Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

LEONARDO FERNANDES RANÑA

O prequestionamento da *questão de fato*

Doutorado em Direito

São Paulo

2022

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

LEONARDO FERNANDES RANÑA

O prequestionamento da *questão de fato*

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) para a obtenção do título de Doutor em Direito, na subárea Direito Processual Civil, sob a orientação da Profa. Dra. Teresa Arruda Alvim.

São Paulo

2022

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Ranña, Leonardo Fernandes
O prequestionamento da questão de fato /
LeonardoFernandes Ranña. -- São Paulo: [s.n.], 2022.
214p ; 21,5 x 30 cm.

Orientador: Teresa Arruda Alvim.
Tese (Doutorado)-- Pontifícia Universidade Católica
de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em
Direito.

1. Questão de fato. 2. Questão de direito. 3.
Prequestionamento. 4. Recurso extraordinário. I.
Alvim, Teresa Arruda. II. Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito. III. Título.

CDD

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

LEONARDO FERNANDES RANÑA

O prequestionamento da *questão de fato*

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) para a obtenção do título de Doutor em Direito, na subárea Direito Processual Civil, sob a orientação da Profa. Dra. Teresa Arruda Alvim.

Aprovado em: _____/_____/_____.

Banca Examinadora

Professora Doutora Teresa Arruda Alvim (Orientadora).
Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Julgamento:_____
Assinatura:_____

Professor (a) Doutor (a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura:_____

Professor (a) Doutor (a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura:_____

Professor (a) Doutor (a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura:_____

Professor (a) Doutor (a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura:_____

Dedico este trabalho às minhas amadas filhas Valentina e Isadora. Sem vocês a vida não teria nenhum sentido.
Estaremos sempre juntos,
independentemente do que aconteça.

RESUMO

Ainda que não exista no inciso III dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal de 1988 qualquer previsão de que os fatos e as provas não possam ser enfrentados pelo Tribunal Superior no julgamento dos recursos excepcionais, o simples reexame dos fatos e das provas do processo se revela incompatível com as hipóteses constitucionais de cabimento desses recursos e com as suas funções precípuas, de (i) tutelar a ordem jurídica objetiva (nomofilática); (ii) uniformizar o entendimento da norma jurídica (uniformizadora); (iii) preservar a resolução justa do caso concreto (dikeológica); e (iv) fixar parâmetros de interpretação do direito que devem ser seguidos pelos demais órgãos do Poder Judiciário (paradigmática). A afirmação feita a partir da interpretação literal das Súmulas n. 279/STF e da Súmula n. 07/STJ de que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem ficar totalmente afastados dos fatos e das provas do processo no julgamento dos recursos extraordinário e especial, apesar de, inicialmente, se mostrar condizente com a natureza e a finalidade desta modalidade recursal, é equivocado a partir de uma análise mais profunda do tema. As Súmulas mencionadas, 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 daquele que se pode extrair de suas palavras, se analisadas superficialmente Apesar de aparentemente distintas, questão de fato e questão de direito, não raro, se confundem, já que ambas são necessárias para formar o fenômeno jurídico. Diante da impossibilidade de dissociar totalmente o fato e o direito, o prequestionamento, aqui considerado sinônimo de “causa decidida”, se revela uma exigência constitucional.
O presente trabalho tem o objetivo de analisar os requisitos e os limites ao exame de matéria fática tanto no juízo de admissibilidade quanto no próprio julgamento dos recursos extraordinário e especial pelo enfoque do prequestionamento.

Palavras-chave: Direito Processual Civil; Questão de fato; Questão de direito; Recurso especial; Recurso extraordinário; Admissibilidade recursal; Prequestionamento; Embargos de declaração; Reexame de fatos e provas; Valoração de provas; Qualificação jurídica do fato.

ABSTRACT

Although there is no provision in item III of articles 102 and 105 of the Federal Constitution of 1988 that the facts and evidence cannot be tackled by the Superior Court of Justice during trials of extraordinary appeals, the simple re-examination of facts and evidence of the case proves incompatible with the constitutional hypotheses of the applicability of these appeals and with their main functions, They are: (i) protect the objective legal order (nomophylactic); (ii) standardize the understanding of the legal norm (standardizing); (iii) preserve the fair resolution of the concrete case (dikeological); and (iv) establish parameters for the interpretation of the law that must be followed by the other authorities of the judicial branch (paradigmatic). There is an argument based on the literal interpretation of Precedents n. 279/STF and Precedent No. 07/STJ mentioning that the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice must be totally removed from the facts and evidence of the case in the decisions of extraordinary and special appeals. In spite of being initially consistent with the nature and purpose of this type of appeal, it is misconceived from an in-depth analysis of the topic. The aforementioned precedents, by explicitly referencing the prohibition of reexamination of evidence in the strict law appeals (extraordinary and special appeals) convey a much more complex meaning than what can be taken from their wording, if analyzed superficially. Despite apparently different, fact-in-issue and legal issue are often confused since both are necessary to form the legal phenomenon. In face of the impossibility of totally dissociating fact and law, pre-questioning - considered herein synonymous with "decided cause"- proves to be a constitutional requirement. The present study aims to analyze the requirements and limits to the examination of factual matter both in deciding appealability and in deciding extraordinary and special appeals through the pre-questioning approach.

Keywords: Civil Procedural Law; Fact Issue; Legal Issue; Special appeal; Extraordinary appeal; Appealability; Pre-questioning; Motion for Clarification; Review of facts and evidence; Evidence assessment; Legal Classification of the Fact.

RIASSUNTO

Benché non vi sia al comma III degli articoli 102 e 105 della Costituzione Federale del 1988 impedimenti nell'affrontare i fatti e le prove dalla Corte Superiore nel processo di impugnazione straordinaria, il riesame dei fatti e delle prove del processo è incompatibile con le ipotesi costituzionali di pertinenza di tali ricorsi e con le loro principali funzioni, e cioè di (i) tutelare l'ordinamento giuridico oggettivo (nomofilachia); (ii) standardizzare la comprensione della regola di diritto (uniformante); (iii) preservare l'equa risoluzione del caso concreto (dicheologica); e (iv) stabilire parametri di interpretazione del diritto da essere seguiti dagli altri organi della Magistratura (paradigmatica). Secondo un'analisi più approfondita dell'argomento, è sbagliata l'affermazione fatta dall'interpretazione letterale delle Sintesi n. 279/STF e la Sintesi n. 07/STJ che la Corte Federale di Giustizia e la Corte Superiore di Giustizia devono allontanarsi completamente dai fatti e dalle prove dell´azione legale nel processo delle impugnazioni straordinarie e speciali, pur essendo inizialmente coerenti con la natura e lo scopo di tale modalità di impugnazione.Attraverso l'espressa menzione del divieto di riesame delle prove nelle impugnazioni in Giurisprudenza rigorosa (straordinarie e speciali), le predetti Sintesi trasmettono un significato più complesso di quello che si potrebbe estrarre dalle loro parole se analizzate superficialmente. Nonostante apparentemente diversi, motivo di fatto e motivo di diritto sono spesso confusi, poiché entrambi sono necessari per formare il fenomeno giuridico. Di fronte all'impossibilità di dissociare totalmente fatto e diritto, la pre-interrogazione, qui intesa come sinonimo di "causa decisa", è un'esigenza costituzionale.

Il presente lavoro mira ad analizzare i requisiti e i limiti all'esame di materia di fatto sia nel giudizio di ricevibilità che nel giudizio di impugnazione straordinaria e speciale attraverso il preinterrogatorio.

Parole chiave: Codice di procedura civile; Motivo di fatto; Motivo di diritto; Impugnazione speciale; Impugnazione straordinaria; Ricevibilità del ricorso; Preinterrogatorio; Opposizioni alla dichiarazione; Riesame di fatti e prove; Valutazione delle prove; Qualificazione giuridica del fatto.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	OS RECURSOS EXCEPCIONAIS E OS RESPECTIVOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE	15
2.1	As cortes de cúpula e o modelo brasileiro	15
2.2	Funções dos recursos excepcionais nos tribunais superiores	19
2.2.1	Função nomofilácica	20
2.2.2	Função uniformizadora	22
2.2.3	Função dikeológica	23
2.2.4	Função paradigmática	25
2.2.5	Teorias sobre as funções das Cortes de Cúpula	25
2.3	Os recursos excepcionais	29
2.3.1	Classificação no ordenamento jurídico brasileiro	29
2.3.2	Cabimento	31
2.4	Admissibilidade dos recursos excepcionais	36
2.4.1	Os recursos excepcionais e o sistema bipartido de admissibilidade	37
2.4.2	Os requisitos de admissibilidade	38
2.4.2.1	Prévio esgotamento das vias ordinárias	39
2.4.2.2	Fundamentação vinculada	40
2.4.2.3	Vedação ao reexame fático-probatório	41
2.4.3	Sanabilidade dos vícios no exame de admissibilidade	42
2.5	Direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e excessos quanto à interpretação dos requisitos dos recursos excepcionais – críticas à jurisprudência defensiva	43
3	QUESTÕES DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO	47
3.1	Noções históricas	47
3.2	Distinção conceitual entre questão de fato e questão de direito	53
3.2.1	Questões de fato	56
3.2.2	Questão de direito	57
3.2.3	Concepções teóricas sobre a distinção entre fato e direito	59
3.2.3.1	Critério ontológico	59
3.2.3.2	Critério técnico-processual	60
3.2.3.3	Critério da preponderância	62
3.2.3.4	Critério hermenêutico	63
3.2.3.5	Teoria do rendimento ou estrutural	64
3.3	As questões mistas	65
3.3.1	Classificação tricotômica	66
3.3.1.1	Questão mista como questão de fato	68
3.3.1.2	Questão mista como questão de direito	69
3.3.1.3	Controle seletivo da questão mista	70
3.3.1.4	Decisões sem padrão identificável	71
3.3.1.5	Conclusões sobre a teoria tricotômica	72
3.4	Conceitos relevantes relacionados ao tema	73
3.4.1	Fato e prova	74
3.4.1.1	Qualificação jurídica dos fatos	76
3.4.1.1.1	Consequência jurídica do fato	80

3.4.1.2	Reexame e revaloração de provas	81
3.4.2	Direito e norma	88
3.5	Funcionalidade da distinção entre fato e direito	89
3.6	Críticas à distinção entre fato e direito	92
4	PREQUESTIONAMENTO	97
4.1	Concepção histórica e conceito	97
4.1.1	Significado e alcance da expressão “causas decididas” – fundamento constitucional do prequestionamento	104
4.1.2	Divergências doutrinárias acerca da natureza jurídica do prequestionamento	107
4.1.3	Modalidades de prequestionamento	109
4.1.3.1	Prequestionamento explícito	109
4.1.3.2	Prequestionamento implícito	110
4.1.3.3	Prequestionamento ficto	113
4.2	Prequestionamento e descrição dos fatos na decisão recorrida	115
4.2.1	A fundamentação das decisões judiciais sob a égide do CPC/2015	117
4.2.2	A necessidade de se incluir a descrição completa dos fatos no acórdão	119
4.2.3	O dever de declaração do voto vencido no CPC/2015 – superação da Súmula n. 320/STJ	123
4.3	Prequestionamento e embargos de declaração	125
4.3.1	Noções gerais	127
4.3.2	Hipóteses de cabimento	129
4.3.2.1	Obscuridade	129
4.3.2.2	Contradição	131
4.3.2.3	Omissão	131
4.3.2.4	Erro material	134
4.3.3	Procedimento	135
4.3.4	Omissão do tribunal *a quo* na resolução da questão constitucional ou federal e os embargos de declaração com o intuito de prequestionar	137
4.3.5	Manutenção da necessidade de apontamento de violação ao art. 1.022 do CPC/2015	142
4.3.6	A (in)aplicabilidade do art. 1.025 do CPC/2015 às questões de fato eventualmente suscitadas nos embargos de declaração	148
5	PREQUESTIONAMENTO DA QUESTÃO PREDOMINANTEMENTE DE FATO	151
5.1	O prequestionamento como razão de ser da permissão do reenquadramento dos fatos e da vedação ao simples reexame das provas do processo	151
5.1.1	A função dos recursos excepcionais e casos de exceção à vedação ao revolvimento fático-probatório	158
5.2	O prequestionamento da questão predominantemente de fato e o esgotamento das vias recursais ordinárias	160
5.3	O dever de motivação das decisões judiciais e o prequestionamento das questões predominantemente de fato	164

5.4	O prequestionamento da questão predominantemente de fato e a decisão por remissão – *aliunde* ou *per relationem*	169
5.5	As Súmulas 279/STF e 7/STJ justificadas a partir dos arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988	176
5.6	O prequestionamento ficto e a questão predominantemente de fato	181
5.7	Da indevida utilização da Súmula n. 279 do STF e da Súmula n. 07 do STJ como mecanismo de jurisprudência defensiva	184
5.8	Da inconstitucionalidade do julgamento realizado pelo STF e STJ com base em fatos e provas não constantes da decisão impugnada	190
6	CONCLUSÃO	195
	REFERÊNCIAS	200

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como motivação principal o conteúdo da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal (STF) e da Súmula n. 07 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ambas trazem a vedação do reexame de fatos e provas pelas Cortes Superiores em sede de recurso extraordinário e recurso especial. Ao contrário do que a simplicidade da redação desses enunciados faz parecer, o tema não é simples.

Os enunciados, ao mencionarem expressamente a vedação do reexame de fatos e 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 desses recursos, na verdade, é a incursão na matéria de fato (ou questões de fato).

Isso se dá, em análise preliminar, em decorrência direta das hipóteses constitucionais de cabimento desses recursos, assim como de suas funções precípuas, de (i) tutelar a ordem jurídica objetiva; (ii) uniformizar o entendimento da norma jurídica; (iii) preservar a resolução justa do caso concreto; e (iv) fixar parâmetros de interpretação do direito que devem ser seguidos pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Contudo, observa-se que não há vedação constitucional à análise de questões de fato no âmbito das Cortes Superiores – há apenas previsão de que, para ensejar o cabimento dos recursos excepcionais, deve haver violação à questão de direito.

A delimitação estrita do que viria a ser a questão de fato é, entretanto, 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 em definir questões de fato e questões de direito – e, principalmente, separar os dois institutos – é notória e levou vários doutrinadores a se debruçar sobre o tema.

Nesse contexto, o presente estudo se propõe, a partir do entendimento de Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas – no sentido de que há, na verdade, questões predominantemente de fato e questões predominantemente de direito, a depender se

o fenômeno jurídico gira em torno do aspecto fático ou em torno do aspecto jurídico – a analisar a possibilidade de apreciação das questões de fato pelos Tribunais Superiores, considerando não haver vedação do texto constitucional para tanto.

Para tanto, foi usado como critério metodológico a abordagem dedutiva, partindo de mecanismos de pesquisa históricos, comparativos e de estudo de caso, utilizando-se de revisão bibliográfica (pesquisas bibliográficas, legislativas e documentais) e análise jurisprudencial como principais técnicas de pesquisa. Dado que a perspectiva do presente trabalho é essencialmente jurídico-teórica, ainda que de cunho crítico, sua elaboração foi feita à luz das modificações do direito posto.

Na tentativa de apresentar um panorama acerca da questão, o trabalho foi dividido em seis capítulos, considerando os textos que compõem a Introdução e a Conclusão.

Inicialmente, apresentam-se questões conceituais e procedimentais dos recursos excepcionais. A análise preliminar do recurso extraordinário e do recurso especial – e a retomada dos estudos elaborados anteriormente pelo próprio autor nesse sentido – foi essencial para a compreensão das conclusões alcançadas no presente trabalho, pois de nada serve o estudo do prequestionamento sem ao menos ter-se noção, ainda que superficial, quanto ao seu fim, que é a admissibilidade e a análise, pelas Cortes Superiores, dos recursos excepcionais.

Ademais, a vedação ao reexame de provas nas Cortes Superiores está relacionada à própria origem histórica dos recursos excepcionais, razão pela qual também se faz necessário tecer alguns comentários nesse sentido.

Ato contínuo, analisa-se o debate acerca da distinção entre questão de fato e questão de direito, com o objetivo de investigar as diferenças conceituais doutrinárias entre fato e direito, os possíveis critérios nos quais essa distinção se baseia, sua utilidade e suas repercussões na esfera jurídica, apresentar a funcionalidade da separação para o ordenamento jurídico, além de evidenciar eventuais inconsistências nessa segmentação.

A análise permite concluir que a delimitação do que é questão de fato é de significativa dificuldade. A separação entre as chamadas questões de fato e questões de direito enseja acirradas discussões doutrinárias – as quais trazem ao tema da admissibilidade dos recursos de estrito direito o problema da (in)suficiência lógica subsuntiva do pensamento jurídico.

Embasado nas conclusões acima, o quarto capítulo tratou do prequestionamento. Enquanto pressuposto de admissibilidade recursal dos recursos de estrito direito, o prequestionamento ainda é tema bastante polêmico, sobretudo no que diz respeito à prova – motivo pelo qual foi relevante o aprofundamento de seu estudo, especialmente sob o prisma constitucional do direito processual civil.

O capítulo tratou da concepção histórica de prequestionamento, por meio da análise das diversas previsões constitucionais sobre o tema; dos principais aspectos teóricos; as diferenças entre prequestionamento explícito, implícito e ficto, e dos possíveis critérios nos quais essa distinção se baseia; da sua ligação com as cortes superiores; e das regras trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) que nele interferem.

A análise pormenorizada de todas as questões acima foi essencial à construção de subsídios teóricos para o quinto capítulo do trabalho, no qual é abordado o prequestionamento da questão predominantemente de fato.

Com efeito, após estudo aprofundado dessas questões, são alcançadas as seguintes premissas: (i) não há como distinguir, pelo menos completamente, as questões de fato e as questões de direito; e (ii) a exigência de prequestionamento constitui pressuposto constitucional e legítimo de admissibilidade dos recursos excepcionais.

Nesse contexto, o último capítulo do trabalho, baseado nas premissas acima e na compreensão de que o fenômeno jurídico não ocorre senão diante do fato e do direito, destina-se a demonstrar que, se devidamente prequestionadas, não há óbice para a apreciação das questões de fato – que também são, em certa medida, questões de direito – pelos Tribunais Superiores, considerando não haver vedação do texto constitucional nesse sentido.

Para tanto, foram aprofundados os temas da vedação ao simples reexame das provas do processo, da permissão ao reenquadramento dos fatos, da necessidade de esgotamento das vias ordinárias, da motivação das decisões judiciais, das decisões por remissão, do prequestionamento ficto, da redação dos dispositivos constitucionais pertinentes ao tema e da indevida utilização da Súmula n. 07/STJ e da Súmula n. 279/STF como jurisprudência defensiva.

Concluímos, portanto – o que aqui se anuncia de maneira antecipada – desde que prequestionadas, não há óbice para se apreciar questões de fato. Entendemos, que, se a decisão recorrida contiver a descrição dos fatos e do direito aplicado,

satisfazendo o pré-requisito do prequestionamento, visto aqui como sinônimo de “causa decidida” (inciso III dos arts. 102 e 105 da CF/1988), pode ser alvo de recurso excepcional – independentemente de a questão controvertida ser predominantemente de fato ou de direito.

2 OS RECURSOS EXCEPCIONAIS E OS RESPECTIVOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O presente capítulo se destina ao estudo das questões conceituais e procedimentais dos recursos excepcionais. A análise preliminar do recurso extraordinário e do recurso especial – e a retomada dos estudos elaborados pelo próprio autor nesse sentido[1] – é essencial para a compreensão das conclusões alcançadas no presente trabalho, pois de nada serve o estudo do prequestionamento sem ao menos ter-se noção, ainda que superficial, quanto ao seu fim, que é a admissibilidade e a análise, pelas Cortes Superiores, dos recursos excepcionais.

Ademais, a vedação ao reexame de provas nas Cortes Superiores parece estar relacionada à própria origem histórica dos recursos excepcionais, razão pela qual também se faz necessário tecer alguns comentários nesse sentido.

O presente capítulo, portanto, tem por objetivo analisar as diferentes modalidades de Cortes Superiores e sua influência no modelo brasileiro; as funções dos recursos dirigidos às Cortes Superiores e as teorias a elas relacionadas; as principais características dos recursos excepcionais; os seus pressupostos de admissibilidade; e, por fim, a jurisprudência defensiva, à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

2.1 As cortes de cúpula e o modelo brasileiro

Pretende-se, nesta tese, analisar os limites cognitivos do STF no julgamento do recurso extraordinário e do STJ no julgamento do recurso especial acerca das “questões de fato”. Todavia, antes de ser possível compreender as limitações impostas ao cabimento do recurso especial – e, também, do recurso extraordinário, seu antecessor em relação à matéria de direito federal infraconstitucional – é necessário compreender os dois principais modelos de Cortes Superiores.

Há dois modelos de Tribunais de Cúpula: os de cassação e os de revisão – distinção decorrente das várias funções desempenhadas pelos recursos excepcionais. Esses modelos estão diretamente ligados à noção de que as instâncias

[1] O autor já desenvolveu trabalho científico no qual analisa questões conceituais e procedimentais dos recursos excepcionais, as quais serão abordadas e aprofundadas no presente capítulo. Vide: RANÑA, L. F. **Ordem pública nos recursos extraordinário e especial**: observância do devido processo legal. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018.

extraordinárias apenas poderiam apreciar questões de direito, o que amplia o debate acima sobre o que seriam essas nos casos reais, e como poderiam ser diferenciadas essas matérias daquelas de fato.

O Tribunal de Cassação surge na França no *Ancién Regime* como uma maneira de controlar as decisões parlamentares contrárias aos interesses do soberano absolutista. Nesse sistema, o Tribunal estaria impedido de julgar o mérito das ações, atuando apenas na anulação e no encaminhamento das decisões para a corte de origem, nos casos em que se verificasse qualquer violação a direitos, afastada a análise de questões de fato. Nesse sentido, Enrique Véscovi pontua:

> *Durante la Edad Media se renueva el régimen de muchas instancias, por influencia romana.*
> [...]
> *A partir de la época posterior a la Revolución Francesa, se comienzan a perfilar dos diferentes sistemas de apelación que van a coexistir en el Derecho comparado hasta nuestros días, el de la revisión total de la primera instancia y el que sólo admite que se reexamine la sentencia. El primero, que proviene del Derecho romano, es el verdaderamente puro, según se dice, y se introduce, a través del Derecho francés, en la mayoría de los países de Europa, a excepción de Austria primero y luego de la misma Francia. Se trata del sistema que autoriza, en la segunda (y tercera) instancia, a revisión total del proceso, pudiendo incorporarse nuevas excepciones (y, pretensiones, en general) y nuevas pruebas. El otro sistema opuesto es el de Austria,de revisión solamente de la sentencia; es el que pasa a España y a través de ésta a nuestros países latinoamericanos, en su gran mayoría (en algunos casos com ciertas impurezas*)[2].

Ao dar provimento aos recursos a elas direcionados, as Cortes de Cassação se limitam a cassar a decisão recorrida. Depois de cassar a decisão, reenviam o caso a um juízo idêntico àquele que proferiu a decisão recorrida – para que este decida

[2] VÉSCOVI, E. **Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica**. Buenos Aires: Depalma, 1988, p. 315-316. Tradução livre: "Durante a Idade Média, o sistema de muitas instâncias é renovado, por influência romana. [...] A partir do período pós-Revolução Francesa, começaram a ser delineados dois sistemas recursais distintos que coexistirão no Direito Comparado até os dias de hoje, o da revisão total da primeira instância e o que apenas admite o julgamento. O primeiro, que vem do Direito Romano, é o verdadeiramente puro, segundo o que se diz, e é introduzido, pelo Direito Francês, na maioria dos países da Europa, com exceção primeiramente da Áustria e, depois, da própria França. Este é o sistema que autoriza, em segunda (e terceira) instância, uma revisão total do processo, podendo incorporar novas exceções (e, reclamações, em geral) e novos testes. O outro sistema oposto é o da Áustria, de revisão apenas da sentença. É o que passa na Espanha e nos nossos países latino-americanos, em sua grande maioria (em alguns casos com certas impurezas)".

novamente, considerando as questões que embasaram a cassação da decisão anterior[3]. Não são, por isso, de forma alguma, um terceiro grau de jurisdição[4].

Ao revelar a dimensão geral do julgamento realizado pelas Cortes de Cassação, Giuseppe Chiovenda ensina:

> A Corte de Cassação, ao contrário, não conhece diretamente da relação jurídica; somente é chamada a desempenhar essas duas diferentes funções: a) A função de rever o julgamento do juiz inferior sobre a existência de uma norma abstrata de lei e sobre sua aplicabilidade ao objeto da lide. A Corte não revê o julgamento sobre a existência efetiva do fato, nem aplica norma alguma ao fato considerado pelo juiz inferior. Se, no entanto, encontra alguma violação ou falsa aplicação da lei, cassa e remete a juiz equiparado em grau àquele de quem cassou a sentença, entre os que lhe forem mais vizinhos; (b) A função de examinar as atividades exercidas na constituição, desenvolvimento e definição da relação processual, e anular quando encontra determinados defeitos (nulidades não sanadas de citação e de procedimento, nulidades e contradição no ato de sentenciar; exorbitância do juiz da relação processual por *ultra* e *extra petita*, descumprimento do dever de sentenciar)[5].

Esse modelo parte da premissa de que se devolveriam às instâncias extraordinárias apenas as matérias de direito, já que as questões probatórias não fariam parte do objetivo dessas Cortes de uniformizar a interpretação normativa – sistemática adotada pelos Tribunais de Cassação franceses e italianos[6] [7].

Atualmente, o instituto da cassação evoluiu. Fala-se em “cassação moderna”. Em alguns casos, admite-se que esses Tribunais desempenhem também a função revisora, ao invés de se limitarem à clássica função de cassação e reenvio[8].

---

[3] SILVA, J. A. da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963, p. 52. No mesmo sentido: RANÑA, L. F. **Ordem pública nos recursos extraordinário e especial**: observância do devido processo legal. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018, p. 73.

[4] SILVA, J. A. da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963, p. 52.

[5] CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**. v. II. Trad. Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, 1998, p. 123.

[6] BERTOLDI, T. M. **Recurso especial mediante a problemática distinção entre questão de fato e questão de direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) Porto Alegre, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), 2011, p. 14.

[7] É nota marcante do recurso de cassação, destinado à Corte de Cassação Francesa, a impossibilidade de se discutir fatos. Como observa Loic Cadiet, esse óbice decorre do fato de que a Corte de Cassação, como regra, não ingressa no mérito, isto é, não decide a lide, mas apenas a questão de direito suscitada pelas partes. CADIET, L. El rol institucional y politico de la Corte de Casación en Francia: tradición, transición, mutación? Trad. Álvaro Pérez Ragone. *In*: TARUFFO, M.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid, 2016, p. 181.

[8] Nesse sentido, na doutrina de Danilo Knijnik: “Já o coeficiente histórico-ideológico de cassação é paulatinamente reduzido e, malgrado suas características básicas, o sistema se reintegrou no

O modelo recursal de revisão, por outro lado, permite que seja revisto o julgamento sobre as questões apresentadas como um todo, de forma mais ampla que o modelo de cassação. Assim, ao invés de sancionar a decisão que viola o direito objetivo, decide o caso concreto, promovendo, imediatamente, a resolução da controvérsia relativa ao direito ali discutido. No modelo de revisão, portanto, as altas cúpulas agiriam como qualquer outro Tribunal, o que, conforme alguns teóricos, estabeleceria uma posição igualitária entre as cortes de justiça.

Os dois modelos – apesar das diferenças procedimentais expostas – possuem, essencialmente, a mesma função, qual seja a correção das decisões proferidas pelas instâncias inferiores.

No Brasil, o Supremo Tribunal de Justiça, previsto nos arts. 163 e 164 da Constituição Imperial (1824), tendo em vista a influência do direito europeu, era uma verdadeira Corte de Cassação. Contudo, a República levou à ruptura do antigo modelo, instituindo o recurso extraordinário e o STF na linha do sistema norte-americano[9].

Com o passar do tempo, no entanto, o STF se deparou com um aumento incessante no número de recursos que ali chegavam, culminando na chamada "Crise do Supremo". Em resposta, instituiu-se, na CF/1988, o STJ como a última instância da Justiça brasileira para as causas infraconstitucionais federais. Essa nova Corte surgiu nos mesmos moldes da Corte Suprema, cuja missão principal é zelar pela integridade e pela uniformização da interpretação do direito infraconstitucional comum.

Assim, por influência estadunidense, tanto o STF quanto o STJ constituem cortes de revisão e não cortes de mera cassação. A esse respeito, esclarecedor o apontamento de Nelson Nery Junior:

> Não há no processo civil brasileiro recurso de cassação, onde o Tribunal Superior cassa o acórdão do Tribunal inferior e lhe devolve os autos para que seja proferida nova decisão. Os nossos recursos constitucionais têm aptidão para modificar o acórdão recorrido. O provimento tanto do recurso especial quanto do recurso extraordinário

contexto da prestação jurisdicional, dando lugar à "cassação moderna", vale dizer, foi absorvido no *ordo iudiciorum*, a tal ponto que hoje, na França e na Itália, tem-se reconhecido à Corte o poder de julgar sem reenvio de determinadas circunstâncias". KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 84.

[9] VELLOSO, C. M. S. STF: do Império à República. **Revista Del Rey**, ano 5, n. 12, Belo Horizonte, 2003, p. 16-18.

> tem como consequência fazer com que o STF e o STJ reformem ou anulem o acórdão recorrido[10].

Apesar das diferenças entre os dois modelos, ambos enfrentam problemas muito semelhantes, a exemplo da dificuldade de gestão da oposição entre os interesses das partes processuais por uma decisão justa e a necessidade de criação de um ambiente jurídico uniforme[11].

Considerando esse contexto, foram desenvolvidas distintas teorias sobre as funções dos recursos e das próprias cortes – as quais serão pormenorizadamente abordadas na seção seguinte.

2.2 Funções dos recursos excepcionais nos tribunais superiores

A CF/1988 é quem estabelece o que cabe ao STF e ao STJ julgar. É certo que, desde a sua criação, os Tribunais Superiores possuem funções e naturezas distintas dos demais órgãos que realizam atividade jurisdicional.

Segundo Alfredo Buzaid, o recurso extraordinário foi instituído com "o propósito de assegurar o primado da Constituição e a unidade da jurisprudência do direito federal"[12]. Já José Afonso da Silva enfatiza que o fundamento maior desse recurso é "a inteireza positiva do direito nacional"[13]. De outra parte, assinala Arruda Alvim, no que tange ao recurso especial, que deve o STJ "fixar, com atributos de alta qualificação, o entendimento da lei federal", ressaltando que também proferirá "decisões paradigmáticas, que orientarão a jurisprudência do país e a compreensão do direito federal"[14].

Em razão dessas características, a doutrina procurou distinguir as várias funções desempenhadas pelos recursos excepcionais dirigidos aos tribunais de

---

[10] NERY JUNIOR, N. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 422. No mesmo sentido na jurisprudência: "Recurso Especial. Julgamento da causa. Conhecido o recurso, o Tribunal procederá no julgamento da causa, posto que não se trata de corte de cassação". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 28.325/SP; Terceira Turma, Min. Rel. Eduardo Ribeiro, DJ 03-05-1993, p. 7796, RSTJ v. 46, p. 583.

[11] KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 89.

[12] BUZAID, A. **Estudos de direito.** v. I. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 181.

[13] SILVA, J. A. da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963, p. 22.

[14] RANÑA, L. F. **Ordem pública nos recursos extraordinário e especial**: observância do devido processo legal. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018, p. 82.

cúpula da jurisdição de cada país, que seriam (i) nomofilática, (ii) uniformizadora, (iii) dikelógica e (iv) paradigmática[15] .

A seguir, e com o intuito de facilitar a compreensão da dinâmica de admissibilidade dos recursos excepcionais, serão esclarecidas cada uma destas funções.

2.2.1 Função nomofilácica

Os recursos excepcionais, diferentemente dos ordinários, têm a função primordial de preservar a ordem jurídica, evitando interpretação divergente dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais – não servem, *a priori*, para corrigir decisão que viole direito subjetivo das partes.

À função de tutelar a ordem jurídica objetiva deu-se o nome de função nomofilática dos recursos excepcionais – expressão derivada da união das palavras gregas *nomos* (lei) e *phylaktikós* (preservação)[16].

Em síntese, a função nomofilática decorre da finalidade dos recursos excepcionais, que são vocacionados a resguardar e proteger a inteligência e a unidade do direito positivo. Essa, de fato, é uma de suas principais funções. Essa característica recebeu ênfase do legislador constitucional ao relacionar o cabimento dos recursos extraordinário e especial à contrariedade dada pela decisão recorrida à lei federal ou à Constituição. Esses recursos destinam-se, assim, a proteger, preservar e conservar a higidez e a correta interpretação da norma jurídica. Não se preocupam imediatamente com o interesse das partes posto em juízo.

A consagração da função ocorreu com o instituto da cassação, que, como visto, nasceu da Revolução Francesa, e nas ideologias teorizadas nos escritos de Rousseau e Montesquieu, quando se pregava a onipotência da lei, a igualdade dos cidadãos e a rígida separação dos poderes.

A função nomofilática foi profundamente explorada por Piero Calamandrei, para quem a aplicação correta da lei na solução da lide possui dois vetores: o primeiro vinculado ao interesse público e o segundo associado ao interesse das partes. O

---

[15] ARRUDA ALVIM, J. M. de. O recurso especial na CF/1988 e suas origens. *In*: ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1997, p. 31.

[16] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 303.

jurista florentino atribuía ao recurso cassacional a qualidade de instrumento que se coloca a serviço do interesse público na unidade do direito objetivo nacional e na exata e uniforme interpretação da lei[17].

Atualmente, diante da crise do positivismo e das teorias mais modernas de interpretação – que repousam na ideia de que a norma, objeto da interpretação, não se identifica com o texto, mas, antes disso, se apresenta como resultado de um trabalho de construção denominado concretização[18] – fala-se em nomofilaquia dialética ou tendencial. Todas significam a persecução da unidade do direito e não simplesmente da lei (afinal, a lei nada é sem que seja interpretada), o que ocorre pela utilização de processos hermenêuticos que auxiliam na investigação da solução mais racional e afinada com os preceitos constitucionais[19].

