REEXAME DA PROVA DIANTE DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

LUIZ GUILHERME MARINONI

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL DA UFPR. PÓS-DOUTOR PELA UNIVERSIDADE DE MILÃO. VISITING SCHOLAR NA COLUMBIA UNIVERSITY. ADVOGADO EM CURITIBA E EM BRASÍLIA

1 Aferição dos critérios jurídicos para a utilização da prova e para a formação da convicção judicial

Quando se pensa na relação entre a prova[1] e os tribunais não é possível esquecer da questão da impossibilidade do seu reexame por ocasião dos recursos especial e extraordinário.

Nessa linha, cabe lembrar a importância da prova para a formação da convicção judicial e, diante disso, do valor da imediatidade entre o juiz e a sua produção para uma prestação jurisdicional de maior qualidade. A imediatidade é privilégio do juiz de primeiro grau, embora isso não constitua obstáculo para a reapreciação dos julgados pelos tribunais mediante recurso de apelação, pois esses podem reexaminar a prova para formar a sua própria convicção sobre os fatos. Os tribunais, ainda que destituídos do benefício da imediatidade, estão autorizados a re-julgar a matéria de fato.

Os recursos especial e extraordinário, entretanto, não viabilizam novo exame da causa, nos moldes do recurso de apelação. Tais recursos têm âmbito restrito, permitindo apenas o reexame da solução que pode ter afrontado a lei federal (recurso especial – art. 105, III, CF) ou a Constituição Federal (recurso extraordinário – art. 102, III, CF).

[1] Para maior aprofundamento, ver Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Prova*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, 2ª. ed.

Bem por isso, dizem as Súmulas 279 do Supremo Tribunal Federal e 7 do Superior Tribunal de Justiça[2] que os referidos recursos não permitem o reexame de prova. Ocorre que a doutrina e os tribunais têm tido dificuldades em precisar esse conceito.

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*.[3] 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.

Note-se que o que se veda, mediante a proibição do reexame de provas, é a possibilidade de se analisar se o tribunal recorrido apreciou adequadamente a prova para formar a sua convicção sobre os fatos. Assim, por exemplo, é proibido voltar a analisar as provas que convenceram o tribunal de origem sobre a presença de culpa.

---

[2] 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".

[3] "STF-Recurso extraordinário – Acórdão que, pelo exame das provas, concluiu ser inexata a versão dada aos fatos pelo recorrente – *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, no caso examinado*. Reexame inadmissível em recurso extraordinário. Agravo regimental não provido" (STF, 1ª. Turma, Relator Min. Rodrigues Alckmin, AgRg 69.756; *RTJ* 82/414).

2 Prova, motivação e qualificação jurídica dos fatos

Como é óbvio, o problema do reexame da prova não possui relação com a falta de motivação e com a qualificação jurídica dos fatos.

A ausência de motivação constitui, por si só, violação do Código de Processo Civil e da Constituição Federal, pouco importando o conteúdo da decisão que deixou de ser motivada. Uma decisão que, além de não motivada, violou critério jurídico ao estabelecer uma presunção – por exemplo -, é, antes de tudo, violadora do dever de motivar. A motivação, por ser necessária à aferição do uso adequado da prova, configura razão suficiente para a impugnação da decisão.

Por outro lado, a qualificação jurídica do fato é posterior ao exame da relação entre a prova e o fato e, assim, parte da premissa de que o fato está provado. Por isso, como é pouco mais que evidente, nada tem a ver com a valoração da prova e com a perfeição da formação da convicção sobre a matéria de fato.[4] A qualificação jurídica de um ato ou de uma manifestação de vontade

---

[4] "STF-Mandato – Questão de direito. Se o acórdão reconheceu a existência evidente dum mandato, negado pela instância local e atribui-lhe os efeitos de lei, decidiu então sobre a qualificação jurídica do ato, o que é questão de direito, e não de fato.

(...)

Não menos improcedente é a argüição de discrepância com a Súmula 279. Com efeito, foi preocupação louvável do eminente relator do acórdão embargado afastar de vez e por antecipação, a insinuação de que pudesse tratar-se de reexame de matéria de fato. Nessa linha de raciocínio, enfatizou S. Exa.: 'Quando se considerasse que o embasamento da demanda se tivesse feito com vista ao vício da simulação, e seu reconhecimento emergisse, por inteiro, da prova, a toda evidência descaberia o apelo para a apuração da sua existência ou não, nos termos da Súmula 279. Todavia, antes de apreciá-la e quiçá para aceitá-la, partiu o acórdão, considerando os instrumentos procuratórios transcritos na escritura, que não constituíam eles mandato e pelas razões antes referidas.' Vê-se, de trecho tão elucidativo, que não cuidou o venerando aresto impugnado de proceder a reavaliação da prova, senão de dar nova qualificação jurídica ao ato controverso. E, ao fazê-lo, o r. acórdão deparou-se com aquilo que o honrado Ministro Luiz Gallotti denominou de *erro conspícuo* na qualificação do ato jurídico. Entendeu a douta Turma julgadora, que os instrumentos procuratórios revestiam todos os requisitos legais, habilitando o mandatário à prática dos atos neles consignados. Qualificado o ato jurídico como mandato, deram-se-lhe os efeitos que estavam a reclamar a melhor solução da causa. Isto, obviamente, não importou reexame da matéria de fato, razão por que inexiste a

acontece quando a discussão recai somente na sua qualidade jurídica. Se a controvérsia diz respeito à qualificação de uma manifestação de vontade por instrumento público, é claro que sequer se chega perto de reexame de prova, pois aí não importa nem mesmo saber sobre a utilização da prova ou a respeito da formação da convicção sobre o fato, mas somente sobre a sua qualificação jurídica, vale dizer, se essa manifestação constitui reversão de doação, doação condicional ou doação "mortis causa" – por exemplo[5].

3 Prova essencial à validade do ato jurídico

De acordo com o art. 366 do CPC, quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta. Embora esse artigo fale de prova, o instrumento público aí exigido é dito da "substância do ato". Na verdade, trata-se do chamado documento substancial, que não se presta a provar, mas sim a constituir o direito.

Diante disso, se uma decisão dispensa o instrumento público diante de ato cuja existência dele depende, há evidente violação de lei federal, apta a ser corrigida mediante recurso especial. A alegação recursal de inexistência desse documento não enseja simples reexame de prova, mas sim a análise da existência do próprio ato.

