

REVISTA DE DIREITO RENOVAR

113
P
R Dir Ren
n. 27/abr. 2
2003

Volume 27 — setembro/dezembro 2003

Publicação quadrimestral, de circulação nacional, da Editora Renovar Ltda.

Repositório autorizado de jurisprudência — Superior Tribunal de Justiça — Portaria nº 3, de 12 de agosto de 1996

EXPEDIENTE

Diretores: Carlos Alberto Menezes Direito e Luiz Fernando Palhares

Editora Renovar Ltda.

Diretor: Osmundo Lima Araújo

Conselho Editorial:

Arnaldo Lopes Sússekind – Presidente

Carlos Alberto Menezes Direito

Caio Tácito

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.

Celso de Albuquerque Mello

Ricardo Pereira Lira

Ricardo Lobo Torres

Vicente de Paulo Barretto

Revisão:

Sonia Benedito

José Grillo

Capa: Júlio Cesar Gomes

Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que seja citada a fonte.

Correspondência comercial:

Editora Renovar Ltda.

Matriz: Rua da Assembléia, 10 – sala 2.421 – Centro – Rio de Janeiro – RJ – CEP 20.011-000 – Tel.: (21) 2531-2205 – Fax: (21) 2531-2135

Filial: Rua Antunes Maciel, 177 – São Cristóvão – Rio de Janeiro – RJ – CEP 20.940-010 – Tels.: (21) 2589-1863, 2580-8596, 3860-6199 – Fax: (21) 2589-1962

Livraria: Rua da Assembléia, 10 – loja E – Rio de Janeiro – RJ – Tels.: (21) 2531-1316, 2531-1338 – Fax: (21) 2531-2135

Livraria Ipanema: Rua Visconde de Pirajá, 273 – loja A – Ipanema – Rio de Janeiro – RJ – CEP: 22.410-001

Filial São Paulo: Rua Santo Amaro, 257-A – Bela Vista – São Paulo – SP – CEP 01.315-001 – Tels.: (11) 3104-9951, 3104-5849, 3101-2046, 3101-5885 – Fax: (11) 3105-0359

Filial PE: Rua Gervásio Pires, 545 – Boa Vista – Recife – PE

www.editorarenovar.com.br renovar@editorarenovar.com.br

Serviço de Atendimento ao Cliente: 0800-221863

Editoração eletrônica: TopTextos Edições Gráficas Ltda.

Impressão: Folha Carioca



O erro na qualificação jurídica dos fatos e o recurso especial

*Francisco Cláudio de Almeida Santos**

Problema a afligir os advogados com atuação nos tribunais superiores, em especial no Superior Tribunal de Justiça, e, decerto, os próprios integrantes daquela Corte, diz respeito aos recursos especiais onde é invocada a contrariedade à lei federal ou sua negativa de vigência, mercê de erro na “qualificação jurídica” dos fatos e das provas.

Não é tão raro a instância comum considerar ou qualificar um negócio jurídico erroneamente como sendo de uma determinada espécie jurídica quando na realidade se trata de outra, daí decorrendo efeitos que não lhes são próprios, ou emprestar valor a uma certa prova quando a lei exige outra para a comprovação do ato, ou, mesmo, por exemplo, dar mais valor a uma prova de confissão colhida extrajudicialmente em detrimento de outra feita em juízo, daí resultando o enquadramento equivocado dos fatos, tudo em manifesto atentado ao direito federal e ao direito da parte.

Muitos erros cometidos pelo aplicador da lei, no ato de julgar na instância ordinária, desembocam ou se materializam na errada subsunção do fato à lei, a ensejar o controle da motivação pelos tribunais superiores, sob esse enfoque, conforme doutrina a Professora Ada Pellegrini Grinover, em trabalho apresentado às “Jornadas de Derecho Procesal”, realizadas em Barcelona, Espanha, nov./dez. de 1990, intitulado “O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros”.¹

Expõe a querida mestra que o Supremo Tribunal Federal vinha tradicionalmente considerando a “qualificação jurídica” dos fatos e das provas como *quaestio iuris*, sujeita ao controle da legalidade via

* Ministro do STJ, aposentado. Advogado em Brasília.