Trazendo as lições do jurista italiano para o sistema recursal brasileiro, com a particularidade de que as cortes superiores brasileiras não se limitam a cassar a decisão recorrida e reenviá-la ao tribunal local, verifica-se que a função nomofilática é consagrada pelo STF e pelo STJ, no que se refere à competência recursal excepcional, na medida em que ambos têm como função principal a defesa da ordem normativa[20].

Reconhecendo a preponderância da função nomofilática nos Tribunais Superiores brasileiros, Rodolfo de Camargo Mancuso pontua:

> 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 o remédio de cunho político-processual (seus pressupostos não estão na lei processual) que permite ao STF dar cumprimento à elevada missão de guarda da Constituição (CF, art. 102, *caput*)[21].

O mesmo se diz do STJ no âmbito do direito federal infraconstitucional.

---

[17] CALAMANDREI, P.; FURNO, C. **Cassazione civile**. Novissimo digesto italiano. v. II. Torino: UTET, 1958, p. 1.055.
[18] QUEIROZ, C. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 115-121.
[19] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 309.
[20] NERY JUNIOR, N. Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinários e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie. BRASIL. STF 456 e RISTJ 257. *In*: MEDINA, J. M. G. *et al*. (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2008, p. 967.
[21] MANCUSO, R. de C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 158.

Entendemos, com base nessas premissas – e, principalmente, a partir do texto constitucional que lhes concebe estrutura e finalidades – que o STF e o STJ não devem ser (e, na realidade, não são) tratados como uma terceira via recursal.

2.2.2 Função uniformizadora

A função uniformizadora[22] foi reconhecida legalmente pela primeira vez com a Emenda Constitucional de 1926, que, em seu art. 60, § 1º, "c," determinou que caberia recurso (que ainda não se chamava extraordinário) para o STF "quando dois ou mais tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos tribunais referidos ou pelo procurador geral da República".

Essa função é uma decorrência necessária da adoção do sistema federalista no Brasil, em que a legislação federal é aplicada pelos vários tribunais estaduais e federais, permitindo que entendimentos diversos comprometam a certeza do direito e afete a segurança jurídica e a igualdade dos cidadãos perante uma mesma norma[23].

Busca-se, assim, com esses recursos, uniformizar o entendimento da norma jurídica e, por consequência, manter a integridade em sua aplicação em todo o território nacional. A lei nasce vocacionada a ter uma única interpretação no mesmo contexto histórico, de maneira que o recurso excepcional tem por função zelar pela construção adequada desse entendimento.

Ademais, a função nomofilática dos Tribunais Superiores, ou seja, de preservar a inteireza do ordenamento jurídico (direito objetivo em si), só é capaz de atingir a sua finalidade se, ao seu lado, for exercida a função uniformizadora. Especialmente nos países de *civil law*, como é o caso do Brasil, nos quais a fonte primária do direito é a lei[24], não há razão para admitir que as Cortes Superiores zelem pela integridade da interpretação do direito objetivo, mas possam fazê-lo de maneira desuniforme,

---

[22] José Miguel Garcia Medina observa que todas essas funções dos recursos excepcionais "se combinam", e, por causa disso, não arrola como função específica a uniformizadora, pois "quando a doutrina alude à função paradigmática, refere-se, de algum modo, à finalidade de uniformidade de intepretação". MEDINA, J. M. G. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 29.

[23] CHEIM JORGE, F; SIQUEIRA, T. F. Função e técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial. **Revista de Processo**, ano 44, n. 295, set. 2019, p. 165-192.

[24] Nos países de *common law*, diferentemente, a coerência e a integridade do ordenamento jurídico se dão pela obediência das decisões anteriores (precedentes), que são tidas como fontes do direito.

aplicando-se um mesmo dispositivo legal de maneiras diferentes a cada jurisdicionado.

Por este motivo, cabe aos Tribunais Superiores – para além da garantia que o direito objetivo seja respeitado – zelar para que os jurisdicionados recebam do Estado uma decisão uniforme, de forma que se obtenha, em casos semelhantes, decisões semelhantes. É o que aponta Piero Calamandrei:

> *Del hecho de haber observado que la uniformidad de la interpretación jurisprudencial en el espacio responde no sólo a la necesidad de hacer efectiva la unidad del derecho positivo alcanzada de nombre en los Códigos, sino también a la necessidad de garantizar, en interés colectivo, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, deriva que existe un interés público en el mantenimiento de la uniformidad de la jurisprudencia aun cuando esta uniformidad no deba ser la salvaguardia práctica de un derecho objetivo único en el Estado*[25]*.*

Assim, a função uniformizadora dos recursos excepcionais se revela imprescindível ao ordenamento jurídico, visto que somente através de seu exercício garante-se a tutela dos princípios da igualdade perante a lei e a segurança jurídica necessária à manutenção da ordem constitucional. Visando proteger esses princípios, a função uniformizadora foi prestigiada pelo CPC/2015, art. 926: "que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente"[26].

2.2.3 Função dikeológica

A palavra dikeológica – que vem da união das palavras gregas *dike* (justiça) e *lógiko* (relativo à razão) – está associada à busca por justiça ao caso concreto, mediante a aplicação do direito[27].

Não se pode deixar de reconhecer que, em análise superficial, seria possível sustentar que essa função não se manifesta no âmbito dos recursos excepcionais, já

---

[25] CALAMANDREI, P. **La casación civil**. t. II. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Lavalle, 1961, p. 84. Tradução livre: Do fato de se ter observado que a uniformidade da interpretação jurisprudencial no espaço responde não só à necessidade de efetivar a unidade do direito positivo alcançada nominalmente nos Códigos, mas também à necessidade de garantir, no interesse coletivo, igualdade de todos os cidadãos perante a lei, deriva que há interesse público em manter a uniformidade da jurisprudência mesmo quando essa uniformidade não deve ser a salvaguarda prática de um único direito objetivo no Estado.

[26] RANÑA, L. F. **Ordem pública nos recursos extraordinário e especial**: observância do devido processo legal. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018, p. 87.

[27] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 316.

que o seu objetivo imediato é a tutela do direito objetivo. Contudo, a situação se afigura um pouco diferente, na medida em que, ainda que com menor intensidade, também por meio dos recursos excepcionais o direito deve ser corretamente aplicado ao caso concreto.

Os recursos excepcionais não se limitam a cassar a decisão e determinar a devolução da causa ao tribunal local para julgamento. Como afirmamos, por influência do sistema estadunidense, em especial da Suprema Corte, o STF e o STJ constituem cortes de revisão e não de mera cassação, modelo encontrado em alguns sistemas europeus, como os da França e da Itália – motivo pelo qual, após a cassação da decisão recorrida, por força constitucional, devem julgar as causas decididas.

Somente quando o vício no julgado recorrido for *in procedendo*, sem comportar saneamento desde logo, é que o STF e o STJ se limitam a cassar a decisão recorrida, para que, em preeminência do duplo grau de jurisdição, outra seja proferida[28].

O fato de alguns países adotarem primordialmente o sistema de cassação não significa que são completamente avessos à função dikeológica. Observa-se que tanto no sistema francês quanto no italiano, a função dikeológica está presente, o que varia é a grau de seu exercício[29].

Nessa medida, quando do julgamento da causa e aplicação do direito ao caso concreto, expressa-se a função dikeológica dos recursos excepcionais. Nessas espécies recursais, a opinião doutrinária prevalecente é a de que a função dikeológica tem papel secundário em relação à função nomofilática, visto que, sendo sua função precípua preservar o direito objetivo, as partes apenas indiretamente seriam beneficiadas pelo acolhimento do recurso[30].

---

[28] MANCUSO, R. de C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 194.

[29] WAMBIER, T. A. A; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**: (de acordo com o CPC de 2015 e Lei n. 13.256/16). 3. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 316.

[30] Na doutrina, Athos Gusmão Carneiro afirma: “O recurso extraordinário, no direito brasileiro, sempre foi manifestado como recurso propriamente dito (interposto, portanto, no mesmo processo) e fundado imediatamente no interesse de ordem pública em ver prevalecer a autoridade e a exata aplicação da Constituição e da lei federal; apenas mediatamente visa a tutela do interesse do litigante. CARNEIRO, A. G. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. 6. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2009, p. 8.

2.2.4 Função paradigmática

Além da função de defender a ordem normativa (função nomofilática), de uniformizar (função uniformizadora) e de preservar a resolução justa do caso concreto (função dikeológica), os recursos excepcionais também permitem que as Cortes Superiores fixem parâmetros de interpretação do direito que devem ser seguidos pelos demais órgãos do Poder Judiciário. A função paradigmática relaciona-se à observância e ao respeito pelos tribunais ao entendimento externado nas decisões e nas interpretações dadas pelas cortes de cúpula.

Com efeito, é natural que essa função tenha uma relevância muito mais acentuada nos sistemas de *common law,* já que há verdadeiramente a eficácia vinculante dos precedentes. Nesses sistemas, a coerência e a integridade do ordenamento jurídico se dão pela obediência das decisões anteriores (precedentes), que são tidas como fontes do direito.

Contudo, em que pese sermos predominantemente influenciados pela tradição jurídica do *civil law*, cuja característica é ter no direito legislado a sua fonte primária, observa-se que a função paradigmática tem ganhado especial destaque nas últimas décadas, como consequência de uma crescente atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais[31]. Em busca da segurança jurídica e da previsibilidade tão necessária ao desenvolvimento de qualquer sociedade, os sistemas de *civil law*, dentre os quais o Brasil, vêm conferindo maior importância a seus julgados, principalmente os proferidos pelos Tribunais Superiores.

2.2.5 Teorias sobre as funções das Cortes de Cúpula

Na linha do analisado anteriormente, os Tribunais Superiores podem atuar na criação de enunciados gerais por meio de precedentes ou na fiscalização de decisões recorridas. No primeiro exemplo, a Corte de Cúpula buscaria formas de selecionar os recursos a serem julgados, buscando se concentrar em casos cujo debate principal remeta a uma controvérsia jurídica relevante ou à necessidade de uniformizar a jurisprudência. No segundo caso, os recursos são tratados como direitos das partes envolvidas de receber uma decisão adequada.

[31] CHEIM JORGE, F; SIQUEIRA, T. F. Função e técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial. **Revista de Processo**, ano 44, n. 295, set. 2019, p. 165-192.

Na cassação, a doutrina majoritária entende haver predominância da função nomofilática, de modo que o direito subjetivo e a questão fática teriam função secundária. Essa perspectiva diz respeito à teoria da preponderância da uniformização da jurisprudência, segundo a qual não há sentido em admitir um recurso para, por exemplo, refutar decisão inadequadamente fundamentada, visto que, nesse caso, o interesse seria exclusivamente da parte – a decisão não é relevante para fins de uniformização da interpretação legal[32].

Em oposição, os defensores da teoria da predominância do interesse da parte entendem que o *ius litigatoris* deve ser o foco da atuação das Cortes de Cúpula, visto que a jurisdição, em sua totalidade, é voltada para solucionar casos concretos. Para essa corrente, a base da cassação constituiria sempre um interesse particular, de maneira que esse recurso seria sempre um meio de impugnação, voltado à rescisão de uma decisão precedente e, consequentemente, à defesa dos interesses das partes envolvidas[33].

Por outro lado, a teoria da equivalência dos fins entende que as duas funções são inseparáveis, haja vista a impossibilidade de se dissociar a justiça do caso concreto da denominada justiça generalizada. Nessa linha, os recursos não serviriam apenas para proteger os interesses e direitos subjetivos das partes processuais, mas também para assegurar que a última decisão a ser tomada no caso será, em tese, a mais acertada[34]:

> A primordial finalidade que deve se cometer ao recurso de cassação na atualidade é a de uniformizar a jurisprudência com objetivo de salvaguardar o princípio de igualdade ante a aplicação e interpretação da lei, assim como os princípios de segurança e de certeza jurídicas. A esse fim essencial, deve ajustar-se a finalidade nomofilática. Por outro lado, um correto entendimento do aludido fim essencial nos leva a estabelecer seu perfeito entrosamento com a finalidade de proteger o *ius litigatoris*[35].

Segundo esse entendimento, existiria uma impressão errônea de que o *ius constitutionis* e o *ius litigatories* estariam em contraposição – em verdade, sendo o interesse público e o interesse privado equivalentes, a manifestação da vontade da lei

---

[32] KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 91-97.
[33] SATTA, S. **Diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1950, p. 324.
[34] GUASCH FERNÁNDEZ, S. **El hecho y el derecho en la casación civil**. Barcelona: Bosch, 1998, p. 175.
[35] GUZMÁN FLUJA, V. C. **El recurso de casacion civil**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 25.

no caso concreto atingiria necessariamente outra finalidade, que é pública. Dessa forma, os Tribunais Superiores não deveriam desenvolver qualquer tipo de mecanismo de seleção para os recursos a serem apreciados, por ser necessária uma análise pormenorizada de todos os conflitos direcionados à sua apreciação, ampliando-se o conjunto jurisprudencial e angariando-se valor às decisões da Corte, em cumprimento à função nomofilática.

Para que as Cortes de Cúpula uniformizem seus entendimentos quanto às matérias de direito, deve ser julgado um número relevante de casos, para unificar a jurisprudência e aproximar os Tribunais dos cidadãos, resolvendo os seus problemas um a um. Nessa linha, devem ser criados mecanismos que possibilitem à Corte lidar com um grande volume de processos, partindo-se da premissa de que grande parte dos casos demandaria apenas uma apreciação rápida, o que poderia ser feito por órgãos colegiados menores e operacionalizado por um aumento do número de juízes atuantes no Tribunal[36].

Essa visão gera críticas, por exemplo, à criação de um regime de repercussão geral no Brasil para análise dos casos direcionados aos Tribunais de Cúpula, porquanto representaria uma violação ao próprio Estado Democrático de Direito – porque constituiria uma visão autoritária da justiça, partindo da premissa errônea de que o único fim a ser buscado seria a uniformização jurisprudencial por meio de casos específicos[37].

Uma variação dessa vertente é a denominada teoria da articulação, segundo a qual é necessária uma articulação entre ambos os fatores para que as questões sejam apreciadas pelas Cortes de Cúpula. Isso porque, se a função da cassação é tanto jus-unitária como resolutiva e os dois vetores devem articular-se (ou combinar-se), somente será legítima a sua atuação unificadora quando presente o interesse da parte e esse somente será considerado quando presente um relevante interesse nomofilático que justifique o funcionamento do Tribunal[38].

A noção de articulação se distingue da equivalência na medida em que a equivalência suprime a particularidade da revisão/cassação, que a diferencia dos

---

[36] COSTA, G. R. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial**: análise da função e reconstrução dogmática. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011, p. 109.
[37] BAHIA, A. **Recursos extraordinários no STF e no STJ**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 174.
[38] KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 95.

recursos convencionais[39]. A própria existência de tribunais especializados, além da corte de origem e da corte revisora, demonstra haver interesses distintos no reexame jurisdicional. No julgamento de uma apelação, por exemplo, o problema da justiça da sentença e o problema da correção jurídica da sentença estão no mesmo plano, sendo equivalentes os interesses público e privado. Para o tribunal de revisão, contudo, essas funções não estarão em plano de igualdade, visto que sua principal função é uniformizar o Direito.

Nesse sentido, a tentativa de se criar um ambiente decisório no qual as funções públicas e privadas sejam igualmente importantes leva invariavelmente à submissão da finalidade pública, e a própria criação de mecanismos de admissibilidade dos recursos demonstra que o interesse privado só será resguardado caso o interesse público assim determine. Nesse ponto, os recursos denominados extraordinários serviriam a um fim público, embora também sirvam à proteção de interesses privados[40].

Um exemplo de aplicação pelos Tribunais Superiores no Brasil desse entendimento seria a Súmula n. 283/STF, que aponta ser inadmissível o Recurso Extraordinário quando a decisão recorrida apresentar mais de um fundamento e o recurso não tratar sobre todos eles. Esse entendimento está pautado na seguinte ideia: se houver mais de um fundamento capaz de manter a decisão, inexistiria qualquer benefício para os recorrentes no provimento de um recurso que se baseia em apenas um deles.

Parte da doutrina sustenta que os Tribunais deveriam não apenas solucionar os conflitos das partes, mas também orientar a sociedade, por meio da criação de precedentes efetivamente respeitados pelas cortes inferiores. A necessidade de julgamento de todos os casos, contudo, não representaria a melhor forma de defesa do ordenamento jurídico, já que a existência de um número excessivo de julgados diminui a autoridade dos Tribunais e cria um ambiente de insegurança jurídica. Ademais, Guilherme Recena Costa afirma que o aumento no número de juízes das Cortes de Cúpula pode gerar divergências internas entre as decisões proferidas[41].

---

[39] PISANI, A. P. **Diritto processuale civile**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1996, p. 556.
[40] COSTA, G. R. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial**: análise da função e reconstrução dogmática. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011, p. 11.
[41] COSTA, G. R. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial**: análise da função e reconstrução dogmática. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011, p. 11.

2.3 Os recursos excepcionais

O recurso extraordinário e o recurso especial são modalidades recursais de competência, respectivamente, do STF e do STJ, e que têm por escopo primordial a proteção da ordem jurídica[42], especificamente das disposições legais federais – as constitucionais, no caso do recurso extraordinário; as infraconstitucionais, no caso do recurso especial.

Nas seções seguintes, estudaremos suas principais características.

2.3.1 Classificação no ordenamento jurídico brasileiro

Há, na doutrina brasileira, várias classificações das modalidades recursais previstas no ordenamento jurídico. Dentre elas, há classificação em recursos totais ou parciais, em recursos suspensivos ou não suspensivos, recursos principais ou adesivos. Merece destaque, entretanto, para o fim deste estudo, a classificação em ordinários e extraordinários.

Diante de suas notáveis distinções de finalidade, objeto e características, a doutrina tradicional, inspirando-se nos sistemas italiano e espanhol[43], buscou dar aos recursos especiais e extraordinários enquadramento diferenciado dos demais recursos, então chamados de ordinários, classificando-os como extraordinários.

No sistema jurídico europeu, são classificados como ordinários os recursos cabíveis contra decisões ainda não acobertadas pelo manto da coisa julgada. Os recursos extraordinários, por sua vez, são aqueles voltados à impugnação de decisões já transitadas em julgado[44].

No ordenamento jurídico brasileiro, todavia, essa distinção não existe. Nos termos do art. 502 do CPC/2015, a coisa julgada material é a “autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. Ou seja, toda

---

[42] Como abordado no capítulo anterior, os recursos excepcionais dirigidos aos tribunais de cúpula podem exercer diversas funções. Nesse caso específico, verificam-se a função nomofilática, a função paradigmática e a função uniformizadora.

[43] No sistema jurídico europeu, especialmente o italiano, o português e o espanhol, são classificados como ordinários os recursos cabíveis contra decisões ainda não acobertadas pelo manto da coisa julgada. Já os recursos que recebem a classificação de extraordinários são os disponíveis à impugnação de decisões já transitadas em julgado. SOUZA. B. P. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 194.

[44] SOUZA. B. P. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 194.

e qualquer modalidade recursal apenas tem cabimento em face de decisão não transitada em julgado.

Assim, a classificação dos recursos em ordinários e extraordinários, segundo aquele critério, não poderia ser utilizada para dividir as espécies recursais brasileiras. Trata-se de classificação importada para o ordenamento jurídico brasileiro sem guardar coerência com o sistema recursal do país. Na verdade, o nosso sistema recursal vincula a classificação dos recursos em ordinários ou extraordinários não à existência de coisa julgada, mas à intensidade do efeito devolutivo do recurso.

O efeito devolutivo se manifesta com maior ou com menor intensidade de acordo com o fundamento do recurso. Os recursos ordinários possuem fundamentação livre – o recorrente pode suscitar o reexame de toda matéria submetida ao juízo originário. Os recursos extraordinários, por outro lado, têm fundamentação vinculada. O recorrente apenas pode suscitar a matéria que encontrar no limite do cabimento previsto na CF/1988[45].

Ademais, os recursos extraordinários, diferentemente dos ordinários, têm a função primordial de preservar a ordem jurídica, evitando interpretação divergente dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, não servindo precipuamente para corrigir decisão que viole o direito subjetivo das partes.

Por este motivo, Teresa Arruda Alvim sublinha:

> Diz-se, na doutrina, que a classificação dos recursos ordinários e extraordinários tem por base o critério consistente em que, por meio dos recursos ordinários, se busca a correção da decisão tendo como objetivo corrigir-se a ofensa ao direito subjetivo da parte, enquanto por meio dos recursos extraordinários, o objetivo seria alterar-se decisão que ofendesse direito objetivo. Sempre nos pareceu que se pode afirmar, pura e simplesmente, que se trata de recursos de fundamentação vinculada e que o único fundamento que pode embasar o recurso extraordinário é à ofensa à CF/1988, sendo que, de modo idêntico, o único fundamento que pode embasar o recurso especial é a ofensa à lei federal[46].

Assim, sem vínculo com a existência de coisa julgada e com a classificação intrinsecamente ligada à intensidade do efeito devolutivo dos recursos, nos juntamos

---

[45] Luiz Machado Guimarães não vê nos recursos excepcionais o efeito devolutivo, porque eles se limitam a "censurar" a interpretação do direito e não devolvem o conhecimento pleno do direito a outro órgão. GUIMARÃES, L. M. **Carência de ação**: limites objetivos do recurso de apelação. Rio de Janeiro, Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, 1962, p. 46.

[46] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 245-246.

à doutrina clássica[47], que classifica os recursos brasileiros em ordinários e excepcionais – admitindo, portanto, que esta classificação pode existir, desde que se funde em critérios. Os primeiros têm como escopo a defesa do direito subjetivo e seu julgamento ocorre segundo o aparelhamento comum de organização judiciária, em um segundo grau de jurisdição; os demais têm como missão preservar o direito objetivo, sem qualquer relação com a coisa julgada, e exigem aparelhamento judicial especial, uma vez que seu julgamento é realizado por uma corte de sobreposição.

2.3.2 Cabimento

Até a promulgação da CF/1988, o Poder Judiciário brasileiro possuía, como Corte de Cúpula, apenas o STF – competente para julgar os recursos, então chamados de extraordinários, que questionavam tanto violações constitucionais como federais infraconstitucionais.

O art. 114 da Constituição Federal vigente à época, em seu inciso III, "a", determinava ser cabível recurso extraordinário quando a decisão recorrida contrariasse seus dispositivos ou negasse vigência de tratado ou lei federal[48].

Muito embora a competência do STF fosse exclusiva, a previsão constitucional era distinta para as hipóteses de cabimento do recurso, o que se concebia a partir da interpretação que se dava aos termos "contrariar" e "negar vigência".

Sempre se entendeu que a expressão "contrariar" é muito mais ampla e abrangente do que a expressão "negar vigência". Não que negar vigência se referisse apenas a negar ou recusar a aplicação de determinado dispositivo legal, dando-o como revogado. Efetivamente, não era tão restrito o sentido que lhe dava o STF. Entretanto, a distinção entre os conceitos de contrariar e negar vigência inspirou o STF a editar a conhecida Súmula n. 400 de sua jurisprudência que, por sua vez, previa

[47] Ressalte-se aqui a existência de autores que preferem chamar os recursos extraordinários *lato senso* de recursos excepcionais, já que, em certas legislações, extraordinários são os recursos interponíveis contra decisão transitada em julgado. WAMBIER, T. A. A. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e da ação rescisória**. São Paulo: RT, 2001.
[48] BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 114. Compete ao STF: III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência a tratado ou lei federal.

que “decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra ‘a’ do art. 101, III, da CF/1988”[49].

Desta forma, o entendimento de que negar vigência se restringia às hipóteses de não aplicação de preceito de lei a determinado caso por ele regido, ou, então, quando a interpretação dada pelo Tribunal de origem fosse manifestamente absurda – já que a razoável, ainda que distinta daquela pacífica no STF, não bastava para o cabimento do recurso extraordinário com fundamento na alínea “a” do art. 119, III, da CF/1967[50].

A CF/1988, ao criar o STJ e dividir a competência para a análise de questões constitucionais e federais infraconstitucionais, criou, também, para estes casos, o recurso especial. E considerando que “a função do recurso especial, que antes era desempenhada pelo recurso extraordinário, é a manutenção da autoridade e unidade da lei federal, tendo em vista que na Federação existem múltiplos organismos judiciários encarregados de aplicar o direito positivo elaborado pela União”[51], o cabimento não advém de mero inconformismo das partes. Na verdade, como esclarece Humberto Theodoro Júnior, a impugnação da parte pela instância especial “só terá cabimento dentro de uma função política, qual seja, a de resolver uma questão federal controvertida”[52].

Desse modo, o recurso especial passou a ter previsão de cabimento no art. 105, III, da CF/1988:

> Art. 105. Compete ao STJ:
> 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;

---

[49] Nesse mesmo sentido: “O art. 105, III, a, prevê o cabimento do recurso especial contra tais decisões quando elas tiverem contrariado ou negado vigência a tratado ou lei federal. ‘Negar’ vigência consiste em, totalmente, desconsiderar, não aplicar, uma norma jurídica. ‘Contrariar’ significa aplicar mal equivocadamente. A rigor, bastaria o emprego desse segundo termo para abranger as duas hipóteses, como se fez relativamente ao recurso extraordinário”. WAMBIER, L. R; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. v. 2. São Paulo: RT, 2016, p. 606.

[50] O teor da Súmula n. 40, vigente à época, ia de encontro à disposição da alínea “d” do art. 119, III, da Constituição de 1967, haja vista que previa exatamente o cabimento de recurso extraordinário quando fosse dada “à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio STF”. Afinal, razoável ou não a interpretação, se era ela divergente daquela do Supremo ou de outro tribunal, era cabível o recurso extraordinário.

[51] THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.121.

[52] THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.121.

> 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.

Percebe-se que a hipótese de cabimento prevista na letra “a” encerrou as dúvidas interpretativas até então existentes sobre a questão, consignando que o recurso especial seria cabível tanto quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, como quando negar-lhes vigência. Abrangendo ambos os termos como fundamento de interposição do especial, o legislador constitucional pôs fim à relevância da discussão acerca da amplitude de cada um deles, tal como existia na sistemática anterior.

Há, também, a indicação de que o recurso especial, inicialmente, apenas é cabível contra decisões dos Tribunais. Essa previsão, além de determinar, com outras palavras, que o recurso especial somente pode ser interposto contra acórdão, que é a decisão final proferida pelos tribunais locais, afasta o seu cabimento contra decisões, de última ou única instância de juizados especiais[53].

Diversamente ocorre com o recurso extraordinário, já que “a Constituição de 1988 não mais alude a ‘causas decididas em única ou última instância por outros tribunais’ (texto do art. 119, III, da anterior Constituição da República), mas a ‘causas decididas em única ou última instância’ (dicção do art. 102, III, da atual CF/1988). Por essa razão, não há óbice à interposição de recurso extraordinário contra decisão de órgão do Poder Judiciário que não caracterize Tribunal, se, em única ou última instância, versar sobre matéria constitucional, como ocorre, por exemplo, em relação às decisões proferidas pelas Turmas a que se refere o art. 41 da Lei n. 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis[54] [55].

O dispositivo constitucional, além disso, prevê três hipóteses distintas de cabimento do recurso para o STJ. A primeira delas, abordada acima, é a possibilidade de interposição do recurso especial quando a decisão recorrida, proferida em única ou última instância, contrariar, basicamente, lei federal ou a ela negar vigência. Isto é,

---

[53] Inclusive, a Súmula n. 203/STJ prevê: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”.
[54] MARQUES, J. F. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. v. III. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Millennium, 1998, p. 250.
[55] No mesmo sentido, a Súmula n. 640/STF dispõe: “é cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal”.

acórdão recorrido deve aplicar erradamente a previsão legal federal ou, então, negar a sua aplicação em hipótese nitidamente por ela regida[56].

A segunda situação, um pouco menos usual, se dá quando a decisão recorrida considera regular algum ato do governo local quando este for questionado em comparação com a previsão da lei federal – ou seja, quando se alega que o referido ato vai de encontro à norma.

A terceira hipótese de cabimento do recurso especial, por fim, ocorre quando a decisão recorrida dá, a determinada lei federal, interpretação distinta daquela que lhe tenha atribuído outro tribunal, seja ele superior, hierarquicamente equivalente, ou mesmo de competência distinta, como decisões de tribunais estaduais e regionais federais. Em suma, o que importa é, em um caso de concreta similitude fática, a distinção da interpretação dada a um mesmo dispositivo de lei federal, desde que tenha ocorrido em tribunal distinto. Não é possível a interposição do especial com fundamento em divergência fundada em acórdão do próprio tribunal prolator daquele recorrido, a teor da Súmula n. 13[57] do STJ[58].

Há, quanto às duas últimas hipóteses de cabimento do especial, certa discussão doutrinária acerca do caráter autônomo das alíneas que não a "a" do dispositivo constitucional. Alguns doutrinadores não entendem as alíneas "b" e "c" do recurso especial como hipóteses de cabimento, pois consideram a alínea "a" como a única hipótese de real fundamento do especial, entendendo que não seria possível a interposição de maneira autônoma do recurso sem se demonstrar, efetivamente, a violação à lei federal.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, inclusive, sustentam que deveriam ser tratadas como subalíneas, já que são especificações da alínea "a"[59]. Os autores argumentam que as hipóteses das alíneas "b" e "c", na verdade, apenas especificam situações em que a lei federal poderia ser violada pela decisão objeto do especial. Deste modo, em qualquer das hipóteses, haveria uma contrariedade ou uma negativa

---

[56] Aqui se deve considerar lei complementar federal, lei ordinária federal, lei delegada federal, decreto-lei federal, medida provisória federal e decreto autônomo federal para fins de cabimento da violação contida no art. 105, III, "a", da CF/1988.
[57] Súmula n. 13/STJ: A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial.
[58] ARRUDA ALVIM, E. **Direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 865.
[59] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 327-328. Na mesma linha: JORGE, F. C. Recurso especial com fundamento na divergência jurisprudencial. *In*: NERY JUNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. 4ª série. São Paulo: RT, 2005, p. 78.

de vigência da lei federal, seja por ato do governo local, ou por interpretação da lei distinta da que tenha atribuído à norma outro tribunal.

O entendimento é partilhado por Eduardo Arruda Alvim, que assim dispôs:

> Tem-se em princípio que as hipóteses de cabimento das alíneas ‘b’ e ‘c’ constituem-se, na generalidade dos casos, em subespécies daquela albergada na alínea 'a'. Com efeito, nessas hipóteses é possível falar em contrariedade à lei federal[60].

Para Nelson Luiz Pinto, “quando se ingressa com recurso especial com fundamento na letra ‘c’ do art. 105, III, da CF/1988, não basta afirmar-se que a decisão recorrida diverge de outra, proferida por outro Tribunal. Há necessidade, também, de que a parte alegue e demonstre que a interpretação acertada da lei federal em questão é aquela constante da decisão paradigma, e não a contida na decisão recorrida, razão pela qual se pede a reforma do acórdão, para que prevaleça a tese contrária”[61]. E conclui:

> se se alega que a interpretação dada, na decisão recorrida a respeito de determinada lei federal, não é correta, está-se afirmando, consequentemente, que essa lei federal foi contrariada pelo acórdão, o que, por si só, possibilitaria o cabimento do recurso especial pela letra ‘a’ do art. 105, III, da CF[62].

É, também, o ensinamento de José Carlos Barbosa Moreira:

> acórdão que deu à lei federal interpretação divergente da adotada por outro tribunal não é, necessariamente, acórdão errado: sua interpretação será talvez preferível à do acórdão de outro tribunal. A presença da característica apontada na letra c não implica que o recorrente tenha razão em pleitear a reforma ou a anulação do acórdão recorrido, a fim de que prevaleça a interpretação dada à lei federal pelo acórdão de que aquele divergiu. É perfeitamente possível que a divergência haja de resolver-se em favor do acórdão recorrido, que interpretou a norma de maneira correta[63].

Naturalmente, considerando se tratar de tema polêmico, há corrente doutrinária oposta, a qual entende que cada uma das três alíneas do art. 105, III, da CF/1988 é

---

[60] ARRUDA ALVIM, E. **Direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 865.
[61] PINTO, N. L. **Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 117-118.
[62] PINTO, N. L. **Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 117-118.
[63] MOREIRA, J. C. B. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 163-164.

uma hipótese independente de cabimento do recurso especial. Para os autores dessa linha, entender pela inexistência de autonomia entre as alíneas contraria a literalidade da previsão constitucional[64].

2.4 Admissibilidade dos recursos excepcionais

Objetivamente,

> a admissibilidade de um recurso é a sua aptidão para receber um julgamento de mérito. Não se confunde, entretanto, o mérito do recurso com o mérito da ação, porque este último é o pedido formulado na ação, enquanto aquele constitui o objeto do recurso, o reexame do conteúdo da decisão, que leva à sua anulação, reforma ou confirmação[65].

Positivo ou negativo, o juízo de admissibilidade é declaratório. Ao proferi-lo, o juízo verifica se estão ou não satisfeitos os requisitos indispensáveis à apreciação do mérito do recurso. O preenchimento ou não desses requisitos é, todavia, anterior ao pronunciamento – que não os gera, simplesmente os reconhece[66].

Acerca da natureza jurídica do juízo de admissibilidade, Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha partem da premissa de que:

> o juízo de admissibilidade é um juízo sobre a validade do procedimento (neste caso, do recursal). Assim: a) se for positivo, o juízo de admissibilidade é declaratório da eficácia do recurso, decorrente da constatação da validade do procedimento (aptidão para a prolação da decisão sobre o objeto litigioso); b) se negativo, o juízo de admissibilidade será constitutivo negativo, em que se aplica a sanção da inadmissibilidade (invalidade) ao ato complexo, que se apresenta defeituoso/viciado[67].

