

ÉVELYN HAMAM CAPRA

**O REEXAME E A REVALORAÇÃO DA PROVA EM
RECURSO ESPECIAL**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO – 2012

ÉVELYN HAMAM CAPRA

**O REEXAME E A REVALORAÇÃO DA PROVA EM
RECURSO ESPECIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Processual Civil apresentado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista, sob orientação do Professor Sidney Palharini Júnior.

SÃO PAULO/SP
OUTUBRO/2012

**Título: “O REEXAME E A REVALORAÇÃO DA PROVA EM RECURSO
ESPECIAL”.**

TERMO DE APROVAÇÃO

Esta monografia apresentada no final do Curso de Especialização em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, foi considerada suficiente como requisito para obtenção do Certificado de Conclusão. O examinado foi aprovado com a nota _____.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho de conclusão de Curso, de forma muito carinhosa, a todos aqueles que contribuíram para a realização deste texto.

“Os que disfarçam a sua conformidade com a doutrina da evolução e, sobretudo, os que aderem à mesma em tom sincero e franco, realizam cada dia obra de justiça, de ciência, de progresso; amoldam-se às necessidades da prática; ante a impossibilidade de alterar com intervalos breves os textos positivos, seguem vereda segura: plasmado o Direito em uma forma ampla, útil, adaptam-no, pela interpretação, às exigências sociais imprevistas, às variações sucessivas do meio.”

Carlos Maximiliano

RESUMO

O presente estudo tem o objetivo de discorrer, ainda que de forma sucinta, diante da perplexidade do tema, a respeito do reexame e reavaliação da prova em recurso especial. Inicia-se o trabalho abordando a instituição, com a promulgação da Carta Magna de 1988, do Superior Tribunal de Justiça, bem como a introdução do recurso especial no sistema processual brasileiro, discorrendo sobre o cabimento do recurso especial e seu processamento. Em seguida, foi explanado sobre as provas admitidas em direito, quais sejam: depoimento pessoal, confissão, exibição de documentos ou coisas, prova documental, prova testemunhal, prova pericial e inspeção judicial, finalizando esta seção com o estudo sucinto sobre prova ilícita. Adiante, foi demonstrada a diferenciação entre questões de fato e questões de direito, bem como a diferenciação entre *error in judicando* e *error in procedendo*. Após esta análise, o trabalho apresentou os conceitos e a diferenciação entre reexame e reavaliação da prova em recurso especial. O presente trabalho foi finalizado com a demonstração, através de casos práticos, do entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da reavaliação da prova.

PALAVRAS-CHAVE: reexame de prova; reavaliação da prova e recurso especial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 O RECURSO ESPECIAL	
1.1 A instituição do Superior Tribunal de Justiça e a introdução do recurso especial no sistema processual civil brasileiro.....	10
1.2 Das competências do Superior Tribunal de Justiça atribuídas pela Carta Magna de 1988.....	11
1.3 Cabimento do recurso especial.....	13
1.3.1 O recurso especial pela alínea “a” do artigo 105, inciso III da CF/88.....	14
1.3.2 O recurso especial pela alínea “b” do artigo 105, inciso III da CF/88.....	16
1.3.3 O recurso especial pela alínea “c” do artigo 105, inciso III da CF/88	17
1.4 Procedimento para a interposição do recurso especial	18
1.4.1 Inadmissibilidade do recurso especial	21
1.4.2 Admissibilidade do recurso especial.....	24
2 PROVAS	
2.1 Conceito e classificação	25
2.2 Ônus da prova	28
2.3 Provas em direito admitidas	30
2.3.1 Depoimento pessoal.....	30
2.3.2 Confissão	31
2.3.3 Exibição de documento ou coisa	33
2.3.4 Prova documental	37
2.3.5 Prova testemunhal.....	39
2.3.6 Prova pericial	42
2.3.7 Inspeção judicial	43
2.4 Prova ilícita	44
3 FATO E DIREITO	
3.1 Questão de fato e questão de direito.....	46
3.2 <i>Error in judicando</i> e <i>error in procedendo</i>	50
4 REEXAME E REVALORAÇÃO DA PROVA EM RECURSO ESPECIAL	
4.1 O reexame de prova e a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça	53
4.2 A revaloração da prova em recurso especial	56
4.3 A aplicação da revaloração da prova pelo Superior Tribunal de Justiça	62
4.3.1 Roubo de mercadoria transportada por empresa transportadora	63
4.3.2 Busca e apreensão em contrato de alienação fiduciária.....	64
4.3.3 Licenciamento ambiental	66
4.3.4 Assistência social	67

CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	72

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discorrer sobre o reexame e reavaliação de prova em sede de recurso especial.

O recurso especial foi introduzido no sistema processual civil brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo que até a promulgação da nova Carta Magna, era competência do Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário, julgar os recursos contra decisões que tivessem negado vigência a tratado ou lei federal.

Assim, a instituição do Superior Tribunal de Justiça veio com a finalidade de desafogar o Supremo Tribunal Federal, bem como torná-lo uma Corte Constitucional, passando, assim, ao Superior Tribunal de Justiça, a competência para julgar, em única ou última instância, as causas decididas pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, bem como dos Tribunais Regionais Federais, fazendo o papel de guardião das leis federais.

Ocorre que, pouco tempo após a instituição do Superior Tribunal de Justiça, houve a percepção de que os recursos especiais interpostos visavam a rediscussão da matéria fático-probatória dos autos, objetivando, assim, que o Colendo se Tribunal tornasse uma terceira ou quarta instância.

Nesse passo, em 28 de junho de 1990, houve, pelos Ministros, a edição da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, proibindo o reexame de provas em sede de recurso especial.

Foi sob esta ótica de proibição de reexame de prova em recurso especial, que o Superior Tribunal de Justiça veio, por muitos anos, negando provimento a milhares de recursos especiais.

Entretanto, há casos em que, em recurso especial, faz-se necessária a reavaliação da prova, ou seja, verificar se o Tribunal *a quo* deu àquela prova seu devido

valor legal, sendo que tal revaloração não implica em examinar detalhadamente os fatos e provas constantes nos autos.

Assim, por existir ainda uma zona cinzenta entre o reexame e a revaloração da prova em sede de recurso especial, é que o presente trabalho foi desenvolvido. Nesse passo, o presente trabalho abordará a distinção entre os dois temas, demonstrando algumas hipóteses em que a revaloração da prova é a medida que se impõe, trazendo, ainda, entendimentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça sobre algumas matérias específicas.

1 RECURSO ESPECIAL

1.1 A instituição do Superior Tribunal de Justiça e a introdução do recurso especial no sistema processual civil brasileiro

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o recurso extraordinário, já existente nas Constituições anteriores, foi desdobrado, repartindo-se em recurso extraordinário e recurso especial.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, era competência do Supremo Tribunal Federal, julgar, em Recurso Extraordinário, causa cuja decisão *contrariar dispositivos desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal.*¹

Nesse passo, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, inexistia o Superior Tribunal de Justiça e, por via de consequência, o recurso especial.

A instituição do Superior Tribunal de Justiça veio com duas finalidades, quais sejam, amenizar a sobrecarga do Supremo Tribunal Federal, bem como fazer com que o Supremo Tribunal Federal pudesse operar somente como um Tribunal Constitucional, e não como uma terceira instância.

Ainda, com a promulgação da Constituição Federal, o Tribunal Federal de Recursos foi substituído por cinco Tribunais Regionais Federais, servindo como instância recursal ordinária das decisões dos juízos federais.

Sobre a criação do Superior Tribunal de Justiça, Rodolfo de Camargo Mancuso, aduz que:

“A criação do STJ veio cercada da expectativa de que, uma vez que repassada a tutela do direito federal comum, com isso se reduziria, expressivamente, a sobrecarga de trabalho do STF, que, assim, poderia efetivamente atuar como uma precípua Corte Constitucional. Em conferência proferida nos primórdios da instalação do STJ, afirmava o Min. Carlos Mário da Silva Velloso: “Esse

¹ Artigo 113, inciso III, alínea “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.

Tribunal, que tem sabor de novidade, foi, entretanto, imaginado há mais de vinte anos por eminentes juristas deste país. E isso se explica. É que, principalmente a partir dos anos cinqüenta, um grande número de processos que davam entrada na secretaria do Supremo Tribunal Federal originou o fenômeno a que se denominou de crise do Supremo Tribunal. Não obstante o esforço desenvolvido pelos seus juízes, a Corte Suprema não conseguia dar vazão àquele mundo de causas e de recursos. Os seus Ministros mais criativos imaginavam solução para a crise.”²

1.2 Das competências do Superior Tribunal de Justiça atribuídas pela Carta Magna de 1988

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 105, incisos I, II e III , dispõe sobre a competência do Superior Tribunal de Justiça.

A primeira competência originária do Superior Tribunal de Justiça refere-se à matéria criminal. Assim, ao Superior Tribunal de Justiça compete julgar, nos crimes comuns, “os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;”³

Ainda, é competência originária do Superior Tribunal de Justiça julgar: (i) “os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal;”⁴; (ii) “ os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea a, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;”⁵; (iii) “os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no Art. 102, I, o, bem como entre tribunal e juízes a ele

² MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *A Resolução dos Conflitos e a Função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p 600.

³ Artigo 105, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal.

⁴ Artigo 105, inciso I, alínea “b” da Constituição Federal.

⁵ Artigo 105, inciso I, alínea “c” da Constituição Federal.

não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;”⁶; (iv) “as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;”⁷; (v) “a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;”⁸; (vi) “os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;”⁹; “o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;”¹⁰; e (vii) “a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;”¹¹.

Já o inciso II do artigo 105 da Constituição Federal introduz o recurso ordinário na norma Constitucional, sendo competência ordinária do Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso ordinário: (i) “os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;”¹²; (ii) “os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;”¹³; e (iii) “as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;”¹⁴

Por fim, a última competência e a que será tema do presente trabalho, está disposta no inciso III do indigitado artigo, que é “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 (...)"

⁶ Artigo 105, inciso I, alínea “d” da Constituição Federal.

⁷ Artigo 105, inciso I, alínea “e” da Constituição Federal.

⁸ Artigo 105, inciso I, alínea “f” da Constituição Federal.

⁹ Artigo 105, inciso I, alínea “g” da Constituição Federal.

¹⁰ Artigo 105, inciso I, alínea “h” da Constituição Federal.

¹¹ Artigo 105, inciso I, alínea “i” da Constituição Federal.

¹² Artigo 105, inciso II, alínea “a” da Constituição Federal.

¹³ Artigo 105, inciso II, alínea “b” da Constituição Federal.

¹⁴ Artigo 105, inciso II, alínea “c” da Constituição Federal.

Assim, a partir da Constituição Federal de 1988, o papel de guardião das leis federais, antes desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a ser do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recursos especiais.

Conforme dito anteriormente, o recurso especial foi criado como um desdobramento do recurso extraordinário, servindo como defensor da matéria federal ou infraconstitucional. Assim, o recurso especial tem a finalidade de revisar as decisões judiciais proferidas pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e territórios, em única ou última instância, que tenham negado vigência á lei federal, com o escopo de uniformizar, nacionalmente, o entendimento das normas federais.

1.3 Cabimento do recurso especial

Para que possa haver a impugnação de acórdão por meio de recurso especial, o referido recurso deverá ter preenchidos alguns pressupostos objetivos e subjetivos e, ainda, pressupostos de natureza constitucional.

Os pressupostos de cabimento do recurso especial estão elencados no artigo 105, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, da Constituição Federal. Dispõe o artigo 105, III, da Constituição Federal, que compete ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, julgar “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 válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

1.3.1 O recurso especial pela alínea “a” do artigo 105, inciso III da CF/88

O primeiro pressuposto de cabimento do recurso especial dispõe que o referido recurso poderá ser interposto quando a decisão proferida pelo Tribunal “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”¹⁵.

Nesse passo, toda decisão de única ou última instância, proferida pelos Tribunais elencados no inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, que negar vigência ou contrariar tratado ou lei federal, poderá ser combatida com a interposição de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente, cumpre conceituar o termo “tratado”. Maria Helena Diniz ensina que¹⁶:

“TRATADO. 1. Direito internacional público. Declaração volitiva de dois ou mais Estados, regulando suas relações e interesses recíprocos na seara jurídica, social, política ou econômica, que apenas tem obrigatoriedade se for ratificada pelos contratantes.”

O tratado será incorporado ao ordenamento jurídico nacional, por força de lei, cuja assinatura incumbe ao Presidente da República, referendada pelo Congresso Nacional. Assim, o “tratado”, para que seja incorporado no sistema jurídico nacional, implicará em conferir-lhe força e regime jurídico de lei.

No que tange à lei federal, disposta na norma constitucional, tal termo recebe interpretação ampla, abrangendo todas as espécies de leis federais do ordenamento jurídico nacional, já tendo sido admitido, inclusive, o recurso especial também contra decretos, a saber:

“PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INTIMAÇÃO POSTAL. PESSOA FÍSICA. ART. 23, II DO DECRETO Nº 70.235/72. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL. OBRIGATORIEDADE DO CONTRIBUINTE DE MANTER ATUALIZADO SEU DOMICÍLIO FISCAL PERANTE A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. INTIMAÇÃO POSTAL PROFÍCUA. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO POR EDITAL.

