

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

IVAN NAVARRO ZONTA

**SÚMULAS Nº 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E Nº7 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA: VEDAÇÃO DO REEXAME DE FATO NOS RECURSOS DE
ESTRITO DIREITO**

CURITIBA

2010

IVAN NAVARRO ZONTA

**SÚMULAS Nº 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E Nº7 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA: VEDAÇÃO DO REEXAME DE FATO NOS RECURSOS DE
ESTRITO DIREITO**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Civil e Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel no Curso de Graduação em Direito.

Orientador: Professor Manoel Caetano
Ferreira Filho

CURITIBA

2010

Aos meus pais, que fizeram todo o possível e o impossível por mim,

E aos quais devo tudo que fui, sou, e que ainda serei.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por tudo. E pelos “pequenos” milagres de cada dia, que muitas vezes nem percebemos.

Aos meus pais, Ernani e Walquíria, por todo o apoio e incentivo que me trouxeram até aqui. Por todo o amor, dedicação e amizade que sempre tiveram para comigo.

Ao meu amor, por redefinir o significado dessa palavra na minha vida, com cada gesto, sorriso e momento dividido comigo. Por todo o carinho e toda força que me dá a cada dia.

Aos amigos, por cada momento de alegria e descontração, nos quais as maiores preocupações que tivemos foram a temperatura da cerveja e o placar do jogo.

Ao Professor Manoel Caetano, que para mim será sempre Orientador.

“I'll walk this mile
And I'll ask no quarter
For in the end
Blood is thicker than water”
Zakk Wylde

RESUMO

O cabimento dos recursos de estrito direito se revela tema complicado quando analisado à luz da vedação do reexame fático-probatório nesses meios recursais, vedação essa veiculada pelas Súmulas n.º 279 do Supremo Tribunal Federal e n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça. A utilização do recurso extraordinário e do recurso especial deve ser pautada por uma verificação profunda do que representa “reexame de fatos” e do que simplesmente se assemelha ao reexame de fatos à primeira vista, sob pena de acabar-se por restringir equivocadamente o cabimento de recursos previstos na Constituição Federal. Desde o surgimento das figuras dos recursos de estrito direito no ordenamento brasileiro, suas funções precípua foram a de guarda da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional federal, não cabendo aos recursos extraordinário e especial a revisão das circunstâncias fáticas de cada caso concreto. Contudo, a separação completa entre as questões de fato, que não são admitidas, e as questões de direito, que são objeto de julgamento dos recursos de estrito direito, não parece ser possível em termos absolutos. Simultaneamente, a correta compreensão das circunstâncias em que se verifica o reexame de fatos e provas também depende da difícil diferenciação entre o “reexame” e a “qualificação jurídica” dada aos fatos e a “valoração jurídica” das provas. Assim, deve-se analisar profundamente a fundamentação de cada recurso de estrito direito, de maneira a não se inadmitir equivocadamente a análise do mérito desses recursos sob a falsa premissa de que incidiriam no óbice trazido pelas súmulas n.º 279 do STF e n.º 7 do STJ.

Palavras-chave: Recurso Extraordinário, Recurso Especial, Questão de Fato, Questão de Direito, Vedação do Reexame Fático-probatório.

ABSTRACT

The acceptance of strict right appeals has proven to be a complicated topic when analyzed under the prohibition of factual-evidential reexamination in these appeals, a prohibition set by the Supreme Federal Court's Summary 279 and the Superior Justice Court's Summary 7. The use of extraordinary appeal and the special appeal must be founded on a true understanding of what exactly "reexamination of the facts" entails, as well as what only seems to be reexamination of facts at a first glance, else the Constitutionally foreseen appeals be erroneously restricted. Since the birth of these strict right appeals in the Brazilian legal system, their foremost functions have been the safekeeping of the Federal Constitution and the federal subconstitutional legislation, forbidding the extraordinary appeal and the special appeal from leading to the review of the factual circumstances of each individual case. However, the complete separation between factual issues, which are not allowed, and legal issues, which are the object of strict right appeals, does not seem possible in absolute terms. At the same time, the correct understanding of the circumstances in which the reexamination of the facts and evidence occur also centers on the complicated differentiation between "reexamination" and "legal qualification" given to the facts and "legal evaluation" of the evidence. Thus, there must be a thorough analysis of the grounds of each strict right appeal, so as to avoid the wrongful dismissal of the merits of the case on the grounds that they would fall under the prohibition issued by the Supreme Federal Court's Summary 279 and the Superior Justice Court's Summary 7.

Keywords: Extraordinary Appeal, Special Appeal, Factual Issues, Legal Issues, Prohibition of Factual-Evidential Reexamination

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. RECURSOS DE ESTRITO DIREITO: RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL.....	10
2.1 – Aspectos Gerais Dos Recursos Extraordinário e Especial	10
2.2 – O Modelo de Cassação e o Modelo Brasileiro	16
3. ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS RECURSOS, E A CRISE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	20
3.1 – Origens do recurso Extraordinário	20
3.2 – A Criação do Superior Tribunal de Justiça e a Crise dos Tribunais Superiores	22
4. CRÍTICA À RACIONALIDADE INERENTE RECURSOS DE ESTRITO DIREITO	26
4.1 - Análise Crítica: Univocidade e Rigidez da Norma Jurídica.	26
4.2 – Análise Crítica: Paradigma Subbuntivo e Silogismo.....	29
5. O PROBLEMA DAS SÚMULAS Nº 279 DO STF E Nº 7 DO STJ.....	36
5.1 - Apresentação do Tema.....	36
5.2 – Separação das Questões de Fato e de Direito	41
6. PROBLEMAS NA INTERPRETAÇÃO DAS SÚMULAS	51
6.1 – Reexame e valoração de Provas	51
6.2 – A Qualificação Jurídica dos Fatos.....	54
6.3 – Conceitos Vagos/Questões Mistas e Sua Admissibilidade Nos Recursos de Estrito Direito	56
7. CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema central o conteúdo das Súmulas n.º 279 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça, que trazem a vedação do reexame de provas pelos Tribunais Superiores em recurso extraordinário e recurso especial. Como se demonstrará, ao contrário do que a simplicidade da redação desses enunciados faz parecer, o tema não é simples.

Os verbetes mencionados, através da menção expressa à vedação do reexame de provas nos recursos de estrito direito (recursos extraordinário e especial) transmitem um significado muito mais complexo do que o que se pode extrair de suas palavras, se analisadas superficialmente. O que se proíbe no julgamento de tais recursos, na realidade, é a incursão na matéria de fato, ou *questões de fato*. Isso se dá em decorrência direta das hipóteses constitucionais de cabimento desses recursos, assim como de suas funções precípuas.

A delimitação estrita do que viria a ser a *questão de fato* é de significativa dificuldade. A própria separação absoluta entre o que se chama de *questão de fato* e *questão de direito* enseja acirradas discussões doutrinárias. Há entendimento de que uma separação estanque do *fato* e do *direito*, enquanto momentos do fenômeno da subsunção, não seria possível. Esta discussão, por sua vez, traz ao tema da admissibilidade dos recursos de estrito direito o problema da (in)suficiência da lógica subsuntiva no Direito contemporâneo.

A dificuldade existente na delimitação do que se veda através das Súmulas n.º 279 do STF e n.º 7 do STJ se verifica também na diferenciação, muitas vezes não nítida, entre o *reexame de provas*, a *valoração de provas*, e a *qualificação jurídica dos fatos*. A diferenciação dessas figuras, que de fato não são sinônimos, provoca problemas constantes quando das decisões de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial.

Da mesma maneira, diante da aplicação dessas Súmulas pelo STF e STJ, depara-se constantemente com situações em que se faz por demais difícil, senão impossível, o enquadramento de casos nas categorias de *questão de fato* ou *de direito*. Nesse ponto, há quem defenda veementemente a impossibilidade de

separação absoluta dessas *questões*, abordando o problema, por exemplo, pela verificação da predominância dos aspectos de fato ou de direito em cada situação.

O problema também se agrava em se tratando do julgamento, por meio dos recursos de estrito direito, de situações que envolvem normas que contém *conceitos indeterminados*. Tais normas exigem do aplicador a focalização acentuada nos aspectos fáticos do caso concreto, o que por repetidas vezes faz com que a questão pareça *de fato*, embora não o seja.

A interpretação das Súmulas estudadas, diante dessas dificuldades, deve se dar de maneira a garantir simultaneamente a realização da função precípua dos Tribunais Superiores, e satisfazer o legítimo interesse recursal das partes. O caminho traçado no presente trabalho leva a essa conclusão, mas sem deixar de tentar expor cada passo dado.

No primeiro capítulo, são analisados os aspectos gerais dos recursos extraordinário e especial. São abordadas também as principais características do modelo recursal clássico que influenciou os *recursos excepcionais* do ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo revisita rapidamente as origens dos recursos extraordinário e especial, assim como menciona brevemente o contexto da crise sofrida pelos Tribunais Superiores.

No terceiro capítulo, é abordada a racionalidade inerente ao período histórico que suscitou o aparecimento do modelo clássico da cassação, passando-se pela crítica às noções iluministas da completude e rigidez do ordenamento jurídico e da lógica subsuntiva.

Por fim, nos capítulos quarto e quinto tem-se o cerne do trabalho, abordando-se respectivamente a dificuldade da separação das questões de fato e direito, e os problemas decorrentes da interpretação das Súmulas estudadas.

2. RECURSOS DE ESTRITO DIREITO: RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

O conceito de *recurso* tem origem no Latim, a representa a idéia de “*repetição de um caminho já utilizado*”¹. Diversas são as figuras processuais a se encaixarem nessa idéia, por demais abrangente, o que reclama uma delimitação mais estreita do termo. Dispensando a repetição de diversos conceitos com diferenças às vezes mínimas de doutrinador para doutrinador, parte-se da noção inicial de que *recurso*:

“é o meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro de uma mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada.”²

Não se faz desnecessária ou descabida a discussão acerca do próprio conceito desse *remédio*³, vez que a própria natureza dessas figuras implica diversas divergências doutrinárias com conseqüências na prática processual. Contudo, o presente trabalho parte diretamente para o estudo das figuras do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial.

2.1 – Aspectos Gerais Dos Recursos Extraordinário e Especial

A Constituição Federal de 1988 prevê, nos seus artigos 102 e 105, as figuras dos recursos extraordinário e especial, respectivamente. Consistem em recursos ditos *constitucionais*, visto que sua previsão decorre do próprio texto da Constituição, em vez do Código de Processo Civil ou outro diploma legal. Ainda, dentre as diversas qualificações ou denominações que a doutrina confere a esses recursos, cita-se que os recursos Extraordinário e Especial:

¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 198.

² Idem, p. 212.

³ “Pode-se, portanto, considerar o remédio como um meio processual colocado à disposição do interessado, para que seja eliminado o ato processual viciado, ou para que seja adequada a sua legalidade à conveniência e justiça. (...) O recurso, como se pode notar, é uma espécie do gênero remédio.” Idem, p. 203.

“apresentam uma rigidez formal de procedibilidade; são restritos às *quaestiones juris*; dirigem-se aos Tribunais da cúpula judiciária; não são vocacionados à correção da ‘injustiça’ da decisão; e apresentam, como diz Frederico Marques, a peculiaridade de exigirem ‘a sucumbência e um plus que a lei processual determina e especifica’, esses ficam bem sob a rubrica de ‘especiais’, ‘excepcionais’, ou ‘extraordinários.’”⁴

O trecho citado, além de iniciar a exposição de algumas das principais características desses recursos, demonstra as diversas denominações segundo as quais estes podem se enquadrar, sem prejuízo de outras que a doutrina nacional ou estrangeira possa sugerir. No presente trabalho, por conveniência, colocam-se os recursos extraordinário e especial dentre a classificação de *recursos excepcionais*⁵ ou *recursos de estrito direito*, sendo esta última assim denominada com relação direta às funções e hipóteses de cabimento desses recursos.

Antes de abordagem mais atenta às similitudes que interessam para o desenvolvimento do tema central, cabe uma rápida introdução a cada um desses *recursos excepcionais*.

O Recurso Extraordinário é previsto, na nossa Constituição Federal de 1988, no artigo 102, inciso III, nas alíneas *a*, *b*, *c*, e *d*. Para que não se deixem dúvidas a respeito dos termos usados na previsão constitucional (ainda que a interpretação destes, como se verá, possa causar diversas dúvidas), transcreve-se:

“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.”⁶

⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 10. ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 125-126.

⁵ “Esclarece-se, ainda, que, dentre os recursos, parece válido e útil distingui-los em *de tipo comum ou ordinário* e *de tipo excepcional*, cabendo nessa última classe os subtipos extraordinário e especial.” Idem, p. 58.

⁶ Brasil, Constituição Federal, 1988. Retirado do endereço eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, consultado em 23/10/2010.

Conforme afirmado anteriormente, a interpretação das alíneas que definem as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário não é simples, ao contrário do que sugere a redação de tais dispositivos. A análise de cada hipótese ensejadora de recurso extraordinário não é o foco principal do presente trabalho. Contudo, citam-se as seguintes palavras de Samuel Monteiro, na tentativa de demonstrar a dificuldade existente nesse ponto:

“O cabimento do recurso extraordinário tem como pressupostos preliminares – *conditio sine qua non*:

- 1º) O prequestionamento explícito, direto, de dispositivo da Constituição Federal, já estudado no Capítulo II;
- 2º) A fiel observância das regras técnicas (v.g. súmulas técnicas do STF);
- 3º) A matéria exclusiva e puramente constitucional, sem invocação de leis federais, mesmo quando complementares;
- 4º) A existência de uma ofensa direta e frontal à Constituição Federal, via de um de seus dispositivos expressamente identificados;
- 5º) A fundamentação do cabimento do recurso extraordinário (art. 26, II, da Lei nº 8.038/90; STF, Ag. nº 128.181/SP, DJU-I de 6.3.92, p. 2.435);
- 6º) A petição de interposição do recurso extraordinário na forma do art. 26, caput, da Lei 8.038/90;
- 7º) A demonstração fundamentada, relevante, com jurisprudência do STF, se existente, sobre a ofensa direta e frontal à Constituição Federal, isto é, em que consistiu e porque ocorreu;
- 8º) As razões de recurso, fundamentadas (Lei nº 8.038/90, art. 26, III)
- 9º) A exposição do fato e do direito (Lei 8.038/90, art. 26, I)
- 10º) A identificação dos fundamentos do acórdão recorrido;
- 11º) O combate a todos esses fundamentos.”⁷

O Recurso especial, por sua vez, é de competência do Superior Tribunal de Justiça, tendo sido atribuído a este tribunal quando da sua criação 1988, pela Constituição Federal. Conforme se verá, a competência deste tribunal, inclusive no que se refere à matéria objeto de recurso especial, era originariamente do STF, sendo que esta porção foi atribuída ao STJ de modo a “desafogar” o funcionamento daquele. Prevê a Constituição, em seu artigo 105:

“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;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”⁸

⁷ MONTEIRO, Samuel. **Recurso Especial e Recurso Extraordinário**. 1. ed, São Paulo: Hemus, 1992, p. 294.

⁸ Brasil, **Constituição Federal**, 1988. Retirado do endereço eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, consultado em 23/08/2010.

Semelhantemente ao que se afirmou sobre a previsão constitucional do recurso extraordinário, o texto do art. 105 da Constituição também não traduz suficientemente a dificuldade que resulta das tentativas de interpretação desse dispositivo. Dentro dessa dificuldade, o problema específico dos limites cognitivos desses recursos é tema central do presente estudo, que se foca nos verbetes das Súmulas n.º 279⁹ do Supremo Tribunal Federal, e n.º 7¹⁰ do Superior Tribunal de Justiça. Antes de avançar, faz-se necessário ressaltar alguns traços comuns entre o recurso extraordinário e o recurso especial.

“há um núcleo comum que aproxima e até certo ponto harmoniza esses recursos, permitindo neles surpreender certas características, que explicam o porquê de sua qualificação como ‘excepcionais’. De resto, compreende-se que tenham vários pontos em comum, já que, em última análise, o recurso especial é uma variante do extraordinário, deste extraído... como a costela de Adão.”¹¹

A primeira característica destacada é a de que as hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial estão todas previstas na Constituição Federal, e não em legislação infraconstitucional. Ilustrando essa constatação, dispõe Fernando Anselmo Rodrigues:

“Os fundamentos específicos dos recursos extraordinários estão insertos na Constituição Federal e não na lei ordinária processual. Afóra a necessidade da existência da sucumbência para a configuração do interesse da parte em recorrer, existe a necessidade de que a decisão recorrida verse sobre questão constitucional ou questão federal. (...) O Código de Processo Civil dispõe somente sobre a parte procedimental, ao passo que a análise do mérito desses recursos tomará como referências as exigências previstas no texto constitucional.”¹²

A idéia principal que se extrai do trecho colacionado é a de que qualquer tentativa não constitucional (entenda-se, não trazida pela própria Constituição Federal) de alterar as hipóteses de cabimento desses recursos não

⁹ Brasil, Supremo Tribunal Federal, **Súmula n.º 279**: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”, DJ de 17/12/1963. Retirado do endereço eletrônico: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUMER.S.FLSV.&base=baseSumulas>, consultado em 23/08/2010. NAO

¹⁰ Brasil, Superior Tribunal de Justiça, **Súmula n.º 7**: “Pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”, DJ 03/07/1009. Retirado do endereço eletrônico: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=458>, consultado em 23/08/2010.

¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ob. Cit., p. 127.

¹² RODRIGUES, Fernando Anselmo. **Requisitos de Admissibilidade do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário** in Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.198.

será admitida pelo ordenamento jurídico: será inconstitucional. Pouco importa se para aumentar ou se para restringir as hipóteses de cabimento: em não havendo mudança na própria Constituição, haverá lesão a ela, e ao direito de recorrer por meio desses recursos de estrito direito.