Ou seja, antes de adentrar no mérito do recurso, é necessário verificar se estão presentes pressupostos de admissibilidade recursal que são análogos aos pressupostos processuais e às condições da ação. A essência do juízo de

---

[64] DIDIER JUNIOR, F; CUNHA, L. C. D. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 349.
[65] BERMUDES, S. **Introdução ao processo civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 165.
[66] MOREIRA, J. C. B. **O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis**. Rio de Janeiro: Imprenta, 1968, p. 130.
[67] DIDIER JUNIOR, F.; CUNHA, L. C. da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. v. 3. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 155.

admissibilidade reside na verificação da existência ou não dos requisitos necessários para que o órgão competente possa legitimamente exercer sua atividade cognitiva[68] no tocante ao mérito do recurso[69].

O juízo de mérito do recurso serve à verificação da procedência ou não dos pedidos recursais, é a matéria devolvida ao órgão competente. O mérito do recurso está normalmente ligado ao defeito apontado na decisão que faz o recorrente utilizar-se desse meio de impugnação, e classifica-se em vícios de atividade (*errores in procedendo*), de natureza formal, em decorrência da inobservância de procedimentos, e vícios de julgamento (*errores in judicando*), de natureza substancial, em decorrência de avaliação errada do fato ou erro de julgamento.

Os recursos excepcionais, da mesma forma que os demais recursos existentes no sistema recursal brasileiro, possuem certas formalidades para sua interposição, conhecimento e processamento. Muitas dessas formalidades, tidas como requisitos de admissibilidade, não diferem daquelas previstas para os demais recursos, por exemplo, tempestividade e preparo, enquanto outras são específicas para as medidas excepcionais. Justamente por se tratar de medidas excepcionais é que os recursos de direito estrito possuem certos requisitos de admissibilidade particulares, aplicáveis apenas a eles.

2.4.1 Os recursos excepcionais e o sistema bipartido de admissibilidade

A tradição do direito brasileiro é dividir o juízo de admissibilidade em duas etapas, com a interposição do recurso perante o órgão responsável pela prolação da decisão recorrida (*a quo*), competente para processamento do feito, e a análise direcionada para a instância superior, responsável pelo julgamento do mérito (*ad quem*).

A justificativa para o duplo juízo decorre do princípio da economia processual, para evitar remessa desnecessária de recursos manifestamente inadmissíveis, e sobrecarga de trabalhos nos Tribunais. Além disso, por se tratar de delegação de

[68] Entendemos que, da mesma forma, se dá a cognição das questões de ordem pública no âmbito dos recursos excepcionais. Com efeito, apesar da inquestionável relevância e interesse social que lhes dão suporte, as questões de ordem pública devem ser tratadas como quaisquer outras questões de direito postas a julgamento. Deste modo, seu conhecimento no âmbito dos recursos excepcionais é condicionado ao preenchimento de todos os requisitos legais previstos para tal.
[69] CHEIM JORGE, F. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 8. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 77.

jurisdição, o juízo de admissibilidade exercido na origem é provisório, e não vincula o órgão responsável pela análise do mérito, a quem cabe a palavra final inclusive, por revisão, dos requisitos formais[70].

Relevante pontuar que a perspectiva desse sistema pela economia processual não é pacífica, por haver recurso contra as decisões de inadmissão e por inexistir vinculação entre a análise provisória e a definitiva. Exemplo disso foi a modificação promovida pelo CPC/2015 em relação ao processamento dos recursos, de serem remetidos ao juízo *ad quem*, independentemente de juízo de admissibilidade, de que é exemplo a apelação (art. 1.010, § 3º), que tem os dois juízos exercidos pela mesma Corte.

Os recursos especial e extraordinário seguiriam a mesma tendência, de juízo uno, porém, com a edição da Lei n. 13.256/2016, ficou mantido o regramento anterior, conferindo aos Tribunais locais a análise das condições de processamento dos recursos excepcionais, de acordo com a previsão do art. 1.030, o qual determina: "recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido".

Deste modo, foi mantido o sistema bipartido de admissibilidade dos recursos excepcionais realizado por Tribunais diferentes.

2.4.2 Os requisitos de admissibilidade

Os requisitos de admissibilidade formam o objeto necessário para o conhecimento e o julgamento de mérito dos recursos.

A divisão clássica dos requisitos de admissibilidade é atribuída a José Carlos Barbosa Moreira[71], que os separa em intrínsecos e extrínsecos[72]. Os primeiros são aqueles relativos à própria existência do poder de recorrer, enquanto os extrínsecos são próprios ao modo do direito de recorrer. Segundo esta classificação, os requisitos intrínsecos são: cabimento do recurso, legitimidade para recorrer, interesse em

[70] CHEIM JORGE, F. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 8. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 94.
[71] MOREIRA, J. C. B. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. V. Arts. 476 a 565. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
[72] Outros processualistas, como Moacyr Amaral Santos, classificam os pressupostos de admissibilidade dos recursos em subjetivos, que concernem à pessoa do recorrente, e objetivos, que dizem respeito ao recurso em si mesmo. SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 85.

recorrer, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; e os extrínsecos: tempestividade, regularidade formal e preparo.

Os recursos excepcionais, além dos requisitos gerais de admissibilidade – cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer, tempestividade, preparo e regularidade formal –, possuem outros critérios particulares de admissibilidade, quais sejam: necessidade de esgotamento prévio de instâncias ordinárias e impugnação de todos os fundamentos que sustentaram a decisão recorrida – os quais serão melhor abordados mais adiante.

Especificamente o requisito do prequestionamento, devido à importância para o presente trabalho, será apresentado de maneira aprofundada, em capítulo específico para essa finalidade.

2.4.2.1 Prévio esgotamento das vias ordinárias

Os recursos especial e extraordinário têm como requisito específico de admissibilidade ser interpostos em face de julgado contra o qual já foram esgotados os meios de impugnação das instâncias ordinárias, de acordo com a previsão constitucional inserida nos arts. 102, III, que dispõe sobre a competência do STF para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, e 105, III, a respeito da competência do STJ para 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.

Como se vê, a decisão a ser impugnada por recurso extraordinário ou especial deve ser final.

Marco Aurélio Serau Júnior e Silas Mendes dos Reis assim avaliam esse aspecto:

> A exigência do prévio esgotamento das instâncias ordinárias garante a observância do princípio do juiz natural e afasta a concentração de força jurisdicional no STF e no STJ, pois impede que a instância especial funcione como instância ordinária e analise questão não apreciada pelos órgãos inferiores[73].

Isso significa que, cabendo qualquer recurso ordinário perante o Tribunal de 2º grau, como embargos de declaração ou principalmente agravo interno, este é que

[73] SERAU JUNIOR, M. A; REIS, S. M. D. **Manual dos recursos extraordinário e especial** – teoria e prática. São Paulo: GEN/Método, 2012, p. 62.

deve ser manejado em primeiro lugar. Os recursos especial e extraordinário só devem ser interpostos quando forem os únicos remédios cabíveis em face da decisão hostilizada.

O entendimento pela necessidade de esgotamento das vias recursais ordinárias encontra-se, há muito, sedimentado na Súmula n. 281/STF ("é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada".

2.4.2.2 Fundamentação vinculada

Além disso, os recursos extraordinário e especial possuem fundamentação vinculada cuja finalidade é "a aplicação do direito positivo na espécie em julgamento"[74]. Por isso, diz-se que tutelam o direito objetivo.

Rodolfo de Camargo Mancuso[75] esclarece que, 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, o recurso extraordinário também não configura mais uma possibilidade de impugnação, mas o remédio de cunho político-constitucional, que permite à Suprema Corte dar cumprimento à elevada missão de guarda da Constituição.

Por isso, sua cognição não é ampla como nas demais modalidades recursais, mas restrita aos lindes da matéria de direito envolvida[76].

Como sintetiza Flávio Cheim Jorge:

> Enquanto os recursos extraordinários tutelam o direito objetivo, os recursos ordinários visam proteger imediatamente o direito subjetivo dos recorrentes. Os recursos extraordinários, por tutelarem o direito objetivo, são considerados recursos de estrito direito ou mesmo excepcionais. Não buscam a correção da injustiça da decisão[77].

---

[74] BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Recursos. Processos e incidentes nos tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 344.
[75] MANCUSO, R. de C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 158.
[76] ALVIM, T. A. **Embargos de declaração**: como se motiva uma decisão judicial? 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 289.
[77] CHEIM JORGE, F. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 8. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 18.

Dado o seu escopo precípuo de conferir unidade ao direito constitucional e infraconstitucional federal, os recursos excepcionais se ocupam unicamente das questões de direito suscitadas na decisão recorrida, não se preocupando com os interesses individuais das partes demandantes.

2.4.2.3 Vedação ao reexame fático-probatório

Apesar de não haver previsão constitucional expressa nesse sentido, é pacífica a orientação dos tribunais superiores de não admitir recursos extraordinários para a simples revisão de prova, tendo em vista o seu caráter de controle da correta aplicação do direito objetivo (enunciados da Súmula n. 279/STF[78] e Súmula n. 07/STJ[79]).

A aprovação do entendimento no âmbito do STF se deu em Sessão Plenária de 13-12-1963. O teor da Súmula foi publicado pela primeira vez em anexo ao Regimento Interno do STF, veiculado pela Imprensa Oficial em 1964. Os casos indicados como os primeiros precedentes da Súmula seriam o Agravo de Instrumento n. 29.710 e a Carta Testemunhável n. 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 evidencia 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[80].
> Considerando que, tendo se limitado à apreciação de prova de fatos e à aplicação aos fatos provados das disposições da Lei, que os regiam, o acórdão recorrido, dele não cabe recurso extraordinário[81].

Espelhando-se no entendimento acima, o STJ editou a Súmula n. 07/STJ: "a pretensão 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, com publicação do enunciado no Diário Oficial em 03-07-1990.

---

[78] Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.
[79] A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.
[80] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AI n. 29.710, Rel. Min. Evandro Lins, j. 14-10-1963.
[81] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. CT n. 3.713, Rel. Min. Guimarães Natal, j. 30-01-1924.

Pelo que se revela na simples leitura dos dois enunciados, vê-se que o intuito dos Tribunais Superiores era impedir o acesso às vias recursais excepcionais das pretensões de reexame de fatos e provas dos casos concretos.

O limite imposto à prática recursal é justificado, comumente, pelo fato de os recursos excepcionais possuírem espectro de cognição limitado. Nas palavras de Rodolfo 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 [82].

Observa-se, contudo, que não há vedação constitucional à análise de questões de fato no âmbito das Cortes Superiores – constatação pertinente ao raciocínio desenvolvido nos próximos capítulos do trabalho.

2.4.3 Sanabilidade dos vícios no exame de admissibilidade

Estudados os conceitos dos requisitos de admissibilidade, fica evidente a tendência de rigidez e formalismo na verificação do preenchimento do que é exigido para o conhecimento do recurso de acordo com as hipóteses estabelecidas pelo CPC/2015[83]. No entanto, também há previsão legal de mitigação, que possibilita à parte recorrente demonstrar o preenchimento desses requisitos, sem que seja

[82] MANCUSO, R. de C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 161-164.

[83] Acerca da sanabilidade no âmbito do STF, a Corte já se pronunciou acerca do entendimento emprestado ao parágrafo único do artigo 932 da novel lei processual, tendo-se deliberado que “a interpretação possível acerca do dispositivo, que o mantenha em contornos constitucionais, é a que permite unicamente a possibilidade de correção, mediante reabertura de prazo, de vícios de natureza estritamente formal, não se admitindo a possibilidade de glosa, quando não há, na minuta apresentada, a impugnação de todos os fundamentos da decisão atacada, sendo incabível abrir vista no agravo para que a parte suplemente a minuta” (ARE 953.221 e ARE 956.666).

penalizada imediatamente com o não conhecimento do recurso – é a chamada sanabilidade.

No âmbito do juízo de admissibilidade dos recursos, configura uma oportunidade para esclarecer o que pareceu incerto ou não demonstrado, um segundo momento para preencher os requisitos estabelecidos em lei, uma facilitação para que o processo atinja seu fim, de ter seu mérito analisado, e ocorra efetiva prestação jurisdicional.

Luiz Rodrigues Wambier defende que, com a sanabilidade, houve aprofundamento das garantias do contraditório e da ampla defesa:

> Deu novo sentido à flexibilização procedimental e ao sistema da sanabilidade dos vícios processuais. Esse reforço e essa ressignificação de princípios e garantias fundamentais do processo indicam que a intenção do legislador de 2015 foi criar um sistema voltado para o que realmente importa, que é a prestação de uma tutela jurisdicional justa e efetiva, pautada no devido processo legal e substancial[84].

A cláusula geral de sanabilidade dos requisitos de admissibilidade está prevista no art. 932, parágrafo único, do CPC/2015, e regulamenta que “antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 05 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a decisão exigível”.

Há, ainda, previsão específica de sanabilidade para os recursos excepcionais, apresentada no art. 1.029, § 3º, do CPC/2015: “o STF ou o STJ poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”.

2.5 Direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e excessos quanto à interpretação dos requisitos dos recursos excepcionais – críticas à jurisprudência defensiva

O recurso extraordinário dirigido ao STF foi, ao longo de muitas décadas, a via processual existente para se buscar a integridade e a uniformização da interpretação da Constituição e das leis infraconstitucionais federais. Com o passar do tempo, no

[84] WAMBIER, L. R. Controvérsias sobre o Código de Processo Civil, após o primeiro ano de sua vigência. **Revista Brasileira de Direito Processual**, ano 26, n. 101, jan.-mar. 2018, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 280.

entanto, o STF se deparou com um aumento incessante no número de recursos que ali chegavam, culminando na chamada “crise do Supremo”.

Em resposta a essa crise, instituiu-se, na CF/1988, o STJ como a última instância da justiça brasileira quanto à guarda da legislação infraconstitucional federal. Essa nova Corte surgiu em posição de destaque na organização judiciária brasileira, cuja principal missão é zelar pela integridade e pela uniformização da interpretação do direito infraconstitucional comum. Para efetivar essa função, foi instituído o recurso especial como a via processual adequada, de maneira que, por meio dele, as ofensas à legislação federal e os dissídios jurisprudenciais acerca de sua respectiva interpretação pudessem ser submetidos à apreciação do STJ.

Ocorre que, após a sua instituição, o STJ passou a enfrentar o mesmo empecilho que ocasionou a sua criação: um excessivo número de recursos, em detrimento da efetivação de seu papel de uniformizador da legislação federal infraconstitucional. Há, em outras palavras, um grande número de processos e uma escassez de infraestrutura para comportá-los

O excesso de trabalho dos Tribunais Superiores vem tornando, nos últimos anos, cada vez mais frequente a prática de se decidir pela inadmissibilidade dos recursos excepcionais por razões unicamente formais – as quais, de rigor, não deveriam ser consideradas óbices a que os recursos fossem decididos pelo mérito. O conjunto dessa espécie de decisões vem sendo chamado pela doutrina de jurisprudência defensiva.

Nas palavras do Ministro Humberto Gomes de Barros, ex-presidente do STJ, “para fugir do aviltante destino de transformar-se em terceira instância, o STJ adotou a jurisprudência defensiva, consistente na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos”[85].

Um exemplo clássico é o caso do carimbo borrado. Quando da vigência do CPC/1973, se o carimbo ou o protocolo do recurso especial interposto não estivessem legíveis, o recurso especial ou até mesmo o eventual agravo de instrumento não eram

[85] MEDINA, J. M. G. Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia? **Conjur**. 29 jul. 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia. Acesso em: 12 fev. 2022.

conhecidos. Conforme essa tendência, era irrelevante que o recurso especial tivesse sido admitido pela tempestividade pela presidência do Tribunal recorrido[86].

Atualmente, o principal exemplo do que constitui a jurisprudência defensiva é a má aplicação das Súmulas n. 297/STF e n. 07/STJ, as quais vedam o reexame dos fatos e das provas dos autos. A restrição de acesso à Corte Superior por meio das súmulas mencionadas é, em análise preliminar, perfeitamente condizente com a natureza e a finalidade desta modalidade recursal – e, portanto, plenamente aceitável pela boa técnica processual. Com efeito, a redação do inciso III dos arts. 102 e 105, da CF/1988, revela uma característica expressiva e relacionada aos limites da atividade do juiz no extraordinário e especial: a Corte Superior repele a revisão das questões de fato, cuja apreciação, derivada de circunstâncias intimamente relacionadas à relação singular controvertida, não possuiria o condão de repercutir em outros feitos ou servir de paradigma para a solução de casos futuros.

A partir dessa assertiva, a doutrina e a jurisprudência costumam afirmar que os limites entre a questão de fato e a questão de direito demarcam, igualmente, os limites cognitivos do STF e do STJ no âmbito do julgamento dos recursos extraordinário e especial.

Contudo, e como será aprofundado oportunamente, a doutrina majoritária entende que separar nitidamente os fatos e as normas aplicáveis ao caso concreto é uma operação complexa – senão impossível – do ponto de vista da teoria da decisão judicial. Isso porque inexiste diferença essencial, analítica ou epistemológica entre fato e direito, mas apenas diferenças “pragmáticas” relativas à alocação de competências e à dinâmica de revisão e/ou reexame.

Portanto, a aplicação irrestrita das Súmulas n. 279/STF e n. 07/STJ, sem a devida superação da (im)possibilidade de distinção entre fato e direito, tem se revelado útil para o julgador, mas extremamente prejudicial ao jurisdicionado, visto que, ao adotar expediente rigorosamente utilitarista[87], a Corte Superior obsta a análise

---

[86] WAMBIER, T. A. A; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**: (de acordo com o CPC de 2015 e Lei n. 13.256/16). 3. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 380.

[87] Ao relacionar as reflexões sobre a doutrina utilitarista e a jurisprudência defensiva dos tribunais superiores, chega-se à conclusão de que a jurisprudência defensiva trata-se de uma ferramenta utilitarista para o julgamento do maior número de processos, em um menor tempo possível, sem qualquer esforço para enfrentar o mérito do recurso. Em nome da felicidade geral dos julgadores e de toda a população brasileira, que tem a falsa impressão de possuir cortes superiores céleres e eficientes à sua disposição, nega-se o acesso à justiça, apegando-se a exacerbados formalismos. GARGARELLA, R. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 1-4.

do mérito e, como consequência disso, viola o princípio constitucional garantidor do acesso à ordem jurídica justa, gerando grave insegurança jurídica.

Nesse sentido, o art. 5º, XXXV, da CF/1988, ao prever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, consagrou como direito fundamental o acesso à justiça. Essa garantia constitucional, ao contrário do que pode fazer crer a sua denominação, não deve ser entendida como a mera possibilidade de ingresso em juízo. Não é suficiente “tão-somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário” para que se configure a sua observância.

A compreensão plena do que vem a ser o direito de acesso à justiça deve perpassar também pela ideia de efetividade processual. A jurisprudência defensiva do STF e principalmente do STJ, nesse contexto, sobressai como uma postura inconstitucional, uma vez que, ao ter como finalidade a inadmissibilidade de recursos a todo custo, não garante plenamente o acesso à justiça, atendendo unicamente à ideia da celeridade processual em uma perspectiva prática, de modo a proporcionar uma maior vazão de processos.

É nesse contexto – e, diante, principalmente, da necessidade de se estabelecer critérios mais objetivos para a admissibilidade do recurso especial – que nos propomos, nos próximos capítulos, a aprofundar a análise acerca (i) da impossibilidade de distinção entre questão de fato e questão de direito; e (ii) da exigência do prequestionamento tanto para questões predominantemente de fato como de direito como norte de aplicação das Súmulas n. 279/STF e n. 7/STJ, e seus desdobramentos jurídicos, na esperança de contribuir com o debate sobre a compatibilidade da vedação ao reexame de fatos e provas no âmbito do julgamento dos recursos extraordinário e, em especial, com a redação do inciso III dos arts. 102 e 105 da CF/1988.

3 QUESTÕES DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO

Para analisar a compatibilidade da vedação ao reexame de provas no âmbito do julgamento dos recursos extraordinário e especial com as hipóteses de cabimento desses recursos previstas no inciso III dos arts. 102 e 105 da CF/1988, é necessário abordar a distinção entre questão de fato e questão de direito.

A vedação ao reexame de questões fáticas e a atenção dada pelo STF e pelo STJ apenas a matérias jurídicas, apesar de se revelar de fácil dedução e compreensão a partir da finalidade conferida pela CF/1988 aos recursos extraordinário e especial, é de difícil aplicação prática, na medida em que distinguir questão de fato e questão de direito se revela tarefa árdua e, algumas vezes, inviável.

Este capítulo, portanto, tem por objetivo analisar as diferenças conceituais doutrinárias entre fato e direito, os possíveis critérios nos quais essa distinção se baseia, sua utilidade e repercussões na esfera jurídica, apresentar a funcionalidade da separação para o ordenamento jurídico, além de evidenciar eventuais inconsistências nessa segmentação.

Para tanto, divide-se o capítulo em três partes: (i) a primeira aborda noções históricas acerca da distinção conceitual entre questão de fato e questão de direito, a partir de sua origem, de seus fundamentos e dos critérios de classificação ontológico, da preponderância e técnico-processual; (ii) a segunda compreende a análise das questões mistas, que seriam uma terceira categoria complementar a essa divisão fato/direito, e as críticas da doutrina mais recente quanto ao tema, relativas à impossibilidade de separação dos conceitos; e (iii) a terceira trata de outros dois conceitos intrinsecamente ligados ao fato e ao direito, quais sejam prova e norma.

3.1 Noções históricas

Inicialmente, cabe esclarecer que a distinção entre fato e direito não é uma questão recente e tampouco tem raiz hermenêutica. Sua origem remete ao direito romano, essencialmente voltado a práxis, e à posterior reprodução pelas escolas jurídicas, que passaram a incorporar esses conceitos e associá-los a uma abordagem acadêmica.

Embora a preocupação quanto à cientificidade do direito tenha se tornado real apenas após o século XIX, sendo um problema eminentemente moderno[88], a aproximação entre direito romano e ciência tem uma justificativa histórica. Isso porque, a partir do século XI, ocorreu um movimento de retomada dos estudos romanos pelas universidades.

As universidades italianas do século XII, principalmente, se dedicaram ao estudo do direito romano utilizando como método de pesquisa a didática concebida pela filosofia escolástica, que era dominante à época. Conforme a metodologia de São Tomás de Aquino, os argumentos deveriam se basear na autoridade, em uma perspectiva dogmática que aproximava filosofia e religião. Até os dias atuais essa influência é percebida quanto à forma de análise jurisprudencial[89].

Entre os séculos XVII e XVIII, os movimentos do iluminismo e do racionalismo levaram à adoção de uma metodologia fundada na razão, enquanto simultaneamente centrada no direito natural. Nesse período, o direito natural teve grande influência em áreas do conhecimento como filosofia, economia e política, abandonando a perspectiva teleológica e adotando uma aparência de ciência pura, constituída pelo método matemático dedutivo[90]. Trata-se de momento com grande influência na compreensão atual do direito e da tarefa do jurista – "o alicerce do senso comum teórico do jurista"[91].

Após a Revolução Francesa, contudo, buscou-se maior estabilidade ao governo, que passou a ter como foco a lei e não mais os homens, reduzindo-se a margem para a interpretação e elevando-se a relevância dos códigos. A atuação dos juízes foi engessada e sua função limitada a encontrar na lei a resposta correta aos problemas jurídicos[92]. Defendia-se que a atividade do julgador deveria consistir essencialmente em (i) interpretar as regras jurídicas, buscando seu sentido original, (ii) qualificar os fatos relevantes, avaliando se os acontecimentos se enquadram aos conceitos normativos, em um processo de subsunção e (iii) se constatar o enquadramento dos fatos às normas, aplicar o direito, especificando os efeitos

[88] FERRAZ JUNIOR, T. S. **A ciência do direito**. Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 18.
[89] GUERRA FILHO, W. S. **A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 39.
[90] ROSS, A. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000, p. 287.
[91] COSTA, H. A. **Reexame de prova em recurso especial**: a Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 28.
[92] COSTA, H. A. **Reexame de prova em recurso especial**: a Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 28.

cabíveis. Essa definição remete a uma atividade não criativa, visto que o julgador não determina o significado da norma, apenas o identifica e esclarece suas consequências.

Posteriormente, a escola histórica do século XIX teve como contribuição evidenciar a história – a racionalidade desenvolvida até então – como fonte positiva do direito. Inicialmente, entendia-se que a própria história do Direito poderia justificar a legalidade, em detrimento de uma explicação axiológica ou jusnaturalista. Contudo, após o amadurecimento da teoria, o historicismo passou a admitir a existência do contingente, a despeito da sistemática jurídica. Na obra de Savigny, por exemplo, o sistema perde, em parte, o caráter absoluto da racionalidade lógico-dedutiva (a totalidade perfeita) que envolve o Direito. Nessa linha, "o sistema ganha, ao contrário, uma qualidade contingente, que se torna pressuposto fundamental da sua estrutura"[93].

Essa fase de reconhecimento da contingência, no entanto, é sucedida pela corrente do positivismo jurídico, que retoma o pensamento sistematizador e essencialmente racional. A partir disso, surge a vertente da jurisprudência dos conceitos, caracterizada por um entendimento "lógico-dedutivo do sistema jurídico, enquanto desdobramento de conceitos e normas abstratas, da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e acabada"[94]. Esse entendimento é revisto pela jurisprudência dos interesses, que passa a considerar a completude sistemática como dogma e a teoria das lacunas, fictícia.

De toda forma, as principais características da doutrina jurídica do século XIX dizem respeito à lógica formal e ao raciocínio subsuntivo[95]. Isso influenciou a ciência jurídica a adotar uma perspectiva de identidade, criando dualidades lógicas (direito público ou direito privado, direito real ou direito pessoal, comercial ou civil), contexto no qual eventuais incongruências seriam tratadas como exceções ou contornadas por ficções[96].

O direito era tratado, assim, como um "conjunto geral, abstrato, hierarquizado, unitário, fechado, completo, auto-suficiente e coerente de normas promulgadas pelo

---

[93] FERRAZ JUNIOR, T. S. **A ciência do direito**. Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 28.
[94] FERRAZ JUNIOR, T. S. **A ciência do direito**. Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 33-34.
[95] COSTA, H. A. **Reexame de prova em recurso especial**: a Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 31.
[96] FERRAZ JUNIOR, T. S. **A ciência do direito**. Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 36-37.

Estado"[97]. Para esse sistema, a norma jurídica teria sentido unívoco, cuja vontade caberia ao intérprete descobrir, em postura de neutralidade matemática, sem espaço para compreensão hermenêutica[98].

Inspirado na jurisprudência dos conceitos, inicia-se um processo de diferenciação relativo à concepção de que os conceitos jurídicos agrupam ideias de feição distinta. Trata-se de esforço empreendido para isolar fenômenos jurídicos com base em sua suposta essência, do qual deriva a divisão kelseniana entre a complexidade do ser e a normatividade do dever-ser[99].

Na segunda metade do século XX, surge uma vertente positivista de análise linguística e ganham importância o realismo e as escolas críticas:

> surgiram, nessa época, diversas teorias que se opunham ao positivismo e que propunham novas saídas, especialmente a partir da retórica da hermenêutica filosófica. Além disso, houve uma renovação do próprio positivismo jurídico, especialmente com o desenvolvimento de teorias ligadas à análise lingüística do direito[100].

Em um outro momento metodológico do direito processual, o instrumentalismo emerge em reação ao positivismo normativista, embora permaneça ligado à fundamentação positivista em seus conceitos[101]. Essa corrente tem viés teleológico e compreende o processo como um sistema de conceituação madura que visa conduzir a resultados práticos aspirados pela constituição, em uma releitura de conceitos positivos influenciada pelo constitucionalismo[102]. Nessa linha, Henrique Araújo Costa argumenta:

> No estado democrático de direito em que o exercício do poder é limitado, não há espaço para exercentes de funções públicas irresponsáveis. Não há lugar para tiranos. Dessa forma, o juiz não pode ser visto como o "senhor" do processo. A despeito de expedir ordens, o magistrado tem o dever de se pautar por um critério objetivo fundamental em sua conduta: a lei. Além disso, deve justificar a decisão tomada, através de motivadas razões a serem amplamente expostas a quem tiver interesse em conhecê-las. A fundamentação

---

[97] PORTANOVA, R. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Imprenta, 2003, p. 86.
[98] SILVA, O. B. D. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 17.
[99] COSTA, H. A. **Reexame de prova em recurso especial**: a Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 33.
[100] COSTA, A. A. **Introdução ao direito**. Uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. Porto Alegre: SAFE, 2001, p. 283.
[101] DINAMARCO, C. R. **Fundamentos do processo civil moderno**. v. 2. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 726-729.
[102] COSTA, H. A. **Reexame de prova em recurso especial**: a Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 34.

> das decisões judiciais é, pois, uma garantia constitucional contra o arbítrio e o abuso de autoridade[103].

O instrumentalismo difere, portanto, da ontologia, porque investiga conceitos amparados em sua funcionalidade e na consistência dos enunciados formulados a partir deles. Essa consistência não remete a um juízo sobre a verdade, mas a uma propriedade de concordância entre enunciados[104].

A despeito da opção pelo processo deformalizado e desmistificado, cuja busca conceitual deve ser conduzida de forma simples e clara, visando à estabilidade e à simplicidade do processo, a doutrina dominante com frequência associa a razão justificadora do silogismo (do encadeamento lógico da teoria) à razão justificadora da cognição das coisas tais como são[105].

Isso ocorre no âmbito da distinção entre fato e direito, que será abordada neste capítulo. Na obra de Giuseppe Chiovenda, por exemplo, firma-se a ficção de que existe uma divisão estanque entre as questões de direito (vontade abstrata da lei) e de fato (vontade concreta da lei):

> Questão de fato "consiste em verificar se existem as circunstâncias baseada nas quais deve o juiz, de acordo com a lei, considerar existentes determinados fatos concretos. A questão de direito consiste na focalização, primeiro, se a norma, a que o autor se refere, existe, como norma abstrata"[106].

Esse raciocínio remete à expressão racionalista "vontade do legislador", segundo a qual o legislador deve ser abstraído como vontade da lei[107]. Sobre a doutrina de Giuseppe Chiovenda, Ovídio Baptista ressalta:

> No texto, ficam demarcadas a natureza meramente "intelectiva", enquanto pura cognição, da função jurisdicional, e o princípio de que a atividade do juiz deve limitar-se a revelar a "vontade concreta da lei". Sua missão seria apenas verbalizar a "vontade da lei" ou a vontade do legislador. Outra passagem que merece referência é esta em que o jurista refere-se à interpretação: "o juiz *atua*, em todos os casos, a vontade de lei preexistente, e, se faz obra de especialização da lei, é tão-só no sentido de que formula, caso por caso, a vontade de lei

---

[103] NOJIRI, S. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 132.
[104] WARAT, L. A. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Imprenta, 1995, p. 25.
[105] COSTA, H. A. **Reexame de prova em recurso especial**: a Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 42.
[106] ROSAS, R. **Direito sumular**: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 119.
[107] LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkain, 1991.

> *concretizada* antes do processo". A "vontade da lei", segundo Chiovenda, já estava "concretizada" ao instaurar-se o processo. A missão do juiz seria apenas revelá-la[108].

Esse entendimento foi extremamente difundido pela doutrina, mas, posteriormente, tornou-se anacrônico. A despeito das críticas elaboradas no século XX, que denunciaram essa visão da lei como um sistema de precisão matemática e da sentença como mero prognóstico, ainda é amplamente aceito que os juízes seriam isentos, por apenas dizer a lei, e que os processos seriam instrumentos extremamente precisos para encontrar a vontade da lei[109].

Compreende-se, pois, que esse pensamento se baseia em parâmetros artificiais, na medida em que a preocupação exacerbada com a sistematização pode induzir os juristas a manipular resultados de forma inconsciente, por empenho em conceder harmonia estética à construção doutrinária[110]. Ao reduzir a realidade a conceitos, é possível produzir um distanciamento artificial entre o real e o conceitual – e isso se torna problemático na medida em que o resultado processual produz efeitos no mundo.

Verifica-se, assim, que a cultura brasileira do processo, ainda hoje, não rompeu efetivamente com a metodologia conceitual do positivismo clássico. Apesar do desenvolvimento de teorias modernas ao longo de um século, ainda é amplamente defendido o posicionamento da escola chiovendiana, segundo a qual a jurisdição tem a função de atuar pela vontade concreta da lei. É provável que essa repercussão se justifique por existir certa deferência à época em que o processo passou a ser estudado com seriedade e dedicação, como se houvesse sido alcançada uma verdade insuperável[111].

Especificamente quanto ao tema deste trabalho, verifica-se que a distinção entre questão de fato e questão de direito remete à dualidade do mundo do ser e do dever-ser proposta por Kant, que, por sua vez, tem origem no racionalismo do século XVII. Trata-se de separação ainda amplamente reconhecida pela doutrina

---

[108] SILVA, O. B. D. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 26-27.
[109] COSTA, H. A. **Reexame de prova em recurso especial**: a Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 39.
[110] PORTANOVA, R. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Imprenta, 2003, p. 58.
[111] COSTA, H. A. **Reexame de prova em recurso especial**: a Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 41.

contemporânea, a despeito da compreensão hermenêutica acerca da indissociabilidade desses elementos, conforme será discutido ao final deste capítulo.

3.2 Distinção conceitual entre questão de fato e questão de direito

Conforme exposto, o entendimento simplista estabelece que a atividade jurisdicional, nos termos da análise de Giuseppe Chiovenda, estaria relacionada ao exame das questões de direito, o qual compreenderia uma análise da norma enquanto vontade abstrata da lei, e das questões de fato, caracterizadas pela análise dos acontecimentos que trazem concretude aos ditames legais[112]. No mesmo sentido, Jeremy Bentham consagra que as questões de fato estariam relacionadas à avaliação da (in)existência de determinado acontecimento em um estipulado espaço ou tempo, ao passo que as questões de direito seriam vistas como a aplicação de determinado diploma legal ao fato individual[113].

Essas conceituações, embora tenham a sua utilidade, não são facilmente observáveis nos casos práticos, o que faz o debate sobre a separação entre questões de fato e de direito permear a ordem jurídica em sua completude, como uma dúvida coletiva aos operadores do Direito. Para alguns, o debate sobre o tema é considerado uma ideia superada. No entanto, conforme afirma Teresa Arruda Alvim, essa dicotomia raramente é feita de forma clara e precisa; em muitos casos, sequer é possível diferenciá-las, o que revela a necessidade e o anseio de parte dos juristas de ainda tratar sobre o tema[114].