¹⁵ Artigo 105, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal

¹⁶ DINIZ. Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. v.4. São Paulo: Saraiva, 1998. p 619

1. É do contribuinte a obrigação de manter atualizado seu domicílio fiscal perante a Administração Tributária, presumindo-se válida a intimação dirigida ao endereço ali registrado.
 2. Não existe ordem de preferência entre a intimação pessoal e a intimação postal para efeito do processo administrativo fiscal estabelecido pelo Decreto n. 70.235/72.
 3. Conforme prevê o art. 23, II do Decreto nº 70.235/72, inexiste obrigatoriedade para que a efetivação da intimação postal seja feita com a ciência do contribuinte pessoa física, exigência extensível tão-somente para a intimação pessoal, bastando apenas a prova de que a correspondência foi entregue no endereço de seu domicílio fiscal, podendo ser recebida por porteiro do prédio ou qualquer outra pessoa a quem o senso comum permita atribuir a responsabilidade pela entrega da mesma, cabendo ao contribuinte demonstrar a ausência dessa qualidade.
 4. Precedentes: Resp. nº. 1.029.153/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 05.05.2008, p. 1; REsp. n. 754.210/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26.08.2008; AgRg no AREsp 57707 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 17.04.2012; EDcl no AgRg no REsp 963584 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 02.06.2009; REsp 923400 / CE, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18.11.2008; REsp 998285 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 07.02.2008; REsp 380368 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 21.02.2002.
 5. Fixado pela Corte de Origem o pressuposto fático de que foi profícua a intimação via postal, desnecessária a intimação por edital.
 6. Recurso especial não provido.”
- (REsp 1197906/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 12/09/2012)

Entretanto, não são considerados leis federais, para fins de interposição de recurso especial, os regimentos internos dos tribunais federais, leis estaduais, distritais e municipais, resoluções e provimentos de autarquias, nem as portarias ministeriais.

Não se pode deixar de mencionar que, mesmo que a questão federal tenha sido sumulada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, tal súmula não é considerada lei federal, não se admitindo recurso especial.

Conforme dito anteriormente, a Constituição Federal de 1967, no tocante ao cabimento de recurso extraordinário em matéria federal, tinha a seguinte redação: “a) contrariar dispositivos desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal”.

Todavia, na Constituição Federal de 1988, ao introduzir a possibilidade de interposição do recurso especial, não somente disponde sobre a negativa de vigência da lei, mas também sobre “contrariar” tratado ou lei federal, tornou o cabimento do recurso especial muito mais amplo.

Assim, “contrariar” quer dizer se opor, ofender, deixar de aplicar, aplicar de forma errônea e interpretar de modo errado a legislação federal ou o tratado. Já “negar vigência”, significa deixar de aplicar a lei federal ou o tratado. Nota-se que, diferentemente das demais hipóteses de cabimento do recurso especial, que serão estudadas adiante, para a interposição do referido recurso pela alínea “a”, há a necessidade de que a decisão recorrida esteja errada.

Para que o recurso seja admitido pela alínea “a”, deve-se verificar se realmente houve a contrariedade ou negativa de vigência da lei. Porém, o fato de a decisão mostrar-se certa ou errada diz respeito ao mérito do recurso e não às condições de admissibilidade. No entanto, como é sabido, os Tribunais *a quo* vêm negando seguimento aos recursos especiais, sob o fundamento de que não haveria contrariedade ou negativa de vigência de lei, ou seja, vêm adiantando a decisão de mérito do recurso, que seria competência exclusiva do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, para que o recurso especial seja admitido, o Superior Tribunal de Justiça tem exigido que o recorrente individualize os dispositivos de lei federal que teriam sido violados, sob pena de não conhecimento do recurso.

1.3.2 O recurso especial pela alínea “b” do artigo 105, inciso III da CF/88

O segundo pressuposto de cabimento do recurso especial dispõe que este será cabível sempre que a decisão recorrida “julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal”¹⁷. Tal redação foi introduzida pela Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004.

Não são numerosos os recursos fundados na alínea “b”, entretanto, para que o recurso especial seja admitido sob tal pressuposto, basta somente que a lei ou ato do governo local aplicados pelo Tribunal *a quo* tenham sido combatidos nos autos, em face da lei federal.

¹⁷ Artigo 105, inciso III, alínea “b” da Constituição Federal.

No que tange à admissibilidade do recurso, aqui não se questiona sobre o erro ou o acerto da decisão recorrida, bastando apenas demonstrar que a lei ou o ato local tenham sido contestados frente a uma lei federal.

1.3.3 O recurso especial pela alínea “c” do artigo 105, inciso III da CF/88

O terceiro pressuposto de cabimento do recurso especial determina que será cabível o recurso extremo sempre que a decisão recorrida “der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”¹⁸.

Tal hipótese já havia sido instituída no âmbito do antigo recurso extraordinário, na reforma de 03.09.1926. De acordo com a nova sistemática, compete ao Superior Tribunal de Justiça a uniformização da interpretação da lei federal em todo o território nacional.

Nesse sentido, ensina Araken de Assis¹⁹:

“O recurso especial baseado no art. 105, III, c, da CF/1988 exige a conjugação de dois requisitos: (a) a demonstração analítica da divergência, ou seja, “as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”(art. 541, parágrafo único, in fine); e (b) a prova da divergência. De ambos os pontos se ocupa o art. 541, parágrafo único, na redação da Lei 11.341, de 07.08.2006, inspirado na Súmula do STF, n. 291, hoje superada em alguns aspectos.”

Ainda, o acórdão paradigma deve ter sido proferido por outro Tribunal, conforme determina a Súmula 13 do Superior Tribunal de Justiça, a saber: *A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial.*

Ademais, para o cabimento do recurso especial pela alínea “c”, a parte recorrente terá que fazer o cotejo analítico entre o acórdão paradigma e o acórdão recorrido, de forma a demonstrar que ambos os acórdãos tratam de temas idênticos. Esse cotejo analítico se reparte em duas etapas, sendo a primeira o confronto entre as questões de fato do acórdão

¹⁸ Artigo 105, inciso III, alínea “c” da Constituição Federal.

¹⁹ ASSIS. Araken de. *Manual dos Recursos*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p 805.

paradigma e do acórdão recorrido, devendo a parte demonstrar e transcrever os fundamentos dos dois acórdãos; e a segunda, o confronto das teses jurídicas, demonstrando a divergência nas decisões.

É necessário, ainda, que a divergência seja provada, conforme determina a Lei 11.341, de 07.08.2006, *mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na internet, com identificação da respectiva fonte.*

1.4 Procedimento para a interposição do recurso especial

Conforme dito anteriormente, o recurso especial está disciplinado no artigo 105, inciso III da Constituição Federal de 1988, bem como nos artigos 541 a 545 do Código de Processo Civil. Esse recurso também está disciplinado na Lei 8.038/90 e nos Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

O recurso especial será interposto perante o Tribunal de Justiça de origem, no prazo de 15 (quinze) dias da publicação da decisão recorrida, com petição endereçada ao Presidente, ou Vice-Presidente do Tribunal do qual se originou o acórdão recorrido, cabendo ao Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de origem realizar o exame de admissibilidade do recurso. O prazo para a resposta também será de 15 (quinze) dias, sendo admitido, inclusive, nesse prazo, a interposição de recurso especial de forma adesiva, ficando o recurso adesivo subordinado ao recurso especial interposto.

O recurso será recebido apenas no efeito devolutivo, podendo, desta forma, ser executada a decisão impugnada, conforme dispõe o parágrafo 2º do artigo 542 do Código de Processo Civil, a saber:

“Art. 542 - Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões.
(...)”

§ 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.
 (...)"

O Superior Tribunal de Justiça vem admitindo pedido cautelar para sustar os efeitos da decisão recorrida, desde que comprovado, pela parte, dano grave ou de difícil reparação.

Nesse sentido, ensina Nelson Nery Júnior²⁰

"é necessário que estejam presentes os requisitos de toda cautelar (*fumus boni júris e periculum in mora*) e que o RE ou REsp tenha sido efetivamente recebido por juízo positivo de admissibilidade no tribunal *a quo*. Caso a urgência não permita ao recorrente aguardar a decisão do recebimento do RE ou REsp no tribunal local, é admissível, em caráter absolutamente excepcional, a concessão da liminar cautelar no STF ou STJ, obstando-se os efeitos da decisão recorrida."

O artigo 541 do Código de Processo Civil dispõe sobre os requisitos formais da petição do recurso especial, quais sejam: (i) a exposição do fato e do direito; (ii) a demonstração do cabimento do recurso interposto; e, (iii) as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

Ainda, para a interposição do referido recurso, há a necessidade de pagamento das custas de "porte de remessa e retorno", disciplinada no *caput* do artigo 511 do Código de Processo Civil, e nos termos do art. 41-B da lei 8.038, de 28.05.1990 (redação da Lei 9.756/1998), bem como o pagamento das custas do processo, conforme determinado no artigo 3º da Lei 11.636/2007, sendo que, sem o recolhimento das referidas custas, o recurso especial será considerado deserto, conforme a Súmula 187 do Superior Tribunal de Justiça:

"É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos."

²⁰ NERY JR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999. p 1.058.

Interposto o recurso especial tempestivamente e com o recolhimento correto do preparo recursal (custas processuais e de porte de remessa e retorno), a secretaria fará os autos conclusos para a apreciação do recurso pelo Presidente ou Vice Presidente do Tribunal *a quo*, para a admissão ou não do recurso.

Assim, a autoridade terá o prazo de 15 (quinze) dias para a realização do juízo de admissibilidade do recurso, conforme inciso 1º do artigo 542 do Código de Processo Civil.

Não se pode deixar de mencionar que, para que o recurso especial seja admitido, deverá ter havido o prequestionamento das questões constitucionais e federais, antes da interposição do referido recurso.

Assim, conforme ensina Perseu Gentil Negrão²¹:

“Para a admissão do recurso especial é necessário, portanto, face às Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, que exista prequestionamento, ou seja, que a questão jurídica tenha sido discutida anteriormente.”

Nesse passo, os dispositivos legais supostamente violados deverão ter sido apreciados pelo Tribunal *a quo*, nos termos da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça:

“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.”

Às vezes, mesmo sendo suscitada a controvérsia, o órgão colegiado pode não se manifestar sobre a matéria, sendo, nesse caso, necessária a oposição de embargos de

²¹ NEGRÃO, Perseu Gentil. *Recurso Especial, Doutrina, Jurisprudência, Prática e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 1997. p 42.

declaração, com o fito de prequestionamento, sendo que tais embargos não podem ser considerados protelatórios, nos termos da Súmula 98 do Superior Tribunal de Justiça:

“Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.”

Nesse passo, sem o prequestionamento da matéria, será inadmissível o recurso especial.

1.4.1 Inadmissibilidade do recurso especial

Entendendo que o recurso não reúne as condições de admissibilidade, o Presidente ou o Vice Presidente do Tribunal proferirá decisão negando seguimento ao recurso especial.

De tal decisão caberá agravo de despacho denegatório de recurso especial, no prazo de 10 (dez) dias da publicação da decisão recorrida, conforme disciplina o *caput* do artigo 544 do Código de Processo Civil. A parte contrária será intimada para apresentar contraminuta de agravo também no prazo de 10 (dez) dias.

É importante deixar claro que, atualmente, no que tange ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, algumas das decisões que negam seguimento ao recurso especial são ilustradas com a fundamentação de que o acórdão recorrido não teria contrariado a lei federal ou que não haveria divergência jurisprudencial. Ainda, é negado seguimento ao recurso especial sob o fundamento de que a decisão não poderia ser modificada, tendo em vista a existência da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica pela decisão abaixo:

“Alega-se ofensa aos artigos 333, inciso I, do Código de Processo Civil e 42 da Lei 8.078/90, além de dissídio jurisprudencial.

Não houve contra-razões (fl. 230).

Precedem o recurso embargos de declaração (fls. 190/193), que foram rejeitados pelo acórdão de fls. 199/201.

O recurso não reúne condições de admissibilidade pela alínea “a”.

Quanto à alegada vulneração aos dispositivos arrolados, observe-se não ter sido demonstrada sua ocorrência, eis que as exigências legais na solução das questões de fato e de direito da lide foram atendidas pelo acórdão ao declinar, no julgado, as premissas nas quais assentada a decisão.

Demais disso, o acórdão ao decidir da forma impugnada, assim o fez em decorrência de convicção formada pela Turma Julgadora diante das provas e das circunstâncias fáticas próprias do processo “*sub judice*”, sendo certo, por esse prisma, aterem-se as razões do recurso a uma perspectiva de reexame desses elementos. A esse objetivo, todavia, não se presta o apelo, diante do édito da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Nem mesmo pela alínea “c” o recurso merece prosseguir.

Não restou demonstrada na peça recursal a similitude de situações com soluções jurídicas diversas entre os vv. Acórdãos paragonado e paradigmas.

Nesse sentido:

“Melhor sorte não socorre o recorrente quanto ao cabimento do apelo nobre pelo dissenso pretoriano, na medida em que, como é de sentença, a interposição do recurso especial pela alínea “c” exige do recorrente a comprovação do dissídio jurisprudencial, cabendo ao mesmo colacionar precedentes jurisprudenciais favoráveis à tese defendida, comparando analiticamente os acórdãos confrontados, nos termos previstos no artigo 541, parágrafo único, do CDC. Deveras, visando a demonstração do dissídio jurisprudencial, impõe-se indispensável avaliar se as soluções encontradas pelo decisum embargado e paradigmas tiveram por base as mesmas premissas fáticas e jurídicas, existindo entre elas similitude de circunstâncias.” (Recurso Especial 700.911-SC, Relator Ministro LUIZ FUX, DJU 23/02/06).

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso especial.”

(REsp. 0118710-09.2005.8.26.0000 – Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, D.J. 01.11.2007)

Entretanto, tais decisões referem-se ao mérito do recurso e não às condições de admissibilidade, sendo que o mérito do recurso especial somente pode ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, em tais hipóteses, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem suprimindo instâncias, o que é vedado pela legislação pátria.

Interposto o agravo, este será encaminhado, obrigatoriamente, ao Superior Tribunal de Justiça, ou seja, não cabe negativa de seguimento pelo Tribunal *a quo*, embora possa ser considerado inadmissível. O agravo será interposto independentemente de preparo.

Recebido o agravo pelo Superior Tribunal de Justiça, este será distribuído, através de sorteio, a um dos Ministros competentes (relator) para julgar a admissibilidade do recurso.