Dentre as demais características comuns destes dois recursos, destacam-se também, pela estrita relação com o tema central do estudo, as constatações de que: (a) tanto o recurso extraordinário quanto o especial exigem o prévio esgotamento das instâncias ordinárias; (b) não são tendentes à correção da injustiça do julgado recorrido; e (c) não se prestam a realizar reexame da matéria de fato.¹³

A primeira constatação dentre as citadas acima, é a de que o cabimento dos recursos extraordinário e especial não se verifica antes que tenham sido oferecidos todos os outros meios processuais possíveis para atacar a decisão recorrida. Em outras palavras, os *recursos excepcionais* somente serão interponíveis depois que as partes envolvidas tenham oferecido, contra a decisão que se pretende atacar, *todos* os meios processuais cabíveis: entenda-se, *todos* os recursos cabíveis contra aquela decisão. Em palavras mais articuladas:

“O extraordinário e o especial pressupõem um julgado contra o qual já foram esgotadas as possibilidades de impugnação nas várias instâncias ordinárias ou na instância única, originária. Isso coloca o problema de só serem exercitáveis contra ‘causas decididas’ ou ‘decisões finais’, ambas expressões significando que não podem ser exercitados *per saltum*, deixando *in albis* alguma possibilidade de impugnação”.¹⁴

Tal vedação se dá devido à função precípua dos *recursos excepcionais* (como também se dão todas as outras características comuns identificadas no presente trabalho), voltados à uniformização da jurisprudência e controle da aplicação da lei em caráter de superioridade e de abrangência por todo o território nacional. Assim se dá devido à função dos próprios Tribunais Superiores, como guardas supremos da Constituição e da legislação federal nacional.

“A explicação dessa exigência está em que o STF e o STJ são órgãos da cúpula judiciária, espraiando suas decisões por todo o território nacional. Em tais circunstâncias, compreende-se que as Cortes Superiores apenas devam pronunciar-se sobre questões federais (STJ) ou Constitucionais (STF) – que

¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, Ob. Cit., p. 127.

¹⁴ Idem, p. 128.

podem até ser prejudiciais – numa lide cujas *quaestiones juris* tenham sido cumpridamente enfrentadas e dirimidas nas instâncias inferiores. Se esses Tribunais da Federação servem para dar a última *ratio* sobre a questão jurídica debatida e decidida no acórdão do Tribunal *a quo*, não se compreenderia que tal intervenção se fizesse quando ainda não esgotadas as possibilidades impugnativas”.¹⁵

Em sequência lógica à exigência do esgotamento das instâncias ordinárias, temos a constatação de que os recursos de estrito direito não se prestam à mera correção da injustiça do julgado recorrido. A isso equivale dizer que o objetivo precípuo dos recursos de estrito direito não é o de fazer justiça no caso concreto, mas sim de fazer valer, com autoridade suprema, a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e federais.

“Assim como o STF não é simplesmente mais um Tribunal Superior, e sim a Corte Suprema, encarregada de manter o império e a unidade do direito constitucional, também o recurso extraordinário não configura mais uma possibilidade de impugnação, e sim remédio de cunho político-constitucional (seus pressupostos não estão na lei processual) que permite ao STF dar cumprimento à elevada missão de guarda da Constituição (CF, art. 102, caput).”¹⁶

Por óbvio, salvo as devidas distinções quanto às possibilidades de cabimento (em defesa da legislação federal em vez da Constituição), tudo o foi dito no trecho citado também se aplica ao recurso especial.¹⁷

As semelhanças já expostas levam à característica que integra o tema principal do presente trabalho: a de que tanto o recurso extraordinário quanto o especial não se prestam ao reexame de matéria fática. Por ora, não se faz necessário discorrer exaustivamente sobre essa vedação, vez que ela será abordada mais à frente. Para que a alusão à essa característica fique completa, no entanto, transcreve-se:

“Um dos motivos por que se têm os recursos extraordinário e especial como pertencentes à classe dos excepcionais reside em 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, presumindo-se ter esta sido dirimida pelas instâncias ordinárias”.¹⁸

“não cabe, por conseguinte, a este Superior Tribunal de Justiça reexaminar as razões de fato que conduziram a Corte de origem a tais conclusões, sob pena de usurpar a competência das instâncias ordinárias, a quem compete amplo juízo de

¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, Ob. Cit., p. 128-129.

¹⁶ Idem, p. 153.

¹⁷ Idem, p. 157.

¹⁸ Idem, p. 161-162

cognição da lide. Com efeito, não se presta o recurso especial à reapreciação do contexto fático-probatório, já firmado, uma vez que se trata de recurso de estrito direito, com devolutividade limitada, que visa à preservação da legislação federal infraconstitucional. Assim, consoante ressaltado, rever os fatos e provas delimitados pelas instâncias de origem esbarra no óbice do enunciado n.º 7, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: 1' pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial'.¹⁹

Ficam, então, definidas algumas das características comuns nos *recursos de estrito direito*, as quais servirão como base para os estudos sobre o tema central do presente trabalho. De igual maneira, cabe aqui menção rápida e despretensiosa sobre as funções precípua dos recursos de estrito direito (sem a pretensão de esgotar o assunto). Já se disse que os recursos extraordinário e especial se prestam à guarda da Constituição e da legislação federal, respectivamente. Utilizando-se mais uma vez das palavras de Rodolfo Mancuso, sintetiza-se:

“a finalidade precípua dos recursos excepcionais é a de propiciar aos Tribunais da Federação o zelo pela validade, autoridade, uniformidade interpretativa e, enfim, pela inteireza positiva do direito constitucional”.²⁰

Após mencionados rapidamente esses aspectos importantes dos recursos extraordinário e especial, faz-se necessária uma breve análise comparativa do nosso modelo recursal ao Modelo recursal clássico da Cassação. Conforme se verá, esse modelo desempenhou papel de grande influência para o modelo brasileiro.

2.2 – O Modelo de Cassação e o Modelo Brasileiro

Para o desenvolvimento da linha de raciocínio traçada no presente trabalho, faz-se importante relacionar as figuras dos recursos extraordinário e especial com a figura da Cassação, nascida no berço da Revolução Francesa. Como se demonstrará, a racionalidade iluminista vigente no período pós-revolucionário veio a oferecer a lógica através da qual se enxergam os recursos de estrito direito. Essa racionalidade fundamentou-se em alguns postulados sobre os

¹⁹ STJ, REsp 599.780/RJ, Rel. MIN. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, julgado em 15/05/2007, publicado em 04/06/2007.

²⁰ *Idem*, p. 154.

quais é necessário realizar uma análise crítica. Inicialmente, destaca-se o seguinte trecho de Henrique Araújo Costa:

“Reputa-se que a cassação francesa seja o berço da idéia pela qual se devolve, em instância extraordinária, apenas a matéria de direito, dado que a matéria probatória não faz parte da questão federal, ou constitucional, conforme o caso. Por seu turno, o modelo francês teria inspiração romana, mais precisamente em sua distinção entre *ius constitutionis* e *ius litigatoris* (...).”²¹

A partir do trecho citado, verifica-se a influência do modelo de cassação para a idéia da separação entre as matérias de fato e direito procedida pelos Tribunais Superiores brasileiros. De importância histórica para os *recursos de estrito direito* também é a fusão que se deu entre princípios do Direito Romano e do Direito Germânico no século XII, conforme identifica Lucia Fontoura:

“Restou do princípio romano o conceito de que nem todos os vícios da sentença têm igual gravidade, e de que os erros *in procedendo* têm efeitos mais profundos sobre a validade da sentença; mas, perdeu-se o conceito de que estes erros (*in procedendo*), mais graves que outros, devessem logo produzir a inexistência jurídica daquela.

Do princípio germânico subsistiu o conceito de que também os vícios mais graves da sentença produzem seu efeito somente se as partes reclamam contra eles, mas perdeu-se o conceito de que todos os vícios devam considerar-se de igual gravidade e fazer-se valer mediante uma única via de impugnação.”²²

A evolução conceitual desses princípios, verificada na cada vez mais nítida distinção entre o *ius constitutionis* e *ius litigatoris*, gradualmente chegou à distinção que orienta nossos recursos de estrito direito. No passado, a evolução desses princípios orientou a própria mentalidade na qual surgiu o recurso de cassação no direito francês.²³

Na análise dessa mentalidade, já se percebia uma forma primária da idéia que confere aos Tribunais Superiores a autoridade suprema na interpretação legislativa:

“a luta entre a Monarquia e os Parlamentos na França, originada pela autoridade quase legislativa adquirida por estes, constitui-se em nexo direto com a origem do recurso de Cassação. Os poderes dos Parlamentos (Tribunais) eram muito mais extensos que os dos outros juízes não soberanos; mesmo quando se limitavam a realizar uma função puramente jurisdicional, prolatando uma sentença limitada ao

²¹ COSTA, Henrique Araújo. **Reexame de Prova em Recurso Especial: A Súmula 7 do STJ**. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 181-182.

²² FONTOURA, Lucia Helena Ferreira Palmeiro da. **Recurso Especial: Questão de Fato/Questão de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 21.

²³ Idem, p. 22.

caso singular, gozavam, ao aplicar a lei, de uma liberdade de interpretação que não se concedia aos juízes inferiores.”²⁴

Partindo da premissa da superioridade hierárquica de determinados tribunais, desenvolveu-se a idéia de que a tais órgãos caberia um controle objetivo da interpretação e aplicação da legislação, sendo vedada a incursão nas matérias fáticas de cada caso. Essa é exatamente a lógica na qual se embasou o modelo recursal brasileiro, em relação aos recursos especial e extraordinário.

Apesar da identificada semelhança com o modelo francês da cassação, o modelo recursal brasileiro não é idêntico àquele. Henrique Araújo Costa afirma, categoricamente, que o modelo brasileiro é *sui generis*, tanto devido às competências quanto à evolução histórica.²⁵ O autor, apesar de reconhecer a significativa influência da cassação francesa no sistema recursal pátrio, especificamente no que se refere aos *recursos de estrito direito*, observa que o modelo brasileiro não corresponde totalmente àquele modelo clássico. Conclusão semelhante é a de Nelson Nery:

“Não há no processo civil brasileiro, como existe em outros países, recurso de cassação, onde o tribunal superior cassa o acórdão do tribunal inferior e lhe devolve os autos para que seja proferida nova decisão (juízo de cassação separado do de revisão). Os nossos recursos constitucionais têm aptidão para modificar o acórdão recorrido. O provimento, tanto do recurso especial quanto do recurso extraordinário, tem como consequência fazer com que o STF ou o STJ reforme ou anule o acórdão recorrido.”²⁶

Relacionando essas afirmações com o tema central do presente trabalho, que consiste na vedação do reexame fático-probatório pelos Tribunais Superiores, constata-se: assim como o modelo brasileiro não corresponde totalmente ao modelo da cassação, a vedação procedida pelos Tribunais Superiores brasileiros não se dá de maneira clara e absoluta, como acreditava-se ser possível naquele modelo clássico.

O abandono (ou a inviabilidade) da idéia de clareza nos termos da vedação ao reexame fático-probatório gera problemas próprios ao sistema recursal brasileiro. Por exemplo, afirma-se que por vezes os Tribunais Superiores se furtam à

²⁴ Idem, p. 22.

²⁵ COSTA, Henrique Araújo. Ob. Cit., p. 207.

²⁶ NERY JUNIOR, Nelson, Ob. Cit., p. 441.

devida análise dos recursos de estrito direito, sob a alegação de que a questão apresentada consistiria em *reexame fático*. Aduz Araújo Costa:

“No fim, temos um regime próprio, cujo molde é a pretensamente científica vedação do reexame de fato. O problema coloca-se nesses termos: se a vedação do reexame de fato é relevo importantíssimo para a admissibilidade do recurso, há parâmetro seguro para sua fixação? A pergunta permanece insolúvel porque o comportamento do tribunal revela que muito mais importante do que um modelo teórico a seguir são os óbices da prática judiciária. Assim, se o tribunal encontra-se impossibilitado de prestar um serviço num tempo razoável, a vedação da análise da matéria fática pode acabar servindo de subterfúgio.”²⁷

A afirmação que encerra o trecho citado é de extrema relevância para a abordagem do tema do reexame fático-probatório nos Tribunais Superiores. Explica-se: a possibilidade de se usar da vedação do reexame de fato como subterfúgio apto a afastar a prestação jurisdicional devida é problema gravíssimo, podendo gerar ofensa à Constituição, através da inobservância da previsão constitucional dos recursos extraordinário e especial. Na tentativa de contextualizar essa afirmação com a realidade dos Tribunais Superiores, faz-se pertinente focar rapidamente a evolução histórica dos recursos extraordinário e especial, em meio à chamada “crise” desses tribunais.

²⁷ COSTA, Henrique Araújo, Ob. Cit., p. 207.

3. ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS RECURSOS, E A CRISE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

3.1 – Origens do recurso Extraordinário

O surgimento do que viria a ser nosso recurso extraordinário se deu em 1891, com o Governo Provisório instaurado após a proclamação da República. Dentre os diversos decretos editados nesse período, o Decreto 848 de 11/10/1891 teve como objetivo a organização da justiça federal e a instituição do Supremo Tribunal de Federal.²⁸

O referido decreto criou, em seu art. 9º, a figura do recurso ao Supremo Tribunal Federal, de cuja evolução surgiria o recurso extraordinário. Dispôs o referido dispositivo:

“Art. 9º Compete ao Tribunal:

(...)

Paragrapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados:

- a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada;
- b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;
- c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula.”²⁹

Esse recurso teve notável inspiração no *Writ of Error*, do direito norte americano.³⁰ Sobre essa figura, afirma Ovídio Baptista:

“A lei americana de 25 de setembro de 1789, em sua Seção 25, prevê o cabimento do *writ of error* quando se questione ante o alto tribunal de um estado a

²⁸ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Recurso Especial**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 127.

²⁹ Brasil, Decreto 848/1890 (revogado). Retirado do endereço eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm, consultado em 24/08/2010.

³⁰ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Ob. Cit., p. 127.

validade de um tratado ou de uma lei emanados de autoridade local frente à Constituição e se haja reconhecido validade à lei ou ato questionados.”³¹

Em consonância com Ovídio Baptista, Araújo Costa também remonta a origem do que viria a ser nosso recurso extraordinário ao *Writ of Error*:

“sobreveio regulamentação sobre a competência recursal da suprema corte no sentido de distinguir o que seria o *writ of certionary* (cujo pedido consistia em mais que ‘*matter of right, but of sound judicial discretion*’ concernente às decisões finais dos tribunais estaduais) do *writ of error* (cujo pedido consistia em revisão ampla de decisões de tribunais inferiores aos estaduais). A partir de então, todo o caminho foi traçado para limitar a admissão, por meio de discricionariedade judicial, do *writ of error*, que viria a ser a raiz do nosso recurso extraordinário.”³²

A Constituição Federal de 1891 adotou a figura criada pelo Decreto 848/1891, mantendo, em seu art. 9º, o recurso inominado para o Supremo Tribunal Federal. No entanto, somente com a edição do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em agosto de 1891, é que foi dado o nome de *recurso extraordinário* ao recurso previsto no art. 9º da Constituição.

No Regimento Interno do STF verificaram-se as finalidades precípua do *recurso extraordinário*, como o que viríamos a chamar de *recurso de estrito direito*. Afirma Gleydson de Oliveira sobre “o objetivo para o qual foi destinado o *recurso extraordinário*, qual seja o de manter a inteireza, validade e autoridade da Constituição Federal e da legislação federal”.³³

Já nesse período, a própria doutrina reconheceu a possibilidade de interposição um grande número desses recursos, tendo em vista o fato de que a competência legislativa estava centralizada acentuadamente na União, e não nos Estados.³⁴ A evolução do recurso extraordinário e da sua previsão constitucional se deu de maneira a prever novas hipóteses de cabimento ao recurso (como na reforma constitucional de 1926, que adicionou a hipótese de cabimento por dissídio jurisprudencial a respeito de uma lei federal), e a instituir a possibilidade de

³¹ SILVA, Ovídio Baptista da. . “**Questão de Fato**” em **Recurso Extraordinário**, p. 1. Retirado do endereço eletrônico: <http://www.baptistadasilva.com/nova/www/download.php?what=artigo&fileId=18&hash=>, consultado em 24/08/2010.

³² COSTA, Henrique Araújo, Ob. Cit., p. 205-206.

³³ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Ob. Cit., p. 129.

³⁴ Idem, p. 128.

juízo pelo STF das decisões cassadas das justiças inferiores (Constituição de 1934).³⁵

Com a Constituição de 1946, manteve-se a centralização legislativa de competência da União. Desse modo, acentuou-se o que viria a se chamar de “Crise do Supremo Tribunal Federal”, devido ao exorbitante número de recursos extraordinários interpostos. Dessa constatação, já verificada quando do surgimento do recurso extraordinário, concluiu-se que o constante aumento do número de feitos direcionados ao STF suscitou a criação do Superior Tribunal de Justiça, em tentativa à superação da “crise” do Supremo Tribunal Federal.

3.2 – A Criação do Superior Tribunal de Justiça e a Crise dos Tribunais Superiores

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o sistema judiciário brasileiro passou por uma significativa mudança. Em vista do aumento vertiginoso de feitos apresentados perante o Supremo Tribunal Federal, exigiu-se uma solução que fosse capaz de reduzir o número de processos a uma quantidade realizável, sob pena de inviabilidade do próprio funcionamento regular daquela Corte. Criou-se, como tentativa de solução a esse problema, o Superior Tribunal de Justiça:

“A Constituição Federal de 1988 traz entre suas principais inovações a criação do Superior Tribunal de Justiça e a previsão do Recurso Especial, contemplados, respectivamente nos arts. 104 e 105, III, a, b e c daquela Carta Política.”³⁶

A solução da criação de um outro órgão de cúpula para desafogar o funcionamento do Supremo Tribunal Federal não foi novidade pensada somente quando da Constituição de 1988. Já em 1963, José Afonso da Silva teria proposto a criação de um Tribunal Superior de Justiça, com a função seria a de guarda da legislação federal. Novamente em 1965, em uma reunião de debates presidida pelo Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti suscitou a idéia da criação de um outro tribunal que aliviasse o STF de seu crescente número de feitos. Nesse evento,

³⁵ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Ob. Cit., p. 130-131.