Dada a importância dessa distinção, diversas correntes de pensamento se dedicaram à análise do *common law* norte-americano*,* especialmente no que diz respeito às matérias sujeitas à Corte de Apelação, buscando uma solução racional e juridicamente controlável para estabelecer o que seriam as questões de fato e as de direito. A importância dessa distinção para o *common law* remete à dicotomia de competência entre os juízes, a quem eram atribuídas as questões de direito, e os jurados, que se voltavam para a resolução das questões de fato. No entanto, a questão ganha maior importância na esfera recursal, visto que as principais

---

[112] CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 243-244.
[113] BENTHAM, J. **Tratado de las pruebas judiciales**. v. 1. Buenos Aires: EJEA,1971, p. 25-26.
[114] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 362-363.

controvérsias dizem respeito às matérias jurisdicionáveis pelas Cortes de Apelações que, nos termos da norma federal de processo civil, devem revisar apenas as questões de direito, se voltando para as questões de fato apenas quando tiverem sido interpretadas de forma manifestamente errônea[115].

Diante desse quadro, cabe uma leitura de como a distinção entre questão de fato e de direito acontece nos regimes de *common law*, por meio da análise de alguns casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Em 1996, chegou à Suprema Corte o processo *BMW of North America, Inc. v. Gore*, no qual se discutia situação de suposto excesso dos denominados danos punitivos, em aparente violação ao devido processo legal.

Para determinar se uma punição seria extremamente excessiva a ponto de violar a 14ª emenda da Constituição Americana, a Corte determinou que os Tribunais avaliassem: (i) o grau de reprovabilidade da conduta, (ii) a disparidade entre o dano atual e potencial das penas a serem aplicadas e (iii) a diferença entre a punição adotada e outras sanções cabíveis. Dessa forma, a Corte concluiu que o excesso da punição estaria diretamente relacionado à razoabilidade[116]. Posteriormente, coube à Suprema Corte decidir o caso *Gasperini v. Center for Humanities, Inc.,* no qual o Tribunal Distrital negou recurso que versava sobre indenizações compensatórias por excessividade da medida. A Suprema Corte, então, avaliou se o reexame da causa violaria, ou não, a 7ª emenda[117].

---

[115] KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 114.

[116] Do original: "*To determine whether a particular award is "grossly excessive" in violation of due process, the Court instructed trial courts to examine the following three factors: (1) the degree of reprehensibility of the conduct; 15 (2) the disparity between the actual or potential harm and the punitive-damage award; and (3) the difference between this remedy and comparable sanctions*". ALLEN, R. J.; PARDO, M. S. The myth of the law-fact distinction. **Northwestern University Law Review**, Chicago, 2003, p. 1.772. Tradução livre: "Para determinar se uma sentença é "grosseiramente excessiva" em violação ao devido processo legal, a Corte instruiu os tribunais de primeira instância a examinar os três fatores a seguir: (1) o grau de repreensibilidade da conduta; 15 (2) a disparidade entre o dano real ou potencial e a indenização punitiva; e (3) a diferença entre este remédio e sanções comparáveis".

[117] Conforme explicaram Ronald Allen e Michael Pardo, o caso Gasperini decorreu de disparidade entre o Tribunal Distrital e a Corte Federal. Do original: "*Gasperini arose out of a federal diversity case in which the district court denied a challenge to compensatory damages under a state standard for excessiveness and the federal appellate court reviewed the denial for abuse of discretion.19 The Court examined whether any review violated the Reexamination Clause of the Seventh Amendment, which controls not only the allocation of decision-making authority between judges and juries but also controls the relationship between trial and appellate courts.20 The Court held that, when the Seventh Amendment applies, challenges to excessive compensatory damages may be reviewed "as a control necessary and proper to the fair administration of justice" but only if review is limited to an abuse-of-discretion inquiry.21 In doing so, the majority relied on punitive-damage cases and the entire Court treated punitive- and compensatory damage awards as indistinguishable for purposes of the Seventh*

Referido dispositivo diz respeito à alocação da autoridade judiciária ou do júri para analisar determinadas questões, como também ao relacionamento entre as cortes distritais e os tribunais de apelação. Acerca desses princípios, a Suprema Corte definiu que o excesso na condenação ao pagamento de indenizações compensatórias poderia ser reexaminado com o intuito de avaliar a justiça das decisões. No entanto, a revisão estaria limitada à abusividade da punição[118].

As interpretações dadas pela Suprema Corte nesses dois casos geraram dúvidas sobre qual seria o padrão para que os juízes federais reexaminassem as violações constitucionais decorrentes da aplicação de sanção indenizatória em sede recursal, questão que foi retomada no caso *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*[119]. Especificamente quanto ao tema, a Leatherman Tool Group Inc. era uma empresa fabricante de ferramentas que processou sua concorrente Cooper Industries Inc. por concorrência desleal, propaganda enganosa e violação à marca registrada. O júri condenou a Cooper Industries ao pagamento de indenização calculada em cinco milhões de dólares como compensação de danos e indenizações punitivas.

Proferido o resultado do julgamento, a Cooper Industries apresentou recursos ao Tribunal Distrital alegando que a punição seria inconstitucional, os quais foram negados. Com isso, a empresa procedeu com a apresentação de recurso à Suprema Corte dos Estados Unidos, que deu razão ao Leatherman Tool Group Inc.

O posicionamento da Suprema Corte foi no sentido de que o reexame das indenizações punitivas aplicadas não envolveria questões de fato. Assim, diferente das indenizações compensatórias, envolveriam apenas questões morais. Esse entendimento traria uma visão diferente sobre a distinção entre fato e direito[120].

Amendment". ALLEN, R. J.; PARDO, M. S. The myth of the law-fact distinction. **Northwestern University Law Review**, Chicago, 2003, p. 1.773. Tradução livre: "Gasperini surgiu de um caso federal de diversidade em que o tribunal distrital negou uma contestação de danos compensatórios sob um padrão estadual por excesso e o tribunal de apelação federal revisou a negação por abuso de poder. O Tribunal examinou se alguma revisão violou a cláusula de reexame da Sétima Emenda, que controla não apenas a alocação de autoridade decisória entre juízes e júris, mas também controla a relação entre tribunais de primeira instância e de apelação “como um controle necessário e apropriado para a justa administração da justiça”, mas apenas se a revisão se limitar a uma investigação de abuso de arbítrio – prêmios de danos compensatórios como indistinguíveis para os fins da Sétima Emenda".

[118] ALLEN, R. J.; PARDO, M. S. The myth of the law-fact distinction. **Northwestern University Law Review**, Chicago, 2003, p. 1.773.

[119] ALLEN, R. J.; PARDO, M. S. The myth of the law-fact distinction. **Northwestern University Law Review**, Chicago, 2003, p. 1.773.

[120] ALLEN, R. J.; PARDO, M. S. The myth of the law-fact distinction. **Northwestern University Law Review**, Chicago, 2003, p. 1.774-1.775.

Em síntese, os casos brevemente analisados demonstram a maleabilidade dos conceitos de questões de fato e de direito no *common law*, o que permite afirmar que, mesmo diante de um bom número de estudos e de julgados, a questão ainda não foi uniformizada pelos órgãos julgadores de várias jurisdições, demonstrando, assim, patente relevância na continuidade da pesquisa.

Nas seções seguintes, abordaremos (i) conceitos gerais sobre questões de fato e questões de direito, a fim de embasar a distinção teórica a ser explorada neste capítulo; e (ii) considerações acerca da (im)possibilidade da completa diferenciação.

3.2.1 Questões de fato

Em um panorama conceitual mais amplo, a questão de fato consiste em se verificar a existência de circunstâncias a serem utilizadas pelos juízes para determinar fatos concretos. O intuito é responder aos questionamentos sobre "quem, quando, o que e onde"[121].

Nesse contexto, fato pode ser definido como acontecimento ou circunstância concreta, determinado no espaço e no tempo, que o direito objetivo considera pressuposto de um efeito jurídico[122]. Ou seja, o julgador está diante de uma questão de fato se sua atividade se passa no plano da verificação das circunstâncias com base nas quais seria possível considerar existente o suporte material necessário à aplicação do direito discutido no processo.

A apuração do fato diz respeito ao momento em que o julgador, comparando-se a um historiador, busca reconstruir uma realidade por meio de documentos, depoimentos, provas, de modo a representar como realmente as coisas aconteceram.

---

[121] ROSAS, R. **Direito sumular**: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal (incluindo as súmulas vinculantes) e do Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 119.

[122] Essa definição é de Rosenberg (ROSENBERG, L. **Tratado de derecho procesal civil**. t. II. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1955, p. 209). Segundo José Afonso da Silva, encarando os fatos sob o prisma jurídico, descobrem-se três categorias: "a) fatos jurídicos, como dimensão do Direito, integrantes do Direito (condutas jurídicas), porque suportes de valores bilaterais atributivos; b) fatos antijurídicos, ofensivos do Direito, porque albergam um sentido contrário ao Direito, ou um desvalor (condutas contrárias ao Direito); c) fatos a-jurídicos, indiferentes ao Direito, porque fora do mundo jurídico. Somente as duas primeiras categorias, em regra, podem formar uma questão de fato, objeto da apreciação do juiz". SILVA, J. A. da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963, p. 34.

Trata-se de um processo de interpretação de documentos, peneiração, combinação e recolhimento dos acontecimentos para construir o que interessa[123].

Parte da doutrina relaciona as questões de fato com o que poderia ser percebido pelo julgador por meio da experiência dos sentidos, pelos juízos sensoriais e da memória. Trata-se de uma definição falha, no entanto, uma vez que desconsidera o fato de que, com raras exceções, o julgador não presencia os fatos diretamente[124].

De toda forma, é de entendimento comum que as questões de fato se assentam na ponderação das provas, que constituem, em verdade, os fatos relevantes para o julgamento da causa. O papel retórico das provas pode ser analisado por dois pontos de vista principais, da demonstração e da persuasão[125] – tema que será melhor desenvolvido em seção específica.

3.2.2 Questão de direito

Apresentados os pontos principais relativos às questões de fato, cumpre explicar o termo questão de direito. Segundo Danilo Knijnik, a principal característica das questões de direito seria a de circundar uma indagação jurídica específica ou determinada, envolvendo uma noção predominantemente normativa[126].

No mesmo sentido, José Afonso da Silva entende que as questões de direito poderiam ser caracterizadas como dúvidas a respeito do direito apresentado como fundamento do processo[127]. Além disso, as questões de direito também se relacionam às normas jurídicas em si, a partir da aplicação a um fato individual[128].

Segundo Bernardo Pimentel Souza, “questão de direito é a controvérsia que envolve a validade, a vigência, a interpretação, enfim, a aplicação das normas que integram o ordenamento jurídico”[129].

---

[123] CALOGERO, G. **La logica del giudice e il suo controllo in cassazione**. Padova: A. Milani, 1937, p. 129.
[124] KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 163.
[125] COSTA, H. A. **Reexame de prova em recurso especial**: a Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 18.
[126] KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 192.
[127] SILVA, J. A. da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963, p. 166.
[128] COSTA, H. A. **Reexame de prova em recurso especial**: a Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 23.
[129] SOUZA. B. P. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 810.

Se a decisão que cometeu equívoco sobre questão de direito não for reparada, o dano causado não atingirá apenas as partes do caso concreto diretamente, podendo prejudicar a muitos demandantes, os quais, no futuro, terão nessa decisão, de interpretação incorreta da lei, um precedente, que tende a ser aplicado nos casos semelhantes. Segundo Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa, trata-se do "efeito paradigmático ou multiplicador"[130] da decisão. Ainda nesse sentido, Alfredo Buzaid argumenta que o erro de fato é menos danoso que o erro de direito, tendo em vista que, estando o primeiro circunscrito a determinada causa, "não transcende os seus efeitos, enquanto o erro de direito contagia os demais juízos, podendo servir de antecedente judiciário"[131].

A previsão legal das questões de direito está na CF/1988, sobretudo nos arts. 105, III, "a" e 102, III, "a", que possibilitam a apresentação de recurso especial e extraordinário contra decisão que contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência e nos casos em que viole dispositivo da própria Constituição, respectivamente.

A utilização do termo lei federal visa a gerenciar certa exclusão de quais questões de direito não deveriam ser analisadas pela Corte Superior[132]. No entanto, é importante destacar que o STF já se manifestou no sentido de que as questões de direito local poderiam ser discutidas como se de direito federal fossem, em alguns casos específicos[133] [134].

Há também controvérsia sobre as cláusulas contratuais – se seriam ou não questões de direito em si mesmas. Isso porque, segundo a Súmula n. 5/STJ, a interpretação de cláusulas contratuais não seria caracterizada como ensejadora da possibilidade de reexame pela Corte[135].

---

[130] YOSHIKAWA. E. H. D. O. Distinção entre questão de fato e questão de direito: reexame e valoração da prova no recurso especial. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 43, 2006, p. 30.

[131] BUZAID, Alfredo, 1972 *apud* YOSHIKAWA. E. H. D. O. Distinção entre questão de fato e questão de direito: reexame e valoração da prova no recurso especial. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 43, out. 2006.

[132] Com efeito, a competência para análise de eventuais ofensas a leis locais é, em regra, dos tribunais inferiores, conforme orientação da Súmula n. 280/STF.

[133] KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 193.

[134] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE n. 73.453-RJ, Rel. Min. Amaral Santos, Décima Turma, j. 19-05-1972, Public 29-06-1972.

[135] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 375.

É certo que o contrato gera uma vinculação às partes contratantes e se torna lei no âmbito daquela situação jurídica específica, definindo as obrigações, os direitos, as prerrogativas e afins. Embora a violação às cláusulas contratuais válidas possa ser comparada a uma violação ao texto normativo propriamente dito, o contrato constitui uma fonte probatória, o que afasta sua análise pelos Tribunais Superiores[136].

Abordados os conceitos mais gerais de questão de fato e direito, procede-se à análise das concepções teóricas a respeito da distinção entre fato e direito.

3.2.3 Concepções teóricas sobre a distinção entre fato e direito

Ponderadas as noções conceituais de “questão de fato” e “questão de direito”, percebe-se que diferenciá-las é tarefa complexa, senão impossível – visto que inexiste diferença essencial, analítica ou epistemológica entre fato e direito.

A doutrina, então, desenvolveu concepções teóricas sobre a distinção entre fato e direito voltadas, principalmente, às diferenças pragmáticas, relativas à alocação da competência recursal e à dinâmica de revisão – buscando soluções para a prática processual.

Nesse contexto, para distinguir questões de fato de questões de direito e, consequentemente, compreender a doutrina processual desenvolvida a partir dessa diferenciação, são expostos, a seguir, os critérios desenvolvidos por juristas ao longo dos anos.

3.2.3.1 Critério ontológico

O critério ontológico diz respeito à natureza dessas questões – o “ser” de cada uma delas. Trata-se, essencialmente, de análise baseada na natureza do objeto a que o conceito diz respeito, segundo a qual a questão de direito e a questão de fato possuem identidades distintas e excludentes.

Essa teoria utiliza a fixação de conceitos como método para distinção, relevando certas intercorrências práticas e teóricas, baseada em uma neutralidade perceptiva do julgador. Nessa linha, Horst Eberhard Henke explica:

---

[136] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 381-382.

> [o] critério diferenciador está na natureza dos conceitos que o juiz aplica em cada caso; se subsume sob um conceito jurídico, se trata de uma questão jurídica cassacionável ou, em seu caso, de uma aplicação da lei (´cabe afirmar que existiu uma relação causal adequada entre o acidente e a morte do lesionado´); se, ao contrário, se serve de um conceito natural, pré-jurídico, sua conclusão pertencerá ao campo da questão de fato ou, em seu caso, ao da constatação dos fatos (´no momento do acidente, caía uma chuva fina e não torrencial´)[137].

Inicialmente, essa proposta parece apta a solucionar grande parte das situações a serem analisadas, especificamente os casos mais simples (velocidade de um carro em um acidente e a hora do acontecimento seriam questões de fato e não de direito).

No entanto, esse critério não tem relevância prática para fins de seleção recursal, visto que (i) não se baseia em qualquer limite teórico ou prático; e (ii) não responde a situações complexas envolvendo o problema da subsunção (casos nos quais a dúvida se refere à incidência da norma aos fatos, não se tratando de questão propriamente fática ou de direito, por envolver ambas).

Apesar de amplamente utilizado, tanto no Brasil quanto nos demais sistemas, o critério lógico-conceitual se mostra retrógado, já que não permite qualquer discussão sobre a valoração jurídica e o caráter lógico das provas. Além disso, a ideia de que o contexto fático sobre o qual os juízes se debruçam seria neutro e puro também não se observa na realidade processual, considerando que a apuração dos fatos se origina da própria compreensão sensorial[138].

3.2.3.2 Critério técnico-processual

O critério técnico-processual tem como base o entendimento de que as questões de fato e de direito seriam indivisíveis do ponto de vista ontológico, buscando se caracterizar como uma alternativa às fragilidades do método lógico-conceitual.

---

[137] HENKE, H.-E. **La cuestion de hecho**: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1979.
[138] COSTA, H. A. **Reexame de prova em recurso especial**: a Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 193.

Dessa forma, diferencia as questões de fato e de direito a partir da possibilidade de reexame da matéria por meio de remédios de estrito direito, baseando-se no mecanismo processual que determina os requisitos de reanálise das questões[139].

Parte da doutrina defende essa concepção, por entender que o direcionamento dos Tribunais por meio de aspectos técnicos geraria maior previsibilidade de suas decisões. Segundo esse entendimento, as súmulas teriam a incumbência de gerar maior clareza ao cabimento dos remédios de estrito direito[140].

De forma semelhante, alguns autores defendem que a delimitação entre fato e direito seja coincidente com os limites para exercício, pelas Cortes de Cúpula, da competência extraordinária. Destacam-se as ponderações de Rodolfo de Camargo Mancuso, que sintetizam esse entendimento:

> Um dos motivos porque se tem 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; presume-se ter esta sido dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederam à tarefa da subsunção do fato à norma de regência. Se ainda nesse ponto fossem cabíveis o extraordinário e o especial, teríamos o STF e o STJ convertidos em novas instâncias ordinárias, e teríamos despojado aqueles recursos de sua característica de excepcionalidade, vocacionados que são à preservação do império do direito federal, constitucional ou comum[141].

Esse entendimento remete à vertente teleológica, segundo a qual a cassação passaria a controlar o juízo subsuntivo somente se pudesse, com isso, utilizar a oportunidade para enunciar um princípio interpretativo que contribuísse ao esclarecimento do conceito jurídico aplicado (ou não) pelo julgador[142].

Peter Kuchinke, doutrinador adepto a essa teoria, propôs, inclusive, um novo requisito de caráter finalístico para definir as matérias que poderiam ou não ser analisadas pelas Cortes de Cassação: a necessidade de que a matéria em debate

---

[139] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 363.
[140] COSTA, H. A. **Reexame de prova em recurso especial**: a Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 44.
[141] MANCUSO, R. de C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 130-131.
[142] BOVE, M. **Il sindacato della corte di cassazione**. Milano: Giuffrè, 1993, p. 41.

apresente relevância para a definição de uma norma de direito material ou de questão específica do direito processual.

Nesse contexto, definiu também que a análise de um conceito jurídico indeterminado dependeria da (ir)repetibilidade de suas características principais. Assim, observa-se que essa concepção concede discricionariedade aos Tribunais para definir o que seria passível de repetição a ponto de justificar um reexame do processo formativo da norma concreta[143].

Conforme esse critério, as Cortes de Cúpula poderiam avaliar se existiriam ou não erros de direito por meio da análise das provas produzidas nos autos e como o ajuste dessas incorreções poderia ocorrer por meio do reexame do contexto probatório.

3.2.3.3 Critério da preponderância

A terceira teoria, por sua vez, diz respeito a um critério complementar – ligado ao entendimento de que os fenômenos jurídicos seriam ao mesmo tempo questões de fato e de direito, de modo que apenas seria cabível a diferenciação da predominância de um desses fatores[144].

Uma questão seria quase somente jurídica se o foco jurisdicional for relativo a como o texto normativo deve ser interpretado, já que os fatos estariam delimitados quanto ao que e como ocorreu[145].

Com base nesse critério, o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial deveria ser realizado por meio da questão preponderantemente presente na decisão a qual se busca impugnar.

Como exemplo, citam-se julgamentos que visam definir se, uma vez comprovada a filiação entre as partes, o pagamento de alimentos seria devido a partir do momento de citação do genitor, da decisão liminar ou da sentença do caso. Apesar de o caso evidentemente envolver questões de fato e de direito, o questionamento central não diz respeito à parte fática, mas à norma a ser aplicada (questão de direito).

---

[143] KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 128-129.
[144] COSTA, H. A. **Reexame de prova em recurso especial**: a Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 45.
[145] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 364.

3.2.3.4 Critério hermenêutico

Por fim, aborda-se brevemente a perspectiva hermenêutica de diferenciação entre questões de fato e de direito. Essa concepção se baseia na proposta heideggeriana de superação da metafísica, que visa desmantelar as pré-concepções em relação ao que seriam questões de fato e de direito, em uma perspectiva de abertura e suspensão temporária de ideias pré-constituídas, que busca analisar as particularidades de cada caso[146].

Segundo esse critério, o intérprete deve buscar o desenvolvimento do processo civil por meio da observação da realidade dos casos, e não de conceitos estáticos. Nessa linha, Karinne Emanoela Goettems dos Santos explica:

> [n]o processo civil, é possível afirmar que a distinção entre questão de fato e questão de direito, como pilar do método lógico-dedutivista de aplicação da lei, é o seu fundamento mais consolidado e assim o responsável em grande parte pela atual sistemática do processo civil, não só pelo apego ao pensamento dogmático-normativista, como também por estar despreparado para atender às contingências sociais e às complexidades da vida social contemporânea[147].

Propõe-se, portanto, a superação da dicotomia entre fato e direito, de modo que as questões de direito decorreriam da revelação do sentido verdadeiro da norma, em um determinado momento e local, inexistindo conceitos prontos e finalizados, bem como projetos a serem revelados pelos intérpretes do direito[148].

Esta superação está pressuposta no critério da preponderância – motivo pelo qual o critério hermenêutico é, na verdade, um critério complementar.

---

[146] SANTOS, K. E. G. D. **A questão de fato e a questão de direito a partir de uma perspectiva hermenêutica**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, 2006.
[147] SANTOS, K. E. G. D. **A questão de fato e a questão de direito a partir de uma perspectiva hermenêutica**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, 2006, p. 227.
[148] SANTOS, K. E. G. D. **A questão de fato e a questão de direito a partir de uma perspectiva hermenêutica**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, 2006, p. 230.

3.2.3.5 Teoria do rendimento ou estrutural

Algumas teorias desenvolvidas optaram por contornar a distinção entre fato e direito, apresentando propostas baseadas em critérios de ordem prática, como é o caso da teoria do rendimento ou teoria estrutural.

De acordo com essa vertente, o debate sobre o limite da cassação deveria ser pautado na ideia do que seria estruturalmente possível, e não do que deveria ser feito. Assim, adota-se o critério prático-processual, e não o teórico-processual, em contraponto à primeira teoria abordada, proposta que pode ser assim resumida:

> são cassacionáveis todas as constatações, sejam de natureza jurídica ou fática, que o tribunal de cassação está em condições de reexaminar sem uma nova instrução probatória, e não cassacionáveis, pelo contrário, aquelas hipóteses cuja verificação requeira uma instrução nova[149].

Nesse contexto, as questões de fato também podem ser revistas pelas cortes, caso o Tribunal tenha condições estruturais para tanto. Essa argumentação, no entanto, pode gerar problemas de ordem prática, por criar incertezas sobre o que seria suficientemente maduro para julgamento, considerando a não delimitação de critérios adequados[150].

No Brasil, esse critério foi largamente utilizado, a exemplo da Súmula n. 400/STF, que ressalvava da análise da Corte Suprema os recursos extraordinários em que as leis teriam sido interpretadas de forma razoável, ainda que não fosse o melhor entendimento. Nesse caso, só seriam reexaminadas as questões que ferissem o que os ministros entendessem como razoável ou coerente[151].

Essa teoria também ganhou relevância no contexto norte-americano, como se observa no caso *Bose Corp v. Consumers Union of United States Inc.* O juiz de primeira instância reconheceu que certa declaração pejorativa contida em relatório sobre caixas de som da empresa Bose seria caracterizada como dolosa. Em

---

[149] HENKE, H.-E. **La cuestion de hecho**: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1979, p. 19.
[150] COSTA, H. A. **Reexame de prova em recurso especial**: a Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 197.
[151] COSTA, H. A. **Reexame de prova em recurso especial**: a Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 197.

apelação, o Tribunal entendeu que a manifestação não seria fruto de qualquer intuito ofensivo.

Na Suprema Corte, surgiu o questionamento sobre se a análise sobre o cunho doloso (*i.e.*, do intuito difamatório) ou não da manifestação se caracterizaria como questão de fato ou questão de direito. Parte do tribunal entendeu tratar-se de uma análise de fatos históricos; outros a caracterizaram como mera questão de fato[152].

Após examinar o halo conceitual, a Suprema Corte passou a analisar se a margem de reexame seria possível. Com base na teoria do rendimento, concluiu-se que o tribunal de revisão não deveria reexaminar a matéria, já que a decisão anterior não violava a margem de liberdade da decisão.

3.3 As questões mistas

A despeito dos diferentes critérios utilizados pela doutrina para distinguir fato e direito, conforme exposto na seção anterior, há dúvidas quanto à classificação de casos nos quais o foco da atividade do julgador diz respeito ao momento de incidência do direito (ou subsunção), à qualificação dos fatos a partir de um critério previsto em lei[153].

Isso pode ocorrer em duas situações: (i) quando não há dúvida sobre como os fatos teriam ocorrido, mas apenas sobre a regra a ser aplicada e, portanto, sobre a subsunção em si mesma ou (ii) quando há dúvidas a respeito de como os fatos ocorreram. Nos dois casos, há uma questão de direito relevante, segundo o critério ontológico, visto que a incidência da norma aos casos concretos é base essencial de todo o raciocínio jurídico envolvido, mas, para fins técnico-processuais, trata-se de questão de fato, por ser necessária a avaliação das provas.

Assim, se, por um lado, um erro sobre a incidência da norma ao mundo real pode comprometer todo o raciocínio jurídico subsequente, gerando ilegalidades e inconstitucionalidades, por outro, a classificação do problema enquanto questão de fato impediria a reavaliação do processo subsuntivo no âmbito dos recursos especial

[152] CHRISTIE, G. Judicial review of findings of facts. **Northwestern University Law Review**, n. 87, Chicago, 1992, p. 14.
[153] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 364-365.

e extraordinário, já que a ilegalidade não seria constatável pela mera leitura do acórdão impugnado[154].

Essa zona de incerteza conceitual demonstra que, embora a distinção entre fato e direito possa ter uma função metódica importante, não é suficiente enquanto teoria, por não esgotar o fenômeno. É certo que, a despeito da existência de um conjunto de situações em que há certeza acerca do (des)cabimento de revisão por recursos extraordinários *lato sensu*, a dicotomia entre fato e direito não responde todos os questionamentos, justamente por existirem diversas situações nas quais o cabimento é duvidoso[155].

3.3.1 Classificação tricotômica

Em face dessa problemática, surgiu a classificação tricotômica, que considera a existência de questões mistas (ou *mixed questions*), que seriam simultaneamente de fato e de direito. Trata-se de uma terceira categoria criada por juristas norte-americanos em face da insuficiência do raciocínio binário tradicional, adotado pelo direito norte-americano, diante de normas tipicamente vagas, como cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados[156].

Esse método não representa nova formulação, mas apenas a interseção entre os critérios anteriores. Haveria, então, uma grande variedade de formulações teóricas intermediárias voltadas para um equilíbrio entre os principais conceitos mencionados, a fim de facilitar a separação entre questão de fato e questão de direito. Nessa linha, Danilo Knijnik:

> [n]a verdade, o que as teorias intermediárias – inesgotáveis – evidenciam é a inexistência de um sistema fechado e inflexível, mas variante, cambiante, que não dá origem a um sistema teórico propriamente dito, mas a construções de natureza tópica e aproximativa, intermediárias e mistas, em função dos fracassos a que a aplicação pura e irrestrita de modelos teóricos abstratos acabou por conduzir[157].

---

[154] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 368.
[155] KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 162.
[156] COSTA, G. R. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial**: análise da função e reconstrução dogmática. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011.
[157] KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 164-165.

Na França, por exemplo, diversas teorias foram formuladas considerando o sistema misto, a exemplo da teoria das noções definidas, que foi desenvolvida ainda no século XIX. Esse método preconizava que a Corte de Cassação só poderia proceder ao reexame de algum conceito caso esse tivesse sido anteriormente definido pelo legislador. Esse marco teórico foi rapidamente superado, já que representava um parâmetro incerto e fugia à própria função dos Tribunais Superiores[158].

Nos Estados Unidos, o caso *Pullman-Standard v. Swint* levou o tribunal a definir as *mixed questions* como aquelas em que “os fatos históricos são incontroversos ou definidos, a norma legal é incontroversa, e a questão é se os fatos satisfazem o *standard* legal ou, dito de outra forma, se a norma legal, como aplicada aos fatos definidos, foi ou não violada”[159]. As questões mistas compreendem, portanto, a dúvida acerca da subsunção a um determinado conceito legal.

Essa classificação, que diz respeito a um ponto intermediário entre as teorias conceituais tradicionais expostas é essencialmente pragmática, por se basear metodologicamente no sentido teleológico e na função institucional-processual da distinção entre fato e direito[160].

Conforme exposto por Danilo Knijnik, a partir dessa definição, as cortes encontraram soluções distintas para a alocação de competência, em uma série de precedentes que podem ser agrupados em quatro orientações gerais: (i) a primeira entende que as questões mistas devem ser tratadas como questões de fato; (ii) a segunda entende que devem ser tratadas como questões de direito; (iii) a terceira não formula uma regra geral, mas defende que a análise deve ocorrer caso a caso, em um controle seletivo; e (iv) a quarta remete a um controle discricionário, em um grupo de decisões sem padrão definido[161].

---

[158] KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 135.

[159] No original: “*questions in which the historical facts are admitted or established, the rule of law is undisputed, and the issue is whether the facts satisfy the statutory standard, or to put it another way, whether the rule of law as applied to the established facts is or is not violated*” [*Pullman-Standard v. Swint,* 456 U.S. 273, 288 (1982)]. Tradução livre: "questões em que os fatos históricos são admitidos ou estabelecidos, o estado de direito é indiscutível, e a questão é se os fatos satisfazem o padrão legal, ou, dito de outra forma, se o estado de direito aplicado aos fatos estabelecidos é ou não é violado".

[160] COSTA, G. R. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial**: análise da função e reconstrução dogmática. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011, p. 186.

[161] KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 142.

3.3.1.1 Questão mista como questão de fato

A primeira teoria remete ao entendimento dos casos *Sweeney v. Board of Trustees [604 F.2d 106 (1st Cir. 1979), cert. Denied, 444 U.S. 1045 (1980)]* e *Mucha v. King* [792 *F.2d 602 (7th Cir. 1986)]*. Nesse último, a questão controvertida dizia respeito ao fato de o autor estar sob posse legal de "quadros valiosos" em determinado momento. Na ocasião, o juiz Posner defendeu a impossibilidade de reexame da matéria com base em uma perspectiva teleológica.

Em síntese, afirmou que a principal razão pela qual existe a regra de deferência, por parte da corte de apelação, quanto às conclusões de fato da corte singular, não diz respeito à falta de acesso às provas, mas à responsabilidade principal da corte de apelação de garantir a uniformidade e a coerência da lei. Se o objetivo da corte revisora é manter a uniformidade e a coerência da lei, não cabe a ela decidir sobre questões particulares não recorrentes. Isto porque, um evento singular, que não irá se repetir, não está relacionado à responsabilidade de uniformização da doutrina jurídica.

A fundamentação, portanto, não se baseia na lógica, mas na nomofilaquia[162] das cortes estaduais no âmbito do sistema norte-americano. Segundo esse raciocínio, só se deve decidir sobre provas quando o caso envolver a interpretação da lei – isto é, a função do juiz de dizer o que é a lei. Se não há esse interesse jurisdicional, também não existe justificativa para sobrecarregar o tribunal com a tarefa de decidir sobre *mixed questions*, independentemente de o tribunal dispor de acesso às provas[163].

Um dos principais defensores dessa tese, Henri Monaghan, entende que a distinção entre fato e direito é mais alocativa que ontológica e que essas categorias são utilizadas para descrever três funções do operador jurídico: identificação dos fatos, aplicação do direito e declaração do direito.

Segundo o autor, (i) a identificação do fato remete à inquirição específica do caso (o entendimento do que aconteceu e como), que independe da suficiência e da valoração legal das provas; (ii) a aplicação do direito seria uma função residual, relativa à ligação entre o *standard* legal de conduta e os fatos estabelecidos pelas

[162] Segundo Piero Calamandrei, a nomofilaquia se refere à função de aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme.
[163] MONAGHAN, H. P. Constitutional fact review. **Columbia Law Review**, v. 85, n. 2, p. 229-276, New York, mar. 1985, p. 229.

provas; e (iii) a declaração do direito diz respeito à formulação de uma proposição geral, às conclusões sobre a existência e ao conteúdo de normas legais incidentes, *standards* e princípios[164].

Henri Monaghan conclui que apenas a terceira função (aplicação do direito) deve ser considerada uma questão de direito, com a ressalva de que, quando a aplicação da lei necessitar significativamente de uma nova elaboração normativa, a função da corte de apelação seria mais precisamente definida como declaração da lei, e não aplicação da lei. Trata-se de uma visão alocativa, segundo a qual não cabe revisão se o caso não suscitar o desenvolvimento da lei. Os termos devem ser alocados, portanto, a depender do desenvolvimento do direito – não configuradas as condições expostas, a questão mista deve ser considerada fática[165].

Esse entendimento sofreu críticas, principalmente porque, se o foco é limitar as ocasiões em que os tribunais devem adotar uma revisão independente dos fatos, questionar se o caso tem por objeto a elaboração ou a aplicação da norma seria infrutífero e focaria na questão errada[166].