¹ “O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros”, in *Ajuris*.

recurso extraordinário, controle, hoje, feito pelo Superior Tribunal de Justiça, através do recurso especial.

O problema não é novo, pois, segundo o Professor José Carlos de Matos Peixoto, autor de uma das primeiras monografias publicadas no País sobre o recurso extraordinário, na primeira metade do século passado, entendia o festejado Ministro do Supremo, Pedro Lessa, não justificar o recurso extraordinário a errada "classificação jurídica" dos fatos. Mas o autor se opunha à tese com este rebate: "Não nos parece, entretanto, ortodoxo o princípio: a sentença, por exemplo, que considera locação um contrato de venda atenta contra a literal disposição da lei, por aplicar uma norma legal em vez de outra, e dá lugar tanto ao recurso extraordinário como à rescisória."² Daí se ver que Matos Peixoto discordava de Pedro Lessa.

Castro Nunes, também Ministro do STF, na década de 1940, claramente defendia a tese do exame da qualificação jurídica dos fatos pela Corte Suprema, escrevendo em sua conhecida obra *Teoria e Prática do Poder Judiciário*:

"Os fatos são recebidos pelo Supremo Tribunal Federal conforme os apresenta a decisão recorrida. Mas as deduções jurídicas dos fatos assim fixados não lhe ficam defesas em dadas hipóteses. Esse entendimento é pacífico na jurisprudência da Corte de Cassação, em França. É a qualificação legal dos fatos, na hipótese do recurso por violação da lei.

Também lá a Corte não examina fatos e provas nem interpreta convenção ou testamentos. Mas admite o recurso (*pourvoi*) — "*lès qu'il s'agit d'apprécier le caractère legal de ces faits et d'en tirer les conséquences de droit qu'ils contiennent*"³.

A lição tem o apoio na doutrina de Garsonnet e Cezar-Bru, tocante à cassação francesa, de quem transcrevemos o trecho abaixo:

"... les pouvoirs souverains des juges du fond em matière de constatation de faits et d'interprétation de volonté on cependant des limites. Ces juges ne constatent souverainement que l'existence des faits allégués par les parties; et leurs jugements tombent sous la censure de la Cour de cassation, dès qu'il s'agit d'apprécier le caractère legal de ces faits et d'en tirer lés conséquences de droit qu'ils contiennent."⁴

No mesmo sentido se manifestava um antigo processualista alemão, Adolf Schönke, em obra traduzida para o espanhol pelos Professores Prieto Castro e Fairén Guillén:

2 *Recurso Extraordinário*, 1935, Rio de Janeiro, Liv. e Ed. Freitas Bastos, p. 259.

3 *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, 1943, Rio de Janeiro, Forense, p. 384.

4 *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, t. VI, 1915, Paris, Sirey, p. 66.

“También se considera como infracción en la aplicación de una norma, la inexacta subsunción, es decir, el juicio acerca de si los hechos están en correspondencia con la norma puesta como premisa mayor de la conclusión.”⁵

No início dos anos 60, foi editada no Brasil uma preciosa obra de autoria do Professor José Afonso da Silva sobre este recurso, onde, dentre os erros *in iudicando* a serem reparados por meio do recurso extraordinário, relacionava-se a hipótese de erro de direito do acórdão “quando qualifica erroneamente os fatos provados”, antes justificando: “É ainda erro de direito *in iudicando*, passível de ser eventualmente corrigido pelo Recurso Extraordinário, o que se comete na qualificação jurídica dos fatos provados. Os mesmos fatos podem ter qualificações várias. Assim, por exemplo, a ocupação de um imóvel pode ser qualificada como aluguel, comodato, esbulho, etc. O erro na qualificação jurídica dos fatos pode justificar o Recurso Extraordinário, como, aliás, acertadamente tem decidido o S.T.F.”⁶

Os autores modernos não desconhecem que o erro na qualificação jurídica dos fatos é passível de ser corrigido em sede de recurso excepcional. O Ministro Athos Gusmão Carneiro, ao comentar o enunciado na Súmula 5/STJ (*A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial*), faz este reparo:

“Todavia, a qualificação jurídica de uma manifestação de vontade é *quaestio juris* que, em tese, pode ser objeto de recurso extraordinário/especial. Em processo de que fomos relator, discutiu-se se determinada manifestação de vontade, por público instrumento, constituía reversão⁷ de doação, ou doação condicional, ou doação *mortis causa*, ou manifestação de última vontade. A qualificação jurídica do ato de vontade é que determinou qual a lei incidente e, pois, condicionou o julgado de mérito (REsp nº 444, 4ª Turma, ac. de 07.08.1990, RSTJ 15/233).”

