

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 24/09/2012**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/33952-recorso-especial-an-lise-do-erro-na-valora-o-das-provas>**

**Autori: Gabriela Póvoas, Jessica Fernanda Dias, Onísia Carmen Stoinski Póvoas**

**Recurso especial: Análise do Erro na Valoração das Provas**

## **RECURSO ESPECIAL: Análise do Erro na Valoração das Provas**

**Gabriela Póvoas**<sup>1</sup>

**Jessica Fernanda Dias**<sup>2</sup>

**Onísia Carmen Stoinski Póvoas**<sup>3</sup>

### **RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo trazer os contornos mais relevantes sobre o recurso especial, com ênfase na reavaliação das provas. No plano teórico o tema não comporta grande celeuma, todavia na aplicação prática a questão parece um tanto controversa, motivo que ensejou a escolha do tema posto que há uma área nebulosa que divide a questão de fato e de direito, no que se refere ao reexame de provas e valoração de provas, respectivamente, tendo em vista uma linha muito tênue que as divide, vez que em sede de recurso especial é vedado o reexame de provas, mas permitida a reavaliação das mesmas.

**PALAVRAS-CHAVE:** recurso especial; reexame de provas; reavaliação de provas.

### **1 INTRODUÇÃO**

O presente artigo, que apresenta uma análise do erro na valoração das provas, tem por objetivo trazer os contornos mais relevantes sobre o recurso especial, com ênfase na reavaliação das provas. Apesar da extensa e excelente bibliografia existente acerca dos recursos, e de um extenso rol de súmulas dos tribunais superiores tratando do assunto e em face da grande importância que cada vez mais esses posicionamentos sumulados assumem, entende-se conveniente que este trabalho não se limite a transcrevê-las, mas que sejam tecidos comentários a respeito de cada uma delas.

---

1 Gabriela Póvoas, graduada em Direito pela Fundação Salgado de Oliveira (2007), sócia da Povoas Advogados Associados, onde milita na advocacia pública e privada desde o ano de 2008.

2 Jéssica Fernandes Dias, graduanda em Direito, 8º período, pela FUPAC – Fundação Presidente Antônio Carlos de Uberlândia.

3 Onísia Carmen Stoinski Póvoas, graduada pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU – especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU e mestre em Direito do Estado no Estado Democrático de Direito, pela UNIFRAN – Universidade de Franca, Estado de São Paulo.

No plano teórico o tema não comporta grande celeuma, todavia na aplicação prática a questão parece um tanto controversa, motivo que ensejou a escolha do tema posto que há uma área nebulosa que divide a questão de fato e de direito, no que se refere ao reexame de provas e valoração de provas, respectivamente, tendo em vista a linha muito tênue que as divide, eis que em sede de recurso especial é vedado o reexame de provas, mas permitida a reavaliação das provas. Dessa forma, a importância do objeto da presente pesquisa, que consiste na distinção entre reexame de prova e valoração jurídica de prova, nos recursos especiais, se apresenta no sentido como meio de facilitar o aprendizado de um dos mecanismos processuais recursais de natureza constitucional, muito utilizado no meio jurídico.

“A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial.” (súmula 07 do STJ). O que o enunciado da presente súmula pretende proclamar é que a respeito dos fatos das causas levadas a juízo, os tribunais de segunda instância é que dizem a última palavra. O mesmo entendimento já havia sido cristalizado pelo STF, na súmula 279.

Entretanto, também já havia sido consagrado pelo STF que “não constitui matéria de fato, mas de direito, a valoração jurídica das provas, quando a decisão nega qualquer efeito à adequação, como a perícia contábil, para apurar-se a simulação disfarçada nos livros mercantis do simulador.” (ERE 78.036-GO, RTJ 72/472).

O Superior Tribunal de Justiça, na identificação das hipóteses de valoração jurídica da prova, distingue-as do reexame de prova, seguido a orientação que já vinha sendo traçada pelo STF, sendo este o objeto principal do presente artigo, demonstrar as diferenças entre ambos entendimentos.

O método analítico com a técnica da pesquisa bibliográfica foi utilizado para dar consistência de análise à pesquisa. Para fins didáticos, este artigo está estruturado em várias seções, de maneira a abordar brevemente a previsão legal, a competência, conceito, finalidade, objeto, hipóteses de cabimento, requisitos processuais para admissibilidade do Recurso Especial, para ao final, adentrar-se à distinção entre reexame e reavaliação de provas nos recursos especiais.

## **2 RECURSO ESPECIAL: Análise do erro na reavaliação das provas.**

### **2.1 Previsão legal – Competência**

O recurso especial encontra-se amparado na Constituição Federal, artigo 105, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c” e também no Código de Processo Civil, artigos 541 a 546. Também está previsto no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, artigos 255 a 257 e nos artigos 26 a 29, da Lei 8.038/1990.

Esse recurso extremo é da competência exclusiva do STJ, órgão criado pela Constituição Federal de 1988 (art.92, II) com vistas a absorver parte da competência até então ao STF, especialmente aquela relativa ao controle de legalidade das decisões dos tribunais estaduais e da Justiça Federal e à uniformidade de interpretação do direito federal. O STJ absorveu, também, parte da competência do extinto TRF.

