-racionalizacao.aspx>

SUPERIOR Tribunal de Justiça - **Órgãos julgadores especializados em direito privado anunciam resultados de 2023.** [Em linha]. Brasília: [sn]. 2023. [Consult. 23 dez. 2023]. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/19122023-Orgaos-julgadores-especializados-em-direito-privado-anunciam-resultados-de-2023.aspx>

SUPERIOR Tribunal de Justiça do Brasil. Súmula n.º 7, de 28 de junho de 1990.

SUPREMO Tribunal de Justiça de Portugal - Acórdão com o n.º 20/14.8T8AVR.P1.S1, de 18 de maio de 2017. Relator Chambel Mourisco.

SUPREMO Tribunal de Justiça de Portugal - Acórdão com o n.º 24369/16.6T8LSB.L1.S1, de 11 de julho de 2019. Relator Tomé Gomes.

SUPREMO Tribunal de Justiça de Portugal - Acórdão com o n.º 3144/12.2TBPRD-B.P1.S1, de 05 de abril de 2022. Relator Ricardo Costa.

SUPREMO Tribunal de Justiça de Portugal - Acórdão com o n.º 3050/19.0T8GMR.G2.S1, de 31 de janeiro de 2023. Relatora Maria João Vaz Tomé.

SUPREMO Tribunal de Justiça de Portugal - Acórdão com o n.º 6178/16.4T8VNG.P1.S1, de 02 de novembro de 2023. Relator Ricardo Costa.

SUPREMO Tribunal Federal do Brasil - Acórdão com o n.º 3.713, de 30 de janeiro de 1924. Relator Guimarães Natal.

SUPREMO Tribunal Federal do Brasil - Acórdão com o n.º 7.876, de 20 de julho de 1944. Relator Castro Nunes.

SUPREMO Tribunal Federal do Brasil - Acórdão com o n.º 14.231, de 20 de dezembro de 1948. Relator Ribeiro da Costa.

SUPREMO Tribunal Federal do Brasil - Acórdão com o n.º 12.698, de 25 de julho de 1950. Relator Lafayette de Andrada.

SUPREMO Tribunal Federal do Brasil - Acórdão com o n.º 29.710, de 14 de outubro de 1963.
Relator Evandro Lins.

SUPREMO Tribunal Federal do Brasil - Acórdão com o n.º 24.268, de 05 de fevereiro de 2004.
Relator Gilmar Mendes.

SUPREMO Tribunal Federal do Brasil - Acórdão com o n.º 791.292, de 23 de junho de 2010.
Relator Gilmar Mendes.

SUPREMO Tribunal Federal do Brasil - Acórdão com o n.º 802.046, de 09 de novembro de 2010. Relator Ricardo Lewandowski.

SUPREMO Tribunal Federal do Brasil - Acórdão com o n.º 677.843, de 18 de outubro de 2011.
Relator Joaquim Barbosa.

SUPREMO Tribunal Federal do Brasil - Acórdão com o n.º 2298, de 13 de setembro de 2018.
Relator Gilmar Mendes.

SUPREMO Tribunal Federal - **Projeto Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral.** [Em linha]. Brasília: [sn]. 2021. [Consult. 15 dez 2023]. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1>

SUPREMO Tribunal Federal - **STF finaliza testes de nova ferramenta de Inteligência Artificial.** [Em linha]. Brasília: [sn]. 2023. [Consult. 15 dez 2023]. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=507120&ori=1>

SUPREMO Tribunal Federal do Brasil. Súmula n.º 279, de 13 de dezembro de 1963.

TARUFFO, Michele – **A motivação da sentença civil.** 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. ISBN 978-85-66722-24-6.

TARUFFO, Michele – **Ermeneutica, prova e decisione.** [Em linha]. Porto Alegre: [sn], 2018. [Consult. 16 jun. 2021]. Disponível em <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.136>

TARUFFO, Michele - **Poderes probatórios de las partes y del juez en europa.** [Em linha]. Alicante: n. 29, 2006. [Consult. 05 set. 2022]. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9966/1/Doxa_29_13.pdf

TELLES, José Homem Corrêa - **Commentario Critico á Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769.** [Em linha]. Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus, 1865.

[Consult. 05 set. 2023]. Disponível em <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/436>

THOMAZ, FERNÃO DE C. FERNANDES - **Recolha e valoração da prova em processo civil - alguns aspectos relevantes**. [Em linha]. Lisboa: [sn], 1982. [Consult. 13 nov. 2023]. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B9613f262-8965-4e6c-b8d8-366225378571%7D.pdf>

TRIBUNAL Constitucional de Portugal – Acórdão com o n.º 810/93, de 7 de dezembro de 1993. Relator Antero Alves Monteiro Dinis.

TRIBUNAL Constitucional de Portugal – Acórdão com o n.º TCB19970417973201, de 17 de abril de 1997. Relatora Fernanda Palma.

TRIBUNAL da Relação do Porto – Acórdão com o n.º 542/19.4T8PVZ.P1, de 04 de abril de 2022. Relator Pedro Damião e Cunha.

TRIBUNAL Europeu de Direitos Humanos. Sentencia n.º 18064/91 - Hiro Balani v. Espanha, de 09 de dezembro de 1994. Presidente Rolv Ryssdal.

TRIBUNAL Superior do Trabalho do Brasil - Acórdão com o n.º 1418-71.1957.5.55.5555 (Recurso de Revista), de 16 de novembro de 1957. Relator Edgard de Oliveira Lima.

TRIBUNAL Superior do Trabalho do Brasil. Regimento Interno, de 20 de novembro de 2017.

TRIBUNAL Superior do Trabalho do Brasil. Súmula n.º 126, de 06 de outubro de 1981.

TUCCI, José Rogério Cruz e - **Processo civil e ideologia**. São Paulo: Marcial Pons, 2019. ISBN 978-85-6672-277-2.

TUCCI, José Rogério Cruz e - Evolução do processo civil brasileiro nos 200 anos de independência. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. [Em linha]. Ano 8 (2022), n.º 4, p. 1463-1491. [Consult. 19 dez. 2023]. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2022/4/2022_04_1463_1491.pdf

UBERTIS, Giulio – Quaestio facti e quaestio iuris. **Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio / International Journal on Evidential Legal Reasoning**. [Em linha]. N.º 1 (2020), p. 67-74. [Consult. 22 ago. 2022]. Disponível em <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22326/26148>

VICENTE, Dário Moura - **Direito Comparado**. Vol. I. 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2018. ISBN 978-85-8493-436-2.

VICENTE, Dário Moura - O contributo da Lei da Boa Razão para o Direito Comparado e seu ensino: breve relance. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. [Em linha]. N.º LXI (2019), p. 61-72 [Consult. 07 set. 2023]. Disponível em <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/54969/2/D%C3%A1rio%20Moura%20Vicente-V60-N2-2019.pdf>

VITAL, Danilo - **STJ julga mérito de apenas 4% dos recursos especiais que os tribunais não admitem**. [Em linha]: [sl], 2023. [Consult. 30 dez. 2023]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-dez-20/stj-julga-merito-de-apenas-4-dos-recursos-que-os-tribunais-nao-admitem/>

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* - **Breves comentários do código de processo civil [livro eletrônico]**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-5932-7.

ZANETI JR., Hermes - **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN 978-85-309-6941-7.

ANEXO I

“Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça - Portugal

Processo: 24369/16.6T8LSB.L1.S1

2ª Secção

Relator TOMÉ GOMES

Descritores:

IMPUGNAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

PODERES DA RELAÇÃO

FACTOS INSTRUMENTAIS

LEI PROCESSUAL

EXAME CRÍTICO DAS PROVAS

PRINCÍPIO DA LIVRE APRECIACÃO DA PROVA

PODERES DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FACTOS ESSENCIAIS

ÓNUS DA PROVA

Data do acórdão: 11/07/2019

Votação: UNANIMIDADE

Sumário:

I. Nos termos dos artigos 5.º, n.º 2, alínea a), e 607.º, n.º 4, este aplicável aos acórdãos da Relação por via do artigo 663.º, n.º 2, do CPC, deve o tribunal extrair dos factos instrumentais resultantes da instrução da causa as ilações que se impuserem no sentido da comprovação dos factos essenciais.

II. A reapreciação da decisão de facto impugnada, por parte da Relação, não se deve limitar à verificação da existência de erro notório, mas implica a reapreciação do julgado sobre os pontos impugnados, em termos de o tribunal de recurso formar a sua própria convicção em resultado do exame das provas produzidas e das que lhe for lícito ainda renovar ou produzir, para só, em face dessa convicção, decidir sobre a verificação ou não do erro invocado, mantendo ou alterando os juízos probatórios em causa.

III. O exercício desse poder-dever cognitivo é sindicável pelo Supremo Tribunal de Justiça em termos de verificar se foram observados os parâmetros formais ou balizadores da respetiva disciplina processual.

IV. Nesse domínio, compete ao tribunal de revista ajuizar se o Tribunal da Relação observou o método de análise crítica da prova prescrito no n.º 4 do indicado artigo 607.º, mas já não imiscuir-se na valoração da prova feita segundo o critério da livre e prudente convicção do julgador, genericamente editado no n.º 5 do artigo 607.º do CPC.

V. Em face da impugnação da decisão de facto configurada pelo recorrente, a Relação deve empreender a análise crítica dos concretos meios de prova por ele convocados, não se limitando a uma apreciação global ou sincrónica da factualidade envolvente.

VI. O dever de pronúncia que incumbe ao juiz nos termos do artigo 608.º, n.º 2, do CPC, deve ser aferido em função da questão que tiver sido suscitada pelas partes, independentemente do respetivo mérito.

VII. Os factos alegados pelo réu em sede de contraprova não se traduzem em factos essenciais, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, do CPC, consistindo em meros factos impugnativos com função instrumental em relação aos factos essenciais que incumbe ao autor provar.

VIII. É sobre os factos constitutivos que incumbe ao autor provar que devem recair os juízos probatórios positivos ou negativos, não se exigindo, em regra, a formulação destacada de um juízo decisório factual sobre os respetivos factos impugnativos, bastando que estes sejam atendidos, como elementos resultantes da contraprova produzida, em sede da fundamentação dos factos essenciais a que se reportam.

Decisão Texto Integral:

Acordam na 2.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça:

I – Relatório

1. O Banco AA, S.A. (A.), instaurou, em 06/10/ 2016, ação de impugnação pauliana contra **BB - Construção e Obras Públicas, S.A. (1.º R.), CC (2.º R.) e DD, S.A. (3.ª R.),** alegando, no essencial, o seguinte:

. Em 27/10/2011, a 1.ª R. celebrou com o Banco A. um “Acordo de Liquidação Parcial e Reestruturação de Dívida” respeitante às diversas empresas que integram o Grupo “EE”, de que aquela R. fazia parte;

. No âmbito desse acordo, as responsabilidades da 1.ª R. para com o A. ficaram reduzidas a dois contratos de conta corrente caucionada no montante global de € 5.058.300,00;

. Com vista à liquidação integral deste capital, o Banco A. concedeu à 1.ª R. um empréstimo no referido montante, com a data-valor de 30/12/2011, pelo prazo de 120 meses, cuja última prestação de reembolso se venceria em 30/12/2021;

. O empréstimo foi realizado de uma só vez, com a mesma data-valor, através duma conta de depósito à ordem de que a 1.ª R. era titular junto do Banco A.;

. Para garantia do pagamento do capital mutuado, respetivos juros e demais encargos, a 1.^a R. entregou ao Banco A. uma livrança de caução por ela subscrita e avalizada pelo 2.^o R., fixando-se como valor máximo do aval a quantia de € 2.700.000,00;

. O pagamento da quantia mutuada foi também garantido por hipotecas voluntárias constituídas pela 1.^a R., em primeiro grau, sobre três imóveis: um prédio urbano sito na freguesia de ..., município de ..., avaliado em € 2.327.300,00, um prédio rústico sito na freguesia do ..., município de ..., avaliado no valor de € 144.600,00, e um prédio misto sito na freguesia de ..., município de ..., no valor de 331.200,00, descritos, respetivamente sob n.º 3.668, n.º 607 e n.º 8264 das correspondentes conservatórias do registo predial;

. Foram ainda dados em garantia dois penhores sobre valores mobiliários; um constituído pela sociedade “EE, SGPS, S.A.” e outro pelo 2.^o R.;

. Tendo a 1.^a R. deixado de cumprir o contrato em 30/04/2016, o A. procedeu, em 24/08/2016, à interpelação daquela e do seu avalista para efetuarem o pagamento da quantia então em dívida no total de € 4.857.647,42, incluindo o capital de € 4.507.117,69, juros e demais encargos, acabando por considerar resolvido o contrato, sendo que, à data da propositura da ação, a dívida ascende ao valor total de € 6.394.860,28;

. Sucede que a 1.^a R. vendeu à 3.^a R. os seguintes imóveis:

1 - Prédio rústico sito em ou ..., Quinta ..., freguesia de ..., concelho de ..., descrito sob o n.º 257 na respetiva conservatória do registo predial;

2 - Prédio misto sito em Quinta ..., freguesia de ..., concelho de ..., descrito sob o n.º 327 na respetiva conservatória do registo predial

3 - Prédio rústico sito na freguesia de ..., concelho de ..., descrito sob o 326 na respetiva conservatória do registo predial;

4 - Prédio misto sito na freguesia do ..., concelho de ..., descrito sob o n.º 1522 na respetiva conservatória do registo predial;

5 - Prédio misto Quinta da ..., sito na freguesia de ..., concelho de ..., descrito sob o n.º 1526 na respetiva conservatória do registo predial;

6 - Prédio rústico sito na freguesia de ..., concelho de ... descrito sob o n.º 318 na respetiva conservatória do registo predial;

7 - Prédio misto sito na freguesia de ..., concelho de ..., descrito sob o n.º 1523 na respetiva conservatória do registo predial;

8 - Prédio rústico sito na freguesia do ..., concelho de ..., descrito sob o n.º 1524 na respetiva conservatória do registo predial;

9 - Prédio rústico sito na freguesia de ..., concelho de ..., descrito sob o n.º 319 na respetiva conservatória do registo predial.

. Os referidos contratos de compra e venda foram celebrados em 23/12/2011, 31/01/2012, 24/02/2012, e 04/05/2012 e 20/07/2012, portanto, à exceção do celebrado em 23/12/2011, em data posterior à constituição do crédito do Banco A.;

. Tal alienação teve em vista impedir a satisfação futura do crédito do A., tendo tanto a 1.^a R. como a 3.^a R. consciência desse prejuízo.

Concluiu o Banco A. a pedir que fossem declarados ineficazes, em relação a ele, as vendas dos referidos imóveis, realizadas pela 1.^a R. a favor da 3.^a R., com o consequente reconhecimento da possibilidade de executar estes bens no património da adquirente.

2. Entretanto, o Banco A. desistiu do pedido quanto ao 2.^o R., o que foi homologado a fls. 709-710.

3. As 1.^a e 3.^a R.R. contestaram a impugnar a alegação da intenção que o Banco A. lhe imputa de impedirem a satisfação do respetivo crédito e a invocar que dos negócios em causa resultou o acréscimo patrimonial da 1.^a R., concluindo pela improcedência da ação.

4. Realizada a audiência final, foi proferida a sentença de fls. 727-745, datada de 15/03/2018, a julgar a ação procedente, declarando-se ineficazes, em relação ao A., na medida do seu crédito, os contratos de compra e venda dos prédios acima identificados.

5. Inconformadas, as 1.^a e 3.^a R.R. recorreram para o Tribunal da Relação de Lisboa, em sede impugnação da decisão facto e de direito, tendo sido proferido o acórdão de fls. 868-903, de 07/0 tação essencialmente diferente, a ação improcedente, mantendo a decisão recorrida.

6. Novamente inconformadas, as mesmas R.R. vêm pedir revista, alegando que o acórdão recorrido não envolve dupla conforme no respeitante à requerida ampliação da decisão de facto, mas que, a não se entender assim, a mesma seja admitida como revista excecional ao abrigo do disposto no artigo 672.^o, n.º 1, alínea a), do CPC, formulando as seguintes conclusões:

1.^a – O acórdão recorrido, ao julgar improcedente a apelação, desatendeu a pretendida modificação da decisão de facto, quanto aos Factos Provados 28 e 29, ao aditamento de determinados factos e a invocada nulidade por omissão de pronúncia;

2.^a - Em relação aos Factos Provados 28 e 29, as R.R. contestaram as presunções alcançadas pelo tribunal da 1.^a instância por desconformidade com as regras que regem a distribuição do ónus da prova e as presunções judiciais, constantes dos artigos 342.^o e 349.^o e seguintes do CC, o que configuraria uma inconstitucionalidade material por violação do artigo 20.^o, n.º 4, da CRP; e requereram a modificação da decisão recorrida, no sentido de dar como não provada a matéria impugnada.