3.3.1.2 Questão mista como questão de direito

A segunda tese remete a uma interpretação logicista que predominou no precedente *Universal Minerais Inc. v. C. A. Hughes & Co. [669 F.2d 98 (3d Ciro 1981)]*. Nesse caso, o juiz Aldisert diferenciou os fatos em categorias, da seguinte forma: (i) fatos básicos seriam eventos históricos e narrativos derivados das provas apresentadas em julgamento e devidamente admitidos; (ii) fatos inferenciais seriam aqueles extraídos dos fatos básicos conforme a lógica e a experiência humana, sem envolver preceitos legais; e (iii) fatos decisivos constituiriam um determinado *standard* associado ao caso, enunciado pela lei ou pela jurisprudência (a exemplo de conduta negligente ou taxa razoável)[167].

---

[164] MONAGHAN, H. P. Constitutional fact review. **Columbia Law Review**, v. 85, n. 2, p. 229-276, New York, mar. 1985, p. 234.
[165] KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 145.
[166] CHRISTIE, G. Judicial review of findings of facts. **Northwestern University Law Review**, n. 87, Chicago, 1992, p. 35.
[167] LEE, E. T. Principled decision making and the proper role of the federal appellate courts: the mixed questions conflict. **Southern California Law Review**, n. 64, p. 235-291, Los Angeles, 1991, p. 242.

No âmbito dessa classificação, apenas os fatos decisivos poderiam ser revisados pelo tribunal, de modo que a operação de qualificação seria uma questão de direito. Como exemplos, citam-se os seguintes casos: a verificação da "causa provável" para justificar uma busca [*United States v. Campbell, 843 F.2d 1089 (8th Cir. 1988)*], a qualificação de acomodações fornecidas a um empregado como "razoáveis" ou não [*Carter v. Bennett, 840 F.2d 63 (D.e. Ciro 1988)*] ou a definição de uma posição defendida em determinado litígio como "substancialmente justificada" [*Blitz v. Donovan, 740 F.2d 1241 (D.C. Ciro 1984)*].

Arthur L. Goodhart, um dos principais defensores dessa teoria, descreve a existência de duas operações: percepção e valoração[168]. A percepção se refere ao estabelecimento de fatos particulares ou a dados da experiência relativos a observações diretas, enquanto a valoração remete à avaliação e à qualificação das provas em face dos conceitos legalmente previstos[169]. Essa etapa de valoração seria uma questão de direito, passível de ser reexaminada pelos tribunais.

Portanto, de acordo com essa vertente, que representa a tese dominante no Brasil, conceitos jurídicos indeterminados seriam revisáveis, desde que certos e líquidos os fatos da causa.

3.3.1.3 Controle seletivo da questão mista

O terceiro conjunto de precedentes remete à proposta de um controle seletivo, sem estabelecer uma pré-classificação de *mixed questions* como fáticas ou jurídicas. A proposta seria avaliar, no caso concreto, se a matéria é essencialmente de fato ou de direito e, a partir disso, retirar as consequências pertinentes[170].

Em *United States v. McConney [728 F.2d 1195 (9th Cir.) (en banc), cert. Denied. 469 U.S. 824 (1984)]*, a discussão principal era se o governo estaria autorizado a invadir a residência de um suspeito sem anunciar sua presença antes (se estaria liberado da *knock-notice*). No caso, o tribunal pontuou que os *standards* de revisão devem considerar preocupações relativas à administração da justiça, como

---

[168] George Christie faz distinção semelhante, em um binômio observação/reflexão. CHRISTIE, G. Judicial review of findings of facts. **Northwestern University Law Review**, n. 87, Chicago, 1992, p. 52.

[169] GOODHART, A. L. Appeals on questions of fact. **Law Quarterly Review**, v. 71, p. 402-414, Oxford, 1955, p. 405.

[170] KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.149.

eficiência, exatidão e valor aos precedentes. Assim, se uma *mixed question* requer uma análise essencialmente de fato, a questão irá favorecer a alocação da responsabilidade sob a corte de origem, com aplicação da regra *clearly erroneous*[171]. Por outro lado, se a questão requer um exercício de valoração quanto aos princípios legais, será favorecida a atribuição da responsabilidade ao tribunal de apelações e a possibilidade de revisão de forma ampla[172]. Esse entendimento se baseia no próprio funcionamento da justiça, em uma noção de eficiência e exatidão, conforme exposto acima.

3.3.1.4 Decisões sem padrão identificável

Por fim, citam-se as decisões nas quais não é possível identificar um critério de análise claro ou a definição de um padrão.

Em *United States v. Stokley, 881 F.2d 114, 116 (4th Cir. 1989)*, afirmou-se que não haveria um *standard* claro para a definição das *mixed questions*, mas uma escala progressiva, que dependeria do grau de mistura. Em *K & M Joint Venture v. Smith International Inc., 669 F.2d 1106 (6th Cir. 1982)*, discutia-se se a comunicação de uma reclamação por garantia havia sido expedida dentro de um prazo razoável, em conformidade com o Código Comercial Uniforme. A matéria foi reexaminada de forma ampla, mas a corte não esclareceu se as *mixed questions* deveriam sempre ser consideradas a partir de seus elementos fáticos e assim revisadas, ou se deveriam simplesmente ser revisadas de forma ampla[173].

Essas decisões evitam o problema central e aplicam um ou outro critério sem fornecer justificativas para tanto. Trata-se de uma corrente de importância reduzida enquanto resposta ao problema das *mixed questions*, cuja proposta seria possivelmente de exercício de juízo discricionário, em bases *ad hoc*[174].

---

[171] *Clearly erroneous* remete a uma regra ou *standard* de revisão previsto em norma federal de processo civil, 52 (a), segundo a qual um tribunal de apelação somente pode revisar questões de fato (que são da competência do jurado) se a conclusão de fato for manifestamente errônea. Por outro lado, o tribunal de apelação é livre para revisar as questões jurídicas de forma ampla.

[172] LEE, E. T. Principled decision making and the proper role of the federal appellate courts: the mixed questions conflict. **Southern California Law Review**, n. 64, p. 235-291, Los Angeles, 1991, p. 245.

[173] LEE, E. T. Principled decision making and the proper role of the federal appellate courts: the mixed questions conflict. **Southern California Law Review**, n. 64, p. 235-291, Los Angeles, 1991, p. 245-246.

[174] KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 150.

3.3.1.5 Conclusões sobre a teoria tricotômica

Em sua tese, Danilo Knijnik conclui que as questões mistas são eminentemente transitórias, estando inseridas no âmbito de uma nomofilaquia tendencial, porque, após serem apreciadas, passariam a constituir questões de direito.

Para o autor, as questões mistas, assim definidas, podem ou não ser objeto de reexame em sede de recurso especial. Não é possível outorgar resposta apriorística. A possibilidade de revisão depende da presença de certos requisitos: (i) a existência de uma dúvida objetiva sobre as margens de decisão; (ii) a possibilidade de o tribunal (especificamente, o STJ – STJ) desenvolver o direito, de fixar regras que concretizem a aplicação do direito.

Segundo Danilo Knijnik, embora não sejam legalmente necessários, são indicativos de que a matéria merece ser reexaminada quanto à repetibilidade, a transcendência ou a relevância da questão mista arguida. Nessa linha, caberia ao tribunal de revisão examinar se a questão mista seria capaz de contribuir à tipificação de uma situação que represente um desenvolvimento jurídico e jurisprudencial, compatibilizando a finalidade do STJ com os interesses concretos dos jurisdicionados. A teoria tricotômica constituiria, assim, um importante critério de admissão da revisão, evitando, ao mesmo tempo, (i) a exclusão de matérias cuja reapreciação é necessária e (ii) a inclusão de matérias que não deveriam ser reexaminadas, além de (iii) auxiliar a reduzir a instabilidade desses critérios[175].

Por um lado, a proposta é importante por reconhecer a inadequação da distinção conceitual entre fato e direito, destacando a necessidade de utilizar outros critérios para delimitar a atuação do STJ. Por outro lado, a tese não rompe com as premissas que visa a combater, reafirmando, de certa forma, a distinção entre questão de fato e questão de direito em sua conclusão. Isso porque o autor acaba segmentando, no plano ontológico, fato e direito para inserir uma categoria híbrida (as *mixed questions*), se posicionando entre as teorias conceituais tradicionais (ontológicas) e as teorias que rompem abertamente com essa posição, considerando apenas os critérios teleológico e institucional-processual.

Ao adotar uma solução inspirada na doutrina norte-americana, a teoria proposta pelo autor concede tratamento idêntico às questões de direito e às questões mistas,

---

[175] KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 269-270.

a mesma consequência procedimental às duas categorias. O que se propõe, em verdade, são opções por procedimentalidade – a admissibilidade ou a vedação do conhecimento do recurso. A despeito de buscar previsibilidade, em um padrão racional que visa reduzir a complexidade dessa questão a fórmulas, métodos ou súmulas, a proposta de Danilo Knijnik minimiza os efeitos da distinção entre fato e direito sem, contudo, apresentar um método acadêmico capaz de responder ao problema conceitual[176].

Questiona-se ainda o resultado da teoria tricotômica quanto à função dos Tribunais Superiores. Admitindo-se possível uma questão mista se tornar uma questão de direito após ser apreciada em sede de recurso especial, essa concretização sucessiva de normas vagas poderia ampliar o número de questões jurídicas, as quais passariam a ser de apreciação obrigatória pelas cortes superiores ante a ausência de um filtro adequado. Dessa forma, não haveria propriamente uma canalização do foco de atuação do STJ para questões mais relevantes e para a produção de precedentes, mas possivelmente uma ocupação do tribunal com um controle retrospectivo sobre um número de questões já resolvidas, agravando a crise funcional[177].

Nesse sentido, ao fixar um critério complementar destinado a lidar apenas com casos problemáticos, Danilo Knijnik não enfrenta o problema relativo à segmentação entre fato e direito em si e deixa em segundo plano as análises de generalidade, repetibilidade e afins, relativas à perspectiva teleológica e à função institucional do órgão judiciário[178].

3.4 Conceitos relevantes relacionados ao tema

A compreensão da questão de fato e da questão de direito – e, principalmente, da (im)possibilidade de distinção entre ambas – perpassa, necessariamente, pela

[176] COSTA, H. A. **Reexame de prova em recurso especial**: a Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 61.
[177] COSTA, G. R. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial**: análise da função e reconstrução dogmática. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011, p. 187.
[178] COSTA, G. R. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial**: análise da função e reconstrução dogmática. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011, p. 186.

análise de outros dois conceitos, (i) prova e (ii) norma, sobre os quais teceremos considerações relevantes nas seções seguintes.

3.4.1 Fato e prova

Fazer ponderações acerca da prova é de suma importância para o presente estudo, em função da redação das Súmulas n. 279/STF[179] e n. 07/STJ[180], que vedam expressamente o cabimento do recurso extraordinário e especial nos casos que ensejam o simples reexame de provas.

Durante os séculos XII e XV, o conceito de prova estabelecido visava evitar erros ligados à própria falibilidade humana. Na modernidade, considerando uma perspectiva cientificista e positivista, a ideia de prova está relacionada ao conhecimento integral do fato em sua visão fenomênica, o que seria possível por meio da utilização dos sentidos em conjunto com a razão[181].

Em teoria, as provas realizariam a reconstrução dos fatos, situando-se em uma zona intermediária entre o processo e o direito. Dessa forma, a atividade probatória estaria ligada à demonstração, motivo pelo qual se entende que o fato necessita da prova para ser aferido[182].

Ou seja, no rigor da linguagem, os conceitos de fato e prova não se confundem, embora a jurisprudência, muitas vezes, os utilize indistintamente. Isso se dá em função da íntima ligação entre fato e prova, na medida em que, em seu sentido jurídico, a prova é compreendida como o instrumento utilizado pelas partes para demonstrar a veracidade dos fatos alegados (sentido objetivo) e como fundamento do qual se vale o julgador para proferir a sentença e decidir questões incidentes (sentido subjetivo).

Segundo Gleydson Kleber Lopes de Oliveira: “A questão de fato assenta-se necessariamente na avaliação da prova, cujo objeto são os fatos relevantes”[183].

---

[179] Súmula n. 279/STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.
[180] Súmula n. 07/STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.
[181] KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 164-165.
[182] COSTA, H. A. **Reexame de prova em recurso especial**: a Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 19.
[183] OLIVEIRA, G. K. L. de. **Recurso especial**. São Paulo: RT, 2002.

A prova consiste em (i) atividade, enquanto reflexo do contraditório, (ii) resultado, como entendimento do juiz e (iii) meio por amparar a convicção do que se apresenta[184].

Em seu aspecto objetivo, a prova consiste no conjunto de recursos aptos a produzirem uma certeza jurídica, evidenciando os entendimentos mais relevantes para o processo[185]. É o mecanismo de reconstrução do fato defendido pela parte[186] – sagrando-se vencedora da lide, aquela que conseguir, de forma mais adequada, comprovar que o alegado por ela corresponde ao efetivamente ocorrido. Em outras palavras, a sentença favorece, na maioria das vezes, aquele que melhor reconstrói o fato, que melhor prova o fato. No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco afirma que "prova é a demonstração da veracidade de uma alegação quanto aos fatos relevantes para julgamento"[187].

Havendo controvérsia sobre a ocorrência ou não de um fato, surge a necessidade de prova (salvo nas hipóteses de fato notório ou de presunção legal de veracidade), pois que o fato está sendo afirmado por uma parte e negado pela outra.

Sob o aspecto subjetivo, por sua vez, a prova é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou não dos fatos alegados no processo[188]. Sob este enfoque, as provas seriam caracterizadas pela própria convicção jurídica acerca da subsistência ou não dos fatos alegados, na visão do julgador da demanda. A partir disso, entende-se que a produção probatória está ligada à necessidade de apresentação de uma narrativa fundamentada com argumentos plausíveis.

De uma forma ou de outra, podemos afirmar que o conceito de prova está intimamente ligado à necessidade de fundamentação da sentença, ou ao menos a uma fundamentação plausível dela, de modo que o tomado por verdadeiro dentro do processo seja realmente persuasivo e motivador da convicção do magistrado.

---

[184] ALVIM, T. A. **Embargos de declaração**: como se motiva uma decisão judicial? 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 139.
[185] LOPES, J. B. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 2007, p. 26.
[186] Segundo João Batista Lopes, "sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo". LOPES, J. B. **A prova do direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 26.
[187] Cândido Rangel Dinamarco *apud* YOSHIKAWA. E. H. D. O. Distinção entre questão de fato e questão de direito: reexame e valoração da prova no recurso especial. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 43, out. 2006.
[188] LOPES, J. B. **A prova do direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 26.

Por fim, destacamos que na redação das Súmulas n. 279/STF e n. 07/STJ, apesar de haver referência à prova, não há definição clara do conceito – o que nos leva a crer que a noção apresentada no normativo adota a ideia clássica de distinção entre fato e direito, a qual pretendemos demonstrar no curso deste trabalho estar equivocada.

3.4.1.1 Qualificação jurídica dos fatos

Nesta parte, teceremos considerações acerca da qualificação jurídica do fato – cuja compreensão é essencial ao tema desenvolvido no presente trabalho.

A qualificação é a determinação da natureza de uma relação de direito com o objetivo de classificá-la numa das categorias jurídicas existentes – a comparação entre uma definição jurídica e um caso concreto. A qualificação, para François Terré possui papel análogo àquele que os filósofos conferem à linguagem[189]. E vai mais além, ao considerar as qualificações jurídicas a verdadeira *grammaire du droit*, para concluir que o aperfeiçoamento e a precisão das qualificações significam um imenso progresso para o Direito[190].

Tradicionalmente, as normas jurídicas são elaboradas de forma propositiva, contendo uma previsão genérica que não é uma situação de fato real, mas uma situação de fato representada como possível. Se essa previsão se realizar em uma situação concreta de fato, vigora a consequência jurídica, prevista genericamente na norma. Assim, cada situação concreta corresponde à previsão da norma, gerando aquela determinada consequência jurídica. Desta forma, segundo o pensamento jurídico tradicional, ainda dominante, para sabermos se o fato concreto está ou não previsto, deve-se realizar uma operação de subsunção do fato concreto à hipótese abstrata da norma[191].

Nesse contexto, o magistrado analisa a situação concreta, de fato e, posteriormente, determina se a situação é ou não disciplinada juridicamente e, se for, qual a regra jurídica aplicável. Nessa segunda operação, a situação concreta não é

---

[189] TERRÉ, François. **L'Influence de la volonté individuelle sur les qualifications**. Paris: LGDJ, 1957, p. 570.
[190] TERRÉ, François. **L'Influence de la volonté individuelle sur les qualifications**. Paris: LGDJ, 1957, p. 569.
[191] BERCOVICI, Gilberto. **Considerações sobre a qualificação jurídica**. Pensar, Fortaleza, p. 62-68, abr. 2007 (edição especial).

mais examinada isoladamente, mas em face do Direito, submetendo-se à qualificação jurídica, também denominada por Vicente Ráo, diagnóstico jurídico[192].

Em outras palavras, a qualificação jurídica do fato sempre ocorre em momento posterior à sua fixação – o juiz primeiro decide qual versão dos fatos deve prevalecer para, em seguida, inseri-la em uma categoria jurídico-substancial adequada. Nessa segunda etapa, eventual erro de julgamento é sempre de direito, porque o enquadramento do fato em uma norma jurídica pressupõe necessariamente a sua interpretação. Interpretá-la significa determinar o seu sentido e o seu alcance, a sua compreensão e a sua extensão, e alargar a sua abrangência quando o acontecimento não se encaixa na previsão legal – ou estreitá-la quando se encaixa – é, portanto, aplicar equivocadamente a norma[193].

Portanto, viola a lei, por exemplo, o órgão judicial que entende estar provada a entrega definitiva de bem ao requerido, mediante pagamento de um preço, mas qualifica tal fato como doação. Essa é uma questão tipicamente de direito, pois não se está mais a investigar se o fato ocorreu ou não, nem como e quando ele teria acontecido, mas se tal acontecimento fático (entrega definitiva do bem mediante pagamento) foi enquadrado corretamente em um conceito legal (no caso, compra e venda – Código Civil, art. 481)[194].

Todavia, essas ideias não foram sempre bem concebidas. O Tribunal de Cassação da França, quando foi criado, não revisava erros na qualificação jurídica da matéria de fato. Isso porque entendia não ser esse vício tão prejudicial à jurisprudência, na medida em que o enquadramento legal do fato configuraria simples questão de direito "especial", porque situada na premissa menor do silogismo

---

[192] TERRÉ, François. **L'Influence de la volonté individuelle sur les qualifications**. Paris: LGDJ, 1957, p. 569.

[193] No mesmo sentido, Gabriel Marty ensina que a qualificação jurídica do fato é *quaestio iuris*, porque para "*l'identification d'une certaine situation de fait avec une notion légale, toute qualification entraîne indirectement une définition de cette notion*". MARTY, G. **La distinction du fait et du droit**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Montpellier, França, 2014, p. 205. Tradução livre: "a identificação de uma determinada situação fática com uma noção jurídica, qualquer qualificação implica indiretamente uma definição dessa noção".

[194] Em sentido semelhante, MATOS PEIXOTO, J. C. **Recurso extraordinário**. Rio de Janeiro: Imprenta/Freitas Bastos, 1935, cap. XIII, p. 259. Na jurisprudência: "A revalorização da prova não cuida, portanto, de nova análise da prova, mas de qualificação jurídica do fato registrado no acórdão, matéria de competência das Cortes Superiores. O princípio da Súmula 7 empresta, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Corte Especial, ED no REsp 134.108-AgRg, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 2-6-1999, negaram provimento, DJe 16-8-1999.

judicial[195], diferentemente das chamadas questões de direito “gerais”, relativas à interpretação *in thesis* de uma norma jurídica[196]. Entretanto, com a reforma de 1837, o Tribunal Francês passou a admitir a cassação por erro no enquadramento legal do fato, o que representou evolução condizente com a natureza do instituto, tanto no que tange à nomofilaquia quanto no que diz respeito à uniformização jurisprudencial[197].

É que o vício na qualificação jurídica do fato é tão prejudicial quanto qualquer outro erro de direito, porquanto propaga um entendimento incorreto acerca do âmbito de incidência da legislação, motivo pelo qual o seu controle é indispensável às funções institucionais dos tribunais de superposição[198].

Percebemos, assim, que, a fim de viabilizar a revisão da qualificação jurídica do fato pelas instâncias excepcionais, o recorrente não pode simplesmente impugnar a solução do ponto fático, mas deve dirigir o seu inconformismo unicamente contra o seu enquadramento legal – encaixando a questão na hipótese constitucional de cabimento dos recursos excepcionais.

No que se refere à admissibilidade do recurso, importa apenas a discussão nele contida, e não o conteúdo do artigo controvertido. Essa é a razão pela qual a afirmação de que o acórdão recorrido formou a sua convicção com base nas provas

---

[195] Piero Calamendrei relacionou os vícios de juízo com a concepção silogística da decisão judicial. CALAMANDREI, P.; FURNO, C. **Cassazione civile**. Novissimo digesto italiano. v. II. Torino: UTET, 1958, p. 167.

[196] Nas palavras do jurista italiano, o vício na premissa maior do silogismo consiste em “*errore sulla esistenza o sulla validità, nel tempo e nello spazio, di una norma giuridica (cosid. ‘violazione di legge’ stricto sensu)” ou em “errore sul significato di una norma giuridica (cosid. ‘falsa interpretazione di legge’)”; ao passo que o vício na premissa menor consiste em “errore sul rapporto che passa tra la fattispecie di una norma giuridica e la fattispecie concreta: cosid. ‘falsa applicazione di legge’”*. Tradução livre: "erro sobre a existência ou validade, no tempo e no espaço, de uma norma jurídica (a chamada 'violação da lei' *stricto sensu*) erro "ou em" sobre o significado de uma norma jurídica (a chamada 'falsa interpretação da lei') "; ao passo que o vício na premissa consiste em “erro na relação entre a norma jurídica e o caso concreto: falso cumprimento da lei"'. CALAMANDREI, P.; FURNO, C. **Cassazione civile**. Novissimo digesto italiano. v. II. Torino: UTET, 1958, p. 85-86.

[197] CALAMANDREI, P.; FURNO, C. **Cassazione civile**. Novissimo digesto italiano. v. II. Torino: UTET, 1958, p. 86; HITTERS, J. C. **Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación**, n. 2, 2. ed. La Plata: Platense, 1998, p. 33-37.

[198] “*la función del Tribunal de Casación no se agota en la tarea nomofiláctica, sino que además cumple la misión uniformadora y ésta no se puede llevar a cabo cabalmente si el último juzgador carece de la potestad de calificar los hechos*”. Tradução livre: "a função do Tribunal de Cassação não se esgota na tarefa nomofilática, mas também cumpre a missão unificadora que não pode ser plenamente realizada se o último juiz não tiver o poder de qualificar os fatos". HITTERS, J. C. **Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación**, n. 2, 2. ed. La Plata: Platense, 1998, p. 402. Mais precisamente, afirma Piero Calamandrei que a revisão da qualificação jurídica do fato é importante também para a nomofilaquia, pois esta reclama a intervenção do órgão de superposição sempre que haja violação à lei. CALAMANDREI, P.; FURNO, C. **Cassazione civile**. Novissimo digesto italiano. v. II. Torino: UTET, 1958, p. 85-86. Ainda em sentido semelhante: MEDINA, J. M. G. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 137-138.

e circunstâncias fáticas próprias do caso *sub judice* não pode servir como justificativa para obstar o conhecimento de recurso extraordinário ou especial. Aliás, o natural é que a decisão tenha mesmo se formado a partir das provas e circunstâncias fáticas dos autos.

Em síntese, para um recurso de direito estrito ser conhecido, basta que ele tenha impugnado a solução de alguma questão de direito, evidentemente se preenchidos os demais requisitos de admissibilidade.

O problema da qualificação jurídica dos fatos parte de uma 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. Naturalmente, quando colocada dessa maneira, a questão deve ser considerada como de direito.

Se prevalecer o entendimento que a aplicação de consequências jurídicas é questão predominantemente de direito (lembre-se que 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.

Os recursos extraordinário e especial são, pois, meios adequados de controle da subsunção dos fatos à norma jurídica[199], afinal "todo problema de qualificação é questão de direito"[200]. Mas, para tanto, o tribunal de superposição deve considerá-los tais como fixados no acórdão do tribunal local[201], sendo irrelevantes as conclusões

---

[199] Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, "a inadequação do processo subsuntivo ocorre ou pode ser verificada a partir de dados constantes da própria decisão impugnada, ou seja, quando a instância ordinária descreve um fato e o qualifica erradamente no próprio acórdão de que se recorreu, e este 'encaixe' é impugnado pelo recorrente [...], estar-se-á diante de questão que, tanto do ponto de vista ontológico quanto do ponto de vista técnico se consubstancia em questão de direito". WAMBIER, T. A. A. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *In*: **Ajuris**, ano XXV, n. 74, nov. 1998, p. 261.

[200] A frase entre aspas foi extraída e traduzida do seguinte trecho da clássica monografia de Gabriel Marty: "*les auteurs les plus récents s'accordent pour répondre que tout problème de qualification est question de droit et que sa solution par les juges du fond doit être contrôlée par la Cour suprême*". MARTY, G. **La distinction du fait et du droit**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Montpellier, França, 2014, p. 204. Tradução livre: "os autores mais recentes concordam em responder que qualquer problema de qualificação é uma questão de direito e que sua solução pelos julgadores deve ser controlada pelo Supremo Tribunal Federal".

[201] Na opinião do jurista argentino, entretanto, a fixação dos fatos pode excepcionalmente dar ensejo à cassação em casos absurdos ou arbitrários. HITTERS, J. C. **Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación**, n. 2, 2. ed. La Plata: Platense, 1998.

constantes única e exclusivamente de votos vencidos[202]. Em vista disso, quanto mais detalhada e melhor resolvida estiver a base fática no aresto recorrido, mais condições terá o tribunal *ad quem* de realizar a tarefa de interpretar a norma jurídica, principalmente se esta for do tipo aberta – o que será melhor abordado nos capítulos seguintes.

3.4.1.1.1 Consequência jurídica do fato

Atribuída aos fatos a correta qualificação legal, ainda não se pode afirmar que a decisão resolveu adequadamente todas as *quaestiones iuris*, pois resta verificar se o julgador acertou na determinação da consequência jurídica dos fatos provados e inseridos em um instituto jurídico-substancial. Nesse caso, eventual vício na decisão ocorreria em um momento lógico posterior ao da qualificação jurídica da questão predominantemente fática, já que ele decorreria da atribuição de efeito não previsto pelo ordenamento àquela categoria em que foram inseridos os fatos já fixados[203].

Um exemplo pode auxiliar no esclarecimento deste ponto.

Suponhamos que tribunal local reconheceu que a conduta dos vereadores demandados – conivência com o recebimento de salários por empregados de seus gabinetes que não compareciam ao trabalho – configurou improbidade administrativa. Fixou, assim, os fatos e os qualificou juridicamente. Em seguida, ao aplicar as penas previstas na lei, impôs aos requeridos a sanção pecuniária, mas deixou de cominar a suspensão dos respectivos direitos políticos, incidindo em *error iuris*.

Como se percebe, mesmo quando a qualificação jurídica dos fatos provados está correta (os fatos configuram coação), a consequência jurídica pode estar equivocada (o negócio jurídico celebrado não é anulável). Trata-se, na expressão de Luís Eulálio Bueno Vidigal, de "erro na determinação do efeito jurídico"[204] de fato certo,

---

[202] Por razões, de certa forma, semelhantes, "a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento" (Súmula n. 320/STJ).

[203] WAMBIER, T. A. A. Recurso especial e ações de família. **Revista de Processo**, v. 176, ano 34, out. 2009, p. 38; GRINOVER, A. P. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. **Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, v. 17, n. 50, p. 5-20, nov., 1990, p. 18-20; BARIONI, R. **Recursos extraordinário e especial em ação rescisória**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007, p. 256-257.

[204] VIDIGAL, L. E. B. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VI. 2. ed. São Paulo: RT, 1976, p. 117-120.

soberanamente reconhecido pelo tribunal de origem, e já inserido em uma categoria jurídico substancial adequada.

3.4.1.2 Reexame e revaloração de provas

Compreendida a ausência de identidade entre fato e prova, é importante diferenciar, também, reexame e revaloração de provas – separação relacionada à distinção entre questão de fato e questão de direito quando das atividades das cortes.

Como já demonstrado nesse estudo, o STF e o STJ possuem funções distintas das cortes ordinárias. A eles, compete manter o império e a unidade do direito constitucional e federal. Desta maneira, os recursos excepcionais não configuram mais uma via recursal, mas o remédio político-constitucional que permite às Cortes Superiores guardarem a CF/1988 e a legislação infraconstitucional. Esses Tribunais têm como função principal tutelar a ordem jurídica, e não devem se preocupar com o interesse particular das partes posto em causa[205].

Por não se equiparar a um Tribunal de Justiça, conforme sustentado por José Guilherme Vilela, na revisão extraordinária "não se reaprecia a matéria de fato ou prova, mesmo que o tribunal local não a tenha examinado com a devida correção"[206].

Assim, uma das características da dinâmica de julgamento dos recursos excepcionais é a impossibilidade de desconstituir premissas fáticas estabelecidas pelas instâncias ordinárias para verificar a aplicação do direito. Dessa forma, a alegação da violação à lei ou à Constituição e a demonstração das demais hipóteses de cabimento deve ocorrer considerando o quadro fático da decisão recorrida. Se, para análise das razões recursais for necessário adotar premissa fática diversa daquela adotada no acórdão recorrido, o recurso excepcional não deverá ser conhecido.

Seguindo a linha acima, o STF editou a Súmula n. 297/STF ("Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário") e o STJ editou a Súmula n. 07/STJ ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial") –

---

[205] NERY JUNIOR, N. Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinários e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie. BRASIL. STF 456 e RISTJ 257. *In*: MEDINA, J. M. G. *et al*. (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2008, p. 967.

[206] VILLELA, J. G. Recurso extraordinário. **Revista de Processo**, v. 41. São Paulo, jan.-mar. 1986.

ambas prevendo o não cabimento dos recursos excepcionais nas hipóteses de simples reexame de provas.

Desta forma, como concluímos em estudo anterior,

> não se admite pleitear no âmbito dos recursos extraordinário e especial a verificação se determinado fato registrado no acórdão ocorreu ou não, assim como não se admite pleitear a verificação de que o fato registrado no acórdão recorrido se revela incompatível com determinada prova dos autos, uma vez que tal pleito consistiria em reexame de provas[207].

Apesar de a análise dessas considerações se revelar, à primeira vista, facilmente compreensível, enfrentar a questão no plano prático desperta complicações, na medida em que distinguir a questão de fato da questão de direito é tarefa árdua. Como vimos, em muitos casos, a questão de fato se confunde com a questão de direito.

À vista disso, a jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros criou a distinção entre reexame e revaloração de fatos e provas – estabelecendo que a revaloração poderia ser realizada no reexame de recursos direcionados às Cortes de Cúpula, enquanto o mero reexame das provas não seria cabível. Sobre o tema, observa Teresa Arruda Alvim:

> 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[208].

A mesma distinção já feita entre questão de fato e questão de direito dá lugar à distinção entre reexame e revaloração da prova. Novamente, destaca-se a dificuldade encontrada por doutrinadores e tribunais em conceituar reexame de prova, como aponta Luiz Guilherme Marinoni[209]:

---

[207] RANÑA, L. F. **Ordem pública nos recursos extraordinário e especial**: observância do devido processo legal. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018, p. 130.
[208] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 354.
[209] MARINONI, L. G. Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, v. 53, n. 330, p. 17-33, abr. 2005, p. 128-145.

> O conceito de reexame de prova deve ser atrelado ao de convicção, pois o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame de prova, é a formação de nova convicção sobre os fatos. Não se quer, em outras palavras, que os recursos extraordinário e especial viabilizem um juízo que resulte da análise dos fatos a partir das provas.
> Acontece que esse juízo não se confunde com aquele que diz respeito à valoração dos critérios jurídicos respeitantes à utilização da prova e à formação da convicção. É preciso distinguir reexame de prova de aferição: i) da licitude da prova; ii) da qualidade da prova necessária para a validade do ato jurídico ou iii) para o uso de certo procedimento, iv) do objeto da convicção, v) da convicção suficiente diante da lei processual e vi) do direito material; vii) do ônus da prova; viii) da idoneidade das regras de experiência e das presunções, ix) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiaram os raciocínios presuntivo, probatório e decisório.

Quando o órgão julgador considera os elementos probatórios existentes nos autos para formar seu entendimento a respeito da ocorrência ou não de um determinado fato, concordando com a decisão proferida pelo órgão *a quo* ou dela divergindo, vislumbra-se a figura do reexame de provas. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni ensina:

> Note-se que o que se veda, mediante a proibição do reexame de provas, é a possibilidade de se analisar se o tribunal recorrido apreciou adequadamente a prova para formar a sua convicção sobre os fatos. Assim, por exemplo, é proibido voltar a analisar as provas que convenceram o tribunal de origem sobre a presença de culpa[210].

O reexame da prova é tido como o exame mais minucioso, atento e vagaroso das provas constantes dos autos[211], que depende de detida e individual reanálise das provas contidas nos autos, o que não é permitido ao STJ ou ao STF em sede de recurso excepcional, conforme demonstram as ementas abaixo:

> PROCESSUAL CIVIL. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. REEXAME DE PROVAS E FATOS. SÚMULA 7 DO STJ. PRESCRIÇÃO. ART. 174 DO CTN. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. Para analisar a capacidade postulatória, o Tribunal de origem utilizou os aspectos fáticos delineados nos autos, de sorte que a alteração do entendimento adotado na instância de origem, como requer a ora agravante,

[210] MARINONI, L. G. Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, v. 53, n. 330, p. 17-33, abr. 2005, p. 128-145.
[211] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 359-360.

> demanda reexame do contexto fático-probatório, o que faz incidir, na espécie, o enunciado da Súmula 7 do STJ. O Tribunal *a quo* decidiu que a demora no processamento do feito não se deu por morosidade do Poder Judiciário. Rever tal entendimento implica, como regra, reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ. 3. Agravo Regimental não provido (BRASIL. Superior Tribunal de justiça. Segunda Turma, AgRg no AREsp 672.899/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 20-08-2015, DJe 10-02-2016).

> EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Processual Civil. Intervenção do Ministério Público. Admissão como assistente simples. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. Na hipótese em disputa nos autos, é inviável chegar-se a conclusão diversa daquela da instância de origem para o acolhimento da pretensão deduzida pelo recorrente sem detida análise dos fatos e das provas dos autos, bem como da legislação infraconstitucional utilizada na fundamentação do acórdão recorrido. 2. Como se sabe, não se presta o recurso extraordinário para a análise da legislação infraconstitucional ou para o reexame do conjunto fático-probatório da causa (Súmula n. 279/STF). 3. Agravo regimental não provido (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE: 1291779 ES 0009306-88.2006.4.02.0000, Rel. Dias Toffoli, j. 23-08-2021, Primeira Turma, Public. 20-10-2021).

Na valoração, segundo Yoshikawa, o órgão *ad quem* avalia “se o órgão da instância inferior poderia ter formado o seu convencimento a respeito dos fatos de determinado modo, ou seja, se o meio de prova era admitido pelo Direito e se alguma norma jurídica predeterminava o valor que a prova poderia ter"[212].

A revaloração das provas tem sido admitida predominantemente quando é desobedecida norma que determina o valor que a prova pode ter em função do caso concreto[213]. Com efeito, o STJ tem importantes decisões[214] admitindo o recurso especial quando seu objetivo é revalorar a prova, entendendo a Corte que nesse caso não há violação à Súmula n. 07/STJ. Para ilustrar esse entendimento, colaciona-se o voto do Ministro Marco Buzzi no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.036.178/SP:

---

[212] YOSHIKAWA. E. H. D. O. Distinção entre questão de fato e questão de direito: reexame e valoração da prova no recurso especial. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 43, out. 2006, p. 35.

[213] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 357.

[214] No mesmo sentido: BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 856.706/AC, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. acórdão Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 6-5-2010, DJe 28-06-2010; BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1104096/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 20-10-2009, DJe 16-11-2009.

> Com efeito, em razão do referido enunciado sumular desta Corte Superior, mostra-se inviável, no âmbito do recurso especial, reexaminar os fatos e provas dos autos, ou seja, promover uma reincursão no acervo fático probatório mediante a análise detalhada de documentos, testemunhos, contratos, perícias, dentre outros. Assim, no apelo extremo não se pode examinar mera *quaestio facti* ou *error facti in iudicando*.
> Todavia, o *error in judicando* (inclusive, o proveniente de equívoco na valoração das provas) e o *error in procedendo* podem ser objeto do recurso especial.
> Na hipótese, promoveu-se a revaloração da prova e dos dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido, o que não implica no vedado reexame do material de conhecimento.
> A revaloração da prova constitui em atribuir o devido valor jurídico a fato incontroverso sobejamente reconhecido nas instâncias ordinárias, prática francamente aceita em sede de recurso especial, como bem observou o Ministro Felix Fischer: a revaloração da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 683702/RS, Quinta Turma, j. 01-03-2005).

Com efeito, a jurisprudência das Cortes Superiores entende que a revaloração de provas não se equipara ao reexame fático-probatório, logo, não fere o disposto na Súmula n. 07/STJ:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATIVIDADE ESPECIAL. VIGILANTE. COMPROVAÇÃO DE EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. REVALORAÇÃO DE PROVAS. QUESTÕES INCONTROVERSAS. POSSIBILIDADE. 1. A revaloração das provas pelo STJ não fere o disposto na Súmula 7/STJ, visto que esta não se equipara ao reexame do contexto probatório. 2. Não houve revisão do conjunto fático dos autos, uma vez que a revaloração foi feita em decorrência de fatos incontroversos nos autos, julgados pelas instâncias ordinárias. 3. Agravo interno não provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp: 804345 SP 2015/0270872-4, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 06-12-2016, Primeira Turma, Public. 02/02/2017).

> EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Deserção. Artigo 511 do Código de Processo Civil. Revaloração da prova pelo Colendo STJ. Reenquadramento jurídico dos fatos. Possibilidade. Certidão cartorária. Negativa de fé pública. Não ocorrência. 1. A revaloração da prova e o reenquadramento jurídico dos fatos não se confundem com o revolvimento de suporte fático-probatório, sendo plenamente franqueados aos tribunais superiores. Precedentes do STF. 2. Não viola o art. 93, inciso XIV, da CF a decisão do STJ que, a par do conteúdo da certidão cartorária, reconhece a deserção de recurso com base em interpretação de dispositivo do Código de Processo Civil. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

> (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 820433 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 17-03-2016, Acórdão Eletrônico, Divulg 27-05-2016, Public 30-05-2016).

Ou seja, a revaloração é permitida em caso de violação ao texto normativo que determina o valor a ser atribuído às provas na análise dos casos concretos submetidos a julgamento. Já o reexame da prova diz respeito à possibilidade de os Tribunais Superiores realizarem um exame mais minucioso e atento do acervo probatório do caso, avaliando as provas individualmente, a fim de compreender se a subsunção constante da decisão teria sido equivocada[215].

Percebe-se a diferença pelo seguinte raciocínio: se houver 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[216].

O reexame difere da revaloração na medida em que esta última não pretende questionar se determinado fato ocorreu ou não, mas sim ao modo como deve ser valorado juridicamente[217].

A distinção entre reexame e valoração da matéria fático-probatória decorre, na verdade, da liberdade do magistrado para julgar, sem olvidar-se que a lei lhe impõe certos limites. A não observância a essas restrições legais configura violação à legislação, ou seja, trata-se de questão de direito, portanto, passível de ser apreciada

---

[215] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 373-374.
[216] OLIVEIRA, G. K. L. de. **Recurso especial**. São Paulo: RT, 2002, p. 282.
[217] MEDINA, J. M. G; WAMBIER, T. A. A. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. Processo civil moderno. v. 2. São Paulo: RT, 2009, p. 224.

pelos Tribunais Superiores em sede de recurso excepcional, pois “é a própria lei que exclui, limita, exalta ou gradua as variadas fontes ou meios de prova”[218].

Percebe-se, outrossim, que a possibilidade de distinção entre reexame de fatos e provas e valoração jurídica dos fatos só se opera mediante minucioso estudo da adequação entre a situação fática avaliada pelo tribunal *a quo* e os respectivos efeitos jurídicos, confrontados com a legislação federal, o que, evidentemente, demandaria muito tempo e afinco dos eminentes ministros – motivo pelo qual não se dá sempre de maneira adequada.

Em conclusão, enquanto no reexame probatório ocorre verdadeira incursão no conjunto probatório, sendo, portanto, vedado em sede destes apelos, a mera revaloração de provas ocorre quando os dados estão explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido, o que denota erro de direito, porque há má aplicação das regras jurídicas.

Algumas decisões do STJ[219], inclusive, defendem que a Corte poderia rever a circunstância da má valoração da prova pelo Tribunal de origem independentemente de previsão legal. Embora não se tenha uma violação a uma norma federal ou constitucional, a qualificação equivocada dos fatos produziria uma afronta à própria norma.

No entanto, o entendimento geral consolidado é de que, no momento de análise do caso nas Cortes de Cúpula, as provas contidas nos autos e, de certa forma, as questões de fato, não podem mais ser analisadas, mesmo nos casos que a má apreciação da prova viola diretamente a lei. Nesse sentido, existe uma certa margem discricionária para que os juízes dos Tribunais Superiores decidam as questões de fato[220].

---

[218] YOSHIKAWA. E. H. D. O. Distinção entre questão de fato e questão de direito: reexame e valoração da prova no recurso especial. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 43, out. 2006, p. 37.

[219] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp 672899/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 20-08-2015, DJe 10-02-2016; BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp 797897/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 17-12-2015, DJe 10-02-2016.

[220] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

3.4.2 Direito e norma

O segundo termo digno de apreciação é norma jurídica, na medida em que pode ser, de certa forma, associado à definição de questão de direito – objeto do presente estudo.

Por muito tempo, a norma jurídica foi, equivocadamente, compreendida como ordem ou juízo hipotético – encarada, portanto, como sinônimo de texto normativo. De acordo com essa linha teórica, predominante na época da Revolução Francesa, o ordenamento jurídico era tão perfeitamente completo que não se considerava a hipótese de haver lacunas – motivo pelo qual também não haveria a necessidade de interpretação pelo Poder Judiciário[221].

Contudo, dada a sua importância, diversos doutrinadores se dedicaram, e ainda se dedicam, a amadurecer o seu significado.

Hans Kelsen – apesar de afirmar que a norma jurídica não seria um imperativo, mas um juízo hipotético – reconheceu que "quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, este deve fixar o sentido das normas que vai aplicar"[222].

Já José Joaquim Gomes Canotilho, ao debruçar-se sobre o tema, diferenciou norma e disposição, afirmando que a primeira corresponderia ao texto já interpretado, enquanto a segunda corresponderia ao texto cuja interpretação ainda estaria pendente. Para o autor, a norma seria o sentido atribuído à disposição[223].

Friedrich Müller, por sua vez, defendeu que, ante uma situação textual-normativa que possibilita múltiplas interpretações logicamente válidas, cabe ao aplicador, no âmbito da chamada "interpretação autêntica", a tarefa de escolher dentre diversos resultados qual será o representativo do teor da norma – introduzindo no âmbito da norma o elemento material-subjetivo do julgador[224].

Atualmente, quando falamos em norma, falamos em algo que transborda o que se constitui em um texto normativo. Do ponto de vista formal, que aqui elegemos, uma norma é uma proposição. Por proposição entendemos um conjunto de palavras que

---

[221] MONTESQUIEU, C. D. S. **O espírito das leis**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 180.
[222] KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 76.
[223] CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, Parte IV, p. 1.202.
[224] MÜLLER, F. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

possuem um significado em sua unidade. Sua forma mais comum é o que na lógica clássica se chama juízo, uma proposição composta de um sujeito e de um predicado.

Ou seja, da mesma forma que a prova é uma atribuição de sentido ao fato, como evidenciado na seção anterior, a norma é uma atribuição de sentido ao texto normativo.

Assim, o conceito contemporâneo de norma jurídica revela a insuficiência de uma simples análise literal de textos legais sobre determinados temas, sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais. É necessária a instituição de um processo de concretização para extrair do texto a norma jurídica.

3.5 Funcionalidade da distinção entre fato e direito

Analisada a distinção conceitual entre questão de fato e questão de direito, bem como outros aspectos relevantes pertinentes ao tema, averiguamos, neste momento, a funcionalidade dessa diferenciação para o ordenamento jurídico brasileiro.

Destacamos, inicialmente, que os sistemas jurídicos atribuem consequências diversas à circunstância de uma questão ser considerada de fato ou de direito. É comum, por exemplo, que os ordenamentos estipulem que apenas controvérsias a respeito dos fatos sejam objeto de prova.

Sendo assim, eventuais diferenças ontológicas, epistemológicas ou analíticas não necessariamente contribuem para a tomada de decisão baseada na diferença entre questões de fato ou de direito[225]. O que importa para se decidir a respeito da

[225] MORAWSKI, L. Law, fact and legal language. **Law and philosophy**, v. 18, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, p. 461-473, 1999, p. 467. Apesar de reconhecer que não há estritamente "fatos brutos" nas decisões sobre fatos em processos judiciais (uma vez que, em processos judiciais, a decisão sobre fatos é baseada em regras jurídicas ou condicionada por regras jurídicas, p. 463), considerando que o ordenamento jurídico pode estabelecer distinções entre questões de fato e questões de direito para vincular-lhes consequências legais distintas, propõe que se faça a distinção entre questão de fato e de direito com base no que chama de "regras de aplicabilidade", regras que estabelecem critérios de aplicação de termos objeto de textos legais ("Applicability rules are rules that lay down criteria of application of terms embodied in legal texts", p. 466). Com isso, o autor defende como termos puramente jurídicos aqueles cujo significado é definido por normas jurídicas (por exemplo: "contrato", "propriedade", "testamento", "casamento") e como termos puramente fáticos aqueles cujo significado é definido por critérios extralegais (e ao menos não diretamente definidos por normas jurídicas). O autor dá como exemplo deste tipo de termos os seguintes: "árvore"," animal", "planta", "construção". A dificuldade deste critério, porém, é que uma questão problemática a respeito de um termo destes em um processo judicial faz com que a questão tenha de ser decidida com base em critério jurídico. Assim, se por exemplo o *e-book* é "livro" para fins tributários é uma questão que há de ser resolvida com base na finalidade da norma que estabelece o regime tributário dos livros. Para se responder se determinada obra é "construção" para fim de incidência de tributo, igualmente, há que se atentar para a finalidade da norma instituidora do tributo. Para se decidir se determinada planta é protegida de desmatamento por determinado tipo penal, há de se atentar para as finalidades

intencionalidade normativa presente no uso de uma distinção normativa entre questões de fato e questões de direito é, na verdade, constatar qual a sua funcionalidade, qual a finalidade pragmática a que está predisposta essa diferença[226].

Deste modo, se a intenção do ordenamento jurídico, ao estipular que as questões de fato estão sujeitas à prova e as questões de direito, não é excluir do objeto da prova algo (a questão de direito) a respeito do que não considera haver necessidade de que as partes se esforcem por reunir elementos, presumindo previamente o conhecimento do direito pelo magistrado, tem-se que a finalidade desta distinção, neste contexto, é entregar ao juiz o dever de se inteirar do ordenamento jurídico em vigor, independentemente de qualquer contribuição das partes. Isso pode funcionar como uma forma de simplificar o processo, tornando-o mais enxuto e eficiente[227].

No que diz respeito ao objeto deste trabalho, contudo, o ordenamento jurídico não faz distinção. Não há, na CF/1988, qualquer previsão distinguindo o tratamento entre questão de fato e questão de direito no âmbito dos recursos excepcionais, tampouco a atribuição de característica específica no tratamento das questões probatórias[228]. De fato, o legislador constituinte apenas estabeleceu as hipóteses de

---

da norma penal incriminadora e do ordenamento jurídico-penal. Se a compreensão de um termo aparenta ser puramente fática (sendo desnecessário recorrer a qualquer critério jurídico) é porque tal compreensão não é problemática do ponto de vista jurídico; e se ela não é problemática do ponto de vista jurídico, não é nem mesmo uma questão a ser resolvida pelos tribunais. Diferentemente, todas as questões a serem resolvidas pelos tribunais no desempenho de suas funções jurisdicionais em processos judiciais demandam recurso a critérios jurídicos. Diante disso, a distinção proposta por Morawski não oferece utilidade para fins prático-normativos. TRENTO, S. **A medida da cognoscibilidade das questões concernentes à prova dos fatos em recurso especial e extraordinário**: a assunção pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal do status de cortes de precedentes. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2016, p. 129.

[226] Geoffrey Marshall acentua que nenhuma afirmação é tão “bruta” que não inclua uma questão inferencial ou classificatória, de modo que ao se prolatar uma decisão pode surgir uma questão de direito. Para o autor, questões de direito podem surgir das três categorias apontadas como distinguíveis: (1) dos fenômenos primários levados ao processo como evidências; (2) das inferências retiradas destes fatos primários (é jurídica, por exemplo, a questão sobre se se trata de uma inferência juridicamente sustentável) e (3) da classificação jurídica dos fenômenos. Se um problema levanta uma questão de direito, defende o autor, depende das circunstâncias e propósitos para os quais uma afirmação é feita (p. 451). E se acertar os fatos corretamente é uma exigência jurídica, então a questão sobre se os fatos estão corretamente acertados é uma questão de direito. MARSHALL, G. Provisional concepts and definitions of fact. **Law and Philosophy**, v. 18, n. 5, Springer Nature, Switzerland, p. 447-460, 1999, p. 455.

[227] TRENTO, S. **A medida da cognoscibilidade das questões concernentes à prova dos fatos em recurso especial e extraordinário**: a assunção pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal do status de cortes de precedentes. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2016, p. 130.

[228] TRENTO, S. **A medida da cognoscibilidade das questões concernentes à prova dos fatos em recurso especial e extraordinário**: a assunção pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo

cabimento dos recursos extraordinário e especial, sem abordar matérias que levam ao não cabimento[229].

O ordenamento positivo brasileiro optou por estabelecer o cabimento dos recursos especial e extraordinário com o uso de uma redação que define quais os casos em que cabem esses recursos. Ou seja, estão previstas as hipóteses de cabimento, não as matérias que geram exclusões de cabimento de recursos especiais e extraordinários. Nesse contexto, Simone Trento explica:

> Quando a jurisprudência das cortes brasileiras diferencia entre questão de fato e questão de direito para o fim de submeter (ou não) a questão à jurisdição das cortes supremas em recursos excepcionais, isso tradicionalmente é retirado da previsão normativa de cabimento restrito dos recursos especial e extraordinário apenas para recursos que veiculem violação à Constituição ou a tratado ou lei federal[230].

Nesse caso, o objetivo da diferenciação entre questão de fato e questão de direito é realizar uma filtragem de casos e questões a serem submetidos à jurisdição especial ou extraordinária, "o que é feito tendo em vista a função a ser desempenhada pelo STJ e pelo STF no julgamento dos recursos especial e extraordinário de acordo com o desenho normativo institucional que tem por primeira fonte a Constituição"[231].

Ainda, sempre que uma corte desempenha um papel de revisão de julgados prolatados por outras cortes, ela desempenha uma função peculiar, que pode ou não ter restrições em termos de matérias revisáveis. Quando há supressão de matérias da possibilidade de revisão de determinadas cortes, é preciso – para entender de maneira adequada o que é passível de revisão e o que não é – se perguntar qual é a intenção da exclusão ou da inclusão de determinadas matérias. É a função que se espera que essa revisão desempenhe que deve orientar a interpretação da corte acerca daquilo que lhe cabe (e daquilo que não lhe cabe) apreciar[232].

Supremo Tribunal Federal do status de cortes de precedentes. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2016, p. 113.

[229] TRENTO, S. **Cortes supremas diante da prova**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018 (*e-book*).

[230] TRENTO, S. **A medida da cognoscibilidade das questões concernentes à prova dos fatos em recurso especial e extraordinário**: a assunção pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal do status de cortes de precedentes. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2016, p. 132-134.

[231] TRENTO, S. **A medida da cognoscibilidade das questões concernentes à prova dos fatos em recurso especial e extraordinário**: a assunção pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal do status de cortes de precedentes. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2016, p. 132.

[232] "*Whatever the statutory formula, a court is strongly moved to administer the law according to its idea of the proper function of judicial review*". Tradução livre: "Qualquer que seja a fórmula legal, a

Tem-se, portanto, que critérios delimitativos do objeto dos recursos especial e extraordinário são aqueles que fazem estar presente uma das hipóteses nas quais se opera seu cabimento (art. 102, III, e art. 105, III, da CF/1988). Deste modo, o que se deveria verificar para se admitir recursos excepcionais não é a presença de questão de direito (excluindo-se as questões de fato, que, como demonstramos, são, para fins de decisão acerca da prova dos fatos, também questões de direito; ou seja, tal distinção entre fato e direito não traz qualquer luz para o exame da possibilidade de cabimento ou não dos recursos excepcionais, além de obscurecer um critério útil), mas de uma questão de violação da Constituição ou de lei federal ou de tratado internacional, observadas a finalidade institucional dos recursos especial e extraordinário e as funções do STJ e STF, conforme será demonstrado nas próximas seções.

3.6 Críticas à distinção entre fato e direito

A despeito dos esforços doutrinários para distinguir fato e direito (e do desenvolvimento da teoria tricotômica como resposta às situações obscuras), verifica-se que essa distinção é, em última instância, artificial, ou seja, não é possível traçá-la no plano ontológico de forma absoluta.

Isso porque as decisões jurídicas são proferidas mediante a tarefa de subsunção, que remete ao momento de incidência da norma no universo empírico e envolve a qualificação dos fatos e a determinação de suas consequências no plano normativo[233]. Nesse sentido, um evento concreto só se torna relevante para o direito na medida em que esteja relacionado à incidência de uma norma jurídica, enquanto suporte fático para produzir seus efeitos programados[234].

Considerando que o fenômeno jurídico envolve necessariamente fato e direito, o esforço relativo à sua distinção é ineficiente.

Nesse sentido, Jan Schapp afirma:

---

corte é fortemente movida a administrar o direito de acordo com sua ideia a respeito do bom funcionamento do controle jurisdicional". JAFFE, L. L. Judicial review: question of fact. **Harvard Law Review**, v. 69, p. 1.020-1.056, 1956, p. 1.050.

[233] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 363.

[234] COSTA, G. R. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial**: análise da função e reconstrução dogmática. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011, p. 172.

> engana a impressão de que a constatação de fatos e a apreciação jurídica se situariam equiparados lado a lado. A constatação de fatos está inserida na apreciação jurídica, ela possui apenas função auxiliar em relação com a apreciação jurídica. Pergunta-se pelos fatos no direito apenas por causa de seu sentido jurídico distinto [...] mesmo a maneira de falar que fatos são avaliados, parece-nos já uma simplificação inadmissível, porque isto causa a impressão de que existam também fatos sem a valoração, portanto, fatos "puros". Quando constatado o fato já sempre está valorado, porque ele não pode existir sem essa valoração[235].

O autor espanhol Jayme Guasp também demonstra receio em face da tentativa de segmentar a questão de fato da questão de direito, afirmando, em verdade, a impossibilidade dessa distinção:

> *Sin embargo, basta examinar tal cuestión en los aspectos antes señalados, en los que se han mostrado con una mayor irritabilidad, para comprender la dificultad o, mejor diríamos, la imposibilidad de señalar pautas generales para establecer una correcta distinción. Ello es así porque los hechos, como las normas, no aparecen en el momento de su aplicación como fenómenos puros*[236].

Não há se falar, portanto, em fato puro ou direito puro, visto que o fato não existe antes do momento de aplicação do direito e o direito não tem outro interesse que não o momento de aplicação do fato – o jurista pensa o fato como matéria de direito e pensa o direito como forma destinada ao fato. O direito não se distingue da questão de fato, na medida em que é a síntese normativo-material da qual o fato é um elemento[237].

Essa indissociabilidade entre o elemento fático e o elemento normativo é reforçada também pela teoria tridimensional do direito, de Miguel Reale, que preceitua a coexistência entre fato, valor e norma em uma unidade concreta e não concebe a existência desses elementos de forma isolada[238]. José Afonso da Silva sintetiza a

---

[235] SCHAPP, J. **Problemas fundamentais da metodologia jurídica**. Trad. Ernildo Stein, Porto Alegre: SAFE, 1985, p. 40.

[236] GUASP, J. **Proceso y derecho procesal**. Madrid: Aguilar, 1960, p. 788. Tradução livre: "No entanto, basta examinar essa questão nos aspectos mencionados acima, nos quais se mostraram mais irritáveis, para entender a dificuldade ou, melhor dizendo, a impossibilidade de apontar diretrizes gerais para estabelecer uma distinção correta. Isso porque os fatos, como as normas, não aparecem no momento de sua aplicação como fenômenos puros".

[237] NEVES, A. C. **Questão-de-facto e questão de direito**. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967, p. 55-56; 586.

[238] REALE, M. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 65.

questão: “não se pode separar fato de direito, pois este é, como vimos, objeto tridimensional, porque integrado de fato, valor e norma”[239].

Fato e direito são, portanto, “elementos correlativos, entrelaçados de maneira indissolúvel num único problema jurídico”[240]. Dessa forma, (i) a determinação dos fatos relevantes, enquanto objeto de prova e decisão no processo, só é possível diante de uma norma que os singularize da perspectiva jurídica e, ao mesmo tempo, (ii) a escolha e a determinação do sentido da norma passam necessariamente pela avaliação dos fatos, considerando que o ato de interpretar está intrinsecamente vinculado à aplicação da norma a um caso[241].

Por esse motivo, a representação tradicional do raciocínio jurídico por meio de um sistema subsuntivo mecânico, em que o juiz, diante dos fatos (premissa menor) e da norma (premissa maior), chega a uma conclusão unívoca por meio de um processo dedutivo é excessivamente simplista, pois ignora as dúvidas acerca das premissas a serem utilizadas (*e.g.*, quais os fatos relevantes ou qual a norma aplicável ao caso). Ainda que a subsunção teoricamente possa retratar de forma lógica e ordenada o desfecho do processo – em uma representação *a posteriori* do raciocínio judicial –, ela certamente não demonstra o *iter* que conduz a essa solução[242].

Separar nitidamente os fatos e as normas aplicáveis ao caso concreto é, pois, uma operação complexa – senão impossível – do ponto de vista da teoria da decisão judicial. Isso se justifica na medida em que inexiste diferença essencial, analítica ou epistemológica entre fato e direito, mas apenas diferenças pragmáticas, relativas à alocação de competências e à dinâmica de revisão e/ou reexame, conforme exposto acima[243].

Importante destacar que, na prática processual, os fatos a respeito dos quais se deve estabelecer a verdade são identificados sobre a base de critérios jurídicos,

---

[239] SILVA, J. A. da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963, p. 29.
[240] COSTA, G. R. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial**: análise da função e reconstrução dogmática. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011, p. 174.
[241] NEVES, A. C. **Questão-de-facto e questão de direito**. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967, p. 42-45.
[242] COSTA, G. R. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial**: análise da função e reconstrução dogmática. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011, p. 173.
[243] ALLEN, R. J.; PARDO, M. S. The myth of the law-fact distinction. **Northwestern University Law Review**, Chicago, 2003, p. 1.770.

representados essencialmente pelas normas consideradas aplicáveis para decidir a controvérsia específica.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas apontam que as decisões jurídicas observam um movimento pendular entre o mundo dos fatos e o mundo das normas, até que o aplicador da lei consiga enxergar com clareza o momento da subsunção[244] – que é quando incide o direito, ou seja, quando se reputa a um fato a aplicação da lei. Além disso, os autores explicam que, na verdade, apenas existem questões predominantemente de fato e predominantemente de direito – admitindo a possibilidade de o problema central do fenômeno jurídico girar em torno do aspecto fático ou em torno do aspecto jurídico.

Logo, e indubitavelmente, o fenômeno jurídico não ocorre senão diante de fato e norma – com a devida qualificação dos fatos e determinação de suas consequências no plano normativo. Diante disso, entendemos que, se uma causa foi julgada de maneira equivocada em função da errônea interpretação dos fatos, as Cortes Superiores deveriam avaliar novamente os fatos no âmbito dos recursos excepcionais.

Ademais, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero lecionam que, diante do art. 1.029, I, do CPC/2015[245], a parte não só pode como deve caracterizar os fatos do caso, portanto, do ponto de vista técnico, não seria correto sustentar que as Cortes Superiores não podem conhecer de fatos no âmbito dos recursos excepcionais[246]. Com efeito, a correta aplicação da lei não pode ser avaliada se são desconhecidos os fatos sobre os quais a solução normativa foi aplicada.

Conclui-se, portanto, que não há como tratar da questão de fato de maneira completamente separada da questão de direito, ou ignorando suas implicações jurídicas. Toda a problemática tradicional relacionada à separação entre as questões de fato e as questões de direito surgiu a partir de erros metodológicos, buscando soluções para problemas que em nada se relacionam à questão da prova no processo

---

[244] Para a obra de Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, a expressão “subsunção” foi usada no sentido de “encaixe do fato na solução normativa encontrada, a partir do texto da lei, da jurisprudência e da doutrina, e dos princípios que lhes tenham sido incorporados”. ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

[245] BRSIL. Código de Processo Civil (2015). Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: I – a exposição do fato e do direito.

[246] MARINONI, L. G; ARENHART, S. C; MITIDIERO, D. **O novo processo civil**. São Paulo: RT, 2015.

– em especial o expressivo número de recursos extraordinários e recursos especiais interpostos com fundamento em decisão contrária à disposição constitucional ou à lei federal, levando ao congestionamento das Cortes Superiores e à necessidade de criação de “filtro” recursal.

4 PREQUESTIONAMENTO

Evidenciada a impossibilidade de distinção precisa entre questão de fato e questão de direito, faz-se necessário abordar o prequestionamento, cuja compreensão é necessária para analisar vedação ao reexame de fatos e provas no âmbito do julgamento de recurso de natureza excepcional a partir da previsão contida no inciso III dos arts. 102 e 105 da CF/1988.

Enquanto pressuposto de admissibilidade recursal dos recursos de estrito direito, o prequestionamento ainda é tema bastante polêmico, sobretudo no que diz respeito à prova – motivo pelo qual é relevante o aprofundamento de seu estudo, especialmente sob o prisma constitucional.

O presente capítulo, portanto, tem por objetivo analisar a concepção histórica de prequestionamento, por meio da análise da previsão constitucional sobre o tema, os principais aspectos teóricos, as diferenças entre prequestionamento explícito, implícito e ficto, e os possíveis critérios nos quais essa distinção se baseia, a sua ligação com as cortes superiores e as regras trazidas pelo CPC/2015 que nele interferem.

Para tanto, divide-se o capítulo em três partes principais: (i) a primeira delas aborda noções históricas e concepções doutrinárias; (ii) a segunda compreende a relação entre o prequestionamento e a importância da descrição dos fatos na decisão recorrida; e (iii) a terceira, que busca averiguar o vínculo dos embargos de declaração com o instituto, à luz dos princípios da economicidade e da celeridade processual.

4.1 Concepção histórica e conceito

A noção de prequestionamento, como o próprio vocábulo sugere, nasceu como fenômeno que dizia respeito à atividade das partes – as partes são responsáveis por discutir, ao longo do processo, as questões de ordem federal ou constitucional. A importância dessa atividade das partes sempre foi uma constante no desenvolvimento do instituto, conforme passamos a expor.

A origem do prequestionamento se deu no direito americano. De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso, é devido ao *Judiciary Act* de 1789, que estabeleceu o sistema judiciário dos Estados Unidos e criou a Suprema Corte Americana. O ato, além de organizar a estrutura do Poder Judiciário, exigia o prequestionamento da

matéria para que o tribunal local pudesse julgar recurso contra decisão de um juiz singular[247].

O *Judiciary Act*, de 24 de setembro de 1789, também criou o recurso do *writ of error*, tornando possível que se recorresse das decisões da justiça estadual americana que versavam sobre direito federal à Suprema Corte Americana. O recurso exigia para sua interposição que a matéria tivesse sido previamente levantada pelas partes e analisada pelos tribunais estaduais. Conforme explicam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, a importância do *writ of error*[248] se relacionava à necessidade de uniformizar o direito federal nos Estados Unidos:

> Este recurso teve origem na necessidade de autopreservação do sistema federativo norte-americano, pois as unidades federativas possuíam tribunais próprios com competência para aplicar direito local e federal, podendo desagregar a federação. Sendo assim, o *writ of error* assegurava a supremacia do direito federal sobre o direito local, além de uniformizar o direito federal nos Estados Unidos da América do Norte[249].

Segundo Kenneth F. Ripple, para uma questão federal ser revista pela Suprema Corte dos Estados Unidos, deve ser ajuizada de modo apropriado e assim mantida. Essa exigência existe, segundo o autor, para assegurar que a Corte do Estado tenha plena oportunidade de resolver o caso dentro de seu território[250]. Semelhantemente, escreveu Cooley, para admissão do *writ of error*, deve forçosamente constar "nos autos, ou expressamente ou por manifestação clara e necessária, que qualquer uma das questões enumeradas tenha surgido no Tribunal do Estado e aí foi rejeitada"[251]. Consoante noticiam Robert L. Stern, Eugene

---

[247] MANCUSO, R. de C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 232.

[248] O *writ of error* previsto inicialmente no *Judiciary Act* de 1789, posteriormente denominado *appeal* pelo *Judiciary Act* de 1925 e atualmente obsoleto na prática federal (conforme William M. Wiecek. Writ of error. *In*: HALL, K. **The Oxford Companion to Supreme Court of the United States** (1992), 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 301) constituía o meio recursal padrão de acesso à *Supreme Court* dos Estados Unidos até o *Judiciary Act* de 1925, período em que essa corte atuava basicamente como uma corte de controle das decisões das instâncias anteriores. Atualmente, o meio recursal padrão de acesso à *Supreme Court* é o *writ of certiorari*, cuja concessão constitui um ato discricionário seu. H. W. Perry Jr. Writ of Certiorari. *In*: HALL, K. **The Oxford Companion to Supreme Court of the United States** (1992), 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 154-155.

[249] CINTRA, A. D. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 125.

[250] RIPPLE, K. F. **Constitutional litigation**. Lexis Pub, 1 ed, June 1, 1984, p. 408.

[251] COOLEY, T. M. **A treatise on the constitutional limitations**. 7. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1903, p. 303.

Gressman e Stephen M. Shapiro[252], a Suprema Corte nunca se desviou dessa interpretação, a não ser para estabelecer a presunção de que a questão federal terá sido introduzida de modo adequado se a Corte estadual a tiver resolvido.

Fica claro, neste contexto, que, no direito norte-americano, a atividade realizada pelas partes é de suma relevância, devendo ser executada de modo a proporcionar às cortes locais oportunidade para se manifestar acerca da questão federal impugnada[253].

No Brasil, a ideia de prequestionamento foi inserida na CF/1891, primeiro diploma a cuidar do recurso extraordinário[254]. Assim como no *writ of error* americano, a norma constitucional atribuiu ao STF a competência para analisar a validade e a aplicação de tratados e leis federais pelas sentenças proferidas em últimas instâncias.

O art. 59, § 1º desta Constituição dizia ser cabível a modalidade recursal: a) quando se questionasse sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado fosse contra ela; e b) quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerasse válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

Para delimitar o que competia à Suprema Corte julgar em grau de recurso, o constituinte utilizou a expressão "questões resolvidas"[255]:

> Artigo 59 – Ao STF compete:
> II – julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o artigo 60;
> III – rever os processos, findos, nos termos do artigo 81.
> § 1º. Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o STF:
> a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

---

[252] STERN, L; GRESSMAN, E.; SHAPIRO, S. M. **Supreme court practice**. 6. ed. Washington: The Bureau of National Affairs, 1986, p. 144.
[253] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 336.
[254] "A denominação de recurso extraordinário, porém, somente se aplicou no primeiro Regimento Interno do STF, passando à Lei n. 221, de 20.11.1894, artigo 24, ao Decreto n. 3.084, de 5.11.1898, Parte III, arts. 678, letra d, e 744, e outros diplomas". MOREIRA, J. C. B. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. V: arts.476 a 565. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 581-582.
[255] BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 59. Ao STF compete: II – julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o artigo 60; III – rever os processos, findos, nos termos do artigo 81. § 1º – Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o STF: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela".

