

# Artigos

Reexame  
Fático-Probatório  
nos Recursos  
Extraordinários  
*Lato Sensu.*

Nathália dos Santos  
Paes de Barros\*\*

1. INTRODUÇÃO; 2. CRITÉRIOS PARA A CONSTATAÇÃO DO REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO VEDADO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS; 2.1. CRITÉRIO TÉCNICO-PROCESSUAL; 2.2. CRITÉRIO DE ETAPAS DE RACIOCÍNIO; 2.2.1. Questões antecedentes à relação fato-prova: reavaliação de provas; 2.2.2. Questões posteriores à relação fato-prova: pretensão de alteração da qualificação jurídica dos fatos e da consequência jurídica; 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

## 1. Introdução

Tanto no Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça está sumulado o entendimento – frequentemente aplicado nos julgamentos – de descabimento do recurso especial e do extraordinário voltados para o reexame de matéria fático-probatória.

A verificação, na prática, de quais hipóteses consubstanciam questões de direito aptas a serem analisadas pela via dos recursos excepcionais tem contornos não tão bem definidos como pode parecer à primeira vista, rendendo decisões conflitantes sobre a aplicação das súmulas nos tribunais para casos semelhantes e fomentando o amplo tratamento doutrinário sobre o tema.

No STF, tem-se a Súmula nº 279, de 13 de dezembro de 1963, com os dizeres: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”, e, no Superior Tribunal de Justiça, foi editada a Súmula nº 7, de 28 de junho de 1990, que por sua vez traz: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”<sup>1</sup>.

---

<sup>\*\*</sup> Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul desde 2005; Pós-Graduada pela PUC-SP em Direito Processual Civil (2013); Pós-Graduada pela UNISUL em Direito Tributário; Pós-Graduada pelo INPG/UCDB em Direito Processual Civil.

<sup>1</sup> Na mesma linha, não se pode olvidar também da Súmula 454 do STF, de 1º de outubro de 1964, que afirma: “Simple interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário” e da Súmula STJ nº 5, de 10 de maio de 1990, com praticamente o mesmo teor, porém, voltada ao recurso especial.

Não é tranquila a tarefa de se constatar estar-se ou não diante de uma questão de direito ou de fato, especificamente quando se tem em vista o mister de interposição dos recursos extraordinário e especial, como vem pontuando o processualista José Carlos Barbosa Moreira desde suas primeiras obras de comentários ao Código de Processo Civil, remontando à ordem constitucional anterior (Moreira, 2000; Wambier, 2009).

Soma-se a isso o uso indiscriminado das referidas súmulas pelas cortes superiores, com o intuito muitas vezes desviado da proposta inicial, tornando-se um mecanismo voltado apenas a reduzir o número de recursos especiais e extraordinários a terem seu mérito julgado, por conta do excesso de volume enfrentado, sem parâmetros consistentes (OMMATI, 2007). Este cenário gera ainda mais obstáculos à atividade de discernir questões passíveis de serem examinadas na via extraordinária *lato sensu* sob a ótica das citadas súmulas, já que muitas decisões têm se valido dos citados impedimentos para casos indevidos.

Deve-se ressaltar desde já que não tem este artigo o escopo de adentrar no campo da distinção entre questão de fato e de direito sob o prisma do critério ontológico, mas sim compilar os principais mecanismos usados pela doutrina e jurisprudência para diferenciar os casos de incidência ou não das citadas súmulas, buscando facilitar, assim, a correta interpretação destas e, conseqüentemente, permitir ao operador do direito averiguar quando se está de fato diante de um juízo de admissibilidade adequado no que concerne ao reexame fático-probatório.

Para serem compreendidos os contornos da vedação ao reexame de fatos e provas nos recursos excepcionais, deve-se atentar à sua origem. O nascedouro de tais óbices sumulares está interligado com a função primordial que detêm tais espécies recursais, i.e., de zelar pela incolumidade do direito objetivo federal e constitucional. O que inclui, no caso do STJ, a uniformização da interpretação da legislação federal no Brasil, e, para o STF, velar pela integridade da Constituição Federal de 1988, sendo sua a última palavra sobre a interpretação da Constituição Federal (PESSOA, 2006).

Nesse contexto, o óbice encartado nas Súmulas 7/STJ e 279/STF não se vê presente em outras espécies recursais, *verbi gratia*, na apelação e no recurso ordinário constitucional (art. 105, inc. II, Constituição Federal de 1988), para citar caso de recurso dirigido a tribunal superior. Portanto, está o impedimento do reexame intimamente ligado à natureza dos recursos excepcionais, consoante sua competência, definida constitucionalmente.

Relembra Mancuso (2007) que os recursos extraordinário e especial são também denominados excepcionais, terminologia que atine ao alcance de seu efeito devolutivo, ou à abrangência de cognição que permitem. O autor destaca 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 [...]” (p. 161).

Explana ainda Mancuso (2007, p. 161):

A limitação da devolutividade do recurso especial aos temas jurídicos 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 esse recurso como sendo de natureza extraordinária, diferenciando-o dos demais, exceto do apelo extremo do qual se originou.

Parte-se do pressuposto de que a matéria atinente aos fatos foi dirimida pelas instâncias ordinárias (MANCUSO, 2007). Assim, o que pode ser objeto dos recursos excepcionais é a matéria jurídica definida no artigo 102<sup>2</sup>, inciso

---

<sup>2</sup> Art. 102- Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Acrescentado pela EC 45-2004).

III, alíneas (matéria constitucional) e no artigo 105<sup>3</sup>, inciso III, alíneas (matéria federal), ambos da Constituição Federal de 1988, onde estão delimitadas as hipóteses de cabimento<sup>4</sup> dos recursos extraordinário e especial, respectivamente.

Restringe-se, portanto, o que pode ser objeto de tais recursos, a questões jurídicas, mais especificamente a afronta à Constituição Federal vigente e ao direito federal, respectivamente. Isso dá ensejo a que se conclua que a matéria fático-probatória – assim como a questão de lei local, pelo mesmo motivo – não pode ser objeto precípua das citadas espécies recursais (CARNEIRO, 1990).

A doutrina é pacífica em colocar as previsões constitucionais de cabimento dos recursos excepcionais (art. 102, inc. III, e art. 105, inc. III) como intimamente ligadas ao impedimento relativo ao reexame de provas contido nas súmulas: “[...] não cabe recurso extraordinário com o objetivo de o tribunal superior reexaminar prova, tendo em vista que esse pleito não se encaixa em qualquer das hipóteses de cabimento desses recursos.” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 274).

