

DA REVALORAÇÃO DAS PROVAS E OS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Fernando Levin Cremonesi *

1. Introdução

Primeiramente, é de suma importância esclarecer que os recursos extraordinário e especial visam, antes de tutelar o direito subjetivo do demandante, uniformizar as questões de direito, respectivamente, aquelas surgidas a respeito da aplicação ou da interpretação da Constituição e da legislação infra-constitucional. À vista disso, não se discute, em sede de apelo excepcional, matéria de fato ou a apreciação feita pelo Tribunal inferior a partir da prova dos autos (Súmula 279 do STF e Súmula 7 do STJ).

Entretantes, em casos vários, a própria jurisprudência vem fazendo distinções que possibilitam, no meu entender, *data venia*, a mitigação destes conceitos. Neste diapasão, enfrentamos caso concreto, em que interpusemos recurso especial por negativa de vigência ao inciso VI do art. 386 do Caderno Processual Penal, por não existir prova suficiente para a condenação.

Como corolário, surge a seguinte indagação: a vedação do reexame probatório não impediria, especificamente, o recurso especial por negativa de vigência ao citado inciso VI do art. 386 do CPP e, por conseguinte de todas as normas que dispõem sobre a prova?

2. A prova e sua função no processo

A doutrina moderna, após o predomínio da verdade real, que denota nítidos traços de inquisição, tenta redefinir a prova e sua função num processo em dialética, sob a égide do contraditório e ampla defesa. Vejamos a evolução.

A definição clássica de prova, como demonstrado por Marinoni, liga-se diretamente àquilo que *"atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente"*¹.

Partindo-se do pressuposto da busca da verdade real, deve o juiz almejar, dentro do processo, a reconstituição dos fatos e, sendo assim, aplicar a norma jurídica ao caso concreto, através de mero exercício de subsunção, disciplinando-o na forma tipificada pelo legislador².

Todavia, mudou o direito de paradigma, entendendo-se impossível a reconstrução de um fato no passado, nos estritos termos em que aconteceu, mesmo porque sempre

* Defensor Público da União de Primeira Categoria no Distrito Federal

¹ Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda, Novo Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1.656, vocábulo "prova".

² É nas palavras de Montesquieu, *la bouche de la loi*, cuja função é exclusivamente, dizer a intenção da lei sobre o caso concreto.

haverá de receber interpretações subjetivas das pessoas, tanto das testemunhas e das partes, como do próprio juiz, vez que tais valorações são inerentes ao ser humano³.

Por outro lado, o legislador ao disciplinar o moderno processo, em verdadeira ponderação de valores, impôs limites à produção da prova, rendendo homenagens aos direitos e garantias fundamentais⁴.

Exsurge da evolução do direito e da legislação processual, novo conceito de prova, mesmo porque, segundo Robert Alexy, “a verdade é algo necessariamente provisório, apenas prevalecendo enquanto se verificar o consenso, e para uma situação específica concreta⁵”.

Enfim, hodiernamente, consoante ensinamentos de Marinoni, prova “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 processo⁶”.

3. Do conceito do reexame probatório e da sua distinção da mera reavaliação de provas

Como asseverado, os apelos excepcionais não têm o condão de reexaminar a causa, apenas permitindo a solução da questão de direito, ora apontada. Consectário lógico é a vedação do reexame probatório, consagrado nos Enunciados 7 do STJ e 279 do STF⁷.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a dificuldade entre a distinção entre matéria de fato e matéria de direito, pelo que Mancuso faz a seguinte ponderação:

“Ocorre que nem sempre é fácil traçar as fronteiras entre o que é matéria de fato e o que é matéria jurídica. E, ao que se colhe dos esforços da doutrina e da jurisprudência a esse respeito, possivelmente o critério preferível reside na aferição,

³ Conclui, nesse sentido, Rui Portanova (Motivações Ideológicas da Sentença, 2.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994) que assim discorre sobre a motivação pessoal para a sentença judicial: “as contradições, os exageros, ou as omissões das testemunhas podem embasar com alguma objetividade o convencimento judicial: fora disso, os motivos pessoais do juiz para considerar um fato, uma prova ou um direito como relevantes para o provimento ou não da demanda são pouco perscrutáveis. São motivações pessoais: interferências (psicológicas, sociais, culturais), personalidade, preparação jurídica, valores, sentimentos, justiça, percepção da função, ideologia, estresse, remorsos, intelectualização” (op.cit., p.16).