Sobre a atividade do relator, após o recebimento do agravo, ensina Araken de Assis²²:

“Conforme se depreende do art. 544 § 4º, há cinco termos de alternativa na atividade judicante do relator: (a) não conhecer do agravo de instrumento, porque inadmissível, sobrelevando-se as exigências quanto à formação do instrumento e à congruência da motivação; (b) conhecer do agravo de instrumento, mas negar-lhe provimento, porque correta a decisão agravada; (c) conhecer do agravo de instrumento e dar-lhe provimento para determinar a subida do recurso especial, porque convencido do erro da decisão agravada e, por consequinte, da admissibilidade do especial, ou porque almeja exame mais detido da espécie, caso em que usualmente empregará a expressão – “subam para melhor exame”; (d) conhecer e prover o agravo de instrumento para convertê-lo em recurso especial, ordenando o respectivo processamento segundo as normais regimentais (art. 544, § 3º, segunda parte); (e) conhecer e prover o agravo de instrumento para dar provimento ao recurso especial, porque o julgado impugnado com súmula de jurisprudência dominante do STJ (art. 544, § 3º, primeira parte).”

Da decisão que não conhecer do agravo ou negar-lhe provimento, caberá agravo interno para a Turma, que deverá ser interposto em 05 (cinco) dias da intimação da decisão. Desprovido o agravo interno, da decisão poderão ser opostos, apenas, embargos de declaração.

Não sendo admitido o recurso especial, a decisão recorrida, proferida pelo Tribunal *a quo*, transitará em julgado.

1.4.2 Admissibilidade do recurso especial

²² ASSIS. Araken de. *Manual dos Recursos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p 820.

Sendo admitido, pelo Tribunal *a quo*, o seguimento ao recurso especial, os autos serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, para distribuição entre uma das Turmas, sendo que, se tal recurso for admitido por força do provimento do agravo, a Turma competente para o julgamento do recurso especial será a mesma que julgou o agravo.

Aberta vistas ao relator, este poderá negar seguimento ao recurso especial manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou divergente da súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, preenchidos todos os requisitos de admissibilidade, o órgão colegiado ingressará no mérito do recurso, dando ou negando provimento ao recurso especial.

2 PROVAS

2.1 Conceito e classificação

Inicialmente, tendo em vista que o presente trabalho trata de reexame e reavaliação da prova em recurso especial, faz-se necessário demonstrar a importância e quais são as provas admitidas em direito.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, a prova²³:

“É todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado – juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.”

Para Moacyr Amaral dos Santos²⁴:

“Compreendida a prova judiciária como um todo, reunindo seus dois caracteres, objetivo e subjetivo, que se completam e não podem ser tomados separadamente, apreciada como fato e como indução lógica, ou, como diz João Monteiro, como “meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa do fato probando e como a própria certeza dessa existência”, definimo-la: prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo.”

José Frederico Marques aduz que²⁵:

“Os fatos afirmados pelas partes precisam ser demonstrados para que sobre eles forme o juiz a sua convicção. E a prova constitui o meio e modo de que usam os litigantes para convencer o juiz da verdade da afirmação de um fato, bem como o meio e modo de que se serve o juiz para formar sua convicção sobre os fatos que constituem a base empírica da lide.”

²³ MARINONI. Luiz Guilherme, ARENHART. Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7^a ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p 264.

²⁴ SANTOS. Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 26^a ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010. p 373.

²⁵ MARQUES. José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1^a ed. v. 4. São Paulo: Millennium, 2000. p 185.

Assim, toda a prova judiciária tem: objeto, finalidade e destinatário.

A prova tem como objeto as alegações aduzidas pelas partes para fundamentar a ação, a fim de convencer o juiz sobre a existência ou não dos fatos. Entretanto, nem sempre os fatos necessitam de provas para que sejam admitidos como verdadeiros. Nesse passo, os fatos que independem de prova, conforme artigo 334 do Código de Processo Civil, são:

“Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

- I - notórios;
- II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
- III - admitidos, no processo, como incontroversos;
- IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”

Os fatos notórios são aqueles de conhecimento geral do homem médio, fazendo parte da cultura normal de determinado local. Assim, não dependem de prova os fatos notórios, uma vez que são conhecidos tanto pelas partes quanto pelo juiz. Porém, se o réu contestar a notoriedade do fato, caberá ao autor provar que o fato afirmado é notório, ou seja, não há a necessidade do autor comprovar a existência do fato, mas sim de comprovar sua notoriedade.

O inciso II, do referido artigo trata de confissão. A confissão existe na hipótese de a parte admitir como verdadeiro um fato, contrário à sua posição na lide, mas favorável à pretensão de seus adversários. Nesse passo, confessando uma das partes litigantes a existência de um fato, não há a necessidade de realização de prova para provar tal fato.

Porém, nem todos os fatos poderão ser confessados, conforme artigo 351 do Código de Processo Civil, que determina que:

“Art. 351 - Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.”

Versando a confissão sobre direitos indisponíveis, esta não terá validade.

Já o inciso III, trata de fato incontroverso. Fato incontroverso é aquele que, por não ter sido impugnado pela parte adversa, é tido como verdadeiro. A não contestação de um fato implica na sua admissão. É o que ocorre quando os fatos são apresentados na petição inicial, e o réu não contesta a ação, sendo revel, ou mesmo havendo a apresentação da contestação sem que todos os fatos sejam rebatidos. Neste caso, os fatos que não forem impugnados serão considerados como verdadeiros.

Por fim, no tocante ao inciso IV, ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenahrt²⁶:

“E por isso que o art. 334, IV, diz que os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade não dependem de prova. Na realidade, a avaliação fática, nesse caso, não importa para o juiz, pois as conclusões hipotéticas lançadas na lei o vinculam. Com efeito, a prova é inútil diante da presunção absoluta, não importa se destinada a reforçar a conclusão ou a tentar demonstrar que a presunção parte de um silogismo falso. Toda espécie de contraprova ou de prova concorrente é irrelevante, na medida em que o suporte fático do silogismo, embora tenha sido importante para a sua fixação como hipótese normativa, não possui qualquer significado no caso concreto.”

As provas são produzidas na fase instrutória da ação. A instrução da lide começa a fluir, como fase do processo, a partir do despacho saneador, momento em que o juiz irá definir os pontos controvertidos e quais serão as provas que serão necessárias para o deslinde do feito, conforme determina o artigo 331, parágrafo segundo do Código de Processo Civil.

As provas serão produzidas, em tese, no rito ordinário, da seguinte maneira: (i) as provas periciais serão realizadas sempre antes da audiência de instrução e julgamento; (ii) a inspeção judicial será realizada em data e horários fixados pelo juiz; e, (iii) o depoimento das partes e a oitiva de testemunhas serão realizados em audiência de instrução e julgamento.

Não se pode deixar de mencionar que, conforme determina o artigo 131 do Código de Processo Civil, *o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e*

²⁶ MARINONI. Luiz Guilherme, ARENHART. Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p 127.

circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Nota-se que o juiz é livre para apreciar a prova, mas deve sempre fundamentar seu convencimento.

2.2 Ônus da prova

Determinam os incisos I e II, do artigo 333, do Código de Processo Civil:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
 II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
 (...”

Na peça vestibular, o autor alega os fatos que fundamentam seu pedido, e o réu, na contestação, os fatos que fundamentam sua defesa. Porém, conforme dito anteriormente, tais fatos, para convencerem o juízo (com exceção dos fatos que não dependem de prova), deverão ser provados pelas partes.

O ônus de provar não se trata de direito, mas sim de obrigação, uma vez que se a parte a quem incumbe fazer a prova do fato não a fizer, terá que suportar as consequências e prejuízos da sua falta, que não necessariamente será um resultado desfavorável.

O artigo 333 do Código de Processo Civil distribuiu o ônus da prova entre o autor e o réu, uma vez que o autor terá que fazer prova dos fatos por ele alegados na petição inicial, enquanto o réu terá que provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, ou seja, o réu terá que fazer contraprova do direito do autor.

Luiz Sérgio Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart dizem que²⁷:

“A contraprova diz respeito ao próprio fato constitutivo, e não penas a sua prova. Se o autor produziu prova documental ou testemunhal, a contraprova pode demonstrar o contrário do que essas provas trazem em seu conteúdo. Assim, por exemplo, se o autor produziu prova testemunhal para demonstrar que o réu atravessou o sinal vermelho, o réu produz contraprova quando requer a ouvida de uma testemunha para dizer o contrário.”

Conforme anteriormente explicado, o ônus da prova tem como objetivo o convencimento do juiz. Entretanto, o juiz poderá julgar favoravelmente à parte que não cumpriu o ônus da prova, baseando-se o julgamento em provas produzidas pela parte contrária, ou mesmo produzidas em juízo.

Ainda, há situações de direito material em que o ônus da prova poderá ser invertido. A forma mais conhecida de inversão do ônus da prova está descrita no inciso VIII, do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor que aduz:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

Tal inversão é clara, uma vez que na relação de consumo o consumidor é parte hipossuficiente, não conseguindo, na maior parte das vezes, fazer prova do ocorrido, como o defeito do produto ou do serviço.

Porém, engana-se quem acredita que a inversão do ônus da prova é existente somente nas relações consumeristas. Há casos em que o autor tem grande dificuldade na

²⁷ MARINONI. Luiz Guilherme, ARENHART. Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p 269.

produção da prova do fato constitutivo, mas para o réu é fácil a produção, o que justificaria a inversão do ônus da prova.

2.3 Provas em direito admitidas

O presente trabalho fará uma breve síntese sobre todas as provas admitidas em direito, na sistemática processualista civilista. São elas: depoimento pessoal; confissão; exibição de documentos ou coisas; prova documental; prova testemunhal; prova pericial; e inspeção judicial.

2.3.1 Depoimento pessoal

O depoimento pessoal da parte (autor e réu) é o ato em que o juiz ouve as partes sobre as questões de fato da causa. O depoimento pode ser determinado de ofício, pelo juiz, ou a requerimento da outra parte litigante e está disposto seu procedimento do artigo 342 ao artigo 347 do Código de Processo Civil.

Intimada a parte para depor, esta deverá comparecer em juízo para prestar o depoimento, não podendo se recusar a fazê-lo. Ainda, a parte deverá responder o que lhe for perguntado, sem evasivas. Não comparecendo a parte ou se negando a depor, sem justo motivo, a ela será aplicada a pena de confissão.

A parte não é obrigada a depor sobre:

“Art. 347. A parte não é obrigada a depor de fatos:
I - criminosos ou torpes, que lhe forem imputados;
II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.
Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento.”

Na data designada, o juiz ouvirá as partes separadamente, iniciando pelo autor e depois pelo réu, sendo defeso à parte que não irá depor ou ainda não depôs, assistir ao interrogatório da outra parte. O juiz interrogará a parte sobre os fatos dispostos na petição inicial, contestação e réplica, podendo, após o depoimento, a parte contrária formular perguntas, que poderão ser indeferidas pelo juiz (as perguntas indeferidas serão transcritas no termo, se a parte requerer).

2.3.2 Confissão

No item 2.1 do presente Capítulo, já foi discorrido, de forma sucinta, sobre o cabimento da confissão como meio de prova. O conceito adotado pelo legislador federal para o instituto jurídico da confissão está disposto no artigo 348 ao artigo 354 do Código de Processo Civil.

Nesse passo, reza o artigo 348 do Código de Processo Civil:

“Art. 348. Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial.”

Assim, a confissão faz prova legal do fato afirmado, obrigando ao juiz submeter-se aos termos em que é posta para o julgamento da causa.

Conforme ensina o ilustre doutrinador Costa Machado²⁸:

²⁸ MACHADO, Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. 9^a ed. – São Paulo: Mamole. 2010. p 396.

“Isso significa que a veracidade de um fato confessado fica excluída de qualquer apreciação judicial, devendo o magistrado apenas qualificá-lo juridicamente.”

Verifica-se pelo artigo supracitado que a confissão pode ser feita tanto pelo autor como pelo réu, podendo, ainda, ser espontânea, ou seja, quando ocorre voluntariamente pela parte, sem qualquer instigação por agente externo, lavrando-se o respectivo termo nos autos. Ainda, a confissão poderá ser provocada, quando é realizada durante o depoimento pessoal da parte, em resposta aos questionamentos, devendo constar no referido depoimento.

A confissão espontânea poderá ser feita pela própria parte ou por mandatário com poderes especiais para tal ato. Cabe esclarecer que a simples cláusula no mandato “com poderes para confessar”, não satisfaz a exigência legal, devendo a procuração especificar, exatamente, os fatos que poderão ser reconhecidos como verdadeiros.

Ainda, a confissão poderá ser judicial ou extrajudicial (artigos 349, 350 e 353 do CPC). A confissão judicial é aquela feita perante o órgão jurisdicional, ao passo que a confissão extrajudicial é oferecida, verbalmente ou por escrito, a outra pessoa qualquer que não esteja investida de jurisdição no momento da confissão.

A par de a confissão ter valor probante, conforme já informado anteriormente, no item 2.1 do presente Capítulo, nem todos os fatos poderão ser confessados, sendo que, quando a confissão versar sobre direitos indisponíveis, esta não terá validade.

Havendo confissão por um litisconsorte, esta não prejudicará os demais, nos termos do *caput* do artigo 350 do Código de Processo Civil. Tal raciocínio aplica-se também nas ações que versem sobre bens imóveis ou direito sobre imóveis alheios. Nesses casos, a confissão feita por um dos cônjuges não valerá sem a do outro.

A confissão, ainda é, em regra, indivisível (artigo 354 do CPC). Nesse sentido, ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²⁹:

²⁹ MARINONI. Luiz Guilherme, ARENHART. Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p 472 e 473.