> b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerasse válidos esses atos, ou essas leis impugnadas;

Conforme interpretação literal do dispositivo acima, uma das condições para a interposição do recurso extraordinário era que houvesse questionamento, pela parte, sobre a validade de tratado ou lei federal. Esse entendimento atrelava o conhecimento do recurso excepcional ao anterior questionamento da matéria pelas partes nas instâncias originárias. No entendimento de José Miguel Garcia Medina[256], deste preceito decorreu a existência de dois momentos distintos. No primeiro deles, a parte tem o dever de questionar a aplicação da lei ou do tratado, incitando a manifestação da instância local. No segundo, a instância local se manifesta em sentido contrário.

Em sentido oposto, sobreveio a Emenda Constitucional n. 03/1926, aprovada durante o governo de Artur Bernardes, que incluiu a alínea "c" no § 1º do art. 59 da Constituição de 1891, prevendo o cabimento dos recursos excepcionais também quando dois ou mais tribunais interpretassem a mesma lei federal de forma diferente. O dispositivo não utilizou os termos "questionar" ou "contestar"[257].

Contudo, como a jurisprudência da época era pacífica acerca do tema e o STF entendia aquele primeiro momento em que a parte questionava, seguido do pronunciamento do Tribunal local sobre a questão, como indispensável ao aceite do recurso[258], foi este posicionamento que prevaleceu.

As Constituições que se seguiram trouxeram alguns aperfeiçoamentos, sem alterações substanciais acerca das regras atinentes à exigência do prequestionamento. A Constituição Federal posterior, promulgada em 1934, manteve o prequestionamento sobre a validade de tratado ou lei federal como requisito para interposição do recurso extraordinário, apenas substituindo a expressão "questões resolvidas" por "causa decidida"[259]. Igualmente portou-se a CF/1937, elaborada pelo

---

[256] MEDINA, J. M. G. **Prequestionamento e repercussão geral**: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. 5. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 112.

[257] BRASIL. Emenda Constitucional n. 03/1926, Art. 59, § 1º. c) quando dois ou mais tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos tribunais referidos ou pelo procurador geral da República;

[258] MEDINA, J. M. G. **Prequestionamento e repercussão geral**: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. 5. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 209-210.

[259] BRASIL. Constituição Federal (1934). Art. 76. A Corte Suprema compete: III – em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se constatar a

jurista Francisco Campos a pedido do ex-presidente Getúlio Vargas, que praticamente repetiu o preceito[260].

Até 1946, todas as Constituições brasileiras estabeleciam como condição expressa para conhecer os recursos de direito estrito o prévio questionamento sobre a aplicação da lei federal na instância legal. Foi com a mudança trazida pela CF/1946 que os debates sobre o prequestionamento se tornaram mais complexos.

Ocorre que o normativo não mais trazia a expressão "questionamento" na alínea "a" do permissivo constitucional. Embora o termo subsistisse na alínea "b", alguns cogitaram a ideia de que a exigência do prequestionamento houvesse sido dispensada pela Carta Constitucional. José Afonso da Silva, por exemplo, manifestou-se a respeito da eliminação da expressão "sobre cuja aplicação se haja questionado" da CF/1946, defendendo que não se exigiria mais o prequestionamento sobre a aplicação de tratado ou lei federal para a interposição de recursos de estrito direito, bastando que a decisão proferida em última instância os tivesse violado[261].

Nesse contexto, na linha de raciocínio que já vinha sendo construída pela doutrina, fortaleceu-se o posicionamento de que o cabimento dos recursos excepcionais estaria vinculado apenas ao termo "causas decididas" – segundo o qual a questão determinante para o cabimento do recurso extraordinário era, na verdade, enfrentar a matéria pela decisão recorrida.

De fato, a retirada definitiva do "questionamento" dos textos constitucionais[262] parece revelar que o legislador constituinte pretendeu afastar terminantemente a exigência de prequestionamento para interposição de recursos excepcionais – já que, de acordo com a interpretação literal dos dispositivos normativos em questão, a

---

validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada; d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um destes Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal Federal".

[260] BRASIL. Constituição Federal (1937). Art. 101. Ao STF compete: III – julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, ou lei federal, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada.

[261] SILVA, J. A. da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963, p. 198.

[262] A CF/1967 retirou o termo "questionar" também da alínea "b" do permissivo constitucional. O recurso extraordinário passou a ser cabível quando a decisão recorrida (art. 114, III): "a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência a tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal".

previsão acerca de “causas decididas” era a exigência que deveria condicionar o conhecimento dos recursos mencionados.

Todavia, o entendimento de que as partes teriam sido desobrigadas de realizar o prequestionamento não prevaleceu. A ausência de expressa previsão legal neste sentido não impediu o STF – e, posteriormente, o STJ – de manter na sua jurisprudência a demonstração do prequestionamento como condição para o conhecimento do recurso extraordinário, ante o entendimento de que a exigência estaria implícita no texto constitucional[263]. Deste modo, apesar das críticas, o prequestionamento seguiu sendo requisito de admissibilidade dos recursos de estrito direito.

Com efeito, em 1963, o STF editou os enunciados da Súmula n. 282/STF e da Súmula n. 356/STF consolidando o posicionamento da Corte sobre o prequestionamento. A Súmula n. 282/STF[264] exigia que o enfrentamento da questão federal na decisão recorrida fosse explícito para a interposição do recurso extraordinário, enquanto a Súmula n. 356/STF[265] trazia a impossibilidade de interposição de recurso extraordinário por falta de prequestionamento quando não eram opostos embargos declaratórios do ponto omisso da decisão que seria objeto de recurso.

Com a edição das súmulas, a Suprema Corte fez valer o entendimento de que, para haver o prequestionamento, era necessário que a decisão se manifestasse expressamente sobre o tema de direito objeto do recurso, não bastando apenas a postulação anterior das partes na instância inferior.

Importante destacar que, até então, havia apenas um Tribunal Superior no país, o STF – incumbido de apreciar tanto as matérias de natureza constitucional quanto as matérias de natureza infraconstitucional federal. A situação, naturalmente, levou à sobrecarga processual da Corte. Nas palavras de Alfredo Buzaid, havia grande “desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamentos proferidos,

---

[263] OLIVEIRA, P. M. Causa decidida como requisito de admissibilidade do recurso especial. *In*: DANTAS, B.; GALLOTTI, I.; FREIRE, A; GAJARDONI, F. da F; MEDINA, J. M. G (coord.). **O papel da jurisprudência do STJ**. São Paulo: RT, 2014, p. 783.

[264] Súmula n. 282/STF. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

[265] Súmula n. 356/STF. O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

sendo a entrada daqueles consideravelmente superior à capacidade de decisão, resultando no congestionamento"[266].

Conforme observado pela doutrina, a causa básica da chamada "crise do STF" estaria no enorme volume de recursos extraordinários com fundamento em decisão contrária à letra de lei federal[267]. Para saná-la, seria necessária a criação de um tribunal essencialmente dotado de competência para tanto, reservando-se para o STF e para o recurso extraordinário apenas a guarda da Constituição.

No intuito de solucionar a questão, a CF/1988 dividiu as atribuições que, até então, eram exclusivas do STF, ao criar o STJ e atribuir-lhe a competência para julgar os recursos com fundamento em contrariedade à lei federal, agora denominados "recursos especiais".

Daí a razão pela qual o recurso especial em muito se assemelha ao recurso extraordinário – voltado para o controle reativo e retrospectivo das decisões mediante uniformização da jurisprudência[268]. É por isso, também, que o prequestionamento, e as características aperfeiçoadas ao longo de sua evolução histórica, a ele se aplica. Com efeito, o recurso especial, por sua própria natureza constitucional, continua submisso às construções doutrinárias relativas ao recurso extraordinário, ao tempo que sua competência abrangia tanto a matéria constitucional quanto a matéria infraconstitucional federal.

Assim como os textos constitucionais que lhe antecederam, a CF/1988 não mencionou expressamente o termo "questionamento", mas sim "causas decididas"[269]. A opção etimológica do legislador constituinte foi fundamental para a consolidação do significado atual de prequestionamento. Apesar de, originalmente, dizer respeito à atividade das partes – uma vez que, rigorosamente, são as partes que questionam[270]

---

[266] BUZAID, A. **A crise do STF**. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 06 de abril de 1960.
[267] SILVA, J. A. da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963, p. 450.
[268] MARINONI, L. G. **Recurso extraordinário e recurso especial**: do *jus litigoris* ao *jus constitutionis.* 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2012, p. 101-102.
[269] BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 102. Compete ao STF, 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; Art. 105. Compete ao STJ: 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.
[270] RIZZI, L. S. Do recurso extraordinário. **Revista do Advogado**, v. 27, p. 39-47, fev. 1989, p. 44.

– a noção de prequestionamento passou a se referir à necessidade de que se constasse da decisão impugnada a questão federal ou constitucional, porque o texto constitucional faz referência à questão decidida.

Importante observar, por fim, que o constituinte de 1988 mencionou apenas "causas decididas" quando tratou do recurso extraordinário, ao passo que, ao versar sobre o recurso especial, atrelou a expressão ao termo "Tribunal", indicando que pretendeu estabelecer uma diferenciação entre os dois recursos.

Rodolfo de Camargo Mancuso, arguindo ser inconcebível a possibilidade de ter havido, simplesmente, um lapso terminológico, defende que a intenção do legislador foi estabelecer um contrapeso: o recurso extraordinário, direcionado ao STF, cedeu em prol do recurso especial o controle da validade, autoridade e uniformidade do direito federal; em compensação, é oponível contra decisões de primeira instância, quando prolatadas em causas de grau único[271].

Fato é que a redação do texto constitucional vigente impede que eventual afronta à Constituição fique sem revisão da Suprema Corte – como ocorreria se o recurso extraordinário fosse oponível apenas em face de acórdão – revelando verdadeiro acerto do constituinte.

4.1.1 Significado e alcance da expressão "causas decididas" – fundamento constitucional do prequestionamento

Conforme exposto, o texto constitucional não utiliza o termo "prequestionamento", mas a expressão "causas decididas", tanto em sede de recurso extraordinário, como em sede de recurso especial. Tratemos, portanto, de seu significado e alcance.

No âmbito dos recursos excepcionais, o pressuposto constitucional de que as causas tenham sido efetivamente decididas expressa a imprescindibilidade de que o ponto sobre o qual o recorrente deseja pronunciamento do Tribunal Superior esteja contido no bojo da decisão recorrida[272].

Nesse cenário, as decisões adotadas pelos Tribunais Superiores passaram a fazer referência ao prequestionamento não apenas como o prévio questionamento

[271] MANCUSO, R. de C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 144.
[272] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 341.

das partes, mas também como a manifestação da decisão impugnada a respeito da questão federal ou constitucional suscitada no recurso excepcional.

Logo, o entendimento acerca do conceito de prequestionamento – que até então era tido como decorrência do debate anterior à decisão recorrida acerca do tema de direito federal ou constitucional – passou a englobar o sentido de que a decisão recorrida tivesse adotado entendimento explícito sobre a questão recorrida.

Isso porque o STF e o STJ não examinam diretamente a lide, mas a decisão recorrida – confirmando-a ou revogando-a, e avançando sobre aquela apenas na medida em que as questões apontadas nas razões respectivas constem da decisão e se revelem aptas ao exame nas vias excepcionais.

Dessa evolução conceitual extraem-se as três concepções acerca do que pode ser entendido por prequestionamento. A primeira delas, sem dúvida a concepção de prequestionamento mais aceita pelos Tribunais Superiores[273], defende que o prequestionamento decorre da manifestação expressa do tribunal recorrido. A segunda defende o prequestionamento como o debate da questão recorrida acerca do tema de direito constitucional ou federal. A terceira, por fim, entende prequestionamento como o prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do tribunal *a quo* sobre a questão.

O que se percebe a partir da variação de conceitos sobre o tema, ao longo de sua evolução histórica, é que – apesar da consciência de que as partes questionam e debatem ao longo do processo sobre as questões relevantes para a solução da lide e que o Poder Judiciário tem o dever de decidir sobre todas elas – a doutrina e a jurisprudência tratam, atualmente, prequestionamento como sinônimo de “causa decidida”.

Nelson Nery Junior, ao se debruçar sobre o tema, descreve perfeitamente a exigência constitucional:

> O que não se encontra dentro do ato judicial que se pretende impugnar por RE ou REsp não pode ser deles objeto [...]. Se a matéria que o recorrente quer ver redecidida pelo STF ou STJ não se encontrar dentro do acórdão ou decisão, sua tarefa é fazer inseri-la dentro do ato jurisdicional que se pretende impugnar, o que pode acontecer, por exemplo, pela interposição dos embargos de declaração[274].

[273] Dentre inúmeros: “Recurso – prequestionamento – configuração. Tem-se como configurado o prequestionamento da matéria veiculada no recurso quando conta, do acórdão impugnado, a adoção de entendimento explícito a respeito”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 104.889/RS, Segunda Turma, Min. Rel. Marco Aurélio, DJe 18-09-1992.
[274] NERY JUNIOR, N. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 281.

Parte-se da premissa de que a matéria que não está no conteúdo da decisão impugnada não tenha sido efetivamente decidida pelo tribunal originário. Dessa forma, para o cabimento dos recursos excepcionais, é necessário que a matéria constitucional ou federal contra a qual se insurge o recorrente tenha sido efetivamente julgada[275], não sendo suficiente que pudesse tê-lo sido[276].

Ocorre que, diante dessa compreensão, quando for a hipótese de controle do processo subsuntivo via recurso excepcional, e partindo-se da premissa de que o STF e o STJ não reexaminam provas, embora reexamine os fatos conforme descritos na decisão impugnada, às partes assiste o direito subjetivo de obter, do tribunal *a quo*, decisão judicial na qual esteja refletida efetivamente a discussão travada por elas ao longo do processo[277]: a isso se tem chamado de prequestionamento.

No mesmo sentido, Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha afirmam:

> Significa, então, que, para que caiba o recurso especial ou extraordinário, é preciso que a matéria tenha sido examinada no acórdão recorrido. Em outras palavras, é preciso que haja prequestionamento. Diz-se, então, que há prequestionamento quando a matéria foi efetivamente examinada no acórdão ou na decisão que julgou a causa em última ou única instância. Não é necessário que haja expressa menção ao número do artigo ou do dispositivo legal; basta que a matéria contida no dispositivo tenha sido objeto de debate e julgamento pela decisão. Não tendo a matéria sido tratada no acórdão, haverá, então, omissão, sendo cabíveis os embargos de declaração, com vistas a suprir a omissão e, assim, obter-se o prequestionamento. Os embargos cabem para suprir a omissão. Suprida a omissão, obtém-se, por consequência, o prequestionamento[278].

Logo, não é suficiente que os litigantes tenham debatido a matéria constitucional ou federal nas instâncias ordinárias, mas imprescindível que, efetivamente, o tema tenha sido enfrentado pela decisão impugnada[279].

---

[275] O STF tem decidido neste sentido, conforme demonstram os seguintes acórdãos: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AgRg no ARE 886.300/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01-09-2015, DJe 16-09-2015; BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp 1.198.742/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 12-04-2021, DJe 20-04-2021.

[276] NERY JUNIOR, N. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 283.

[277] ALVIM, T. A. **Embargos de declaração**: como se motiva uma decisão judicial? 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 248.

[278] DIDIER JUNIOR, F.; CUNHA, L. C. da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. v. 3. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 310.

[279] DIDIER JUNIOR, F. *et al.* (org.). **Novas tendências no processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 813.

Esse entendimento se adequa, inclusive, ao estrito sentido etimológico do termo prequestionar. Não há como o prequestionamento ser fruto de qualquer outra coisa que não a manifestação expressa do tribunal *a quo* – uma vez que não há como a decisão recorrida se enquadrar em alguma das hipóteses previstas pelos arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988, sem ao menos ter enfrentado a questão controvertida. Sob essa perspectiva, o prequestionamento constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional.

4.1.2 Divergências doutrinárias acerca da natureza jurídica do prequestionamento

Superadas as questões conceituais, relevante analisarmos também a natureza jurídica do prequestionamento – tema sobre o qual há grande divergência doutrinária.

Parte da doutrina entende o prequestionamento como um requisito implícito de admissibilidade dos recursos excepcionais, justamente em decorrência do termo "causas decididas" presente na CF/1988[280]. Sob essa concepção, a necessidade de prequestionamento da matéria no juízo de origem seria um filtro processual recursal de admissibilidade[281].

Para outros, entretanto, o prequestionamento não consistiria em um requisito em si, integrando, somente, o cabimento; esse sim, o verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais. Isso se daria porque, tratando-se de matéria atinente aos recursos, apenas o texto constitucional e a lei processual poderiam modificar, extinguir ou criar requisitos de admissibilidade[282].

---

[280] Dentre os estudiosos defensores dessa corrente, destacam-se Cassio Scarpinella Bueno (BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civi**l. v. 5 – recursos, processos. 3. ed. 2010, p. 274-275) e Luiz Orione Neto (ORIONE NETO, L. **Recursos cíveis**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 481-489; p. 520-539; p. 540-561).

[281] Diversos autores utilizam este fundamento para concluir que a questão está inserida na admissibilidade. Nelson Nery Junior, por exemplo, pontua: "talvez a conceituação como requisito de admissibilidade imposto pela jurisprudência tenha nascido porque a expressão vem mencionada em dois verbetes da Súmula do STF (STF 282 e 356). Evidentemente, como já dissemos acima, a jurisprudência, ainda que do Pretório Excelso, não poderia criar requisitos de admissibilidade para os recursos extraordinários e especial, tarefa conferida exclusivamente à Constituição Federal. O prequestionamento não foi criado pela Súmula do Pretório Excelso (STF 282 e 356). Nossa Corte Suprema apenas explicitou o texto constitucional, interpretando-o. Quer dizer, o STF interpretou o sentido da expressão "causas decididas, constante do texto constitucional". NERY JUNIOR, N. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 280-282.

[282] BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 22, I. Compete privativamente à União legislar sobre direito processual.

De acordo com os adeptos da corrente, o prequestionamento não seria um fim em si mesmo, nem tampouco instituto com autonomia e subsistência próprias. Seria, na verdade, um dos meios para chegar-se ao requisito de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, que é o do cabimento recursal[283]. Em outras palavras, o prequestionamento não seria um requisito autônomo de admissibilidade dos recursos excepcionais, mas um elemento do seu exame de cabimento.

Márcio Carvalho Faria sintetiza bem a questão controvertida, nos seguintes termos:

> Até mesmo por se tratar de tema de contornos eminentemente jurisprudenciais, não há consenso quanto à natureza jurídica do prequestionamento. Para alguns, deveria ser considerado como requisito autônomo de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário, ao lado de tantos outros como o preparo, a tempestividade e a regularidade formal. Para outros, porém, o prequestionamento não se constituiria em requisito em si, apenas fazendo parte do cabimento, esse sim, o verdadeiro requisito de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário. Isso se daria porque, tratando-se, como se trata, de matéria atinente aos recursos (e ao próprio direito processual), somente a CF/1988 e a lei processual poderiam modificar, extinguir ou criar requisitos de admissibilidade (art. 22, I, da CF/1988 (LGL\1988\3)). Desse modo, como não haveria, no direito positivo, nada a respeito, de modo explícito, não se poderia falar em "requisito autônomo" recursal, pelo que, por consequência, o prequestionamento somente poderia estar contido em outro, qual seja, o cabimento. Por esse ponto de vista, sem causa decidida, o recurso excepcional seria incabível, porquanto as vias especiais não podem, por exigência do Constituinte, conhecer de matéria não apreciada preliminarmente[284].

Em que pese a divergência doutrinária, o prequestionamento é, na prática, reconhecido pelos Tribunais Superiores como um requisito de admissibilidade, uma das principais barreiras recursais do direito processual brasileiro, de forma a somente admitir-se recursos excepcionais para matérias realmente decididas, questionadas e enfrentadas[285] – conforme o disposto nos arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988.

---

[283] NERY JUNIOR, N. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 212.
[284] FARIA, M. C. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento? **Revista de Processo**. v. 211, 2012, p. 143-188, set. 2012, p. 146.
[285] DIDIER JUNIOR, F. **Novo CPC doutrina selecionada**. Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.045-1.074.

4.1.3 Modalidades de prequestionamento

Parte da doutrina entende irrelevante a discussão quanto à especificação do instituto, por entender que eventuais tipos de prequestionamento são apenas formas de materialização do que foi decidido pela instância *a quo*. Para Cassio Scarpinella Bueno, por exemplo, o que importa é "o que foi objeto de decisão e não a forma pela qual ela se apresenta"[286].

A parte mais expressiva da doutrina, diversamente, entende relevante a tipificação, dividindo o prequestionamento em três espécies ou graus distintos[287] (explícito, implícito e ficto) – que é o mesmo tratamento dado pelos Tribunais Superiores à questão[288].

Por este motivo, faz-se relevante o estudo individualizado dos graus do prequestionamento, conforme passamos a expor.

4.1.3.1 Prequestionamento explícito

O prequestionamento explícito, também conhecido por prequestionamento em grau máximo, ocorre quando o acórdão recorrido enfrenta expressamente a tese defendida no recurso excepcional, e nele consta registrado o dispositivo legal ou constitucional violado. Segundo Kátia Aparecida Mangone, "há quem entenda haver prequestionamento explícito em razão de constar expressamente o número do artigo constitucional ou lei federal na decisão recorrida"[289].

Ou seja, nesta hipótese, a decisão recorrida menciona e debate expressamente o dispositivo legal ou constitucional objeto do recurso excepcional – não há dúvidas quanto à identificação do prequestionamento.

A jurisprudência, igualmente, entende que, para a caracterização do prequestionamento explícito, o ato judicial impugnado deve ter decidido acerca dos dispositivos tidos como violados, conforme se vê do exemplo abaixo:

---

[286] BUENO, C. S. Quem tem medo do prequestionamento? **Revista Dialética de Direito Processual**. v. 1. São Paulo: Dialética, 2003, p. 23-53.
[287] MANGONE, K. A. **Prequestionamento e questão de ordem pública no recurso extraordinário e recurso especial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95.
[288] FARIA, M. C. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento? **Revista de Processo.** v. 211, 2012, p. 143-188, set. 2012, p. 145.
[289] MANGONE, K. A. **Prequestionamento e questão de ordem pública no recurso extraordinário e recurso especial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95.

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. BACENJUD. BLOQUEIO. PENHORA. EQUIVALÊNCIA. TRANSFERÊNCIA DE VALORES. PREMISSA RECURSAL AUSENTE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 7/STJ. OMISSÃO. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DESNECESSIDADE. 1. Para fins de conhecimento do recurso especial, é dispensável o prequestionamento explícito dos dispositivos tidos como violados, inexistindo contrariedade ao art. 535 do CPC/1973 quando a Corte de origem decide clara e fundamentadamente todas as questões postas a seu exame. 2. A premissa recursal de que houve transferência de valores bloqueados para a conta à disposição do juízo, tendo, portanto, ocorrido efetiva penhora, não encontra respaldo no acórdão recorrido. O atendimento à pretensão recursal, no caso dos autos, fica obstado pelo entendimento consolidado na Súmula 7/STJ. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1259035 MG 2011/0095224-8, Rel. Min. Og Fernandes, j. 05-04-2018, Segunda Turma, Public. 11/04/2018).

Ressalta-se que, conforme entende a Corte Superior, na hipótese de simples menção de artigos de lei, sem o debate acerca do preceito normativo, não se caracteriza o prequestionamento. A mera indicação do dispositivo legal não se presta a comprovar o requisito do prequestionamento[290].

4.1.3.2 Prequestionamento implícito

Já o prequestionamento implícito, também denominado grau médio, ocorre quando, apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida não menciona o dispositivo legal ou constitucional violado no recurso excepcional. Ou seja, é possível considerar prequestionamento implícito aquele no qual “o Tribunal de origem emite juízo de valor em torno da tese recurso, ainda que de maneira sucinta e sem referência aos dispositivos legais tidos por violados”[291].

O prequestionamento implícito se distingue do explícito na medida em que neste o tribunal decide a questão à luz da norma jurídica violada e indica o dispositivo

[290] Conforme ementa de precedente do STJ, “o prequestionamento, como requisito de admissibilidade para a abertura da instância especial, é admitido não só na forma explícita, mas, também, na forma implícita, o que não dispensa, no entanto, o necessário debate acerca da matéria controvertida. 3. A simples indicação de preceito legal, sem que sobre ele tenha havido a emissão de um juízo de valor no acórdão recorrido, não configura prequestionamento implícito apto a inaugurar a instância especial”. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp 241900 MG 2012/0214489-5.
[291] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. n. 1.370.152/RJ, Terceira Turma, Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 10-11-2015, DJe 13-11-2015.

correspondente na decisão impugnada, enquanto naquele o acórdão recorrido decide a questão, mas não menciona o dispositivo de lei violado.

José Miguel Garcia Medina esclarece detalhadamente a questão:

> Ainda no que tange à configuração do prequestionamento, há que se determinar o que se deva entender por prequestionamento implícito, e qual a diferença deste com o chamado prequestionamento explícito. Há, na doutrina e na jurisprudência, pelo menos duas concepções acerca do que se deva considerar prequestionamento implícito e explícito: Para uma concepção, prequestionamento implícito ocorre quando, apesar de mencionar a tese jurídica, a decisão recorrida não menciona a norma jurídica violada, e prequestionamento explícito quando a norma jurídica violada tiver sido mencionada pela decisão recorrida. Para outro entendimento, há prequestionamento implícito quando a questão foi posta à discussão no primeiro grau, mas não foi mencionada no acórdão que, apesar disso, a recusa, implicitamente. Explícito, assim, seria o prequestionamento quando houvesse decisão expressa acerca da matéria no acórdão [...] O primeiro entendimento relativo à diferença existente entre prequestionamento explícito e implícito, como visto, toma por base a existência ou inexistência de menção expressa ao texto constitucional ou de lei federal que se reputa violado [...] Prequestionamento implícito, para essa outra acepção, ocorre quando a questão foi posta à discussão perante a instância ordinária mas não mencionada pela decisão, que, apesar disso, a recusaria, implicitamente[292].

A aceitação desses dois graus de prequestionamento é diferente nos âmbitos do STF e do STJ, na medida em que o primeiro não aceita o prequestionamento implícito para conhecer o recurso extraordinário, mas o segundo aceita a modalidade para conhecimento do recurso especial[293].

A situação é facilmente vislumbrada ao se comparar julgados de ambos os tribunais, enquanto a Suprema Corte assim entende:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PREQUESTIONAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. INADMISSIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282/STF E 356/STF. ADMINISTRATIVO. LOTERIA. SERVIÇO PÚBLICO. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O STF não

[292] MEDINA, J. M. G. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 318-320.

[293] Conforme esclarece Márcio Carvalho Faria, “em síntese, percebe-se que o STJ admite a figura do prequestionamento implícito, ao passo que o STF, por seu turno, é contrário a esse entendimento. O que diverge, porém, é a concepção, para cada ministro, do que seria prequestionamento implícito ou explícito”. FARIA, M. C. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento? **Revista de Processo**. v. 211, 2012, p. 143-188, set. 2012, p. 145.

> admite a tese do chamado prequestionamento implícito, sendo certo que, caso a questão constitucional não tenha sido apreciada pelo Tribunal *a quo*, é necessária e indispensável a oposição de embargos de declaração, os quais devem trazer a discussão da matéria a ser prequestionada, a fim de possibilitar ao Tribunal de origem a apreciação do ponto sob o ângulo constitucional. II – É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica a revisão da interpretação de normas infraconstitucionais que fundamentam o acórdão recorrido, dado que apenas ofensa direta à CF/1988 enseja a interposição do apelo extremo. III – Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE: 1347790 MG 0021766-25.2002.4.01.3800, Rel. Ricardo Lewandowski, j. 21-02-2022, Segunda Turma, Public. 03-03-2022).
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INSUFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL. APOSENTADORIA APÓS A PROMULGAÇÃO DA EC 41/2003 PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. COMPLEMENTAÇÃO DOS PROVENTOS SEM RESPALDO EM LEI ESPECÍFICA. PREQUESTIONAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. INADMISSIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282/STF E 356/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Nos termos da orientação firmada nesta Corte, cabe ao recorrente demonstrar de maneira formal e fundamentada a existência de repercussão geral da matéria constitucional em debate no recurso extraordinário, ainda que se trate de repercussão geral presumida ou reconhecida em outro recurso. II – O STF não admite a tese do chamado prequestionamento implícito, sendo certo que, caso a questão constitucional não tenha sido apreciada pelo Tribunal *a quo*, é necessária e indispensável a oposição de embargos de declaração, os quais devem trazer a discussão da matéria a ser prequestionada, a fim de possibilitar ao Tribunal de origem a apreciação do ponto sob o ângulo constitucional. IIII – Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE: 1340121 SC 0300644-29.2015.8.24.0282, Rel. Ricardo Lewandowski, j. 04-11-2021, Segunda Turma, Public 09-11-2021).

O STJ já decidiu que:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PRESCRIÇÃO. AÇÃO REGRESSIVA ACIDENTÁRIA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. OCORRÊNCIA. 1. Há prequestionamento implícito quando a Corte de origem, mesmo sem a menção expressa ao dispositivo de lei federal tido por violado, manifesta-se, no acórdão impugnado, acerca da tese jurídica apontada pelo recorrente, situação verificada na hipótese. 2. *In casu*, o prazo prescricional a ser aplicado na presente ação regressiva acidentária, previsto no art. 120 da Lei 8.213/1991, foi devidamente prequestionado no aresto recorrido, porém em sentido contrário à jurisprudência desta Corte, de modo que houve violação ao art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. 3. Agravo interno desprovido (BRASIL. Superior Tribunal de justiça. AgInt no REsp:

> 1767869 ES 2018/0243151-7, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 18-05-2020, Primeira Turma, Public. 04-06-2020).
>
> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. OCORRÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO. DIREITO À COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS TRIBUTÁRIOS NÃO ATINGIDOS PELA PRESCRIÇÃO. DECLARAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. "Ocorre prequestionamento implícito quando, a despeito da menção expressa aos dispositivos legais invocados, o Tribunal *a quo* emite juízo de valor acerca de questão jurídica deduzida no recurso especial" (AgInt no REsp 1878642/PB, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/11/2020, DJe 18/12/2020). 2. O provimento alcançado em mandado de segurança que visa exclusivamente a declaração do direito à compensação tributária (Súmula 213 do STJ) tem efeitos exclusivamente prospectivos, os quais somente serão sentidos posteriormente ao trânsito em julgado (art. 170-A do CTN), quando da realização do efetivo encontro de contas, o qual está sujeito à fiscalização pela administração tributária. 3. Para essa espécie de pretensão mandamental, o reconhecimento do direito à compensação de eventuais indébitos recolhidos anteriormente à impetração ainda não atingidos pela prescrição não importa em produção de efeito patrimonial pretérito, vedado pela Súmula 271 do STF, visto que não há quantificação dos créditos a compensar e, por conseguinte, provimento condenatório em desfavor da Fazenda Pública à devolução de determinado valor, o qual deverá ser calculado posteriormente pelo contribuinte e pelo fisco no âmbito administrativo segundo o direito declarado judicialmente ao impetrante. 4. Agravo interno não provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp: 1840283 RS 2019/0289157-0, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 14-06-2021, Primeira Turma, Public. 17-06-2021).

Vê-se, portanto, que, enquanto o STJ entende ser dispensável a referência expressa da norma federal violada no acórdão recorrido, bastando que o tema tenha sido tratado na decisão, o STF entende que o prequestionamento somente se configura quando houver menção explícita ao artigo constitucional violado.

4.1.3.3 Prequestionamento ficto

O prequestionamento ficto, conforme se depreende da própria nomenclatura, é uma ficção jurídica. O nome dado recai exatamente sobre seu significado morfológico – uma ficção entre a interposição de embargos de declaração com intuito de prequestionamento e a consequente possibilidade de ausência de resposta jurisdicional sobre a omissão[294].

[294] DIDIER JUNIOR, F. **Novo CPC doutrina selecionada**. Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.045-1.074.

Também chamado de grau mínimo, o prequestionamento ficto ocorre quando a parte interpõe embargos de declaração perante a instância ordinária com o intuito de prequestionar determinada matéria, mas o tribunal não se manifesta sobre a questão. Então, mesmo que os aclaratórios não sejam acolhidos e que a matéria não conste da decisão judicial, estaria assegurado o requisito do prequestionamento, abrindo-se a oportunidade de interposição de recursos excepcionais[295].

Esse posicionamento surgiu da interpretação da Súmula n. 356/STF, a qual dispõe: "o ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por falta do requisito de prequestionamento".

Analisando a súmula mencionada, observa-se que, se parte opuser embargos declaratórios com o intuito de sanar o ponto omisso sobre o qual o tribunal de origem deveria ter se manifestado, este ponto poderá ser considerado prequestionado.

No entanto, embora se trate de entendimento sumulado, a divergência de posicionamento dos Tribunais Superiores quanto à existência de prequestionamento implícito era compartilhada pelo prequestionamento ficto. Isso porque, sob a égide do CPC/1973, essa modalidade era aceita pelo STF, mas rejeitada pelo STJ[296].

Ocorre que, até recentemente, vigorava a Súmula n. 211/STJ, segundo a qual seria "inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de aclaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*". Assim, se o Tribunal não tivesse sanado a omissão apontada pela parte em embargos de declaração regularmente opostos, como acontecia no STF, o STJ declarava a nulidade do acórdão recorrido e determinava que o juízo de segundo grau proferisse novo julgamento, manifestando-se sobre a questão omitida por ele.

O CPC/2015 pacificou a questão, positivando a oposição de embargos de declaração como forma de prequestionamento[297].

Esse entendimento parece ter sido muito acertado porque, a despeito da oposição de embargos de declaração, a parte não possui meios de obrigar o tribunal

---

[295] BUENO, C. S. Duas "novidades" em torno dos recursos extraordinários em sentido lato. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 84, p. 201-205, out.-dez.1996.