Assim, considera Saraiva (2002, p. 316) a vedação a reexame fático-probatório como consequência lógica das hipóteses de cabimento do recurso especial, elencadas na Constituição Federal vigente, trazendo à tona o pensamento por detrás da inviabilidade de reexame fático nos recursos excepcionais:

---

<sup>3</sup> Art. 105- Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Alterado pela EC 45-2004). c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

<sup>4</sup> Wambier (1998, p. 67) anota: “Como se sabe, a afronta à lei ordinária federal e à Constituição Federal são, respectivamente, os únicos possíveis fundamentos do recurso especial e do recurso extraordinário. Temos reiteradamente sustentado (...) que os demais “fundamentos”, alistados pela CF, respectivamente nos arts. 103 e 105, embora lhes tenha o legislador constitucional atribuído status equivalente, na verdade são hipóteses de cabimento, de valor praticamente (e perdoem-nos a ousadia...) exemplificativo.”



Justamente por ser um recurso que visa a verificar a correta interpretação da lei federal, não cabe a ele a discussão a respeito da verdade fática apurada pelas instâncias ordinárias, porquanto, nesse aspecto, inexistente questão federal a ser apreciada.

Conclui Saraiva (2002, p. 320), que, dessa forma,

[...] tem-se que, na investigação probatória, a busca pela verdade fática é inerente ao desenvolvimento do processo. Entretanto, essa atividade está restrita aos julgadores ordinários, a quem compete realizar amplamente a justiça, e não às Cortes Extraordinárias, cuja função é controlar a fundamentação das decisões de outros órgãos jurisdicionais.

Portanto, pode-se apontar como origem das vedações encartadas nas aludidas súmulas a natureza dos recursos excepcionais, assim entendida aquela definida pela Constituição Federal de 1988, a saber, recursos de fundamentação vinculada às hipóteses de cabimento, com a função principal de manter a higidez do ordenamento jurídico. Esta noção ajudará a guiar a interpretação dos verbetes.

## 2. Critérios para a constatação do reexame fático-probatório vedado nos recursos excepcionais

### 2.1. Critério técnico-processual

O discernimento entre questões de fato e de direito para fins de interposição dos recursos excepcionais ensejou que a doutrina criasse um critério técnico-processual, uma vez que o critério ontológico não resolvia o problema (Wambier, 1998).

A denominação do critério advém da classificação das questões em fáticas e jurídicas, conforme sejam ou não examináveis pela via do recurso extraordinário ou especial. A necessidade desse parâmetro específico foi constatada mesmo por doutrinadores da seara da filosofia do direito, visto que a distinção pode ser observada sob prisma diferente do ontológico (WAMBIER, 2008, p. 365; 1998, p. 56).

O critério vale-se do expediente de se verificar o lado para o qual recai a atividade de raciocínio do julgador, para então subdividir as questões trazidas no recurso conforme o grau de envolvimento de fatos e do direito.

A divisão separa os extremos e a zona cinzenta, exsurgindo daí três tipos de questões. Nos extremos opostos, têm-se: a) as questões puramente fáticas e b) as propriamente jurídicas. Já no campo intermediário e mais complexo, têm-se: c) os pontos “problemáticos”<sup>5</sup>, que se confundem com a própria subsunção<sup>6</sup> da norma ao fato, isto é, a avaliação do erro ou do acerto do processo subsuntivo (WAMBIER, 1998, 2008).

As questões puramente fáticas seriam aquelas que, manifestamente, não poderiam ser discutidas em sede de recurso especial ou extraordinário. Nelas, o foco de atenção do órgão julgador será, para usar os termos de Wambier (2009, p. 41), “não predominantemente, mas unicamente, os fatos subjacentes à demanda”. É o caso de ser necessário às cortes superiores perquirirem, por intermédio de reexame de provas dos autos (laudos, depoimentos, *verbi gratia*), de quem foi a culpa em acidente de veículos.

---

<sup>5</sup> O termo “problemático” foi usado pela autora não no sentido de dificuldade quanto à constatação de ser ou não questão de fato ou de direito, mas sim de “pontos problemáticos a serem resolvidos” pelo julgador.

<sup>6</sup> Oliveira, em sua obra *Recurso Especial* (2002, p. 276), traz conceito esclarecedor de subsunção: “Segundo a escola alemã da subsunção, a decisão judicial é fruto de um raciocínio silogístico, mercê do qual o juiz fixa as premissas, maior que é a norma jurídica aplicável à espécie e menor que são os fatos, para, tão somente, depois efetuar o enquadramento (subsunção) da situação de fato ao direito, extraindo, por conseguinte, os respectivos efeitos jurídicos e conclusão.”

No outro extremo, estar-se-ia diante de uma questão quase que exclusivamente de direito se já estiverem resolvidos tanto (i) os aspectos fáticos, ou seja, quais fatos ocorreram e como; quanto (ii) o “mecanismo de subsunção”. Assim, se estiverem ultrapassadas estas duas etapas, a atenção do julgador focar-se-á na “exata compreensão da regra de direito”, que, segundo a autora, insere-se no conjunto das “questões propriamente jurídicas (= de direito)” (WAMBIER, 2009), em que não há dúvidas sobre a não incidência das súmulas.

Coloca-se assim não haver questionamentos sobre se tratar de questão de direito, para fins de interposição dos recursos excepcionais, o caso em que a alegada ilegalidade se dá posteriormente à qualificação jurídica dos fatos; ou seja, quando se afirma no recurso que o acórdão perfez correta qualificação dos fatos, mas fixou uma consequência jurídica (momento posterior) equivocada, pertencente a outro instituto jurídico. Neste caso, se cuidará indubitavelmente de questão de direito para o mister pretendido, pois nem a ocorrência dos fatos nem o “mecanismo de subsunção” estão em questionamento (WAMBIER, 2009, p. 38).

Por conseguinte, há questões que não se mostram duvidosas no quesito (des)necessidade de reexame fático-probatório, pois ou certamente não autorizam a interposição de recurso especial ou extraordinário, ou, sem maiores indagações, permitem a impugnação por estas vias.

Saindo da zona de certeza, têm-se as questões que envolvem a pretensão de *alteração da qualificação jurídica dos fatos*. Neste caso, “[...] o foco sobre o qual deve recair a atenção do julgador está justamente no momento de incidência do direito [...]”, na subsunção da norma ao fato, exigindo exame mais apurado (Wambier, 1998, p. 54).

Conforme a abordagem de Wambier (2009, p. 38), é evidente estar-se diante de questão de direito quando já se ultrapassou a etapa da qualificação jurídica; contudo, na medida em que a fase do julgamento relevante para

a questão posta no recurso é justamente a qualificação jurídica (*nomen juris*) dos fatos da demanda, há que se investigar mais a fundo, vez que há envolvimento de fatos.

Está-se aqui sobre o terreno das questões em que se faz necessário verificar se os fatos precisam ou não ser revolidos à luz das provas para se concluir pela alteração da qualificação jurídica feita pela instância inferior. Assim, esta última espécie de questões contém os casos menos tranquilos a respeito de se cuidar de questão de fato ou de direito; são casos em que o “[...] encaixe entre fato e norma, a subsunção, é o que está no foco de atenção do julgador [...]” (WAMBIER, 2009, p. 42).