⁴ “A formação do convencimento judicial é, de fato, condicionada não apenas pelas regras que lhe impõem valorar de um certo modo as resultantes instrutórias, mas também por aquelas que fazem ter como inadmissíveis determinadas fontes de conhecimento (por exemplo, a ciência privada, o testemunho etc.) ou mesmo que impõem o respeito de determinadas modalidades de assunção, de tal forma que as provas formadas sem o respeito de tais limites ou modalidades devem compreender-se ilegítimas ou como consequência, segundo a opinião mais usual, ineficaz” (VERDE, Giovanni. “Prova (diritto processuale civile)”. In Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1988. vol. 37, p. 590).

⁵ (ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica – La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 302-303).

⁶ Marinoni, Luiz Guilherme, Manual do Processo de Conhecimento, pg. 261, 4ª Ed., Editora RT.

⁷ STF, Súmula n. 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. STJ, Súmula n. 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

in specie, sobre qual dos aspectos apresenta-se predominante: se o fático ou jurídico, até, porque, como se sabe ex facto oritur jus. No ponto, Teresa Arruda Alvim Wambier: "Parece-nos que a questão será predominantemente fática do ponto de vista técnico, se, para que se redecida a matéria, 'houver necessidade de se reexaminarem provas', ou seja, 'de se reavaliar como os fatos teriam ocorrido, em função da análise do material probatório produzido".

E completa mais adiante:

"A matéria de fato, que fica excluída do âmbito do extraordinário, é aquela cujo conhecimento pelo STF apenas levaria a um reexame de prova, ou seja: aqueles casos em que não se perscruta o interesse no contraste entre o decisum recorrido e um texto constitucional⁸".

Tal problema acarreta conseqüências na delimitação do conceito de "reexame de provas", sendo que, para seu deslinde, Marinoni aduz que:

"O conceito de reexame de prova deve ser atrelado ao de convicção, pois o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame de prova, é a formação de nova convicção sobre os fatos. Não se quer, em outras palavras, que os recursos extraordinário e especial viabilizem um juízo que resulte da análise dos fatos a partir das provas⁹".

Então, por conseguinte, faz o aludido jurista a seguinte distinção entre reexame probatório da valoração dos critérios jurídicos da prova:

"Acontece que esse juízo não se confunde com aquele que diz respeito à valoração dos critérios jurídicos respeitantes à utilização da prova e à formação da convicção. É preciso distinguir reexame de prova de aferição: i) da licitude da prova; ii) da qualidade da prova necessária para a validade do ato jurídico ou iii) para o uso de certo procedimento, iv) do objeto da convicção, v) da convicção suficiente diante da lei processual e vi) do direito material; vii) do ônus da prova; viii) da idoneidade das regras de experiência e das presunções, ix) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiam os raciocínios presuntivo, probatório e decisório¹⁰".

⁸ Recurso Extraordinário e Especial, Rodolfo de Camargo Mancuso, Editora RT, 7ª edição, pg 124-125.

⁹ Luiz Guilherme Marinoni in "Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário", publicado na Revista Genesis - de Direito Processual Civil, Curitiba-número 35, págs. 128/145.

¹⁰ Luiz Guilherme Marinoni in "Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário", publicado na Revista Genesis - de Direito Processual Civil, Curitiba-número 35, págs. 128/145.

No passo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, constatando a complexidade na diferenciação entre matéria de fato e questão de direito, cria, então, distinção entre reexame do conjunto probatório e mera reavaliação da prova, asseverando que:

“A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento (Precedentes)¹¹; A reavaliação da prova delineada no próprio decisório recorrido, suficiente para a solução do caso, é, ao contrário do reexame, permitida no recurso especial¹².

Em conclusão, enquanto no reexame probatório ocorre verdadeira incursão no conjunto probatório, sendo, portanto, vedado em sede destes apelos, a mera reavaliação de provas dá-se quando os dados estão explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido, o que denota erro de direito, porquanto há má aplicação das regras jurídicas. Vejamos:

A reavaliação da prova especificamente admitida e delineada no acórdão recorrido não implica em reexame vedado na instância incomum. O equívoco, evidenciado no julgado, sobre critério de apreciação do material cognitivo, ferindo regras jurídicas ou, então, de experiência é “error iuris” e não “error facti¹³”.

4. Do delineamento e das hipóteses da mera reavaliação de provas

Vimos, então, que é possível a reavaliação de provas em sede de recurso especial, que é instituto distinto do reexame probatório, sendo assim, é mister o delineamento do aludido conceito.