4 Uso de prova incompatível com determinado procedimento

---

suposta divergência jurisprudencial" (STF-*RTJ* 74/144). *Sublinhe-se que os julgados do STF, referidos neste item, foram proferidos antes da criação do STJ e, portanto, antes da existência do recurso especial.*

[5] Nessa linha, vale frisar lição do Ministro ATHOS GUSMÃO CARNEIRO: "Todavia, a qualificação jurídica de uma manifestação de vontade é *quaestio iuris* que, em tese, pode ser objeto de recurso extraordinário-especial. Em processo de que somos relator, discute-se se determinada manifestação de vontade, por público instrumento, constitui 'reversão' de doação, ou doação condicional, ou doação *mortis causa*, ou manifestação de última vontade. A qualificação jurídica do ato de vontade determinará qual a lei incidente e, pois sua eficácia" (CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. In: *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 117).

Como é sabido, o mandado de segurança não admite o uso de prova diferente da documental. Assim, caso se afirme, em sede de recurso especial, que uma decisão admitiu o uso de prova diversa da documental no mandado de segurança, há inquestionável alegação de violação de lei federal, sendo equivocado pensar em pretensão de simples reexame de prova.

Nesse caso, existe apenas aferição do valor da prova que fundou o julgamento do recorrido, e não reexame da prova para a verificação da procedência da convicção fática.[6]

5 Discussão sobre a qualidade da prova necessária ao uso do procedimento

Além disso, o procedimento monitório requer a chamada prova escrita. O CPC alude apenas a "prova escrita sem eficácia de título executivo" (art. 1.102-a), sem dar qualquer outro indicativo desse conceito, deixando de precisar o conceito de prova escrita ou de apontar as provas que mereceriam o qualificativo de "escrita".

De modo que não deve ser rara a discussão a respeito de se a prova oferecida pelo autor da ação monitória realmente constitui "prova escrita". Aqui

---

[6] Nessa linha, a seguinte decisão do STJ: "(...) 1. CONOTAÇÃO PROCESSUAL. O artigo 1.º da Lei n.º 1.533, de 1951, a cujo teor o mandado de segurança protegerá 'direito líquido e certo', não é uma senha que abre as portas do recurso especial; o único efeito dessa regra é o de que o 'direito' que dependa de dilação probatória está excluído no âmbito do *writ*. 2. RECURSO ESPECIAL. *Para os efeitos do recurso especial, o artigo 1.º da Lei n.º 1.533, de 1951, só é invocável: a) se, havendo prova documental pré-constituída, o juiz ou o tribunal entender incabível o mandado de segurança; b) se, havendo necessidade da dilação probatória, o juiz ou o tribunal decidir o mérito do mandado de segurança, à base de elementos insuficientes. Recurso especial não conhecido*" (STJ, 3ª. Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, REsp 92777/RS, DJU: 24/04/2000, p.50) Mas, o STJ também também tem decidido em sentido diverso: "(...)1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de não se conhecer da insurgência especial quando a alegada violação do artigo 1.º da Lei 1.533/51 está consubstanciada na demonstração de direito líquido e certo a amparar *mandamus*, pois, para a verificação de sua existência, *é imperativo o reexame de provas demonstrativas do alegado, vedado pelo enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte* (...)" (STJ, 6ª. Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, REsp 507922/SC, DJU 28/06/2004, p.429).

não importa, como é evidente, definir tal conceito, mas apenas evidenciar que ele pode ser discutido no caso concreto.

Nessa discussão não entra a questão de se saber se o juiz se convenceu adequadamente sobre os fatos, mas sim a de se o juiz poderia ter julgado com base em determinada prova - afirmada não merecedora do qualificativo de "escrita".[7] Nesse sentido, o que se coloca no recurso especial diz respeito à natureza da prova sobre a qual a decisão se apoiou. O enfrentamento da natureza da prova utilizada em concreto não pode ser confundido com a análise da convicção fática que a partir dela se formou.

6 Convicção de verossimilhança

O art. 273 do CPC fala em convicção de verossimilhança, conceito sobre o qual há sérias dúvidas na doutrina e nos tribunais, especialmente porque se pretende tratar desse conceito apenas em uma perspectiva processual, esquecendo-se da obviedade de que toda convicção *incide sobre um objeto, o qual, nesse caso, pertence ao plano do direito material.*

Portanto, pouco importa concluir que não se pode analisar, mediante recurso especial, a idoneidade da convicção de verossimilhança, pois ninguém discute que a convicção fática não pode ser reavaliada.

---

[7] "STJ-(...) 2. O art. 1.102 'a', do CPC, dispõe que: (...) 3. A ação monitória tem base em prova escrita sem eficácia de título executivo. Tal prova consiste em documento que, mesmo não provando diretamente o fato constitutivo do direito, possibilite ao juiz presumir a existência do direito alegado. Em regra, a incidência da aludida norma legal há de se limitar aos casos em que a prova escrita da dívida comprove, de forma indiscutível, a existência da obrigação de entregar ou pagar, que é estabelecida pela vontade do devedor. *A obrigação deve ser extraída de documento escrito, esteja expressamente nele a manifestação da vontade, ou deduzida dele por um juízo da experiência. 4. A lei, ao não distinguir e exigir apenas a prova escrita, autoriza a utilização de qualquer documento, passível de impulsionar a ação monitória, cuja validade, no entanto, estaria presa à eficácia do mesmo*. (...) 10. Recurso não provido (STJ, 1a. Turma, Rel. Min. José Delgado, REsp 423131/SP, DJ de 02/12/2002).

O que realmente importa é saber se os critérios jurídicos de formação da convicção de verossimilhança foram utilizados de maneira adequada, quando é imprescindível cogitar a respeito do objeto material da tutela antecipada.[8]

Isso significa que a análise da convicção de verossimilhança requer, como antecedente lógico, a descoberta dos diferentes pressupostos das várias tutelas antecipatórias – ditas tutelas de urgência quando vistas somente em perspectiva processual. Tais tutelas têm diferentes pressupostos conforme sejam inibitória, de remoção do ilícito, de ressarcimento na forma específica e do adimplemento na forma específica – por exemplo.[9] Melhor explicando: a compreensão do conceito de convicção de verossimilhança depende da natureza da tutela antecipatória requerida, pois a convicção de verossimilhança, como acontece também com a convicção de verdade, não pode ser compreendida fora do caso concreto.

A tutela antecipatória pode ser preventiva ou repressiva e, nesse último caso, ter por objeto um ato contrário ao direito, um dano, um inadimplemento total ou um cumprimento imperfeito da obrigação. Não é preciso dizer que os pressupostos de cada uma dessas tutelas são completamente distintos.