3.^a - Também pugnaram pela ampliação da decisão de facto, indicando, em cumprimento do ónus vertido no artigo 640.^o do CPC, os concretos pontos da matéria de facto que deveriam ser dados como provados com expressa remissão para os meios probatórios.

4.^a - Defenderam tratar-se de factos essenciais para a boa decisão da causa que foram invocados nos articulados e provados no decurso da audiência final, que revelam o quadro

circunstancial que envolveu o ato impugnado (i.e. a venda da Quinta da ...), permitindo aferir da verificação “in casu” dos pressupostos da impugnação pauliana, nomeadamente do nexo de causalidade entre o ato impugnado e a impossibilidade de satisfação integral do crédito;

5.^a - E ilustram a evolução negativa, não imputável às R.R., das garantias dadas ao financiamento pelo A., mais concretamente das ações AA; facto que assume todo o protagonismo no julgamento da exceção do abuso de direito invocada pelas R.R..

6.^a - Foi ainda rejeitado o aditamento de um facto complementar revelado na instrução da causa - «Na altura em que a Quinta da ... foi vendida, a 1.^a Apelante tinha conhecimento dos estudos realizados pelo Banco FF de Investimento que indicavam que o fluxo financeiro libertado pela atividade do Grupo EE, em particular a que estava a ser desenvolvida no ..., seria suficiente para liquidar toda a sua dívida bancária, incluindo o financiamento do Banco Apelado.» -, do qual as R.R. pretendiam ver incluído à luz do dever judicial de tomar em consideração todas as provas produzidas (tenham ou não resultado da parte que as deveria apresentar) e de dar como provados ou não provados os factos relevantes para a decisão da causa que emana dos artigos 413.º e 607.º, n.º 3 e 4, do CPC;

7.^a - A Relação rejeitou a ampliação pretendida por considerar a matéria instrumental, conclusiva ou de direito e que não se inclui no objeto do litígio tal como foi fixado pelo tribunal de 1.^a instância - «O direito da A. satisfazer os seus créditos sobre a 1.º Ré à custa dos imóveis vendidos por esta à 3.^a Ré» (cf. p. 68).

8.^a - Em relação ao facto complementar, o tribunal superior entendeu ainda que a matéria havia sido objeto de análise em sede de fundamentação da sentença.

8.^a - Porém, a rejeição do recurso no tocante à ampliação do acervo fáctico com fundamento na natureza instrumental da matéria que foi alegada pelas partes, sendo esta essencial para a decisão de direito (pressupostos da impugnação pauliana e verificação da exceção do abuso de direito), contende contra os poderes de cognição impostos ao julgador pelos artigos 5.º, 413.º e 607.º, n.º 3 a 5, do CPC.

9.^a - Estando em causa matéria sobre a qual existe uma única decisão (o acórdão ora impugnado) e invocando as R.R. erro de aplicação ou interpretação da lei processual pela Relação, afigura-se não haver lugar à limitação da dupla conforme estabelecida no artigo 671.º, n.º 3, do CPC

10.^a - O recurso do tribunal de 2.^a instância sobre presunções judiciais fora do quadro legal dos artigos 342.º e 349.º e seguintes do CC constitui matéria de direito que cai na esfera de competência do STJ vertida no artigo 674.º, n.º 3, do CPC.

11.^a - Ademais, a decisão recorrida promove uma incorreta interpretação e aplicação da lei processual no julgamento da ampliação da matéria de facto e ofende lei substantiva, tornando lícita a intervenção do tribunal ad quem;

12.^a - Assiste, assim, às R.R. o direito de impugnar o acórdão na parte respeitante à decisão da matéria de facto com fundamento na inobservância das regras probatórias e na violação dos

poderes de cognição resultantes dos artigos 342.º, 349.º e 612.º do CC e dos artigos 5.º, 413.º e 607.º, n.º 3 a 5 do CPC, pelo que deve ser admitido o presente recurso, ao abrigo do disposto no artigo 671.º, n.º 1, e 674.º, n.º 1, alíneas a) e b), do CPC, como revista normal.

13.ª - Caso venha, porém, a ser entendido que in casu se verificou a dupla conforme entre a sentença proferida pela 1.ª instância e o acórdão recorrido - o que apenas a título subsidiário aqui se equaciona - mostram-se, igualmente, preenchidos os pressupostos da excecional admissibilidade da presente revista, fixados no artigo 672.º, n.º 1, alínea a), do CPC.

14.ª - O acórdão recorrido, ao julgar improcedente a nulidade por omissão de pronúncia imputada à sentença recorrida no tocante à exceção do abuso de direito invocada na contestação, violou o disposto no artigo 608.º, n.º 2 do CPC.

15.ª - Na sua fundamentação, a Relação rejeitou, em abstrato, a verificação do instituto do abuso de direito no quadro do instituto da impugnação pauliana.

16.ª - Refira-se que a ação pauliana implica um juízo sobre o nexo de causalidade entre o ato impugnado e a impossibilidade ou agravamento da satisfação do crédito, que incumbe ao autor provar; nexo de causalidade que as R.R. consideram inquinado pelo abuso de direito do A..

17.ª - Com efeito, não poderiam as instâncias recorridas ignorar que a impossibilidade de satisfação integral do crédito do A. está diretamente relacionada com a desvalorização acentuada das participações sociais do A. que foram dadas em garantia do crédito. Não tendo as R.R. concorrido de nenhuma forma para esse resultado, o qual é imputável na íntegra ao A., é totalmente desfasado da realidade e abusivo que as R.R. sejam as únicas penalizadas pela evidente má gestão do A..

18.ª - Não pode, pois, prevalecer a tese que considera o tribunal desvinculado da obrigação legal de apreciação de exceção invocada na contestação (em concreto, do abuso de direito) e que conduziu à exclusão dos respetivos factos concretizadores.

19.ª - Uma tal decisão afeta de forma intolerável o apuramento da verdade material, vedando às R.R. o direito de verem alterada a decisão do mérito da causa.

20.ª - No caso vertente, está em causa a determinação do correto sentido e alcance do artigo 608.º, n.º 2, do CPC, no quadro dos princípios fundamentais do processo civil. Não é, pois, legítima a total desconsideração de exceção alegada pela parte em articulado e a exclusão da aquisição processual dos respetivos factos concretizadores, sob pena de violação do princípio do processo justo e equitativo acolhido no artigo 20.º, n.º 4, da CRP;

21.ª - A interpretação do tribunal “a quo” branqueia o comportamento desleal de instituição bancária e afronta também o direito constitucional à propriedade privada consagrado no artigo 62.º, n.º 1, da C.R.P.

22.ª - A questão jurídica em causa prende-se com o âmbito dos poderes de cognição do julgador, encontrando-se investida de complexidade e pertinência jurídica. Trata-se de matéria

cuja relevância extravasa os limites do litígio concreto no qual foi suscitada e que merece adequada orientação jurisprudencial.

23.^a - *Em suma, constitui questão de significativo relevo jurídico, que justifica a intervenção do STJ para uma melhor aplicação do direito, fundamentando a admissibilidade do presente recurso como revista excecional, nos termos e para efeitos do disposto do artigo 672.º, n.º 1, do CPC;*

24.^a – *As R.R. requerem ainda a reforma do acórdão recorrido, com vista a retificar a omissão no tocante à dispensa do pagamento da taxa de justiça remanescente em sede recursiva requerida na p. 17 da alegação e conclusão 18 (cf. artigo 616.º, n.º 3 “ex vi” do art.º 666.º, n.º 1, ambos do CPC).*

25.^a - *As R.R. assacam ao Tribunal da Relação a violação de lei substantiva na parte que contende com o julgamento das presunções judiciais.*

26.^a - *Alegam que, embora as regras de distribuição do ónus da prova exigiam do A. a alegação e prova de que a R. BB tinha o «[...] propósito de impedir que tais imóveis pudessem vir a responder pelas dívidas da 1ª Ré [...]» (Facto Provado 28) e a R. DD tinha a «[...] consciência que a transmissão da propriedade dos referidos imóveis poderia ter como consequência o agravamento, para o Autor, da possibilidade da satisfação integral do seu crédito.» (Facto Provado 29), esta materialidade foi dada como provada com base em presunção judicial.*

27.^a - *As presunções judiciais consubstanciam ilações que o julgador tira de um facto conhecido, cuja prova incumbe à parte que a presunção favorece para firmar um facto desconhecido (art.º 349.º CC).*

28.^a - *Deste modo, não se pode suprir por via da presunção judicial a carência de prova de um facto sujeito a julgamento, uma vez que, se tal acontecesse, se estaria a violar o princípio do dispositivo.*

29.^a - *O acórdão recorrido denota que a convicção judicial se funda em matéria que não consta do elenco factual, concretamente a falta de autorização expressa do A. para a prática do ato impugnado e a autorização dada ao negócio pelo credor FF;*

30.^a - *Tal fundamentação, reconhecendo que as vendas projetadas eram do conhecimento dos credores das R.R., incluindo o A., contraria as regras da lógica. Caso a transmissão não tivesse ocorrido, o FF (com um crédito de € 188.038.941,33) teria tanta legitimidade como o Recorrido para disputar o património alienado. Então onde reside a má fé das Recorrentes?*

31.^a - *Acresce que, o tribunal “a quo” reforça a fundamentação do tribunal de 1.ª instância, também ela assente na falta de demonstração de «[...] qualquer outra lógica na transferência do património de uma para a outra [...]» e num acervo de considerações (não provadas) relativas às sociedades «da Família Varela». Não é demais lembrar que não consta do rol dos factos provados que: (i) «[...] a única Sociedade da “Família Varela” que não tinha dívidas era a 3.ª Ré [...]»; (ii) «[...] todas as Sociedades do “grupo” são, na verdade, encabeçadas pelo Engenheiro António Varela [...]»; e (iii) «[...] sendo a “sobrevivência” das empresas*

assegurada por este [António Varela]». Nem a sentença cuida, aliás, de esclarecer quais os meios de prova que lhe permitiram alcançar tais conclusões.

32.^a - A legitimidade das presunções judiciais pressupõe que não alterem os factos que a prova haja fixado. É precisamente o caso dos autos, porquanto as ilações impugnadas partem de factos que não integram a matéria dada como provada.

33.^a - A impugnação pauliana consiste na faculdade que a lei concede aos credores de atacarem judicialmente certos atos válidos ou mesmo nulos celebrados pelos devedores em seu prejuízo (art.º 610.º do CC). Essa impugnação depende da verificação simultânea de vários requisitos, exigindo-se, designadamente, se se tratar de ato oneroso, que tenha havido má fé, tanto da parte do devedor como do terceiro. Entende-se por má fé a consciência do prejuízo que o ato causa ao credor (art.º 612.º, n.º 2, do CC).

34.^a - O ónus da prova cabe ao credor impugnante, como facto constitutivo do direito, em face do disposto no artigo 342.º, n.º 1, do CC, não contrariado pela regra especial do artigo 611.º do mesmo diploma.

35.^a - Dívidas não restam de que a parte a quem a presunção favorecia, ou seja, o A. não provou os factos que estão na base da presunção judicial. Assim, o uso da presunção judicial ocorreu fora do condicionalismo legal, que exige que a ilação do facto legal presumido assente na prova de um facto de base ou instrumental. De outra forma, estaria a desautorizar-se a exigência de prova concreta e não presumida para se dar por demonstrada a má fé do devedor e do terceiro.

36.^a - Neste contexto, conclui-se que o acórdão recorrido contém um errado juízo dedutivo e presuntivo sobre os factos, fazendo uma incorreta aplicação dos artigos 341.º, 342.º, 349.º, 351.º e 612.º do CC.

37.^a - Pelo exposto, deverá a decisão da Relação sobre a matéria de facto ser anulada, por ofensa às regras do direito probatório, e suprimidos dos factos presumidos (i.e. Factos Provados 28 e 29). Em consequência, e uma vez que a subsunção do caso sub judice no instituto da impugnação pauliana teve como pressuposto os factos declarados provados com base em presunções judiciais que ultrapassaram os limites legalmente impostos - ou seja, o propósito de impedir a satisfação do crédito e a consciência do prejuízo - deverá a ação ser julgada improcedente.

38.^a - Na sua alegação, as R.R. requereram a correção da omissão do tribunal de 1.ª instância, dando-se por provados os seguintes factos (atinentes à defesa por si apresentada e relevantes para a decisão do mérito da ação):

(i) O produto da venda da Quinta da ... foi utilizado, por via da cessão de créditos, na assunção liberatória das dívidas de suprimentos da 1.ª Ré e, por sua vez, da sociedade mãe «EE SGPS, S.A.» ao acionista;

(ii) A carteira de projetos da 1.ª Ré estava orientada para a comercialização de terrenos de grande superfície, localizados sobretudo na zona de (i.e., ... e ...) e no ...;

(iii) Apesar dos esforços comerciais desenvolvidos pela 1.ª Ré, não surgiram interessados nestes imóveis;

(iv) Parte dos terrenos da 1.ª Ré encontravam-se localizados nas áreas abrangidas pelas Medidas Preventivas destinadas a garantir a programação e execução do empreendimento público do novo aeroporto da OTA e da ligação ferroviária de alta velocidade (TGV), o que impediu a 1.ª Ré, durante vários anos, de conseguir a aprovação dos projetos que tinha para os terrenos afetados;

(v) A situação económica e financeira da 1.ª Ré foi ainda agravada por fatores como o estrangulamento do crédito bancário (que agravou a contração do mercado), o aumento expressivo do spread e do indexante e a depreciação sustentada do valor do património imobiliário;

(vi) No dia 03-07-2009, foi celebrado entre várias sociedades do Grupo EE (em que se enquadra a 1.ª Ré) e o BANCO FF, S.A., um «Contrato de Financiamento» pelo montante de € 188.038.941,33, que previa a alienação da Quinta da ... para a assunção liberatória das dívidas de suprimentos;

(vii) No âmbito do referido financiamento, foi realizada uma auditoria independente às demonstrações financeiras, na qual os auditores concluíram que a Quinta da ... foi vendida pelo seu valor de mercado;

(viii) As 1.868.800 ações AA dadas em garantia do crédito do Autor foram adquiridas pela sociedade mãe da 1.ª Ré, pelo montante de € 1.840.973,83, no âmbito da operação de aumento de capital do primeiro implementada em 2003 e fortemente encorajada por este;

(ix) Em alguns anos, as cotações degradaram-se e o valor comercial das participações no A. ficou reduzido a menos de 1% do seu valor de compra;

(x) Este negócio resultou numa perda patrimonial na ordem dos quatro milhões (incluindo o valor mutuado para aquisição das participações financeiras e respetivos encargos financeiros);

(xi) Na altura em que a Quinta da ... foi vendida, a 1.ª Apelante tinha conhecimento dos estudos realizados pelo Banco FF de Investimento que indicavam que o fluxo financeiro libertado pela atividade do Grupo EE, em particular a que estava a ser desenvolvida no ..., seria suficiente para liquidar toda a sua dívida bancária, incluindo o financiamento do Banco A..

39.ª - Indicaram desenvolvidamente, como impõe o artigo 640.º, n.º 1, do CPC, os meios probatórios que legitimavam o referido aditamento e qual a decisão probatória que, no seu entendimento, deveria ter sido proferida. E defenderam que a matéria que se pretendia ver incluída punha em causa a verificação do pressuposto contido no artigo 610.º, alínea b), do CC - i.e. «Resultar do ato a impossibilidade, para o credor, de obter a satisfação integral do seu crédito, ou agravamento dessa impossibilidade.»;

40.^a - As R.R. explicaram ainda que as 1.868.800 ações AA - adquiridas, em 1.04.2003, pelo montante de € 1.840.973,83 - foram consideradas, em 30.12.2011, garantias idóneas pelo A.. Recordaram que, apenas por incúria do mesmo, o valor destas garantias se depreciou para menos de 1% (um por cento) do respetivo preço de compra, o que resultou numa perda patrimonial superior a quatro milhões de euros (incluindo encargos e comissões). Está em causa um facto que as R.R. não podiam prever no momento da contratualização do empréstimo e que o A. também não anteviu. Neste contexto, concluiu-se que as R.R. não deveriam ser penalizadas pela redução de valor de garantias que, não fora a gestão ruinosa do A., teriam sido suficientes para satisfazer o crédito.