“Dessa forma, acolher o princípio da indivisibilidade da confissão significa adotar a regra do exame da confissão em seu conjunto, em vez de desestruturada e compartmentada, trazendo para este campo os melhores elementos que presidem qualquer hemenêutica jurídica. Disso decorre que o juiz não poderá considerar a confissão senão dentro de seu conjunto, sendo-lhe vedado, em princípio (salvo quando houver justificativa que o apóie), utilizar-se dela em certo ponto e desconsiderá-la em outro. De outra parte, a mesma idéia embasa a conclusão de que o adversário do confitente, aceitando como verdadeiros os fatos confessados que lhe interessam, haverá também, e ainda em princípio, aceitar como verídicos os demais fatos objeto da confissão.”

Por fim, a confissão poderá ser revogada quando emanada de erro, dolo ou coação. Tal revogação deverá ser postulada através de ação rescisória, se já houver o trânsito em julgado da decisão, ou, caso o processo esteja em curso, por meio de ação anulatória.

2.3.4 Exibição de documento ou coisa

Nos casos em que o documento necessário para a produção da prova estiver de posse de outra pessoa, que pode ser a parte adversa ou mesmo um terceiro estranho à lide, haverá a necessidade da parte interessada mover incidente processual de exibição de documento ou coisa.

Ao que parece seria uma solução simples, porém, existem alguns problemas no tocante a esse tipo de prova.

O primeiro deles existe na hipótese de o documento estar de posse da parte contrária. Isso porque o ônus da prova é de quem alega. Assim, como a parte adversa poderia ser obrigada a trazer aos autos um documento que faz prova do direito da outra parte? E ainda, como ficaria tal obrigatoriedade de exibir um documento, levando-se em consideração o princípio de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo?

Tais questionamentos podem ser respondidos da seguinte forma: se a parte que está requerendo a exibição for proprietária ou tiver qualquer outro direito sobre o documento, a exibição poderá ser exigida, não ofendendo, assim, os direitos da parte que tiver posse do documento. Assim, ainda que a parte que está requerendo a exibição, não for proprietária do documento, pode ser que tenha interesse tutelado ao gozo do mesmo. Nesse caso, a lei lhe assegura a exibição do documento. Ainda quando à parte que está requerendo o documento não pertença nenhum direito sobre o indigitado documento, não se pode esquecer que a prova é do juízo, ou seja, o interesse de quem reclama a exibição se confunde com o interesse da justiça. Assim, a parte que estiver de posse do documento será obrigada a exibi-lo.

O segundo problema existe na possibilidade de o documento estar na posse de terceira pessoa estranha à lide, que pode ou não ser proprietária do documento. Nesse caso, sendo a parte que está requerendo a exibição proprietária, ou tiver qualquer outro direito sobre o documento, impõe ao terceiro a obrigação de exibi-lo. Sendo o documento de propriedade do terceiro, este será obrigado a exibi-lo, a fim de que seja esclarecida a verdade em juízo. Entretanto, tal obrigação poderá ser revista se com a exibição resultar ao terceiro prejuízo moral ou patrimonial.

Assim, sanados os problemas que tangem à exibição de documentos, faz-se necessária a explanação da ação em si.

A exibição de documento ou coisa está regulamentada no artigo 355 e seguintes do Código de Processo Civil, devendo ser formulada por requerimento adequado, como incidente processual nos autos da ação principal (contra terceiro) ou como petição (contra a parte contrária). A parte interessada deverá especificar claramente o pedido a que se pretende, ou seja, a exibição de certo documento ou coisa.

O incidente será movido pela parte que tem interesse na exibição documento, sendo a referida parte, neste caso, sujeito ativo. O sujeito passivo poderá ser a parte contrária ao requerente na ação principal, ou terceiro estranho ao processo, e que esteja de posse do documento.

No tocante ao pleito formulado contra a parte contrária da ação principal, o juiz abrirá prazo de 05 (cinco) dias para que a parte exiba o documento ou a coisa, ou ainda,

que se manifeste em juízo. Assim, poderá o requerido: (i) exibir a coisa ou o documento; (ii) se recusar a exibir, alegando motivos; e, (iii) não exibir nem oferecer resposta no prazo.

Apresentando o documento ou a coisa, será encerrado o incidente de exibição. No terceiro caso, a decisão é imediata, aplicando-se a pena prevista no artigo 359, I, do Código de Processo Civil:

“Art. 359 - Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar:
I - se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do Art. 357;
(...)”

No segundo caso, quando a parte não exibir, mas apresentar justificativa, o pedido de exibição terá instrução probatória, cabendo às partes fazerem as provas necessárias para comprovarem suas alegações. Após a oitiva das partes, o juiz proferirá decisão, julgando procedente ou não o pedido de exibição e, legítima ou ilegítima a recusa do requerido.

Assim, o juiz não admitirá a recusa nos casos expostos no artigo 358 do Código de Processo Civil, a saber:

“Art. 358 - O juiz não admitirá a recusa:
I - se o requerido tiver obrigação legal de exibir;
II - se o requerido aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova;
III - se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes.”

Se o juiz julgar ilegítima a recusa, será aplicada a cominação prevista no artigo 359, II, do Código de Processo Civil, admitindo como verdadeiros os fatos alegados pela parte que requereu a exibição.

Da decisão caberá a interposição de agravo de instrumento.

No que tange ao pleito formulado contra terceiro à lide, contra este será movida ação de exibição de documento ou coisa, que será autuada em apartado, devendo conter a indicação do documento ou da coisa, bem como demonstrar que a exibição é necessária para a formação da prova no processo principal.

O requerido será citado para responder à ação em 10 (dez) dias (artigo 360 do CPC). Assim, poderá o requerido: (i) exibir o documento ou a coisa; (ii) se recusar a exibir; e (iii) não exibir nem oferecer resposta no prazo.

No primeiro caso, encerra-se o incidente processual, correndo as despesas processuais por conta do requerente. No terceiro caso, o juiz proferirá sentença condenando o requerido à exibição e ao pagamento das despesas processuais.

A segunda hipótese está descrita no artigo 361 do Código de Processo Civil, que aduz: *Se o terceiro negar a obrigação de exibir, ou a posse do documento ou da coisa, o juiz designará audiência especial, tomando-lhe o depoimento, bem como o das partes e, se necessário, de testemunhas; em seguida proferirá a sentença.*

Tanto no terceiro quanto no segundo caso, sendo a sentença condenatória ao requerido, o juiz ordenará que se proceda o depósito do documento ou da coisa. Tal sentença será combatida por meio de recurso de apelação.

Não efetuando o depósito ordenado na sentença, será expedido mandado de apreensão do documento ou da coisa.

Por fim, tanto o terceiro estranho à lide, como a parte no processo principal, poderão se recusar a apresentar o documento ou a coisa, nos seguintes casos:

“Art. 363 - A parte e o terceiro se escusam de exibir, em juízo, o documento ou a coisa:

- I - se concernente a negócios da própria vida da família;
- II - se a sua apresentação puder violar dever de honra;
- III - se a publicidade do documento redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consangüíneos ou afins até o terceiro grau; ou lhes representar perigo de ação penal;
- IV - se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo;
- V - se subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição.”

2.3.4 Prova documental

O documento é a representação física de um fato, visando conhecer o fato representado de modo duradouro.

Para Moacyr Amaral Santos³⁰:

“Num sentido amplo é a coisa que representa e presta-se a reproduzir uma manifestação do pensamento. Ou seja, uma coisa representativa de idéias ou fatos. Transportada essa conceituação para o campo da prova judiciária, cujo objeto são os fatos, e em relação à qual também as idéias se encerram como fatos, dir-se-á que o documento é uma coisa representativa de um fato.”

O documento pode ser ou não escrito. O documento não escrito é aquele em que a palavra escrita é formada em desenhos, gráficos, na madeira, na pedra, entre outros. Já o documento escrito é aquele que representa um fato através da palavra escrita, em papel. O documento escrito pode ser público ou privado.

O documento público é aquele transladado por escrivão, tabelião ou funcionário público, e goza de presunção de autenticidade, conforme reza o artigo 364 do Código de Processo Civil. Por gozar de presunção de autenticidade, o documento público faz prova do ato ou do fato jurídico. Entretanto, tal prova é *iuris tantum*, ou seja, a presunção e fé do documento terminam quando é declarada judicialmente a sua falsidade (artigo 387 do CPC).

São espécies de documentos públicos: (i) documento notarial, lavrado por tabelião de livros ou notas; (ii) documento administrativo, elaborado por autoridades,

³⁰ SANTOS. Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 26^a ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010. p 429.

funcionários e empregados da administração pública; e, (iii) documento judicial, produzido por autoridade judiciária.

O documento particular é aquele escrito sem intervenção de servidor público ou oficial, podendo ser autenticado por tabelião, conforme dispõe o artigo 369 do Código de Processo Civil:

“Art. 369 - Reputa-se autêntico o documento, quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi apostila em sua presença.”

Estando o documento autenticado por oficial público, sua autenticidade presume-se até prova em contrário. Nesse passo, se o documento, nos autos de uma ação judicial, não for impugnado por falsidade, na contestação ou em até 10 (dez) dias de sua juntada, será tido como verdadeiro.

Se o documento particular não tiver assinatura ou quando for abusivamente preenchido, perderá sua eficácia e autenticidade.

No tocante aos livros comerciais, que são uma forma de documento particular, podem estes fazer prova contra e a favor de seu autor no litígio, desde que preenchidos os requisitos exigidos por lei (artigo 379 do CPC).

A cópia do documento particular tem o mesmo valor probante que o documento original, desde que autenticado ou conferido por escrivão.

Assim, após uma breve explanação sobre os tipos de prova documental, necessário se faz discorrer sobre o procedimento da referida prova.

Conforme é sabido, compete ao autor acostar à petição inicial todos os documentos indispensáveis à propositura da ação (artigos 396 e 283 do CPC), e ao réu, instruir sua resposta também com os documentos necessários (artigos 396 e 283 do CPC). Ainda, poderá o autor emendar sua petição inicial, caso o juiz verifique que não veio instruída com os documentos necessários; desatendida a ordem judicial, a petição inicial será liminarmente indeferida.

É lícito à parte, nos termos do artigo 397 do Código de Processo Civil, juntar documento novo ao longo da demanda, desde que *destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou em documentos destinados a contrapor os que já foram produzidos nos autos, pela parte adversa.*

Assim, a produção da prova documental é feita no momento em que o documento é acostado aos autos, sendo que, quando juntado na petição inicial, o réu tomará conhecimento e deverá se manifestar sobre eles no momento da apresentação da contestação. Se na contestação o réu acostar documentos, será o autor intimado a se manifestar.

Ainda, conforme determina o artigo 398 do Código de Processo Civil, *sempre que uma das partes requerer a juntada de documentos nos autos, o juiz ouvirá, a esse respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.*

Sendo necessária para o deslinde do feito a juntada de documentos administrativos, o juiz poderá requisitá-los, às repartições públicas, sendo que as repartições estão obrigadas a atender o determinado, dentro do prazo que será fixado pelo juiz, sob pena de desobediência.

Por fim, quando forem apresentados documentos em línguas estrangeiras, estes deverão ser traduzidos por tradutor juramentado.

2.3.5 Prova testemunhal

A prova testemunhal é aquela que se obtém com o depoimento das testemunhas arroladas nos autos. As testemunhas são pessoas intimadas para depor no processo sobre o que sabe, viu ou ouviu falar sobre os fatos. Assim, o objeto da prova testemunhal são os fatos alegados na ação, não cabendo à testemunha opinar sobre outras questões diversas.

Qualquer pessoa pode ser arrolada como testemunha, desde que a lei não a proíba de depor (incapacidade, impedimento e suspeição). O artigo 405, parágrafos 1º, 2º e 3º do Código de Processo Civil enumeram os casos de proibição de depor:

“Art. 405 - Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º - São incapazes:

- I - o interdito por demência;
- II - o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;
- III - o menor de 16 (dezesseis) anos;
- IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

§ 2º - São impedidos

- I - o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;
- II - o que é parte na causa;
- III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes.

§ 3º - São suspeitos:

- I - o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença;
- II - o que, por seus costumes, não for digno de fé;
- III - o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo;
- IV - o que tiver interesse no litígio.”

Entretanto, sendo estritamente necessário, o juiz poderá ouvir as testemunhas impedidas ou suspeitas, sem tomar compromisso.

Uma das partes poderá contraditar a testemunha da outra. Contradita é a argüição contra a capacidade da testemunha para depor, ou porque seja impedida ou suspeita, ou ainda, por problemas referentes à saúde mental ou maturidade.

Sendo arrolada como testemunha, a pessoa tem a obrigatoriedade de comparecer em juízo para depor, bem como de dizer a verdade. Entretanto, a testemunha pode se recusar a depor nas hipóteses: *I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu*

*cônjugue e aos seus parentes consangüíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.*³¹

O pedido de realização de prova testemunhal será feito na petição inicial ou na contestação, devendo o juiz, em despacho saneador, decidir sobre a aceitação ou não da realização da referida prova.

Deferindo a realização da prova, o juiz abrirá prazo para as partes arrolarem suas testemunhas. Não indicando prazo para a juntada do rol de testemunha, as partes deverão acostar o rol em até 10 (dez) dias antes da audiência de instrução. As partes poderão arrolar até 10 (dez) testemunhas. As testemunhas poderão comparecer independentemente de intimação ou deverão ser intimadas através de carta.

Serão substituídas as testemunhas que falecerem; ao que por enfermidade não puderem depor; ou, as que não forem encontradas em seu endereço residencial. Nesses casos, sendo possível arrolar a nova testemunha a tempo, esta será ouvida em audiência. Caso contrário, poderá ser adiada a audiência ou realizá-la parcialmente, com o posterior prosseguimento para ouvir a testemunha substituída.

As testemunhas serão ouvidas em audiência, após compromissadas e qualificadas, separadas e sucessivamente, ouvindo primeiro as do autor e depois as do réu.

Morando a testemunha em outra comarca, esta poderá ser ouvida através de Carta Precatória.