Nelson Luiz Pinto, em artigo sobre os recursos especial e extraordinário, relembra que as súmulas 5 e 7 do STJ declaram não ensejar recurso especial a simples interpretação de cláusula contratual ou o simples reexame de prova, porém, textualmente, ressalva:

“Existem, entretanto, hipóteses em que a interpretação de um contrato ou de fatos da causa diz respeito à qualificação do negócio jurídico

5 *Derecho Procesal Civil*, trad. espanhola da 5ª edição, 1950, Barcelona, Bosch, pp. 319/320.

6 *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*, 1963, São Paulo, RT, pp. 151/152.

ou dos fatos, versando, então, questões de direito, e não questões de fato.”⁷

A exata compreensão da lição dos doutos demanda o conhecimento da operação assim denominada de qualificação legal ou jurídica dos fatos, na lide, e requer uma reflexão sobre o conceito de questão de direito, distinto do que se entende por questão de fato.

A operação a que nos referimos decorre do raciocínio lógico-jurídico do julgador, que comporá a motivação da sua decisão judicial. Fundamental para a correta motivação do julgado é a exata qualificação jurídica dos fatos e a determinação da regra de direito aplicável e seus efeitos. Esta operação com suas sucessivas e integradas fases é denominada pela doutrina moderna de “qualificação jurídica dos fatos”, e consoante lição de Luis Eulálio de Bueno Vidigal é a “correta qualificação jurídica das situações decorrentes dos fatos provados, o confronto das situações jurídicas resultantes da qualificação com as situações previstas na lei e a determinação do efeito jurídico”⁸

No momento do confronto a que se refere o autor, dá-se, para efeito de conclusão do dispositivo da decisão, a subsunção do fato à norma, ou seja, o “momento de incidência do direito, na qualificação dos fatos a partir de um critério legal extraído do texto normativo”, ou, ainda, o “encaixe dos fatos sob a norma”, segundo expressões de Teresa Arruda Alvim Wambier⁹

Havendo dúvidas sobre se os fatos são verdadeiros ou não, sobre se, por qualquer razão que não de cerceamento de defesa, foram provados ou não, nada disso interessa aos tribunais da instância superior, porque a questão seria de fato, e só o revolvimento das provas, ou mesmo uma nova e impossível dilação probatória, permitiria uma nova definição do quadro fático, o que não é mais possível. A instância superior é, na verdade, predominantemente, de direito.

Neste estágio da exposição cumpre, em breves pinceladas, tentar estabelecer uma distinção entre o que é questão de fato e questão de direito, porque, evidentemente, somente das últimas cuidam os tribunais superiores, salvos nas ações originárias.

A Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, que expôs em, pelo menos, duas ocasiões suas preocupações sobre o delicado problema da distinção entre questão de fato e questão de direito¹⁰, reconhece

7 Artigo intitulado “Visão geral e processamento dos recursos especial e extraordinário”, no site www.cpc.adv.br, na Internet.

8 *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, 1974, São Paulo, RT, p. 106/107.

9 “Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial”, in *Ajuris*.

10 Artigo publicado na *Ajuris* (v. nota anterior) e “Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial”, in *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*, São Paulo, RT, pp. 428/463.

que o fenômeno jurídico envolve necessariamente fato/direito, podendo ser divididas aquelas situações em “questões predominantemente fáticas e questões predominantemente de direito ...”, segundo dois critérios diferentes.