A competência do STJ para processar e julgar o recurso especial, como dito acima, está prevista no art. 105, III, da CF, cujas hipóteses de cabimento estão previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” deste dispositivo constitucional, as quais serão analisadas com mais vagar nos itens que seguem abaixo.

## **2.2 Conceito e finalidade**

Trata-se de Recurso ao STJ, de caráter excepcional, contra decisões de outros tribunais, em única instância, quando houver ofensa à lei federal. Também é usado para pacificar a jurisprudência, ou seja, para unificar interpretações divergentes feitas por diferentes tribunais sobre o mesmo assunto. Willian Freire e Bernardo Câmara (2003, p. 121) asseveram que os recursos especial e extraordinário se diferem dos demais pelo seu tratamento constitucional quanto ao objeto, requisitos, procedimento e competência para julgamento, tendo sua origem advinda da Constituição Federal, artigo 105, III.

O recurso especial, apesar de ter as hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal, possui natureza processual, pois é um instrumento que possui como finalidade precípua, proteger a integridade das leis federais. Com muita propriedade, Araken de Assis (2008, p. 773,774), sobre a finalidade do recurso especial, emite a seguinte opinião:

O recurso especial constitui instrumento valioso e nobre, “essencialmente destinado a proteger a integridade e a uniformidade de interpretação do direito federal infraconstitucional”. É o remédio instruído para viabilizar o STJ como guardião do direito federal comum. Além de preservar a integridade do direito federal, tarefa inerente ao federalismo, o recurso especial atua como mecanismo apto a garantir a uniformidade da interpretação emprestada, nos tribunais locais e regionais, àquele direito. (grifos do original)

Pode-se afirmar que a finalidade *imediata* do recurso especial pela divergência, pela contrariedade à lei e a tratado internacional e ao julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal, pelos ministros do STJ, é a uniformização interpretativa acerca de um mesmo dispositivo de lei federal, tendo por escopo a preservação da ordem pública, no que diz respeito à manutenção da unidade do ordenamento jurídico, bem como a manutenção da segurança das relações jurídicas. Destarte, não se pode olvidar, que o recurso especial exerce função de cunho político, ao tornar único o sentido da lei.

A par da finalidade imediata acima mencionada, o recurso especial pela divergência também possui uma finalidade *mediata*. Este fim *mediato* gira em torno da preservação de interesses próprios do recorrente.

Quando se interpõe o recurso especial pela divergência, deve a parte recorrente demonstrar a existência de uma questão federal controvertida consistente na existência de divergência jurisprudencial acerca de um mesmo dispositivo legal, a fim de que tal divergência seja sanada pelo STJ. Porém, o recorrente, ao invocar a existência dessa questão federal controvertida, quer ver o seu direito subjetivo tutelado, mediante a não manutenção da interpretação constante do acórdão recorrido. Portanto, a finalidade imediata do recurso especial pela divergência é tornar única a interpretação a ser dada às leis federais infraconstitucionais. Da maneira mediata, visa tutelar interesses próprios dos litigantes, por meio da fixação da exegese que lhe seja mais conveniente. (SILVA, FREITAS, 2012. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp>>).

E, quando se interpõe o recurso especial com base na alínea “a” do inciso III, do art. 105, da CF, contrariedade à lei ou a tratado internacional tem-se que o dispositivo violado deve ser indicado no recurso, sob pena de não ser admitido o recurso ou não conhecido, por lhe faltar um dos requisitos de admissibilidade.

Em síntese, o recurso especial destina-se à unidade e à uniformidade na interpretação do Direito federal em âmbito nacional. Tem o objetivo de manter a prevalência da Constituição, a unidade e a harmonia do sistema jurídico, a integridade da norma positiva e a uniformidade de interpretação das leis entre os tribunais.

Por fim, com toda precisão William Freire e Bernardo Câmara (2003, p. 121), afirmam que os recursos especiais “são recursos extremos, que não se situam simplesmente na linha do duplo grau de jurisdição e apresentam contornos e finalidades específicos estipulados pela Constituição Federal”.

### 2.3 Objeto

Podem ser objeto de recurso especial as decisões (acórdãos) de última ou única instância, ou seja, contra as quais não é mais cabível qualquer recurso ordinário, proferidas pelos TRFs ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (Art. 105, III, da CF).

Decisões de primeiro grau, ainda que de última instância, ou mesmo de segundo grau ainda passíveis de ser impugnadas por outros recursos não comportam recurso especial.

Também não ficam sujeitas a recurso especial as decisões proferidas pelos tribunais das Justiças especializadas (do Trabalho, Eleitoral e Militar), que possuem tribunais superiores próprios com competência semelhante (TST, TSE e STM).