41.^a - Com a sua atuação, o A. frustrou o legítimo investimento de confiança que lhe foi depositado, arremetendo judicialmente contra uma situação à qual deu causa. Trata-se, na perspetiva das R.R., de um evidente abuso de direito, na modalidade de “venire contra factum proprium” que não poderia ter sido desconsiderado pelo tribunal “a quo”.

42.^a - A ordem jurídica preocupa-se em proteger a expectativa de que a outra parte atue com retidão e autenticidade. Os princípios da boa-fé e da confiança são, do ponto de vista ético-jurídico, fundamentais. Como manifestação da teoria do abuso do direito, no segmento conexo com os limites impostos pela boa-fé, tem-se envolvido o princípio da proibição do “venire contra factum proprium”. Trata-se de um princípio que tutela, em primeira linha, a confiança inter-pessoal, bem como a expectativa que se tem relativamente ao comportamento alheio devido à convicção que, de algum modo, foi criada pelo sujeito do mesmo comportamento. A proibição da conduta contraditória em face da convicção criada implica que o exercício do direito seja abusivo por ilegítimo.

43.^a - Como refere VAZ SERRA, o princípio da proibição do “venire contra factum proprium” impede «que alguém exerça o seu direito em contradição com a sua conduta anterior em que a outra parte tenha confiado» in RLJ, ano 105.º, p. 28. É a consagração da responsabilidade pela confiança.

44.^a - Não se conformam as R.R. com a posição assumida pela Relação, que concluiu estarmos perante factualidade «[...] instrumental, conclusivo ou consubstancia matéria de direito [...]» e, nessa medida, abrangida pela fundamentação da sentença e ainda que não se inclui no objeto do litígio.

45.^a - Cumprido o ónus de alegação e de prova, impunha-se ao tribunal “a quo” que, perante a impugnação da matéria de facto, procedesse à aquisição processual da materialidade impugnada.

46.^a - Estando o tribunal obrigado, ao abrigo do artigo 5.º, n.º 2, do CPC, a levar em linha de conta os factos não alegados e não essenciais, desde que complementem ou concretizem os factos alegados e resultem da instrução da causa, por maioria de razão, não poderia desconsiderar os factos essenciais que foram alegados.

47.^a - E nem se diga que os factos em causa carecem de eficácia para a apreciação da situação jurídica controvertida.

48.^a - *Os factos (i) e (vii) versam sobre as condições em que ocorreu a venda da Quinta da ... e o impacto que teve na tesouraria da R. BB. Esta factualidade é ilustrativa da intenção das R.R., derrotando a conclusão do julgador pela sua má fé, encontrando acolhimento no primeiro tema de prova, a saber «Intenção de impedir a satisfação dos créditos».*

49.^a - *Em casos análogos, tem-se entendido que o cumprimento pelo devedor de uma obrigação, de entre uma pluralidade a que está adstrito, mesmo que em favorecimento de um dos seus credores, está a coberto da ação pauliana quando representar a satisfação de obrigação cujo cumprimento já devia ter ocorrido. Assim, não poderiam as R.R. ser atacadas por terem procedido à assunção liberatória das dívidas de suprimentos (como estava projetado, com a anuência do seu maior credor, desde 2009, em detrimento da satisfação dos créditos do A..*

50.^a - *Salienta-se que o valor comercial da Quinta da Alegria é manifestamente inferior à dívida que a R. BB tem, desde 2009, junto do FF (e que, posteriormente, foi transferida para a titularidade do BANCO GG, S.A.). De modo que, caso a transmissão impugnada não tivesse ocorrido, tais bens responderiam, em primeiro lugar (ou, pelo menos, proporcionalmente), por esta responsabilidade. Donde se conclui que, num cenário em que a R. BB não tivesse vendido a Quinta da ... à R. DD, não estaria garantida a satisfação integral do crédito do A..*

51.^a - *Tais factos demonstram também que o ato impugnado não foi a causa do agravamento da satisfação integral do crédito do A., o que se enquadra no segundo tema da prova referente à «Impossibilidade de satisfação ou agravamento da satisfação integral dos créditos decorrente das vendas / do acréscimo patrimonial».*

52.^a - *Os factos (ii) a (v) supra são ilustrativos das vicissitudes que a R. BB enfrentou, nomeadamente as repercussões da crise económico-financeira mundial. E os factos (vi) e (xi) demonstram que a venda posta em crise estava projetada mais de 3 anos antes da renegociação do crédito com o Recorrente e nada fazia crer, nessa altura, que a venda poderia prejudicar o cumprimento do serviço da dívida.*

53.^a - *Nessa medida, contendem com o primeiro tema de prova (i.e. «Intenção de impedir a satisfação dos créditos»).*

54.^a - *Por último, os factos (viii) a (x) evidenciam o abuso do direito que o A. pretende exercer pela via judicial e em que se baseia a exceção invocada pelas R.R., contendendo com o segundo tema da prova (i.e. «Impossibilidade de satisfação ou agravamento da satisfação integral dos créditos decorrente das vendas do acréscimo patrimonial»).*

55.^a - *A ampliação da decisão de facto objeto da apelação versa matéria que se integra no objeto do litígio e que poderia ter influência efetiva na decisão de mérito. A materialidade em causa inquina a conclusão alcançada pelas instâncias judiciais de que o não pagamento integral do financiamento ao Recorrido é um resultado da venda da Quinta da*

56.^a - *Está, assim, diretamente relacionada com os fundamentos que levaram a instância recorrida a concluir pela verificação dos pressupostos da impugnação pauliana, ou seja, o nexo de causalidade entre a venda e o agravamento de situação do Recorrido e a existência de má fé bilateral, na modalidade de dolo eventual.*

57.^a - Com a exclusão de tais factos, o acórdão recorrido violou o princípio da aquisição processual consagrado no artigo 413.º do CPC e fez uma errada aplicação dos artigos 5.º e 607.º, n.º 3 e 4, do mesmo diploma.

58.^a - Neste contexto, pode e deve a decisão de facto ser ampliada em ordem a constituir base suficiente para uma decisão de direito, pelo que requer que, nos termos do disposto no artigo 682.º, n.º 3, do CPC, volte o processo à Relação para ampliar a matéria de facto no respeitante aos pontos objeto da apelação, os quais, face ao resultado da atividade probatória, devem ser acolhidos como factos provados.

59.^a - Finalmente, afigura-se que a Relação, ao julgar improcedente a nulidade imputada à sentença da 1.ª instância por omissão de pronúncia sobre a exceção do abuso de direito invocada na contestação, perfilha uma interpretação normativa do artigo 608.º, n.º 2, do CPC que atenta contra o direito à tutela jurisdicional efetiva e a um processo justo e equitativo que emana do artigo 20.º da CRP.

60.^a - No caso vertente, as R.R. alegaram que o abuso de direito configura uma exceção perentória, que importa a absolvição do pedido (art.º 576.º, n.º 1 e 3, do CPC), donde resulta a sua relevância para a composição da lide. Por essas razões, defenderam que, nos termos do art.º 608.º, n.º 2, do CPC, o tribunal de 1.ª instância estava obrigado a conhecer da exceção especificadamente alegada em articulado e que, não o tendo feito, a sentença ficou, ao abrigo do artigo 615.º, n.º 1, alínea d), do CPC, ferida de nulidade.

61.^a - A Relação entendeu não estar o tribunal recorrido vinculado a conhecer da mencionada exceção, dado que a matéria de facto que consubstancia a exceção, no tocante à depreciação das garantias do crédito do A. (a qual foi alegada na contestação), não tem qualquer relevância no quadro jurídico da impugnação pauliana.

62.^a - Tal interpretação normativa não pode prevalecer. Não poderia a 1.ª instância ignorar em absoluto uma exceção invocada pelas partes, sob pena de defraudar o princípio da proibição de non liquet, consagrado no art.º 8.º, n.º 1, do CC e no artigo 608.º, n.º 2, do CPC.

63.^a - O julgador deve atentar à configuração que as partes deram ao litígio. Impõe-se que leve em linha de conta a causa de pedir e que resolva todas as questões concretas que emergjam do pedido deduzido pelo autor, das exceções invocadas pelo réu e, bem assim, de todas as exceções de que oficiosamente lhe cabe conhecer.

64.^a - Não colhe a tese do acórdão recorrido de que a exceção do abuso de direito constitui um mero argumento/motivação, carecendo da dignidade de questão que deva ser resolvida pelo tribunal. Parece indubitável que a exceção em causa colide com a questão de fundo do litígio e que, tendo em conta a pretensão que a parte visa obter, deve integrar a matéria decisória.

65.^a - A pronúncia inequívoca da 1.ª instância sobre a exceção do abuso de direito era essencial. A interpretação normativa sufragada pela Relação esvazia de relevância a figura jurídica do abuso de direito arguida e premeia incompreensivelmente o comportamento desleal do A.. Deveria, pelo contrário, o tribunal “a quo” ter revogado a sentença e, lançando mão da

faculdade conferida pelo artigo 665.º, n.º 2, do CPC, julgado procedente a exceção perentória do abuso do direito e absolvido as R.R. do pedido.

66.ª - Importa referir que, aquando da renegociação do crédito, o A. exigiu as garantias que entendeu necessárias para assegurar o pagamento do seu crédito e tinha perfeito conhecimento da intenção da R. BB de vender a Quinta da ...; venda que estava projetada desde 2009. No entanto, vem, volvidos quatro anos, pôr em causa o direito constitucional à propriedade das R.R., arrogando-se o direito a ser pago às custas de uma garantia que oportunamente não obteve. Bem sabendo que, se o crédito não foi integralmente ressarcido, tal se ficou a dever em larga medida à desvalorização acentuada das garantias prestadas. E quem é que deu causa a essa desvalorização? O próprio A.. Na realidade, se as suas ações não tivessem perdido 90% do seu valor, o crédito estaria hoje totalmente pago.

67.ª - Pergunta-se: é irrelevante que, não fora a desvalorização das ações do A. (das ações do capital do mutuário) dadas em garantia, o crédito poderia ter sido integralmente pago sem que a alienação da Quinta da ... tivesse qualquer impacto no cumprimento do mesmo?

68.ª - Custa a entender e, ainda mais, a aceitar que o A. possa prevalecer-se de uma situação que ele próprio criou.

69.ª - Não pode ignorar-se que o A. já teve de entrar em processos de mediação, sob os auspícios da CMVM, para indemnizar pequenos acionistas pela venda/subscrição de ações com crédito do banco;

70.ª - Estas práticas foram, inclusivamente, objeto de condenação pela CMVM;

71.ª - No caso concreto, ao contrário do que aconteceu com estes pequenos acionistas, não só não se indemniza o acionista lesado, como o mesmo ainda é penalizado.

72.ª - É evidente que estamos perante uma situação materialmente injusta, à qual o artigo 334.º do CC visa colocar um travão.

73.ª - Quando negociaram o financiamento, as R.R. tinham legítima convicção de que o A. se comportaria coerentemente no futuro. Com efeito, o A. teve acesso às contas da R. BB e a oportunidade de exigir todas as garantias que entendeu serem boas e suficientes para assegurar o reembolso do crédito, entre as quais o penhor sobre as suas próprias ações. A sua anterior conduta, quando objetivamente considerada, foi de molde a despertar nas R.R. uma situação de confiança, com base na qual - e de boa fé - tomaram disposições e organizaram planos (mormente, a venda da Quinta da ...), cuja frustração lhes causará danos - vide Ac. do STJ de 11.01.2011 (proc. n.º 2226/07.7TJVN.F.P1.S1).

74.ª - O A. pretende exercer o seu direito de crédito, desresponsabilizando-se na íntegra pela perda de valor das suas próprias ações. Com este comportamento, trai o investimento de confiança consubstanciado na venda/subscrição de ações com recurso ao crédito do banco e, renegociada a dívida, na conformação dos seus outros negócios, incluindo a venda da Quinta da

75.^a - Não pode um Estado de Direito tolerar que as R.R. vejam o seu direito de propriedade violentado por ação exclusivamente imputável ao A., o que obviamente ultrapassa os limites da ética social e da boa fé.

76.^a - O artigo 608.º, n.º 2, do CPC impõe ao juiz o ónus de conhecer de todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação. À luz da letra e razão de ser da norma, não se vislumbra que possa prevalecer o entendimento de que, no âmbito de uma impugnação pauliana, não há lugar à apreciação da exceção do abuso de direito oportunamente alegada pelo réu. E, por idêntica ordem de razões, não pode ser vedado ao recorrente o direito de impugnar a decisão de facto quanto aos factos essenciais (alegados em articulado) para o julgamento da exceção.

77.^a - Assim, a sentença de 1.ª instância é, nos termos do artigo 615.º, n.º 1, alínea d), do CPC, nula por omissão de pronúncia sobre exceção arguida pelas R.R..

78.^a - Apresenta-se como materialmente inconstitucional a interpretação normativa do artigo 608.º, n.º 2, do CPC sufragada no acórdão recorrido por ofensa ao princípio da confiança e ao direito constitucional a um processo justo e equitativo consagrado no art.º 20.º, n.º 4, da CRP. E afronta também o direito constitucional à propriedade privada consagrado no artigo 62.º, n.º 1, da CRP.

79.^a - Deveria a Relação ter reforçado na ordem jurídica a obrigação de o julgador analisar a matéria de facto relacionada com a exceção do abuso de direito invocada em articulado e apreciar os seus efeitos jurídicos. E, em consequência, ter declarado a sentença nula por omissão de pronúncia.

80.^a - A decisão de facto pode e deve ser ampliada em ordem a constituir base suficiente para uma decisão de direito. Assim, requerem que, nos termos do disposto no artigo 682.º, n.º 3, do CPC, volte o processo à Relação para ampliar a matéria de facto no que respeita aos pontos objeto da apelação, os quais, face ao resultado da atividade probatória, devem ser acolhidos como factos provados.

81.^a - Em resultado, deverá ser anulado o aresto recorrido e ordenado o novo julgamento da causa, em conformidade com o disposto nos artigos 682.º, n.º 3, e 683.º do CPC, ficando desde logo fixada, no quadro jurídico, a relevância da exceção perentória do abuso de direito e a correspondente procedência, verificando-se a factualidade invocada, com a consequente absolvição das R.R. do pedido.

82.^a - Por todo o exposto, deverá ser concedida a presente revista e, em consequência, anulado o acórdão recorrido, devendo declarar-se suprimidos os Factos Provados 28 e 29 e, no demais, serem os autos reenviados à Relação para ampliar a decisão de facto e julgamento da exceção do abuso de direito.

7. O Banco Recorrido apresentou contra-alegações a sustentar, em primeira linha, a inadmissibilidade da revista, por considerar verificada a dupla conforme e não caber ao STJ a apreciação livre das provas e a fixação dos factos; subsidiariamente, pugna pelo não provimento do recurso.

Colhidos os vistos, cumpre apreciar e decidir.

II – Quanto à questão prévia respeitante à admissibilidade da revista

Das conclusões das Recorrentes acima transcritas colhe-se que a presente revista tem por objeto o seguinte:

- i)** – A impugnação da apreciação dos factos dados como provados nos pontos 28 e 29 da sentença da 1.^a instância com fundamento em inobservâncias das regras probatórias em sede da repartição do ónus da prova e do uso de presunções judiciais, constantes dos artigos 341.º, 342.º, 349.º, 351.º e 612.º do CC, conjugados com os artigos 671.º, n.º 1, e 674.º, n.º 1, alínea a), do CPC;
- ii)** – A alegada violação da lei processual, no respeitante ao poder de cognição, por parte da Relação, na apreciação dessa matéria com inobservância do preceituado nos artigos 5.º, 413.º, 607.º, n.º 3 a 5, conjugados com o 674.º, n.º 1, alínea b), do CPC;
- iii)** – A invocada omissão do pretendido aditamento dos factos descritos em (i) e (vii), (ii) a (v) e (vi) e (xi) da conclusão 38.^a das R.R. acima transcrita para ajuizar, respetivamente, sobre a intenção de impedir a satisfação do crédito do A. e sobre a impossibilidade ou agravamento da satisfação integral desse crédito, fundada na violação dos artigos 5.º, 413.º e 607.º, n.ºs 3 e 4, do CPC;
- iv)** – A questão respeitante à apreciação pela Relação da alegada omissão de pronúncia sobre o abuso de direito;
- v)** – A questão do pretendido aditamento dos factos descritos em (viii) a (x) da sobredita conclusão 38.^a para efeitos de apreciação da referida questão de abuso de direito;
- vi)** – A questão da reforma do acórdão recorrido quanto à omissão sobre a invocada dispensa do pagamento da taxa de justiça remanescente em sede recursiva.