³⁶ FONTOURA, Lucia Helena Ferreira Palmeiro da. Ob. Cit., p. 17.

estiveram presentes Caio Tácito, Lamy Filho, Flávio Bauer Novelli, Miguel Seabra Fagundes, Alcino de Paula Salazar, Caio Mário da Silva Pereira, José Frederico Marques, Gilberto Ulhôa Canto, Levy Fagundes Carneiro, Mário Pessoa e Miguel Reale.³⁷

A presença de juristas de tamanho prestígio em mesa de debates cujo tema seria o da criação desse novo órgão, visando a redução do número de feitos apresentados ao STF, já demonstrava a relevância da questão à época.

Finalmente, em 1988, com a promulgação da Constituição, instituiu-se o Superior Tribunal de Justiça, admitidamente criado como um meio adotado para facilitar cada vez mais difícil atuação do Supremo Tribunal Federal. O que se fez foi cindir a competência dessa Corte superior, relegando-se o julgamento das questões relativas à legislação federal ao então criado STJ. Passagem de Gleydson Oliveira ilustra o advento:

“A Constituição Federal de 1988, ao regular a organização do Poder Judiciário, criou o Superior Tribunal de Justiça, dotando-o de competência originária e recursal, cuja missão precípua é ser guardião da legislação federal mediante recurso especial, atribuição essa que, anteriormente, estava afeta ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário.”³⁸

O autor também relacionou a separação da competência do Supremo Tribunal Federal com a inviabilidade de manutenção do sistema judiciário com a organização vigente até aquele momento. Tendo sido mal sucedidas as tentativas anteriores de redução do número de recursos extraordinários interpostos perante o Supremo, fez-se necessária a cisão de sua competência:

“Verifica-se que a criação do Superior Tribunal de Justiça, transferindo-se parcela da matéria então afeta ao recurso extraordinário, decorreu da propagada crise do Supremo Tribunal Federal. Isso porque as soluções alvitadas pelo legislador, ao longo dos anos, não tiveram o condão de reduzir o número de recursos extraordinários apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.”³⁹

Assim, adotou o legislador constituinte a opção de criar o Superior Tribunal de Justiça, o que consistiu, até então, na mais eficiente medida utilizada para reduzir o crescente número de processos julgados pelo Supremo Tribunal

³⁷ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Ob. Cit., 143.

³⁸ Idem, ibidem.

³⁹ Idem, p. 143-144.

Federal. Em resumo, o Ministro do STJ Antonio de Pádua Ribeiro, quando da recém criação deste tribunal, afirmou:

“Observando-se a atual estrutura do Poder Judiciário, nota-se que dois Tribunais são os de índole nacional, exercendo jurisdição sobre as justiças federal e estadual: o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de justiça. O primeiro, Corte predominantemente constitucional, é o órgão de cúpula do Poder Judiciário. O outro é o órgão de cúpula da Justiça Comum, isto é, da Justiça Estadual e da Justiça Federal não especializada. Dentre as relevantes atribuídas àquelas Cortes, destacam-se duas de natureza eminentemente federativa, que ensejam o maior número de causas a elas submetidas: a de julgar, respectivamente, o recurso extraordinário e o recurso especial.”⁴⁰

Rodolfo Mancuso utiliza parte de sua obra para tratar da dita crise dos Tribunais Superiores⁴¹. No estudo acerca dessa crise, o autor constata que apesar das inúmeras tentativas de superação, o número de recursos dirigidos aos Tribunais Superiores ainda aumenta de modo alarmante. Mesmo com a criação do Superior Tribunal de Justiça, e a atribuição a essa Corte de grande parte da competência que era antes do Supremo Tribunal Federal, ambos os Tribunais sofrem de um aumento considerável no número de feitos julgados a cada ano.⁴²

Analisando os expressivos números divulgados por meio de informativo eletrônico do STJ, o autor conclui:

“Essas cifras expressivas não reduzem o problema a uma crise meramente numérica ou quantitativa, devendo-se, ao contrário, ter presente que a “quantidade afeta a qualidade”. Por isso, quando um órgão judicial postado à cumeieira da organização judiciária recebe mais processos do que pode julgar, começam as mazelas que desprestigiam a justiça e afligem os jurisdicionados: protraimento indefinido dos feitos, contrariando a garantia da duração razoável (CF, art. 5º, LXXVIII – EC 45/2004); funcionarização do Judiciário, contrariando o disposto no artigo 93, XIV, da CF – EC 45/2004; massificação da resposta judiciária, em detrimento do exame cuidadoso de cada caso e da consistente fundamentação jurídica da decisão.”⁴³

Em análise às constatações transcritas acima, decorrentes da crise dos Tribunais Superiores, conclui-se que o tema é de significativa relevância,

⁴⁰ RIBEIRO, Antônio de Pádua. **Do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça**, in Recursos no Superior Tribunal de Justiça, Coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 50.

⁴¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 10. ed, São Paulo: RT, 2008.

⁴² FONSECA, Juliana Pondé. **A Repercussão Geral e a “Crise” do Supremo Tribunal Federal**. 75 p. Monografia (graduação), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

⁴³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ob. Cit., p. 81.

principalmente devido à importante função que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desempenham no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a tentativa de diminuição dos feitos julgados por esses Tribunais, especificamente no que se refere aos juízos de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, deve ser realizada com cautela. Em sendo as hipóteses de cabimento de ambos os recursos previstas taxativamente na Constituição, o indevido alargamento ou restrição dessas hipóteses poderá representar afronta ao próprio texto constitucional. Por esse motivo, deve-se proceder cuidadosamente na verificação da admissibilidade de cada recurso.

4. CRÍTICA À RACIONALIDADE INERENTE AOS RECURSOS DE ESTRITO DIREITO

Feita a exposição das linhas gerais do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial, através da revisita às suas características, funções, classificação no sistema recursal brasileiro e origens históricas, passa-se agora a uma análise crítica da racionalidade inerente ao período histórico em que surgiu a figura clássica da *cassação*, no direito europeu.

As considerações feitas neste capítulo serão essenciais para a abordagem do tema central do presente trabalho, qual seja, o das Súmulas n.º 279 do STF e n.º 7 do STJ, e as diversas implicações práticas e teóricas que esse dois enunciados trazem.

4.1 - Análise Crítica: Univocidade e Rigidez da Norma Jurídica.

Antes do início das exposições críticas que se farão a seguir, cabe ressaltar: a profundidade com que se abordam os temas mencionados no presente tópico em momento algum se presume suficiente para uma elucidação exaustiva. Deve-se reconhecer que praticamente todos os problemas mencionados no presente capítulo, por si só, apresentam tema de estudo muito mais abrangente do que o ora apresentado. Na impossibilidade de concretizar um entendimento completo sobre esses temas, aqui apenas se lançam as “dúvidas”, que devem permear toda a interpretação do presente trabalho.

Na análise das origens históricas dos recursos que figuram no tema central do presente trabalho, percebeu-se que os *recursos de estrito direito* da Constituição de 1988 têm forte influência da figura da Cassação do Direito Francês. Faz-se pertinente, portanto, repassar algumas considerações sobre esse instituto e sobre a mentalidade com a qual ele se relacionava.

Quando das origens dessa figura histórica, no período da Revolução Francesa, vigorava a idéia da absoluta vinculação do juiz à lei:

“Com a Revolução Francesa, o centro de legitimação do poder transferiu-se para a vontade do povo. A idéia de soberania popular tem como pressuposto teórico a submissão dos juízes à lei. (...) no período revolucionário considerava-se direito apenas a lei, considerada quase que literalmente. ‘*Ce mot de jurisprudence des tribunaux doit être effacé de notre langue*’, dizia Robespierre. Tratava-se, na verdade, na crença na onipotência da lei.”⁴⁴

Ainda sobre o contexto histórico que permeou o aparecimento das figuras da Cassação na França e o *Writ of Error* do Direito Americano (ambas influenciaram as figuras do recurso extraordinário e especial, conforme exposto anteriormente), diz-se:

“nosso recurso extraordinário, como o writ of error do direito americano, são instrumentos jurídicos marcados pela modernidade, forjados, ambos, na cultura européia dos séculos XVII e XVIII, a expressarem pesada influência do Iluminismo. Além disso, no caso brasileiro, o parentesco do recurso extraordinário com os juízos de cassação, nascidos na Revolução Francesa, não pode ser esquecido. Tanto o recurso extraordinário quanto o recurso constitucional americano têm suas origens nas filosofias racionalistas do século XVII. (...) Este modo de pensar o Direito tem suas raízes firmemente presas às filosofias racionalistas e, quanto a nosso recurso extraordinário, ao exagero com que praticamos a doutrina da separação de poderes, pressupondo, como um dado, o monopólio integral da produção do direito pelo Poder Legislativo.”⁴⁵

A passagem de Ovídio Baptista revela, em conclusão com a qual concorda Teresa Wambier, que a racionalidade predominante quando da origem do Juízo de Cassação (França) e o *Writ of Error*, era a do *Iluminismo*, pensamento no qual vigoravam as idéias da vinculação absoluta do juiz à lei, e da completude e rigidez perfeita da lei. Por óbvio, as figuras do recurso extraordinário e especial tomaram como própria a mesma racionalidade, pautada pela lógica do Iluminismo.

Indo adiante no problema, Ovídio Baptista explicita que a finalidade de controle e uniformização da aplicação da legislação constitucional e federal, conforme adotada pelos recursos extraordinário e especial (respectivamente), parte da premissa da *univocidade* do sentido das leis, idéia inerente à já mencionada racionalidade européia do século XVII. Expõe o autor:

“A suposta univocidade de sentido de que gozaria a norma jurídica é a condição que torna possível seu controle uniforme, independentemente das peculiaridades e circunstâncias do caso concreto. Aqui, na verdade, reside a dificuldade enfrentada por nossos recursos extraordinários. A dificuldade está em que nossa formação concebe os institutos, as regras e princípios o direito processual como proposições verdadeiras, dotadas de perenidade própria do caráter supostamente

⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Questão de Fato, Conceito Vago e a Sua Controlabilidade Através de Recurso Especial**, in Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso especial e do Recurso Extraordinário, Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, São Paulo, RT, 1997, p. 429-430.

⁴⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. **“Questão de Fato” em Recurso Extraordinário, p. 1**

“científico” do direito processual. Parece-nos natural aplicar padrões e critérios que foram válidos para a Europa do século XIX à nossa contemporaneidade.”⁴⁶

Superado o momento histórico que deu origem ao pensamento analisado, natural que a aplicação desse pensamento à contemporaneidade, nos termos expostos acima, seja impossível. Na mesma esteira do pensamento de Ovídio Baptista, Teresa Wambier afirma que a velocidade das transformações sociais, em contraposição à incapacidade da lei escrita em manter-se íntima e atualizadamente relacionada com a realidade dos fatos, por si só faria com que a interpretação estrita da letra da lei não fosse método suficiente para a aplicação de dispositivos legais no Direito contemporâneo. Não somente, já seria possível afirmar que a lei escrita não mais traduziria a vontade geral.⁴⁷

A conclusão da Autora é semelhante ao pensamento desenvolvido por Ovídio Baptista:

“Torna-se, assim, visível o paradoxo a que fica exposto o direito processual: exige-se, por várias contingências culturais, a segurança do Direito inscrito nos códigos – abstraída sua essencial historicidade. Simultaneamente, porém, a natureza complexa e pluralista de nossa sociedade, tangida pelas bruscas e profundas mudanças sociais, a impor não apenas a compreensão hermenêutica do do direito processual, terá de conviver com as constantes mudanças das leis e do modo de compreendê-las, na experiência judiciária. (...) Duas forças operam em sentido contrário, uma procurando manter o primado da lei e, por meio dela, privilegiar o valor segurança; a outra, vencida pela própria torrente legislativa, imposta pela juridicização do mundo, que uma marca da modernidade; e pela inocultável insegurança que ela oferece, busca refúgio na jurisprudência, todavia numa espécie de jurisprudência formalizada; na jurisprudência das ementas, disponíveis no mundo virtual.”⁴⁸

Como ponto final na apresentação do problema da univocidade e rigidez das normas jurídicas na contemporaneidade, transcreve-se do autor, mais uma vez, a seguinte passagem:

“Cremos que é este o momento de renunciar à esperança, acalentada pelo Iluminismo, de que se possa construir um direito absolutamente seguro, expresso numa linguagem transparente e sem ambigüidades, que nos permita compreendê-lo, sem que necessitemos hermeneuticamente interpretá-lo, um direito expresso

⁴⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. Ob. Cit., p.2.

⁴⁷ “Atualmente, tão-só e exclusivamente a velocidade com que caminham, os fatos sociais e o descompasso entre a lei escrita e a realidade, já seria suficiente para que em muitos casos não possa o intérprete contentar-se com a letra da lei, mas, ao contrário, seria uma razão bastante para que a letra da lei não mais traduzisse a vontade geral.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ob. Cit., p. 430

⁴⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. Ob. Cit., p. 3-4.

em normas de sentido unívoco, um direito que, como dissera Chiovenda, receba do legislador uma vontade invariável, vontade naturalmente constante (...).”⁴⁹

Defendida aqui, fundamentadamente (ainda que de maneira sucinta), a impossibilidade da existência de um sistema normativo completo e de sentido unívoco e inalterável, passa-se ao problema seguinte, de igual complexidade e relevância. Trata-se do problema referente à aplicação das normas jurídicas segundo uma racionalidade unicamente subsuntiva, segundo a qual a decisão judicial decorreria de um simples silogismo entre premissas fáticas e de direito.

4.2 – Análise Crítica: Paradigma Subsuntivo e Silogismo

Sobre a subsunção, destaca-se inicialmente o trecho citado a seguir, que correlaciona o tema do presente tópico com outros abordados no trabalho:

“A prática subsuntiva traz embutida pressupostos questionáveis, tais como: a completude do ordenamento; a racionalidade como caminho suficiente para cotejá-lo; e a possibilidade de distinção entre fato (premissa menor) e direito (premissa maior).”⁵⁰

A passagem de Henrique Araújo Costa revela a relação inerente que existe entre o paradigma subsuntivo de aplicação das normas jurídicas e um postulado que já foi reputado como inválido: o da completude do ordenamento jurídico. Partindo dessa relação, faz-se necessário rever a aplicabilidade desse paradigma, em contexto no qual já não se faz mais possível confiar somente na letra da lei.

Antes que se adentre na crítica ao modelo subsuntivo e à lógica do silogismo, cabe repisar, muito rapidamente, a idéia básica trazida por tal racionalidade:

“Deve-se à lógica jurídica, com a ajuda da clássica lição do silogismo judicial, a possibilidade de separação das questões de fato das de direito. 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 efetua o enquadramento

⁴⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. Ob. Cit., p. 7.

⁵⁰ COSTA, Henrique Araújo. **Reexame de Prova em Recurso Especial: A Súmula 7 do STJ**, Brasília, thessaurus, 2008, p. 70-71.

(subsunção) da situação de fato ao direito, extraindo, por conseguinte, os respectivos efeitos jurídicos e conclusão.”⁵¹

Nas palavras do autor citado encontra-se explicação suficiente, ainda que consideravelmente “econômica”, da lógica do silogismo e do paradigma da subsunção. Assim, não se faz necessário discorrer exaustivamente sobre as linhas gerais desses modelos no presente tópico. Repita-se apenas: a lógica do silogismo parte de uma premissa maior como indicação genérica da lei, à qual se subsume um determinado fato, esse sendo a premissa menor. Da subsunção da premissa menor (fato) à premissa maior (direito) resulta uma conclusão, que é o dever-ser aplicado ao caso.⁵²

Dado que o objetivo que se visa agora é o de apresentar uma noção das críticas dos autores estudados ao modelo subsuntivo, passa-se diretamente à exposição de alguns dos problemas desse modelo, sem delonga demasiada nos seus conceitos básicos.

Conforme já se afirmou, a racionalidade que deu origem aos recursos de estrito direito do ordenamento brasileiro foi a da cultura europeia dos séculos XVII a XIX. Esse pensamento foi marcadamente pautado pelo ideal iluminista da estrita vinculação do juiz à lei positivada. Segundo essa racionalidade, a função do juiz seria apenas a de aplicar a lei (repita-se, tida como unívoca, invariável e desprovida de lacunas, segundo o que já se demonstrou no tópico anterior). A lei positivada, proveniente da vontade soberana do povo, figurava como garantia inequívoca da segurança jurídica, em contraste com a combatida arbitrariedade monárquica vencida após a Revolução Francesa.⁵³

O ideal do positivismo, porém, conforme trazido pelo Iluminismo no momento histórico referido, veio a ruir. O que se vê contemporaneamente, não somente no ordenamento brasileiro, é a contraposição da tentativa de criar e manter

⁵¹ COSTA, Henrique Araújo. Ob. Cit., p. 276.

⁵² FONTOURA, Lucia Helena Ferreira da. Ob. Cit., p. 30.

⁵³ “Do ponto de vista político, o ideal iluminista desembocou na Revolução Francesa, que veio consolidar um governo de leis e não de homens, de códigos e não de interpretação, dado que a legitimidade da lei deriva do próprio povo, na pessoa do legislador. (...) O que se pretendeu com isso foi engessar a atuação do legislador, mormente ligados ao regime derrotado, e possibilitar uma maior estabilidade para o estabelecimento do governo. Então, fez-se urgente uma metodologia que vedasse a criatividade e possibilitasse ao juiz encontrar na lei a resposta correta.” COSTA, Henrique Araújo. Ob Cit., p. 28.

um sistema normativo completo e rígido, à velocidade com que se desenvolvem e se transformam as relações sociais. De um lado, verifica-se a idéia de manter um sistema normativo positivado que garanta segurança e uniformidade na aplicação da lei. De outro, um panorama de rápidas transformações e interações sociais que a cada momento superam a capacidade dos sistemas codificados em se atualizarem suficientemente.