Para a autora, a complexidade maior de se constatar haver ou não reexame fático-probatório emerge nesse tipo de questão porque o foco pode se dar de dois modos: (i) com dúvida ou (ii) sem dúvida a respeito de que fatos ocorreram ou como ocorreram.

Vale destacar que, de acordo com o critério ontológico ou substancial, a discussão sobre qualificação jurídica ou subsunção é questão de direito por excelência, já que “[...] a incidência da norma no mundo real é o que necessária e inexoravelmente está na base de todo o raciocínio jurídico [...]” (WAMBIER, 1998, p. 42). Ou seja, sob o critério ontológico, mesmo que haja dúvida a respeito de como os fatos tenham ocorrido, está-se diante de *quaestio juris*.

O mesmo não se verifica abaixo do ângulo técnico-processual, que tem em vista os recursos excepcionais. Por esta ótica, são justamente os casos que tratam da qualificação jurídica dos fatos os que apresentam maior dificuldade, conforme Wambier (1998, p. 56): “este critério tem a função justamente de atuar nestes casos mais delicados em que, para se corrigir a ilegalidade da decisão impugnada é necessário que se refaça o processo de subsunção dos fatos à lei ou de incidência da lei no mundo empírico [...]”

Mais à frente se explanará com mais pormenor como se utilizar do critério técnico-processual para se desvendar se a questão envolvendo a subsunção enseja ou não reexame fático-probatório.

Por outro lado, há outra espécie de questão que, muito embora envolva as provas, também permite o exame do mérito do recurso extraordinário e especial sem recair nas citadas súmulas. Trata-se da atividade denominada reavaliação das provas, que atine ao fenômeno abstratamente considerado, cuidando-se de expressão cunhada pela jurisprudência (WAMBIER, 1998). Será também abordada com mais detalhe à frente.

Passa-se a expor os tipos de questões conforme a classificação proposta por Marinoni, que no artigo intitulado Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário, se propõe a resolver o problema da distinção entre questões de fato e de direito para o mister em destaque.

## 2.2. Critério de etapas de raciocínio

Marinoni (2005) esquematiza o tema do reexame fático-probatório nos recursos excepcionais adotando uma visualização que se pode denominar de “etapas de raciocínio”, já que, conforme a fase lógica do raciocínio do julgador em que a questão esteja inserida, será ou não vedada sua análise pelos recursos extraordinários, ou seja, ensejará ou não reexame fático-probatório.

Inicialmente, deve-se constatar o que configura o reexame vedado pelas súmulas em apreço. O reexame de prova, vedado nos recursos excepcionais, está 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, [ou seja,] não se quer que os recursos extraordinário e especial viabilizem um juízo que resulte da análise dos fatos a partir das provas. (2005, p. 17, grifo do autor)

Em outros termos, o que se impede, por meio da proibição do reexame de provas, é “[...] analisar se o tribunal recorrido apreciou adequadamente a prova para formar sua convicção sobre os fatos [...]” (MARINONI, 2005, p. 18). O processualista traz um julgado do STF que bem distingue de que modo a convicção está atrelada ao reexame vedado. Este envolve a força de convicção concreta da prova no caso específico, o que não se confunde com a análise em abstrato de sua eficácia como meio de prova, passível de exame nos recursos excepcionais (reavaliação de prova)<sup>7</sup>. Nessa linha, pertinente a colocação de Oliveira (2002, p. 288): “[...] a avaliação da prova, efetuada pelo órgão prolator da decisão recorrida à luz do princípio da persuasão racional, não pode ser reavaliada pela instância extraordinária.”

Consoante se mencionou, o método propõe que se classifiquem as questões conforme a etapa do raciocínio do julgador em que se encontrem, tomando como ponto de partida as questões que envolvem a relação entre o fato e a prova, o que está intimamente ligado à convicção do julgador sobre os fatos, formada com base na prova dos autos. A relação fato-prova é intangível por meio de questionamento nos recursos excepcionais, por ensejarem o vedado reexame fático-probatório.

Deve-se imaginar uma linha temporal, em que no meio se situam as questões sobre relação fato-prova, ao passo que as questões anteriores e posteriores a esse marco não importam em reexame fático-probatório.

Assim, com base nesse raciocínio, não se fala em reexame de fatos para (i) questões que antecedem a “relação fato-prova” nem a (ii) questões que lhe são posteriores. Ou seja, as questões que se situam em momento prévio àquelas acerca da convicção sobre os fatos, bem como aquelas que

---

<sup>7</sup> Entendeu-se no AgRg STF nº 69.756, 1ª. Turma, Relator Min. Rodrigues Alckmin, pela “[...] inexistência de questão federal relativa à eficácia, em tese, de determinado meio de prova, mas tão somente de apreciação da força de convicção delas concretamente [...]”, o que configura reexame não admissível em sede de recurso extraordinário (MARINONI, 2005, p. 18).



ocorrem depois do fenômeno, não importam em reexame de fatos para fins de aplicação das citadas súmulas; podem, assim, ser examinadas pelo STJ ou STF nos recursos excepcionais.

Passa-se a tratar das questões com amparo em tal classificação, que leva em conta a linha temporal de raciocínio do julgador, pois esse paradigma permite que se visualizem todas as questões passíveis de serem examinadas pela via dos recursos extraordinários *lato sensu*.

### 2.2.1. Questões antecedentes à relação fato-prova: reavaliação de provas

As questões *precedentes* à relação fato-prova seriam aquelas atinentes à reavaliação da prova, mencionadas anteriormente, isto é, aos critérios jurídicos voltados ao uso da prova e à formação da convicção, à prova considerada abstratamente quando da verificação da violação à norma federal ou constitucional.

Embora tenha o Código de Processo Civil fixado o princípio da persuasão racional como regra, existem casos de valoração em abstrato dos meios de prova, que é previamente efetuada pelo legislador, visando a barrar a utilização de meios de prova tidos como não idôneos à comprovação do fato, conforme pontua Oliveira (2002).

Aqui se atine à questão federal ou constitucional relacionada com o direito probatório, ao “[...] valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiam os raciocínios presuntivo, probatório e decisório.” (MARINONI, 2005, p. 18).

Eis o exemplo levantado por Athos Gusmão Carneiro (1990, p. 11): “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”.

Mancuso (2007, p. 172), por sua vez, vale-se do Agravo Regimental no Recurso Especial STJ nº 420.217/SC<sup>8</sup>, que muito bem discrimina reexame e reavaliação de prova:

O discrimen entre reexame e valoração da prova ficou bem extremado neste outro julgado do STJ: “A valoração da prova refere-se ao valor jurídico desta, sua admissão ou não em face da lei que a disciplina, podendo ser ainda a contrariedade a princípio ou regra jurídica do campo probatório, questão unicamente de direito, passível de exame nesta Corte. O reexame da prova implica a reapreciação dos elementos probatórios para concluir-se se eles foram ou não bem interpretados, constituindo matéria de fato, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias, insuscetível de revisão no recurso especial”.