Quando se alega, no recurso especial, que o tribunal recorrido deixou de devidamente analisar os pressupostos da tutela antecipatória *não se cogita acerca*

---

[8] Porém, afirma-se, simplesmente, que os conceitos de prova inequívoca e de verossimilhança não podem suscitar o especial em razão da Súmula n. 7: "(...) 2. Inviável o pronunciamento da Corte acerca do acerto de decisão concessiva de tutela antecipatória, não prosperando a argumentação atinente ao malferimento do art. 273 do CPC, *porquanto os conceitos de 'prova inequívoca', 'verossimilhança', etc, estão intrinsecamente ligados ao conjunto fático dos autos, incidindo a censura do verbete da súmula 07/STJ*. 3. Recurso especial não conhecido" (STJ, 6ª. Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, REsp 463106/RS, DJ de 24/02/2003). De qualquer forma, embora tratando de questão diversa, está correta a decisão do STJ que reformou acórdão que havia questionado a possibilidade da concessão da tutela antecipada em *determinada espécie de ação*: "(...) Esta Corte vem reiterando o entendimento no sentido da *possibilidade de se conceder a tutela antecipada em qualquer ação de conhecimento, seja declaratória, constitutiva ou mandamental*, desde que presentes os requisitos e pressupostos legais. Verificados estes, na instância ordinária no momento da concessão, o aresto recorrido culminou por afrontar o art. 273 do CPC ao reformá-la. Recurso provido" (STJ, 5a. Turma. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, REsp 473072/MG, DJ de 25/08/2003).

[9] Ver MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo: Ed. RT, 2010, 3ª. ed..

de inadequada formação da convicção fática, mas sim de indevida consideração do direito material. Lembre-se que a tutela antecipatória pode ter como pressuposto (por exemplo): i) a probabilidade de vir a ser praticado ato contrário ao direito (tutela antecipatória inibitória), ii) a probabilidade de vir a acontecer dano (tutela antecipatória inibitória), iii) a probabilidade de ter ocorrido ato contrário ao direito (tutela antecipatória de remoção do ilícito), além do iv) fundado receio de dano que deve se juntar à probabilidade de ter ocorrido inadimplemento total ou cumprimento imperfeito (tutela antecipatória do adimplemento na forma específica).[10]

Assim, se o Ministério Público requer, em ação civil pública, a apreensão liminar de produtos ilicitamente expostos à venda, e a decisão recorrida deixa de conceder a tutela antecipatória sob a alegação de inexistência de probabilidade de dano, há evidente violação do direito material, pois pressuposto dessa tutela antecipatória é a probabilidade de a exposição à venda *constituir ilícito – ato contrário ao direito – e não a probabilidade de vir a ocorrer dano.* [11]

7 Desconsideração da convicção suficiente

Pior que isso é a desconsideração da convicção suficiente para a concessão da tutela antecipatória. O art. 273 do CPC, como dito, afirma expressamente que para a concessão dessa tutela basta a convicção de verossimilhança.

Não obstante, são freqüentes as decisões que não admitem a antecipação da tutela sob o argumento de inexistência de convicção de verossimilhança sem qualquer alusão e justificativa acerca das razões que levaram a tal conclusão. Quando isso ocorre pode inexistir apenas uma ilegítima despreocupação em relação ao objeto da convicção, mas muitas vezes a exigência de uma convicção que está além da verossimilhança, chegando perto a de verdade – necessária apenas para a procedência do pedido.

---

[10] Ver MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit.

[11] Ver MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela inibitória*, São Paulo: Ed. RT, 2003, 3ª. ed.

Acontece que o juiz, diante de requerimento de antecipação da tutela, não está autorizado a exigir uma convicção mais aprofundada que a estabelecida no art. 273. *O respeito à convicção fixada como suficiente pelo legislador é uma garantia do jurisdicionado, que tem direito a obter a antecipação da tutela, no caso em que demonstra perigo, quando há "verossimilhança preponderante", isto é, quando o seu direito é mais verossímil que o do réu.*

É claro que há ilegalidade quando o juiz expressamente afirma que é necessário convicção de verdade, pois há aí flagrante violação do ditado legislativo que lhe obriga a contentar-se com a verossimilhança. Mas, na generalidade dos casos de desconsideração da convicção de verossimilhança, o juiz supõe que essa convicção não está presente. Isso porque desconhece o significado dessa modalidade de convicção, especialmente porque está acostumado a raciocinar a partir da convicção de verdade.

A convicção de verossimilhança se expressa mediante a idéia de verossimilhança preponderante. Isso quer dizer que, no caso de perigo, o juiz deve analisar se o direito do autor é mais provável que o do réu, isto é, se a preponderância pende para o lado da parte autora. Em caso positivo, apenas poderá deixar de conceder a tutela na hipótese em que a sua concessão puder acarretar risco de prejuízo irreversível ao direito que, no caso concreto, tiver valor maior que aquele que o autor pretende ver imediatamente tutelado. Se o juiz deixar de conceder a tutela, mas dessa forma não raciocinar e motivar, a sua decisão terá violado o art. 273 do CPC.

Perceba-se que a aferição de tal violação não requer o reexame das provas, e portanto é cabível em sede de recurso especial. Não há como confundir reexame de prova para a formação da convicção com desconsideração da suficiência da "verossimilhança preponderante". No entanto, alguém menos avisado poderia argumentar que para a constatação da verossimilhança preponderante é preciso examinar as provas. Contudo, aqui se está tratando da hipótese em que o juiz nega ou não compreende que a verossimilhança preponderante é suficiente - violando o art. 273 - e não se concluindo que é

possível reexaminar se as provas produzidas fizeram surgir convicção de verossimilhança.

8 Redução das exigências de prova e direito material

De lado a hipótese em que a convicção de verossimilhança é estabelecida na lei, existem situações de direito material que permitem ao juiz reduzir as exigências de prova, obviamente que justificando.

Isso acontece, quando a situação específica de direito material, para ser bem tratada, naturalmente requer a redução das exigências de prova. Nessas situações, o direito material não se compatibiliza com a convicção de verdade; a dificuldade de o autor provar o seu direito torna racional a admissão de uma convicção que não seja da mesma intensidade daquela usualmente exigida para a procedência do pedido.

Assim, por exemplo, nos casos de lesões pré-natais, em que não é possível exigir do autor a prova capaz de levar à convicção de verdade de que um acidente automobilístico foi o responsável pelo dano à saúde do recém-nascido. Do mesmo modo, na hipótese em que não se pode provar, de maneira a formar convicção de verdade, que a atividade da empresa ré é diretamente responsável pelo dano ambiental.