Não cabe, igualmente, recurso especial contra as decisões de última instância proferidas pelas turmas de recursos dos Juizados Especiais, tem em vista a disposição expressa contida no art.105, III, da CF a respeito dos órgãos de onde podem emanar as decisões impugnáveis pela via especial. (PINTO, 1996)

Os recursos extraordinário e especial estão circunscritos à matéria de direito, não se prestando a tratar das questões de fato. Esta delimitação do objeto dos recursos excepcionais vai ao encontro da função das Cortes Superiores, competentes para seu julgamento. (FREIRE; CÂMARA, 2003, p. 125).

Ao estudar o recurso especial, Humberto Theodoro (1999, p. 616) dispõe que “dito remédio de impugnação processual só terá cabimento dentro de uma função política, qual seja, a de resolver uma questão federal controvertida.” Portanto, segundo o mesmo doutrinador, por meio do recurso especial não se suscitam nem se resolvem questões de fato e nem questões de direito local.

Compete soberanamente às instâncias ordinárias definir os contornos da base fática da causa, à luz da prova, afigurando-se inadmissível o reexame dessa moldura na estreita via dos recursos excepcionais, que deverão cingir-se à matéria de direito limitada por competência constitucional.

Uma decisão judicial poderá ser objeto de recurso especial quando contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

### 3 HIPÓTESES DE CABIMENTO

Já foi dito em tópico acima, que as restritas e limitadas hipóteses de cabimento do recurso especial vêm prevista na Constituição Federal, no inciso III, alíneas “a”, “b”, e “c” do art. 105.

O especial assim como o extraordinário, são recursos de fundamentação vinculada, pois encontram-se expressamente previstas em lei (Constituição Federal), em *numerus clausus*, as espécies de fundamentação ou de crítica que podem ser dirigidas à decisão impugnada através desses recursos.

Assim, as hipóteses de cabimento desses recursos correspondem exatamente ao tipo de vício que pode ser apontado na decisão contra a qual se pretende recorrer, de forma que sua admissibilidade fica condicionada não à demonstração, que corresponde ao próprio mérito do recurso, mas à delegação, ao apontamento, dessas espécies de vício.

Dispõe o art. 105, da CF que:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) Contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Analisar-se-á primeiramente a hipótese contida na alínea “a”, do referido dispositivo constitucional, asseverando que o recurso especial tem como finalidade permitir ao STJ o exercício da função de zelar pela correta, adequada e uniforme aplicação da lei federal pelos demais tribunais do País, que, por força de disposição constitucional, para esse fim se lhe encontram submetidos.

Assim, toda vez que a decisão de última ou única instância tomada por um daqueles órgãos elencados no inciso III, do art.105 da CF, disser respeito à aplicação de uma lei federal ou de um tratado e for questionada a aplicação dessa lei ou desse tratado, sob o argumento de

sua contrariedade ou negativa de vigência, será cabível o recurso especial para o STJ, órgão a quem compete, em última instância, a manutenção da ordem legal infraconstitucional.

Se a contrariedade existente na decisão recorrida refere-se à lei local (estadual ou municipal) não há que se falar em recurso especial. Também se a matéria é enfrentada na decisão recorrida sob a ótica constitucional, sendo apenas indireta a ofensa à lei federal, não é admissível o recurso especial.

Entende, entretanto, o STJ que a questão relativa à revogação de lei por texto constitucional superveniente é de índole infraconstitucional, sendo cabível o recurso especial.

“*Contrariar*” supõe toda e qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplicá-lo às hipóteses que a ele devem subsumir-se, quer aplicando-o de forma errônea ou, ainda, interpretando-o de modo não adequado e diferente da interpretação correta, no sentir do STJ, órgão responsável pelo controle ao respeito e uniformização do direito federal.

O presidente do tribunal *a quo*, para admitir o recurso especial pela alínea “a”, do art.105, III, da CF, deve examinar a plausibilidade da alegação do recorrente, fazendo uma análise da alegada ofensa à lei semelhante àquela que o juiz realiza para a constatação da existência do *fumus bonis iuris* do processo cautelar, não podendo ingressar propriamente no mérito do recurso, ou seja, realizar uma investigação exauriente a respeito de ter havido ou não ofensa ao direito federal.

Deve-se tomar cuidado ao fundamentar a decisão de inadmissibilidade do recurso, para que não se adiante um juízo propriamente de mérito, permitindo-se, assim, que se alegue estar diante de decisão que ofende a competência exclusiva do STJ para o julgamento do recurso.

Quando à hipótese contida na alínea “b”, do inciso III do art. 105, da CRFB, tem-se que a decisão do tribunal *a quo* que entender pela não-validade da lei local ou do ato do governo local, porque os considerou contrários à lei federal, não será cabível recurso especial pela parte vencida, que pugnava pela aplicação da lei ou ato local. Neste caso, a questão encerra-se definitivamente, no âmbito do tribunal.

O que objetivou o Poder Constituinte com essa hipótese de recurso foi a manutenção do sistema federativo, de forma que as leis editadas pela União prevaleçam sobre as leis estaduais, distritais e municipais.



Por *lei ou ato de governo local* deve ser entendido todo o tipo de norma legal e atos administrativos editados pelos Poderes Executivos, estaduais, distritais e municipais.