São questões que, embora girem em torno da prova, o fazem em momento anterior ao da relação desta com os fatos da demanda, de modo abstrato, sem considerar os fatos em concreto (OLIVEIRA, 2002). É o que a jurisprudência normalmente denomina de “reavaliação da prova”. Está inserido neste contexto o direito probatório, como, *v.g.*, as regras atinentes à produção de prova, ao ônus probatório etc. Nos termos de Wambier (1998, p. 56, grifo da autora):

A esse propósito, a jurisprudência, em nosso sentir, criou distinção interessante, que, por assim dizer, abre uma brecha na regra enunciada na Súmula, que decorre da natureza e da função dos recursos extraordinário e especial.

Essa distinção consiste em separar os planos do *mero reexame* das provas e da sua *reavaliação*.

São, de fato, fenômenos distintos.

A *reavaliação* das provas tem sido permitida predominantemente (e desemboca necessariamente na possibilidade de que haja requalificação – qualificação diferente – dos fatos) quando é desobedecida norma que *determina* o valor que a prova pode ter, em função do caso concreto.

---

<sup>8</sup> Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 04.06.2002, DJU 16.12.2002.



Se no juízo do reexame probatório há pura operação mental de conta, peso e medida, na reavaliação de prova cuida-se de operação que apura infração ou não a princípio probatório (Recurso Extraordinário STF nº 76.568/GB, 1ª Turma) (OLIVEIRA, 2002).

Destaca-se que, enquanto Wambier (1998) fixa-se na ótica de que a reavaliação da prova desemboca na qualificação errônea de fatos e, portanto, configura erro de direito (ilegalidade); Marinoni (2005) frisa a topologia da reavaliação de prova, a saber, ressalta que a questão está situada em momento diverso, anterior ao da qualificação jurídica, como visto, o que parece conferir maior didática à distinção.

A afirmação do autor não exclui a da autora, apenas se complementam. Com efeito, o fato de a reavaliação de prova encontrar-se em momento anterior enseja que o erro abstrato sobre um meio de prova culminará por contaminar o restante das etapas, inclusive a qualificação jurídica dos fatos.

Há duas linhas doutrinárias acerca do âmbito de abrangência do fenômeno reavaliação de prova, dicotomia que Wambier (1998) destaca. Segundo a autora, parcela da doutrina, mais restritiva, entende ser necessária, para que se fale em reavaliação de prova – e não em mero reexame –, uma norma expressa dispondo abstratamente sobre o valor da prova; de outro lado, para outros autores, bastaria o erro na valoração da prova, mesmo sem texto expresso de norma federal ou constitucional, para que se afaste a incidência da Súmula STF nº 279 e da Súmula STJ nº 7.

Para os mais conservadores, somente haveria erro de direito sobre a valoração da prova quando a lei federal dispuser abstratamente sobre o valor da prova; ou seja, as cortes superiores somente poderiam analisar a questão se a reavaliação for decorrente de malferimento à norma específica que trata do valor da prova.

Por conseguinte, a linha restritiva entende como reavaliação de prova somente os casos em que a questão posta no recurso girar em torno de violação

a previsão expressa da lei sobre a prova abstratamente considerada, como ocorre com o artigo 6º<sup>9</sup>, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, onde consta expressamente a inversão do ônus probatório nas hipóteses elencadas.

De outro lado, tem-se a linha mais liberal, que admite a reavaliação de prova como questão de direito “independentemente de previsão legal ou constitucional expressa sobre o valor da prova”. É a posição que parece seguir Marinoni (2005, p. 18), que aponta várias possíveis alegações em recurso especial ou extraordinário atinentes à “[...] valoração dos critérios jurídicos respeitantes à utilização da prova e à formação da convicção”, alguns sem a previsão legal específica. Equivale a dizer que não se restringe a reavaliação aqui aos casos em que a lei federal dispõe sobre o valor da prova.

O autor aponta que se inserem aqui as questões acerca da aferição de licitude da prova, da qualidade da prova necessária para a validade do ato jurídico ou para o uso de certo procedimento, do objeto da convicção, da convicção suficiente diante da lei processual e do direito material, do ônus da prova, e da idoneidade das regras de experiência e das presunções.

Valem ser citadas algumas hipóteses trazidas por Marinoni (2005), que esmiúça casos que facilmente poderiam ser confundidos com o reexame vedado pelas súmulas, atinentes ao momento anterior à relação fato-prova.

Nesse jaez, cita o autor como caso em que não há reexame de prova a alegação de violação à lei do mandado de segurança consistente na afirmação de que uma decisão judicial admitiu prova diversa da documental em ação mandamental, pois o que se pretende é a aferição do valor em abstrato da prova, distante dos fatos, e não o reexame da prova para “verificação da procedência da convicção fática”. Aliás, Roenick (1998, p. 341), em sua obra

---

<sup>9</sup> 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.



sobre o reexame da prova produzida com a inicial do *mandamus*, em sede de recurso especial, critica o entendimento jurisprudencial generalizado de que a alegação de violação ao artigo 1º, da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951<sup>10</sup>, ensinaria sempre a aplicação da Súmula STJ nº 7, anotando o autor que não se cuida de reexame probatório verificar “se o direito alegado, fundado em determinada prova, era líquido e certo”.

Outra hipótese que Marinoni aponta como caso de revalorização de prova é a alegação, em recurso especial, de análise indevida dos pressupostos adequados para a formação da convicção de verossimilhança, conforme a espécie de tutela antecipatória escolhida. Em outros termos, se for requerida tutela antecipatória de *remoção do ilícito*, por exemplo, e a decisão recorrida deixar de concedê-la sob o argumento de que não há *probabilidade de dano* – o que atine a outra espécie de antecipação de tutela (tutela antecipatória inibitória, e não de remoção do *ilícito*) – é viável a discussão, já que se analisará o critério jurídico de formação da convicção de verossimilhança. Isto não se confunde com a discussão sobre ser inadequada a formação da convicção fática sobre a verossimilhança, que ensinaria o reexame. Assim, os critérios jurídicos de formação da convicção de verossimilhança podem ser reexaminados nos recursos excepcionais, mas não a convicção em si, só o que lhe antecede. De fato, esta análise é questão anterior à relação entre o fato (existência de ilícito) e a sua prova, sendo prescindível discutir se houve ou não a comprovação do ilícito para se chegar à conclusão de que houve violação à lei federal (MARINONI, 2005).