Relativamente à alegada violação da disciplina processual enunciada em ii), trata-se de questão que vem imputada à própria Relação em sede do exercício do seu poder de reapreciação dos factos dados por provados nos pontos 28 e 29 da sentença da 1.^a instância e que foram impugnados na apelação interposta pelas R.R..

Nessa medida, conforme jurisprudência deste Supremo Tribunal, tal questão não se tem por alcançada pela dupla conforme nos termos e para os efeitos do artigo 671.º, n.º 3, do CPC, cabendo, por isso, revista normal nessa parte.

Quanto à apreciação referida em iv) feita pela Relação sobre a alegada omissão de pronúncia cometida pela 1.^a instância sobre a questão do abuso de direito, estamos também perante uma questão de natureza processual conhecida em 1.º grau pela Relação, não podendo, portanto, considerar-se coberta pela dupla conforme.

Por sua vez, as questões enunciadas em iii) e v) relativas ao pretendido aditamento de factos vêm equacionadas na perspetiva de que o não atendimento desses factos pelas instâncias, mas

tidos pelas Recorrentes como essenciais no sentido da não verificação dos pressupostos da impugnação pauliana e da verificação do abuso de direito, constitui violação dos disposto nos artigos 5.º, 413.º e 607.º, n.ºs 3 e 4, do CPC.

Desse modo, tais questões respeitam ao âmbito da decisão de facto e, nessa medida, à indispensabilidade ou não da sua ampliação.

Sucedendo que a Relação concluiu não se justificar tal ampliação por considerar que tais factos se encontram abrangidos no segmento da fundamentação da sentença da 1.ª instância, quando ali se refere que “o demais alegado mostra-se instrumental, conclusivo ou consubstancia matéria de direito”, e que, ademais, não se incluem no objeto do litígio tal como foi fixado em sede dos temas da prova.

É certo que, segundo o preceituado no artigo 662.º, n.º 4, do CPC, não cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça das decisões da Relação, nomeadamente, sobre a indispensabilidade da ampliação da decisão de facto prevista na alínea c), parte final, do n.º 2 do mesmo artigo.

Não obstante isso, o atendimento de factos, tanto dos que se encontrem já provados como dos que permaneçam ainda controvertidos, desde que relevantes para a solução de direito em causa, pode ser oficiosamente determinado, mesmo em sede de revista, respetivamente, quer por via de incorporação dos primeiros nos termos do artigo 607.º, n.º 4, 2.ª parte, aplicável por força dos artigos 663.º, n.º 2, e 679.º do CPC, quer mediante ampliação da decisão de facto nos termos do artigo 682.º, n.º 3, do mesmo Código.

Nessa medida, tal questão de atendimento factual deverá ser aferida em função da dupla conforme que recair sobre a decisão de direito a que respeitem e da possibilidade de se conhecer dela em termos de revista excecional.

Quanto à impugnação referida em i) fundada em pretensa violação das regras de repartição do ónus da prova e do uso de presunções judiciais, trata-se de questões respeitantes a erro de julgamento, aqui perspetivado como erro de direito, sobre o que a decisão da Relação coincidiu, de forma unânime e sem fundamentação essencialmente diferente, com a sentença da 1.ª instância, verificando-se, nesta parte, dupla conforme nos termos do artigo 671.º, n.º 3, do CPC.

Todavia, para o caso de se entender como verificada a dupla conforme, a Recorrentes interpuseram, subsidiariamente, revista excecional ao abrigo do artigo 672.º, n.º 1, alínea a), do CPC, ainda que de forma não totalmente clara sobre o seu campo de incidência, como se depreende do capítulo IV das respetivas alegações (fls. 915-916/v.º), mas que se pode ter como extensível ao alegado erro de direito quanto à repartição do ónus da prova e ao uso indevido de presunções judiciais equacionado no capítulo VIII da mesmas alegações (fls. 916/v.º-918).

Por fim, a questão enunciada em vi) referente à pretendida reforma do acórdão recorrido, no tocante à invocada dispensa do pagamento da taxa de justiça remanescente em sede recursiva, respeita a matéria imputada exclusivamente à Relação, pelo que não se tem por abrangida pela dupla conforme.

Posto isto, a presente revista mostra-se, desde já, admissível, em termos normais, sobre as questões supra enunciadas:

- **em ii)** – quanto à alegada violação da lei processual, no respeitante ao poder de cognição por parte da Relação, com inobservância do preceituado nos artigos 5.º, 413.º, 607.º, n.º 3 a 5, e 674.º, n.º 1, alínea b), do CPC;
- **em iv** – quanto à apreciação pela Relação da alegada omissão de pronúncia sobre o abuso de direito;
- **em v)** – quanto ao pretendido aditamento dos factos descritos em (viii) a (x) da conclusão 38.^a para efeitos de apreciação da referida questão de abuso de direito;
- **em vi)** – se for caso disso, quanto à questão da reforma do acórdão recorrido relativamente à invocada dispensa do pagamento da taxa de justiça remanescente em sede recursiva.

E ainda, atendendo à interposição de revista excecional sobre o alegado erro de julgamento, para a eventualidade de vir a ser oportunamente admitida pela formação dos três juízes deste Supremo a que se refere o n.º 3 do artigo 672.º do CPC, cumpre desde já tomar conhecimento da questão **iii)**, respeitante ao pretendido aditamento dos factos descritos em (i) e (vii), (ii) a (v) e (vi) e (xi) da conclusão 38.^a com vista a ajuizar, respetivamente, sobre a “intenção de impedir a satisfação dos créditos” e a impossibilidade ou agravamento da satisfação integral do crédito do A., fundada na violação dos artigos 5.º, 413.º e 607.º, n.ºs 3 e 4, do CPC.

Só a questão enunciada em **i)**, se for caso disso, é que ficará, por ora, dependente da oportuna admissibilidade da revista excecional.

III – Fundamentação

1. Factualidade dada por provada pelas instâncias

Vem dada como provada pelas instâncias a seguinte factualidade:

1.1. A 1.^a R. celebrou com o Autor (A.), em 27/10/2011 um “Acordo de Liquidação Parcial e Reestruturação de Dívida” das diversas empresas que integram o Grupo “EE”, o qual faz parte integrante do Contrato de Mútuo - CLS 216771731.

1.2. Nos termos do referido acordo, foi convencionado que seria afeta à liquidação parcial das responsabilidades das empresas que integram o referido grupo “EE”, uma parte do montante da indemnização que, ao abrigo do processo n.º 2674/06.0TVLSB, que correu termos na ... Vara, ... Secção das Varas Cíveis de Tribunal Judicial da Comarca de ..., a Seguradora HH pagou, em sede de Transação Judicial homologada em 30 de outubro de 2011.

1.3. Na sequência do referido “Acordo de Liquidação parcial e reestruturação de dívida”, as responsabilidades da 1.^a R. perante o A. ficaram reduzidas a dois contratos de “Contra Corrente Cauçionada”, contabilizados no Banco com os n.º 2...22 e n.º 4...12, no montante global de capital de € 5.058.300,00;

1.4. Ainda no âmbito do aludido acordo a 1.^a R. e o A. acordaram as condições de contratação de um financiamento com vista à liquidação integral pelo montante de capital dos “Contratos de Contra Corrente Caucionada” referidos anteriormente.

1.5. Nestes termos, o A. concedeu à 1.^a R., a seu pedido, um empréstimo no montante de capital de € 5.058.300,00, com data valor de 30 de dezembro de 2011 - CLS 216771731.

1.6. O empréstimo concedido destinou-se a titular as responsabilidades resultantes do “Acordo de Liquidação Parcial e Reestruturação de Dívida” supra referido.

1.7. O empréstimo foi concedido pelo prazo de 120 meses, a contar da data-valor de utilização do crédito, vencendo-se a última prestação em 30 dezembro de 2021.

1.8. A utilização do empréstimo foi efetuada de uma só vez pelo montante de € 5.058.300,00, com data-valor de 30 de dezembro de 2011, através da conta de depósitos à ordem n.º 6...80, de que a 1.^a Ré é titular junto do A..

1.9. O capital mutuado e em dívida venceria juros, calculados dia a dia, à taxa a que correspondesse a EURIBOR a 1 ano, em vigor na data do primeiro dia de cada período de contagem de juros, com arredondamento à milésima, sendo tal arredondamento feito por excesso quando a quarta casa decimal for igual ou superior a cinco e por defeito quando a quarta casa decimal for inferior a cinco, e depois acrescida de uma margem (spread) de 3 pontos percentuais.

1.10. Em cada período de contagem de juros, a taxa de juro aplicada manter-se-ia inalterada, sendo que a taxa nominal aplicável seria atualizada no início de cada período de contagem de juros, incluindo o primeiro, de acordo com a taxa indexante supra referida.

1.11. Na data de celebração do contrato, à taxa indexante e margem referidas correspondia a taxa nominal de 4,967 % e a Taxa Anual Efetiva (TAE) de 5,0360% calculada nos termos do artigo 4.º do Dec-Lei n.º 220/94, de 23 de agosto.

1.12. Os juros seriam contados diariamente sobre todo o capital mutuado e não reembolsado, tomando por base um ano de 360 dias e um referencial de 30dias/mês e seriam debitados anual e postecipadamente, acrescendo-lhe os encargos exigíveis nos termos da lei e regulamentos em vigor, tendo início o primeiro período de contagem, na data-valor de desembolso do A. do valor mutuado.

1.13. Em caso de mora no pagamento dos juros remuneratórios, o A. poderia capitalizar os juros que corresponderiam ao período mínimo de 3 meses.

1.14. Em caso de incumprimento do pagamento de qualquer prestação de capital incidiria sobre o respetivo valor e durante o tempo em que o incumprimento se verificasse, a taxa de juro moratória correspondente à taxa de juro remuneratória fixada na cláusula 5.^a do contrato, acrescida da sobretaxa de 4%, a título de cláusula penal, ou a mais elevada que estiver em vigor na data do incumprimento.

1.15. O reembolso do capital beneficiava de um período de carência de 36 meses, contado da data da utilização do crédito e seria efetuado em 7 prestações anuais constantes e postecipadas de capital, tendo-se vencido a primeira em 30 de dezembro de 2015.

1.16. Os juros seriam debitados anual e postecipadamente, com o primeiro vencimento a ocorrer em 30/12/2012, a que acresceriam os encargos exigíveis nos termos da lei e regulamentos em vigor.

1.17. O reembolso do capital mutuado, bem como o pagamento dos juros devidos seria efetuado por débito, autorizado, na conta de depósitos à ordem da 1- Ré que aquela se obrigou a manter provisionada com fundos imediatamente disponíveis e suficientes para suportar tais débitos nas datas de vencimento, de capital, juros e encargos.

1.18. Para garantia do bom e pontual pagamento do capital financiado, respetivos juros e encargos, a 1.^a R. entregou ao A. uma livrança de caução por si subscrita e avalizada pelo 2.^o R., ficando o A. expressa e irrevogavelmente autorizado, em caso de não cumprimento de quaisquer responsabilidades emergentes da aludida operação de financiamento, a preencher livremente a livrança, através de qualquer um dos seus funcionários, designadamente no que se refere às datas de emissão e do vencimento, ao local de pagamento e aos valores assumidos, incluindo capital e juros, qualquer que seja a sua natureza, impostos, comissões e outros encargos que sejam devidos.

1.19. O bom e pontual pagamento da quantia mutuada ficou igualmente garantido por hipoteca voluntária, específica e acessória, constituída pela 1.^a R., em primeiro grau sobre os seguintes imóveis:

a) - Prédio urbano, sito na Rua ..., freguesia ..., concelho de ..., descrito na Segunda Conservatória do Registo Predial de ... sob o n.º 3668 da freguesia de ... e inscrito na matriz predial urbana sob o artigo número 4322 da dita freguesia, sobre o qual incide uma hipoteca voluntária constituída a favor da Fazenda Nacional (Direção Geral de Impostos) pelo montante máximo assegurado de € 858.538,89 e registada pela apresentação n.º 89 de 07/05/2009, o qual foi objeto de uma avaliação efetuada pelo A. em 30 de dezembro de 2010, e aceite pela 1.^a R., que atribuiu a este imóvel o valor de € 2.327.300,00, desde que cumpridos determinados requisitos, designadamente, encontrar-se livre de ónus e encargos;

b) - Prédio rústico denominado “Quinta da P... e Quinta do ...” ou “Quinta de ...” sito no sítio da "Quinta da P.... e Quinta do ..." ou "Quinta de ..." freguesia de ..., concelho de ..., descrito na Conservatória do Registo Predial de ... sob o n.º 607 da referida freguesia e inscrito na matriz predial rústica sob o número 9, Secção AJ da freguesia de ... (...), o qual foi objeto de uma avaliação efetuada pelo A. em 29 de novembro de 2010 e aceite pela 1.^a R., que atribuiu a este imóvel, livre de ónus e encargos, o valor de € 144.600,00.

c) - Prédio misto sito em ..., freguesia de ..., concelho de ..., descrito na Conservatória do Registo Predial de ... sob o número 8264 da freguesia de ... e inscrito na matriz predial urbana sob os artigos quatro da freguesia de ... e inscrito na matriz predial urbana sob os artigos números 10038 e 10039 e matriz predial rústica sob o artigo 2426, o qual foi objeto de uma

avaliação efetuada pelo A. em 5 de janeiro de 2011, e aceite pela 1.^a R., que atribuiu a este imóvel, livre de ónus e encargos, o valor de € 331.200,00.

1.20. As responsabilidades decorrentes do contrato ficaram, ainda, garantidas, com o acordo da 1.^a R., por dois penhores sobre valores mobiliários constituídos na data de celebração do Contrato, a saber:

a) - Penhor em primeiro grau constituído pela sociedade “EE, SGPS, S.A.”, pessoa coletiva número 5...2, sobre 1.000.000 de ações AA que se encontram depositadas na conta títulos n.º 4...75 de que é titular junto do A.;

b) - Penhor em primeiro grau constituído pelo 2.º R. sobre 2.329 Unidades de Participação representativas do capital do Fundo de Investimento Imobiliário fechado designado por “CITATION - FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO”.

1.21. As partes acordaram ainda que o não cumprimento pela 1.^a R. de qualquer das obrigações emergentes do contrato, designadamente o não pagamento pontual de qualquer prestação de capital ou de juros na data do seu vencimento, conferiria ao A. o direito de considerar, independentemente de interpelação, imediatamente vencida e exigível toda a dívida, bem como o direito de resolver o contrato com efeitos imediatos.

1.22. O contrato foi sucessivamente modificado, mediante distintos aditamentos no que respeita às respetivas condições contratuais celebradas e ao plano prestacional, através das alterações convencionadas, por documento particular, nas seguintes datas: 18/12/2014, 01/04/2015, 01/05/2015 e 23/12/2015.

1.23. Em 30 de abril de 2016, a 1.^a R. deixou de cumprir o contrato.

1.24. Motivo pelo qual o A., em 24/08/2016, interpelou a 1.^a R. e o avalista para proceder ao pagamento da quantia em dívida, no prazo de dez dias, sob pena de o A. considerar o contrato resolvido, exigindo, de imediato, todo o capital em dívida, no valor de € 4.597.117,69, acrescido dos respetivos juros e demais encargos legais: € 250.509,36 a título de juros calculados desde 30.04.2016 a 05.10.2016 e € 10.020,37, a título de imposto do selo, perfazendo o montante total de € 4.857.647,42.