A questão de saber se determinada matéria deve ser regulada por lei federal ou local é um problema de competência constitucional, pois as questões de validade de lei ou de ato normativo de governo local em face de lei federal não são de natureza legal, mas, sim, constitucional, pois se resolvem pelo exame da existência ou não da invasão da competência legislativa da União ou do Estado.

Ressalva-se, entretanto, a situação de ter havido declaração *incidenter tantum* da inconstitucionalidade da lei federal, quando, então, será cabível o recurso extraordinário com fundamento na alínea “b” do art.102, III, da CF: “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

De acordo com a nova sistemática dos recursos extraordinários *lato sensu*, compete ao STJ à uniformização da interpretação do direito federal dada pelos diferentes tribunais da Federação.

Por último, partimos para análise da alínea “c”, do inciso III, do art. 105, III, da CF: *divergência de interpretação de lei federal*, que na verdade funciona, para o cabimento do recurso especial, muito mais como um reforço da hipótese prevista na alínea “a”, na medida em que se estará diante de probabilidade muito maior de que tenha efetivamente havido ofensa a lei federal quando existirem decisões de outros tribunais a respeito da mesma questão federal em sentido diverso da decisão recorrida.

Assim, ainda que a decisão recorrida esteja de acordo com súmula do STJ, e, portanto, a tese sustentada no recurso especial e, conseqüentemente, na decisão paradigma, seja contrária a essa súmula, deve o recurso ser conhecido e julgado no mérito, por força da referida norma constitucional. Qualquer outra restrição infraconstitucional que se faça ao conhecimento do recurso será absolutamente inconstitucional.

Com efeito, quando se ingressa com recurso especial com fundamento na alínea “c” do inciso III, do art. 105, da CF, não basta afirmar que a decisão recorrida diverge de outra, proferida por outro tribunal. Há necessidade, também, de que a parte alegue e demonstre que a interpretação acertada da lei federal em questão é aquela constante da decisão apresentada como paradigma, e não a contida na decisão recorrida, razão pela qual se pede a reforma do acórdão, para que prevaleça a tese contrária.

### **3.1 Requisitos processuais para admissibilidade do Recurso Especial.**

Além dos requisitos extrínsecos aos recursos extremos, tais como preparo etc, há também os requisitos intrínsecos. Nessa seção, abordaremos brevemente alguns dos requisitos intrínsecos.

Além das hipóteses descritas nos artigos 102 e 105 da Constituição e da exposição de fato e de direito, o recorrente deverá ainda demonstrar os requisitos processuais:

#### **a) Irrecorribilidade das decisões nas instâncias ordinárias com a formação de *causa decidida*;**

Conforme Willian Freire e Bernardo Câmara, (2003, p.121) “somente quando não houver mais possibilidade de interposição dos recursos ordinários, poder-se-á atacar a decisão através dos recursos excepcionais”, portanto, há a necessidade de prévio esgotamento das instâncias ordinárias para se ter o acesso aos recursos extremos.

O pressuposto de admissibilidade decorrente da irrecorribilidade da decisão justifica-se pela função que as Cortes Superiores desempenham na organização judiciária brasileira. Permitir que as duas Cortes de cúpula apreciem decisões de maneira concorrente com órgãos jurisdicionais inferiores seria desnorteá-la de suas funções e colocar em xeque a estrutura judiciária.

O Egrégio STF já sumulou a questão: “Súmula 281. É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da questão impugnada”.

Posteriormente, o artigo 498 do CPC, alterado pela Lei 8038/90, reafirmou a posição do STF: “Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria dos votos, e forem interpostos simultaneamente embargos infringentes e recurso extraordinário ou especial, ficarão estes sobrestados até o julgamento daquele”.

#### **b) Discussão restrita à matéria de Direito:**

Quanto a esse requisito de admissibilidade, o leitor encontrará no item 4 deste artigo, o tema amplamente discutido, em virtude ser o escopo do presente trabalho;

#### **c) Necessidade de prequestionamento:**

As Constituições de 1891 (art.59, §1º, “a”), de 1934 (art.76, III, “a” e “b”) e de 1946 (art. 101, III, “b”) exigiam de modo expresse o prequestionamento para o manejo do recurso extraordinário, ensejando ao Supremo Tribunal Federal a edição das seguintes súmulas sobre a matéria:

Súmula 356. “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”

Súmula 282. “Não é admissível o apelo extremo quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

Todavia, a Constituição de 1988 silenciou-se sobre o assunto, onde parte da doutrina sustentou que as referidas súmulas estariam revogadas e que o prequestionamento teria deixado de ser um requisito de cabimento dos recursos excepcionais. Para José Afonso da Silva (1963, p.198) o silêncio constitucional desonerou o recorrente da demonstração do prequestionamento.

Posteriormente, o STF decidiu pela constitucionalidade da Súmula 282 e, segundo esta egrégia Corte, a Constituição, apesar de não se referir expressamente ao questionamento prévio, referiu-se à *causa decidida*, pelo que se pode inferir a necessidade de haver decisão prévia sobre a questão federal ou constitucional, e é o que vem sendo exigido pelos Tribunais Superiores reiteradamente.