Quando os fatos já foram provados por documentos ou confissão, ou quando os fatos puderem ser provados somente por documentos ou perícia, o juiz poderá não admitir a inquirição de testemunha.

No tocante aos contratos, aduzem os artigos 401 e 402 do Código de Processo Civil:

³¹ Artigo 406 do Código de Processo Civil.

“Art. 401 - A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.”

“Art. 402 - Qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal, quando:

- I - houver começo de prova por escrito, reputando-se tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova;
- II - o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel.”

Os vícios de consentimento também podem ser provados com testemunhas, desde que a prova seja produzida pela parte inocente ou que foi vítima.

2.3.6 Prova pericial

Perícia é a prova realizada por pessoa com aptidão técnica destinada a levar ao juiz elementos instrutórios sobre algum fato, sendo utilizada em caráter especial, não sendo admitida quando desnecessária ou quando sua realização for impraticável.

Segundo reza o artigo 420 do Código de Processo Civil, a perícia consiste em exame, vistoria e avaliação.

O exame é feito para científicar-se da existência de algum fato ou circunstância que interessa ao litígio, podendo ser feito em coisas, objetos e até em pessoas. A vistoria é a perícia realizada em bens imóveis. A avaliação é a perícia destinada a verificar o valor em dinheiro de alguma coisa ou obrigação.

A perícia é realizada por um perito judicial. O perito é um órgão auxiliar da administração da justiça, sendo escolhido e nomeado pelo juiz da causa (artigo 421, *caput*, do CPC).

O pedido de perícia é realizado na petição inicial, na réplica, na contestação e na reconvenção. O pedido será deferido ou indeferido no despacho saneador. Sendo

deferido, o juiz nomeará o perito e fixará o prazo para a entrega do laudo, devendo as partes, em cinco dias, apresentar quesitos e nomear assistente técnico. O perito nomeado poderá escusar-se do encargo, alegando justo motivo ou por impedimento ou suspeição. Tal recusa deverá ser formalizada em até cinco dias da nomeação ou do impedimento superveniente ao compromisso.

O laudo será apresentado pelo perito pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento, sendo, após a apresentação, aberto prazo para os assistentes técnicos oferecerem seus pareceres no prazo comum de dez dias.

As partes poderão, ainda, no curso da prova pericial, elaborar quesitos suplementares. Entendendo o juiz que a prova pericial realizada não foi suficiente, poderá determinar, de ofício ou a requerimento das partes, a realização de nova perícia.

2.3.7 Inspeção judicial

Às vezes, a verificação ou exame de algum fato referente à demanda pode ser realizada pelo próprio juiz. Tal possibilidade está disposta no artigo 440 do Código de Processo Civil:

“Art. 440 - O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.”

A inspeção judicial será realizada quando o juiz: *I - julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar; II - a coisa não puder ser apresentada em juízo, sem consideráveis despesas ou graves dificuldades; III - determinar a reconstituição dos fatos.*³²

Assim, de ofício ou a requerimento da parte, o juiz se dirigirá ao local com o escrivão da causa, as partes, bem como, se achar necessário, com o oficial de justiça. Na

³² Artigo 442 do Código de Processo Civil.

inspeção poderão ser tiradas fotografias, bem como elaborados desenhos ou mapas. Finalizada a inspeção, será lavrado auto circunstaciado, de preferência no local da diligência, assinando-o o juiz e as partes presentes, em que será mencionado tudo o que for útil para o julgamento da lide.

2.4 Prova ilícita

Conforme dito anteriormente, a prova é todo meio legal, assim como os moralmente admitidos, ainda que não especificados no Código de Processo Civil, que demonstre a veracidade de um fato (artigo 332 do CPC).

Nota-se, portanto, que para a prova ser lícita deve ser obtida de forma correta, sob a prescrição da lei. Nesse passo, afirma o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

O referido artigo trata de violação ao direito material, como os direitos à inviolabilidade da intimidade, da imagem, do domicílio e da correspondência. Assim, obtida uma prova de forma ilícita, esta não poderá produzir qualquer efeito no processo.

Verifica-se que ao proteger o direito material, a Constituição Federal negou a possibilidade de se alcançar a verdade a qualquer preço, não admitindo, assim, a regra da proporcionalidade.

Sobre o referido tema, ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart³³:

“Quando se pensa na regra da proporcionalidade nesses casos, há sempre que se considerar o valor do bem jurídico que se busca proteger através da prova ilícita. Após, verificar se haveria outra prova, além da obtida de forma ilícita, capaz de demonstrar as alegações em juízo. E, por último, analisar de que modo a prova ilícita determinou a violação do direito e, especialmente, se existe a possibilidade de limitação ao direito violado, quando observados determinados requisitos

³³ MARINONI. Luiz Guilherme, ARENHART. Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7ª ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p 400.

legais, uma vez que a violação de um direito que sequer admite restrição legal é mais grave que a violação de um direito que pode ser objeto de restrição. Assim, há distinção entre a obtenção de um testemunho mediante tortura e a escuta ilícita de uma conversa telefônica – que pode ser licitamente gravada com autorização judicial.”

3 FATO E DIREITO

3.1 Questão de fato e questão de direito

Para poder adentrar ao tema do presente trabalho, não se pode deixar de demonstrar a diferenciação entre matéria de fato e matéria de direito.

Isso porque, há uma grande dificuldade, no momento do julgamento do recurso especial, em se fazer a distinção entre as duas questões.

Inicialmente, cumpre conceituar o fato jurídico. Fato jurídico é um fato capaz de gerar direitos, modificá-los ou extinguí-los.

Conforme ensina Maria Helena Diniz, em seu livro “Compêndio de Introdução à Ciência do Direito”, *o fato jurídico lato sensu é o elemento que dá origem aos direitos subjetivos, impulsionando a criação da relação jurídica, concretizando as normas jurídicas.*³⁴

Ato contínuo, explica a referida doutrinadora, que os fatos jurídicos *lato sensu* abrangem o fato jurídico *stricto sensu*, que é aquele que pode ocorrer independentemente da vontade humana, como a morte, maioridade, caso fortuito e força maior, bem como o ato jurídico em sentido amplo, que seria o evento que depende da vontade humana, ou seja, o ato jurídico em sentido estrito, o negócio jurídico e o ato ilícito.

Miguel Reale, no tocante ao fato jurídico, explica que³⁵:

“Focalizando, porém, a questão sob prisma particular que estamos considerando, podemos dizer que *fato jurídico é todo e qualquer fato que, na vida social, venha a corresponder ao modelo de comportamento ou de organização configurado por uma ou mais normas de direito*. O fato jurídico,

³⁴ DINIZ. Maria Helena, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e a Lógica Jurídica. Norma Jurídica e a Aplicação do Direito* . 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 555.

³⁵ REALE. Miguel, *Lições Preliminares de Direito* . 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p 201 e 202.

em suma, repete, no plano dos comportamentos efetivos, aquilo que genericamente está enunciado no modelo normativo.

(...)

Donde se conclui, de acordo com o princípio fundamental, referido no início desta aula, que não se pode falar em *fato jurídico* senão na medida e enquanto esteja inserido numa estrutura normativa. Pelas mesmas razões, só são fatos, do ponto de vista jurídico, o evento ou o comportamento que sejam *fatos jurídicos possíveis*."

Pois bem. Conceituado fato jurídico, passa-se a demonstrar a diferenciação entre questões de fato e questões de direito.

Chamam-se questões de fato todos os atos e fatos jurídicos utilizados como base a uma pretensão, estando, neste caso, a questão de fato relacionada à atividade probatória. Assim, o juízo julgará a questão de fato, baseado no que foi comprovado pelas partes.

Já as questões de direito são as regras jurídicas que se amoldam e podem ser aplicadas a um fato. As questões de direito são decididas através do próprio conhecimento do juiz.

Miguel Reale³⁶, no que tange ao tema, aduz que:

"Questão de fato é atinente ao fato na sua existência (sobre se o fato efetivamente se deu) e se o mesmo apresenta, à luz da prova produzida pelas partes, a configuração C, isto é, com tais ou quais elementos constitutivos. O reconhecimento de que o fato, que interessa ao Direito, não se explica segundo nexos causais não altera os dados do problema.

No fundo, "questão de fato" equivale à "questão atinente à prova do fato que se deu", nada havendo de estranhável que, para a sua determinação, o juiz efetue de valor, em função das normas aplicáveis à espécie, pois os que ele qualifica é uma situação de fato irreversível.

(...)

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

³⁶ REALE. Miguel, *Lições Preliminares de Direito* . 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p 210.

normativa”, envolvendo pressupostos doutrinários e princípios. Daí falar-se em “direito em tese”.”

Não se pode deixar de mencionar a lição do jurista alemão Karl Larenz³⁷:

“A distinção entre questão de facto e questão de direito perpassa todo o Direito Processual; o princípio dispositivo pressupõe especialmente esta distinção. O juiz julga sobre a <questão de facto> com base no que é aduzido pelas partes e na produção da prova; a questão de direito decide-a sem depender do que é alegado pelas partes, com base no seu próprio conhecimento do Direito e da lei, que tem de conseguir por si (*jura novit curia*). Só os factos, isto é, os estados e acontecimentos fáticos são susceptíveis e carecem de prova; a apreciação jurídica dos factos não é objeto de prova a aduzir por uma das partes, mas tão-só de ponderação e decisão judiciais.”

Portanto, a matéria de fato é aquela que se refere a eventos e acontecimentos sobre as quais versa a lide, ao passo que a matéria de direito é fundada em um princípio do Direito ou em uma norma jurídica.

Nota-se, portanto, que teoricamente, as questões de fato não poderiam ser apreciadas em sede de recurso especial, uma vez que, se apreciadas, estaria se admitindo o revolvimento das provas pelo Superior Tribunal de Justiça, o que é vedado pela Súmula 7 do Egrégio Tribunal.

Nesse sentido, é o entendimento de Lucia Helena Ferreira Palmeiro da Fonoura³⁸:

Assim, no direito processual tem-se chamado *questões de direito* às conclusões que podem sujeitar-se a exame pelo tribunal superior, ou seja, aquelas que repousam na aplicação de normas jurídicas; e *questões de fato* aquelas que levam à constatação do quadro fático e não são reexamináveis pela corte ad quem.

(...)

³⁷ KARL. Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*. 3^a ed. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkian, 1997. p 433.

³⁸ FONTOURA. Lucia Helena Ferreira Palmeiro. *Recurso Especial. Questão de Fato/Questão de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p 42.

No recurso brasileiro em exame, resta determinada a impossibilidade do enfrentamento da *questão de fato* pelo juiz *ad quem*, uma vez que esta refoge à *questão federal* emergente do texto constitucional, nos três permissivos de cabimento do recurso.

E também, que a *questio facti* por dizer respeito às circunstâncias meramente fáticas e portanto não reexamináveis, fez-se assente através de pacífica jurisprudência, a qual, por já sumulada pelo STJ sob verbete nº 7, faz desnecessária a citação dos julgados respectivos.”

Verifica-se que no entender da referida doutrinadora, não haveria a possibilidade de reapreciação da questão de fato em recurso especial, ante a vedação as Súmula 7. Entretanto, conforme se verá no próximo Capítulo, tal máxima admite exceções. Nas palavras de Miguel Reale³⁹:

“Em casos excepcionais, quando as questões de fato e de direito se acham estreita e essencialmente vinculadas, a tal ponto de uma exigir a outra, é sinal que existe algo a ser esclarecido em tese, sendo aconselhável o julgamento prévio do Tribunal, ou a admissão do recurso especial ou extraordinário, maioria que extrapola dos limites das presentes lições.”

Assim, há casos em que as duas matérias (fato e direito) estão tão unidas que, na prática, a sua separação é praticamente impossível. Nesse passo, explica Karl Larenz⁴⁰ que:

“Quando a resposta final à questão de direito depende da tomada em consideração das numerosas particularidades da situação de facto, que são diferentes de caso para caso, ou seja, relativamente à interpretação de contratos particulares e a propósito da concretização de uma pauta geral atendendo precisamente às circunstâncias do caso singular, o juiz da instância tem uma maior aproximação da matéria, pois está em condições de esclarecer em mais ampla medida a situação de facto, mediante o exercício do seu poder inquisitório, enquanto que o juiz da revista colhe a informação na situação de fato que lhe é transmitida pelo juiz da instância. Aqui a questão de facto e a questão de direito entrelaçam-se de modo quase indissolúvel: o modo como o juiz vem em última análise a julgar o evento concreto depende, em grande medida, de quais as circunstâncias que toma em consideração no seu julgamento e que, por isso, procura estabelecer em qualquer caso; a seleção das circunstâncias que há-de

³⁹ REALE. Miguel, *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p 211.

⁴⁰ KARL. Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkian, 1997. p 437.

tomar em consideração depende, por sua vez, de se lhes atribui ou não significado para a apreciação.”

3.2 Error in judicando e error in procedendo

Como é sabido, é obrigação do juiz delimitar os pontos controvertidos, analisar as provas e aplicar a lei ao caso concreto, a fim de que forme sua convicção, que será externada com a sentença.

Tal procedimento é chamado de silogismo. O silogismo é um mecanismo lógico pelo qual se deduz uma conclusão a partir de premissas. No silogismo há uma premissa maior e uma premissa menor, sendo que, no caso do silogismo jurídico, pode-se dizer que a premissa maior é a norma legal, ao passo que a premissa menor é o fato descrito na ação. Assim, a aplicação da norma jurídica aos fatos é a conclusão, ou seja, a sentença.

Do ponto de vista de Karl Larenz⁴¹, a premissa maior é constituída por uma proposição jurídica completa e a premissa menor pela subordinação de uma situação de facto concreta, como um <caso>, à previsão da proposição jurídica. A conclusão afirma que para esta situação de facto vale a consequência jurídica mencionada na proposição jurídica.