Agora não importa saber se a redução do módulo de prova é justificável nessas situações. O que interessa, nesse momento, é evidenciar que o juiz, ao reduzir o módulo da prova – evidentemente justificando -, pode violar a norma que impõe ao autor o ônus da prova. Na mesma perspectiva, quando a situação concreta permitir a conclusão de que não se pode solicitar algo mais do autor, a decisão violará a regra do ônus da prova ao deixar de reduzir as exigências de prova.

Por isso, o recurso especial pode tratar da questão da redução do módulo de prova, sem que se possa pensar que o seu enfrentamento possa significar reexame de prova. No recurso especial é possível discutir a questão de se a

decisão poderia, ou não, ter reduzido a convicção usualmente necessária para a procedência do pedido.

9 Inversão do ônus da prova, verossimilhança da alegação e hipossuficiência

O art. 6º, VIII, do CDC admite a inversão do ônus da prova em duas situações: i) no caso de verossimilhança da alegação e ii) na hipótese de hipossuficiência.

A decisão respeitante à verossimilhança da alegação somente é possível por ocasião da sentença. Nessa ocasião, tratando-se de relação de consumo, o juiz deve julgar procedente o pedido quando a alegação do autor for verossímil. Em tal caso, fala-se que o juiz deve inverter o ônus da prova. Entretanto, a força das palavras não é capaz de eliminar a realidade, uma vez que a constatação de verossimilhança é que permite o julgamento de procedência, até porque é irracional pensar em inverter o ônus da prova quando a instrução já acabou. De qualquer forma, é de inversão do ônus da prova que se fala quando se conclui que a alegação é verossímil.

No outro caso, de hipossuficiência, deve-se entender que hipossuficiente é aquele que, diante do caso concreto, possui grande dificuldade de produzir a prova, assim justificando a inversão do ônus da sua produção, que, por isso mesmo, evidentemente deve ser feita na audiência preliminar para dar à parte - que em princípio não está gravada com o ônus - a oportunidade de produzi-la.

Embora tais possibilidades tenham sido estabelecidas no CDC, são aplicáveis a todas as situações de direito material que tenham as mesmas peculiaridades do direito do consumidor. Mas, pretende-se aqui apenas demonstrar que a decisão que trata da inversão do ônus da prova pode ser objeto de recurso especial.

Não se diga, como já fez o STJ, que “o indeferimento do pedido de inversão do ônus da prova na origem, por não se tratar de hipossuficiência, mas, também, pela impossibilidade de se aferir da razoabilidade da verossimilhança das

alegações do consumidor, *conceito de índole fático-probatório, atrai a censura da súmula 7 do STJ*, impedindo o conhecimento do especial, manejado sob o fundamento de maltrato ao art. 6º, VIII do CDC".[12] Lembre-se de que os critérios da hipossuficiência e da verossimilhança da alegação são autônomos, o que significa que, para a inversão do ônus da prova, ambos não precisam estar presentes. O juiz, para decidir sobre a hipossuficiência, deve considerar apenas a dificuldade de produção de prova.. Portanto, a decisão a respeito de hipossuficiência não pode impedir o especial sob o argumento de impossibilidade de reexame de prova. Além disso, como dito no item anterior, 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.[13]

---

[12] STJ, 4ª. Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Resp 474359/RJ, julg. em 04.05.2004.

[13] "(...) 1. A inversão do ônus da prova, como já decidiu a Terceira Turma, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao 'critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (art. 6.º, VIII). *Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da 'facilitação da defesa' do direitos do consumidor.*' (REsp n.º 122.505-SP, da minha relatoria, DJ de 24/8/98).

(...)

3. *Recurso especial conhecido e provido, em parte*" (STJ, 3ª. Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, REsp 332869/RJ, DJ de 02/09/2002).

"STF-Fraude contra credores. Ação pauliana para anular atos de transmissão gratuita de bens (art. 106 do C. Civil). Ônus da prova da insolvência ou solvência do devedor alienante; a este é que cabe provar, para elidir a ação, haver continuado solvente a despeito dos atos translativos impugnados. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(...)

10 Determinação da credibilidade da prova

O juiz, antes de valorar as provas, deve estar certo de que a prova é idônea para formar o seu convencimento. Prova idônea, nesse sentido, é a que passou pelo teste de credibilidade. Para o juiz decidir sobre a credibilidade de uma prova, deve enfrentar certos critérios, precisamente determinadas regras de experiência. São as regras de experiência que devem guiar a aferição da credibilidade da prova.

Quando essa aferição for explícita, seja em razão de contradita da testemunha, seja em virtude de alguma circunstância a ter exigido, o juiz deve precisar a solidez da regra de experiência utilizada, justificando a sua aplicação no caso concreto. No caso em que tal aferição não tiver sido explicitada – e não houver violação ao dever de motivação -, ainda assim será possível dizer que a prova, diante de sua evidente inidoneidade, não poderia ter sido valorada para formar a convicção judicial.

Em qualquer uma dessas hipóteses, não há como negar a possibilidade de se discutir eventual violação do direito à prova em razão de incorreta aferição da sua credibilidade. Não ocorrerá, nessas situações, reexame de prova, mas sim a verificação de se a prova poderia ter sido valorada.

Analisar se uma prova poderia provar não é o mesmo que examinar a convicção que a decisão recorrida formou a partir das provas valoradas. Em tais

---

O v. Acórdão recorrido, prolatado em grau de embargos, louvando-se na doutrina do r. julgado da apelação, assentou que a embargante, ora recorrente, não fizera prova da insolvência e da fraude contra a credora. *Não se cuida aqui do reexame de provas* senão apenas da prevalência da tese de que cabe à autora da ação pauliana fazer a prova da insolvência dos devedores, decorrente do ato de liberalidade feito em favor de uma filha, ou se tal prova compete ao credor impugnante da liberalidade. E embora essa tese seja controvertida na doutrina e na jurisprudência, o Colendo Supremo Tribunal em dois recentes julgamentos, pelo menos como os indicados pela recorrente, propugnou pela que transfere ao réu da pauliana o ônus da prova de que, a despeito da liberalidade ou alienação, continuou solvente e apto para responder por outras dívidas anteriores em favor do credor" (STF-*RTJ* 75/659).

circunstâncias, o recurso ficará limitado à análise de uma regra de experiência, ou seja, de uma regra de juízo, pois a análise da credibilidade da prova não poderá ser feita quando, para se determinar a sua própria credibilidade, houver a necessidade de reexame de provas, como pode ocorrer diante da contradita.