---

<sup>10</sup> Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrer-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. (revogado pela Lei 12.016/2009, corresponde atualmente ao art. 1º desta norma, que tem o seguinte teor: “Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”)

Ainda na seara da antecipação de tutela, o autor aponta como questão de direito a alegação em recurso especial de que a decisão judicial foi mais exigente que o artigo 273, do Código de Processo Civil<sup>11</sup>, ao demandar convicção além da verossimilhança, já que o dispositivo não exige a verdade, que está ligada à procedência. Não há necessidade de se reexaminarem provas para se aferir a violação ao direito federal, apenas a constatação de que o acórdão mal interpretou a norma, exigindo verdade quando a lei demanda apenas verossimilhança. Novamente, está-se diante de questão que antecede a relação fato-prova, o que não se confunde com a tentativa de fazer concluir “que as provas produzidas fizeram surgir convicção de verossimilhança”, que, ao revés, enseja o reexame vedado (MARINONI, 2005, p. 22)<sup>12</sup>.

Igualmente, pode ser revista pela via do citado recurso a decisão que entendeu somente poder um fato ser demonstrado por prova documental (art. 366 e art. 401, do Código de Processo Civil) ou pericial, vez que não há necessidade de reexame de prova ou reelaboração da convicção nesta análise. Assim também, quanto ao valor da prova pericial, poderia ser discutida no recurso especial a violação ao artigo 336, do Código, que, segundo Marinoni (2005), ao afirmar que o juiz não está adstrito a esta espécie de prova, prescreve de forma implícita que a decisão somente pode não se valer do resultado da perícia excepcionalmente.

Da mesma forma – o que pode soar óbvio, segundo Marinoni (2005) –, o debate sobre admissão de prova ilícita (violação ao art. 5º, inc. LVI, da

---

<sup>11</sup> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

<sup>12</sup> Não se confundem as situações acima retratadas com a alegação em recurso especial de que os fatos contidos no acórdão recorrido constatarem – ou não, conforme requerente ou requerido seja o recorrente – verossimilhança e *periculum in mora*. Esta também é questão de direito que, portanto, não enseja o reexame; contudo, enquanto aquelas são questões anteriores à relação fato-prova, esta atine à qualificação jurídica dos fatos, sendo-lhe posterior.



Constituição Federal de 1988) não é merecedor do óbice da Súmula STF nº 279; mas, ressalva Oliveira (2002), aludindo a uma alegação de afronta, em recurso especial, ao artigo 332<sup>13</sup>, do Código de Processo Civil: desde que para tanto não se tenha que analisar o material probatório produzido.

Também é discutível no âmbito extraordinário *lato sensu*, para Marinoni (2005), a decisão judicial que exige prova sobre fatos que dela não dependem, conforme artigo 334, do Código de Processo Civil<sup>14</sup> – fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos como incontroversos, ou com presunção legal –, já que neste caso o juiz não precisa formar convicção sobre eles “enquanto fatos individuais”. Neste ponto, se se pretende discutir a conclusão de uma decisão acerca da existência de uma presunção absoluta (art. 334, inc. IV, Código de Processo Civil) a partir de um fato incontroverso, não se está diante do óbice do reexame fático-probatório (MARINONI, 2005, p. 28-9)<sup>15</sup>.

Neste ponto, vale transcrever excerto de notícia publicada no *site* do STJ<sup>16</sup>, em que o Ministro daquela corte, Félix Fischer, trata tanto da reavaliação de prova como da alteração da qualificação jurídica dos fatos como espécies de questões passíveis de serem examinadas pelas cortes superiores nos recursos excepcionais:

---

<sup>13</sup> Prescreve o dispositivo que meios de prova legais e moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código de Processo Civil, são hábeis a provar.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> Porém, alerta Marinoni (2005) que, quando houver necessidade de prova sobre a notoriedade, e não sobre o fato em si, a discussão sobre a definição da notoriedade ensejaria renovação da convicção sobre esta, não permitindo que a questão seja discutida no STJ.

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 7*: como o STJ distingue reexame e reavaliação da prova. Brasília, DF, 2012. Não paginado. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104787](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104787)>. Acesso em: 3 jan. 2013.

Na ocasião, o ministro Fischer teceu algumas considerações acerca da diferença entre reexame e reavaliação de prova. Ele explicou que a reavaliação de elementos aceitos pelo acórdão do tribunal de origem é questão jurídica e que não se pode negar às instâncias superiores a faculdade de examinar se o direito à prova foi malferido ou se os juízes negaram o direito que as partes têm de produzi-la. Isto é, “não é só em consequência do erro de direito que pode haver má avaliação da prova. Ela pode decorrer também do arbítrio do magistrado ao negar-se a admiti-la”. (BRASIL, 2012).

Mais uma vez se nota a distinção entre reavaliação de prova e qualificação jurídica dos fatos, que se denominou como “erro de direito”, embora se possa assim chamar também o erro atinente à reavaliação de prova.

Constata-se ser muito tênue a linha que separa a reavaliação de provas do vedado reexame, entendido este fenômeno como intimamente ligado à incursão nas provas dos autos para alterar a convicção sobre os fatos.

Em suma, deve-se concluir que a reavaliação de provas estará presente quando o foco da discussão no recurso for a prova abstratamente considerada, caso em que não se falará em reexame fático-probatório, pois, embora se leve em consideração a prova dos autos, não se analisa a relação fato-prova, isto é, não se está em busca dos fatos por meio das provas.

### 2.2.2. Questões posteriores à relação fato-prova: pretensão de alteração da qualificação jurídica dos fatos e da consequência jurídica

Avançando na linha do tempo e passando-se pelas questões que *antecedem* a relação fato-prova (atinentes à reavaliação de prova, de que se acabou de tratar) e pelas que se situam na própria relação fato-prova (que exigem o reexame fático-probatório), tem-se a terceira etapa, das questões *posteriores* à relação fato-prova, que, assim como as anteriores à relação fato-prova, não importam em reexame fático-probatório (MARINONI, 2005).

Cuida-se aqui das discussões a respeito da qualificação jurídica dos fatos, isto é, o *nomen juris* dado à situação fática encontrada no processo, bem como da fase imediatamente posterior, que alude às discussões sobre a consequência jurídica aplicável ao instituto descoberto pela qualificação jurídica (WAMBIER, 2009).

Com efeito, Wambier (1998) refere-se a esta última espécie de questão, que neste trabalho se integrou a essa linha cronológica de raciocínio: seria a *quaestio* situada após a qualificação jurídica dos fatos, atinente à consequência jurídica prevista no ordenamento como relacionada com instituto jurídico diverso daquele obtido com a qualificação jurídica correta do fato. Como bem coloca a autora (1998, p. 56): “talvez mais flagrante, mas não mais grave, seja esta espécie de afronta à lei”.

É a isso que Saraiva (2002, p. 327) alude quando afirma: “[...] se o aresto recorrido optar pela aplicabilidade de uma norma federal que não corresponda ao exato enquadramento formulado pelo julgador, estar-se-á diante de violação que não configura, em si, reapreciação dos fatos.” O enquadramento referido é a qualificação jurídica, que não é questionada no caso, estando-se a focar em fase posterior, qual seja, de aplicação de norma diversa da utilizada pelo julgado anterior para a mesma qualificação jurídica.