O que se pretende afirmar no parágrafo acima se traduz claramente no seguinte trecho:

“a pressuposta perenidade dos conceitos e regras jurídicas choca-se com as vertiginosas transformações sociais, impostas pela comunidade cibernética; enfim, entra em conflito com a instantaneidade dos negócios, exigida pela globalização e com a vertiginosa evolução da técnica e dos meios de comunicação. Estamos longe das sociedades tradicionais, homogêneas, como foi a sociedade européia dos séculos XVIII e XIX.”⁵⁴

Superados os pressupostos (do positivismo jurídico) da mentalidade européia do período pós-revolucionário, faz-se necessário adotar outra racionalidade para explicar o modo pelo qual se dá a aplicação da lei ao caso concreto. Não obstante aqui se adote a posição segundo a qual a lógica do silogismo (e todas as idéias diretamente relacionadas a ela, já mencionadas anteriormente) não se faz mais suficiente à contemporaneidade, o presente trabalho não presume identificar a lógica que o seja. Aqui, contenta-se com a apresentação das críticas dos doutrinadores que tratam do assunto enquanto relacionado com nosso tema central, dos recursos extraordinário e especial.

Na esteira do pensamento já exposto, segundo o qual não se verificam mais como existentes, e nem mesmo possíveis, sistemas jurídicos fechados e desprovidos de lacunas, Teresa Wambier desenvolve suas conclusões no sentido de que a vinculação do juiz deve se dar de acordo com o *sistema jurídico*, e não simplesmente com a letra da lei.⁵⁵

⁵⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. Ob. Cit. , p. 3. No mesmo sentido, a seguinte passagem de Teresa Wambier: “As condições das sociedades contemporâneas impuseram e de fato acabaram por gerar a crise e a conseqüente alteração dessa visão de mundo em que nasceu o positivismo, como postura teórica que enxerga na lei, predominantemente, se não exclusivamente, o direito. As decisões já não mais podem ser consideradas como resultado imediato e automático da aplicação do texto legal. O positivismo entrou e está em crise e são diversas as soluções propostas para que não se caia na escravidão à letra do texto da lei ou na anarquia mais absoluta.” Ob. Cit., p. 432.

⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ob. Cit., p. 436.

A autora continua, por essa linha de pensamento, até chegar na afirmação de que há decisões que apesar de parecerem, à primeira vista, contrárias à lei, seriam, na verdade, condizentes com a idéia do sistema jurídico como um todo. Tais decisões, que em princípio poderiam ser interpretadas como contrárias à lei, partiriam da idéia de que o juiz não está *vinculado* à letra da lei, mas ao contrário, a manipula criativamente, delimitando em cada caso concreto, o alcance das normas legais.⁵⁶

Essa manipulação, realizada pelo juiz na delimitação do alcance das normas legais aplicáveis aos fatos, é claramente demonstrada pela existência dos *conceitos vagos* no ordenamento jurídico. Tais conceitos representam premissas legais marcadas por uma indeterminação conceitual, que confere a tais figuras uma dita “*zona de penumbra*”.⁵⁷

Na aplicação das normas que contém conceitos vagos, a função do julgador não seria simplesmente a do enquadramento de uma premissa fática dentro de uma norma (premissa maior), mas a de própria *delimitação* dos contornos fáticos que ensejariam a aplicação da norma. Em outras palavras, haveria delimitação do próprio conteúdo da norma. Nesse sentido, a jurisprudência, na aplicação das normas jurídicas que contem conceitos vagos, realizaria uma função simultaneamente *modificadora*, *controladora* e *transformadora* da realidade⁵⁸, preenchendo o próprio conteúdo do dispositivo legal quando da sua aplicação.

O tema dos conceitos vagos, no contexto do cabimento dos recursos extraordinário e especial, assim como a função que exerce a jurisprudência na aplicação dessas normas, é de importância central para o presente trabalho. Seu conceito, função, importância e controlabilidade pelos recursos de estrito direito serão abordados em tópico próprio.

O que se analisa agora, ainda por sob um viés crítico voltado para a figura da subsunção, é a possibilidade da utilização do modelo da subsunção como um exercício lógico destinado a encobrir a arbitrariedade nas decisões judiciais.

⁵⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ob. Cit., p. 436.

⁵⁷ Idem, p. 443.

⁵⁸ Idem, p. 442

Reputa-se aqui que o silogismo nas decisões judiciais, pautado na idéia de completude do ordenamento, desconstitui a necessidade da devida *fundamentação* da decisão, permitindo que a mesma se dê de maneira arbitrária. Isso ocorre do seguinte modo: atuando como mera *boca da lei*, o juiz, ao decidir um caso concreto através da aplicação de norma jurídica rígida e unívoca (aspectos inerentes à racionalidade iluminista, já abordada anteriormente) pode decidir o caso concreto como lhe aprouver, bastando fundamentar com base em determinada norma para garantir legitimidade à decisão. Sem discricionariedade do juiz na interpretação da lei, sua aplicação prescindirá de fundamentação legítima, que não se limite à indicação de *qual foi a norma jurídica aplicada*.⁵⁹

Em outras palavras, se o juiz decidisse o caso concreto, por exemplo, motivado por preconceitos pessoais, a mera indicação da norma aplicada bastaria para legitimar aquela decisão. Esse fenômeno, consistente na verificação da arbitrariedade encoberta pela alegada *aplicação literal do dispositivo*, se verifica com mais freqüência nos casos em que se parte de uma concepção de vinculação absoluta do juiz à lei (que é exatamente a concepção adotada no período histórico em que se desenvolveu a idéia da Subsunção, pela lógica do silogismo).

Nessa esteira, transcreve-se comentário de Ovídio Baptista, em perfeita consonância com o que se afirmou acima:

“Explica-se, a partir destes pressupostos, o extraordinário divórcio entre o sistema, expresso na lei, concebido para aprisionar o julgador, outorgando-lhe apenas a missão de declarar-lhe a “vontade”, um julgador despido, de poder discricionário, conseqüentemente proibindo-o de interpretar a lei, e a prática judiciária, jogada entre nós no arbítrio explícito e absoluto. Pressupondo que o juiz não deva hermeneuticamente interpretar a lei – por isso que sem poder discricionário não haverá interpretação autêntica -, a conseqüência óbvia é que ele fique dispensado de explicitar o verdadeiro fundamento da sentença.”⁶⁰

A passagem transcrita revela claramente a constatação de que a estrita vinculação do juiz ao conteúdo da lei, afastando a possibilidade da interpretação da mesma de acordo com o caso concreto, pode conduzir à arbitrariedade da decisão, vez que não haveria necessidade de real fundamentação da decisão.

⁵⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. Ob. Cit. , p. 8

⁶⁰ Idem, ibidem.

Por outra ótica, tem-se que a partir do mesmo problema pode-se concluir que a lógica subsuntiva, além de possibilitar a arbitrariedade pela desnecessidade de fundamentação, pode também ser lançada como *justificativa* para a forma como a questão foi decidida. Parece a mesma constatação exibida acima, mas não o é: já se afirmou que a utilização da lógica subsuntiva (ou do silogismo) no processo de decisão pode acarretar na arbitrariedade da decisão devido à desnecessidade de fundamentação; agora, se afirma que a decisão judicial pode se dar como resultado de um processo que não se limita à mera subsunção, sendo, porém, posteriormente *justificada* pela lógica da subsunção.

“O modelo do processo subsuntivo serve muito mais para emprestar uma lógica à decisão judicial, a partir do exame da adequação entre os fatos e a norma jurídica aplicada, do que para explicar a atividade cognitiva do juiz levada a cabo, que não se resume à simples dedução lógica, a fim de estabelecer a norma jurídica individual.”⁶¹

Apontada como modo de justificação de uma decisão judicial, a lógica da subsunção não se verifica mais como o método utilizado pelo julgador para aplicar a lei ao caso concreto. Crê-se que por tudo que já foi exposto no presente trabalho, em relação à superação da racionalidade iluminista que embasou a lógica subsuntiva (com a conseqüente superação de todos os postulados absolutos dela decorrentes: concretude e univocidade do ordenamento jurídico, vinculação estrita do juiz à letra da lei, etc.), não se pode mais afirmar que a atividade do juiz se resume à simples verificação do enquadramento de uma premissa fática à norma jurídica. Aliás, deve-se afirmar exatamente o contrário:

“A idéia de que a sentença seja o resultado de um silogismo corresponde a uma simplificação exagerada e pouco fiel daquilo que verdadeiramente acontece com a formação do convencimento do juiz. Poder-se-ia mesmo dizer que a figura lógica de um silogismo jamais terá lugar no período de formação mental da sentença; ou se realmente houver um silogismo, antes de ser ele a formar a sentença, será esta – depois de formulada no espírito do julgador – que dará ensejo a um silogismo, montado apenas com um fim de se justificar a concreção da norma legal.”⁶²

Não se mostra inútil a repetição dessa idéia no presente trabalho. Dentro do tema central aqui tratado, encontra-se justamente a necessidade de superação da mentalidade retrógrada que reduz a decisão judicial à lógica dedutiva da subsunção. No estudo das hipóteses de cabimento dos recursos de estrito direito, deve existir a premente idéia de que a atuação do julgador não se reduz à mera

⁶¹ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Ob. Cit., p. 277

⁶² SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Porto Alegre: Fabris, 1897, p. 338

aplicação da lei.⁶³ A atuação se dá, ao contrário, na própria delimitação dos contornos da lei ao caso concreto, devendo o julgador realizá-la de acordo com diversos processos inerentes à aplicação da norma, referentes à formação do convencimento a respeito dos fatos e à própria função *criadora* do direito existente no momento da decisão.

Partindo da indissociável relação do julgador com os fatos aos quais se aplicará a norma jurídica, tem-se que o objeto do presente estudo torna-se mais complexo. Nos recursos de estrito direito, restringe-se a controvérsia à matéria de direito, concernente a norma constitucional ou federal. Tal distinção parte da concepção (ultrapassada) que separa de maneira inconfundível o fato do direito: a lógica subsuntiva, por meio da definição das premissas maior (direito) e menor (fato) do caso concreto. Se defendida a corrente que reputa a lógica da subsunção (considerada isoladamente) como inaplicável à atuação jurisdicional contemporânea, a distinção entre a questão de fato e de direito deve, obrigatoriamente, tornar-se mais difícil:

“a descrição dos fatos é realizada com base em um sistema de signos não menos arbitrário e abstrato que o próprio sistema jurídico. E mais, vale lembrar igualmente que o conjunto fático é dotado de uma complexidade que não cabe nas definições jurídicas. Diante disso, a ótica da subsunção revela-se artificial porque, em verdade, a subsunção aplica um ajuste mútuo entre os fatos e o direito.”⁶⁴

Crê-se estar suficientemente defendida a concepção da insuficiência da lógica subsuntiva como fenômeno da aplicação da lei ao caso concreto. Assim, passa-se ao tema central do presente estudo.

⁶³ Ainda sobre a inadequação do modelo subsuntivo como modo de aplicação do direito aos fatos pelo juiz: “José Afonso da Silva (Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro, Revista dos Tribunais, 1963, p. 129) rejeitando a teoria do silogismo jurídico, por entendê-la alienar o magistrado do mundo cultural donde se extrai o material objeto do seu juízo de valor, com a pretensão de querer atribuir-lhe apenas a função de emitir juízos lógicos, afirma que a atividade do juiz é de caráter dialético, partindo das intencionalidades contraditórias das condutas intersubjetivas, postulados de fins, e mais a tensão dessas intencionalidades com a lei, gerando, dentro do processo, vários processos culturais cuja síntese final é a sentença, atuando os valores do justo, ou pelo menos, os de segurança.” FONTOURA, Lucia Helena Palmeiro da. **Recurso Especial: Questão de Fato/Questão de Direito**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993, p. 33

⁶⁴ COSTA, Henrique Araújo. Ob. Cit., p. 85.

5. O PROBLEMA DAS SÚMULAS Nº 279 DO STF E Nº 7 DO STJ

Trata-se agora do tema central do presente trabalho, referente às Súmulas nº 279 do Supremo Tribunal Federal e nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

A rápida incursão realizada nos outros temas, nos capítulos anteriores, tem agora o condão de auxiliar neste foco central, o qual consiste, em linhas gerais, em abordar os aspectos problemáticos referentes à função, interpretação, e aplicação destes dois enunciados pelos Tribunais Superiores.

5.1 - Apresentação do Tema

O problema das Súmulas n.º 279 do STF e n.º 7 do STJ se faz amplamente conhecido nos meios forenses. Os dois enunciados, apesar de sua simples, e inegavelmente insuficiente redação, trazem ao Judiciário questão de extrema relevância, sendo esta a de obstar o acesso às vias recursais extraordinárias (entenda-se esta como aquela atinente aos recursos de estrito direito interpostos perante os Tribunais Superiores). Quanto aos efeitos destas súmulas enquanto meio de restrição ao cabimento dos recursos ao STJ e ao STF, percebem-se no ambiente forense desde reações de indignação por parte dos inúmeros advogados que têm seus recursos "negados", como o que poderia ser chamar de "alívio" das instâncias superiores perante a limitação quantitativa de feitos atribuídos às suas competências.

A questão das duas súmulas, porém, traz à discussão acaloradas opiniões, nem sempre claras e de fácil compreensão, e no mais das vezes divergentes, a partir dos mais diversos pontos de vista (teórico, dogmático, instrumentalista e teleológico, por exemplo). Para a abordagem inicial do problema - ou melhor, problemas - faz-se pertinente, antes de tudo, começar o presente estudo a partir do próprio texto das Súmulas.

Transcreve-se primeiramente, devido à sua anterioridade temporal, a Súmula n.º 279 do Supremo Tribunal Federal: "*Para simples reexame de prova não*

cabe recurso extraordinário." O referido enunciado, assim como seu "gêmeo" proveniente do trabalho dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, encerra na sua simplicidade linguística conteúdo profundo, no qual pode se perder o jurista mais incauto.

Porém, antes de percorrer as linhas gerais desses conteúdos, pertinente se faz a elucidação de mais algumas informações referentes a esse enunciado. Sua aprovação no âmbito do Supremo se deu em Seção Plenária de 13/12/1963, sendo o conteúdo da Súmula publicado pela primeira vez em anexo ao Regimento Interno do STF, veiculado pela Imprensa Oficial em 1964 (p. 127). Os casos indicados como os primeiros precedentes da Súmula seriam o Agravo de Instrumento nº 29.710, e a Carta Testemunhável nº 3.713, dos quais se retiram os trechos a seguir:

"O SENHOR MINISTRO EVANDRO LINS (Relator): O bem fundamentado despacho descrito no relatório deve ser confirmado por seus próprios fundamentos. Toda a matéria discutida - posse - girou em torno da prova dos autos. A própria petição do Agravante evidenciava que o que se pretende, através do recurso extraordinário, é o reexame da matéria de fato, pois aí se diz e se repete que 'os Autores ora Agravantes alegaram e provaram' (e enumera uma série de detalhes do feito, com indicação de folhas e de peças). Houve aplicação da lei, em face das provas, dentro das atribuições da justiça local. Inadmissível, pois, o apelo extraordinário".⁶⁵

"Considerando que, tendo se limitado à apreciação de prova de factos e à aplicação aos factos provados das disposições de Lei, que os regiam, o Accordam recorrido, delle não cabe recurso extraordinário".⁶⁶

Com semelhança ao texto da Súmula de mesmo conteúdo no âmbito do STF, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 7, que dispõe: "*A petensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.*" A Sessão da Corte Especial na qual se deu a votação da Súmula ocorreu em 28/06/1990, sendo que a publicação do enunciado no Diário Oficial ocorreu no dia 03/07/1990 (p. 6478). Ainda que de relativa juventude em comparação ao enunciado do Supremo, a Súmula nº 7 do STJ revela a mesma "economia verbal", trazendo também, os mesmos problemas no tocante à finalidade e interpretação.

Pelo que se revela na simples leitura dos dois enunciados, tem-se se que o intuito dos Tribunais Superiores é o de impedir o acesso às vias recursais

⁶⁵ STF, AI nº 29.710, Rel. MIN. EVANDRO LINS, julgado em 14/10/1963.

⁶⁶ STF, CT nº 3.713, Rel. MIN. GUIMARÃES NATAL, julgado em 30/01/1924.

extraordinárias das pretensões de reexame de provas dos casos concretos. Isso está correto. Porém, a questão não acaba aí. O que se pretende impedir, não somente nos casos em que se visa a reanálise probatória, é a vedação à incursão na seara fática em cada caso concreto.

Fica claro, neste ponto do trabalho, que tal "limite" à prática recursal correlaciona-se perfeitamente com os modelos recursais que deram origem aos recursos ora abordados, o aparecimento e a evolução de tais remédios no Direito brasileiro, e (talvez principalmente) às hipóteses constitucionais de cabimento desses recursos (CF 1988, art. 102, III, a, b, c, d; art. 105, III, a, b, c).

As funções desses recursos, delineadas através das hipóteses de cabimento de cada um, não consistem na revisão de "questões de fato" e de "reexame de provas", mas sim, e conforme exposto anteriormente, na uniformização e correção da aplicação de norma constitucional (no recurso extraordinário) e norma federal (recurso especial). O problema se acentua, inicialmente, na menção aos termos "questão de fato" e "reexame de prova". Mas, por ora, continuar-se-á apenas na descrição inicial do tema das Súmulas.