O prequestionamento nada mais é do que a submissão da matéria às instâncias ordinárias, e sua exigência decorre da própria natureza dos recursos excepcionais. A exigência do prequestionamento estende-se mesmo às questões que envolvam matéria de ordem pública, apesar de, em princípio, poderem ser arguidas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

O prequestionamento pode dar-se de forma explícita ou implícita. Ocorre a primeira quando o tribunal de origem emite juízo expresse a respeito do tema suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. Já o prequestionamento implícito, ao revés, refere-se aos casos em que o tribunal *a quo*, sem mencionar expressamente, aprecia a questão objeto dos recursos excepcionais.

Depois de todas as considerações acima, e sem ter esgotado toda a bibliografia existente sobre o tema, passaremos ao próximo item que consiste no escopo da presente

pesquisa, qual seja, questões controvertidas acerca do reexame e valoração das provas em recurso especial.

#### **4 REEXAME DE PROVAS E REVALORAÇÃO DAS PROVAS: DISTINÇÃO**

Em junho de 1990, os ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) já percebiam que a Corte não poderia se tornar uma terceira instância. O recurso especial, uma de suas principais atribuições, tem regras rígidas e, em respeito a elas, o Tribunal logo editou a Súmula 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” O enunciado passou a ser largamente aplicado pelos ministros na análise de variadas causas, impossibilitando o conhecimento do recurso – isto é, o julgamento do mérito da questão.

No entanto, os magistrados observaram que há casos em que a reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados na decisão da qual se recorre não implica o reexame de fatos e provas, proibido pela súmula. São diversos os recursos em que as partes conseguiram demonstrar a desnecessidade de reanálise de fatos e provas e, com isso, afastando a aplicação da Súmula 7.

Já foi dito, na introdução desse trabalho, que no plano teórico o tema não comporta grande celeuma, mas que alguma controvérsia pode surgir na aplicação prática da questão *sub examine*, eis que existe uma área nebulosa e tênue que divide a questão de fato e de direito nos recursos extremos, objeto desse debate.

“A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial” (súmula 5 do STJ). “A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial.” (súmula 07 do STJ). O mesmo entendimento já havia sido cristalizado pelo STF, nas súmulas 454 e 279, respectivamente.

Entretanto, também já havia sido consagrado pelo STF que “não constitui matéria de fato, mas de direito, a valoração jurídica das provas, quando a decisão nega qualquer efeito à adequação, como a perícia contábil, para apurar-se a simulação disfarçada nos livros mercantis do simulador.” (ERE 78.036-GO, RTJ 72/472).

O Superior Tribunal de Justiça, na identificação das hipóteses de valoração jurídica da prova, distingue-as do reexame de prova, seguindo a orientação que já vinha sendo traçada pelo STF, sendo este o objeto principal do presente artigo, isto é, demonstrar as diferenças entre ambos entendimentos.

Greco Filho (1996, p. 358), afirma que o recurso especial só é admissível se o fundamento contiver matéria de direito, não cabendo se o erro ou a injustiça alegado no acórdão forem resultado de má apreciação da matéria de fato. Entretanto, ressalva: “Observe-se, porém que o erro sobre critérios de apreciação da prova ou errada aplicação de regras de experiência são matérias de direito e, portanto, não excluem a possibilidade de recurso especial”. (GRECO FILHO, 1996, p. 472),

Saber quando a questão probatória é matéria de direito, passível, portanto, de ser examinada em sede de recurso especial, ou, quando ao contrário, se tratar de matéria fática, apreciável apenas nas instâncias ordinárias, é a questão controvertida, e que Miguel Reale (2011, p. 210/211), contribui com os esclarecimentos necessários acerca do tema:

A finalidade da prova é reconstruir o fato, assim entendido, mas, muito embora sobre “os elementos fáticos” ou subjacentes não haja divergências, podem haver enfoques jurídicos diversos. (...). Em casos excepcionais, quando as questões de fato e de direito se achem estreita e essencialmente vinculadas, a tal ponto de uma exigir a outra, é sinal que existe algo a ser esclarecido em tese, sendo aconselhado o julgamento prévio no Tribunal, ou a admissão do recurso especial ou extraordinário, maioria que extrapola dos limites das presentes lições.

Para William Freire e Bernardo Câmara (2003, p.128), reexame e valoração da prova não se confundem. Segundo os mesmos autores, reexame significa:

Apreciação da prova dentro do caso concreto, sua utilidade na reconstituição do fato de modo a ocasionar um novo juízo de convicção; é portanto, matéria de fato, adequada à via ordinária. Já a valoração significa a apreciação da prova levando em conta as regras e princípios estabelecidos na norma em abstrato e em acordo com os fatos tais quais decididos nas instâncias ordinárias. Trata-se, pois, de matéria de direito, podendo ser tratada nos recursos excepcionais.