11 Regras de experiência e presunções judiciais

Por outro lado, não é possível esquecer o papel das regras de experiência na formação das presunções. As presunções são formadas a partir dos indícios, ou melhor, das provas indiciárias, mas sempre com base em regras de experiência – comuns ou técnicas.

Nos recursos especial e extraordinário certamente não é possível reexaminar a prova indiciária e a convicção respeitante ao fato indiciário – também dito indício. Contudo, para chegar à presunção, o juiz raciocina ancorado em regras de experiência. É possível que o juiz aplique regra de experiência comum já totalmente desacreditada por outra regra de experiência comum ou que confronte com regra de experiência técnica, ou ainda que considere regra de experiência técnica sabidamente não mais aceita pela comunidade científica. Nessas situações, quando o uso da regra de experiência, por parte do juiz, não exigiu a produção de prova, nada pode impedir o questionamento da sua utilização. Note-se que, nessa hipótese, *a regra de experiência não foi pensada com base em prova nenhuma, mas apenas permitiu ao juiz raciocinar, a partir de uma prova indiciária e de um indício, para fixar a presunção. Aí não há qualquer discussão sobre a prova indiciária, mas apenas impugnação da idoneidade da regra de experiência e, por mera conseqüência, da presunção.* Mas, a discussão da presunção em tal perspectiva obviamente não requer o reexame de prova. Perceba-se que *não há nem mesmo reexame da presunção enquanto elemento de formação da convicção, mas somente indagação a respeito da regra de experiência que conduziu o raciocínio judicial até a presunção.*

Nessa linha, o recurso especial – ou extraordinário – pode discutir se a adoção de uma regra de experiência violou a lei ou a Constituição Federal.[14]

12 Começo de prova escrita

De acordo com o art. 402 do CPC, "qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal, quando: i) – houver *começo de prova por escrito*, reputando-se tal o documento *emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova*; ii) ...". A alusão a *"começo" de prova* traz implicitamente a idéia de que a sua apresentação não é capaz de liberar o autor do ônus da prova. Isso, aliás, também decorre claramente da circunstância de que a sua utilização é elemento que confere ao autor a *oportunidade do uso da prova testemunhal, e isso quando emanou da parte contrária.* Nesse sentido, tal prova somente pode ser entendida como aquela que, apesar de não suficiente para o cumprimento do ônus da prova, autoriza que a tentativa de convencimento judicial também seja feita por intermédio da prova testemunhal. Não é sem razão, portanto, que o Código Civil italiano, ao tratar desse conceito, alude a uma prova "*che faccia apparire verosimile il fatto allegato*" (art. 2.724, 1).

Pois bem. Caso a decisão recorrida enfrente a questão do conceito de prova por escrito, admitindo-a ou não, o recurso especial pode ser admitido para a sua discussão. Note-se, porém, que o mesmo não ocorre quando não se discutiu o conceito de prova por escrito, mas essa foi valorada juntamente com a prova testemunhal.[15]

---

[14] "STJ-Recurso Especial – Erro sobre critérios de apreciação da prova – Matéria de direito – Cabimento do recurso. O erro sobre critérios de apreciação da prova *ou errada aplicação de regras de experiência são matérias de direito, e, portanto, não excluem a possibilidade de recurso especial"* (STJ, 5ª. Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, REsp 46.186-3/DF; *RT* 725/531).

[15] "STF-Execução para cobrança de cheque não pago pelo Banco sacado em conseqüência de contra-ordem. Defesa do emitente-executado alegando descumprimento, pelo exeqüente, do negócio subjacente. *Falta de começo de prova por escrito do invocado contrato*. Impossibilidade de comprová-lo por prova testemunhal. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(...)

13 Fatos que apenas podem ser demonstrados mediante as provas documental e pericial

Segundo o art. 400, II, do CPC, o juiz deve indeferir a inquirição de testemunhas sobre fatos que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados. No primeiro grupo (documento) estão incluídas as hipóteses dos artigos 366[16] e 401[17] do CPC. No segundo estão os fatos que exigem prova pericial. No caso em que um fato não pode ser demonstrado por meio de documento ou de testemunha, mas somente mediante análise técnica, a prova pericial não pode ser dispensada.

Porém, o que importa, como é intuitivo, é sublinhar que a decisão que analisou se um fato apenas poderia ser objeto de prova documental ou pericial pode ser objeto de recurso especial. Nesse caso, evidentemente, não há necessidade de reexame de prova ou de re-elaboração da convicção, mas apenas a verificação de se a decisão, ao exigir prova documental ou pericial, não violou o CPC.

14 Valor da prova pericial

Diz o art. 436 do CPC que "o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo

---

Para comprovar esse contrato, cujo valor ultrapassa Cr$100.000,00, o executado fez inquirir testemunhas e apresentou documentos, que foram considerados pela decisão recorrida como começo de prova por escrito para os efeitos dos artigos 401 e 402, I, do CPCl. Entretanto, o acórdão incorreu *em erro na qualificação legal dessa prova, visto que nenhum dos documentos foi produzido ou emanou do embargado*..." (STF-*RTJ* 91/674).

[16] Art. 366 do CPC: "Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta". Essa norma, como já dito, não se refere a uma prova, mas sim a um requisito para a validade do ato.

[17] O contrato cujo valor supera o décuplo do maior salário mínimo vigente no país no momento em que foi celebrado não pode ter a sua existência demonstrada mediante prova exclusivamente testemunhal. Ver também os artigos 402 e 403 do CPC.

formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos". Lembre-se, contudo, que quando a prova pericial não for suficiente para esclarecer o fato, o juiz deve pedir esclarecimentos (art. 435) e, se for necessário, determinar o que se chama de "segunda perícia" para corrigir a primeira (art. 437 e ss).

Como a prova pericial é uma prova técnica e, assim, mais "objetiva" do que a testemunhal, *o seu poder de convencimento também é mais forte*. Portanto, a liberdade de o juiz formar a sua convicção com base em outras provas, quando produzida a prova pericial, está condicionada à explicação da razão pela qual a perícia não foi suficiente para esclarecer os fatos ou os motivos pelos quais os esclarecimentos solicitados ao perito, assim como a "segunda perícia", não puderam suprir as suas imperfeições.