Sobre o problema, também em linhas iniciais de significativa contribuição ao tema, afirma Rodolfo de Camargo Mancuso:

"Um dos motivos por que se têm os recursos extraordinário e especial como pertencentes à classe dos excepcionais reside em que o espectro da sua cognição não é amplo, ilimitado, como nos recursos comuns (máxime a apelação), mas, ao invés, é restrito aos limites da matéria jurídica. Assim, eles não se prestam para o reexame de matéria de fato, presumindo-se ter esta sido dirimida nas instâncias ordinárias, quando procederam à subsunção do fato à norma de regência. (...) A matéria de fato, que fica excluída do âmbito extraordinário, é aquela cujo conhecimento pelo STF apenas levaria a um reexame de prova, ou seja: aqueles casos em que não se perscruta no contraste entre o decisum recorrido e um texto constitucional; onde, na verdade, o interesse do recorrente é, pura e simplesmente, infringir o julgado, objetivo esse adequado aos recursos de tipo comum, que já foram ou poderiam ter sido manejados *opportuno tempore*. É nessa dimensão que se entende a Súmula 279 do STF (...)." ⁶⁷

Na mesma esteira, dispõe Gleydson Kleber de Oliveira Lopes:

"Em decorrência do efeito devolutivo restrito do recurso especial - devolve-se ao Superior Tribunal de Justiça a análise da legalidade da decisão recorrida, a nível de legislação federal - , é assente o entendimento de que somente as questões de direito são susceptíveis de exame. (...) A atividade cognitiva do Superior Tribunal

⁶⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 10. ed, São Paulo: Revista Tribunais, 2007; p. 161-164.

de Justiça centra-se, tão somente, na verificação de violação da legislação federal cometida pelo acórdão recorrido. Eis a razão pela qual é correta a afirmação de que o Superior Tribunal de Justiça não constitui órgão de terceira instância, pois não se presta ao mero reexame dos fatos retratados na instância ordinária, nem tampouco à correção de decisão injusta, salvo no caso de violação à legislação federal. Neste sentido, são taxativos os enunciados constantes das Súmulas n 279 do Supremo Tribunal Federal e n 7 do Superior Tribunal de Justiça (...)."⁶⁸

Os trechos acima citados expõem as linhas gerais do significado das duas súmulas em exame, demonstrando claramente também (embora não se fizesse necessária) a idêntica aplicação dos dois enunciados no âmbito do Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. Ora, se as duas Cortes funcionam como tribunais em que se visa resguardar a inteireza e a aplicação correta das normas constitucionais e federais, possuindo a mesma finalidade para com o julgamento desses recursos de estrito direito, além da quase idêntica previsão constitucional de cabimento (ressalvada a diferença óbvia quanto à norma constitucional e a lei federal), nada mais natural que a limitação da cognição dessas Cortes nos recursos cabíveis seja mesma.

Ainda nas linhas gerais do tema, aproveita-se também das palavras de Lucia Helena Ferreira Palmeiro da Fountoura:

“Os limites do enfrentamento em Recurso Especial com base a distinção entre questão de direito e a questão de fato são determinados como se referiu acima, pela finalidade jus-unitária do instituto.”⁶⁹

As palavras acima, ainda que em afirmação sucinta, trazem o cerne do tema central abordado na obra citada, o da distinção entre questão de fato e questão de direito. Tal tema, por óbvio, representa um dos principais problemas tratados no presente trabalho, e será ainda aprofundado antes das considerações finais. No entanto, antes do enfrentamento direto dos tópicos problemáticos trazidos no presente trabalho (o qual, repita-se, não tem a pretensão de esgotar ou oferecer conclusão definitiva sobre o assunto, mas apenas de apresentar as dificuldades em cada tema), faz-se pertinente o empréstimo de mais algumas palavras, de Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

O Ministro Carlos Velloso, na época, em brilhante exposição sobre o recém criado STJ, e suas competências originárias e recursais, afirmou:

⁶⁸ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Recurso**. Ob. cit., p. 275.

⁶⁹ FONTOURA, Lucia Helena Ferreira da. **Recurso Especial: Questão de Fato/Questão de Direito**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

“Não cabe recurso especial quando a matéria é de fato. É o que está na Súmula 279-STF: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. O que precisa ser esclarecido é isto: no recurso especial não se reexamina a prova, devendo os fatos da causa serem considerados na versão do acórdão recorrido, porque as instâncias ordinárias decidem, soberanamente, a respeito deles. A qualificação jurídica do fato incontroverso, entretanto, ou a valorização da prova, é uma questão jurídica.”⁷⁰

Na mesma obra, resultado do esforço conjunto de diversos doutrinadores, ainda cita-se:

“A manifestação do recurso especial é adstrita a matéria de direito federal. Há de fundar-se em fatos incontroversos, tais como tidos pelas instâncias ordinárias. Todavia, convém alertar que as questões atinentes à valoração da prova são de direito e não de fato.”⁷¹

“Ao apreciar o recurso especial, o STJ, do mesmo modo que fazia o STF, não reexaminará matéria de fato ou a prova, ainda quando não tenha sido ela corretamente apreciada pelo tribunal de origem. Verificará apenas se o direito federal foi bem aplicado, ou não, ou se da aplicação resultou interpretação diferente da que lhe havia sido dada por outro tribunal.”⁷²

O que se extrai dos trechos citados, em repetição que de modo algum se apresenta como inútil, é que os recursos especial e extraordinário, ditos *recursos de estrito direito*, se prezam apenas à verificação da correta aplicação do direito (resumidamente), em contraposição à revisão das matérias de fato. Percebe-se a tentativa de uma separação absoluta entre o que se diz *questão de direito*, sobre a qual são cabíveis esses recursos, e a *questão de fato*, cuja delimitação seria competência exclusiva das instâncias ordinárias.

Diferenciação se faz, também, nos conceitos de *reexame de prova* e *valorização de prova*, sendo vedada nesses recursos apenas a primeira. Igualmente, a *qualificação jurídica* de fatos incontroversos já delineados na instância ordinária também seria possível em sede de recurso especial e extraordinário, havendo nessas situações, *questão de direito*.

⁷⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **O Superior Tribunal de Justiça – Competências originária e recursal** in Recursos no Superior Tribunal de Justiça, coord: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 36.

⁷¹ RIBEIRO, Antonio Pádua. **Do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça** in Ob Cit., p. 54.

⁷² GALVÃO, Ilmar Nascimento. **Poder Judiciário. Reforma de 1988. O recurso especial no Superior Tribunal de Justiça** in Ob Cit., p. 88.

As considerações traçadas nos parágrafos acima, longe de enumerar todos os problemas identificados nos temas das Súmulas, apenas figuram como uma ligação com os tópicos que serão tratados a seguir.

O primeiro deles é relativo (não apenas) às dificuldades, e concepções que se reputam falsas, inerentes à mentalidade pela qual se realiza a distinção absoluta entre *questão de fato* e *questão de direito*, e também pela qual se realiza uma separação estanque entre os momentos da ocorrência dos fatos e da incidência da norma jurídica sobre os mesmos, segundo a lógica da Subsunção e do Silogismo nas decisões judiciais. Abordam-se também, de maneira rápida e introdutória, as noções contemporâneas de sistemas legislativos abertos, permeados por *conceitos vagos* ou *indeterminados* que exigem mais da Jurisprudência do que a mera atuação do juiz como a “boca da lei”.

5.2 – Separação das Questões de Fato e de Direito

A evolução da linha de pensamento do presente trabalho traz agora a delicada problemática da separação das “questões de fato” e “questões de direito” para fins de admissibilidade dos recursos de estrito direito. Já foram abordadas as funções e hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário, enquanto recursos de estrito direito, porém cabe repetir, no tocante à vedação da análise de matéria de fato:

“Compreende-se que os recursos excepcionais não sejam vocacionados à mera revisão de matéria de fato: é que a indigitada injustiça daí decorrente teria por causa uma má subsunção do fato à norma, erronia essa, todavia, corrigível pelos recursos comuns, mormente a apelação, que se caracteriza pela amplitude do efeito devolutivo; ao passo que o objetivo precípua dos recursos extraordinários e especial volta-se à readequação do julgado recorrido aos parâmetros constitucionais ou do direito federal, comum, respectivamente, porquanto remanescendo no plano do estrito direito.”⁷³

Enquanto recursos de estrito direito, portanto, o recurso extraordinário e o especial não se prestam à incursão na matéria fática, ou ao reexame de provas, conforme a letra das súmulas. No entanto, os dois conceitos não são sinônimos, conforme se demonstrará ao longo deste e do próximo tópico.

⁷³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ob. Cit., p. 165.

A vedação à incursão na matéria fática não consiste em inovação criada pelos Tribunais Superiores; no mesmo sentido do que já foi exposto anteriormente, sintetiza Gleydson Kleber Lopes de Oliveira que “a vedação ao reexame de questões de fato decorre, inexoravelmente, do próprio texto da Constituição Federal, que regula cabível recurso especial das decisões que violem lei federal ou tratado.”⁷⁴ Por óbvio, em consonância com o que já mostrado no primeiro tópico deste capítulo, ao recurso extraordinário se aplica o mesmo que foi dito acima.

Em introdução ao problema abordado no presente tópico:

“Permitem, pois, o recurso extraordinário e o especial tão-somente a revisão *in iure*, ou seja, a reapreciação de questões de direito enfrentadas pelo órgão *a quo*. A singeleza dessa afirmação, 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 questões de direito nem sempre é muito fácil de traçar com nitidez.”⁷⁵

A partir do trecho citado, de autoria de Barbosa Moreira, inicia-se a exposição dos problemas decorrentes da separação entre fato e direito.

Na esteira do que já demonstrado anteriormente, ao tratar-se da lógica subsuntiva, tem-se que a separação absoluta entre fato e direito era postulado desta racionalidade.⁷⁶ Na medida em que defendeu-se, em posição já fundamentada, a superação deste paradigma, percebe-se a dificuldade em adequar a vedação constitucional à incursão na seara fática dos casos concretos com a superação da lógica que trazia uma separação absoluta entre fato e direito.

Este problema deve ser abordado com a máxima cautela, vez que ao delimitar-se de maneira insatisfatória o que viria a ser questão de fato e questão de direito, pode-se restringir (inconstitucionalmente) o direito à interposição dos

⁷⁴ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Ob. Cit., p. 275

⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 5, arts 476 a 565. 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 593.

⁷⁶ “Deve-se à lógica jurídica, com a ajuda da clássica lição do silogismo judicial, a possibilidade de separação das questões de fato das de direito. 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 efetua o enquadramento (subsunção) da situação de fato ao direito, extraindo, por conseguinte, os respectivos efeitos jurídicos e conclusão.” OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de, Ob. Cit., p. 276.

recursos de estrito direito, ou ampliar indevidamente seu cabimento, correndo-se o risco de transformação dos Tribunais Superiores em terceira instância ordinária.⁷⁷

Partindo-se do pressuposto da superação da lógica subsuntiva como único exercício do juiz na aplicação do direito, passa-se a tratar da distinção absoluta entre as questões de fato e de direito. De início, já é percebida a dificuldade de distinção:

“Ocorre que nem sempre é fácil traçar as fronteiras entre o que é matéria de fato e matéria jurídica. E, ao que se colhe dos esforços da doutrina e da jurisprudência a esse respeito, possivelmente o critério preferível resida na aferição, *in specie*, sobre qual dos aspectos se apresenta predominante: se o fático ou o jurídico, até porque, como se sabe, *ex facto oritur jus*.”⁷⁸

O trecho citado confirma a dificuldade existente na diferenciação das questões de fato das de direito. Mais que isso, apresenta uma conclusão com a qual aqui se concorda: antes de uma separação estanque entre fato e direito, como se fazia à luz do pensamento iluminista vigente quando do surgimento dos recursos de cassação, têm-se a impossibilidade de se apartar completamente a “lei” dos “fatos” sobre as quais ela incide. O que ter-se-ia, portanto, seria uma “predominância” do fato ou da lei, dependendo o foco pelo qual fosse analisada uma determinada questão.

Este pensamento não é novo na doutrina. Ao contrário, como se demonstrará, existem trabalhos significativos no tratamento do problema da distinção entre fato e direito, inclusive especificamente com foco na utilidade e na necessidade da diferenciação (note-se, *diferenciação* e não *separação*) dessas questões para cabimento dos recursos de estrito direito. Aqui, trata-se do tema a partir do seguinte pressuposto:

“a doutrina mais autorizada defende a impossibilidade da separação estanque das questões de fato das de direito. O fenômeno jurídico pressupõe que aquelas não podem ser definitivamente separadas destas, haja vista que o fato deve ser verificado em função da norma que o regula; por outro lado, a norma deve ser individualizada e interpretada em função do fato que o regula. Como o fenômeno jurídico deve ser analisado a partir da incidência da norma aos fatos, não há que se cogitar da separação absoluta entre fato e direito.”⁷⁹

⁷⁷ Como exemplos desse entendimento: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ob. Cit., p. 153-161; OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de, Ob. Cit., p. 275

⁷⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ob. Cit., p. 162

⁷⁹ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Ob. Cit., p. 279.

Parece correto o entendimento exposto, no sentido de se fazer impossível uma separação absoluta entre o fato e o direito. Desenvolvendo a idéia a partir da máxima “*ex facto oritur jus*”, tem-se que os fatos, para o direito, existem apenas enquanto objeto de incidência das normas jurídicas, enquanto o direito existe sempre com relação aos fatos sobre os quais incide. Nesse sentido:

“ao considerar-se a questão-de-direito não pode prescindir-se da solidária influência da questão-de-fato. Ou numa formulação bem mais expressiva: ‘para dizer a verdade o ‘puro fato’ e o ‘puro direito’ não se encontram nunca na vida jurídica: o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o facto; pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto”⁸⁰

A partir da impossibilidade de separação entre fato e direito da maneira em que se julga possível nos Tribunais Superiores, quando da aplicação das Súmulas estudadas no presente trabalho, faz-se necessário estabelecer outro modo de distinção, que ainda possibilite a aplicação dos referidos enunciados. Sem prejuízo de outros trabalhos com conclusões diversas, aqui o foco recai sobre os estudos de Teresa Wambier e Danilo Knijnik, este último lido na obra de Henrique Araújo Costa.

Teresa Wambier, semelhantemente aos posicionamentos já expostos, filia-se à idéia de que a separação entre o fato e o direito é impossível, em medidas absolutas.

“Tem-se dito, com acerto, que, rigorosamente, seria impossível fazer-se essa distinção, pelo menos no plano ontológico, já que o fenômeno do direito ocorre, de fato, no momento da incidência da norma, no mundo real, no universo empírico. As decisões jurídicas são proferidas depois do que se pode ver como um ‘movimento pendular’, que se dá entre o mundo dos fatos e o das normas, até que o aplicador consiga enxergar com clareza a subsunção, qualificando os fatos e determinando-lhes as conseqüências no plano normativo.”⁸¹

Diante disso, o que demonstra a autora é que a distinção entre as questões de fato e de direito pode se dar com base em dois critérios: o primeiro é ontológico, remete à natureza em si da questão analisada; o outro, é de cunho técnico processual, estabelecido antes com base na utilidade da distinção para fins

⁸⁰ CASTANHEIRA NEVES, **Questão-de-facto/Questão-de-direito. O Problema Metodológico da Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 1967, apud COSTA, Henrique Araújo. Ob. Cit., p. 48.

⁸¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, ob. Cit., p. 449

de cabimento dos recursos extraordinário e especial. Nas próprias palavras da autora:

“O primeiro deles é o ontológico ou substancial, que diz respeito à natureza mesma, ao ‘ser’ dessas questões. O segundo é de natureza técnica-processual e não se pode dizer que, a partir de uma visão pragmática do direito, seja menos importante que o outro.

Segundo este último critério, classificam-se as questões em fáticas e jurídicas, para efeito de possibilidade de reexame por meio de remédios de estrito, a partir do mecanismo processual por meio do qual deve operar-se este reexame.”⁸²

O critério ontológico, diretamente relacionado com a “substância” da questão analisada, diferecia a questão *predominantemente* fática da questão *predominantemente* jurídica tomando por base “o foco da atenção do raciocínio do juiz”.⁸³ Segundo a teoria desenvolvida pela autora, isso significa que:

“ter-se-á, por exemplo, uma questão quase que exclusivamente jurídica, se o foco de atenção do raciocínio do juiz estiver situado em como deve ser entendido o texto normativo, já que estariam “resolvidos” os aspectos fáticos (= que os fatos ocorreram e como ocorreram) e o mecanismo da subsunção. Estas primeiras etapas do raciocínio do aplicador da lei terão sido superadas e, agora, sua atenção se centra na exata compreensão do mandamento legal.”⁸⁴

Situação mais complicada se revela quando o foco do juiz está justamente no momento da incidência da norma nos fatos, ou seja, no exercício do aplicador que resultaria na *qualificação jurídica dos fatos*. No ponto de vista da autora, pelo caráter ontológico, esta situação configuraria questão (predominantemente) de direito.⁸⁵

Fixando-se o foco do aplicador da lei no momento da incidência (questão predominantemente de direito pelo critério ontológico), pode-se ter duas hipóteses:

“1. Sem que haja dúvida de espécie alguma no que pertine a como os fatos teriam ocorrido. (...) 2. Ou havendo dúvidas a respeito de como os fatos tenham ocorrido.(...)”

Em todos os casos acima mencionados está-se a nosso ver diante de uma *questio juris*, pois a incidência da norma no mundo real é o que necessária e inexoravelmente está na base de todo o raciocínio jurídico”⁸⁶

⁸² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, ob. Cit., p. 449

⁸³ Idem, ibidem.

⁸⁴ Idem, p. 449-450.

⁸⁵ Idem, p. 450.

⁸⁶ Idem, p. 451-452.

Continuando seu raciocínio, Teresa Wambier explica que, diferentemente do critério ontológico, o critério *técnico-processual* enxergará, diante de questões nas quais não se tem certeza absoluta do modo como os fatos ocorreram, *questão de fato*. Desse modo, o critério servirá para barrar o acesso aos Tribunais Superiores de questões referentes à incidência da norma jurídica quando “*houver necessidade de se reexaminarem provas, ou seja, de se reavaliar como os fatos teriam ocorrido*” (ainda que do ponto de vista ontológico tenha-se *questão de direito*).⁸⁷

Nesses casos, porém, tem-se ainda que diferenciar *reexame* de provas de *valoração* de provas, assim como de *qualificação jurídica dos fatos*. A diferenciação é de grande importância, sendo que em se tratando do primeiro caso (reexame), não são cabíveis os recursos de estrito direito, enquanto nos outros (valoração das provas e qualificação jurídica dos fatos), defende-se que sim.