Consoante a posição do Superior Tribunal de Justiça, ocorre a reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido quando, para que se possa em tese examinar as pretensões ventiladas pelos recorrentes, bastar a mera releitura dos fatos delineados no acórdão atacado, sendo dispensável compulsar os autos¹⁴.

Neste diapasão, impende salientar que o Tribunal da Cidadania entendeu existir mera reavaliação, nos seguintes casos, a seguir relacionados:

1) O “princípio do livre convencimento”, que exige fundamentação concreta, vinculada à prova dos autos, não se confunde com o “princípio da convicção íntima”. Viola o disposto no art. 386, inciso VI do CPP, o reconhecimento de dúvida ou de “non liquet”, aonde, de plano, pela prova especificamente admitida no próprio acórdão, e havida como suficiente, tal situação inexist¹⁵.

¹¹ REsp 878.334/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05.12.2006, DJ 26.02.2007 p. 639.

¹² REsp 757.127/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15.12.2005, DJ 06.03.2006 p. 435.

¹³ REsp 184.156/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01.10.1998, DJ 09.11.1998 p. 161.

¹⁴ REsp 1004990/AC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28.02.2008, DJ 14.04.2008 p. 1.

¹⁵ REsp 184.156/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01.10.1998, DJ 09.11.1998 p. 161.

2) “A questão do momento consumativo do crime de roubo é por demais conhecida desta Corte Superior, não se tratando, nos autos, de reexame de provas, mas sim de valoração jurídica de situação fática incontroversa. O aresto impugnado assim ressaltou a perda da posse da res pela vítima e a cessação da violência: “Conforme pode ser percebido, o agente foi detido por policiais militares instantes após a ocorrência do fato, vez alertados por populares e pela própria vítima.” Neste ponto, evidencia-se a desnecessidade de reexame de fatos e provas, mas apenas a reavaliação de fatos descritos no acórdão a quo e, portanto, legitimados pelo contraditório”¹⁶.

3) Constitui valoração, e não reexame de provas, a verificação do acervo probatório dos autos com vistas a confirmar o alegado exercício de atividade rurícola. Precedente da Terceira Seção¹⁷.

4) “EMENTA PENAL. PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. HOMICÍDIO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DOLO EVENTUAL. CULPA CONSCIENTE. REVALORAÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. PRONÚNCIA. APLICAÇÃO DO BROCARDO IN DUBIO PRO SOCIETATE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DO DOLO EVENTUAL. DÚVIDA NÃO CARACTERIZADA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA QUE SE IMPÕE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. A pronúncia do réu, em atenção ao brocardo in dubio pro societate, exige a presença de contexto que possa gerar dúvida a respeito da existência de dolo eventual. Inexistente qualquer elemento mínimo a apontar para a prática de homicídio, em acidente de trânsito, na modalidade dolo eventual, impõe-se a desclassificação da conduta para a forma culposa”¹⁸.

5) “CRIMINAL. RESP. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO EM SEGUNDO GRAU. REVALORAÇÃO DAS PROVAS. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL RELEVO. AUSÊNCIA DE VESTÍGIOS. RECURSO PROVIDO. I. Hipótese em que o Juízo sentenciante se valeu, primordialmente, da palavra da vítima - menina de apenas 8 anos de idade, à época do fato -, e do laudo psicológico, considerados coerentes em seu conjunto, para embasar o decreto condenatório. II. Nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios. Precedentes”¹⁹.

¹⁶ AgRg no REsp 859.952/RS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 27.05.2008, DJ 09.06.2008 p. 1

¹⁷ AgRg no REsp 880.902/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15.02.2007, DJ 12.03.2007 p. 329.

¹⁸ REsp 705.416/SC, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 23.05.2006, DJ 20.08.2007 p. 311, REPDJ 27.08.2007 p. 298.

¹⁹ REsp 700.800/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22.03.2005, DJ 18.04.2005 p. 384.