1.25. Por carta datada de 24/08/2016, o A. solicitou à 1.^a R. o pagamento dos montantes em dívida.

1.26. Através de diversos contratos de compra e venda, a 1.^a R. transmitiu à 3.^a R. o direito de propriedade de que era titular sobre os seguintes imóveis:

a) - Prédio rústico, sito em ... ou ..., Quinta do ..., freguesia de ..., concelho de ..., inscrito na matriz sob o artigo 4 da secção P-P1, descrito na Conservatória do Registo Predial de ... sob o n.º 257;

b) - Prédio misto, sito em Quinta do ..., freguesia de ..., concelho de ..., inscrito na matriz rústica sob o artigo rústico 3, secção P, e urbana sob o n.º 994, descrito na Conservatória do Registo Predial de ... sob o n.º 327;

c) - Prédio rústico, sito em Cerrado ... ou ..., na freguesia de ..., concelho de ..., inscrito na matriz sob o artigo rústico 9 da secção O, descrito na Conservatória do Registo Predial de ... sob o n.º 326;

d) - Prédio misto, Quinta da ..., da freguesia do ..., concelho de ..., inscrito na matriz com o artigo rústico 2, secção AR e com os artigos urbanos P 1971, 3993, 3994, 3995, 3996, 3997, 3998, 3992 e 3991, descrito na Conservatória do Registo Predial de ... sob o n.º 1522;

e) - Prédio misto, sito na ... e Quinta do C..., freguesia de ..., concelho de ..., inscrito na matriz sob os artigos: artigo 20 - secção AQ, artigo 3 - secção AS, artigo 3 - secção AR e artigo 3999, descrito na Conservatória do Registo Predial de ... sob o n.º 1526 (anterior 2605);

f) - Prédio rústico, sito na Baixa ..., ..., freguesia de ..., inscrito na matriz sob o artigo 42, secção G, descrito na Conservatória do Registo Predial de ... sob o n.º 318;

g) - Prédio misto, sito em Barrada ... ou, freguesia de ..., inscrito na matriz sob artigo 4000 e sob o artigo 19, Secção AQ, descrito na Conservatória do Registo Predial de ... sob o n.º 1523 (anterior 2676);

h) - Prédio rústico, sito na Barrada ... freguesia do ..., inscrito na matriz sob artigo 14, secção AQ, descrito na Conservatória do Registo Predial de ... sob o n.º 1524 (anterior 2677);

i) - Prédio rústico, sito na baixa ... e Barrada ..., freguesia de ..., inscrito na matriz sob art.º rústico 7, secção G, descrito na Conservatória do Registo Predial de ... sob o n.º 319.

1.27. Os referidos contratos de compra e venda foram realizados em 20/07/2012, 23/12/2011, 24/02/2012, 31/01/2012 e 04/05/2012.

1.28. Tais negócios foram concretizados com o propósito de impedir que tais imóveis pudessem vir a responder pelas dívidas da 1.ª R., nomeadamente perante o A..

1.29. A 3.ª R., através da sua legal representante, tinha consciência que a transmissão da propriedade dos referidos imóveis poderia ter como consequência o agravamento, para o A., da possibilidade da satisfação integral do seu crédito.

1.30. Não são conhecidos outros imóveis património da 1.ª R..

1.31. Após a propositura da presente ação, o A. recebeu de CC a quantia de € 2.700.000,00 (valor máximo por si avalizado).

1.32. O Conselho de Administração da 1.ª R. é composto por CC (Presidente) e o Conselho de Administração da 3.ª R. é composto pelos seus 3 filhos: II, JJ e KK.

1.33. A negociação dos aditamentos referidos no ponto 1.22 foi feita, no que respeita à 1.ª R., pela filha de CC, II.

1.34. No dia 19/10/2016, o A. intentou contra a 1.ª R. uma ação executiva para pagamento de quantia certa com base em livrança, pelo montante de € 4.864.890,64, a qual foi distribuída ao

Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, Juízo de Execução de Lisboa - Juiz ..., sob o n.º 25854/16.5T8LSB.

1.35. No âmbito da referida execução, foram penhorados e colocados à venda dois imóveis propriedade da 1.ª R. com hipoteca constituída sobre os seguintes prédios: o prédio referido na alínea a) do ponto 1.19, pelo valor base de € 4.580.858,90; o prédio referido na alínea c) do ponto 1.19, pelo valor base de € 319.882,00.

1.36. O imóvel identificado na alínea c) do ponto 1.19 foi vendido, no dia 26/07/2017, pelo montante de € 300.000,00, acrescido da quantia devida para pagamento parcial dos honorários e despesas do agente de execução, no montante de € 7.994,75.

1.37. O A. propôs contra a 1.ª R., as sociedades “EE – Construção e Obras Públicas, S.A.” e “EE SGPS, S.A.”, o 2.º R. e mulher uma ação executiva para pagamento de quantia certa com base em livrança, pelo montante de € 1.539.691,14, a qual foi distribuída ao Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, Juízo de Execução de Lisboa - Juiz ..., sob o n.º 25851/16.0T8LSB.

1.38. No dia 06/09/2017, o A. viu assegurado por CC o pagamento do montante de € 1.573.501,93.

1.39. Os nove imóveis identificados nas alíneas a) a i) do ponto 1.26. constituem frações da propriedade conhecida como “Quinta da ...”.

1.40. A “Quinta da ...” não fazia parte do património afeto à atividade comercial da 1.ª R..

1.41. Em dezembro de 2011, o prédio id. em a) do ponto 1.26 foi avaliado em € 326.834,00 e a 1.ª R. vendeu-o, em 20/07/2012, à 3.ª R., pelo preço de € 327.000,00.

1.42. Também em dezembro de 2011, o prédio id. em b) foi avaliado em € 295.894,00 e a 1.ª R. vendeu-o, em 20/07/2012, à 3.ª R., pelo preço de € 296.000,00.

1.43. O prédio id. em c) foi avaliado em € 95.706,00 e a 1.ª R. vendeu-o, em 20/07/2012, à 3.ª R., pelo preço de € 96.000,00.

1.44. O prédio id. em d) foi avaliado em € 593.894,00 e vendido pela 1.ª R. à 3.ª R., em 23/12/2011, pelo preço de € 696.000,00.

1.45. O prédio id. em e) foi avaliado em € 772.457,00 e vendido, em 24/02/2012, pelo preço de € 775.500,00.

1.46. O prédio id. em f) foi avaliado em € 70.272,00 e a 1.ª R. vendeu-o à 3.ª R., em 31/01/2012, pelo preço de € 70.500,00.

1.47. O prédio id. em g) foi avaliado em € 559.091,00 e a 1.ª R. vendeu-o, em 31/01/2012, à 3.ª R., pelo preço de € 559.200,00.

1.48. O prédio id. em h) foi avaliado em € 22.716,00 e a 1.ª R. vendeu-o, em 31/01/2012, à 3.ª R., pelo preço de € 22.800,00.

1.49. O prédio id. em i) foi avaliado em € 49.690,00 e vendido, em 31/01/2012, pela 1.^a R. à 3.^a R., pelo preço de € 50.000,00.

1.50. A 1.^a R. propôs ao A., em 11/02/2015, a amortização da sua dívida por entrega de ativos mobiliários e da constituição de novas garantias, disponibilizando-se para entregar os seguintes ativos não onerados:

- Prédio rústico denominado «C... (...)», sito em ..., freguesia de ..., concelho de ..., descrito na Conservatória do Registo Predial de ... sob o número 4345 e inscrito na matriz predial rústica sob o artigo 33, secção G;

- Prédio rústico denominado «A... 4 A», sito na Quinta do ..., freguesia de ..., concelho da ..., descrito na Conservatória do Registo Predial de ... sob o n.º 311 e inscrito na matriz predial rústica sob o artigo 16, secção H1;

os quais foram entregues para dação em cumprimento.

1.51. O crédito do A. ficou reduzido, à data de 26/02/2018, para € 2.356.640,16.

2. Factos não provados

Foi dado como não provado que:

a) – À data em que foram vendidos os imóveis, o património da 1.^a R. era suficiente para responder pelas responsabilidades assumidas perante o A.;

b) - O património atual da 1.^a R. é suficiente para assegurar o pagamento do crédito do A.;

c) - A 1.^a R. obteve com as vendas em análise um acréscimo patrimonial global de € 106.446,00;

d) – A realização dos reportados negócios engrossou a conta bancária da 1.^a R., conferindo-lhe liquidez para responder pelas suas obrigações vencidas;

e) - Os atos de compra e venda em referência foram realizados no âmbito da atividade desenvolvida pela 1.^a R.;

f) - A falta de liquidez da 1.^a R. foi (só) um efeito nefasto da crise imobiliária que assolou a economia portuguesa na última década;

g) – A atividade deficitária das sociedades do Grupo "EE" obrigou o administrador da 1.^a R., enquanto acionista da sociedade mãe “EE, SGPS, S.A.”, a realizar várias injeções de capital, tornando-se credor da sociedade, a título de suprimentos, pelo montante de € 30.240.649,78;

h) – A “Quinta da ...” encontra-se arrendada à sociedade “LL - exploração Agrícola, Lda.”, que faz a exploração agrícola da propriedade e pela qual paga uma renda anual à 3.^a R..

3. Do mérito do recurso

3.1. Quanto à alegada violação da lei processual, no respeitante ao poder de cognição por parte da Relação

Como já acima foi referido, as Recorrentes invocaram a violação da lei processual, mais precisamente do disposto nos artigos 5.º, 413.º, 607.º, n.º 3 a 5, conjugado com o 674.º, n.º 1, alínea b), do CPC, na parte em que a Relação exerceu o seu poder de reapreciação da impugnação da matéria vertida nos pontos 28 e 29 da factualidade dada por provada pela 1.ª instância e assim mantida no acórdão recorrido.

De tais pontos consta como provado o seguinte:

. 28. Tais negócios foram concretizados com o propósito de impedir que tais imóveis pudessem vir a responder pelas dívidas da 1.ª R., nomeadamente perante o A.;

. 29. A 3.ª R., através da sua legal representante, tinha consciência que a transmissão da propriedade dos referidos imóveis poderia ter como consequência o agravamento, para o A., da possibilidade da satisfação integral do seu crédito.

A 1.ª instância fundamentou, especificamente, tais juízos probatórios nos seguintes moldes:

«Os factos dados como provados nos Pontos 28 e 29 foram deduzidos por presunção judicial, considerando a conjugação dos demais factos provados, nomeadamente os referidos nos Pontos 32 e 33, sobre os quais foi feita prova direta, perante a lógica constatação de que estamos perante relações familiares diretas e que a própria filha do legal representante da 1.ª Ré que, por sua vez, representa também a 3.ª Ré, foi quem negociou os termos das sucessivas alterações ao acordo de reestruturação da dívida, sendo certo que da prova testemunhal resultou reforçada, de forma clara e segura, não só o conhecimento de toda a situação por parte da filha do legal representante da 1.ª Ré como a intenção de não permitir que o património em causa pudesse vir a constituir uma garantia de pagamento da dívida da Sociedade. Acresce que as Rés não lograram demonstrar qualquer outra lógica na transferência do património de uma para a outra - que pudesse pôr em causa a dedução feita -, sendo certo que a única Sociedade da “Família V...” que não tinha dívidas era a 3.ª Ré e todas as Sociedades do "grupo" são, na verdade, encabeçadas pelo Engenheiro CC, sendo a “sobrevivência” das empresas assegurada por este.»

De referir, a este propósito, que dos pontos 32 e 33 dos factos provados consta o seguinte:

. 32. O Conselho de Administração da 1.ª R. é composto por CC (Presidente) e o Conselho de Administração da 3.ª R. é composto pelos seus 3 filhos: II, JJ e KK.

. 33. A negociação dos aditamentos referidos no ponto 22 foi feita, no que respeita à 1.ª R., pela filha de CC, II.

Ora, as Recorrentes, na respetiva apelação, impugnaram a matéria dos indicados pontos 28 e 29, insurgindo-se com a presunção judicial desse modo inferida pela 1.ª instância, convocando em seu abono, além do factualismo dado por provado em 1, 5, 7, 18, 19, 20 e 22, os depoimentos das testemunhas MM, NN, OO e PP (alegações de fls. 774/v.º a 778/v.º), no sentido de demonstrar a falta de base probatória indiciária suficiente para se concluir pela prova daqueles factos a título de má fé imputada às 1.ª e 3.ª R.R..

Pretendem, nessa base, que tais factos sejam dados como não provados.

Por sua vez, o Tribunal da Relação apreciou essa impugnação nos seguintes termos:

«No nosso ordenamento jurídico vigora o princípio da liberdade de julgamento ou da *livre convicção*, face ao qual o tribunal aprecia livremente as provas, sem qualquer grau de hierarquização e fixa a matéria de facto em sintonia com a convicção firmada acerca de cada facto controvertido, tendo porém presente o princípio a observar em casos de dúvida, consagrado no artigo 414.º do C.P.C., de que a “dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita». Conforme é realçado por Ana Luísa Geraldès (“Impugnação”, in *Estudos em Homenagem ao Prol Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I. Coimbra, 2013, págs. 609 e 610), 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 observância dos *princípios da imediação, da oralidade e da livre apreciação da prova*, com a consequente improcedência do recurso nesta parte». E mais à frente remata: «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 dialeticamente na base dos referidos princípios da imediação e da oralidade.”

Assim, para que a decisão da 1- instância seja alterada haverá que averiguar se algo de "anormal" se passou na formação dessa apontada "convicção", ou seja, ter-se-á que demonstrar que na formação da convicção do julgador de 1^ª instância, retratada nas respostas que se deram aos factos, foram violadas regras que lhe deviam ter estado subjacentes, nomeadamente, face às regras da experiência, da ciência e da lógica, da sua conformidade com os meios probatórios produzidos, ou com outros factos que deu como assentes.

No tocante aos factos provados 28 e 29:

“28. Tais negócios foram concretizados com o propósito de impedir que tais imóveis pudessem vir a responder pelas dívidas da 1^S Ré, nomeadamente perante o Autor.

29. A 3- Ré, através da sua legal representante, tinha consciência que a transmissão da propriedade dos referidos imóveis poderia ter como consequência o agravamento, para o Autor, da possibilidade da satisfação integral do seu crédito.»

A fundamentação fáctica é do seguinte teor:

“Os factos dados como provados nos Pontos 28 e 29 foram deduzidos por presunção judicial, considerando a conjugação dos demais factos provados, nomeadamente os referidos nos Pontos 32 e 33, sobre os quais foi feita prova direta, perante a lógica constatação de que estamos perante relações familiares diretas e que a própria filha do legal representante da 1- Ré que, por sua vez, representa também a 3- Ré, foi quem negociou os termos das sucessivas alterações ao acordo de reestruturação da dívida, sendo certo que da prova testemunhal resultou reforçada, de forma clara e segura, não só o conhecimento de toda a situação por parte da filha do legal representante da 1^a Ré como a intenção de não permitir que o património em causa pudesse vir a constituir uma garantia de pagamento da dívida da Sociedade. Acresce que as Rés não lograram

demonstrar qualquer outra lógica na transferência do património de uma para a outra - que pudesse pôr em causa a dedução feita -, sendo certo que a única Sociedade da "Família V..." que não tinha dívidas era a 3- Ré e todas as Sociedades do "grupo" são, na verdade, encabeçadas pelo Engenheiro CC, sendo a "sobrevivência" das empresas assegurada por este."

No essencial, os apelantes discordam desta valoração, porque, para que a presunção judicial seja admissível é imperativo que haja uma relação direta e segura, sem necessidade de elaboradas conjecturas, entre o facto que serve de base à presunção e o facto que por presunção se atinge. Ainda que se admita que a relação familiar (entre o administrador único da 1.^a Apelante e os administradores da 2.^a Apelante) pudesse ser um indício da má-fé (*affectio*), nunca poderia servir para, sem mais, concluir-se a partir do mesmo que as Apelantes tinham consciência de estarem a causar um prejuízo ao Apelado. Por outro lado, a prova resultante da instrução é explicativa do contexto em que as vendas ocorreram, demonstrando, para lá de qualquer dúvida, que não houve consciência dolosa por parte das Apelantes.

"Para se avaliar do *animus* das Apelantes, é preciso recuar ao longínquo ano de 2011, que contextualizou a venda da Quinta da E avaliar a decisão tomada à luz dos conhecimentos que os intervenientes tinham nessa data (e não de efabulações sobre factos futuros). Nos presentes autos, resultou provado que:

Em 27.10.2011, foi celebrado um "Acordo de Liquidação Parcial e Reestruturação de Dívida" com o Autor, nos termos dos quais este concedeu às sociedades do Grupo EE um empréstimo de capital de € 5.058.300,00 (cinco milhões cinquenta e oito mil e trezentos euros), com data valor de 30.12.2011 (Factos Provados 1 e 5).

O empréstimo foi concedido pelo prazo de 120 (cento e vinte) meses, a contar da data-valor de utilização do crédito, vencendo-se a última prestação em 30.12.2021 (Facto Provado 7).

Para garantia do bom e pontual pagamento da quantia mutuada, foram dadas várias garantias ao Autor/Apelado, incluindo: (i) uma livrança subscrita e avalizada pelo administrador único da 1.^a Ré/1.[§] Apelante, que o Autor/Apelado ficou autorizado a preencher livremente; (ii) hipoteca voluntária em primeiro grau sobre três imóveis da 1.^a Ré/1.[§] Apelante; e (iii) dois penhores sobre valores mobiliários constituídos sobre acções AA e unidades de participação representativas do capital de um fundo de investimento (Factos Provados 18, 19 e 20).