Outro problema evidenciado pela autora, e de extrema relevância como um dos temas centrais do presente estudo, é o de que questões *ontologicamente* de direito, nas quais o foco do aplicador tende aos fatos em maior grau, têm sido consideradas, pelo critério *técnico-processual*, como *questões de fato*. Nessas situações, têm-se decidido pela inadmissibilidade de tais questões perante os Tribunais Superiores no julgamento dos recursos de estrito direito, embora, em princípio, deveriam ser admitidas como *questões de direito*.⁸⁸ Tal é o caso das questões envolvendo *conceitos vagos* ou *indeterminados*. Tanto esse quanto o problema mencionado no parágrafo anterior serão devidamente abordados no tópico seguinte.

Apresentada a teoria de Teresa Wambier no tocante à separação estanque das questões de fato e de direito, passa-se agora à outra posição mencionada anteriormente: a de Danilo Knijnik, com base na obra de Henrique Araújo Costa.

Ainda, em breve comentário sobre desenvolvimento do tema por Teresa Wambier, Henrique Araújo Costa afirma:

⁸⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, ob. Cit., p. 452-453.

⁸⁸ Idem, p. 458-459.

“Apesar de Teresa Arruda Alvim Wambier empreender esforço dogmático na busca de parâmetros para a distinção em tela, seu estudo não se olvida de um aprofundamento filosófico e hermenêutico. Desse esforço resulta a propositura de um modelo segundo o qual o fenômeno jurídico seria de fato e de direito simultaneamente, sendo apenas apurável a predominância de um desses fatores.”⁸⁹

Mesmo considerando cientificamente consistente a teoria apresentada por Teresa Wambier, Araújo Costa filia-se à posição de Danilo Knijnik, e sua Teoria Tricotômica, que apresenta algumas diferenças consideráveis em relação a teoria exposta.

Diferentemente de Teresa Wambier, Knijnik busca no pensamento da *Common Law* o embasamento para lidar com as mesmas situações tratadas anteriormente (separação entre questão de fato e de direito, e questões em que se faz difícil a classificação dentre uma dessas duas categorias).

Da leitura de Knijnik por Araújo Costa, destaca-se o seguinte:

“o autor propõe categorias fundamentadas e não procedimentalidade a ser aplicada a uma das categorias dicotômicas. Vale dizer, não propõe, como na doutrina do *Common Law*, que a questão mista seja tratada como fato ou como direito – o que seria uma classificação *pos-factum*. Sua divisão pretende ser, em antagonia, precisa o suficiente para que a questão mista se consubstancie em verdadeira categoria autônoma e suficiente de classificação do fenômeno. Não obstante a autonomia proposta, Knijnik não nega que os extremos conceituais sejam de fato orientados pelo critério da preponderância, de modo que a terminologia mais precisa seria: ‘questões preponderantemente de fato, questões preponderantemente de direito e questões mistas’”.⁹⁰

Assim, tem-se que diferentemente das teorias dicotômicas, que classificam as questões na dualidade *fato/direito* (sendo possível ou não a distinção absoluta, dependendo-se da teoria adotada), Knijnik apresenta como categoria autônoma a *questão mista*. A adoção da doutrina do *Common Law*, para tanto, dá-se pelos seguintes motivos:

“[o *common law*] acrescenta muito mais do que o sistema romano-germânico ao consolidar e ampliar as possibilidades hermenêuticas das questões mistas. Isso porque a orientação de interpretação do *common law* traz sempre em seu bojo, com nitidez e sem maiores dificuldades, a aceitação de um espectro de questões de fato e de direito. Deste modo, o obstáculo para nos beneficiarmos das conquistas do sistema do *common law* continua a ser o próprio modo de pensar do jurista romano-germânico, que tem tendência a buscar uma explicação mais afinada ao critério lógico conceitual.”⁹¹

⁸⁹ COSTA, Henrique Araújo. Ob. Cit., p. 45

⁹⁰ Idem, p. 214.

⁹¹ Idem, p. 215

Definida a base pela qual Knijnik conceitua as questões *de fato*, *de direito* e *mistas*, cabe agora analisar especificamente esta terceira categoria. Antes disso, no entanto, são cabíveis rápidos comentários ao modo pelo qual o autor enxerga as outras duas questões, de fato e direito. Partindo da premissa que tem por impossível separar o fato da norma em termos absolutos, o autor também utiliza o critério da *predominância*, ou *preponderância*, conforme suas próprias palavras (vide citação de Araújo Costa, nota n.º 90).

Resumidamente as *questões de fato* seriam as referentes ao aspectos de “quem, quando, o que e onde”. Não há diferença significativa entre esse conceito para com as demais definições de *questão de fato*. A *questão de direito*, enquanto tratada em meio à problemática dos recursos de estrito direito, pode ser tida como coincidente com as matérias que se pode revisar por meio desses remédios. São, portanto, as referentes a aspectos preponderantemente normativos.⁹²

Por óbvio, em se tratando de teoria tricotômica, diferentemente das dicotômicas (que distinguem *questões de fato* e *questões de direito*), a maior problemática repousa nesta terceira categoria apresentada por Knijnik: a da *questão mista*. Na definição do próprio autor, as *questões mistas* são:

“um grupo de questões insuscetíveis de reclassificação, seja na questão de fato, seja na questão de direito, ao qual se poderá chamar, valendo-se do direito comparado, de questão mista, e que poderá, ou não, presentes certos requisitos, ser objeto de uma revisão *in jure*.”⁹³

Em certo ponto, Knijnik aborda um dos problemas tratados aqui de maneira semelhante a Teresa Wambier: as *questões mistas*, dependendo de certos critérios, poderão ou não ser objeto de recursos de estrito direito, assim como as *questões predominantemente de direito* que colocarem o foco do juiz sobre os aspectos fáticos (segundo a teoria de Teresa Wambier).

Avançando na teoria tricotômica de Knijnik, verifica-se a estruturação interna das *questões mistas*:

“[A] questão mista, assim como todas as demais, opera através de três zonas conceituais: a zona de certeza positiva, a zona de certeza negativa, e a zona de penumbra ou halo conceitual. A rigor, não se trata de um privilégio da questão

⁹² COSTA, Henrique Araújo. Ob. Cit., p. 216-217.

⁹³ KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, apud COSTA, Henrique Araújo, Ob. Cit., p. 214.

mista. Mais acertadamente, dir-se-á que a zona de incerteza ou penumbra conceitual nela é mais acentuada, não restando dúvida que o legislador quis, efetivamente, uma grande margem ao julgador dos fatos, ou, quando menos, não logrou limitá-la.”⁹⁴

Perante a existência de *margem* conferida ao julgador na apreciação das *questões mistas*, Knijnik desenvolve uma idéia de *margem de decisão*, sobre a qual afirma Araújo Costa:

“Knijnik propõe o conceito de margem de decisão como um ‘âmbito reconhecido ao juiz dos fatos como sendo de sua própria esfera de atuação’, não propõe nada passível de definição ou mesmo de funcionalidade delimitável. Em última instância, o conceito de margem de decisão é um juízo de aprovação ou reprovação da manifestação jurisdicional.(...) Seja como for, para ser rigoroso à lição do autor, devemos esclarecer que o conceito de margem de decisão existe não só para justificar a incursão fática no juízo de cassação, mas também para justificar a existência de decisões aparentemente antagônicas.”⁹⁵

Feita essa exposição da Teoria Tricotômica de Knijnik, com foco principal nos conceitos de *questão mista* e *margem de decisão*, traçam-se algumas conclusões. A construção do autor sobre as questões de difícil enquadramento dentre as categorias de *questão de fato* e *questão de direito*, para fins de delimitação do cabimento dos recursos de estrito direito, apresenta certos aspectos semelhantes à teorização de Teresa Wambier.

Ambos os autores abordam o tema da separação das questões de fato e direito posicionando-se contra uma separação estanque. Ainda que suas categorias e conceitos próprios sejam diferentes, tanto Wambier quanto Knijnik reconhecem a existência de determinadas questões que situadas, aproximadamente, em posição quase que central nos momentos *do fato* e *do direito*. Nessas questões, seria marcante o caráter da *incerteza*, ou *zona de penumbra*, a exigir do aplicador um exercício mais complexo do que o simples encaixe da norma aos fatos. Para Knijnik, seriam as *questões mistas*; já para Teresa Wambier, essas questões problemáticas estariam representadas questões que envolvem normas jurídicas compostas por *conceitos vagos* ou *indeterminados*.

Ante a dificuldade de compreensão dessas questões dentro do sistema recursal *extraordinário* brasileiro (compreendidos o recurso extraordinário e o

⁹⁴ KNIJNIK, Danilo. O recurso especial... apud COSTA, Henrique Araújo, Ob. Cit., p. 218-219.

⁹⁵ COSTA, Henrique Araújo. Ob. Cit., p. 219-220.

especial), também há dificuldade na própria delimitação da competência dos Tribunais Superiores para julgamento dos *recursos de estrito direito*.

As tentativas de superação dessa dificuldade, juntamente com suas causas e finalidades, serão abordadas diretamente no capítulo seguinte, assim como o já mencionado problema da diferenciação entre as figuras do *reexame de provas*, da *valoração das provas*, e da *qualificação jurídica dos fatos*.

6. PROBLEMAS NA INTERPRETAÇÃO DAS SÚMULAS

Agora abordam-se algumas das questões mais problemáticas referentes à aplicação das Súmulas n.º 279 do STF e n.º 7 do STJ. As exposições feitas aqui, como no resto do trabalho, têm antes o intuito de apresentar os problemas e suscitar as dúvidas, do que dispor conclusivamente a respeito das soluções mais adequadas. Ainda que se proponha um modo de encarar essas questões, têm-se por sabido que as soluções mencionadas são apenas algumas das propostas para os temas enfrentados, não encerrando completamente a discussão.

6.1 – Reexame e valoração de Provas

Primeiramente, aborda-se a diferenciação entre o *reexame de provas*, expressamente vedado pelas Súmulas analisadas, da *valoração das provas*, que não pode ser tida como sinônimo, e nem tratada do mesmo modo. Sobre o tema, inicialmente, dispõe Teresa Wambier:

“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 valoração.

São, de fato, fenômenos distintos.”⁹⁶

Segundo a autora, a distinção se daria da seguinte maneira: o exame das provas, ou o *reexame*, vedado na instância superior, consistiria na análise vagarosa e aprofundada de cada prova constante do conjunto probatório dos autos, a fim de que, pelo livre convencimento do juiz, este formasse a sua convicção a respeito de como se deram os fatos; a valoração, ou *reavaliação*, permitida nos recursos de estrito direito, seria a determinação da *admissibilidade* de determinada prova e a atribuição de um *valor* ao seu poder de convencimento, de acordo com parâmetro fixado em lei processual.⁹⁷

⁹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Ob. Cit., p. 453.

⁹⁷ Idem, p. 453-455.

Percebe-se a diferença pelo seguinte raciocínio: em havendo violação a dispositivo legal que dispõe ser *admissível ou não* determinada prova, ou que define o *valor da prova* em abstrato, haverá violação de norma federal ou constitucional, e não simples *exame* das provas produzidas para convencimento a respeito de como ocorreram os fatos. Elucida Gleydson de Oliveira:

“Caso o magistrado não se sujeite à valoração prevista em lei – seja considerando admissível meio de prova tido por inadmissível, seja declarando inadmissível meio de prova tido como admissível – evidencia-se, em tese, questão de direito que pode ser examinada em sede de recurso especial. Registre-se que, apesar de referir-se ao meio de prova cujo objeto são os fatos, há violação em abstrato a princípio ou regra de direito probatório, sem que seja necessário, para restar configurada a citada violação, o reexame do fato retratado no acórdão recorrido.”⁹⁸

Resta evidenciado que a verificação de violação de regra ou princípio de direito probatório deve ser tida como questão de direito para fins de cabimento dos recursos de estrito direito, não sendo necessário que se *reexamine* como os fatos ocorreram para que se identifique e corrija tal violação perante o STF e o STJ.

Luiz Guilherme Marinoni, tratando do problema, chega à mesma conclusão. Para esse doutrinador, o reexame estaria atrelado à formação de convicção sobre os fatos, sendo vedado que em sede de recurso de estrito direito se verifique se o juízo ordinário apreciou adequadamente as provas produzidas.⁹⁹

“Acontece que esse juízo não se confunde com aquele que diz respeito a 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.”¹⁰⁰

Diferenciadas essas situações em que se tem a *reavaliação das provas* e não o seu *reexame*, afirma-se majoritariamente pela doutrina que as Súmulas n.º 279 do STF e n.º 7 do STJ não devem vedar o julgamento dos casos de *reavaliação*.

⁹⁸ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Ob. Cit., p. 282.

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Reexame da Prova Diante dos Recursos Especial e Extraordinário**, p. 1-2. Retirado do endereço eletrônico: http://www.professormarinoni.com.br/manage/pub/anexos/20080320041427REEXAME_DA_PROVA_DIANTE.pdf, consultado em 25/08/2010.

¹⁰⁰ Idem, p. 2.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça não é diferente. Em havendo ofensa à norma constitucional que dispõe sobre a admissibilidade das provas nos processos¹⁰¹, ou às normas processuais probatórias, ter-se-á *questão de direito*, controlável por meio de recurso extraordinário e especial. É o que se extrai do seguinte julgado:

“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 recurso especial”.¹⁰²

O trecho colacionado define bem a posição que parece ser a mais correta no tratamento do tema. Sua complexidade, no entanto, não se encerra no consenso: diversas decisões abordam a questão de maneira diversa, das quais se cita (apenas para exemplificar):

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTADO DE SERGIPE. POLICIAIS MILITARES. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. LICENCIAMENTO EX OFFICIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 279. 1. A jurisprudência da corte tem se firmado no sentido de que a ausência de processo administrativo ou a inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa torna nulo o ato de demissão de servidor público, seja ele civil ou militar, estável ou não. 2. O recurso extraordinário não se presta ao reexame ou valoração de provas, incidindo, assim, em face da pretensão por parte do agravante em ver reavaliadas as provas dos autos, o óbice constante do Enunciado n. 279 da Súmula deste Tribunal. Agravo regimental a que se nega provimento.”¹⁰³

Faz-se desnecessária a incursão exaustiva nos julgados dos Tribunais Superiores para que se constate que o tema da *valoração jurídica* das provas não se encontra resolvido. Ainda se decide no sentido de que a *valoração* das provas encontraria óbice nas Súmulas n.º 279 do STF e n.º 7 do STJ, embora, segundo opiniões doutrinárias consistentes, tal tema devesse ser tratado como *questão de direito*.

¹⁰¹ Brasil, **Constituição Federal**, 1988, art, 5º, LVI – “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

¹⁰² STJ, AGREsp nº420.217/SC, Rel. MIN. ELIANA CALMON, julgado em 04/06/2002, publicado em 16/12/2002.

¹⁰³ STF, AgRg no RE 345.434/SE, Rel. MIN. EROS GRAU, julgado em 26/04/2005, publicado em 20/05/2005.

Parece, realmente, ser mais adequada aos preceitos constitucionais de cabimento e as funções a que se prezam os recursos de estrito direito, a posição que entende por admissível a *valoração* das provas nesses remédios. Tal possibilidade se justifica na medida em que o objeto do recurso não seria a convicção acerca dos fatos retratados nas decisões recorridas, mas sim a atribuição de um determinado *valor jurídico* para as provas constantes no conjunto probatório. Ter-se-ia a revisão em situações em que a determinadas provas fosse atribuído *valor* diverso do que lhes confere o ordenamento jurídico. Em última medida, seriam os casos em que provas que devessem ter sido consideradas *inadmissíveis* fossem admitidas, e obviamente, os casos em que ocorresse o contrário. Em síntese:

“Caso o magistrado não se sujeite à valoração da prova prevista em lei – seja considerando como admissível meio de prova tido por inadmissível, seja declarando inadmissível meio de prova tido como admissível -, evidencia-se, em tese, questão de direito que pode ser examinada em sede de recurso especial. Registre-se que, apesar de aferir-se ao meio de prova, cujo objeto são os fatos, há violação em abstrato a princípio ou regra de direito probatório, sem que seja necessário, para estar configurada a citada violação, o reexame do fato retratado no acórdão recorrido.”¹⁰⁴

6.2 – A Qualificação Jurídica dos Fatos

Problema semelhante ao tratado no tópico anterior é o da *qualificação jurídica dos fatos*. Para situar a questão dentro do presente trabalho, destacam-se as seguintes palavras de Lucia Fontoura:

“A matéria da qualificação jurídica dos fatos e das provas é assídua nos tribunais de instância (juízo de admissibilidade) e no tribunal superior. Embora em princípio sempre reexaminável, não se faz pacificada nem na doutrina, nem na jurisprudência, quando a distinção entre questão de fato e questão de direito não se apresenta clara e precisa. Tal ocorre também com a qualificação jurídica dos atos e das provas e principalmente, à qualificação jurídica dos fatos, como complicador àquela distinção, se encontrar um conceito jurídico indeterminado ou máxima de experiência.”¹⁰⁵

De maneira análoga à da *valoração da prova* (cujo entendimento mais coerente parece ser o de admissibilidade nos recursos de estrito direito como *questão de direito*), o problema da *qualificação jurídica dos fatos* parte de uma

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Ob. Cit., p. 282.

¹⁰⁵ FONTOURA, Lucia Helena Palmeiro da. Ob. Cit., p. 47.

premissa fática já delimitada pela instância que proferiu a decisão recorrida, para que a partir disso se empreste aos fatos uma consequência jurídica diferente da aplicada pelo juízo recorrido. Colocada dessa maneira, a *questão* deve ser considerada como *de direito*.

Em prevalecendo o entendimento que a aplicação de *consequências jurídicas* é questão *predominantemente de direito* (lembre-se que presente o estudo parte do pressuposto de que a lógica subsuntiva não se aplica em termos absolutos, especificamente no tocante à separação entre os momentos *dos fatos e do direito*), não parece que a verificação dos fatos delimitados pela instância recorrida para atribuição de nova *qualificação ou consequência jurídica* deva ser vedada nos Tribunais Superiores.