6) A situação descrita nos presentes autos não desafia o óbice da Súmula 07 desta Corte. Isto porque, não se trata de reexame do contexto fático-probatório dos autos, circunstância que redundaria na formação de nova convicção acerca dos fatos, mas sim de valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e à formação da convicção, ante a distorcida aplicação pelo Tribunal de origem de tese consubstanciada na Responsabilidade Civil do Estado, por danos materiais e morais, decorrente do falecimento de vítima, ocasionado por errôneo planejamento de ação policial, que impõe a inversão do onus probandi. (...) “O conceito de reexame de prova deve ser atrelado ao de convicção, pois o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame de prova, é a formação de nova convicção sobre os fatos. Não se quer, em outras palavras, que os recursos extraordinário e especial, viabilizem um juízo que resulte da análise dos fatos a partir das provas. Acontece que esse juízo não se confunde com aquele que diz respeito à valoração dos critérios jurídicos respeitantes à utilização da prova e à formação da convicção. É preciso distinguir reexame de prova de aferição: i) da licitude da prova; ii) da qualidade da prova necessária para a validade do ato jurídico ou iii) para o uso de certo procedimento; iv) do objeto da convicção; v) da convicção suficiente diante da lei processual e vi) do direito material; vii) do ônus da prova; viii) da idoneidade das regras de experiência e das presunções; ix) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiaram os raciocínios presuntivo, probatório e decisório”.(Luiz Guilherme Marinoni in “Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário”, publicado na Revista Genesis - de Direito Processual Civil, Curitiba-número 35, págs. 128/145) (...) Entendimento doutrinário no sentido de que “não há como confundir exame de prova para a formação da convicção de verossimilhança com redução das exigências de prova para a procedência do pedido ou para a inversão do ônus da prova na sentença. Decidir sobre a inversão do ônus da prova requer a consideração do direito material e das circunstâncias do caso concreto, ao passo que a formação da convicção nada mais é que a análise da prova e dos demais argumentos. Inverter o ônus da prova não está sequer perto de formar a convicção com base nas provas. Assim, o recurso especial pode afirmar que a decisão que tratou do ônus da prova violou a lei, o que evidentemente não requer o reexame das provas.” (grifou-se) (Luiz Guilherme Marinoni in “Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário”, publicado na Revista Genesis - de Direito Processual Civil, Curitiba-número 35, págs. 128/145) 13. A Constituição Federal não assegura a inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, inciso XI) de modo absoluto, inserindo, no rol das exceções à garantia, o caso de flagrante delito, desastre, prestação de socorro ou determinação judicial, incorrentes na presente hipótese. Destarte, esta Corte, apesar de adstrita a averiguação de ofensa à legislação federal infraconstitucional dentro dos estreitos limites da indicação feita por parte do recorrente,

não está com isto impedida de aplicar o direito à espécie. Esta é justamente a ratio do art. 257 do RISTJ, in verbis: “Art. 257. No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”²⁰ (grifo nosso).

7) Ao Tribunal a quo não é dado valer-se apenas de conhecimentos pessoais do julgador, de natureza técnica, para dispensar a perícia, elemento probatório esse indispensável à comprovação do grau de lesão e da redução da capacidade laborativa do acidentado. A matéria não está atrelada ao exame de provas, cuja análise é afeta às instâncias ordinárias, mas sim à reavaliação do conjunto probatório dos autos, razão pela qual não há falar em incidência, à espécie, da Súmula 7/STJ ²¹.

Por outro lado, entendeu aquele Tribunal não serem hipóteses de reavaliação de provas as seguintes:

1) A análise de eventual ofensa ao art. 386, IV e VI, do CPP, neste caso, implicaria em revolvimento de material fático-probatório, vez que as provas especificamente admitidas no acórdão a quo não permitem qualquer dúvida quanto à correção do julgado ²²

2) Na hipótese dos autos, tanto o recurso especial interposto pelo Parquet que busca a condenação do recorrido como incurso nas sanções do art. 302, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 9.503/97, por entender que restou cabalmente comprovada a culpa do recorrido, como o apelo nobre manejado pela defesa que almeja demonstrar que a omissão de socorro à vítima se deu em razão de justa causa, extrapolam os limites de apreciação do material fático-probatório na via eleita, uma vez que reclamam, um e outro, a análise de dados que não restaram discutidos no objurgado acórdão. Incide, portanto, o enunciado da súmula nº 7 desta Corte. Frise-se que o caso que se apresenta não se confunde com a situação na qual se teria a reavaliação da prova, procedimento este admitido na via eleita. Isso porque, para que se possa, em tese, examinar as pretensões ventiladas pelos recorrentes não bastaria a releitura dos fatos delineados no v. acórdão atacado, mas seria indispensável compulsar os autos a fim de verificar se as provas neles constantes sustentariam a conclusão almejada por cada recorrente²³.

²⁰ REsp 737.797/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03.08.2006, DJ 28.08.2006 p. 226.

²¹ AgRg no Ag 892.012/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30.10.2007, DJ 26.11.2007 p. 262.

²² AgRg no Ag 850.447/GO, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 11.03.2008, DJ 31.03.2008 p. 1.

²³ REsp 1004990/AC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28.02.2008, DJ 14.04.2008 p. 1.