Embora a necessidade de motivação seja algo que deva acompanhar toda e qualquer decisão, a sua ausência, na situação em que o resultado da perícia é desconsiderado, implica em negação dos direitos à motivação e à prova e em violação ao art. 336 - que, ao dizer que o juiz não está adstrito à prova pericial, implicitamente afirma que a decisão pode deixar o resultado dessa prova de lado somente em hipóteses excepcionais.

15 A questão da coerência lógica da decisão

O chamado critério da coerência lógica possui muita importância para o controle da motivação da decisão. Para esse critério importam os elementos lógicos da decisão, especialmente os relacionados à não-contradição e à coerência inferencial.[18]

Não é possível que uma decisão aceite um mesmo fato como verdadeiro e falso, confira determinada qualidade - de verdadeiro ou de falso - a fatos que são contrários ou contraditórios, ou empregue regras de inferência incompatíveis. Quando um mesmo fato é considerado em um momento verdadeiro e em outro falso, ou quando fatos inconciliáveis são admitidos como verdadeiros ou falsos, a

[18] TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 294.

decisão certamente padece de vício de ausência de lógica. O mesmo ocorre quando a decisão emprega, em um mesmo contexto, regras de experiência excludentes.

Nessas situações, o controle da decisão pode ser feito não apenas em grau de apelação, pois a aceitação da ausência de coerência lógica não exige re-elaboração da convicção ou simples reexame da prova, mas apenas a análise dos elementos narrativos componentes da decisão.

16. A congruência da decisão

A coerência lógica é interna à decisão, defluindo da adequação da motivação, ao passo que, muitas vezes, a decisão deixa de se relacionar de modo pertinente com a prova, seja por não considerar um fato provado, seja por admitir um fato não provado. Nesse caso há o que se chama de ausência de congruência entre a decisão e os fatos provados.[19]

Em tais hipóteses, também não há pretensão de formação de nova convicção sobre as provas. Existe apenas afirmação de que a decisão deixou de tomar em conta uma prova – ou um fato provado - ou considerou um fato não provado. Tanto a decisão que ignora uma prova[20] - ou um fato provado -, quanto a

---

[19] TARUFFO afirma que as decisões incompletas ou "supra-abundantes" são incongruentes. É "supra-abundante" a decisão que se refere a um fato alegado, mas não provado (TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 295-296).

[20] "STF-Anistia fiscal. Imposto de selo. *Deixando de dar valor a prova válida (e acolhida por sentença passada em julgado), para ater-se a prova obtida sem instrução administrativa que foi anulada*, o acórdão recorrido violou o disposto no art. 118 do Código de Processo Civil/1939, e divergiu da jurisprudência do STF. Questão que diz respeito à valorização da prova, e não à sua interpretação. Recurso extraordinário conhecido e provido em parte.

(...)

A inovação das alíneas a e d do preceito constitucional pertinente, recorre extraordinariamente a União Federal, alegando que o julgado, ao dar pela inexistência do crime de sonegação fiscal, ofendeu o critério legal da valorização da prova, com o que negou vigência aos art. 118 e 252 do anterior Código de Processo Civil, e que os indícios da intenção dolosa e do intuito de fraude estão provados nos autos, de forma a

que admite um fato que não foi provado, são completamente estranhas ao material probatório e, por conseqüência, violadoras do Código de Processo Civil e da Constituição Federal.[21]

---

caracterizar o crime de apropriação indébita, tendo a decisão atacada, por entender de modo diverso, conflitado com jurisprudência que cuida da matéria relacionada com a prerrogativa do juiz de julgar por livre convencimento e a maneira de se apreciarem as provas dos autos.

(...)

Consagra a jurisprudência da Suprema Corte, trazida a cotejo, o entendimento de que a prerrogativa de julgar por livre convencimento não outorga ao juiz contrariar a prova produzida.

(...)

Ora, deixando de dar valor a prova válida – o termo de exame a f. 116 – e prova essa acolhida por sentença passada em julgado (o recurso *ex officio* versava o despacho de extinção do processo proferido depois de a sentença passar em julgado, porque a anistia se aplicava também aos processos definitivamente julgados pelo Poder Judiciário), o acórdão recorrido violou o disposto n art. 118 do Código de Processo Civil de 1939 e dissentiu do julgado desta Corte (RE 27.990, RF 163/177). Trata-se, sem dúvida, de caso típico de valorização de prova, e não de sua interpretação" (STF-*RTJ* 81/280).

[21] Cabe ressaltar, aqui, que o STF vem afirmando que a violação da norma constitucional, para autorizar o extraordinário, deve ser direta e frontal: "STF-RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Violação à norma constitucional. *Alegação que demanda o prévio exame de normas ordinárias. Inviabilidade, uma vez que a alegada afronta deve ser direta e frontal* Ementa oficial: *A violação de norma constitucional capaz de viabilizar o acesso do recurso a esta sede extraordinária há de ser direta e frontal e não aquela que demandaria o prévio exame das normas ordinárias"* (STF, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, AgRg em AI nº 216.262-3-PE, julgado em 17.08.1998 - *RT* 759/161).

"STF-CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ALEGAÇÃO DE OFENSA À C.F., art. 5.º, II, XXXV, XXXVI, LIV e LV. I. Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, inocorrendo o contencioso constitucional. II. Decisão contrária ao interesse da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (C.F., art. 5.º, XXXV). III. A verificação, no caso concreto, da existência, ou não, do direito adquirido, situa-se no campo infraconstitucional. IV. Alegação de ofensa ao devido processo legal: C.F., art. 5.º, LIV e LV: *se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais, E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal.* V. Agravo não provido (STF. RE 154158 AgR/SP. Segunda Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. DJU: 20/09/2002, p. 00112).

"STF-(...) Alegação de ofensa ao art. 5.º, incisos XXXV, LIV e LV, bem assim ao art. 93, IX, todos da Constituição da República (....) Hipótese configuradora, quando muito, *de ofensa reflexa ao texto constitucional (...). A alegação de ofensa ao texto constitucional, cuja invocação reclame exame prévio e*

17 Erro na compreensão da prova em abstrato

A prova equivocadamente compreendida ou conceituada em abstrato não se confunde com a prova que, por ter sido mal valorada, conduziu a uma convicção distorcida. Quando se diz que houve erro na compreensão da prova em abstrato não se afirma que a sua valoração foi mal feita e, assim, não se deseja uma re-elaboração da convicção judicial.

Note-se que a valoração da prova implica na relação entre a prova – abstratamente considerada de forma perfeita – e o fato, ao passo que a compreensão da prova em abstrato supõe o conhecimento do conteúdo e do significado da prova enquanto instrumento para a demonstração de um fato.