Pode-se, assim, subdividir as questões posteriores à relação fato-prova em dois tipos: uma subsequente à outra na ordem de raciocínio do julgador.

Pois bem. Primeiramente, trataremos da pretensão de alteração da qualificação jurídica dos fatos feita pelo julgador. Se esta estiver acompanhada de dúvida sobre como os fatos ocorreram, enseja reexame fático-probatório.

Portanto, para se descobrir se se está diante de questão reexaminável pela via dos recursos excepcionais, nestes casos não tão óbvios, quando está em foco a subsunção, propõe que não será de direito, para fins de cabimento dos recursos em exame, a questão em que a ilegalidade (*lato sensu*) não seja

vislumbrável pelos elementos descritos no acórdão. Assim, será questão de fato, segundo este método, a pretensão de reavaliação de “[...] como os fatos teriam ocorrido, em função da análise do material probatório produzido.” (WAMBIER, 1998, p. 56).

É o caso do exemplo citado por Athos Gusmão Carneiro (1990, p. 12), em que a controvérsia consistia no questionamento sobre se determinada manifestação de vontade por instrumento público deveria ser qualificada como reversão de doação, doação condicional ou doação *causa mortis*: “[...] a qualificação jurídica do ato de vontade determinará qual a lei incidente e, pois, sua eficácia.”. O questionamento não estava sobre a formação da convicção sobre a ocorrência do fato, mas apenas sobre sua qualificação jurídica.

Demarcou-se, portanto, um importante ponto para definir o que vem a ser questão de direito para fins de cabimento dos recursos excepcionais, nestes casos menos evidentes, quando se ataca no recurso a qualificação jurídica dos fatos. O marco a ser observado é a presença, *no acórdão recorrido*, da descrição dos elementos fáticos necessários à compreensão da tese federal ou constitucional.

Assim, em sede de recurso especial e extraordinário, as cortes superiores somente poderiam corrigir a qualificação jurídica efetuada pela instância inferior quando a dúvida recair somente sobre a subsunção em si, isoladamente, por estarem os fatos delineados no acórdão. A questão que envolve a alteração da qualificação jurídica dos fatos não configurará reexame fático-probatório se não houver que se perquirir sobre os fatos.

A diferença entre a visão de Marinoni (2005) e Wambier sobre a questão atinente à qualificação jurídica é apenas o modo de visualização, chegando os autores à mesma conclusão. Com efeito, enquanto o autor classifica de antemão tais questões como de direito por já partir da premissa de que os fatos estão descritos no acórdão, Wambier (1998) alude a ambas as possibilidades conjuntamente – se há ou não dúvida sobre os fatos – para

só então separá-las. Ou seja, Marinoni pressupõe que, quando se fala em questão sobre qualificação jurídica dos fatos, trata-se dela isoladamente, como a única questão do recurso, independente de questionamento sobre a relação fato-prova.

Se a qualificação jurídica não for o único objeto da dúvida, ou do questionamento recursal, abrangendo este também a relação fato-prova, ter-se-á que examinar a prova dos autos para possibilitar conclusão diversa sobre a ocorrência do fato. Logo, estar-se-á diante de questão cujo reexame é vedado nestas espécies recursais.

Assim, imagine-se um acórdão da instância local que decide não ter havido redução remuneratória por servidores públicos, o que restou constatado e exposto na fundamentação do *decisum*, por meio do cotejo entre holerites do mês anterior e do mês posterior à alteração legislativa da fórmula de cálculo de determinada parcela remuneratória. Pela sistemática descrita, a não ocorrência do fato “decesso da remuneração total” não pode ser objeto de revolvimento pelas cortes superiores, pois o acórdão afirmou que o fato ocorreu. Portanto, a questão posta no recurso não pode depender da alteração de tal conclusão do acórdão, ainda que se objetive a alteração da qualificação jurídica do fato. Somente se pode pretender ver analisado o mérito do recurso que almeje dar outra qualificação jurídica ao fato se não se pretender alterar o fato em si, isto é, se já se partir da premissa fática assentada no acórdão, já que os tribunais superiores não se prestam a averiguar a justiça da decisão, por não serem meras terceiras instâncias, como bem coloca Oliveira (2002).

Não pode, assim, ser examinado o mérito de um recurso extraordinário que, sob a roupagem de burla ao artigo 37, inciso XV, da Constituição Federal de 1988 (princípio da irredutibilidade salarial dos servidores públicos), depende, ainda que não declaradamente, da alteração da conclusão do acórdão sobre a não ocorrência da redução, o que exigiria, implícita ou explicitamente, nova análise das provas constantes dos autos. Nesse sentido:

[...] mesmo que o órgão prolator da decisão tenha incorrido em erro na apreciação da prova, desde que a norma jurídica aplicada seja aplicada ao quadro fático avaliado, não se afigura admissível o recurso especial. (OLIVEIRA, 2002, p. 280).

Nas palavras de Wambier (1998, p. 56, grifo da autora):

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.*

Já a pretensão recursal de mera alteração da qualificação jurídica dada ao fato, isto é, que parta do arcabouço fático-probatório fixado no acórdão, não enseja reexame. Seria a hipótese de se atacar a conclusão do acórdão de que teria havido redução remuneratória global, e, portanto, ofensa ao art. 37, XV, da CF (pretensão de alteração da qualificação jurídica), em um caso no qual o fato narrado na decisão foi apenas a redução de *parcela* remuneratória, deixando-se explícito no bojo do acórdão que se manteve intacta a remuneração global. Por conseguinte, valendo-se dos fatos descritos no acórdão, pretende-se alterar a qualificação jurídica dada àqueles, o que, *per se*, não é vedado pelos óbices sumulares.

Assim, o que deve nortear a distinção é a necessidade ou não de se investigarem os fatos, o que pressupõe análise das provas dos autos. Com efeito, as cortes superiores, no que tange à competência definida nos artigos 102, III, e 105, III, da CF/88, não têm a função de corrigir erros atinentes à constatação dos julgadores sobre os fatos, mas apenas sobre as normas, que qualificam os fatos. Nesse sentido, *in verbis*:

[...] Não ofende o princípio da Súmula 7 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão

recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados. (STJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Corte Especial, julgado em 02/06/1999, DJ 16/08/1999, p. 36.).

Deve-se ter em mente, assim, não se estão presentes fatos na discussão, e sim se há dúvida sobre a sua ocorrência, por não estarem explicitados no acórdão. A utilização dos fatos descritos na decisão para se alterar sua qualificação, como se viu, é questão de direito; há questão de fato, ao revés, quando há necessidade de se discutir se a prova leva à ocorrência ou não dos fatos.

