

A QUESTÃO DO ÓBICE JURISPRUDENCIAL À ADMISSIBILIDADE AO RESP. CRIM. - VALORAÇÃO JURÍDICA DA PROVA E SIMPLES REEXAME DA PROVA

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA *

A par dos chamados pressupostos constitucionais do Recurso Especial, é comum referir-se a determinados requisitos ou pressupostos jurisprudenciais de admissibilidade desse recurso.

Da jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça e compreendida na respectiva "Súmula" (RISTJ, art. 122), extraem-se várias proposições que, praticamente, se elevam a pressupostos jurisprudenciais de admissibilidade do recurso especial.

Entre tais pressupostos, examinemos por ora aquele pertinente à vedação do **simples reexame de prova**, objeto das Súmulas 7 do STJ e 279 do STF.

Há que se diferenciar o mero reexame da prova e o que a doutrina chama de "disciplina legal da prova", tema ligado ao que se denomina de "qualificação jurídica dos fatos assentados no julgamento de recursos ordinários", pois por esse prisma é possível que o STJ venha a conhecer de RESP (s) na área penal, afastando a incidência da súmula impeditiva do recurso, como no caso concreto onde restou assentado *"o erro sobre critérios sobre a apreciação da prova ou errada aplicação de regras de experiência são matérias de direito e, portanto, não excluem a possibilidade de recurso especial"* (STJ, RT 725/531).

É tema árido, pois sempre haverá pontos de tangência entre questão de prova e de direito. Todavia, certo é que as súmulas vedam o mero reexame da prova, e não a qualificação jurídica dos fatos assentados nos julgamentos dos tribunais inferiores. Ex: no caso de haver prova de tráfico, e o Tribunal *a quo* vier a desclassificar para o mero porte de droga para uso próprio. Aqui não se pretende mero reexame da prova, e sim valorar juridicamente essa prova. Há exame da qualificação jurídica feita pelo julgamento do Tribunal inferior, que em tese, violou a lei federal, ao negar vigência ao art. 33 da Lei Antidrogas (a título de exemplo), quando adota a tese de que a prova, por ser exclusivamen-

* Procurador de Justiça. Assistente da Assessoria de Recursos Constitucionais.

te formada por testemunhos de policiais, não se presta à credibilidade, pois estaria a violentar o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, dentre outros princípios processuais, contrariando o disposto nos artigos 202 e 214 do Código de Processo Penal.

É que, sobretudo na área penal, muitas vezes questão de fato e de direito estão indissolúvelmente interligadas, tornando impossível o exame da *quaestio juris* sem uma avaliação da primeira.

Portanto, há que se perquirir no exame do verbete nº 7 da Súmula do STJ (do mesmo teor da Súmula nº 279 do Pretório Excelso) sobre o real alcance do óbice jurisprudencial, como verdadeiro pressuposto de admissibilidade do Recurso Especial (e do Extraordinário) no que se refere à questão ora em debate.

Nessa linha, fica evidente que a questão não é simples, como bem aborda-do pelo Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹:

“Permitem, pois, o recurso extraordinário e o especial tão-somente a revisão in iuri, ou seja, a reapreciação de questões de direito enfrentadas pelo órgão a quo. A singeleza, vale ressaltar, não esgota as dimensões de um problema bem mais complexo do que à primeira vista se afigura: a própria distinção entre questões de fato e de direito nem sempre é muito fácil de traçar com nitidez. Impende registrar que em geral se considera de direito a questão relativa à qualificação jurídica dos fatos, de modo que o tribunal ad quem, embora não lhe seja lícito repelir como inverídica a versão dos acontecimentos aceita pelo juízo inferior, sem dúvida pode qualificá-los com total liberdade, eventualmente de maneira diversa daquela por que o fizera o órgão a quo, em ordem a extrair deles conseqüências jurídicas também diferentes” (grifos nossos).

Ainda sobre o tema, ensina BARBOSA MOREIRA²:

“É também quaestio iuris a que se suscite acerca da observância de regra de direito probatório – inserta na Constituição, se trata de recurso extraordinário; na legislação ordinária, se de especial. Por exemplo: a decisão impugnada reconheceu eficácia a certa prova, supostamente obtida por meio ilícito (e portanto com violação do art. 5º, nº LVI, da Carta da República); a questão é controlável, no aspecto jurídico por meio de recurso extraordinário”

O tema foi igualmente abordado pelo magistério de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO³, com conclusão semelhante:

1. Moreira, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, V. 5, 9ª ed, PP. 589-590.

2. Op. Cit..

3. Carneiro, Athos Gusmão, *Recurso Especial – Agravos e Agravo Interno-*, Forense, 2ª ed, p. 24.

“Cumpra anotar que não constitui reexame da prova, a ponto de não permitir o conhecimento do recurso especial, a mera aferição da ocorrência de um determinado fato incontroverso e necessário ao julgamento da demanda, e que seja constatado pelo simples cotejo entre documentos, como, v.g., a aferição da data em que ocorreu determinado evento (Boletim do STJ, nº 02/98, p. 47).