3) A questão nodal acerca da verificação da existência, ou não, dos pressupostos para a concessão do provimento cautelar (*fumus boni iuris* e o *periculum in mora*), constitui matéria de fato e não de direito, o que não se coaduna com a via estreita da súplica excepcional. Na via Especial não há campo para revisar entendimento de 2º Grau assentado em prova. A função de tal recurso é, apenas, unificar a aplicação do direito federal (Súmula nº 07/STJ)²⁴.

4) *Aferir-se a existência ou não de direito líquido e certo a amparar a agravante ensejaria necessariamente o inviável revolvimento do conjunto fático-probatório e não a mera reavaliação da prova, esta, sim, cabível nesta Corte* ²⁵.

5) Pleito de desclassificação do crime de roubo da forma consumada para a tentada e de abrandamento do regime prisional imposto na condenação. Tendo as instâncias ordinárias, as quais têm ampla liberdade de conhecimento do material fático-probatório, restado convencidas do exaurimento do crime de roubo, torna-se impossível a reavaliação, em sede de habeas corpus, dos referidos elementos de convencimento²⁶.

6) O mandado de segurança reclama prova pré constituída. Inviável em sede mandamental, qualquer incursão quanto a reavaliação da prova já existente²⁷.

5. Da crítica à falta de critérios do Superior Tribunal de Justiça

Importa ressaltar, neste diapasão, a falta de critérios utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça, na análise dos casos para fins de distinção entre reexame e reavaliação.

Vejamos o RESP 268.249/DF que apresenta o acórdão a seguir transcrito:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REVALORAÇÃO DE PROVA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS. NOVO CERTAME. PRETERIÇÃO.

I – A denegação da ordem sem fundamentação satisfatória, apenas sob o argumento de que os fatos não restaram comprovados de plano, quando há nos autos documentação suficiente e idônea a embasar a concessão da ordem, mostra-se arbitrária e ofensiva ao disposto no art. 1º da Lei 1.533/51.

²⁴ AgRg no REsp 925.902/PE, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.06.2007, DJ 02.08.2007 p. 421.

²⁵ AgRg no REsp 700.943/AL, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08.11.2005, DJ 05.12.2005 p. 370.

²⁶ HC 36.494/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07.12.2004, DJ 09.02.2005 p. 208.

²⁷ RMS 9.143/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26.10.1999, DJ 22.11.1999 p. 168.

II – Havendo candidatos aprovados no concurso mas ainda não aproveitados pela Administração, a abertura de novo certame, quando ainda válido o anterior, caracteriza-se como ofensiva ao direito dos candidatos remanescentes, que têm direito de preferência sobre os aprovados na nova disputa. Recurso conhecido e provido.”

O Ministro FÉLIX FISCHER, em seu voto, como Relator, assim decidiu:

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

Pedimos *venia*, então, para apresentar a seguinte lição do Professor José Emílio Medauar Ommati²⁸:

“Mas, será que o Ministro teria razão? Será que é possível hoje admitirmos a distinção entre questões de fato e questões de direito? Será que para aplicarmos corretamente o direito não devemos necessariamente analisar os fatos? No caso em si, em que o recorrente alegava ter sido preterido na ordem de chamada de concurso público, fato esse desconsiderado pelas instâncias inferiores, não estaria o Ministro, para deferir o recurso, analisando, reexaminando a matéria probatória, dando um valor diferenciado ao que foi dado pelas instâncias inferiores? Para o Relator, não. Contudo, em seu voto, o Relator, foi obrigado a reexaminar a prova produzida. Nesse sentido, consta de seu voto:

“Da análise dos documentos acostados à inicial, observa-se que o impetrante demonstrou ter sido aprovado em 29º lugar para o cargo de Procurador Autárquico no Rio de Janeiro (fls. 32-33). Dos aprovados, foram nomeados os classificados até o 17º lugar (fls. 35, 36, 37 e 40) para vagas no Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER e Departamento Nacional de Produção Mineral. O concurso teve seu prazo de validade prorrogado por um ano a partir de 7 de novembro de 1995, mediante Portaria 1.075, de 10/10/95, do Ilmo. Sr. Diretor de Administração e Finanças do DNER (fls. 44). A Portaria 1.075 foi tornada sem efeito por ato da Exma. Sra. Ministra da Administração Federal e Reforma do Estado (D.O.U. de 27/10/95 – fls. 45). [...]