O Contrato foi sucessivamente modificado, no que respeita às respetivas condições contratuais celebradas e ao plano prestacional, mediante aditamentos celebrados, por documento particular, nas seguintes datas: 18.12.2014, 01.04.2015, 01.05.2015 e 23.12.2015 (Facto Provado 22)."

"Na raiz do presente litígio está uma operação de financiamento, realizada em 30.12.2011, entre a 1.^a Apelante e o Apelado. É um facto notório que o Apelado é uma instituição bancária com mais de 30 anos de história, que goza de elevado prestígio no mercado financeiro nacional e que tem acesso aos melhores profissionais do ramo."

"Atendendo ao perfil (público) do Apelado, é evidente, segundo as regras da experiência, que o mesmo nunca teria concedido tão avultado empréstimo às sociedades do Grupo EE se

entendesse que as garantias prestadas por conta do pagamento da dívida seriam insuficientes na data do reembolso.

Assim, é seguro concluir que, no final de 2011, o Banco Apelado sentia-se confortável com as garantias prestadas. O que se diria natural, dado que uma parte substancial das garantias assentava em ações representativas do capital do próprio Banco Apelado. Na verdade, se houvesse gestão sã, prudente e competente por parte do mesmo (como era expectável), com certeza a garantia iria, no mínimo, manter o seu valor económico.

Esta garantia, recorde-se, representava € 1.840.973,83 (um milhão oitocentos e quarenta mil novecentos e setenta e três euros e oitenta e três cêntimos), isto é mais de 36% (trinta e seis por cento) do valor do crédito garantido (*i.e.* € 5.058.300,00 - cf. artigos 5.º e 23.º - a) da petição inicial). Por incúria do Apelado e contrariando as expectativas de todos os agentes do mercado financeiro, as cotações das participações AA degradaram-se acentuadamente; facto que, por ser público e notório, dispensa alegação.”

“Note-se ainda que as garantias prestadas não abrangeram os ativos objeto de impugnação pauliana porque, como sempre foi do conhecimento do Banco Apelado, já em 2009 havia intenção da “\.- Apelante vendê-los nos termos e condições previstos no contrato de financiamento celebrado com o FF e melhor descritos *infra*. ”

“E foram vendidos entre o final de 2011 e meados de 2012, sendo tal venda do conhecimento do Apelado, que regularmente tinha acesso à informação financeira da 1.ª Apelante”.

“Tal venda, do conhecimento do Banco Apelado, não constituiu facto impeditivo das sucessivas renovações do contrato de mútuo, em 18.12.2014, 01.04.2015, 01.05.2015 e 23.12.2015 (Facto Provado 22). É absolutamente claro e notório que: (i) a 1.⁵ Apelante tinham intenção de vender os imóveis objeto de impugnação pauliana, nos termos e condições previstos no contrato de financiamento celebrado com o FF, mais 2 (dois) anos antes da celebração do contrato de mútuo com o Apelado; e (ii) o Apelado teve conhecimento da venda logo em 2011/2012 e tal não o impediu de manter a relação comercial com a 1.ª Apelante, como demonstram os aditamentos ao mencionado contrato, celebrados três e quatro anos depois”.

Em primeiro lugar, as presunções judiciais são admitidas pelo julgador enquanto presunções de facto ou naturais, baseadas nos ensinamentos de experiência e nas regras de vida e inspiram-se nas máximas de experiência, nos juízos correntes de probabilidade, nos princípios da lógica ou nos próprios dados da intuição humana, podendo ser afastados pela simples prova em contrário (Fernando Pereira Rodrigues, *A Prova em Direito Civil*, Coimbra Editora, 2011, págs. 16/18). Tal como se equacionou no Acórdão desta Relação de 20.09.2018, a «lei não exige a concertação do vendedor e do comprador, apenas exige que os mesmos tenham consciência de que a venda do modo que foi feita prejudica o credor». No caso vertente, as rés não conseguiram contrariar as ilações extraídas pelo tribunal recorrido, «perante a lógica constatação» da existência de relações familiares diretas e de que a «própria filha do legal representante da 1.ª Ré que, por sua vez, representa também a 3 - Ré, foi quem negociou os termos das sucessivas alterações ao acordo de reestruturação da dívida, sendo certo que da prova testemunhal resultou

reforçada, de forma clara e segura, não só o conhecimento de toda a situação por parte da filha do legal representante da 1.^a Ré como a intenção de não permitir que o património em causa pudesse vir a constituir uma garantia de pagamento da dívida Sociedade”.

Por último, ainda que o autor, e ora apelado, pudesse ter conhecimento da venda dos imóveis, o que é relevante e determinante é que, não autorizou tais atos, as vendas foram realizadas em data posterior à da celebração do «Acordo de Liquidação Parcial e Reestruturação de Dívida» e tiveram por objecto o único património imobiliário que se encontrava desonerado de quaisquer ónus ou encargos. A testemunha NN, que acompanhou directamente a negociação do acordo de reestruturação, esclareceu este aspeto e explicou também qual o motivo de não ter sido exigido à época a inclusão deste património nas garantias a prestar («fizeram alguns reforços de garantias ...por exigência da TROIKA, mas o património «Quinta da ...» não fazia parte da capacidade produtiva da família e raramente os bancos abrangiam o património todo, para não sufocar as hipóteses de recuperação do devedor»). Mas também referiu que chegou a ser falado com o Dr. CC, que excluiu totalmente tal hipótese.

Por outro lado, se a 1.^a Apelante tinha a intenção de vender os imóveis objeto de impugnação pauliana, nos termos e condições previstos no contrato de financiamento celebrado com o FF, é irrelevante para a situação em apreço, tal como é referido pelo tribunal recorrido. Nas palavras de João Cura Mariano (citando Menezes Cordeiro), a «má-fé adicional tem exactamente o mesmo conteúdo da má-fé do ato inicial, isto é, a consciência de que esse ato afetou a garantia patrimonial do credor impugnante, devendo esse conhecimento verificar-se nas pessoas do subalienante (adquirente) e do subadquirente» *{Obra citada, pág. 233-234}*.

Consequentemente, a valoração feita pelo tribunal recorrido é lógica e adequada às regras da experiência, bem como aos meios probatórios produzidos.»

Nos termos dos artigos 5.º, n.º 2, alínea a), e 607.º, n.º 4, este aplicável aos acórdãos da Relação por via do artigo 663.º, n.º 2, todos do CPC, deve o tribunal extrair dos factos instrumentais resultantes da instrução da causa as ilações que se impuserem no sentido da comprovação dos factos essenciais. Neste domínio, cabe ao Tribunal da Relação, ao abrigo do artigo 662.º, n.º 1, do mesmo Código, fazê-lo no âmbito da reapreciação da decisão de facto impugnada.

Todavia, o exercício desse poder-dever cognitivo é sindicável pelo Supremo Tribunal de Justiça em termos de verificar se foram observados os parâmetros formais ou balizadores da respetiva disciplina processual.

Assim, no que respeita à reapreciação da decisão de facto, compete ao tribunal de revista ajuizar se o Tribunal da Relação observou o método de análise crítica da prova prescrito no n.º 4 do indicado artigo 607.º, mas já não imiscuir-se na valoração da prova feita, segundo o critério da livre e prudente convicção do julgador, genericamente editado no n.º 5 do artigo 607.º do CPC.

Ora é hoje jurisprudência seguida por este Supremo que a reapreciação da decisão de facto impugnada, por parte do tribunal de 2.^a instância, não se deve limitar à verificação da existência de erro notório, mas implica uma reapreciação do julgado sobre os pontos impugnados, em termos de formação, pelo tribunal de recurso, da sua própria convicção, em resultado do exame

das provas produzidas e das que lhe for lícito ainda renovar ou produzir, para só, em face dessa convicção, decidir sobre a verificação ou não do erro invocado, mantendo ou alterando os juízos probatórios em causa.

Importa, pois, no caso vertente, verificar se a Relação, na reapreciação feita sobre a impugnação deduzida pelas R.R./apelantes sobre os factos dados como provado nos pontos 28 e 29 da sentença da 1.^a instância se pautou por tais diretrizes.

Debruçando-nos sobre a fundamentação do acórdão recorrido acima transcrita, constatamos que, depois de algumas considerações teóricas sobre a prova por presunção judicial, foi reproduzida a fundamentação consignada na sentença da 1.^a instância no âmbito daqueles pontos.

De seguida, considerou-se que as apelantes, no essencial, discordavam dessa valoração por entenderem que, para a presunção judicial ser admissível era imperativo que houvesse uma relação direta e segura, sem necessidade de elaboradas conjeturas, entre o facto presuntivo de base e o facto presumido. E foi então observado que, mesmo a admitir que a relação familiar entre o administrador único da 1.^a R. e os administradores da 3.^a R. pudesse ser um indício da má-fé, nunca poderia servir para, sem mais, se concluir, a partir do mesmo, que aquelas R.R. tinham consciência de estarem a causar um prejuízo ao apelado, salientando-se que a prova resultante da instrução é explicativa do contexto em que as vendas ocorreram, demonstrando, para lá de qualquer dúvida, que não houve consciência dolosa por parte das apelantes.

A referida fundamentação prossegue com uma extensa transcrição da argumentário das R.R., após o que, revertendo ao caso concreto, no essencial, se conclui no sentido de que aquelas não conseguiram contrariar as ilações extraídas pela 1.^a instância de que *perante a lógica constatação* da existência de relações familiares diretas e de que a «própria filha do legal representante da 1.^a R. que, por sua vez, representa também a 3.^a R., foi quem negociou os termos das sucessivas alterações ao acordo de reestruturação da dívida, sendo certo que da prova testemunhal resultou reforçada, de forma clara e segura, não só o conhecimento de toda a situação por parte da filha do legal representante da 1.^a R. como a intenção de não permitir que o património em causa pudesse vir a constituir uma garantia de pagamento da dívida da Sociedade”.

Seguidamente, na referida fundamentação do acórdão recorrido, considerando-se irrelevante para o caso que o A. pudesse ter conhecimento da venda dos imóveis, mas antes como determinante que as não autorizou, foi convocado o depoimento da testemunha NN, destacando-se o seu esclarecimento sobre o motivo de não ter sido exigido à época a inclusão do património em causa nas garantias a prestar, por não fazer parte da capacidade produtiva da família e raramente os bancos abrangerem o património todo, para não sufocar as hipóteses de recuperação do devedor, embora tenha também referido que chegou a ser falado com o Dr. CC, que excluiu totalmente tal hipótese.

Por último, na mesma fundamentação, é tida por irrelevante a intenção de a 1.^a R. vender os imóveis em causa nos termos e condições previstos no contrato de financiamento celebrado com o FF.

Sem mais, concluiu a Relação, de forma lapidar, que a valoração feita pela 1.ª instância foi lógica e adequada às regras da experiência, bem como aos meios probatórios produzidos.

De tudo isto resulta que, não obstante o acerto ou não das referidas considerações, a Relação não procedeu, pelo menos objetivamente, à análise crítica dos concretos meios probatórios convocados pelas R.R. apelantes, mormente dos indicados depoimentos testemunhais, de modo a ajuizar sobre o invocado erro de valoração dessas provas e a formar a sua própria convicção sobre os factos constantes dos pontos impugnados, limitando-se a sufragar formalmente a decisão da 1.ª instância e respetiva motivação, que teve como ajustada.

Ora, antes de mais, impunha-se que, em face da impugnação da decisão de facto configurada pelas R.R./apelantes, a Relação empreendesse a análise dos concretos meios de prova por elas convocados, ajuizando se e em que medida tais resultados probatórios afetam as ilações presuntivas extraídas pela 1.ª instância em sede de motivação dos pontos de facto impugnados. Feito isso, poderia então reforçar-se essa análise diacrónica com uma apreciação mais compreensiva ou sincrónica de toda a factualidade envolvente.

Porém, não foi esse o caminho percorrido pela Relação, tendo antes cingido a sua apreciação aos aspetos globais, sem dúvida relevantes, mas sem incidir minimamente sobre os testemunhos convocados, à exceção de uma breve referência ao depoimento da testemunha NN. Nem tão pouco se dá uma justificação no sentido de considerar irrelevante ou prejudicada a análise dos concretos meios probatórios indicados pelas Recorrentes.

A este propósito, importa sublinhar que a 1.ª instância, além de considerar a “lógica constatação” das relações familiares diretas entre a filha do legal representante da 1.ª R., por sua vez, representante também a 3.ª R., e de que fora ela quem negociara os termos das sucessivas alterações ao acordo de reestruturação da dívida, teve ainda por certo que da prova testemunhal resultava “reforçada, de forma clara e segura, não só o conhecimento de toda a situação por parte da filha do legal representante da 1.ª R. como a intenção de não permitir que o património em causa pudesse vir a constituir uma garantia de pagamento da dívida da Sociedade.

Todavia, a 1.ª instância não especificou sequer quais os meios de prova testemunhal de que resultava esse reforço, o que também escapou à reapreciação feita pela Relação.

Em tal contexto, a análise crítica dos meios de prova indicados pelas R.R. terá a virtualidade de contribuir para uma melhor consubstanciação dos juízos presuntivos em que se estribam os factos dados como provados nos pontos 28 e 29 da sentença, o que será até relevante na hipótese de vir a ser suscitada, em sede de revista, a sindicância sobre o uso de tais presunções.

Nestas circunstâncias, impõe-se concluir que a Relação, na reapreciação sobre a impugnação, deduzida pelas R.R./apelantes, dos factos dados como provados nos pontos 28 e 29, no âmbito do artigo 662.º, n.º 1, do CPC, não observou o método de análise crítica da prova prescrito no n.º 4 do artigo 607.º, aplicável por via do artigo 663.º, n.º 2, do mesmo Código, o que importa a anulação do acórdão recorrido, nesta parte, e a baixa do processo para o respetivo suprimento.

3.2. Quanto à apreciação pela Relação da alegada omissão de pronúncia sobre o abuso de direito

As Recorrentes invocaram a nulidade da sentença da 1.^a instância com fundamento em omissão de pronúncia sobre a questão do abuso de direito suscitada por aquelas sob os artigos 168.º a 176.º da contestação.

Na verdade, a 1.^a instância não se pronunciou, de modo algum, sobre tal questão.

Todavia, Relação entendeu o seguinte:

«No tocante à «exceção do abuso de direito», afigura-se igualmente que o tribunal recorrido não estava vinculado à sua apreciação, pois a matéria alegada nos artigos 168.º a 176.º da contestação não tem a virtualidade de impedir, modificar ou extinguir o efeito jurídico dos factos articulados pelo autor na petição. Os fundamentos da ação de impugnação pauliana estão contemplados nos artigos 610.º e 612.º do C.C., que especificam os elementos integrantes da respectiva causa de pedir, sendo o primeiro a existência de determinado crédito na titularidade do impugnante (anterior ou posterior ao ato impugnado). Interessa determinar se o crédito se encontra formalmente constituído e em que data, bem como a sua natureza e o montante da dívida, cuja prova incumbe ao credor, nos termos do artigo 611.º do C.C. As razões subjacentes à constituição do crédito ou de depreciação das garantias prestadas são irrelevantes, pois a impugnação pauliana insere-se num conjunto de meios colocados à disposição dos credores para evitarem a frustração de segurança que constitui a garantia patrimonial, enquanto expectativa jurídica do direito de executar o património do devedor para satisfação dos seus créditos (João Cura Mariano, *Impugnação Pauliana*, 2- ed., Abril, 2008, pág. 84)».

Por sua vez, sustentam as Recorrentes que a Relação fez incorreta interpretação do artigo 608.º, n.º 2, do CPC e que, além disso, se limitou a rejeitar, em abstrato, a verificação do instituto do abuso de direito no quadro do instituto da impugnação pauliana.

Vejamos.

Segundo o disposto no n.º 2, do artigo 608.º do CPC, ao juiz incumbe “resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, excetuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras.”

Nessa conformidade, mostra-se incorreta a consideração feita no acórdão recorrido de que a 1.^a instância não estava vinculada a apreciar a referida questão por se tratar de matéria sem a virtualidade de impedir, modificar ou extinguir o efeito jurídico dos factos articulados pelo A. na petição inicial.

Com efeito, o dever de pronúncia afere-se em função da questão que tiver sido suscitada pelas partes, independentemente do respetivo mérito, sendo este precisamente o objeto dessa pronúncia. Só nos casos de questão não suscitada pelas partes, mas que, ainda assim, seja de conhecimento oficioso, é que se tem vindo a entender que este conhecimento oficioso só se impõe, nos termos do artigo 608.º, n.º 2, parte final, do CPC, caso se mostre, porventura, relevante.