Nesse passo, a terminologia da Súmula STF nº 279 e da Súmula STJ nº 7, “reexame de prova” está tecnicamente correta, pois é o revolvimento da prova que enseja a questão de fato, “[...] visto que é lícito ao Superior Tribunal de Justiça efetuar atividade cognitiva, em sede de recurso especial, da situação fática retratada na decisão recorrida, desde que confrontada com legislação federal.” (OLIVEIRA, 2002, p. 281).

Ainda neste contexto, para Oliveira (2002), no caso de decisão concessiva ou denegatória da antecipação de tutela, a alegação em recurso especial de que os fatos contidos no acórdão recorrido configuram ou não verossimilhança e *periculum in mora* refere-se à qualificação jurídica dos fatos; não há reexame fático-probatório porque o tribunal superior pautará sua cognição sobre a subsunção da lei federal (art. 273 do CPC) aos fatos já delineados no acórdão.

Para o autor, também se inclui, na categoria de questões sobre qualificação jurídica dos fatos – portanto, passível de exame pela via dos recursos excepcionais – a qualificação ou interpretação jurídica de cláusula contratual. Isto não se confunde com o que é expressamente vedado pela Súmula STF nº 454, e pela Súmula STJ nº 5: a simples interpretação de cláusula contratual. É o mesmo raciocínio a ser seguido no caso da Súmula STF nº 279

e da Súmula STJ nº 7, como se vê no exemplo trazido pelo autor, que informa ser possível a pretensão, em recurso especial, de alterar a natureza jurídica da cláusula contratual interpretada pelo tribunal de origem como moratória, para compensatória.

O julgado abaixo, do STJ, é didático ao diferenciar caso de ofensa à Súmula STJ nº 7 de hipótese em que é possível o reexame da matéria, em questão envolvendo a qualificação jurídica dos fatos. Traz, igualmente, como critério estarem os fatos descritos no acórdão para que se afaste a aplicação da súmula:

*Recurso especial. Não ofende o princípio da Súmula 7 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados. (AgRg nos EREsp 134108/DF, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/06/1999, DJ 16/08/1999, p. 36). (grifo nosso).*

Assim, segundo o julgado, que se coaduna com os critérios doutrinários antes descritos, é possível alterar a qualificação dada aos fatos em sede de recurso especial; o que não se permite é concluir diversamente sobre a ocorrência dos fatos.

Mais um exemplo de afastamento da súmula em caso de alteração na qualificação jurídica dos fatos é o do Agravo Regimental no Recurso Especial STJ nº 1.293.221/RS<sup>17</sup>, de cuja ementa se transcreve o seguinte excerto:

[...] 2. Recurso da entidade de previdência privada. 2.1. Violação ao artigo 535 do CPC não configurada. Acórdão da Corte local, complementado no julgamento de embargos declaratórios, que

---

<sup>17</sup> Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 06.09.2012, DJe 28.09.2012.



enfrentou, de modo fundamentado, todos os aspectos essenciais à resolução da lide. 2.2. Pretensão de incorporação do abono salarial único nos proventos da aposentadoria complementar. 2.2.1. *A análise da controvérsia prescinde de interpretação de cláusula contratual e reexame de prova, motivo pelo qual não incidem, na espécie, as Súmulas 5 e 7 do STJ. Fatos incontroversos delimitados no acórdão recorrido. Não há divergência sobre o teor das normas coletivas* (que concedem abono único aos bancários ativos em determinados períodos), *mas apenas acerca da definição da natureza jurídica da citada verba* para fins de incorporação ou não no benefício previdenciário complementar. (grifou-se).

Não se pode deixar de pontuar que, apesar de se constatarem critérios aptos a resolver o dilema do reexame fático-probatório, não são raras as decisões monocráticas que negam seguimento aos recursos com invocação da Súmula STF nº 279 e da Súmula STJ nº 7, mesmo em casos que certamente não seriam considerados questões de reexame fático-probatório, se seguidos os critérios acima aludidos.

Encontram-se decisões que se valem da justificativa de que a corte *a quo* julgou com base em provas, como se isto pudesse ser critério capaz de diferenciar questões de fato e de direito para os fins das súmulas. Destaca-se que se constatou menos a utilização de critérios equivocados na decisão e mais fundamentações deficientes, no que concerne à aplicação da Súmula STF nº 279 e da Súmula STJ nº 7, o que fere a exigência do artigo 93<sup>18</sup>, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 e o artigo 458<sup>19</sup>, inciso II, do Código de Processo Civil.

---

<sup>18</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

<sup>19</sup> Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: [...] II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; [...].

Relata a doutrina também, com menos frequência, julgados que, inversamente, entenderam ser questão de direito, e não reexame, casos onde aparentemente se fez necessário revolver o conjunto de provas dos autos, sem que os fatos estivessem alinhavados no acórdão recorrido. Ommati (2007, p. 96/7) traz como exemplo o Recurso Especial nº 268.249/DF<sup>20</sup>, em que se sopesou um fato (preterição na ordem de chamada de concurso público) não considerado pelas instâncias inferiores, o que se revela pela forma como iniciou o ministro Félix Fischer em seu voto: “da análise dos documentos acostados à inicial”.

### 3. Considerações finais

Pôde-se verificar que nem sempre é tarefa fácil descortinar quais hipóteses envolvem reexame fático-probatório a impedir o conhecimento dos recursos excepcionais.

Uma pesquisa simples de jurisprudência no *site* do STJ ou do STF revela um elevado número de decisões monocráticas que negam seguimento por aplicar as citadas súmulas. Muitas delas carecem de uma motivação específica e aprofundada que justifique o não conhecimento sob este fundamento. Felizmente, como visto, também há muitos julgados que definem verdadeiros nortes aos operadores do direito, coadunando-se com os critérios doutrinários aqui vistos.

Quem opera junto às cortes superiores vê uma atuação muitas vezes superficial quanto à aplicação dos referidos óbices sumulares. Talvez esse agir decorra do sempre invocado volume excessivo de processos com que tais tribunais deparam, frequentemente acompanhado do discurso de se restringir cada vez mais o acesso do jurisdicionado mediante a via recursal. Assim, o cenário de incertezas quanto ao cabimento ou não dos recursos extraordinários,

---

<sup>20</sup> Recurso Especial nº 268.249-DF. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Ministro Relator: Felix Fisher, j. 25.06.2002. DJ 19.08.2002.

à luz do reexame de fatos e provas, parece advir não apenas da dificuldade de discernimento entre questões de fato e de direito – que, como se viu, não se restringe ao plano ontológico, permeando igualmente a seara técnico-processual –, originando-se também do aumento do que se denomina de jurisprudência defensiva, que nem sempre se preocupa com a fundamentação das decisões denegatórias de recurso nem com a consistência dos julgados.