Para Lucia Helena Ferreira Palmeiro da Fontoura⁴²:

“O que torna viável o silogismo é um elemento comum entre a premissa maior e a premissa menor, o chamado “termo médio”, com o auxílio do qual se fazem coincidir as duas premissas. Sua importância para o êxito da conclusão se torna evidente ao se substituir o termo médio da premissa menor por outro conceito. A premissa maior e a premissa menor já não coincidirão, e a conclusão será impossível.

(...)

A aplicação direta é impossível se o quadro fático dá motivo a dúvidas sobre o significado de um elemento. Aqui o juiz tem que esclarecer de logo o sentido

⁴¹ KARL. Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*. 3^a ed. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkian, 1997. p 381.

⁴² FONTOURA. Lucia Helena Ferreira Palmeiro. *Recurso Especial. Questão de Fato/Questão de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p 30.

da lei dentro de um marco chamado “silogismo de conceito singular”, ou seja, interpretar a lei com vistas ao elemento de figura legal duvidoso.”
 (...)

Resulta claro, do modo referido, que aplicar o direito é determinar as consequências jurídicas que resultam de uma norma jurídica sobre um quadro fático. Quadro fático tem que se subordinar aos elementos (de figura legal) da norma jurídica em questão.”

Nesse passo, podem ocorrer erros nos julgamentos das demandas, sendo que, quando os erros forem relativos à premissa maior (erros de direito), são erros quanto à aplicação de uma norma jurídica; já os erros relativos à premissa menor (erros de fato), são erros no tocante à existência ou a realidade de certos acontecimentos e fatos.

Ainda, há erros nas decisões dos magistrados que podem ser chamados de *error in judicando* e *error in procedendo*.

O *error in judicando* é o existente em uma decisão, podendo ser erro de fato, quando o magistrado dá como verdadeiro um fato, de modo disforme da realidade, ou erro de direito, quando o magistrado erra ao aplicar a norma jurídica aos fatos. Erro no julgar, ou seja, de aplicação de direito material ao caso concreto.

Já o *error in procedendo* é aquele que ocorre no momento em que o magistrado ignora ou aplica erroneamente uma norma de direito processual, ou seja, erra no procedimento do processo, podendo ocorrer no curso do processo ou na prolação da sentença. Não é necessário que o juiz viole o texto de lei, bastando apenas ignorar a norma processual, o que já acarretará a nulidade do processo.

Nelson Nery Júnior ensina que o *error in procedendo* poderá ocorrer através de atos das partes, quando não corrigidos pelo juiz. Ainda, conclui que, *com a omissão do magistrado em corrigir o ato errôneo da parte, assume ele a posição de co-autor da violação à regra de procedimento, ensejando, assim, a interposição de recurso, se dessa omissão advier gravame à parte contrária. Isto é correto na medida em que os erros no procedimento podem verificar-se tanto no curso do processo quanto na própria sentença.*⁴³

⁴³ JÚNIOR. Nelson Nery, *Teoria Geral dos Recursos* . 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p 249.

Sobre o error in judicando e o error in procedendo, explica o Ministro João Otávio de Noronha, relator no Recurso Especial nº 936.220-BA, julgado em 07.04.2011, a saber:

“Entretanto, para que haja a substituição, é necessário que o recurso esteja fundado em *error in judicando* e tenha sido conhecido e julgado no mérito. O recurso deverá indicar que a decisão recorrida apreciou de forma equivocada os fatos ou realizou interpretação jurídica errada sobre a questão discutida. Para a correção do suposto erro indicado pela parte, é necessária a reforma da decisão recorrida, havendo, assim, a sua substituição pela decisão do recurso.

É de atentar-se para o pedido recursal que deve ser o de reforma, mas não é necessário que esse seja atendido. Assim, ainda que seja confirmado o decisório vergastado e rejeitada a pretensão recursal, opera-se o efeito substitutivo e o julgado hierarquicamente superior passa a ter eficácia no lugar do inferior. Situação diversa ocorre quando o recurso funda-se em *error in procedendo*, em que se aponta vício na atividade judicante, com desrespeito às regras processuais, e a pretensão é de anulação da decisão. Se conhecido e provido, o julgado recorrido é cassado a fim de que outro seja proferido na instância de origem. Em casos assim, não há substituição, mas cancelamento da decisão. Logo, fica em aberto novo pronunciamento pela instância recorrida, tendo em vista a invalidade da manifestação anterior.”

No que tange ao recurso especial, objeto do presente trabalho, não é admitida a sua interposição fundamentada em *error in judicando*, na hipótese de tal erro se remeter a necessidade de reexame da matéria fática. Porém, quando o *error in judicando* recair sobre questão de direito ou sobre equívoco na valoração da prova, tal erro poderá ensejar a interposição de recurso especial.

O mesmo ocorre com o *error in procedendo*. Havendo erro no julgamento da demanda ou durante o processo, no tocante à norma processual, tal erro poderá ensejar recurso especial.

4 REEXAME E REVALORAÇÃO DA PROVA EM RECURSO ESPECIAL

4.1. O reexame de prova e a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça

Conforme dito anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça foi criado para desafogar o Supremo Tribunal Federal, servindo como guardião das leis federais. Porém, a Colenda Corte não foi criada para se tornar uma terceira instância.

Assim, em 28 de junho de 1990, houve a edição, pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, da Súmula 7 que aduz:

“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”
(Súmula 7, CORTE ESPECIAL, julgado em 28/06/1990, DJ 03/07/1990 p. 6478)

Cabe esclarecer que tal Súmula teve origem na Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal, a saber:

“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

Nota-se, com a leitura da Súmula 7, que seria proibido o reexame e discussão de matéria de fato, já debatidos nas instâncias inferiores, em sede de recurso especial.

Isso porque, seria função das instâncias ordinárias realizarem a apreciação da matéria fática, analisando as provas de forma minuciosa a fim de formar uma convicção para o julgamento da demanda.

A prova, conforme já explicado anteriormente no presente trabalho, é de extrema importância para a comprovação dos fatos narrados pelas partes, devendo ser analisada, juntamente com as demais matérias de fato e de direito, pelo juiz, a fim de que este possa formar sua convicção e, nesse passo, julgar a causa com sapiência.

Ainda, além das provas serem analisadas na primeira instância, elas poderão ser reexaminadas pelo Tribunal, em sede de recurso. Assim, após a análise do conjunto probatório, o Tribunal poderá formar convicção diversa do juízo *a quo*, re-julgando a matéria de fato.

Nesse diapasão, o destinatário final da prova é o juiz *a quo*, cabendo ao Tribunal rever a análise promovida, momento em que, em tese, se encerra a atividade jurisdicional em busca da verdade.

Nesse passo, o recurso especial, por pertencer à classe dos excepcionais, não se presta ao reexame de matéria de fato, sob pena de ser o Superior Tribunal de Justiça convertido em nova instância ordinária.

Ademais, o recurso especial, além de instrumento de defesa das leis federais, tem como finalidade a uniformização da jurisprudência a respeito da legislação federal, não podendo, assim, apreciar o mérito da decisão recorrida, ou seja, criticar e reformar o julgamento das provas, já que sua função é limitada à matéria de direito.

Assim ensina Luiz Orione Neto⁴⁴:

“A limitação da devolutividade dos recursos extraordinário e especial aos temas jurídicos constitucionais e federais debatidos no acórdão recorrido, ou seja, a ausência de devolutividade em relação à apuração da verdade fática da causa, constitui o núcleo essencial que caracteriza esses recursos como sendo de natureza excepcional, diferenciando-os dos demais.”

⁴⁴ NETO. Luiz Orione. *Recursos Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2002. p 505.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso⁴⁵:

“Um dos motivos porque se tem os recursos extraordinário e especial como pertencentes à classe dos excepcionais, reside em que o espectro de sua cognição não é amplo, ilimitado, como nos recursos comuns (máxime a apelação, mas ao invés, é restrito aos lindes da matéria jurídica. Assim, eles não se prestam para o reexame da matéria de fato; presume-se ter esta sido dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederam à tarefa da subsunção do fato à norma de regência. Se ainda nesse ponto fossem cabíveis o extraordinário e o especial, teríamos despojado aqueles recursos de sua característica de excepcionalidade, vocacionados que são à preservação do império do direito federal, constitucional ou comum.”

Com efeito, o recurso especial não serve à mera revisão da matéria de fato, ou seja, corrigir injustiça na decisão recorrida, mas se restringe à adequação da decisão recorrida aos parâmetros da lei federal.

Nesse sentido, cabe transcrever alguns dos primeiros entendimentos do Superior Tribunal de Justiça sobre a impossibilidade de reexame de prova em recurso especial:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS. DESNECESSIDADE. MATERIA DE PROVA. REEXAME VEDADO.

O tribunal de origem pode e deve inadmitir o recurso especial quando ausentes os pressupostos gerais ou os especiais contemplados na constituição.

O recurso especial não se presta a simples reexame de prova.

Não ha necessidade de liquidação por artigos quando a instancia ordinária já estabeleceu o critério para aferição do valor indenizatório devido a concubina.”

(REsp 943/GO, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 24/10/1989, DJ 20/11/1989, p. 17297)

“CONCUBINATO. SOCIEDADE DE FATO.

Perquirir se houve ou não sociedade de fato, se o patrimônio resultou ou não de esforço comum, exige a análise e o exame das provas, insusceptível de renovação em recurso especial. tal decorre da própria natureza e finalidades do recurso extraordinário, tanto do extraordinário propriamente dito, como do recurso especial. Sucumbência recíproca. Artigo 21 do Código de Processo Civil.

Se a demandante pede participação meeira, e lhe são deferidos trinta por cento, ocorreu sucumbência recíproca, impondo a imposição a ambos, e compensação, da verba honorária. Provimento, neste ponto, do recurso especial.”

⁴⁵ MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p 124.

(REsp 1412/RJ, Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 07/11/1989, DJ 27/11/1989, p. 17573)

Sobre o tema, atualmente, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEMAIS QUESTÕES DO RECURSO ESPECIAL QUE DEPENDEM DE REEXAME DE MATÉRIA CONTRATUAL E FÁTICA DA LIDE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. INCIDÊNCIA.

1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC se o tribunal de origem se pronuncia efetivamente sobre a matéria tratada nos autos, apenas se manifestando em sentido contrário à pretensão da embargante, que não demonstra a existência de algum dos vícios elencados na referida norma processual.

2. As questões trazidas nas razões do recurso especial impõe reexame minudente acerca dos contratos firmados entre as partes e dos elementos de prova dos autos, o que torna inviável a pretensão, a teor das Súmulas 5 e 7 do STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no AREsp 158.216/DF, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 06/09/2012, DJe 13/09/2012)

4.2 A revalorização da prova em recurso especial

Conforme visto anteriormente, é vedado pela Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça o reexame de prova em recurso especial.

Em que pesse tal impossibilidade, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo, quando descumpridos os preceitos processuais relativos à produção de prova, a revalorização da prova em recurso especial.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, sob o pretexto de revalorar prova, às vezes acaba por reexaminar a prova existente nos autos. Isso porque há uma zona cinzenta na diferenciação de questão de fato e questão de direito, que dão origem na distinção entre reexame e revalorização da prova.

Assim, é importante fazer a distinção entre as duas figuras. No reexame de prova, o órgão julgador analisa minuciosamente todas as provas dos autos para confirmar se um fato realmente ocorreu, concordando ou discordando da decisão proferida pelo órgão *a quo*. Na revalorização da prova, o órgão julgador de instância superior confronta o valor

que foi atribuído à prova pelo órgão de instância inferior com o valor a ela atribuído pela lei, ou seja, analisa se a prova produzida era admitida e se alguma norma determinava o valor que a prova deveria ter.

Nesse passo, a revaloração da prova tem sido facilmente admitida quando se comprova que foi desobedecida norma que determina o valor que a prova pode ter.

Tal posição, de que se admite a revaloração da prova somente quando há afronta à lei federal, é defendida por Athos Gusmão Carneiro, citando a lição do Ministro Rodrigues Alckmin, no voto proferido no RE n. 84.699, a saber:

“O chamado erro de valoração ou valorização das provas, invocado para permitir o conhecimento do recurso extraordinário, somente pode ser o erro de direito, quando ao valor da prova abstratamente considerado. Assim, se a Lei federal exige determinado meio de prova no tocante a certo ato ou negócio jurídico, decisão judicial que tenha como provado o ato ou negócio por outro meio de prova ofende ao direito federal. Se a Lei federal exclui certo meio de prova quanto a determinados atos jurídicos, acordão que admite esse meio de prova excluído ofende Lei federal. Somente nesses casos há direito federal sobre prova, acaso ofendido, a justificar a defesa do *jus constitutionis*.

Mas quando, sem que a Lei federal disponha sobre valor abstrato de certos meio de prova, o julgado local, apreciando o poder de convicção dela, conclua (bem ou mal) sobre estar provado, ou não, um fato, aí não se tem ofensa ao direito federal; pode ocorrer ofensa (se mal julgada a causa) ao direito da parte. Não cabe ao STF, sob color de “valorar a prova”, reapreciá-la em seu poder de convicção, no caso, para ter como provado o que a instância local disse não estar. Seria, induvidosamente, transformar o recurso extraordinário em uma segunda apelação, para reapreciação de provas (que consideraram mal apreciadas), quanto a fatos das causas.”

Entretanto, para Teresa Arruda Alvim Wambier⁴⁶, *admitir-se a revaloração da prova só em casos como estes significa adotar posição mais rígida e a nosso ver desacertada*. Sobre o tema, a referida doutrinadora, citando decisão do Ministro Edson Vidigal, no REsp 65095-0-SP, ensina que⁴⁷:

⁴⁶CARNEIRO. Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. 7^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p 37.

⁴⁷ WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p 454.

“Uma posição mais liberal permite que o Superior Tribunal de Justiça reveja a circunstância de que na instância ordinária, se teria dado mais valor a depoimento feito na esfera administrativa do que àqueles feitos em juízo e à prova documental. Tendo valorado mal a prova, embora não tendo desrespeitado certa norma federal ou constitucional especificadamente, qualificou erradamente os fatos e realizou equivocadamente o processo subjuntivo, produzido, pois, afronta à lei.”