São eles o critério “ontológico ou substancial” e o critério de “natureza técnico-processual”. O primeiro, diz a consagrada processualista, “diz respeito à natureza mesma, ao ‘ser’ dessas questões”; o segundo, tem a função de atuar em casos 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”.¹¹

Mas, em casos em que o processo de subsunção do fato à norma é equivocado, conforme dados extraídos do próprio julgado, através de um ou outro critério, chega-se à mesma conclusão: cuida-se de questão de direito. São estas as conclusões, neste ponto, da Professora Teresa Arruda Alvim Wambier:

“Evidentemente, a questão não se coloca quando a inadequação do processo subsuntivo ocorre ou pode ser verificada a partir de dados constantes da própria decisão impugnada, ou seja, quando a instância ordinária descreve um fato e o qualifica erradamente no próprio acórdão de que se recorreu, e este “encaixe” é impugnado pelo recorrente. Nesses casos, estar-se-á diante de questão que, tanto do ponto de vista ontológico quanto do ponto de vista técnico, se consubstancia em questão de direito.”¹²

Destarte, o erro na operação do enquadramento do fato no molde legal é uma questão de direito, passível de embasar o recurso para os tribunais superiores, e a subsunção equivocada deve ser corrigida na corte superior à qual se destina o recurso, a fim de aplicação correta da lei.

O fenômeno é reconhecido na atuação dos tribunais de cassação de outros países ou nos tribunais de superposição às cortes da instância comum ou ordinária, consoante se vislumbra no exame das opiniões doutrinárias no direito comparado e na manifestação da jurisprudência alienígena.

A Corte de Cassação Italiana, por exemplo, assim decide:

“Lerronea qualificazione giuridica di um rapporto è denunziabile in sede di legittimità sotto il profilo della falsa applicazione di norme di diritto, allorchè il giudice del mèrito abbia accertato gli elementi costitutivi del rapporto stesso — tanto dal punto di vista oggettivo quanto in rigerimento alle finalitá perseguite dalle parti — ed abbia, poi, errato

11 Artigo publicado na Ajuris (v. nota 8).

12 Artigo publicado na Ajuris (v. nota 8).

nel sussumerlo sotto una disciplina giuridica diversa da quella sua própria in base agli elementi di fatto accertati. (Cass. Civ., sez. III, 9 maggio 1985, n. 2891, in *Il Codice di Procedura Civile* a cura di Mario Abate, Pietro Dubolino e Francesco Bartolini, 1990, Piacenza, Editrice La Tribuna, p. 877).

Em decisão mais recente, a mesma Corte de Cassação adverte que no *"procedimento di qualificazione del contratto, il giudice di merito non è vincolato dal 'nomen iuris' che ad esso hanno attribuito le parti, pur dovendo tener conto anche di questo dato, ma deve ricercare ed interpretare la concreta volontà del contraenti stesse, avuto riguardo all'effettivo contenuto del rapporto e facendo applicazione delle regole ermeneutiche dettate dagli artt. 1362 e seguenti cód. civ..."* (Cass. 20 novembre 2002, n. 16342, sez. 3- PRES Duva V- REL Sabatini F-PM Golia A)¹³

E a matéria, na realidade, não é nova nos tribunais superiores brasileiros, a partir do período em que o Colendo Supremo Tribunal Federal detinha a competência para o exame pleno de todas as violações da lei federal.

Decorrido cerca de meio século, Orosimbo Nonato já pontificava na Suprema Corte brasileira com a afirmação de que a "qualificação jurídica de um fato envolve uma *quaestio iuris*" (ementa do acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 15.219, DJ de 28.04.1954). Em seu voto, registrou o notável civilista a advertência de Bielsa, a admitir que, na instância suprema, a valorização do fato em face de um princípio legal possa ser considerada, bem assim consignou a lição do clássico Lopes da Costa, transcrito em trecho onde apresenta uma exata distinção entre questão de fato e questão de direito:

"O direito em tese, a questão jurídica não é, porém, somente o texto da lei, na sua interpretação em abstrato, isolado do fato concreto dos autos.

É também a aplicação da norma ao fato.

A demonstração da realidade do fato, a prova do fato, é que é questão de fato, contraposta à questão de direito.

Não o enquadramento do fato, dado como provado, em determinada regra, a sua subsunção a uma norma legal. (*Dir. Proc. Civil*, vol. III, 2ª ed., nºs 222 e 224)."