Havendo erro na compreensão do conteúdo e do significado da prova, dizendo a decisão, por exemplo, que o documento afirma algo que não está dito nas próprias palavras nele contidas, há admissão de uma prova inexistente nos autos.

18 Prova ilícita

Soa óbvio que a afirmação de prova ilícita não requer o reexame da prova, pois está longe de propor apenas a formação de uma nova convicção. Pretende-se, nesse caso, a análise de se a prova constitui instrumento lícito para servir à demonstração dos fatos.

Diante do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, que diz que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos", as decisões que

---

necessário da legislação comum (ordinária e complementar), mesmo que se trate de matéria eleitoral, não viabiliza o trânsito do recurso extraordinário, eis que a verificação de desrespeito à Constituição federal dependerá, sempre, da análise do Código Eleitoral, da Lei de Inelegibilidade e de outros diplomas legislativos equivalentes. Precedentes" (STF, 2ª. Turma, Rel. Min. Celso de Mello, AI 469699 AgR/MA, DJ de 30/09/2003).

enfrentam a questão da licitude das provas podem ser levadas ao STF por meio de recurso extraordinário.

Tanto a decisão que admitiu a prova sem conceituá-la como ilícita, quanto a que admitiu a prova ilícita mediante a aplicação da regra da proporcionalidade, como ainda a que não admitiu a prova por considerá-la ilícita, podem ser objeto de recurso extraordinário ao STF.

19 Decisão acerca de fatos que não dependem de prova

O art. 334 do CPC diz que "não dependem de prova os fatos: i) notórios; ii) afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; iii) admitidos, no processo, como incontroversos; e iv) em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade". O autor está dispensado de provar esses fatos e, por conseqüência, o juiz não necessita formar convicção sobre eles enquanto fatos individuais, devendo os considerar provados quando da valoração do conjunto probatório, isto é, das demais provas e argumentos de convicção.

A notoriedade é uma qualidade do fato que é conhecido no momento e no lugar em que a decisão é proferida. Quando for necessário produzir prova sobre a *notoriedade* – nunca sobre o *fato em si*, pois o art. 334, I, afirma que o fato, admitido como notório, não precisa ser provado -, obviamente não há como pensar em rediscutir a convicção a respeito da notoriedade. Porém, mesmo que a definição de notoriedade não tenha exigido prova, mas seja fundada na convicção do juiz – devidamente motivada -, tal questão não pode ser levada ao STJ, pois implicaria em renovação da formação da convicção sobre a notoriedade do fato.

Isso significa que o recurso especial apenas pode discutir a notoriedade no caso em que a decisão considerou um fato olhando para outro, isto é, considerou um fato no lugar do outro para concluir a respeito da notoriedade. Perceba-se que, nesse caso, embora possa não ter sido necessária a produção de prova sobre a notoriedade, não houve simples compreensão de uma prova em abstrato ou mera qualificação jurídica de um fato reputado existente, mas sim a definição da natureza ou dos contornos do próprio fato afirmado como notório. A notoriedade,

em outras palavras, é uma qualidade que diz sobre a natureza de um fato, e não sobre a sua expressão jurídica, como quando se discute a respeito de uma manifestação de vontade.

É sabido que a confissão gera a dispensa de prova e a presunção de veracidade - quase que absoluta - sobre o fato confessado. A dispensa de prova não elimina a possibilidade da convicção se formar em sentido contrário ao da confissão. Não há racionalidade em aceitar um fato - ainda que confessado - que é *logicamente inexplicável por intermédio das regras de experiência ou que colide frontalmente com outros fatos também aceitos como verdadeiros.*

De qualquer forma, a questão dos efeitos da confissão pode ser posta no recurso especial. O STF já decidiu, há muito tempo, que tal questão não tem o veto da Súmula 279, pois não exige o reexame de prova.[22] Porém, a situação não

---

[22] "STF-Confissão extrajudicial feita por escrito tem a mesma eficácia probatória da judicial. Inteligência do art. 353 do CPC. Valor vinculante do juiz, por se tratar de prova legal. Provado o fato, cumpria ao réu provar o fato impeditivo ou extintivo do direito do autor, art. 333, I e II do CPC. Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação nos termos da sentença de primeiro grau.

(...)

O v. Acórdão recorrido, entretanto, reformando a sentença, julgou improcedente a ação porque, além da confissão do réu, nenhuma outra prova apresentou o autor. Negou, assim, o v. Acórdão recorrido valor à confissão escrita de dívida, cuja autenticidade não era impugnada, ou cuja validade, como manifestação de vontade, não era contestada por qualquer vício legal.

(...)

Defiro o recurso. A questão, ao que me parece, não tem o veto da Súmula 279, porquanto não se cuida aqui de reexame de prova. O cerne do litígio está no silogismo temático do ônus probatório, como se infere das perspectivas antagônicas em que se colocaram as decisões nas duas instâncias ordinárias. É razoável a posição defendida pelo recorrente com o aval da sentença de primeiro grau; se havia confissão formalizada (artigo 353 do CPC) que o réu se propôs enfaticamente neutralizar, a ele passou, integral, o encargo elidente (artigo 333, II do CPC). A razão de julgar do acórdão, com inversão de tais regras, leva, em princípio, a considerar ocorrente motivação para a abertura da instância extraordinária de forma a se facultar o norte qualificado do Pretório Excelso.

(...)

Assim, não podia o v. Acórdão recorrido negar efeito à confissão extrajudicial plena consubstanciada no documento de f. 48, não impugnado.

(...)

é tão simples, uma vez que requer a distinção entre a decisão que negou efeito à confissão, que a ela deu efeito pleno, desconsiderando os outros argumentos de prova, e a decisão que valorou a confissão como um dos elementos integrantes da formação da convicção.

Todas essas decisões podem ser objeto de recurso especial, embora devam ser devidamente compreendidas. A decisão que nega efeito à confissão, assim como a que lhe confere eficácia plena, trata do efeito da prova em abstrato, e não da prova como elemento gerador da convicção. Porém, em relação à decisão que atribuiu efeito à confissão, valorando-a juntamente com os demais elementos probatórios, é preciso mais cuidado. Se o vencido afirmou que a confissão tem eficácia plena, e assim não pode ser enfraquecida pelos demais argumentos de prova, o recurso especial pode ser admitido para que se decida a respeito do valor abstrato da confissão. Entretanto, se nunca se cogitou da eficácia plena da confissão, não cabe pretender re-elaborar a convicção que se formou a partir dela, sob pena de o STJ incidir em reexame de prova.