Continuam os mesmos autores: “O que se deve discutir nos recursos extremos é a valoração das provas no que diz respeito à qualificação dos fatos. E reavaliar como os fatos teriam ocorridos não é reexaminar prova.” (FREIRE; CÂMARA, 2003, p.128)

Enfim, reavaliação das provas é questão de direito e, para evitar dupla ilegalidade: a uma, por mal valoração da prova e a duas, por qualificar equivocadamente os fatos, ambas as questões devem ser objeto dos recursos extremos.

Com toda propriedade que lhe é peculiar, José Afonso da Silva (1963), afirma que é tarefa árdua separar matéria de fato e de direito, baseando-se na teoria tridimensional do

direito do professor Miguel Reale (1986), por entender que o Direito é um sistema integrado de fato, valor e norma, sendo que a separação de um destes elementos é quase impossível, daí a dificuldade dos operadores do direito em saber quando se está diante da possibilidade do manuseio dos recursos extremos ou não.

Aplicando-se os ensinamentos de Miguel Reale (2011, p. 210/211) já citados neste trabalho, ou seja, “quando as questões de fato e de direito se achem estreita e essencialmente vinculadas, a tal ponto de uma exigir a outra, deve-se atentar para o sinal que indica que há algo a ser esclarecido em tese, sendo aconselhado o julgamento prévio no Tribunal, ou a admissão do recurso.

Continua Miguel Reale (2011, p. 210):

A “questão de direito”, ou “direito em tese”, surge propriamente, quando juízes diferentes, para resolver a mesma questão de fato, invocam normas jurídicas sobre cujo significado e alcance dão entendimentos diversos: a divergência não se desenvolve, pois, no plano fático ou da prova, mas no plano da “compreensão normativa”, envolvendo pressupostos doutrinários e princípios. Daí falar-se em “direito em tese”. (aspas do original)

Note-se da lição de Miguel Reale (2011, p. 210), que o fato de existir diferentes juízes para resolver a mesma questão fática, e não raro, pode acarretar entendimentos diversos sobre a mesma norma jurídica. O certo é que na maioria dos casos é muito difícil distinguir uma questão de fato de uma questão de direito, o que pode levar à injustiça para aquele que busca o Poder Judiciário para solução do seu conflito.

Willian Freire e Bernardo Câmara (2003), citam dois exemplos em que se podem distinguir perfeitamente o reexame de provas e valoração de provas: (1) a discussão versando sobre a veracidade ou autenticidade de um determinado documento é questão de fato e (2) já admissão de provas obtidas por meios ilícitos é matéria de direito, esta última, passível de recurso especial.

Em recente julgado, datado de dezembro do ano passado, a Quarta Turma confirmou decisão individual do ministro Marco Buzzi que debateu a reavaliação da prova. No recurso, uma transportadora de São Paulo conseguiu o reconhecimento da impossibilidade de uma seguradora acioná-la regressivamente para o ressarcimento de prejuízos em decorrência de roubo da carga (REsp 1.036.178. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2012\\_226.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2012_226.pdf)>).

A seguradora protestou contra a decisão, levando o caso à Turma. Disse que haveria desobedecido a Súmula 7, porque o ministro teria reexaminado a prova produzida nos autos.

Entretanto, o ministro Buzzi explicou que a decisão “apenas deu definição jurídica diversa aos fatos expressamente mencionados no acórdão” do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O ministro esclareceu que o reexame de prova é uma “reincursão no acervo fático probatório mediante a análise detalhada de documentos, testemunhos, contratos, perícias, dentre outros”. (Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2012\\_226.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2012_226.pdf)>). Nestes casos, o relator não pode examinar mera questão de fato ou alegação de *error facti in judicando* (julgamento errôneo da prova).

Porém, o ministro acrescentou que o *error in judicando* (inclusive o proveniente de equívoco na valoração das provas) e o *error in procedendo* (erro no proceder, cometido pelo juiz) podem ser objeto de recurso especial. “A reavaliação da prova constitui em atribuir o devido valor jurídico a fato incontroverso sobejamente reconhecido nas instâncias ordinárias, prática francamente aceita em sede de recurso especial”, ressaltou o ministro Buzzi. (Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2012\\_226.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2012_226.pdf)>).

Um dos precedentes que inaugurou a tese de reavaliação da prova no STJ data de 1998. A Quinta Turma, em recurso especial interposto pelo assistente de acusação, restabeleceu a sentença que condenou um motorista por homicídio culposo ao volante (REsp 184.156. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe>).

Testemunhas foram uníssonas ao afirmar que o veículo era conduzido em alta velocidade. Porém, como duas perícias de universidades renomadas foram divergentes quanto à velocidade, os desembargadores, por maioria, adotaram a presunção de inocência para absolver o motorista no julgamento de apelação.

O relator do recurso no STJ, ministro Felix Fischer, baseou-se no amplo debate ocorrido na segunda instância, para concluir que não se poderia negar a prova testemunhal (admitida e especificada em segundo grau) em “proveito de especulações teóricas” para chegar a uma suposta dúvida fundada, a ponto de absolver o réu. (Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2012\\_226.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2012_226.pdf)>)

O relator destacou em seu voto que o princípio do livre convencimento, que exige fundamentação concreta vinculada à prova dos autos, não se confunde com o princípio da convicção íntima. De acordo com o ministro Fischer, a convicção pessoal, subjetiva, do magistrado, alicerçada em outros aspectos que não a prova dos autos, não se presta para basear uma decisão.