Este último raciocínio do aplicador da lei é indiscutivelmente uma questão de direito.

Em período um pouco mais adiante, Luiz Gallotti, em acórdão de sua lavra (Agravo de Instrumento nº 20.713, DJ de 01.07.1959), afirmava que os juízes e tribunais estão adstritos às alegações das partes

quanto aos fatos, não no tocante ao direito, ou seja, “no tocante à qualificação jurídica desses mesmos fatos”.

Muitas outras decisões da Excelsa Corte, no mesmo sentido, seguiram-se, todas as destacas a errônea aplicação do direito aos fatos provados, tais como as proferidas nos seguintes recursos extraordinários: nº 85.272, 1ª Turma, j. em 06.06.78 nº 72.364, 1ª Turma, j. em 22.08.78 nº 81.858, 1ª Turma, j. em 07.12.76 nº 91.139, 1ª Turma, j. em 07.08.79, publicados, respectivamente, na RTJ 87/222, 88/121, 82/528 e 97/330. Mais recentemente, a mesma Corte, através de sua 2ª Turma, a julgar, em 24.10.80, o RE nº 93.174, em acórdão da lavra do eminente Ministro Moreira Alves (RTJ 99/1.340), a confirmar o entendimento predominante na jurisprudência da Suprema Corte, assim se manifestou:

Evicção. Errônea qualificação jurídica de fato certo.

— Se se trata de evicção, a extensão da responsabilidade do vendedor pela garantia contra ela é a estabelecida, especificamente, no art. 1.109 do Código Civil.

Recurso extraordinário conhecido e provido.”

Não é diversa a posição do Superior Tribunal de Justiça em escassas oportunidades que teve de examinar a controvérsia. O Ministro Athos Gusmão Carneiro, através de suas próprias palavras, transcritas no início deste trabalho, anunciou sua participação, como relator, em julgado da 4ª Turma do STJ, no qual foi aplicada a tese da admissibilidade de recurso especial para a correção de enquadramento legal equivocado pela instância comum.

Eduardo Ribeiro, extraordinário exemplo de magistrado, culto e honrado, que brilhou nos quadros da Justiça do Distrito Federal e do Superior Tribunal de Justiça, também teve a chance de julgar recursos em que o tema foi revolido. No primeiro deles (REsp nº 44.456), assim ementou o acórdão unânime da Terceira Turma do STJ (DJ de 16.05.94):

“Admissibilidade, tratando-se de dar a um contrato sua exata qualificação jurídica, não se controvertendo quanto ao respectivo conteúdo ou relativamente à intenção das partes.

Mútuo — Troca.

A entrega de dez mil sacas de soja, para recebimento de quinze mil, alguns meses após, qualifica-se como mútuo e não troca. O acréscimo representa juros, incidindo o disposto no Decreto 22.626.”

Em uma outra oportunidade (REsp nº 31.429), o mesmo relator, com o aprumo de sempre, em voto a merecer a harmônica concordância da Terceira Turma, enunciou:

“Recurso especial — Inexata qualificação jurídica dos fatos. Hipótese em que o julgado recorrido descreveu promessa de compra e venda, mas assim não qualificou o negócio.

Possibilidade de reexame na via especial.

Desobediência ao disposto no artigo 32 da Lei 4.591/64.

Desfazimento do contrato, com a reposição das partes no estado anterior.”

Em ocasiões posteriores, o Superior Tribunal de Justiça vem proclamando idêntica colocação, deixando firme o entendimento, no sentido da possibilidade da revisão, em recurso especial, da qualificação jurídica de fato certo, ou seja, da operação de subsunção do fato provado à lei, para efeito de eventual correção de erros cometidos pela instância comum, visto cuidar-se não de uma questão de fato, porém de indiscutível questão de direito. São exemplos dessa compreensão os acórdãos proferidos por várias Turmas da Corte Superior Infraconstitucional nos REsp nº 236.458 (4ª T. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 28.02.00), EDREsp nº 284.586 (4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 23.06.03), REsp nº 416.519 (2ª T., Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 04.08.03) e REsp nº 475.220 (6ª T. Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 15.09.03).