Conclusão doutrinária que reforça esse entendimento (entre outras), é a de Luiz Guilherme Marinoni:

“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. A qualificação jurídica de um ato ou de uma manifestação de vontade acontece quando a discussão recai somente na sua qualidade jurídica.”¹⁰⁶

A *qualificação jurídica dos fatos*, conforme entendida pela doutrina colacionada acima, tem tido o devido reconhecimento, na instância extraordinária, como *questão de direito*. O entendimento exarado pelo STJ parte da premissa de que os fatos já foram delineados na instância inferior para que, havendo ofensa à lei federal, lhes seja atribuída *qualificação* diversa da aplicada naqueles juízos:

“(…) Estando delineada nos autos a situação fática e não tendo a recorrente pretendido nenhum reexame da questão sob o ponto de vista probatório, é de se afastar a aplicação das Súmulas 5 e 7/STJ, notadamente porque as questões controvertidas no presente recurso especial dizem respeito tão somente a teses jurídicas, que têm, por lógico, um substrato fático ensejador de aplicação da norma jurídica, como sói acontecer com toda pretensão jurídica lançada a conhecimento do Poder Judiciário. Precedentes. (...) Recurso especial provido.”¹⁰⁷

“(…) A instância especial, por suas peculiaridades, inadmite a discussão a respeito de fatos narrados no processo - vale dizer, de controvérsias relativas à existência ou inexistência de fatos ou à sua devida caracterização -, pois se tornaria necessário o revolvimento do conjunto probatório dos autos. 3. Entretanto, a

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. Cit., p. 3.

¹⁰⁷ STJ, REsp 898.184/RJ, Rel. MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 24/06/2008, publicado em 04/08/2008.

qualificação jurídica de fatos incontroversos, ou seja, seu devido enquadramento no sistema normativo, para deles extrair determinada consequência jurídica, é coisa diversa, podendo ser aferida neste âmbito recursal. Não-incidência da Súmula 7/STJ.¹⁰⁸

Na mesma esteira das decisões do STJ transcritas acima, citam-se as seguintes decisões do STF:

“1. Cabe a correção monetária de créditos relativos ao ICMS, por força da regra da vedação da cumulatividade, escriturados extemporaneamente, se o atraso se deve à obstáculo posto pelas autoridades fiscais. 2. O reexame de fatos e provas, incabível no exame do recurso extraordinário (Súmula 279/STF), não se confunde com a qualificação jurídica dada ao quadro fático coligido na fase instrutória própria. 3. Incontroverso que o estado-agravante resistiu à pretensão da empresa-agravada, na medida em que apresentou resposta (apelação) e interpôs apelação e recurso extraordinário com o objetivo de firmar a inexistência de direito ao crédito pleiteado. Desnecessidade de reabrir a instrução. A resistência à pretensão que se buscou na tutela jurisdicional classifica-se juridicamente como óbice ou obstáculo ao exercício do direito à escrituração de créditos. Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento.”¹⁰⁹

“I. Recurso extraordinário: prazo de interposição: suspensão pelas férias forenses. II. Recurso extraordinário: decisão interlocutória que resolve a questão constitucional controvertida: acórdão que, provendo apelação de sentença que extinguiu o processo por entender incidente o art. 53, caput, da Constituição, assenta o contrário e determina a seqüência do processo: RE cabível. III. Recurso extraordinário: cabimento: inaplicabilidade da Súmula 279, quando se cuida de rever a qualificação jurídica de fatos incontroversos e não de discutir-lhes a realidade ou as circunstâncias. (...)”¹¹⁰

Por fim, parece mais acertado o entendimento que defende a admissibilidade dos recursos de estrito direito nos quais se trate de *qualificação jurídica dos fatos*.

6.3 – Conceitos Vagos/Questões Mistas e Sua Admissibilidade Nos Recursos de Estrito Direito

O presente tópico se refere ao tratamento da admissibilidade dos recursos de estrito direito em casos em que a identificação da predominância dos aspectos de *fato* e *direito* é ainda mais difícil do que nos problemas anteriores: são

¹⁰⁸ STJ, REsp 135.542/MS, Rel. MIN. CASTRO MEIRA, publicado em 29/08/2005.

¹⁰⁹ STF, AgRg no RE 351.461/SP, Rel. MIN. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 16/03/2010, publicado em 30/04/2010.

¹¹⁰ STF, RE 210.917/RJ, Rel. MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 12/08/1998, publicado em 18/06/2001.

os casos de normas que utilizam de *conceitos vagos* ou *indeterminados* (aqui, usa-se *vagos* e *indeterminados* sem distinção de significado).

Para a abordagem desse tema, será necessário ter em mente os pontos principais dos capítulos anteriores, principalmente as exposições feitas sobre as funções dos recursos de estrito direito, o contexto e as origens desses instrumentos de controle judicial, a insuficiência da lógica (meramente) subsuntiva na aplicação das leis, e a dificuldade (ou, segundo exposto, impossibilidade) da separação absoluta dos momentos do *fato* e do *direito*. Embora aqui não se repisem todos os pontos acima mencionados, eles embasarão de maneira significativa a linha de raciocínio exposta a seguir.

Na obra já citada de Teresa Wambier, abordada principalmente na exposição da tese de impossibilidade de separação entre *fato* e *direito*, a autora também adentra de maneira profunda na questão dos *conceitos vagos* ou *indeterminados* e sua admissibilidade perante os Tribunais Superiores. Para início da abordagem, parte-se da seguinte premissa:

“é necessário que se tenha em mente que a possibilidade de controle de decisões judiciais baseadas em conceitos mais vagos (menos determinados) é, do ponto de vista da sua factibilidade e por razões predominantemente de natureza de natureza técnica, mais difícil. Poder-se-ia arriscar a dizer que quanto mais vago é o conceito em que se baseou certa decisão judicial, mais difícil será o seu controle, especialmente no que diz respeito à fase processual em que o controle das decisões do juiz só pode ser feito através dos meios de estrito direito, como recurso especial, extraordinário”.¹¹¹

Para avanço na questão, faz-se necessário citar outro trecho da mesma autora. Nesse, é exposta a principal razão pela qual o controle das decisões que se baseiam em normas que empregam *conceitos indeterminados* é significativamente mais difícil, principalmente no tocante à verificação da admissibilidade de tais situações em julgamento dos recursos de estrito direito:

“Qual a razão em virtude de que se tem rechaçado a reavaliação do processo de subsunção que leva à requalificação dos fatos, quando a norma dita violada contém um conceito vago em sua formulação, sob o argumento de que se trataria de questão de fato?

Parece-nos que a razão que leva a que não raramente assim se decida é a de que o foco de atenção do raciocínio do julgador se situa muito predominantemente no

¹¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ob. Cit., p. 444.

aspecto fático da questão (que, inobstante, ontologicamente, é uma *questio júris*).¹¹²

O que se identificou, no trabalho de Teresa Wambier, é que os tribunais, não raramente, se furtam ao julgamento de recursos de estrito direito em casos nos quais norma analisada (constitucional ou federal) se utiliza de conceitos vagos. Segundo a autora, o motivo seria o de que o foco de atenção do julgador, nessas questões, recai acentuadamente no aspecto fático do caso, de modo que tais situações *parecem* (e muitas vezes não são) *questões de fato*.

No presente estudo, faz-se análise comparativa que (de certo modo) equipara essa dificuldade de tratamento das questões envolvendo *conceitos indeterminados* à dificuldade de tratamento envolvendo o que Danilo Knijnik conceituou como *questões mistas* (já tratadas no capítulo anterior). Parte-se dessa *aproximação* devido à alta relevância dos aspectos fáticos inerentes a ambas essas categorias. Como já se disse, o foco acentuado sobre os aspectos fáticos em ambas essas categorias por diversas vezes faz com que as mesmas não sejam admitidas nos recursos extraordinário e especial.

A recorrência crescente desse problema se acentua porquanto intimamente relacionada com o caráter mutável das codificações contemporâneas. Como já foi dito no tópico referente à univocidade e rigidez das normas quando do período do aparecimento dos recursos de estrito direito na Europa (v.g., a figura francesa da Cassação), a racionalidade iluminista que prezava pela idéia da completude e inalterabilidade das legislações não se aplica mais à contemporaneidade.

O que se percebe hoje é um conflito entre a intenção de garantir segurança e uniformidade na aplicação do direito, por um lado, e pelo outro, o turbilhão caótico das constantemente alteráveis relações sociais, comerciais, culturais, etc. Ao visualizar-se a sociedade contemporânea, percebe-se o que já identificou Ovídio Baptista:

“Torna-se, assim, visível o paradoxo a que fica exposto o direito processual: exige-se, por várias contingências culturais, a segurança do Direito inscrito nos códigos – abstraída sua essencial historicidade. Simultaneamente, porém, a natureza complexa e pluralista de nossa sociedade, tangida pelas bruscas e profundas

¹¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ob. Cit., p. 458.

mudanças sociais, a impor não apenas a compreensão hermenêutica do direito processual, terá de conviver com as constantes mudanças das leis e do modo de compreendê-las, na experiência judiciária. Nem a jurisprudência sobrevive pelo tempo desejado pelos que ainda sonham com a segurança obtida através do direito; nem os códigos de processo, que seriam suas sentinelas avançadas, resistem à avalanche das transformações.”¹¹³

Em perfeita consonância com o trecho citado de Ovídio Baptista, Teresa Wambier expressa a ligação dos conceitos indeterminados com o caráter contemporâneo da sociedade e do Direito. Da autora, destacamos o seguinte:

“O problema da interpretação dos conceitos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo, porque se trata de uma técnica legislativa marcadamente associada à realidade em que vivemos, que se caracteriza justamente pela sua instabilidade, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que transmitem informações, se alteram ‘verdades’ sociais.

Parece-nos que, efetivamente, a função do conceito vago é a de ‘driblar’ a complexidade das relações sociais no mundo contemporâneo e a de fazer com que haja certa flexibilização adaptativa na construção e na aplicação da norma jurídica.”¹¹⁴

Semelhante é o paralelo estabelecido por Gleydson Oliveira, que também ressalta a importância do tema no estudo dos recursos de estrito direito:

“Tendo em vista que, hodiernamente, em face não somente da complexidade das relações sociais e da constante e também rápida evolução da sociedade, o legislador tem se valido do expediente de inserir nas normas jurídicas conceitos indeterminados – outorgando ao juiz margem de liberdade para estabelecer a noção e alcance da previsão imprecisa -, é importante a análise acerca da distinção, para fins de interposição de recurso especial, entre questão de fato e de direito, quando se tratar de um preceito legal contemplador de um conceito vago.”¹¹⁵

Como exemplos desses conceitos, podem-se mencionar os de *bom pai de família*, *união estável*, *interesse público*¹¹⁶, *culpa*¹¹⁷, *litigância de má-fé*¹¹⁸, apenas para citar alguns.

A principal diferença que se identifica através das doutrinas estudadas, entre os conceitos *determinados* e os *indeterminados*, é de natureza *quantitativa*, referente à extensão da *zona de incerteza* existente nesses conceitos.

¹¹³ SILVA, Ovídio Baptista da. Ob. Cit., p. 3.

¹¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ob. Cit., p. 439.

¹¹⁵ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Ob. Cit., p. 293.

¹¹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ob. Cit., p. 437.

¹¹⁷ FONTOURA, Lucia Ferreira Palmeiro da. Ob. Cit., p. 59-60, Cf. Henke.

¹¹⁸ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Ob. Cit., p. 293-294.

“Os conceitos, de um modo geral, mesmo os determinados, podem ser vistos como algo que tem uma estrutura interna. Um círculo de certeza de tamanho pequeno, e um círculo maior que este, que seria a zona de ‘penumbra’ (‘Begriffshof’), e um, ainda maior, que seria uma outra zona de certeza.

Assim, esta imagem, com estes três círculos concêntricos encerraria, no centro, uma área em que há a certeza positiva (é, com certeza – núcleo do conceito – ‘Begriffskern’) e como última zona do círculo, uma zona de certeza negativa (não é, com certeza).

Na verdade, esta orla periférica de incerteza está presente em todos os conceitos, com exceção talvez das grandezas matemáticas. O que varia é a extensão desta orla. Assim, a diferença entre os conceitos indeterminados e determinados é de natureza quantitativa.”¹¹⁹

À semelhança da estrutura dos conceitos indeterminados, marcados por uma extensa *zona de penumbra*, tem-se a *questão mista* da Teoria Tricotômica de Knijnik. Este autor, apesar das diferenças teóricas em relação aos outros autores citados quanto aos *conceitos indeterminados*, apresenta grande similitude entre estes e as suas *questões mistas*:

“[A] questão mista, assim como todas as demais, opera através de três zonas conceituais: a zona de certeza positiva, a zona de certeza negativa, e a zona de penumbra ou halo conceitual. A rigor, não se trata de um privilégio da questão mista. Mais acertadamente, dir-se-á que a zona de incerteza ou penumbra conceitual nela é mais acentuada, não restando dúvida que o legislador quis, efetivamente, uma grande margem ao julgador dos fatos, ou, quando menos, não logrou limitá-la.”¹²⁰

Estabelecida a estrutura de *conceitos indeterminados* da qual parte-se nesse ponto, à semelhança das *questões mistas* da Teoria Tricotômica, passa-se agora ao problema da admissibilidade dessas figuras como objeto de julgamento nos recursos de estrito direito.

Já se disse que a verificação da admissibilidade de casos que exigem a aplicação de normas que utilizam de *conceitos vagos* é consideravelmente mais difícil, se comparados com casos em que só se analisam normas com *conceitos determinados*. Isso se dá devido à focalização do julgador por sobre o aspecto fático da situação posta a julgamento. Em outras palavras, para *preencher* o conteúdo do *conceito vago* trazido dentro de determinada norma, o julgador deve considerar as circunstâncias fáticas do caso concreto, para então determinar, a partir dos fatos, os “contornos” daquele *conceito*.

¹¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ob. Cit., p. 443-444.

¹²⁰ KNIJNIK, Danilo. O recurso especial... apud COSTA, Henrique Araújo, Ob. Cit., p. 218-219.

Nesse exercício, de focalização sobre o aspecto fático para a delimitação do *conceito vago*, não raras vezes a impressão passada é a de que se estaria diante de uma *questão de fato*. No entanto, conforme posições já expostas, uma *questão ontologicamente de direito*, que parte de um foco situado sobre os fatos, pode ser também uma *questão de direito pelo critério técnico processual*. Ou deveria assim ser considerada.

Há inúmeros casos envolvendo *conceitos vagos*, no entanto, em que se confunde o *reexame* com a *valoração* ou a *qualificação*, tais casos inadmitidos para julgamento por meio dos recursos de estrito direito.¹²¹

Talvez fosse por demais ousado afirmar que essa postura nos Tribunais Superiores teria relação com a dita crise pela qual esses Tribunais passam (ou sempre passaram), com o constante aumento do número de feitos encaminhados para esses órgãos. Porém, fato é que não raramente casos em que se percebem *questões de direito*, que não exigiriam a formação de uma nova

¹²¹ Apenas para exemplificarmos: “CIVIL E PROCESSUAL. UNIÃO ESTÁVEL. DIVISÃO PATRIMONIAL. APELAÇÃO. EMBARGOS INFRINGENTES. ÂMBITO DA DECISÃO QUE NÃO EXTRAPOLOU OS LIMITES DA MATÉRIA DEVOLVIDA. MATÉRIA DE FATO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. I. Decisão dos embargos infringentes que não extrapolou o âmbito da matéria devolvida ao seu exame. II. Incidência do óbice da Súmula n. 7 do STJ. III. Recurso especial não conhecido.” (STJ, REsp nº1.067.121/RJ, Rel. MIN. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, julgado em 24/11/2009, publicado em 01/06/2010); “AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO – TÍTULO JUDICIAL - ACORDO - COBRANÇA DE MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE PRAZO - TERMO INICIAL - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO. I - É inadmissível o Recurso Especial quanto à questões que não foram apreciadas pelo Tribunal de origem, incidindo, à espécie, as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. II - Nos termos do artigo 661, § 1º, do atual Código Civil o mandato conferido ao preposto em termos gerais não abrange o poder de transigir, que requer outorga em cláusula expressa, da mesma forma, preceitua o artigo 38 do Código de Processo Civil em relação ao causídico. III - A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é vedada nesta via a verificação da prática dos atos elencados no artigo 17 do Código de Processo Civil, por depender do reexame do quadro fático-probatório, incidindo o óbice da Súmula 7 deste Tribunal. IV - O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Agravo Regimental improvido.” (STJ, AgRg nos Ed no AG nº1.195.138/DF, Rel. MIN. SIDNEI BENETI, julgado em 22/06/2010, publicado em 29/06/2010); “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. AÇÃO DE REGRESSO. DOLO OU CULPA EXPRESSAMENTE AFASTADOS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Reconhecida pelas instâncias ordinárias, com amparo nos elementos de convicção dos autos, a inexistência de culpa ou de dolo do agravado na exoneração do servidor, o que inviabiliza a ação regressiva, a alegação em sentido contrário requisita exame do acervo fático-probatório, vedado na instância excepcional. 2. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." (Súmula do STJ, Enunciado nº 7). 3. Agravo regimental improvido.” (STJ, AgRg no REsp nº1.167.795, Rel. MIN. HAMILTON CARVALHIDO, julgado em 15/06/2010, publicado em 01/07/2010)

convicção (reexame) a partir das provas, tem sido considerados como *questões de fato*.

Diante dessa constatação, vem à tona um critério para tentativa de superação dessa situação (de dificuldade na delimitação da admissibilidade de *questões* nos recursos de estrito direito), sendo esse critério intimamente relacionado com as já expostas funções dos recursos especial e extraordinário. Trata-se do critério da *transcendência*.