Em suma, no caso presente, verificava-se a invocada omissão de pronúncia e a consequente nulidade da sentença da 1.^a instância, nessa parte, nos termos do artigo 615.º, n.º 1, alínea d), 1.^a parte, do CPC, competindo então à Relação providenciar por tal apreciação, nomeadamente em sede de substituição, nos termos do artigo 665.º do CPC.

Sucedendo que a Relação se limitou a considerar que o tribunal da 1.^a instância não estava vinculado a apreciar a invocada questão de abuso de direito, o que procurou justificar, a partir de uma referência genérica ao alegado nos artigos 168.º a 176.º da contestação, com o facto de, em abstrato, as razões subjacentes à constituição do crédito ou de depreciação das garantias prestadas serem irrelevantes, visto que a impugnação pauliana se insere num conjunto de meios colocados à disposição dos credores para evitarem a frustração de segurança que constitui a garantia patrimonial, enquanto expectativa jurídica do direito de executar o património do devedor para satisfação dos seus créditos.

Nesta medida, o juízo de improcedência sobre as conclusões recursórias nessa parte, formulado a fls. 902, encerra apenas o sentido decisório de considerar não verificada a invocada omissão de pronúncia, sem envolver qualquer pronunciamento que possa ser tido por relevante sobre o mérito da própria questão do alegado abuso de direito.

Porém, considerando, como se considera, que a apreciação em foco incorre em interpretação errada do disposto no artigo 608.º, n.º 2, do CPC, não resta senão revogar o assim decidido pela Relação e, consequentemente, anular a sentença da 1.^a instância na parte em que omitiu tal pronúncia, nos termos do artigo 615.º, n.º 1, alínea d), primeira parte, do mesmo Código.

Em face disso, compete agora à Relação conhecer da procedência ou não da questão de abuso de direito, em substituição da 1.^a instância, nos termos do artigo 665.º do CPC, o que está vedado a este Supremo Tribunal como decorre da ressalva da aplicação daquele normativo constante do artigo 679.º do mesmo Código.

Termos em que procedem, nesta parte, as razões das Recorrentes.

3.3. Quanto ao pretendido aditamento dos factos descritos na conclusão 38.^a das Recorrentes

Pretendem as R.R./Recorrentes o aditamento à factualidade provada dos seguintes factos:

i) - O produto da venda da Quinta da ... foi utilizado, por via da cessão de créditos, na assunção liberatória das dívidas de suprimentos da 1.^a R. e, por sua vez, da sociedade mãe «EE SGPS, S.A.» ao acionista;

ii) - A carteira de projetos da 1.^a R. estava orientada para a comercialização de terrenos de grande superfície, localizados sobretudo na zona de ..., ..., ... e ..., e no ...;

iii) - Apesar dos esforços comerciais desenvolvidos pela 1.^a R., não surgiram interessados nestes imóveis;

iv) - Parte dos terrenos da 1.^a R. encontravam-se localizados nas áreas abrangidas pelas Medidas Preventivas destinadas a garantir a programação e execução do empreendimento

público do novo aeroporto da OTA e da ligação ferroviária de alta velocidade (TGV), o que impediu a 1.ª R., durante vários anos, de conseguir a aprovação dos projetos que tinha para os terrenos afetados;

v) - A situação económica e financeira da 1.ª R. foi ainda agravada por fatores como o estrangulamento do crédito bancário (que agravou a contração do mercado), o aumento expressivo do spread e do indexante e a depreciação sustentada do valor do património imobiliário;

vi) - No dia 03-07-2009, foi celebrado entre várias sociedades do Grupo EE (em que se enquadra a 1.ª R.) e o BANCO FF, S.A. um «Contrato de Financiamento» pelo montante de € 188.038.941,33, que previa a alienação da Quinta da ... para a assunção liberatória das dívidas de suprimentos;

vii) - No âmbito do referido financiamento, foi realizada uma auditoria independente às demonstrações financeiras, na qual os auditores concluíram que a Quinta da ... foi vendida pelo seu valor de mercado.

viii) - As 1.868.800 ações AA dadas em garantia do crédito do A. foram adquiridas pela sociedade mãe da 1.ª R., pelo montante de € 1.840.973,83, no âmbito da operação de aumento de capital do primeiro implementada em 2003 e fortemente encorajada por este.

ix) - Em alguns anos, as cotações degradaram-se e o valor comercial das participações no A. ficou reduzido a menos de 1% do seu valor de compra;

x) - Este negócio resultou numa perda patrimonial na ordem dos quatro milhões (incluindo o valor mutuado para aquisição das participações financeiras e respetivos encargos financeiros);

xi) - Na altura em que a Quinta da ... foi vendida, a 1.ª Apelante tinha conhecimento dos estudos realizados pelo Banco FF de Investimento que indicavam que o fluxo financeiro libertado pela atividade do Grupo EE, em particular a que estava a ser desenvolvida no ..., seria suficiente para liquidar toda a sua dívida bancária, incluindo o financiamento do Banco Apelado.

Sustentam as Recorrentes que se trata de factos essenciais à defesa alegados na sua contestação, à exceção do facto descrito em xi) que, no entanto, resultaria da instrução da causa.

E referem que tais factos são relevantes para ajuizar sobre os temas da prova respeitantes à intenção imputada às R.R. de impedir a satisfação do crédito do A. e à impossibilidade ou seu agravamento de obter a satisfação integral desse crédito. E que, além disso, os factos descritos de viii) a x) evidenciam o alegado abuso de direito, contendendo também com a considerada impossibilidade ou seu agravamento de obter a satisfação integral do crédito do A..

Sobre tal matéria a Relação considerou o seguinte:

«Esta factualidade [de i) a x)] foi alegada pelas rés no articulado de contestação, mas não foi incluída nos factos provados e não provados, estando claramente abrangida no segmento da

fundamentação do tribunal recorrido em que se refere: «O demais alegado mostra-se instrumental, conclusivo ou consubstancia matéria de direito.»

Na verdade, só interessa averiguar a factualidade controvertida, que é abrangida pelos temas da prova (artigo 596.º, n.º 1, do C.P.C.), e a matéria indicada não se inclui no objecto do litígio tal como foi fixado: «O direito da Autora de satisfazer os seus créditos sobre a 1.ª Ré à custa dos imóveis vendidos por esta à 3.ª ré».

As motivações dos representantes legais das rés quanto ao destino a dar ao produto dos bens vendidos, ou o contexto económico-financeiro que originou a desvalorização das garantias prestadas, não influi na decisão neste tipo de litígio. Citando de novo Cura Mariano, «*a impugnação pauliana não só pode ter lugar quando o património do devedor não está apetrechado de bens para solver uma determinada dívida, mas também quando, apesar dos bens existentes serem suficientes para pagar essa dívida, não têm um valor que garanta a satisfação de todas as dívidas conhecidas por cujo pagamento o devedor é responsável. Existindo esta insuficiência, a garantia patrimonial de qualquer crédito comum mostra-se danificada, deixando os respectivos credores de terem assegurada a satisfação integral dos seus direitos*» {obra citada, pág. 175).

(x) «Na altura em que a Quinta da ... foi vendida, a 1.ª Apelante tinha conhecimento dos estudos realizados pelo Banco FF de Investimento que indicavam que o fluxo financeiro libertado pela atividade do Grupo EE, em particular a que estava a ser desenvolvida no ..., seria suficiente para liquidar toda a sua dívida bancária, incluindo o financiamento do Banco Apelado»;

Por último, esta matéria factual não foi alegada e, no entender das apelantes, resulta da instrução da causa, designadamente, do depoimento de MM. Além das considerações já tecidas, que são aplicáveis, pelos mesmos motivos, socorrendo-nos das contra-alegações, trata-se de um facto objecto de análise em sede de sentença, na fundamentação, quando refere que «o Acordo feito com o FF nada tem a ver com o Autor».

Vejamos.

Com é sabido, a procedência da impugnação pauliana depende da verificação cumulativa dos requisitos enunciados nos artigos 610.º e 612.º do CC, os quais constituem, por assim dizer, os elementos integrantes da respetiva causa de pedir, e que a jurisprudência e a doutrina^[1] têm catalogado nos seguintes termos:

- a) – a existência de determinado crédito na titularidade do impugnante anterior ao ato impugnado, ou mesmo posterior, quando este ato for praticado como dolo específico - art.º 610.º, alínea a), do CC;
- b) – a verificação do ato impugnado que envolva diminuição da garantia patrimonial do crédito em causa, seja por redução do ativo do devedor, seja por aumento do seu passivo;
- c) – a impossibilidade ou seu agravamento de o credor obter a satisfação integral do crédito;

d) – o nexo causalidade entre o ato impugnado e a sobredita impossibilidade ou seu agravamento;

e) – a má-fé do devedor e do terceiro adquirente, se o ato sendo posterior ao crédito, for oneroso, considerando-se má-fé a consciência do prejuízo que o ato oneroso causa ao credor.

Dentro deste quadro normativo, segundo o disposto no artigo 612.º do CC, em particular nos casos de ato oneroso, não se exige, no plano da má fé, a concertação entre o devedor e o terceiro adquirente, dispensando-se, portanto, o chamado *consilium fraudis*.

Em suma, quando se trate de ato posterior ao crédito, basta a consciência ou a previsão efetiva do dano que para os credores deriva do ato impugnado. Tal conhecimento, na maioria dos casos, será provado com base em elementos indiciários que, segundo a experiência comum, permitam induzir esse conhecimento.

Incumbe assim ao autor impugnante o ónus de provar tais requisitos, como factos constitutivos que são do direito peticionado, nos termos do artigo 342.º, n.º 1, do CC, mas recai sobre o devedor ou o terceiro interessado na manutenção do ato impugnado o ónus de provar que o obrigado possui bens penhoráveis de igual ou maior valor do que o do crédito em causa, nos termos da 2.ª parte do artigo 611.º do CC.

Nesta conformidade, impende sobre o Banco A. o ónus de provar, no que aqui releva, os factos essenciais respeitantes quer a impossibilidade ou agravamento para a situação integral do crédito e ao nexo causalidade entre o ato impugnado e a sobredita impossibilidade ou agravamento, quer ao requisito má fé das R.R..

Por seu turno, às R.R. assiste a faculdade de produzir contraprova em ordem a tornar duvidosos os factos que ao A. incumbe provar, nos termos do artigo 346.º do CC.

Neste quadro, os factos alegados pelas R.R. em sede de contraprova não se traduzem em factos essenciais, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, do CPC, consistindo em meros factos impugnativos com função instrumental em relação aos factos essenciais que incumbe ao A. provar. Tais factos integram o que se designa por contraversão total ou parcial dos factos constitutivos alegados pelo autor. É sobre estes que devem recair os juízos probatórios positivos ou negativos. E basta que a contraprova produzida pelo réu, veiculada pelos factos impugnativos, torne duvidosos os factos constitutivos visados para que estes sejam tidos por não provados, nos termos do mencionado artigo 346.º do CC.

Em suma, sobre tais factos impugnativos, de natureza instrumental, não se exige, em regra, a formulação destacada de um juízo decisório factual, bastando que sejam atendidos, como elementos resultantes da contraprova produzida, em sede da fundamentação dos factos essenciais a que se reportam.

No caso presente, a 1.ª instância, na motivação da decisão de facto, considerou que, para além da prova direta das relações familiares entre a filha do representante da 1.ª R., por sua vez, representante também da 3.ª R., e que foi quem negociou os termos das sucessivas alterações ao acordo da reestruturação da dívida, como decorre dos pontos 32 e 33, resultava ainda, de

forma clara e segura, da prova testemunhal tanto o conhecimento de toda a situação por parte da filha do legal representante da 1.^a R. como a intenção de não permitir que o património em causa pudesse vir a constituir uma garantia de pagamento da dívida da sociedade. E ali foi também considerado que as R.R. não lograram demonstrar outra lógica na transferência do património de uma para outra que pudesse pôr em causa a dedução feita, tomando por certo que a única sociedade da “Família V...” que não tinha dívidas era a 3.^a R., sendo todas as sociedades do “grupo” encabeçadas pelo engenheiro António Varela que assegurava a sobrevivência das empresas.

Esta apreciação só pode significar que a 1.^a instância considerou que os factos que as Recorrentes ora pretendem aditar não foram de molde a tornar duvidosos, em sede de contraprova, os factos indiciários em que se estribaram os juízos probatórios positivos constantes dos pontos 28 e 29.

O mesmo se diga em relação à questão da impossibilidade ou seu agravamento de o A. obter a satisfação integral do seu crédito e ao respetivo nexos causalidade com os atos impugnados, tomando em linha de conta os factos dados como não provados e a sua motivação consignada a fls. 741.

Saber se essa desconsideração pelos factos impugnativos instrumentais que as Recorrentes ora pretendem aditar traduz uma correta valoração da prova produzida é questão que só poderá ser ponderada em sede de reapreciação da impugnação da decisão de facto e não por via do pretendido aditamento, uma vez que, como foi dito, não se trata de factos essenciais.

Quanto aos factos descritos de *viii)* a *x)* da 38.^a conclusão das Recorrentes tendentes a provar o invocado abuso de direito, a relevância do aditamento desses factos dependerá, ainda assim, do que for ou puder ser equacionado em sede de pronúncia sobre tal questão, que cumprirá agora ao tribunal da Relação efetuar.

Posto isto, impõe-se concluir pela rejeição do pretendido aditamento dos factos descritos de *i)* a *xi)* na 38.^a conclusão das Recorrentes acima consignada, sem prejuízo de serem considerados os factos descritos em *viii)* a *x)* para efeitos da apreciação da questão da omissão de pronúncia a fazer pela Relação.

3.4. Síntese conclusiva

De toda a análise acima empreendida resulta a concessão parcial da revista com os seguintes efeitos sobre o acórdão recorrido:

- a)** – A anulação do mesmo no respeitante à reapreciação da decisão sobre a impugnação dos factos dados por provados nos pontos 28 e 29 da sentença da 1.^a instância;
- b)** – A revogação do segmento decisório de não verificação da invocada omissão de pronúncia sobre a questão do abuso de direito com a consequente anulação da sentença da 1.^a instância nessa parte e determinação do conhecimento dessa questão pela Relação;

c) – A rejeição do aditamento de factos pretendido pelas Recorrentes, mantendo-se, nesta parte, o acórdão recorrido.

Em face dessas soluções ficam prejudicadas quer a questão da admissibilidade da revista excecional, quer, por ora, a questão da pretendida dispensa do pagamento da taxa de justiça remanescente recursiva que só fará sentido, porventura, equacionar no contexto da prolação de novo acórdão.

IV – *Decisão*

Pelo exposto, acorda-se em conceder parcialmente a revista e decide-se:

a) - Anular o acórdão recorrido no respeitante à reapreciação da decisão de facto sobre os pontos 28 e 29 da factualidade dada por provada na sentença da 1.^a instância;

b) – Revogar o segmento decisório em que se julgou não verificada a omissão de pronúncia na sentença da 1.^a instância sobre a invocada questão do abuso de direito, anulando-se esta sentença nessa parte e determinando-se o conhecimento de tal questão pela Relação, nos termos do artigo 665.º do CPC;

c) – Determinar a baixa do processo ao Tribunal da Relação de Lisboa para reapreciar o objeto da apelação respeitante à impugnação referida em a) e, seguidamente, decidir de novo a questão de direito, bem como para se pronunciar ainda concretamente sobre a invocada questão do abuso de direito referida em b), nos termos acima referidos;

d) – Considerar prejudicadas quer a questão da admissibilidade da revista excecional, quer, por ora, a questão da dispensa do pagamento da taxa de justiça remanescente recursiva;

e) – Manter no mais o acórdão recorrido.

A responsabilidade pelas custas será determinada a final.

Lisboa, de 11 de Julho de 2019

Manuel Tomé Soares Gomes (Relator)

Maria da Graça Trigo

Maria Rosa Tching”

^[1] Vide, por todos Prof. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 11^a Edição, 2008, Almedina, pag. 860-864.

Referência:

SUPREMO Tribunal de Justiça de Portugal - Acórdão com o n.º 24369/16.6T8LSB.L1.S1, de 11 de julho de 2019. Relator Tomé Gomes. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ec8da5c63152e31080258435002ee022?OpenDocument&Highlight=0,24369%2F16.6T8LSB.L1.S1>

ANEXO II

“Superior Tribunal de Justiça - Brasil

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 896.248 - SC (2016/0086466-0)

RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO

AGRAVANTE : ALBERTON LAR LTDA

AGRAVANTE : DULCE ALBERTON HERDT

AGRAVANTE : TARCISIO JAIME HERDT

ADVOGADO : AGLAIE SANDRINI BOTECA POSSAMAI - SC015475

AGRAVADO : ROMEU JUNKES VOLPATO

ADVOGADO : RÔMULO BARRETO VOLPATO - SC019509

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PAULIANA. NEGÓCIO JURÍDICO ANULADO. FRAUDE CONTRA CREDITORES. REQUISITOS COMPROVADOS. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DESTA CORTE. AGRADO DESPROVIDO.