Apesar disso, também se observou ser perfeitamente possível traçar critérios para nortear a distinção entre questão de fato e de direito no que concerne ao reexame fático-probatório. A doutrina e a jurisprudência viram a necessidade de apontar um critério técnico-processual, assim designado por se voltar especificamente à impugnação das decisões pela via extraordinária, já que o critério ontológico não tem serventia nessa seara.

Viu-se que o envolvimento dos fatos sempre ocorrerá, já que o fenômeno do direito se dá quando da incidência da norma no mundo dos fatos. Contudo, o que deve nortear a aplicação da Súmula STF nº 279 e da Súmula STJ nº 7 é a verificação do que necessita ser reexaminado, revolido, para que se altere a conclusão jurídica da instância anterior, em função da natureza excepcional dos recursos extraordinário e especial, conforme definida na Constituição Federal.

Para tanto, Marinoni vale-se da ordem cronológica, por assim dizer, das etapas de raciocínio do julgador, para distinguir as questões, consoante o objeto de discussão que o recurso reclama, o que, combinado aos parâmetros de Wambier, resultam em quatro tipos: (i) a questão anterior à relação fato-prova (reavaliação de prova), que leva em conta a prova abstratamente considerada (v.g., discussão sobre o ônus probatório); (ii) a questão atinente a alterar a convicção do julgador, que envolve a relação fato-prova em si e, portanto, implica no vedado reexame; (iii) a questão imediatamente posterior à relação fato-prova, relacionada com a discussão sobre a qualificação jurídica dos fatos (caso que demanda a averiguação de constarem ou não os fatos relevantes no acórdão) e; (iv) a questão também posterior à relação

fato-prova, quando já ultrapassada a discussão sobre a qualificação jurídica dos fatos, alusiva à aplicação da consequência jurídica adequada ao instituto jurídico encontrado por intermédio daquela.

Consoante o norte trazido por Marinoni (2005), que aqui se denominou de etapas de raciocínio, percebeu-se que todas as vezes que, para se constatar a ofensa à norma no recurso, tiver que ser revolvida a relação fato-prova, que atine diretamente à convicção sobre os fatos, haverá reexame fático-probatório, vedado pelas citadas súmulas. Assim, dar-se-á o reexame fático-probatório quando se pretender em tais recursos viabilizar um “juízo que resulte da análise dos fatos a partir das provas” (MARINONI, 2005).

A *contrario sensu*, afastam a aplicação da Súmula STF nº 279 e da Súmula STJ nº 7 as questões anteriores e as posteriores à relação fato-prova. Ambas ensejam a ilegalidade, o erro de direito, e não atinem diretamente à formação da convicção mediante a prova dos autos, mas estão situadas em momentos diversos.

No que concerne à última espécie de questões, *i.e.*, quando estiver em jogo a pretensão de alterar a consequência jurídica, não haverá dúvidas de que se cuida de questão de direito, pois se presume ter passado da etapa de subsunção da norma ao fato.

Para o penúltimo tipo, contudo, referente à pretensão de alteração da qualificação jurídica, deve se averiguar se há ou não a necessidade de se examinarem as provas dos autos para se concluir pela ocorrência ou não do fato, se tal fato for relevante à *quaestio* jurídica.

Afastam-se do reexame, portanto, tanto as questões sobre reavaliação de prova, como aquelas sobre qualificação jurídica dos fatos que partam da premissa fática estabelecida pelo acórdão, além das questões que ultrapassaram essa etapa de qualificação jurídica, recaindo na fase de aplicação da consequência jurídica ao instituto descoberto pela qualificação.

Pode-se concluir, então: ainda que a alegação da parte recorrente verse sobre fatos, se estes forem incontroversos e estiverem descritos no acórdão, cuidar-se-á de questão de direito a pretensão de alteração da sua qualificação jurídica, que afasta a aplicação das citadas súmulas.

Assim, a relevância dos fatos para a compreensão da questão jurídica e, igualmente, a importância dos fatos para o acórdão recorrido não ensejam necessariamente o reexame fático-probatório vedado pelas súmulas.

Por fim, podem ser condensados em breves linhas os seguintes parâmetros: não será verificado o vedado reexame quando se discute apenas o direito probatório (reavaliação de prova), bem como nas hipóteses em que a questão jurídica *não* esteja atrelada à dúvida sobre *se* ou *como* os fatos relevantes se deram.

## 4. Referências Bibliográficas

BRASIL. Presidência da República. *Legislação*. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 3 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudências*. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 3 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 7: como o STJ distingue reexame e reavaliação da prova*. Brasília, DF, 2012. Não paginado. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/porta1\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104787](http://www.stj.gov.br/porta1_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104787)>. Acesso em: 3 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Jurisprudências*. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta1/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 5 jan. 2013.

CARNEIRO, A. G. Anotações sobre o recurso especial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 654, p. 7-15, abr. 1990.

CARNEIRO, A. G. *Recurso especial, agravos e agravo interno: exposição didática: área do processo civil, com invocação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CAVALCANTE, M. C. *Recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Dialética, 2003.

DIDIER JÚNIOR, F.; ZANETI JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais* 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 3.

MANCUSO, R. C. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 9. ed., rev., ampl. e atual. com a Reforma do Judiciário (EC 45/2004). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Série Recursos no Processo Civil, v. 3).

MARINONI, L. G. Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, v. 53, nº 330, p. 17-33, abr. 2005.

MOREIRA, J. C. B. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2000. v. 5.

NAGIB, M. F. U. A competência recursal extraordinária do STF e do STJ. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 2, nº 7, p. 141-173, jul. 2007.

NERY JÚNIOR, Nº Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257). In: MEDINA, J. M. G. et al. (Coord.). *Poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 966-973.

OLIVEIRA, G. K. L. *Recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Recursos no Processo Civil, v. 9).

OMMATI, J. E. M. Crítica à distinção entre reexame e reavaliação de prova na jurisprudência do STJ. *Panóptica*, Vitória, ano 1, nº 5, p. 93-102, jan. 2007.



PESSOA, R. D. Juízo de mérito e grau de cognição nos recursos de estrito direito. In: NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 495-520. (Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos, v. 10).

ROENICK, H. H. C. A Súmula nº 7 do STJ e o reexame em sede de recurso especial da prova produzida com a petição inicial do mandado de segurança. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 25, nº 73, p. 336-341, jul. 1998.

SANTOS, C. Competência do Superior Tribunal de Justiça recurso especial e recurso ordinário. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 20, nº 151, p. 9-31, ago. 1996.

SARAIVA, J. *Recurso especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002.

WAMBIER, T. A. A. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, nº 92, p. 52-70, out./dez. 1998.

WAMBIER, T. A. A. Recurso especial e ações de família. *Revista de Processo*, ano 34, v. 176, p. 36-49, out. 2009.

WAMBIER, T. A. A. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. reform. e atual. da obra controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAVASCKI, T. A. Jurisdição constitucional do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, nº 212, p. 13-23, out. 2012.