A posição acima é mais abrangente, porém não parece equivocada. Entretanto, conforme será demonstrado no tópico seguinte (A aplicação da revalorização da prova pelo Superior Tribunal de Justiça), o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo mais corriqueiramente a revalorização de prova na hipótese de a decisão recorrida afrontar a lei federal.

Assim, realizada a diferenciação entre reexame e revalorização da prova, passa-se a demonstrar algumas hipóteses em que a revalorização da prova é a medida que se impõe no julgamento do recurso especial.

Tem-se admitido, em sede de recurso especial, a revisão de valores de condenação por danos morais, sendo que tal revisão não implica no reexame de prova, defeso pela Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, tal possibilidade somente tem sido aceita nas condenações por danos morais exorbitantes ou irrisórios. Assim, cabe transcrever trecho do acórdão proferido pelo Ministro Paulo Furtado, relator nos autos do REsp nº 758.777, a saber:

“Quanto ao valor arbitrado por danos morais, vale ressaltar que a excepcional intervenção deste Tribunal no caso concreto, afastando a incidência da Súmula 7/STJ, pressupõe o estabelecimento de valores desproporcionais ou imoderados.”

Assim, ao verificar a possibilidade de modificação dos valores de indenização, os Ministros fazem pesquisas no tocante ao dano sofrido e os padrões de valores adotados pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse passo, entendendo que o valor arbitrado pelo Tribunal *a quo* é ínfimo ou exorbitante, poderá haver a modificação do valor da condenação.

Nesse diapasão, segue decisão proferida em sede de recurso especial, que majorou o valor da indenização por danos morais em caso de falecimento de vítima de atropelamento:

“RECURSO ESPECIAL - ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO - ATROPELAMENTO - VÍTIMA FATAL MENOR DE IDADE - FAMÍLIA DE BAIXA RENDA - PRESUNÇÃO DE AUXÍLIO FINANCEIRO - DEFICIÊNCIA MENTAL DO FALECIDO - INDIFERENÇA - INCAPACIDADE LABORATIVA FUTURA - ÔNUS DA PROVA DO CAUSADOR DO ILÍCITO - APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE PELO STJ - POSSIBILIDADE - PENSÃO DEVIDA AOS GENITORES DO ACIDENTADO - REPARAÇÃO DOS GASTOS COM DESPESAS MÉDICAS E FUNERAL - AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL - DANO MORAL - MAJORAÇÃO DO QUANTUM - NECESSIDADE, NA ESPÉCIE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Em sendo a vítima fatal menor e pertencente à família de baixa renda, presume-se que ela reverteria parte dos rendimentos provenientes do seu trabalho para a manutenção do lar.

II - Os portadores de deficiência mental não estão automaticamente excluídos do mercado de trabalho.

III - Cabe ao causador do ilícito desconstituir a presunção de que o acidentado não auxiliaria materialmente a sua família.

IV - Afastado o fundamento jurídico do acórdão recorrido, cumpre a esta Corte Superior julgar a causa, aplicando o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e da Súmula n. 456/STF.

V - É devida a pensão aos genitores da vítima fatal decorrente de ato ilícito.

VI - Não tem interesse recursal a parte que pretende novo julgamento de questão na qual restou vencedora no julgamento do acórdão recorrido.

VII - A revisão do quantum arbitrado a título de dano moral por esta Corte exige que ele tenha sido arbitrado de forma irrisória ou exorbitante, fora dos padrões de razoabilidade, como ocorre, na espécie.

VIII - O arbitramento do quantum, abaixo dos parâmetros usuais deste e. Superior Tribunal de Justiça, estabilizado em patamar equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos para os casos de falecimento de filho em acidente de trânsito, aqui é feita em condições excepcionais. Não se quer, com esse pronunciamento, de forma alguma, desprestigar a vida humana e a dor pela perda trágica de um ente querido, mas sim, equilibrar os danos causados com a capacidade financeira do seu causador.

XIX - Recurso parcialmente provido.

(REsp 1069288/PR, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 04/02/2011)”

No tocante à verba honorária, também tem-se admitido a modificação do valor, quando a quantia arbitrada for irrisória ou exagerada, sem que para isso haja o reexame de prova. Nesse sentido, a Ministra Nancy Andrighi se manifestou nos autos do REsp nº 1.176.495 – RS, a saber:

“Com efeito, tendo o julgador se distanciado dos critérios prescritos em lei na fixação da verba honorária, a questão deixa de ser de fato e passa a ser de direito, podendo, portanto, ser apreciada em sede de recurso especial sem que isso implique violação do enunciado nº 07 da Súmula/STJ.”

Ademais, como é sabido, há casos em que a lei exige a obrigatoriedade de que a prova do fato seja realizada através de instrumento público, conforme determina o artigo 366 do Código de Processo Civil, que aduz:

Art. 366 - Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

Assim, sobre o referido artigo, ensina Costa Machado⁴⁸:

“A norma regula a eficácia dos documentos *ad solemnitatem* ou *ad substantia negotii*, escrituras públicas que integram a substância de determinados atos (pactos antenupciais – art. 1.640, parágrafo único, do CC, contratos constitutivos ou traslativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 salários – arts. 108 e 1.245 do CC-, instituição de fundação – art. 62 do CC -, etc.) A prova desses atos só pode ser feita por meio de instrumento público (instrumento é a espécie de documento que é criado com o fim específico de provar), de sorte que, sob o prisma da valoração da prova, a regra sob comentário representa exceção ao princípio do livre convencimento ou persuasão racional (art. 131). Trata-se de regra instituidora de prova legal.”

Nesse passo, nos casos exigidos por lei que a prova se faça por instrumento público, a decisão que dispensar tal prova poderá ser modificada através de recurso especial, não havendo, assim, o reexame de prova, mas sim a reavaliação da prova.

O mesmo ocorre no caso de utilização de prova incompatível com o procedimento, como por exemplo, o mandado de segurança, que só admite prova

⁴⁸ MACHADO, Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. 9ª ed. São Paulo: Mamole. 2010. p 413 e 414.

documental. Assim, sendo proferida decisão fundamentada em prova que não seja documental, a decisão deverá ser modificada em recurso especial.

Ainda, no tocante ao mandado de segurança, entendendo o Tribunal *a quo* que a prova documental produzida não é suficiente para ensejar a concessão da segurança, verificando em sede de recurso especial que a referida prova é suficiente, a decisão poderá ser modificada, conforme acórdão proferido no REsp nº 268.249 – DF, de relatoria do Ministro Felix Fischer, a saber:

“O v. acórdão reprochado, no entanto, considerou que o direito do candidato não seria amparável via **mandamus**, pois não se comprovou de plano a ofensa ao seu direito.

Da análise da documentação juntada pelo impetrante, observa-se que a decisão reprochada se mostra ofensiva à legislação infraconstitucional pertinente, pois considerou insuficiente a prova juntada pelo candidato, e exigiu fossem apresentados documentos desnecessários ao deslinde do caso, quando na verdade a prova documental anexada aos autos era bastante para ensejar a concessão da ordem.

A **quaestio** é **iuris** e não **facti**. Trata-se, **in casu**, de hipótese de **revaloração do que foi apreciado e não do vedado reexame do material cognitivo** (ex vi Súmula nº 07-STJ).”

No que tange à prova incompatível com o ato, a ação monitória requer, conforme determina o artigo 1.102-A, do Código de Processo Civil, seja baseada em *prova escrita sem eficácia de título executivo*.

Assim, sendo julgada a lide com base em determinada prova, poderá ser verificado, em recurso especial, se a referida prova é merecedora do qualificativo de “escrita”. Nesse passo, entendendo que a prova não é “escrita”, a decisão poderá ser modificada em sede de recurso especial, uma vez que o recurso versará sobre a natureza da prova sobre a qual a decisão se baseou, não confundido com a análise da convicção sobre a lide.

O indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela, disposto no artigo 273 do Código de Processo Civil, por desconsideração da convicção suficiente, também poderá ser matéria de recurso especial, sem que para isso haja o reexame de provas.

Nesse passo, ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁴⁹:

“Quando se alega, no recurso especial, que o tribunal recorrido deixou de devidamente analisar os pressupostos da tutela antecipatória, não se cogita acerca de inadequada formação da convicção fática, mas sim de indevida consideração do direito material. Lembra-se que a tutela antecipatória pode ter, por exemplo, como pressuposto: i) a probabilidade de vir a ser praticado ato contrário ao direito (tutela antecipatória inibitória); ii) a probabilidade de vir a acontecer dano (tutela antecipatória inibitória); iii) a probabilidade de ter ocorrido ato contrário ao direito (tutela antecipatória de remoção do ilícito); além do iv) fundado receio de dano, que deve se juntar à probabilidade de ter ocorrido inadimplemento total ou cumprimento imperfeito (tutela antecipatória do adimplemento na forma específica)”

Ainda, a tutela antecipada poderá ser indeferida pelo juízo sob o argumento de inexistência de convicção de verossimilhança sem, contudo, apresentar qualquer fundamentação sobre tal decisão. Nesse caso, também caberá a interposição de recurso especial, por falta de motivação na decisão, sendo que tal fundamentação não requer o reexame de provas.

Finalizando a explanação sobre algumas das hipóteses de cabimento de revalorização da prova em recurso especial, cabe esclarecer que há casos em que os fatos somente podem ser provados através de documento e perícia, não cabendo, assim, a realização de prova testemunhal, conforme determina o artigo 400, inciso I do Código de Processo Civil.

Nesses casos, sendo julgada a lide com fundamento na prova testemunhal, evidentemente que, com a interposição do recurso especial, não haverá o reexame da prova, mas sim será verificado se naquele procedimento poderia ter sido aceita a referida prova.

4.3 A aplicação da revalorização da prova pelo Superior Tribunal de Justiça

⁴⁹ MARINONI. Luiz Guilherme, ARENHART. Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p 341 e 342.

A seguir, serão demonstradas 4 (quatro) decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, sobre a possibilidade de reavaliação da prova, em temas diversos.

4.3.1 Roubo de mercadoria transportada por empresa transportadora

Em julgamento proferido em 13 de dezembro de 2011, nos autos do agravo regimental no recurso especial nº 1.036.178 - SP, o Ministro Marco Buzzi, explanou a possibilidade de reavaliação da prova em caso de roubo de mercadorias transportadas por empresa transportadora.

Trata-se de decisão que reformou, em sede de recurso especial, o arresto proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que entendeu que não haveria força maior a ensejar o afastamento da responsabilidade da transportadora no roubo da mercadoria.

A decisão, proferida em recurso especial, entendeu que a culpa da transportadora poderia ser afastada se comprovada a existência de culpa exclusiva do dono da mercadoria ou em caso fortuito ou força maior. Assim, na demanda em tela, por ter sido usada arma de fogo no momento do roubo da mercadoria, a decisão entendeu pela existência de força maior, afastando, assim, a responsabilidade da transportadora.

Por não concordar com a decisão e sob o argumento de que o recurso especial teria reexaminado provas, foi interposto agravo regimental pela seguradora, sendo proferido o seguinte voto pelo Ministro Marco Buzzi, conforme trecho abaixo:

“ (...) 1. A decisão monocrática não desrespeitou o enunciado contido na Súmula 7/STJ, porquanto apenas deu definição jurídica diversa aos fatos expressamente mencionados no acórdão do Tribunal de origem.

Com efeito, em razão do referido enunciado sumular desta Corte Superior, mostra-se inviável, no âmbito do recurso especial, reexaminar os fatos e provas dos autos, ou seja, promover uma reincursão no acervo fático probatório mediante a

análise detalhada de documentos, testemunhos, contratos, perícias, dentre outros. Assim, no apelo extremo não se pode examinar mera *quaestio facti* ou *error facti in iudicando*.

Todavia, o *error in iudicando* (inclusive, o proveniente de equívoco na valoração das provas) e o *error in procedendo* podem ser objeto do recurso especial.

Na hipótese, promoveu-se a revaloração da prova e dos dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido, o que não implica no vedado reexame do material de conhecimento.

A revaloração da prova constitui em atribuir o devido valor jurídico a fato incontrovertido sobejamente reconhecido nas instâncias ordinárias, prática francamente aceita em sede de recurso especial, como bem observou o Ministro Felix Fischer: "A revaloração da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento" (REsp 683702/RS, QUINTA TURMA, julgado em 01.03.2005).

No mesmo sentido, dentre outros: REsp 856.706/AC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 28/06/2010 e REsp 1104096/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 16/11/2009.

2. Consignado pelo Tribunal de origem a ocorrência de roubo de mercadoria transportada, com ameaça de arma de fogo (fato incontrovertido), há inequívoca configuração de força maior a determinar a exclusão da responsabilidade da transportadora, que não pode, assim, ser compelida a ressarcir os gastos da seguradora para pagamento do prêmio de seguro devido ao proprietário da carga subtraída. (...)"

Verifica-se pela explicação do Ministro Marco Buzzi, que não houve o reexame de prova, ou seja, a rediscussão de todo o acervo probatório da ação, mas foi apenas redefinido o valor jurídico dado ao fato de o roubo ter sido cometido com o uso de arma de fogo, diferente do que havia sido dado pelo Tribunal de origem. Para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o uso da arma de fogo não estaria elencado em caso fortuito ou força maior, ao passo que para o Superior Tribunal de Justiça seria incluído no rol de caso fortuito, excluindo, assim, a responsabilidade da empresa transportadora.

4.3.2 Busca e apreensão em contrato de alienação fiduciária

Trata-se de recurso especial interposto contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que informou que havendo o pagamento do débito, ainda que parcial, antes da notificação da mora, não há que se falar em busca e apreensão no contrato de alienação fiduciária.

A decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul esclareceu que a mora do contrato de alienação fiduciária estaria descharacterizada, tendo em vista que o devedor teria entregado 12 (doze) cheques para o credor, para garantia do contrato.

Entretanto, analisando mais atentamente a demanda, em seu voto, o Ministro Luiz Felipe Salomão, relator nos autos do REsp nº 953.950 – MS, verificou que os 12 (doze) cheques foram dados para a garantia de outro contrato que não o do objeto da ação, entendendo pela mora do devedor e a procedência da ação de busca e apreensão.

Assim, explanou o Ministro que:

“(...) O Tribunal de origem asseverou que a mora no contrato de alienação fiduciária estaria desconfigurada em razão da entrega de doze cheques para a Panamericano Administradora de Cartões, no valor de R\$ 147,95 cada, com vistas a pagamento de parcelas, no valor de R\$ 192,67 cada uma, do contrato de alienação fiduciária.

Asseverou, ainda, que o recorrente teria confessado nas contrarrazões da apelação o efetivo pagamento de quatro cheques, e que, quando de sua manifestação à contestação (fls. 57-64), não teria impugnado a alegação do réu de que doze cheques haviam sido entregues como forma de pagamento do débito.

Certamente, a questão transborda a mera análise de violação de dispositivos legais, posto que perpassa a necessária reavaliação da prova sobre a qual não incide o óbice da súmula 7/STJ.

De fato, a reavaliação da prova constitui em atribuir o devido valor jurídico a fato incontrovertido sobejamente reconhecido nas instâncias ordinárias, prática francamente aceita em sede de recurso especial, como bem observou o E. Ministro Felix Fischer: "A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento" (REsp 683702/RS, QUINTA TURMA, julgado em 01.03.2005).(...)

Assim, inviável a presunção de veracidade da alegação do réu, pela circunstância de não ter o autor, em sua manifestação, negado que doze cheques haviam sido dados como garantia de pagamento de contrato. Certamente, doze cheques foram dados em garantia de pagamento de contrato, porém não do contrato objeto dos autos, tanto que sequer o valor das parcelas corresponde àquela objeto do contrato de alienação fiduciária, como bem salienta o Tribunal de origem.

Por fim, a sentença de fls. 82-83, analisando a documentação carreada nos autos, informa:

"Mesmo o alegado pagamento não foi demonstrado pelo demandado. De efeito, o documento de f. 29 não demonstra ter relação com o contrato dos autos, mas diz respeito a outro contrato em valor diverso e firmado com PANEMRICANO ADMINISTRADORA DE CARTÕES e não com o BANCO PANAMERICANO, pessoa jurídica, portanto, diversa."

Verifica-se, diante do todo acima exposto, que o Tribunal local promoveu uma equivocada vinculação de pagamento dos cheques ao presente contrato de alienação fiduciária.

Desta forma, inexistindo a mencionada vinculação, certa é a mora do devedor fiduciário, razão pela qual passa-se à adequada análise da comprovação da mora como requisito à ação de busca e apreensão.(...)"

Assim, no caso em tela, não houve o reexame das provas produzidas, mas apenas verificado o erro na valoração dos documentos juntados, que não faziam parte da demanda, motivo pelo qual não poderiam comprovar a purgação da mora.

4.3.3 Licenciamento Ambiental

Em decisão proferida, em 05.05.2011, nos autos do REsp nº 1.227.328 – SP, o Ministro Relator Benedito Gonçalves, em seu voto, deu provimento ao recurso especial, autorizando o prosseguimento de execução da obra, conforme licenças expedidas, modificando, assim, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Trata-se de ação civil pública movida em face de sociedade por quotas de responsabilidade limitada e Municipalidade, requerendo obstar a construção de empreendimento imobiliário, sob o fundamento de que as licenças obtidas pelos órgãos administrativos contrariariam as normas protetivas do meio ambiente.

A ação foi julgada improcedente pelo juízo de primeiro grau. Entretanto, em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu pelo provimento do recurso, informando que, independentemente de haver o licenciamento ambiental, a obra poderia causar danos ao meio ambiente.

Interposto recurso especial, em seu voto, o Ministro Benedito Gonçalves explicou que:

“Inicialmente cumpre asseverar que o caso dos autos não encontra óbice na Súmula 7/STJ, pois a controvérsia deduzida no recurso especial não trata de reexame do contexto fático-probatório dos autos, circunstância que redundaria na necessidade de nova análise acerca dos fatos, mas sim de valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e à formação da convicção que levaram o Tribunal de origem a desconsiderar o deferimento de licenciamento ambiental, emitido pelos órgãos responsáveis, para construção de empreendimento imobiliário.
(...)

Com efeito, os fundamentos que serviram de alicerce para o Tribunal *a quo* determinar a paralização da obra, não são suficientes para desconsiderar as autorizações concedidas por todos os órgãos ambientais, na esfera federal, estadual e municipal (IBAMA, CONDEPHAAT, GRAPROHAB, DEPRN e ETU), para a realização do empreendimento.

Isso porque, não há no acórdão nenhuma informação de que a construção encontrava-se em desconformidade com o projeto apresentado por ocasião do

licenciamento, outra irregularidade que obstaria o seguimento da obra, ou ainda de eventual ilegalidade dos atos de licenciamento. Tampouco o acórdão indica, com precisão, em que consistem os malefícios ao meio ambiente que poderiam decorrer da construção do condomínio na forma como aprovado.

Tem-se, ainda, a improcedência do argumento de "intenção de desatender às exigências estabelecidas", haja vista que o pedido da empresa para alteração da área averbada como reserva não tem o condão, por si só, de configurar a má-fé do recorrente. Ademais, fato é que tal pedido foi negado pela administração, o que significa dizer que o licenciamento foi deferido em relação ao projeto original, o qual teve todas as condicionantes cumpridas.

A desconsideração, pela Corte *a quo*, de todo o licenciamento ocorrido na esfera administrativa, implica em violação ao art. 10 da Lei n. 6.938/81. (...)"

Nesse passo, houve a modificação da decisão em recurso especial, possibilitando a construção do empreendimento imobiliário, sendo que para isso não foi necessário o reexame das provas produzidas nos autos, mas apenas a análise da validade das licenças exaradas pelos órgãos ambientais, bem como verificado que os projetos foram aprovados em consonância com a legislação vigente à época.

4.3.4 Assistência social

Trata-se de decisão proferida, em 03.08.2010, no REsp nº 1.113.497, de relatoria do Ministro OG Fernandes que, em sede de recurso especial, modificou decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3^a Região, concedendo à recorrente o benefício de prestação continuada.

O acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3^º Região manteve a sentença de primeiro grau que julgou improcedente a ação proposta objetivando a concessão do Amparo Social, instituído pelo inciso V, do artigo 203, da Constituição Federal, sob a fundamentação de que não teria sido comprovado o preenchimento dos requisitos necessários para a concessão do referido benefício, uma vez que o marido da recorrente já perceberia 01 (um) salário mínimo mensal.

Por não concordar com a referida decisão, a recorrente interpôs recurso especial, para o qual foi dado provimento, sob a fundamentação de que o Tribunal *a quo* não teria levado em consideração, ao proferir a decisão recorrida, a extrema precariedade

da situação econômica da recorrente. Ainda, fundamentou o Ministro OG Fernandes, seu voto no sentido de que:

“O benefício de prestação continuada é uma garantia constitucional, de caráter assistencial, previsto no art. 203, inc. V, da Constituição Federal, e regulamentado pelo art. 20 da Lei n.º 8.742/93, consistindo no pagamento de um salário mínimo mensal aos portadores de deficiência ou idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida pelo núcleo familiar.

A legislação que rege a matéria, notadamente o § 3.º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93, estabelece critério objetivo para mensuração da renda mensal, para fins de obtenção do benefício assistencial, qual seja, ser a pessoa portadora de deficiência ou idosa, que comprove não possuir meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família.

(...)

Segundo se constata do preceito legal transcrito, na averiguação da condição de hipossuficiência do idoso, há de ser excluído o valor do benefício assistencial porventura recebido por outro membro da família.

Ora, se assim é quanto ao benefício de Assistência Social - LOAS, por analogia, também deverá ser com relação ao cônjuge que, idoso, tem uma renda de um salário proveniente de benefício de outra natureza.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o critério de aferição da renda mensal, previsto no art. 20, § 3.º, da Lei n.º 8.742/93 deve ser tido como um limite mínimo, um **quantum** considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, porém, que o julgador faça uso de outros fatores aptos a demonstrarem a situação econômico-financeira do beneficiário e que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da parte ou de sua família.”

Interposto agravo regimental pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, este aduziu que a decisão proferida em recurso especial teria realizado o reexame da matéria fática, o que seria vedado pela Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, sobre o tema, no acórdão proferido no agravo regimental, o Ministro OG Fernandes explicou que:

“Como bem destacado na decisão em avilte, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser a revaloração da prova algo plenamente possível em sede de recurso especial, sobretudo quando a Corte de origem decide a controvérsia sem valorar adequadamente o acervo probatório coligido aos autos.

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL, CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. VALORAÇÃO DAS PROVAS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE – ART. 257 DO REGIMENTO INTERNO DO STJ.

1. É possível, em recurso especial, a valoração jurídica das provas constantes do acórdão recorrido para a correta aplicação do direito ao caso.

2. Abordada pela parte recorrente a questão de fundo discutida nos autos, devidamente prequestionada pelo Tribunal de origem, e conhecido o recurso especial, é possível ao STJ, desde logo, aplicar o direito à espécie, nos termos do art. 257 do seu Regimento Interno.

3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.030.678/SP, Rel. Desembargadora convocada do TJ/MG JANE SILVA, DJe 17.11.08)"

Assim, para justificar a modificação da decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, o Ministro OG Fernandes, em seu voto, explicou que é possível a reavaliação da prova nos casos em que o Tribunal *a quo* não tenha valorado de forma correta as provas carreadas nos autos.

No caso em tela, houve o entendimento, em sede de recurso especial, de que, a par do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei 8.742/93, informar que o benefício somente poderia ser concedido na hipótese de a família ter renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, o fato de o marido da recorrente receber 01 (um) salário mínimo mensal, não exclui a condição de miserabilidade da recorrente, fazendo jus, assim, ao benefício.

Verifica-se que no julgamento do recurso especial, não houve o revolvimento da matéria fática, mas somente a análise do caso concreto sob ótica diversa do Tribunal *a quo*.

CONCLUSÃO

Diante do quanto trazido à baila pelo presente trabalho, resta claro que o tema concernente ao reexame e à reavaliação da prova em sede de recurso especial é polêmico, havendo confusão entre os dois institutos.

Como é sabido, é obrigação do juízo de primeiro grau analisar de forma minuciosa os fatos e provas constantes nos autos, a fim de que possa formar a convicção correta sobre a lide, julgando a ação, consequentemente, de forma clara e com exatidão.

Ainda, é competência do Tribunal reexaminar, em recurso de apelação, toda a matéria fática da ação, devendo, quando entender necessário, modificar total ou parcialmente a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau.

Nesse passo, para que o Superior Tribunal de Justiça pudesse servir como guardião da lei federal, e não como uma terceira e quarta instância, foi editada, pelo Colendo Tribunal, a Súmula 7, vetando, assim, qualquer possibilidade de reexame da matéria fático-probatória em recurso especial.

Ocorre que, o que seria uma brilhante solução para se evitar os recursos interpostos com o claro fito de revolvimento de toda a matéria de fato dos autos, vem acarretando, ao longo dos anos, uma grande barreira que impossibilita o encaminhamento dos recursos especial ao Superior Tribunal de Justiça.

Conforme demonstrado no presente trabalho, no tocante ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a grande maioria dos recursos especiais tem seus seguimentos negados, sob o argumento de que não haveria vulneração aos dispositivos de lei federal demonstrados, bem como que a decisão não poderia ser revista, ante o óbice da Súmula 7.

Entretanto, tais argumentações referem-se ao mérito do recurso especial e não às condições de admissibilidade. Como é sabido, somente o Superior Tribunal de Justiça pode julgar o mérito do recurso especial, sob pena de o Tribunal *a quo* suprimir instâncias.

Ademais, conforme demonstrado, há casos em que a revaloração da prova é a medida que se impõe, na hipótese de a decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, ter deixado de valorar a prova produzida de forma correta, como por exemplo, julgar a ação com base em documentos que não se referem à demanda.

Porém, não somente o Superior Tribunal de Justiça deve entender pela possibilidade de revalorar a prova, mas também é necessário que os Tribunais reconheçam tal possibilidade, uma vez que são os Tribunais que permitem ou não, inicialmente, o seguimento do recurso especial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS. Araken de. *Manual dos Recursos*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BEDAQUE. José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material Sobre o Processo*. 6^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARNEIRO. Athos Gusmão. Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno. 7^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DINIZ. Maria Helena, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e a Lógica Jurídica. Norma Jurídica e a Aplicação do Direito* . 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ. Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. v.4. São Paulo: Saraiva, 1998.

FONTOURA. Lucia Helena Ferreira Palmeiro. *Recurso Especial. Questão de Fato/Questão de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

JÚNIOR. Nelson Nery, *Teoria Geral dos Recursos* . 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KARL. Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*. 3^a ed. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkian, 1997.

MACHADO, Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. 9^a ed. São Paulo: Mamole. 2010.

MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *A Resolução dos Conflitos e a Função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI. Luiz Guilherme, ARENHART. Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7^a ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI. Luiz Guilherme, ARENHART. Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES. José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1^a ed. v. 4. São Paulo: Millennium, 2000

NEGRÃO, Perseu Gentil. *Recurso Especial, Doutrina, Jurisprudência, Prática e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 4^a ed. São Paulo: RT, 1999.

NETO. Luiz Orione. *Recursos Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE. Miguel, *Lições Preliminares de Direito* . 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS. Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 26^a ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Sítio Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça – www.stj.gov.br

Sítio Eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – www.tjsp.jus.br