Posteriormente, em 02/07/96, foi publicado o Edital nº 1/96, pelo Ilmo. Sr. Diretor de Recursos Humanos do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (autoridade impetrada), abrindo o concurso para o cargo de Procurador Autárquico do INSS, com previsão de vinte vagas para o Rio de Janeiro (fls. 62). Esse foi o ato impugnado no mandado de segurança. O impetrante sustentou, em síntese, a

²⁸ José Emílio Medauar Ommati Panóptica, ano 1, n. 5 93 CRÍTICA À DISTINÇÃO ENTRE REEXAME E REVALORAÇÃO DE PROVA NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

tese de que a abertura de novo certame quando ainda válido o anterior, implicou em ofensa ao direito dos candidatos aprovados mas ainda não nomeados.

Todos esses fatos foram devidamente comprovados pelo impetrante, que juntou documentação clara e suficiente nos autos.²⁹

Mas, para o Ministro Félix Fischer chegar a essas conclusões, ele não foi obrigado a “revolver”, como gostam de afirmar os próprios membros do Tribunal, a matéria probatória? Ou seja, não teria ele realizado reexame de prova?

Ora, aqui o Relator se negou a realizar esse “amplo cotejo” das provas, como ele mesmo diz, não se negando, no entanto, a também realizar esse trabalho no caso citado anteriormente. Qual o fundamento para se realizar um “amplo cotejo” das provas em um caso e não em um outro? Percebe-se, desde já, que a distinção traçada pelo STJ entre reavaliação e reexame de prova é por demais frouxa, sem critério, para ser utilizada como mecanismo de não conhecimento de recursos especiais, deixando à boa vontade dos Ministros o momento de análise de casos levados a julgamento ao Tribunal”.

No ponto, então, erige-se, em *vexata quaestio*, a situação em que existe omissão na análise de determinado documento essencial para o julgamento, que, até então, passou despercebido. Apesar de parecer hipótese inexistente, já a enfrentamos, quando nos deparamos com julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que negou pensão temporária, pelo fato do benefício possuir termo final aos 21 anos de idade do titular. No entanto, no caso concreto, havia sido juntado aos autos o documento de identidade do beneficiário, comprobatório da idade de 20 (vinte) anos à época.

Contra a aludida decisão, opusemos embargos de declaração com pedido de efeitos infringentes, por haver mero erro material, colhendo-se, para tanto, os seguintes fundamentos:

Não há se confundir erro de fato, cujo conhecimento requer o reexame de prova, com o simples erro material, cuja existência justifica correção do acórdão via embargos declaratórios. No caso de erro de fato, o recurso de embargos de declaração, “não constitui sucedâneo da ação rescisória, não sendo, pois, sede própria para a reapreciação da prova dos autos” (RT 643/224-226). O erro material é erro causado pela falta de atenção. Se o magistrado declara que nos autos existe um documento que não existe ou declara que o documento não existe e o documento existe, haverá erro material. Conquanto a jurisprudência tenha admitido embargos de declaração para corrigir erro material, isto é o erro evidente, com repercussão infringente no julgado, desde à época do extinto - TFR (RTFR 151/201) e agora com o *Superior Tribunal de Justiça* (“Quando, por exemplo, o acórdão de apelação tenha se descuidado da questão principal do processo, esquecendo-se de examinar a prova produzida, os embargos podem

²⁹ RESP 298.438/SP, Relator Ministro FÉLIX FISCHER, j. 06/03/2001, p. DJ 26/03/2001.

ter efeito modificativo do julgado (STF - 3ª, Turma, sg. 19.937 - PR - AgReg. Rel. Min. Nelson Naves, j. 25.5.92, DJU 15.6.92, p. 9.266), não foi objeto de pedido implícito ou expresso nos primeiros embargos concessão de efeito infringente ao recurso em decorrência de erro material. (EEEIAC 1999.01.00.105879-0/DF, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Terceira Seção, DJ de 21/02/2003, p.09)".

Vamos supor que os embargos de declaração não lograssem êxito e fosse manejado Recurso Especial. No caso, o Superior Tribunal de Justiça, provavelmente, não o conheceria, por entender que estaria revolvendo matéria fática, ao analisar o documento juntado, devido ao conceito de reavaliação probatória adotado.

Entretanto, discordamos da interpretação restritiva dada à reavaliação de provas pelo aludido Tribunal, que entende estar o instituto delimitado aos dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido, sob pena de extrapolar os limites de apreciação do material fático-probatório na via eleita, portanto, não podendo compulsar os autos a fim de verificar se as provas neles constantes sustentariam a conclusão almejada por cada recorrente.