O critério da transcendência é orientado teleologicamente, alinhado às funções de uniformização e controle objetivo das normas constitucionais. Em resumo à idéia básica do critério teleológico da transcendência, ainda que com conclusão com a qual não se concorda no presente trabalho, citamos Gleydson Oliveira:

“há entendimento doutrinário que defende o entendimento segundo o qual, em face do escopo dos recursos extraordinários, o critério da transcendência ou relevância jurídica deve ser adotado, quando se trata do processo de subsunção que envolva lei que contemple conceito indeterminado. Malgrado recomendável o entendimento de que os recursos extraordinários devem ter uma função paradigmática, transcendendo à situação jurídica das partes, fazendo com que sirvam de pautas de atuação às instâncias inferiores, não se apresenta correto tal posicionamento, pois se estaria criando um requisito específico de admissibilidade.”¹²²

Com respeito ao autor citado, aqui discordamos com sua conclusão. Isso se dá, resumidamente, pelo seguinte motivo: o critério da transcendência deve ser adotado como critério de determinação da admissibilidade de questões que envolvem conceitos vagos, as quais, por diversas vezes, são erroneamente consideradas como questões de fato.

Aqui, adota-se o critério por ótica diversa do autor citado: enquanto este se nega a aceitar o critério de transcendência enquanto requisito específico de admissibilidade, que indevidamente diminuiria as hipóteses (constitucionais) de cabimento, aqui adota-se o critério da transcendência como um critério apto a alargar as hipóteses de cabimento de modo a alcançar essas situações erroneamente consideradas como *questões de fato*. De tal modo, tanto as hipóteses constitucionais de cabimento estariam respeitadas, como estariam observadas as funções de uniformização e controle objetivo da jurisprudência.

¹²² OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Ob. Cit., p.

Observando as funções do recurso extraordinário e do recurso especial, conforme já expostas anteriormente, Teresa Wambier defende a possibilidade de utilização do critério de transcendência para delimitação da admissibilidade de questões envolvendo conceitos vagos. Eis o que se identifica como as conclusões mais importantes da autora no tema tratado:

“A transcendência que deve necessariamente derivar das decisões dos recursos especiais e extraordinários, fazendo com que se fixe tese em que a aplicação do conceito vago desempenhe papel exemplificador, serve como critério imperativo a que, por meio do recurso especial ou extraordinário, se examinem conceitos indeterminados, reavaliando-se a correção ou incorreção do processo subsuntivo (...).

Assim o critério da transcendência jurídica, quando se trata de processo subsuntivo de norma que tenha incorporado um conceito vago, deve ser levado em conta para que se considerem (ou não) cabíveis os recursos extraordinários.

Cumprem, assim, os recursos extraordinários, suas duas funções: zelar pelo cumprimento da ordem jurídica e pela uniformidade da jurisprudência.”¹²³

Em conclusão semelhante, também apresentam-se os pensamentos finais de Danilo Knijnik, a partir de sua inovadora Teoria Tricotômica. Esse autor relaciona a possibilidade de julgamento dos casos que envolvem *questões mistas* com o que ele denomina *função prospectiva* dos recursos de estrito direito. Essa noção, no entanto não é nova: apesar da nomenclatura diferenciada, a idéia da *função prospectiva* se alinha com tudo o que já foi exposto sobre as funções precípua dos recursos extraordinário e especial, qual sejam, principalmente, a de uniformização da jurisprudência e de zelo pelo cumprimento da ordem jurídica. Como núcleo, a *função prospectiva* dos recursos de estrito direito teria a finalidade de *desenvolvimento do direito*.

“[O] reexame de questão mista, aí incluída a violação ao princípio da persuasão racional, só se justifica quando a Corte, ao ensejo de delimitar as margens de decisão, efetua o desenvolvimento posterior do direito, ou seja, acrescenta algo novo à ciência jurídica. Assim, se a Corte, diante de questão mista, puder promover a sua conversão em questão de direito, estará justificada, observados os demais requisitos de natureza formal e substancial, a revisão *in jure*. (...)

Portanto, somente quando o Superior Tribunal de Justiça, frente a uma questão mista, tiver o ensejo de efetuar um desenvolvimento posterior do direito, delimitando as margens de decisão, estará autorizada a revisão.”¹²⁴

Em leitura a essas conclusões de Knijnik, Henrique Araújo Costa sintetiza:

¹²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ob. Cit., p. 461.

¹²⁴ KNIJNIK, Danilo. O recurso especial... apud COSTA, Henrique Araújo, Ob. Cit., p. 220-221.

“Se em linhas gerais a possibilidade de revisão deriva da utilidade prospectiva, é possível dizer que, especificamente, ela pode ser verificada em quatro hipóteses não cogentes e verificáveis segundo um raciocínio tópico, quais sejam: efeito exemplificativo, repetibilidade, transcendência ou relevância da questão mista.”¹²⁵

Pelos trechos citados de Knijnik e Costa, percebemos sua semelhança às conclusões de Teresa Wambier. Os autores mencionados relacionam a admissibilidade de revisão das questões em que o foco do julgador estará acentuadamente nos aspectos fáticos dos casos à possibilidade que o julgador terá, ao fazê-lo, de desenvolver um entendimento futuro do direito. Esse entendimento alinha-se às funções dos recursos de estrito direito para a uniformização da jurisprudência e devido cumprimento da legislação constitucional e federal.

Em síntese, Knijnik entende que a leitura da Súmula n.º 7 do STJ (e da Súmula n.º 279 do STF, devido à identidade da finalidade desses dois enunciados), deveria se dar nos seguintes termos:

“Não se conhecerá do Recurso Especial tendo por objeto questões preponderantemente fáticas. As questões mistas, entretanto, poderão ou não ser revisadas ‘*in jure*’, desde que certos requisitos se façam presentes, quais sejam (1) a existência de dúvida quanto à margem de decisão e (2) a possibilidade, ao ensejo de revisá-la, de proceder-se a um desenvolvimento posterior do direito, circunscrevendo seu âmbito de aplicação. Nessa definição, poderá o intérprete servir-se de critérios indicadores alternativos, efeito exemplificativo, repetibilidade, transcendência e relevância.”¹²⁶

Parecem coerentes as conclusões dos trabalhos de Teresa Wambier e Danilo Knijnik, segundo os quais os *conceitos vagos* e as *questões mistas* devem ser considerados como *questões de direito*, quando voltados a um *desenvolvimento* do Direito e da jurisprudência. Através da formação de um entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores, os *conceitos vagos* lentamente adquiririam aspecto mais determinado, e assim como as *questões mistas*, seriam decididos de modo a formar uma orientação jurisprudencial que reforçaria as funções precípua dos recursos de estrito direito, quais sejam (resumidamente), a da guarda da aplicação e interpretação das normas constitucionais e federais.

¹²⁵ COSTA, Henrique Araújo. Ob. Cit., p. 225.

¹²⁶ KNIJNIK, Danilo. O recurso especial... apud COSTA, Henrique Araújo, Ob. Cit., p. 226.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os recursos extraordinário e especial enquadram-se na categoria que pode se chamar *de estrito direito*, ou *excepcionais*. Sua previsão é constitucional, sendo que as hipóteses de cabimento, e requisitos de admissibilidade, provêm todas da própria Constituição Federal. As funções precípua a que se prezam esses recursos são as de defesa da uniformidade e da inteireza da jurisdição, na aplicação de normas constitucionais e federais. Assim, não servem à mera correção da injustiça dos casos concretos, e nem à reanálise dos fatos e das provas dos processos. Surgiram por influência, principalmente, do modelo de cassação francês, nascido após o período da Revolução Francesa. Ainda que se assemelhem a essa figura, constituem modelos recursais próprios, com características diversas às dos modelos que os influenciaram.

O surgimento do recurso extraordinário se deu, em forma ainda primitiva, com o Governo Provisório instaurado após a proclamação da República. Esse recurso sofreu influência direta da figura do Writ of Error, do direito norte americano. O recurso especial, por sua vez, foi criado juntamente com o Superior Tribunal de justiça. Surgiram com a Constituição Federal de 1988, na tentativa de amenizar a crise em que se encontrava o Supremo Tribunal Federal, com o aumento vertiginoso constante do número de feitos postos à sua análise. Ainda após a cisão da competência originária do STF, com atribuição de grande parcela desta ao STJ, a denominada crise dos Tribunais Superiores não se deu por finda, persistindo o problema do excesso de feitos postos perante essas Cortes.

Retornando às origens históricas do modelo da cassação, o qual possui influência direta sobre nossos recursos de estrito direito, percebe-se a ligação indissociável daquele com uma racionalidade marcadamente iluminista. Típica dos séculos XIV a XIX, dessa racionalidade ainda se desenvolviam as idéias da completude e rigidez absoluta das codificações positivadas, segundo a qual os juízes atuavam como meros “aplicadores” da lei, desprovidos de qualquer autoridade interpretativa. No mesmo sentido, defendia-se que a aplicação das leis se dava unicamente pelo método da subsunção, através da lógica silogística do confronto entre uma premissa maior (norma) e a premissa menor (fato).

Essa racionalidade, no entanto, não se mostra mais aplicável à contemporaneidade, em face da completa superação do período histórico em que surgiu. A constante transformação e aceleração das relações sociais e culturais reclama por um ordenamento jurídico mais “flexível”, que não pretenda engessar a sociedade na rigidez inviável das leis positivadas. O mesmo se constata acerca do método da subsunção e da lógica silogística, os quais não se mostram mais suficientes para explicar o fenômeno da aplicação do Direito.

Alteradas as realidades históricas vigentes quando do surgimento do modelo de cassação, faz-se necessário analisar algumas conseqüências e problemas experimentados dentre o tema dos recursos de estrito direito, especificamente no que tange à vedação de reexame de questões de fato por esses recursos.

Primeiramente, frente à dificuldade em se delimitar especificamente quais seriam os limites cognoscitivos dos recursos de estrito direito, conclui-se pela impossibilidade da separação estanque entre o *fato* e o *direito*. Não vigora mais a lógica pela qual os momentos do fato e do direito seriam perfeitamente separáveis no fenômeno do direito. Conseqüentemente, não há que se falar em distinção absoluta entre a questão de fato e a questão de direito. O que há, ao invés, é a predominância do aspecto fático ou de direito em cada questão analisada. Pode-se inclusive cogitar a respeito da categoria das *questões mistas*.

Percebe-se, ou faz-se necessário perceber, para fins de delimitação dos limites cognoscitivos dos recursos de estrito direito, a diferença entre o *reexame das provas* e a *valoração das provas*. Enquanto a primeira consiste em reexame minucioso do poder de convencimento de cada prova, com influência direta no entendimento a respeito de como ocorreram os fatos, a segunda consiste em verificação do valor abstrato da prova, verificando-se sua admissibilidade ou a força que a própria lei confere a determinadas provas. Por óbvio, somente o reexame das provas deve ser vedado nos recursos de estrito direito, vez que o erro acerca da valoração das provas consiste em infração a dispositivo federal ou constitucional, ensejando correção pelos recursos excepcionais.

Da mesma forma, a *qualificação jurídica dos fatos* não exige nova formação de convicção a respeito de como os fatos ocorreram (reexame dos fatos).

O que se tem, ao invés, é a atribuição de qualificação ou conseqüência jurídica diversa aos fatos tidos como ocorridos. Também aqui não é cabida a vedação nos recursos excepcionais, vez que a qualificação errônea dos fatos consiste em erro de direito, perfeitamente corrigível pelos recursos de estrito direito.

Nas questões em que a predominância do aspecto fático ou de direito não se identifica facilmente, a verificação do cabimento dos recursos de estrito direito é consideravelmente difícil. Essas questões consistem, principalmente, nos casos que envolvem normas formadas por conceitos indeterminados, exigindo do aplicador uma acentuada atenção por sobre o aspecto fático da questão para o preenchimento desses conceitos. Parte da doutrina identifica problema quase idêntico no que se denominam questões mistas.

Ainda que as questões referentes à aplicação da norma aos fatos (Lou seja, questões referentes à *incidência*) sejam *ontologicamente* questões de direito, sua admissibilidade é frequentemente negada nos recursos de estrito direito quando há acentuado foco sobre os aspectos fáticos do caso. Não obstante, devem ser admitidas como *questões de direito* as *questões mistas* e questões envolvendo conceitos indeterminados, quando a decisão de tais casos oferecer uma diretiva para decisões futuras. Em tais situações, as Cortes devem admitir essas questões se ao julgá-las, simultaneamente procederem a um desenvolvimento futuro do direito, fixando a orientação jurisprudencial correta para essas questões. Juntamente a essa finalidade, a que se chama de função prospectiva, deve-se verificar o nível de relevância da questão, admitindo-se o julgamento quando o caso for dotado de importância que transcende os limites do litígio, dada a significância da questão dentro o ordenamento jurídico.

Ao proceder dessa maneira, os Tribunais Superiores conciliarão os interesses recursais próprios de cada parte, as funções dos recursos de estrito direito, e suas funções específicas como Cortes Superiores, quais sejam, resumidamente: a guarda da correta interpretação e aplicação da Constituição e da legislação federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. São Paulo: RT, 2007.

BONFIM, Edson Rocha. Recurso Especial. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

BORGES, Marcos Afonso. Recursos Cíveis. 2. ed., Goiânia: AB, 1992

BORTOLAI, Edson Cosac. Manual de Prática Forense Civil. 8. ed., ver. E ampl., São Paulo: RT, 2001.

BRASIL, Constituição Federal, 1988. Retirado do endereço eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, consultado em 23/08/2010.

_____ Decreto 848/1890 (revogado). Retirado do endereço eletrônico: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm, consultado em 24/08/2010.

_____ Superior Tribunal de Justiça, Súmula n.º 7, DJ 03/07/1009. Retirado do endereço eletrônico: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&=10&i=458>, consultado em 23/08/2010.

_____ Superior Tribunal de Justiça, AGREsp nº420.217/SC, Rel. MIN. ELIANA CALMON, julgado em 04/06/2002, publicado em 16/12/2002.

_____ Superior tribunal de Justiça, REsp 135.542/MS, Rel. MIN. CASTRO MEIRA, publicado em 29/08/2005.

_____ Superior Tribunal de Justiça, REsp 599.780/RJ, Rel. MIN. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, julgado em 15/05/2007, publicado em 04/06/2007.

_____ Superior Tribunal de Justiça, REsp 898.184/RJ, Rel. MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 24/06/2008, publicado em 04/08/2008.

_____ Superior Tribunal de Justiça, REsp nº1.067.121/RJ, Rel. MIN. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, julgado em 24/11/2009, publicado em 01/06/2010.

_____ Superior Tribunal de Justiça, AgRg nos Ed no AG nº1.195.138/DF, Rel. MIN. SIDNEI BENETI, julgado em 22/06/2010, publicado em 29/06/2010.

_____ Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp nº1.167.795, Rel. MIN. HAMILTON CARVALHIDO, julgado em 15/06/2010, publicado em 01/07/2010.

_____ Supremo Tribunal Federal, Súmula n.º 279, DJ de 17/12/1963. Retirado do endereço eletrônico: <Http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUME.NAO S.FLSV.&base=baseSumulas>, consultado em 23/08/2010.

_____ Supremo Tribunal Federal, CT nº 3.713, Rel MIN. GUIMARÃES NATAL, julgado em 30/01/1924.

_____ Supremo Tribunal Federal, AI nº 29.710, Rel. MIN. EVANDRO LINS, julgado em 14/10/1963.

_____ Supremo Tribunal Federal, RE 210.917/RJ, Rel MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 12/08/1998, publicado em 18/06/2001.

_____ STF, AgRg no RE 345.434/SE, Rel. MIN. EROS GRAU, julgado em 26/04/2005, publicado em 20/05/2005.

_____ Supremo Tribunal Federal, AgRg no RE 351.461/SP, Rel MIN. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 16/03/2010, publicado em 30/04/2010.

COSTA, Henrique Araújo. Reexame de Prova em Recurso Especial: A Súmula 7 do STJ. Brasília, Thesaurus, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. 6. ed., rev., atual., e ampl., Salvador: Podivm, 2008.

FONTOURA, Lucia Helena Ferreira Palmeiro da. Recurso Especial: Questão de Fato/Questão de Direito. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993.

FONSECA, Juliana Ponde. A Repercussão Geral e a “Crise” do Supremo Tribunal Federal. 75 p. Monografia (graduação), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

KOZIKOSCKI, Sandro Marcelo. Manual dos Recursos Cíveis. 4. ed., Curitiba: Editora Juruá, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 10. ed, São Paulo: RT, 2007.

MONTEIRO, Samuel. Recurso Especial e Extraordinário. São Paulo: Hemus, 1992.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

MÓSCA, Hugo. O Recurso Especial e Seus Pressupostos. Brasília: Ideal, 1989.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 10. ed, São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo. São Paulo: RT, 2008.

_____ Manual de Processo de Conhecimento. 5. ed., rev., atual., e ampl., São Paulo: RT, 2006.

_____ Reexame da Prova Diante dos Recursos Especial e Extraordinário. Retirado do endereço eletrônico: http://www.professormarinoni.com.br/manage/pub/anexos/20080320041427REEXAME_DA_PROVA_DIANTE.pdf, consultado em 25/08/2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 5, arts 476 a 565, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos, 6. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. São Paulo: RT, 2006.

_____ Código de Processo Civil Comentado. 9. ed., rev., atual., e ampl., São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Recurso Especial. São Paulo: Editora RT, 2002.

PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. Prática dos Recursos Especial e Extraordinário. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PINTO, Nelson Luiz. Manual dos Recursos Cíveis. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____ Recurso Especial para o STJ. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. Vol. 1: Processo de Conhecimento. 5. ed., rev. e atual., São Paulo: RT, 2001.

_____ “Questão de Fato” em Recurso Extraordinário. Retirado do endereço eletrônico: <http://www.baptistadasilva.com/nova/www/download.php?what=artigo&fileId=18&has> h=, consultado em 24/08/2010.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1, 49. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coordenador). Curso Avançado de Processo Civil. Vol. IV, 9. ed., São Paulo: Editora RT, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. São Paulo: RT, 1997.

_____ Controle das Decisões Judiciais por meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória. São Paulo: RT, 2001.