1. O eg. Tribunal de origem, à luz dos princípios da livre apreciação da prova e do livre convencimento motivado, bem como mediante análise soberana do contexto fático-probatório dos autos, concluiu pela presença de todos os requisitos para reconhecer a fraude contra credores: anterioridade, *eventus damni* e o *consilium fraudis*, reconhecendo como explícita a intenção de fraudar negócio jurídico celebrado entre pai e filha. A modificação do entendimento lançado no v. acórdão recorrido demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 deste Pretório. 2. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti (Presidente), Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 13 de junho de 2017 (Data do Julgamento)

MINISTRO RAUL ARAÚJO

Relator

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 896.248 - SC (2016/0086466-0)

RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO

AGRAVANTE : ALBERTON LAR LTDA

AGRAVANTE : DULCE ALBERTON HERDT

AGRAVANTE : TARCISIO JAIME HERDT

ADVOGADO : AGLAIE SANDRINI BOTECA POSSAMAI - SC015475

AGRAVADO : ROMEU JUNKES VOLPATO

ADVOGADO : RÔMULO BARRETO VOLPATO - SC019509

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

Trata-se de agravo interno interposto por ALBERTON LAR LTDA e OUTROS contra decisão monocrática da lavra deste Relator, que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Os agravantes, em suas razões recursais, sustentam, em síntese, que o recurso especial não implica reanalisar o contexto probatório. Destacam que o negócio jurídico celebrado entre os recorrentes visava salvar a empresa, de modo que não teriam agido com má-fé.

Requerem, ao final, a reconsideração da decisão agravada ou sua reforma pela Turma Julgadora.

Impugnação do recorrido no sentido de que a pretensão recursal dos recorrentes induz ao reexame fático, o que é proibido, a teor da Súmula 7 desta Corte (e-STJ, fls. 1.319/1.320).

É o relatório.

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 896.248 - SC (2016/0086466-0)

RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO

AGRAVANTE : ALBERTON LAR LTDA

AGRAVANTE : DULCE ALBERTON HERDT

AGRAVANTE : TARCISIO JAIME HERDT

ADVOGADO : AGLAIE SANDRINI BOTECA POSSAMAI - SC015475

AGRAVADO : ROMEU JUNKES VOLPATO

ADVOGADO : RÔMULO BARRETO VOLPATO - SC019509

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

Não existem razões que justifiquem o acolhimento da pretensão recursal. Com efeito, os agravantes apenas reprisam as alegações já analisadas, não deduzindo argumentação jurídica nova capaz de alterar a decisão ora agravada.

Sustentam os agravantes que não há necessidade de revolvimento fático-probatório, pois não se trata de provar a boa-fé, mas sim de interpretar o negócio jurídico.

Contudo, os agravantes não conseguiram demonstrar que o recurso especial ao qual se referem tem possibilidade de ser provido por esta Corte. Ao contrário, a análise do caso leva a crer que a decisão que não o admitiu está correta.

O eg. Tribunal de origem, à luz dos princípios da livre apreciação da prova e do livre convencimento motivado, bem como mediante análise soberana do contexto fático-probatório dos autos, concluiu pela presença de todos os requisitos para reconhecer a fraude contra credores: anterioridade, *eventus damni* e o *consilium fraudis*, reconhecendo como explícita a intenção de fraudar, nos seguintes termos:

"No caso, restaram demonstrados os requisitos para a caracterização da fraude contra credores e, por consequência, para o êxito da Ação Pauliana.

Veja-se.

1- Quanto à "anterioridade", sem razão a alegação de que a dívida referente aos cheques emitidos pela empresa requerida em favor do autor foram posteriores à alegada obrigação do sócio, Sr. Otávio, para com sua filha e genro.

Isto porque, conforme ficou demonstrado, os ventilados empréstimos feitos pela filha Dulce e pelo genro Tarcísio o foram para benefício da pessoa física do pai e sogro Sr. Otávio, independente do destino ter sido ou não a empresa requerida.

Fato é que se tratam de devedores diversos, não podendo, evidentemente, uma ser considerada anterior à outra.

O crédito do ora autor decorreu da emissão de 34 cheques pela empresa requerida. Ou seja, a devedora dos cheques é tão somente a empresa requerida Alberton Lar Ltda..

Por outro lado, o Sr. Otávio era devedor de sua filha Dulce e do seu genro Tarcísio.

Por serem devedores diversos, não é possível considerar que o débito da empresa requerida para com o autor fosse anterior ou não ao débito do Sr. Otávio para com sua filha e genro.

Assim, não se trata de preencher o requisito da anterioridade.

2- No que tange "eventus damni" (prejuízo/dano ao direito do credor, qual seja, a insolvência), verifica-se o seguinte contexto fático:

a) o julgamento da AO n. 2011.007819-3 (embargos monitórios), de lavra deste relator, em 7-3-2013, manteve a condenação da empresa requerida ao pagamento de R\$145.859,00, além de correção monetária e incidência da Selic;

b) no ano de 2005, ano de emissão dos 34 títulos, verifica-se que a empresa requerida era proprietária de 16 automóveis (fls. 8/9), enquanto que no momento do cumprimento do mandado de arresto, nos idos de 2007 (fls. 10/12), o representante da empresa requerida "declarou não mais ter sob sua posse os demais veículos" (fls. 12) além de um único que foi arrestado;

c) os imóveis de matrícula n. 8.037, n. 14.081 e n. 17.675 foram alienados em fevereiro/2006, março/2006 e abril/2006 (fls. 13/17), respectivamente, ou seja, após a transação comercial realizada entre as partes, já que os cheques foram emitidos no período de agosto à dezembro de 2005;

d) naquela mesma oportunidade, arrestaram-se dois imóveis (fls. 645), avaliados em R\$110.000,00 (fls. 795).

Com isso, não há dúvida que os arrestos feitos não seriam, aparentemente, o suficiente para satisfação do débito.

Isso porque, além do automóvel desvalorizar ao longo do tempo, os imóveis nem sempre alcançam seu real valor quando alienados em praça pública.

e) além disso, conforme fundamentado por este relator ao decidir a AO n. 2011.007580-5 (medida cautelar de arresto), em 7-3-2015, que confirmou a sentença lá proferida, abordou-se o quadro de insolvência que se desenhava já à época:

Analizando o conjunto probatório, percebe-se que o ativo da empresa é de R\$1.585.409,54 (um milhão, quinhentos e oitenta e cinco mil, quatrocentos e quatro reais e cinquenta e quatro centavos), conforme o balanço patrimonial encerrado em 31 de dezembro de 2006 (fls. 125/128).

Contudo, em consulta ao Sistema de Automação da Justiça - SAJ, foi localizado 16 (dezesesseis) processos em que a parte figura no pólo passivo das demandas, sendo as ações de execução fiscal, monitória e cobrança.

Neste sentido, apesar do ativo ser suficiente para o pagamento do débito de R\$ 145.859,00, há várias demandas buscando a satisfação de crédito, fato este que gera a presunção de insolvência da apelante.

Em caso análogo, já manifestou esta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARRESTO. NOMEAÇÃO DO REPRESENTANTE LEGAL DA RECORRIDA COMO DEPOSITÁRIO DO

BEM CONSTRITADO. PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA DOS ENCARGOS DO DEPÓSITO PARA A CREDORA. REQUISITOS DO ART. 814, INCISOS I E II, DO CÓDIGO DE PROCEDIMENTO DO JUÍZO, DEVIDAMENTE PREENCHIDOS. PRESUMÍVEL ESTADO DE INSOLVÊNCIA DA REQUERIDA. DIVERSAS AÇÕES TRABALHISTAS, DE EXECUÇÃO E DECLARATÓRIAS DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO AJUIZADAS EM FACE DA DEVEDORA, ALÉM DE INÚMEROS TÍTULOS PROTESTADOS. RISCO DE PREJUÍZO A FUTURA EXECUÇÃO. REFORMA DA DECISÃO QUE SE IMPÕE (TJSC - Agravo de Instrumento n. 2007.013809-4, de Brusque. Relator: Des. José Carlos Carstens Kóhler, j. em 4.3.08).

No mais, quanto a alienação dos imóveis matriculados sob os ns. 8.037, 14.081 e 17.675, estes foram alienados em 27/02/2006, 27/03/2006 e 10/04/2006 (fls. 43/47), respectivamente, ou seja, após a transação comercial realizada entre as partes, já que os cheques foram emitidos no período de agosto à dezembro de 2005.

Portanto, percebe-se que a apelante está se desfazendo de seu patrimônio, utilizando-se de artifício fraudulento com o intuito de lesar seus credores (artigo 813, inciso II, alínea "b", do CPC).

Inclusive, o fato da empresa apelante estar localizada no mesmo endereço há mais de 20 (vinte) anos como afirma, não afasta a possibilidade de arresto de seus bens, a fim de garantir futura execução, diante do risco de ser decretada a sua insolvência. (grifou-se)

f) houve a redução de sete lojas para apenas uma, segundo se afere da documentação acostada pela própria empresa requerida (XIV Alteração Contratual - fls. 1030);

g) segundo a testemunha Evilázio Voss, contador e responsável pela declaração de imposto de renda, aludida redução decorreu da difícil situação financeira enfrentada pela empresa requerida (depoimento gravado junto ao cd de fls. 1009). A mencionada dificuldade financeira foi corroborada pela testemunha João Kestring (depoimento junto ao CD) de fls. 1009);

h) deve-se considerar que a insolvência não precisa ser absoluta. Muito embora possam existir outros bens aptos a responderem pelas dívidas, o que não restou demonstrado pelos requeridos, ônus este que também lhes cabe (art. 333, II, do CPC), as alienações demonstradas, que inclui o imóvel alvo da presente demanda, potencializaram o estado de insolvência da empresa requerida.

[...]

Nada fez, permaneceu inerte.

Disse, apenas, que a integralização total do capital social demonstraria o seu bom fôlego. Mas isso nada aponta sobre a real situação financeira. Até porque, o que

satisfaz os débitos são os recursos financeiros e, se for o caso, o patrimônio do devedor, jamais as quotas sociais.

Até porque, a integralização total das quotas demonstra que a pessoa jurídica está inteiramente apta a responder sozinha pelas suas obrigações, diferente do que poderia acontecer se presente algum sócio remisso.

Ou seja, a redução patrimonial da empresa requerida resto demonstrada. Percebeu-se que a redução do patrimônio foi rápida e vertiginosa.

Por tudo isso, é nítido o prejuízo/dano para os credores com a alienação do imóvel, alvo da presente ação pauliana.

3- No que se refere ao "consilium fraudis" (intenção de fraudar), igualmente ficou explícito.

a) o imóvel de matrícula n. 17.675, registrado no Cartório de Registro de Imóveis de Laguna/SO era de propriedade da empresa requerida (fls. 68). Foi, entretanto, utilizado indevidamente para satisfação de dívida particular do sócio, Sr. Otávio;

b) a todo o momento a empresa requerida tratou do fato do Sr. Otávio ter significativo patrimônio. A pergunta que permanece sem resposta é por qual razão, então, que seus bens não foram usados para quitar o suposto empréstimo com sua filha e genro;

c) de acordo com a testemunha Evilázio Voss (depoimento no cd de fls. 1009), o imóvel é usado até hoje pela família, não apenas pela filha e pelo genro, atuais proprietárias. Logo, o fato de as mesmas pessoas que usavam antes da transferência o usarem até hoje demonstra o ardil com a finalidade de retirar o bem do acervo patrimonial da empresa requerida.

d) por fim, conforme bem fundamentada em sentença:

Restou demonstrada a existência de empréstimo realizado pela requerida em favor de seu pai, sócio majoritário da empresa requerida, conforme declarações de imposto de renda juntadas. Logo, a dívida não pertencia à empresa requerida.

O natural seria, portanto, que a requerida recebesse como pagamento dos empréstimos realizados bens de seu pai e não da empresa requerida.

Caso fosse admitida a confusão entre a empresa requerida e o sócio majoritário (Otávio Alberton), conforme pretendem os requerentes na contestação ofertada (fls. 106/107), deveria se confundir, também, os bens do sócio majoritário e da empresa requerida. Ou seja, da mesma forma que um bem da empresa serviu para quitar dívidas do sócio majoritário, os bens deste deveriam ser utilizados para saldar as dívidas da empresa, incluindo a contraída com o requerente.

Assim, o que se percebe é que os requeridos, em conluio e conscientes, tiveram, com a "venda" do imóvel localizado no município de Laguna/SC e descrito na inicial, a intenção de fraudar e, conseqüentemente, causar prejuízo ao requerente.

Há, aliás, presunção de fraudar, em razão da relação de parentesco dos envolvidos.

[...]

Registra-se, também, que os requeridos conheciam a situação financeira da empresa requerida, pois, além da requerida ser filha do sócio majoritário, confessou na defesa apresentada que os empréstimos feitos a seu pai (Otávio Alberton) se destinariam a injeção de dinheiro, por ele - um dos sácios [sic], na empresa requerida. (grifou-se) (fls. 1024/1025)

[...]

Necessário ainda, observar na espécie, que a dívida de modo incontroversa foi de filha para pai (vice-versa), advindo valores diversos de origem sem qualquer esclarecimentos. Inicialmente era de R\$ 60.000,00, depois passou para um pouco mais de R\$ 80.000,00, ao fim estava em R\$ 100.000,00 e a prova testemunhal era de R\$ 170.000,00. Este último equivalente o valor da transação fraudulenta. Estes valores vieram em declaração de imposto de renda de Otavio e Tarciso sem qualquer outro detalhe.

Por derradeiro, o contador do Sr. Otavio e da empresa ré, ambos apelantes, informaram que o imóvel era utilizado e ainda é pela família de Otavio, ou seja, não integrado ao patrimônio social e pessoal de Dulce e Tarcisio.

Com isso, o contexto fático e probatório demonstram à saciedade os requisitos legais ensejadores da procedência do pleito formulado nesta Ação Pauliana, o que leva à manutenção da sentença." (e-STJ, fls. 1.167/1.170)

Assim, não se trata, como sustentam os agravantes, de mera interpretação do negócio jurídico, mas de evidente reanálise probatória para concluir pela existência dos elementos ensejadores da fraude contra credores, o que se encontra vedado na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, consoante apresentado na decisão que inadmitiu o agravo em recurso especial.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVOCATÓRIA. PRODUÇÃO DE PROVAS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. INEFICÁCIA DE TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL PERTENCENTE À SOCIEDADE EMPRESÁRIA FALIDA. ALIENAÇÃO DENTRO DO TERMO LEGAL DA FALÊNCIA. DISPENSABILIDADE DE PERQUIRIR A BOA OU

MÁ-FÉ. FRAUDE INERENTE AO ATO DE ALIENAÇÃO. MATÉRIA QUE DEMANDA REEXAME. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. O princípio da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz, que, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, permitem ao julgador determinar as provas que entende necessárias à instrução do processo, bem como o indeferimento daquelas que considerar inúteis ou protelatórias.

2. Se o ato impugnado subsume-se a uma das hipóteses previstas no art. 52 da Lei de Falência revogada – art. 129 da Lei n. 11.101/2005 –, mostra-se desnecessária a comprovação do consilium fraudis, tendo em vista a lei prever como consequência juris et de jure sua ineficácia em relação à massa.

3. O reconhecimento de fraude contra credores por si só já seria bastante à negativa do pleito recursal, porque as conclusões a que chegou o acórdão recorrido não se desfazem sem a incursão no acervo probatório, providência vedada nesta instância pela Súmula n. 7/STJ.

4. Não existem razões que justifiquem o acolhimento da pretensão recursal, razão pela qual a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

5. Agravo interno não provido."

(AgInt no AREsp 901.010/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe de 29/08/2016; grifou-se)

Tem-se, pois, que os agravantes não deduzem argumentação nova capaz de modificar a decisão ora agravada, que se mantém por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto."

Referência:

SUPERIOR Tribunal de Justiça do Brasil - Acórdão com o n.º 896.248 (AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL), de 13 de junho de 2017. Relator Raul Araújo. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600864660&dt_publicacao=26/06/2017