De acordo com o art. 302 do CPC, o réu deve "manifestar-se *precisamente* sobre os fatos narrados na petição inicial", presumindo-se verdadeiros "os fatos *não impugnados*", salvo: i) se não for admissível, a seu respeito, a confissão; ii) se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; iii) se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Diante disso, se a decisão, para presumir – ou não - um fato como verdadeiro, trata da admissibilidade da confissão em relação a ele ou da necessidade de a petição inicial estar acompanhada de instrumento público, o recurso especial pode enfrentar uma questão ou outra, alegando violação dos artigos 302, I ou II e 334, III.

Por outro lado, o art. 302, III, evidencia que, para que um fato possa ser

---

O autor provou, pela confissão válida, o seu crédito, e o réu não conseguiu ilidir a confissão ou demonstrar a sua invalidade. O v. Acórdão recorrido, portanto, negou vigência aos arts. 333 e 353 do CPC" (STF, 2ª. Turma, Rel. Ministro Cordeiro Guerra, RExt n. 82.001/ SP - *RTJ* 75/326).

considerado não-contestado, não é suficiente apenas a não–contestação, sendo preciso verificar se outras alegações, contidas na contestação ou mesmo na reconvenção, não significam, mesmo que implicitamente, a sua negação. Se o réu deixa de contestar um fato de forma específica, o efeito da não contestação – ou seja, a admissão do fato como verdadeiro – somente se produzirá se as demais alegações da defesa não forem tomadas como negação do fato que não foi contestado de maneira individualizada.[23]

Por isso, para que um fato não-contestado possa ser presumido verdadeiro, é necessário analisar a defesa globalmente, verificando se é possível concluir, a partir do conjunto das alegações do réu, que o fato que não foi contestado de forma especifica foi aceito como verdadeiro.

Isso quer dizer que, para que o juiz possa admitir um fato que não foi contestado, deve justificar que a defesa, em seu aspecto global, supriu a não-contestação específica. Se isso não foi feito, e a não-contestação foi alegada, a decisão que considerou o fato não-contestado não só deixou de ser fundamentada, como violou os artigos 302, III e 334, III, do CPC.

Em último lugar, diz o art. 334, no seu inciso IV, que os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade não dependem de prova. Nesse caso, a prova ou a análise fática não têm qualquer importância, pois o juiz é vinculado pelas conclusões hipotéticas da lei. Diante dessa modalidade de presunção – dita absoluta – a prova é inútil, pouco importando a sua intenção, ainda que voltada a demonstrar que a presunção parte de um silogismo falso.[24] Nessa situação, toda prova ou contraprova é destituída de relevância, uma vez que o suporte fático do silogismo, embora tenha sido importante para a sua fixação como hipótese normativa, não possui qualquer significado no caso concreto.

Deixe-se claro que, caracterizado o fato do qual decorre a presunção absoluta, não há como se pretender fazer prova que diga respeito à idoneidade da relação entre esse fato e a presunção. É que tal relação, como dito, é fixada por lei

---

[23] Ver VIRGILIO ANDRIOLI, Prova. *Novissimo Digesto Italiano*. v. 143, p. 274.

[24] COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 227.

com caráter absoluto. De modo que a decisão que, a partir de um fato incontroverso, discute sobre a existência de uma presunção absoluta, trata obviamente de questão de direito, estando longe de poder encontrar obstáculo na impossibilidade de reexame de prova.

20 Recurso especial e admissão de revisão de condenações em valores irrisórios ou exagerados

O STJ tem admitido a revisão dos valores das condenações relativas a danos morais e honorários de advogado, sublinhando que, em tais casos, não incide a Súmula n. 7.

No que diz respeito aos danos morais, o STJ já advertiu, em julgado relatado pelo Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, que a Corte "tem exercido controle sobre os valores fixados pelas instâncias ordinárias, a título de danos morais, para minimizar a discrepância de decisões proferidas pelos diversos tribunais do país, e também nos casos em que o *quantum* indenizatório se mostra manifestamente irrisório ou exagerado, distanciando-se das finalidades da lei. Na fixação do valor indenizatório, não se está a reexaminar provas ou fatos, mas apenas valorando as circunstâncias fixadas nas instâncias ordinárias, procedimento esse que não encontra vedação no enunciado n. 7 da súmula/STJ".[25]

Outro julgado da 4ª. Turma, também relatado pelo Ministro SÁLVIO, assentou: "o valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o *quantum* contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. Na espécie, levando em consideração a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo réu 2º recorrente, de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, o elevado grau da agressão, a ausência de motivo e a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso,

[25] STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Resp 324130/DF, DJ de 12.08.2002.

deve ter, mostrou-se insuficiente o valor fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais, a reclamar majoração”. [26]

Em 2003, a 2ª. Turma, relatora a Ministra ELIANA CALMON, confirmou essa orientação: “a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de admitir *a revisão das circunstâncias fáticas, contornando a vedação da Súmula 07/STJ*, quando for irrisória ou absurda a quantificação do dano moral”. [27]

Quanto aos honorários de advogado, a 4ª. Turma, relator o Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, concluiu ser “possível conhecer de recurso especial para rever a estipulação de honorários advocatícios em valor irrisório”.[28] Em abril de 2004, a 2ª. Turma, em julgado de que foi relator o Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, frisou que esse passou a ser o entendimento da Corte: “O STJ tem conhecido de recurso especial quando se trata de rever a fixação de verba honorária em valores considerados irrisórios ou excessivos, situações em que a decisão recorrida se afasta do juízo de eqüidade preconizado na lei processual. A redução dos honorários advocatícios de 10% para, aproximadamente, 1% do valor da condenação, determinada pela Corte Regional *com base no frágil e insólito argumento de que, nas ações de desapropriação indireta "o maior trabalho fica a cargo da perícia", traduz inequívoca desqualificação dos árduos trabalhos desenvolvidos pelo profissional de direito.* A fixação da verba honorária *há de ser feita baseada em critérios que guardem a mínima correspondência com a responsabilidade assumida pelo advogado*, sob pena de violação do princípio da justa remuneração do trabalho profissional. Recurso especial conhecido e provido”. [29]

---

[26] STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Resp 183508/RJ, DJ de 10.06.2002.

[27] STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, Resp 343904/PR, DJ de 24.02.2003.

[28] STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Resp 209687/MS, DJ de 23.08.1999.

[29] STJ, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Resp 264740/PR, DJ de 24.05.2004.