Com a devida *venia*, revalorar provas não significa instaurar nova discussão sobre as provas trazidas aos autos, mas apenas a correta aplicação dos critérios legais regentes da prova, consoante os elementos probatórios já postos. Portanto, é possível o exame da prova constante dos autos.

Com efeito, a reavaliação da prova não pode ficar adstrita à releitura de fatos descritos no decisório, sob pena de violação ao devido processo legal, na vertente processual, mesmo porque o recorrente tem direito ao julgamento de acordo com as provas lícitas do processo. Nessa linha:

"São manifestações da cláusula do devido processo legal, em sentido processual, garantir-se aos litigantes: acesso à justiça (direito de ação e defesa), igualdade de tratamento, publicidade dos atos processuais, regularidade de procedimento, contraditório e ampla defesa, realização de provas, julgamento por juiz imparcial (natural e competente), julgamento de acordo com provas obtidas licitamente, fundamentação das decisões judiciais etc. (v. tb. Celso de Mello, RT 526/928; Celso de Mello, Const. Fed. Anotada, 441; Grinover, As garantias const., 40; Grinover, Pric. 133; Nery, Princ., 5, 34 e ss.; Teixeira, RP 53/81). Qualquer desatendimento das garantias aqui enumeradas, significa ofensa ao princípio do devido processo legal, como, por exemplo, a determinação pelo juiz de apresentação conjunta de memoriais, quando o correto é a apresentação sucessiva, primeiro pelo autor, depois pelo réu (CPC 454) (Tucci-Tucci, RT 662/24)³⁰."

³⁰ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Federal Extravagante", 7ª Edição, Editora RT, 2003, p. 131.

Ademais, a moderna interpretação do direito não adota a já ultrapassada distinção entre questões de fato e questões de direito; ao contrário, atualmente, exige-se uma interpretação dialética entre fato-valor-norma, o que nos reconduz à teoria tridimensional de Miguel Reale. Vejamos:

“Em suma, o termo “tridimensional” pode ser compreendido como traduzindo um processo dialético, no qual o elemento normativo integra em si e supera a correlação fático axiológica, podendo a norma, por sua vez, converter-se em fato, em um ulterior momento do processo, mas somente com referência e em função de uma nova integração normativa determinada por novas exigências axiológicas e novas intercorrências fáticas. Desse modo, quer se considere a experiência jurídica, estaticamente, na sua estrutura, quer em sua funcionalidade, ou projeção histórica, verifica-se que ela só pode ser compreendida em termos de normativismo concreto, consubstanciado-se nas regras de direito toda a gama de valores, interesses e motivos de que se compõe a vida humana, e que o intérprete deve procurar captar, não apenas segundo as significações particulares emergentes da “praxis social”, mas também na unidade sistemática e objetiva do ordenamento vigente³¹.

À guisa de conclusão, formamos nossa opinião no sentido de que os Tribunais Superiores têm por escopo uniformizar as questões de direito prequestionadas e, para tanto, devem analisar a prova colhida nos autos do processo, no bojo de recursos especiais.

6. Da proposta de um novo conceito de reavaliação de prova e das conclusões finais

Voltamos, então, à indagação inicial: a vedação do reexame probatório não impediria, especificamente, o recurso especial por negativa de vigência ao citado inciso VI do art. 386 do CPP e, por conseguinte, de todas as normas que dispõem sobre a prova?

Como é cediço, a proibição do reexame probatório é requisito, criado pelos Tribunais, que impede o conhecimento dos recursos especial e extraordinário; não obstante, se, para a análise da questão de direito, bastar mera reavaliação de provas, é, sim, possível a interposição dos aludidos recursos.

Diante de tudo quanto foi exposto, entendemos que a interpretação conferida à reavaliação de provas pelo Superior Tribunal de Justiça não se coaduna com a justiça das decisões. No particular, assevera a referida Corte que, para que não se exorbitem os limites da análise do conjunto fático-probatório, a reavaliação de provas deve estar circunscrita aos elementos explicitamente suscitados no pronunciamento judicial objurgado.

Em sentido contrário, pensamos que revalorar não consiste em reabrir o debate sobre as provas carreadas, mas somente oportuniza a aplicação devida das normas

³¹ Miguel Reale, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003, p. 75.

processuais vigentes, incidentes sobre os elementos probatórios já contraditados no caso. Portanto, entendemos ser possível que a prova seja submetida ao crivo da Corte *ad quem*, não em sede de reexame, este relativo a uma incursão fática, mas no bojo de uma reavaliação, que é análise normativa, ultrapassando-se, assim, os limites estreitos contidos no acórdão fustigado.