O princípio do livre convencimento, asseverou, não afastou o magistrado do dever de decidir segundo os ditames do bom senso, da lógica e da experiência. A apreciação da prova não pode ser “imotivável e incontrolável”, do contrário seria arbitrária, explicou o ministro. E sempre que tais limites se mostrem violados, a matéria é suscetível de recurso ao STJ.

A Primeira Turma também já considerou possível a reavaliação da prova delineada nos autos. Num dos recursos que discutiu a tese, em 2006, o então ministro do STJ Luiz Fux, atualmente no Supremo Tribunal Federal (STF), baseou-se em passagens do voto-condutor do julgamento no Tribunal de Justiça de São Paulo para atender a recurso interposto por uma contribuinte. (REsp 734.541. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica>>)

O debate foi sobre a prescindibilidade ou não da existência de sintomas de câncer para que uma servidora pública aposentada, que sofreu extirpação da mama esquerda em decorrência da doença, em 1984, continuasse isenta do Imposto de Renda.

O ministro Fux considerou possível revalorar a prova e restabelecer a sentença, em que o perito afirma, sem possibilidade de qualquer dúvida, que a autora é portadora da doença. Na decisão, a própria assistente técnica do município de São Paulo (réu na ação) afirma que “existem chances de cura, após o período preconizado de acompanhamento e tratamento, caso não surjam recidivas e metástase, isto é, o paciente pode ser considerado curado, desde que a doença não volte”. (Disponível em: [www.stj.jus.br/webstj/processo/](http://www.stj.jus.br/webstj/processo/)>)

De acordo com o ministro, a reavaliação da prova delineada na decisão recorrida, suficiente para a solução do caso, é, ao contrário do reexame, permitida no recurso especial.

Em 2009, ao julgar um recurso, o então desembargador convocado Paulo Furtado afirmou, na Terceira Turma, que o STJ há alguns anos começava a afastar o rigor da técnica do recurso especial para controlar o montante arbitrado pela instância ordinária a título de dano moral (REsp 785.777. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica>)

O objetivo era impedir o estabelecimento de uma "indústria do dano moral". Assim, destacava o magistrado, o STJ, em situações especialíssimas, como a de arbitramento de valores por dano moral ínfimos ou exorbitantes, se pronuncia nos casos concretos para aferir a razoabilidade do valor destinado à amenização do abalo moral.

“Não se tem dúvida de que esta Corte, ao reexaminar o montante arbitrado pelo tribunal *a quo* nesta situação, mergulha nas particularidades soberanamente delineadas pela instância ordinária para aferir a justiça da indenização (se ínfima, equitativa ou exorbitante),



afastando-se do rigor da técnica do recurso especial, consubstanciada, na hipótese em tela, pela Súmula 7/STJ”, observou o desembargador convocado. (Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica>). Posição semelhante adotou a Quarta Turma, em julgamento que tratou de ação de reconhecimento de tempo de serviço ajuizadas contra o INSS.

Os ministros entenderam que não ofende o princípio da Súmula 7, emprestar, no julgamento do recurso especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão da segunda instância (REsp 461.539. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica>>).

O relator, ministro Hélio Quaglia Barbosa, esclareceu: “Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados.” (Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica>>). De acordo com o ministro, o voto proferido em recurso especial em momento algum negou os elementos fáticos reconhecidos no acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), apenas, com base neles, chegou a entendimento diverso, restabelecendo decisão de primeiro grau.

Com tais ponderações, esperamos que ao leitor tenha sido acrescentado informação, conhecimento, ou até mesmo revisão dos conhecimentos já obtidos alhures. Desta forma, estamos aptas a fazer uma breve reflexão sobre todo o trabalho, é o que se propõe na última seção.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Esta pesquisa, como já dito na introdução, não teve a intenção de esgotar toda a bibliografia a respeito do tema, nem em extensão e muito menos em profundidade. Buscou antes, condensar em breves laudas um tema que se mostra sempre atual, vez que os recursos extremos convivem dia a dia com os operadores do Direito, e a costumeira dinâmica do Direito faz com que estejamos atualizados, indo diretamente às questões mais controvertidas, sem esquecer que todas são igualmente importantes.

Nesse contexto, não podemos esquecer as notórias e célebres palavras dos autores aqui citados, especialmente, a de Miguel Reale (2011, p. 210/211) quando afirma que é tarefa árdua separar matéria de fato e de direito, pois são baseadas na teoria tridimensional do direito do professor Miguel Reale, e por entender que o Direito é um sistema integrado de fato, valor e norma, a separação de um destes elementos é quase impossível.