Nesse jaez, “a questão da valorização da prova, no entanto, surge como questão de direito, capaz de propiciar a admissão do apelo extremo”.

A respeito do tema, vale recordar a lição do saudoso Min. Rodrigues Alckmin, em voto proferido no RE 84.699, consoante excerto ora se transcreve:

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

Ainda nesse desiderato, decidiui o STJ, no Resp. 142.616, rel. Min. Barros Monteiro, “a chamada ‘valoração da prova’ a ensejar recurso especial, é aquela em que há errônea aplicação de um princípio legal ou negativa de vigência de norma pertinente ao direito probatório.... (4ª Turma, ac. De 13.02.2001, DJU de 09.04.2001, p. 365)

A orientação do E. Superior Tribunal de Justiça, encontra-se pacificada sobre o tema examinado, conforme se vê dos arestos a seguir ementados:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO POR DESOBEDIÊNCIA A ORDEM JUDICIAL. ART. 1º, XIV, DO DECRETO-LEI 201/67. VALORAÇÃO JURÍDICA DO FATO. DESNECESSÁRIO O REEXAME DE PROVAS. TIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não encontra óbice no entendimento consolidado na Súmula 7/STJ o recurso que se limita à discussão acerca da qualificação jurídica de ato emanado do Judiciário como a ordem judicial a que se refere o art. 1º, XIV, do Decreto-Lei 201/67.

2. Configura ordem judicial a determinação de Juiz do Trabalho dirigida a prefeito para que procedesse, de imediato, ao bloqueio do saldo pecuniário devido a empresa reclamada nos autos de reclamação trabalhista, bem como à colocação do crédito à disposição daquela Justiça Especializada.

3. Tipicidade da conduta reconhecida.

4. Agravo regimental improvido. Processo AgRg no REsp 679499 / AM; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL; 2004/0102813-9. Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA . 5ª Turma. J. 03/04/2008. Data da Publicação/Fonte: Dje 9/06/2008."

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ROUBO. CONSUMAÇÃO. POSSE TRANQUÍLA DA RES. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. DESNECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

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

2. Considerando que o art. 157 do CP traz como verbo-núcleo do tipo penal do delito de furto a ação de "subtrair", podemos concluir que o direito brasileiro adotou a teoria da apprehensio ou amotio, em que os delitos de roubo/furto se consumam quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que num curto espaço de tempo, independente da res permanecer sob sua posse tranqüila. Dessa forma, a posse tranqüila é mero exaurimento do delito, não possuindo o condão de alterar a situação anterior. O entendimento que predomina no STJ é o de que não é exigível, para a consumação dos delitos de furto ou roubo, a posse tranqüila da res.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. Processo AgRg no REsp 859952 / RS. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0122703-0. Relatora Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG). 6ª Turma. J. 27/05/2008. Data da Publicação/Fonte: Dje 09/06/2008."

CONCLUSÃO

1- Em tema de recurso especial, a valoração jurídica da prova por si só não é entrave à admissibilidade do recurso, cabendo distinguir no caso concreto tal hipótese daquela que se restringe ao mero reexame do material probatório.

2 - Há que ser feita cuidadosa análise do caso concreto, diante do enfrentamento da questão da valoração jurídica da prova, em tema de recurso especial, a fim de afastar a incidência do óbice jurisprudencial derivado da aplicação dos verbetes de n.ºs 7 do STJ e 279 do STF.

3 - É matéria de direito, e portanto, aferível como objeto do recurso especial, ainda que na área penal, questões relativas à qualificação jurídica dos fatos, a fim de que o Tribunal Superior possa eventualmente dar-lhes nova roupagem jurídica, em ordem a extrair deles consequências jurídicas diversas.

4 - É lícito sustentar que o tema permite o exame como questão de direito, quando esta suscitar a observância de regra de direito probatório, como por exemplo quando a decisão impugnada reconhecer a eficácia ou não de determinada prova diante do ordenamento jurídico.

Rio de Janeiro, 03 de julho de 2009.