Com efeito, a mera análise dos elementos de prova colhidos realizados em sede de reavaliação, de modo a adequá-los aos parâmetros legais, não podemos olvidar, é questão de direito.

O próprio Supremo Tribunal Federal, inclusive, já mitigou a aplicação do Enunciado 279 de sua Súmula, ao asseverar a existência de casos que não são de simples apreciação de prova, sendo categórico ao afirmar que “*Se tratar de examinar o critério legal de valorização da prova, o caso não é de simples apreciação desta, de acordo com a Súmula 279 (RTJ 56/65)*” (RTJ 87/222, 92/250).

Por fim, adotamos conceito extensivo, no sentido de que revalorar provas é dever-poder do Judiciário, sob pena de *error in procedendo*, em sede dos recursos especial e extraordinário, de modo a proceder à correta aplicação dos critérios legais regentes da prova, consoante os elementos probatórios já postos, com o escopo de uniformização de questões de direito.

7. Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 10520*: informação e documentação: apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro: ABNT, 2002a.

_____. *NBR 6022*: informação e documentação: artigo em publicação periódica científica impressa: apresentação. Rio de Janeiro, ABNT, 2003a.

_____. *NBR 6023*: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro: ABNT, 2002b.

_____. *NBR 6024*: informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento escrito: apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2003b.

MARINONI, Luiz Guilherme: *Manual do Processo de Conhecimento*, 4ª Ed., Editora RT.

_____. “Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário”, publicado na Revista Genesis - de Direito Processual Civil, Curitiba-número 35, págs. 128/145.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1.656, vocábulo “prova”.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica – La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 302-303

VERDE, Giovanni. “*Prova (diritto processuale civile)*”. In Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1988. vol. 37, p. 590

MANCUSO, Roldolfo de Carmago. *Recurso Extraordinário e Especial*. Editora RT, 7ª edição, pg 124-125.

PANÓPTICA, José Emílio Medauar Ommati. *Crítica à distinção entre reexame e reavaliação de prova jurisprudência do STJ*. Ano 1, n. 5 93.

JUNIOR, Nelson Nery Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. “*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Federal Extravagante*”, 7ª Edição, Editora RT, 2003, p. 131.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003, p. 75.

PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença*, 2.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994;

Superior Tribunal Federal, Súmula n. 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”;

Superior Tribunal de Justiça, Súmula n. 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”;

BRASIL. STJ. *Rercurso Especial 878.334/DF*, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 05.12.2006, DJ 26.02.2007 p. 639;

_____. *REsp 757.127/SP*, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15.12.2005, DJ 06.03.2006 p. 435;

_____. *REsp 184.156/SP*, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 01.10.1998, DJ 09.11.1998 p. 161;

_____. *REsp 1004990/AC*, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28.02.2008, DJ 14.04.2008 p. 1;

_____. *REsp 184.156/SP*, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 01.10.1998, DJ 09.11.1998 p. 161;

_____. *REsp 1004990/AC*, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28.02.2008, DJ 14.04.2008 p. 1;

_____. *RESP 298.438/SP*, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06/03/2001, p. DJ 26/03/2001;

_____. *Agravo Regimental no Recurso Especial 859.952/RS*, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/AM), Sexta Turma, julgado em 27.05.2008, DJ 09.06.2008 p. 1

_____. *Agravo Regimental no Agravo 850.447/GO*, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/AM), Sexta Turma, julgado em 11.03.2008, DJ 31.03.2008 p. 1.

_____. *AgRg no REsp 880.902/SP*, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 15.02.2007, DJ 12.03.2007 p. 329.

_____. *REsp 705.416/SC*, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 23.05.2006, DJ 20.08.2007 p. 311, REPDJ 27.08.2007 p. 298.

_____. *REsp 700.800/RS*, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 22.03.2005, DJ 18.04.2005 p. 384.

_____. *Habeas Corpus 36.494/SP*, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 07.12.2004, DJ 09.02.2005 p. 208.

_____. *Recurso em Mandado de Segurança 9.143/DF*, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 26.10.1999, DJ 22.11.1999 p. 168.

_____. *REsp 737.797/RJ*, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03.08.2006, DJ 28.08.2006 p. 226.

_____. *AgRg no Ag 892.012/SP*, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 30.10.2007, DJ 26.11.2007 p. 262.

_____. *AgRg no REsp 925.902/PE*, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 21.06.2007, DJ 02.08.2007 p. 421.

_____. *AgRg no REsp 700.943/AL*, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 08.11.2005, DJ 05.12.2005 p. 370.