E, se fato, valor e norma são de fato, dificilmente dissociados uns dos outros, para não correr o risco de serem praticadas injustiças, os Tribunais Superiores devem se ater às insígnias palavras de Miguel Reale (2011, p. 210/211): “quando as questões de fato e de direito se achem estreita e essencialmente vinculadas, a tal ponto de uma exigir a outra, é sinal que existe algo a ser esclarecido em tese, sendo aconselhado o julgamento prévio no Tribunal, ou a admissão do recurso”.

Enfim, os Tribunais têm o dever de aplicar a lei ao caso concreto, mas também possuem o dever de fazê-lo, desvinculando-se o quanto possível do formalismo exacerbado que tem norteado o Poder Judiciário, nos últimos anos.

Respeitar a norma é também respeitar os princípios basilares do Direito, especialmente os princípios constitucionais, ao que se pede vênias para citar o art. 5º, inciso, XXXV, da CF/88, que garante a inafastabilidade que consiste na efetividade do processo.

Watanabe (2000, p. 62), afirma com propriedade que na solução de qualquer conflito seja jurídico ou matemático, o fundamental é montar a equação corretamente e na equação do problema jurídico, o dado fático é que possui a grande relevância jurídica. Analisar bem as provas, avaliando corretamente os fatos não é vergonhoso ao juiz ou ao advogado ou promotor, pois o direito antes de tudo nasce dos fatos.

Nessa linha de raciocínio, por efetividade do processo, se deve entender que o princípio da inafastabilidade, por estar indissolúvelmente ligado ao *due process of Law*, expressa não só o direito de ação, a menos que se entenda por direito de ação o direito ao devido processo legal.

Por fim, com a maestria que lhe é peculiar, Marinoni (1997, p. 109), assevera que se o direito à efetividade do processo é garantia constitucional, o Estado é obrigado a estruturar o sistema processual de modo a permitir a efetividade proclamada. Para o mesmo autor, “um sistema de tutela dos direitos que não contenha procedimento adequado à tutela de uma determinada situação de direito substancial não está estruturado de acordo com a exigência constitucional.”

É no contexto da efetividade do processo civil que o recurso especial, no que se refere à valoração das provas, pelo Superior Tribunal de Justiça deve se pautar, principalmente quando fato, valor e norma estiverem tão associados uns aos outros de forma a ser difícil a sua separação, o Superior Tribunal de Justiça tem a obrigação de apreciar e julgar, sob pena de se estar negando o acesso à Justiça, garantido pelo primado constitucional.

Com efeito, é óbvio que a tutela jurisdicional também é prestada quando o juiz declara não existir o direito afirmado pelo autor, uma vez que para a efetiva tutela jurisdicional dos

direitos é imprescindível o correto manejo das técnicas da atuação dos direitos. Todavia, a simples inadmissibilidade de recurso especial sob o manto da súmula 7, sem uma análise, ainda que sumária das questões de fato e de direito, pode provocar cadeia de injustiças.

Em última análise, o processo moderno passou a ser o escopo da jurisdição, onde processo não mais significa mera sucessão de atos, mas sim o direito à tutela jurisdicional justa, exercido mediante propositura de ação. A ação no Processo moderno significa, direito à tutela adequada e efetiva. O acesso à justiça diz respeito à amplitude da prestação da tutela jurisdicional. (ARAÚJO CINTRA; PELLEGRINI GRINOVER; RANGEL DINAMARCO, 2012, p.51 e ss):

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; PELLEGRINI GRINOVER, Ada; RANGEL DINAMARCO, Cândido. **Teoria Geral do Processo**. ed. 28. rev., e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ASSIS, Akaren de. **Manual dos recursos**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FREIRE, Willian; CÂMARA, Bernardo. **Os recursos cíveis e seu processamento nos Tribunais**. *Com ênfase para os Tribunais de Alçada e Justiça de Minas Gerais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal*. Editora Revista de Direito Minerário, 2003. p. 125

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 20ª ed., rev. e atual.: São Paulo, Saraiva, 2009, p. 372.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 3 ed., rev. e ampl., 1997: Malheiros Editores, p.109.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 13. ed., São Paulo: Saraiva. 1986, p. 20.

SILVA, José Afonso da. **Do Recurso Extraordinário**. São Paulo: RT, 1963.

SILVA FREITAS, Roberto da. **Anotações sobre o recurso especial pela divergência jurisprudencial**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete>> Acesso em: 20 ago 2012

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos Recursos Cíveis**. 3ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 616.

Watanabe, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

Ministro Marco Buzzi. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2012\\_226\\_capIndiceSistematico.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2012_226_capIndiceSistematico.pdf), acessado em 20.08.2012.

Ministro Félix Fischer. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200500445637>, acessado em 20.08.2012.

Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=199800566791>, acessado em 20.08.2012.

Ministro Paulo Furtado. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200501635889>, acessado em 20.08.2012.

Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200501635889>, acessado em 20.08.2012.

Súmula 07 do STJ. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?ordem=%2B>, acessado dias 07.09.2012.

Súmula 279 do STF. Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_201\\_300](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300), acessado em 07.09.2012.

Súmula 282 do STF Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_201\\_300](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300)., acesso em 07.09.2012.

Súmula 356 do STF. Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400), acesso em 07.09.2012.