[296] Súmula n. 211/STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*;

[297] BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade;

local a suprir eventual omissão para que se tenha a “causa decidida” exigida constitucionalmente.

É preciso salientar, por fim, que o prequestionamento ficto não se presta a todo e qualquer tipo de omissão. Ocorre apenas quando houver omissão por parte do tribunal de segundo grau, mesmo diante da interposição de embargos de declaração. Isso quer dizer que a matéria deve ter sido agitada desde a apelação ou contrarrazões[298].

4.2 Prequestionamento e descrição dos fatos na decisão recorrida

Como vimos no capítulo anterior, os recursos excepcionais também podem ser utilizados para provocar os tribunais superiores a refazer o processo subsuntivo – ou seja, a reavaliar a adequação da norma aplicada pelo juízo *a quo* ao quadro fático que lhe foi apresentado. Caso o juízo *a quo* realize esse processo de forma equivocada – fazendo incidir sobre os fatos o dispositivo de lei errado – haverá uma ilegalidade de raiz, e tudo que dela derivar será igualmente ilegal.

Acontece que, como aprofundado oportunamente, os tribunais superiores não reveem provas – embora possam rever fatos, conforme descritos na decisão impugnada, para realizar o juízo de cassação. Isto posto, percebe-se que a decisão recorrida deve conter a descrição dos fatos e do direito aplicado, garantindo que o processo subsuntivo feito pelo juízo *a quo* possa ser avaliado e, se for o caso, refeito pelos tribunais superiores.

Ou seja, para que uma decisão possa ser objeto de recurso excepcional, é necessário que os fatos estejam ampla e detalhadamente descritos na própria decisão recorrida. O eventual equívoco cometido pelo julgador no momento de fazer a subsunção do fato ao direito – erro na solução normativa aplicada pelo Tribunal *a quo* – deve estar evidente na decisão impugnada.

---

[298] A conclusão foi alcançada a partir da leitura de diversos julgados do STF, como o seguinte: “Os embargos de declaração não servem para questionar originariamente a ofensa ao texto constitucional não aventada anteriormente”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AI 502408 AgR/SP, Primeira Turma, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, j. 26-10-2004, DJ 26-11-2004.

O dever de motivação é inerente ao Estado Constitucional[299] e constitui "verdadeiro banco de prova do direito ao contraditório" das partes[300]. Há, para tanto, uma razão de ordem técnica extremamente relevante: a impugnabilidade tem como pressuposto a fundamentação do objeto impugnado.

Não por acaso a doutrina associa a fundamentação das decisões judiciais ao contraditório e ao direito ao processo justo. Sem motivação, a decisão judicial perde duas características essenciais: (i) a justificação da norma jurisdicional para o caso concreto e (ii) a capacidade de orientação de condutas sociais. Perde, em outras palavras, o seu caráter jurisdicional[301].

O ordenamento jurídico brasileiro acolheu, de forma unânime e coerente, esse posicionamento. A CF/1988 determina que "todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade"[302]. O entendimento também foi adotado pelo CPC/2015, que determina que as decisões judiciais sejam fundamentadas e estabelece padrões mínimos para tanto.

Ocorre que a decisão judicial é o momento no qual ocorre a interpretação e a aplicação do direito ao caso concreto no processo judicial. O juiz, a partir do diálogo com as partes, interpreta e aplica o direito a fim de resolver a controvérsia apresentada em juízo. Assim, é a fundamentação da decisão que permite às partes tomarem ciência dos critérios utilizados, dando oportunidade à eventual impugnação. Em termos jurídicos, pouco importam as razões psicológicas que levaram o magistrado a decidir. O que interessa é se existem razões jurídicas que suportam validamente dentro da ordem jurídica a tomada da decisão judicial – importam as razões oriundas do ordenamento jurídico capazes de justificar a decisão.

Assim, as decisões, sentenças e acórdãos devem ser apoiadas em razões que as justifiquem, para aferição da sua validade e para permitir o seu controle do ponto

---

[299] MOREIRA, J. C. B. A **motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 83-95.

[300] MARINONI, L. G. **Recurso extraordinário e recurso especial**: do *jus litigoris* ao *jus constitutionis.* 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2012, p. 272.

[301] Sobre a ligação entre o conceito de jurisdição e a necessidade de motivação das decisões judiciais: MARINONI, L. G; ARENHART, S. C; MITIDIERO, D. **Curso de processo civil**. v. I. São Paulo: RT, 2015.

[302] BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do STF, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

de vista da ordem jurídica – é a partir das razões justificadoras da decisão que será possível controlá-la intersubjetivamente.

4.2.1 A fundamentação das decisões judiciais sob a égide do CPC/2015

O CPC/2015 dedicou particular atenção à fundamentação das decisões, especialmente no que tange à interpretação do direito. Tanto é assim que, além de ligá-la diretamente ao exercício do direito ao contraditório, referiu expressamente o que entende por decisão não fundamentada[303].

Ou seja, para que uma decisão seja considerada fundamentada, sob a égide do art. 489, § 1º, do CPC/2015 exige-se (i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para individualização das normas aplicáveis, verificação das alegações de fato e qualificação jurídica do suporte fático; (ii) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre esses enunciados e (iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz sido apropriada[304].

Muito embora o art. 489, § 1º, faça alusão expressa apenas à sentença, seus dispositivos alcançam igualmente os acórdãos – e, em especial, pelo valor de precedente que suas razões podem adquirir, os acórdãos que decidem recursos excepcionais.

O dispositivo evidencia que as decisões judiciais – sejam decisões interlocutórias, sentenças ou acórdãos – não fundamentadas são, na verdade, aquelas inadequadamente fundamentadas. São, pois, duas situações juridicamente equivalentes – e apenas este entendimento faz jus à previsão constitucional de que as decisões judiciais sejam motivadas[305].

---

[303] BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Art. 489. São elementos essenciais da sentença: III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

[304] MARINONI, L. G. **Recurso extraordinário e recurso especial**: do *jus litigoris* ao *jus constitutionis.* 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2012, p. 274.

[305] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 424.

A necessidade de individualização das normas aplicáveis presta-se a impedir que o magistrado se limite à indicação, reprodução ou paráfrase do texto legal. Ou seja, não basta indicar o dispositivo legal que, segundo o magistrado, seria aplicável ao caso em análise, nem reelaborar a norma aplicável com o emprego de linguagem diferente. É preciso explicar o porquê da escolha da norma para solucionar a situação concreta.

É necessário, igualmente, o magistrado explicar o liame entre a norma eleita e o caso concreto a ser decidido, quando for aplicado para o caso conceito indeterminado ou cláusula geral[306]. Se não se outorga sentido ao termo vago e não se demonstra a razão pela qual é pertinente ao caso concreto, não se considera individualizado o direito aplicado.

Também a forma de harmonização – em caso de conflito entre possíveis soluções normativas – deve ser esclarecida, explicando-se os critérios empregados na ponderação efetuada pelo juízo.

Outrossim, são graves problemas relacionados ao processo de individualização (i) a invocação de precedentes sem justificativa da identidade ou semelhança entre os casos e (ii) a omissão de justificativa capaz de levar à distinção entre o caso sentenciado e o caso invocado como precedente.

Ademais, se determinada decisão apresentar fundamentação que serve para justificar qualquer decisão, é porque não particulariza o caso concreto. A fundamentação padrão, desligada de qualquer aspecto da causa, demonstra a inexistência de consideração judicial pela demanda proposta pela parte. Não se consideram fundamentadas, assim sendo, decisão judicial cujos motivos elencados serviriam para justificar qualquer outra decisão.

O processo de individualização das normas aplicáveis assegura que a decisão será proferida pelo magistrado dentro da moldura delineada pelo debate processual. Do contrário, a fundamentação passaria a ser ato meramente burocrático, que não

---

[306] Os conceitos indeterminados (ou vagos) são aqueles cujo referencial não é nítido no mundo dos fatos. Assim, e por isso, é necessário que se explique por que “José é um bom pai de família”, por que se está, em certo caso concreto, “atendendo ao interesse público”, porque a “marca x é notória”, etc. As cláusulas gerais, por sua vez, ao lado dos princípios jurídicos e dos conceitos vagos, que cada vez mais integram os textos das leis, são elementos característicos do direito contemporâneo. Não são só expressões vagas, mas são caracterizadas por intensa coloração axiológica. Incorporam valores, que devem ser concretizados pelo magistrado em sua decisão. ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 426.

satisfaria nem as partes, nem a sociedade, no que diz respeito ao direito que tem de obter do Poder Judiciário decisões realmente fundamentadas.

Para além do exposto, para verificar se a decisão é adequadamente fundamentada, é necessário dela constar o enfrentamento de todos os argumentos capazes de afastar a conclusão adotada pelo órgão julgador.

Em que pese o CPC/2015 tenha se preocupado apenas com a fundamentação do direito, é certo que o dever de fundamentação também alcança a necessidade de uma justificativa no que tange aos fatos e quanto à prova das alegações[307].

A forma pela qual o CPC/2015 trata o dever de motivação da decisão judicial facilita a elaboração e o julgamento dos recursos excepcionais, já que o normativo impõe que o acórdão contenha elementos que podem levar à facilitação significativa da fase de rejulgamento. Ou seja, a fundamentação adequada das decisões tem o condão de sanear questões fáticas e de direito que podem ser úteis ao julgamento dos recursos extraordinário e especial.

Em outras palavras, os Tribunais Superiores encontram, na própria decisão recorrida, os fundamentos para cassá-la, invalidando a conclusão a que se chegou o juízo de origem, e reformá-la, acolhendo elementos de fato e de direito afastados, considerados irrelevantes ou não convincentes.

4.2.2 A necessidade de se incluir a descrição completa dos fatos no acórdão

Os Tribunais Superiores recebem a situação fática do caso concreto através da descrição dada pela instância inferior – para identificar a existência, ou não, de violação a direito positivo constitucional ou federal.

Dessa forma, por evidente, os padrões para se considerar uma sentença proferida por juízo de primeiro grau satisfatoriamente fundamentada não são os mesmos para se aferir estar ou não satisfatoriamente fundamentada uma decisão proferida por órgão de segundo grau de jurisdição[308].

---

[307] MARINONI, L. G. **Recurso extraordinário e recurso especial**: do *jus litigoris* ao *jus constitutionis.* 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2012, p. 273.

[308] Conforme apontado por Teresa Arruda Alvim Wambier, a distinção foi trazida por Joaquim Felipe Spadoni, para quem, naquilo que diz respeito às decisões proferidas em primeiro grau, interlocutórias ou sentenças, realmente não é necessário que o magistrado se manifeste expressamente sobre todas as questões fáticas e jurídicas suscitadas pelas partes em defesa de suas pretensões. Isso porque os recursos cabíveis da decisão interlocutória e da sentença, meios de controle da decisão, são o agravo e a apelação, que possuem efeito devolutivo amplo. Para a controlabilidade das decisões de primeiro grau, basta, realmente, que o magistrado exponha, com clareza e logicidade, os

As diferenças decorrem, principalmente, do fato de os acórdãos serem potencialmente sujeitos à interposição de recursos excepcionais, cujo âmbito de devolutividade é restrito à questão federal ou constitucional.

O efeito devolutivo, presente em todos os recursos[309], é aquele por meio do qual o conhecimento da matéria é devolvido ao órgão judicante, seja ao órgão prolator da decisão impugnada, seja ao órgão superior[310].

Geralmente, a interposição de recurso devolve à apreciação do órgão jurisdicional ao qual é direcionado apenas a matéria recorrida – é o que se chama de efeito devolutivo horizontal, delimitado pelo art. 1.002 do CPC/2015, e consagrado no princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*[311]. Contudo, em que pese o tribunal ficar vinculado aos limites do pedido de nova decisão formulado pelo recorrente, quanto aos fundamentos desse pedido, é livre para apreciar a todos. É o que se denomina efeito devolutivo vertical[312].

A devolutividade se manifesta com maior ou menor intensidade de acordo com o âmbito de cabimento do recurso. No caso dos recursos excepcionais, a doutrina costuma defini-la como "restrita ou extraordinária", devido às limitações quanto à extensão e profundidade – uma vez que apenas tem cabimento quando presente alguma das hipóteses previstas nos arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988.

Por isso, a leitura do acórdão, única e exclusivamente, deve revelar a ofensa à lei federal ou à Constituição, além dos fatos necessários à sua compreensão. Por esse motivo, muitos elementos que não precisam, necessariamente, constar de uma

---

fundamentos fáticos e jurídicos de sua decisão, enfrentando as questões que se apresentam como preliminares ou prejudiciais ao seu raciocínio, não se revelando juridicamente imprescindível sua manifestação e decisão a respeito de todas as questões fáticas e jurídicas suscitadas pelas partes. Independentemente do julgamento destes, poderão as partes recorrer e o tribunal *ad quem* verificar, de forma suficiente e adequada, a correção do julgamento proferido em primeiro grau. Já no que se refere às decisões proferidas em segundo grau de jurisdição, todas as questões fáticas e jurídicas suscitadas pelas partes, e cuja apreciação explícita no acórdão se revela necessária para o manejo de recurso excepcional eventualmente cabível, são de apreciação obrigatória pelo tribunal. Isto porque estes recursos são de estrito direito e possuem efeito devolutivo restrito à questão federal ou constitucional. ALVIM, T. A. **Embargos de declaração**: como se motiva uma decisão judicial? 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 164.

[309] Parte da doutrina considera que só haveria efeito devolutivo nos casos em que a lei atribui competência a outro órgão, hierarquicamente superior, para apreciar a matéria objeto do recurso. Sob esse prisma, não haveria efeito devolutivo no recurso de embargos de declaração e no agravo interno quando houvesse a retratação da decisão pelo juiz que a prolatou. MOREIRA, J. C. B. **O novo processo civil brasileiro**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 143.

[310] NERY JUNIOR, N. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 401.

[311] MARINONI, L. G; ARENHART, S. C; MITIDIERO, D. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. II. São Paulo: RT, 2015, p. 522-523.

[312] MARINONI, L. G; ARENHART, S. C; MITIDIERO, D. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. II. São Paulo: RT, 2015, p. 523-524.

sentença, devem constar de um acórdão – sob o risco de inviabilizar a admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário[313].

Na verdade, afirma-se que uma decisão pode estar suficientemente fundamentada, no sentido estrito da expressão, embora a mesma decisão possa ser considerada incompleta. Ou seja, decisão fundamentada e decisão completa são conceitos que têm significados distintos. Uma decisão completa é, necessariamente, fundamentada, mas a recíproca não é verdadeira. A suficiência da fundamentação não implica necessariamente uma decisão completa[314].

A decisão impugnável por recurso extraordinário ou especial precisa conter não apenas a norma que se afirma ter sido violada, mas a descrição completa do quadro fático ao qual esta norma foi aplicada. Ocorre que os tribunais superiores não reexaminam provas, embora possam reexaminar fatos, para realizar o juízo de cassação. O acórdão impugnado deve, portanto, conter a descrição completa dos fatos, de modo a ensejar que o processo subsuntivo feito pelo tribunal *a quo* possa ser avaliado[315].

É oportuno, nesse momento, retomar rapidamente a distinção entre questão de fato e questão de direito trazida no capítulo anterior, para se identificar na subsunção uma questão de direito.

Conforme apontado, apesar dos esforços doutrinários para distinguir fato e direito (e do desenvolvimento da teoria tricotômica como resposta às situações obscuras), essa distinção é, em última instância, artificial. É possível pensar, contudo, em questões predominantemente de fato e questões predominantemente de direito.

O parâmetro mais adequado para se estabelecer essa distinção, ao menos sob a ótica da utilidade prática, é o foco sobre o qual deve recair a atenção do órgão julgador – que deve ser responsável por determinar se diz respeito à questão de fato ou de direito.

Entretanto, há situações nas quais a inadequação da decisão recorrida não se encontra no aspecto fático ou no aspecto positivo do fenômeno jurídico, mas no

---

[313] ALVIM, T. A. **Embargos de declaração**: como se motiva uma decisão judicial? 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 128-138.
[314] ALVIM, T. A. **Embargos de declaração**: como se motiva uma decisão judicial? 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 128-138.
[315] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 342-343.

processo subsuntivo[316]. A subsunção é facilmente identificável como uma questão de direito – cujos vícios são passíveis de questionamento por recursos excepcionais[317].

Na maioria dos casos, todavia, a verificação e a correção da ilegalidade mencionada dependem do reexame do material probatório constante dos autos, para verificar a adequação dos fatos à norma feita pela instância inferior. Nessas situações, devido à vedação dos Tribunais Superiores ao reexame de fatos e provas do processo, a questão, essencialmente de direito, é transformada em questão de fato, pelo menos tecnicamente, e o recurso interposto com base nela não é conhecido[318].

Nesse cenário, percebe-se a diferença entre a questão de fato e a questão de direito pelo critério técnico-processual, tratada no capítulo anterior. Assim, refazer a subsunção é questão ontologicamente de direito. No entanto, só será questão de direito de acordo com o critério técnico-processual se não for necessário reexaminar as provas dos autos.

Daí a necessidade de constarem no acórdão recorrido todas as circunstâncias fáticas aptas a demonstrar, por meio de simples leitura, que a solução adotada na decisão impugnada está equivocada, estando em face de uma inconstitucionalidade ou de uma ilegalidade.

Com efeito, se o magistrado somente inclui na decisão os fatos em que efetivamente baseou a solução normativa encontrada, e não aqueles que foram por ele desprezados, torna-se impossível para a parte demonstrar, para admissibilidade do recurso excepcional, que a conclusão adotada deveria ser distinta, porque outros fatos deveriam ter sido considerados pelo acórdão[319].

A própria jurisprudência reconhece a importância da manifestação acerca de questões relevantes pelo Tribunal de 2º grau, admitindo o dever do órgão judicial pronunciar-se sobre todos os pontos, de fato e de direito, relevantes para o deslinde da causa, sendo-lhe vedado discriminar qualquer deles, optando por manifestar-se a respeito de alguns e silenciando-se acerca de outros, conforme se vê abaixo:

---

[316] É o caso, por exemplo, das *mixed questions*, nas quais não é possível distinguir os aspectos fáticos dos aspectos de direito sob nenhum critério.
[317] ALVIM, T. A. **Embargos de declaração**: como se motiva uma decisão judicial? 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 139.
[318] ALVIM, T. A. **Embargos de declaração**: como se motiva uma decisão judicial? 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 139.
[319] ALVIM, T. A. **Embargos de declaração**: como se motiva uma decisão judicial? 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 195.

> PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO RESCISÓRIA – REVISÃO DE PROCESSO DISCIPLINAR – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO QUANTO À ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE DOCUMENTO – ARTS. 165, 458, II E 535, I e II, DO CPC – VIOLAÇÃO EXISTENTE – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA.
> [...]
> 2 – Correta é a irresignação do embargante quando o Tribunal *a quo* deixa de apreciar a questão invocada, impossibilitando seu exame por esta Corte. Havendo omissão, esta deve ser corrigida, pois os embargos declaratórios integralizam o julgado de mérito. Aplicação do art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil.
> 3 – Incumbe ao órgão judicial pronunciar-se sobre todos os pontos, de fato e de direito, relevantes para o deslinde da causa, sendo-lhe vedado discriminar qualquer deles, optando por manifestar-se a respeito de alguns e quedando-se silente acerca de outros. Inteligência ao art. 458, II, do Estatuto Processual Civil.
> 4 – Precedentes (EREsp n. 141.876/DF e REsp n. 168.641/DF).
> 5 – Recurso conhecido e provido para, anulando o v. acórdão *a quo*, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que este se pronuncie acerca da matéria omitida".
> (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 509953/RS; Rel. Min. Jorge Scartezzini, Public. 08-03-2004, p. 319)[320].

Conclui-se, ante o exposto, que a decisão do tribunal *a quo*, sujeita a recursos excepcionais, deve ser completa, e não somente suficientemente fundamentada, para não gerar prejuízos às partes. Com efeito, como a decisão exauriente é tida como pressuposto de admissibilidade do possível recurso, eventual prolação de decisão incompleta pela instância ordinária tem o condão de prejudicar o exercício do direito ao contraditório do recorrente.

4.2.3 O dever de declaração do voto vencido no CPC/2015 – superação da Súmula n. 320/STJ

Outro aspecto relevante ao prequestionamento trazido pelo diploma processual civil recente foi o dever de declaração do voto vencido para todos os fins legais.

Até então, compreendia-se não ter havido prequestionamento da matéria do recurso excepcional se a matéria tivesse sido objeto apenas do voto vencido. À época, entendia-se que o pronunciamento recorrível resultava dos votos oriundos da maioria

[320] No mesmo sentido: BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 957.353/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 25-11-2008, DJe 16-12-2008. Trecho do voto: "É certo que o Tribunal de origem não está obrigado a se manifestar sobre todos as questões levantadas pelas partes, podendo dar solução à lide segundo os argumentos que lhe parecerem relevantes. Ocorre que a omissão apontada pela recorrente é relevante, pois, sem superá-la com motivação explícita, o Tribunal de origem não poderia, logicamente, manter suas conclusões".

pois, como o voto vencido não compunha o acórdão, não atenderia ao requisito do prequestionamento[321].

O entendimento acima era partilhado tanto pelo STF, cuja jurisprudência consolidou-se pela impossibilidade de análise de questão contida unicamente em voto vencido[322], quanto pelo STJ, no qual vigorava a Súmula n. 320/STJ, publicada no Diário de Justiça em 18-10-2005 ("a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento").

Entretanto, o legislador do CPC/2015 dispôs, no art. 941, § 3º, que o voto vencido deve ser declarado, sendo legalmente considerado parte do acórdão para todos os efeitos – principalmente para fins de prequestionamento.

Com isso, na hipótese de a questão federal infraconstitucional ou constitucional ser julgada apenas no voto divergente, o recorrente fica dispensado de manejar embargos declaratórios para fazer constar o teor do voto vencido no voto da maioria.

A orientação encampada pelo normativo revogou a Súmula n. 320/STJ[323] e derrogou uma das maiores dificuldades enfrentadas pelas partes no que tange à admissão do recurso especial e do recurso extraordinário. Com efeito, a integração obrigatória do acórdão também pelo voto vencido, para a finalidade de prequestionamento, facilita a recorribilidade extraordinária. A falta de juntada do voto vencido ao acórdão, com seus fundamentos, é, inclusive, considerada causa de nulidade do julgado.

---

[321] ASSIS, A. **Manual dos recursos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 748.

[322] RECURSO – PREQUESTIONAMENTO – CAMPO PROPÍCIO. O PREQUESTIONAMENTO PRESSUPÕE A ADOÇÃO DE TESE PELO ÓRGÃO PROLATOR DA DECISÃO ATACADA. HÁ DE TER ORIGEM EM MANIFESTAÇÃO EXPLÍCITA DO COLEGIADO SOBRE O TEMA JURÍGENO VEICULADO NO RECURSO. A ANÁLISE CONTIDA, UNICAMENTE, EM VOTO VENCIDO, MOSTRA-SE IRRELEVANTE. O SILÊNCIO DA MAIORIA NÃO É PASSÍVEL DE SER AFASTADO PELO FATO DE O DISSIDENTE HAVER ESGRIMIDO O TEMA, ISTO NA DECLARAÇÃO DE VOTO JUNTADA AOS AUTOS. ENTENDIMENTO DIVERSO IMPLICA A CONSAGRAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO, PRESUMINDO-SE REFUTADA A MATÉRIA DE DEFESA. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 131739, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, j. 06-10-1992, DJ 06-11-1992.

[323] Como esclarece Cassio Scarpinella Bueno, "da previsão normativa decorre, inquestionavelmente, a superação da orientação contida no enunciado da Súmula 320 do STJ. Mais que superação, a hipótese é de clara perda de fundamento de validade de uma orientação jurisprudencial com o advento de uma nova lei em sentido contrário. Porque o recurso extraordinário e o recurso especial são dirigidos ao acórdão como um todo (ainda que a determinado capítulo dele), o voto vencido – ou os votos, na hipótese de ter sido aplicada a técnica de colegiamento do art. 942 – tem o condão de demonstrar de que maneira a questão constitucional e a questão federal infraconstitucional foram tratadas e decididas, ajudando na sua compreensão como um todo e, destarte, tornando mais evidente o indevidamente chamado "prequestionamento" (em verdade, causa decidida) que, não por acaso, é mencionado no referido § 3º do art. 941. BUENO, C. S. 30 anos do STJ e prequestionamento: uma análise crítica do prequestionamento ficto diante do art. 1.025 do CPC. **Revista do Advogado**, v. 39, 2019, p. 48.

A inovação legislativa nos parece demasiadamente acertada, na medida em que, se a questão consta do voto vencido, é porque foi decidida pelo tribunal de segundo grau, mesmo que não tenha prevalecido. Como o prequestionamento é entendido como "causa decidida", é desarrazoado que a questão efetivamente decidida, embora não conste no voto vencedor, seja considerada não prequestionada.

4.3 Prequestionamento e embargos de declaração

Como visto, na vigência da CF/1946, fortaleceu-se a orientação de que, para a ocorrência do prequestionamento, seria determinante o enfrentamento da questão federal ou constitucional pela decisão recorrida.

Nessa época, a oposição de embargos de declaração contra o acórdão que posteriormente seria alvo de recurso extraordinário tornou-se, para parte da jurisprudência[324] e da doutrina, condição suficiente para o reconhecimento do prequestionamento[325].

Mais tarde, o entendimento foi endossado pela Súmula n. 356/STF, segundo a qual "o ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento". Sobre o enunciado, manifestou-se Alfredo Buzaid no sentido de que "através dos embargos declaratórios, se prequestiona no Tribunal de origem a questão federal, a qual fica, portanto, ventilada, independentemente da solução dada[326].

Nesse contexto, desenvolveu-se o entendimento de que, opostos embargos de declaração "prequestionadores" perante a instância originária, estaria aberta a via recursal excepcional, porque estaria suprido o requisito prequestionamento, mesmo que os aclaratórios não fossem conhecidos[327].

---

[324] No STJ, todavia, até a entrada em vigor do CPC/2015, prevalecia com força total a Súmula n. 211, segundo a qual é "inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*". RANÑA, Leonardo Fernandes. O prequestionamento no STJ: uma breve abordagem sobre a evolução desse fenômeno e sobre a dinâmica de julgamento do Recurso Especial diante das mudanças trazidas pelo CPC/2015. **Revista Caderno Virtual**. Disponível em: file:///C:/Users/Samsung/Downloads/3938-13617-1-SM%20(3).pdf. Acesso em: 23 jan. 2022.

[325] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 420.

[326] BUZAID, A. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 109, 1984.

[327] Nesse sentido, Raul Armando Mendes: "Todas as vezes que for alegada ofensa à Constituição ou violação à lei ou a direito federal, deve o recorrente prequestionar a controvérsia no Tribunal *a quo*,

O plenário do STF confirmou essa orientação no julgamento do Recurso Extraordinário n. 210.638, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence:

> I – RE: prequestionamento: 356.
> O que, a teor da Súm. 356, se pauta carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 210.638, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19-06-1998).

O CPC/2015 ratificou, em seu art. 1.025, a tendência jurisprudencial e positivou a questão – determinando que, defeituosa a decisão, basta à parte opor embargos de declaração para se considerar satisfeito o requisito do prequestionamento.

Ressalta-se que o prequestionamento ficto, conforme previsto pelo art. 1.025, ocorre *secundum eventum litis*, pois, apenas após a verificação, pelas Cortes Superiores, de que os embargos declaratórios opostos deveriam ter sido providos, é que se considera o prequestionamento da matéria[328].

Parte da doutrina aprovou a inovação legislativa, defendendo tratar-se de mudança que prestigia a racionalidade e a eficiência do sistema recursal, ao considerar que os recorrentes não devem depender da cooperatividade dos tribunais de segunda instância[329].

O reconhecimento do prequestionamento ficto, por evitar que a parte se submeta à "onerosa, demorada e inútil *via crucis*" para que seu recurso extraordinário ou especial seja conhecido, efetivaria os princípios da economicidade e celeridade do processo[330].

---

quando das razões do apelo. Em não cuidando o acórdão do tema aventado, deve opor embargos de declaração que, providos ou não, afastam o obstáculo à inadmissibilidade. MENDES, R. A. **Da interposição do recurso extraordinário**. São Paulo; Saraiva, 1984, p. 77.

[328] BECKER, R; PEIXOTO, M; A. **Embargos de declaração e prequestionamento**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/embargos-de-declaracao-e-pre-questionamento-28092017. Acesso em: 16 jan. 2022.

[329] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 347-348.

[330] KOEHLER, F. A. L. Do prequestionamento ficto como meio para efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo. *In*: **Revista ESMAFE**: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 10, p. 172. Recife: ESMAFE, 2006.

Com efeito, Luis Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini afirmam que o art. 1.025 do CPC/2015 “procura impedir que possa haver falta de prequestionamento por motivo não imputado à parte”. Dessa maneira, “afastam-se alguns dos óbices que indevidamente se punham à admissão dos recursos especial e extraordinário”[331].

Por isso, cabe à parte, exercendo legitimamente sua atividade de prequestionamento, fazer constar na decisão a questão federal ou constitucional violada, pleiteando ao órgão de origem que faça também integrar o acórdão as circunstâncias fáticas aptas a demonstrar, pela simples leitura da decisão recorrida, que a solução normativa pela qual se optou está equivocada, nos limites da devolutividade dos recursos extraordinários[332].

Fica evidente, em face do CPC/2015, que a parte tem poder de manejar embargos de declaração, provocando os Tribunais Superiores, por causa da extensão dada ao dever de fundamentar as decisões judiciais.

A mudança encampada pelo CPC/2015, com suporte no princípio da economia processual, de fato encurta a duração do processo, deixando de penalizar a parte que se empenhou, mas sem sucesso, para obter o prequestionamento da matéria. Evitam-se, ainda, “idas e vindas dos autos, com desnecessário gasto de tempo e dinheiro”[333].

Antes do estudo aprofundado das questões controversas relacionadas à mudança legislativa acerca do prequestionamento, porém, necessário abordar, brevemente, as noções gerais dos embargos de declaração – sedimentando as bases para a compreensão da nova sistemática do prequestionamento, à luz do CPC/2015.

4.3.1 Noções gerais

Os embargos de declaração, diversamente das demais modalidades recursais, não têm como objetivo cassar a decisão recorrida ou reformular seu conteúdo. Destinam-se, na realidade, a obter esclarecimento, integração ou correção material da decisão recorrida, tornando-a completa e inteligível[334].

---

[331] WAMBIER, L. R; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. v. 2. São Paulo: RT, 2016, p. 612.
[332] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 343.
[333] FERNANDES, L. E. S. Os embargos de declaração no projeto do CPC. *In*: DIDIER JUNIOR, F. *et al.* (org.). **Novas tendências no processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 275.
[334] WAMBIER, L. R; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. v. 2. São Paulo: RT, 2016, p. 587-588.

Por isso, parte da doutrina sustenta que os embargos de declaração têm raízes constitucionais, prestando-se a garantir o direito do jurisdicionado de ver os seus conflitos apreciados pelo Poder Judiciário. Naturalmente, este direito somente estará plenamente satisfeito se ao jurisdicionado for assegurada a prestação jurisdicional por meio de decisões claras, completas, fundamentadas e coerentes[335].

A modalidade recursal prevista no art. 1.022 do CPC/2015 permite que a decisão seja esclarecida, integrada ou corrigida pelo próprio órgão jurisdicional que a proferiu. Essa característica possibilita que, segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, os aclaratórios sejam um "poderoso instrumento de colaboração no processo, permitindo um juízo plural, aberto e ponderado a partir de um diálogo que visa a um aperfeiçoamento da tutela jurisdicional"[336].

O fato de a competência para julgamento ser do órgão judiciário que proferiu a decisão embargada decorre da ideia de que somente o autor do ato pode explicá-lo ou complementá-lo. Ninguém compreende melhor o pronunciamento judicial objeto dos embargos do que o próprio julgador que o proferiu, encontrando-se este em uma posição mais cômoda e vantajosa para realizar reparos ou complementações, se for o caso[337].

O legislador também determinou que qualquer decisão pode ser objeto de embargos de declaração, inclusive aquelas que, em geral, são consideradas irrecorríveis – o que Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha denominam de "ampla embargabilidade"[338], conforme se observa abaixo:

> Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:
> I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;
> II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;
> III – corrigir erro material

Isso ocorre porque, todas as decisões judiciais precisam ser fundamentadas, nos termos do art. 489, § 1º, do CPC/2015. Os embargos declaratórios são o

---

[335] ALVIM, T. A. **Embargos de declaração**: como se motiva uma decisão judicial? 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 17-18.
[336] MARINONI, L. G; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2015, p. 953.
[337] ASSIS, A. de. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 767.
[338] DIDIER JUNIOR, F; CUNHA, L. C. D. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 320.

instrumento destinado a corrigir os vícios e a aperfeiçoar a fundamentação do pronunciamento judicial.

Quanto à fundamentação dos embargos, esta, a exemplo dos recursos excepcionais, também será vinculada, devendo ser alegada expressamente no recurso a existência de omissão, obscuridade, contradição ou erro material. A simples menção já é suficiente ao conhecimento dos embargos de declaração. Será caso de não conhecimento dos embargos a não suscitação dessas matérias. A efetiva existência de vício na decisão recorrida, por sua vez, é questão de mérito recursal[339].

Araken de Assis, em crítica pertinente, destacou que o Poder Judiciário tem se mostrado relutante no julgamento dos embargos de declaração. Afinal, diversamente de outros recursos remetidos ao juízo *ad quem*, nos embargos compete ao próprio magistrado ou órgão que emitiu o provimento analisar as críticas dirigidas à decisão por ele proferida e deliberar acerca da existência dos defeitos apontados. Admitir e corrigir os próprios erros é uma questão de humildade, característica essa que não é inerente a todas as pessoas. Entretanto, uma análise relativa aos embargos de declaração também pode ser feita às partes, que costumam opor o recurso de modo protelatório, ignorando as hipóteses de cabimento e postulando reiteradamente a concessão de efeitos infringentes, hábitos que comprometem o futuro do recurso[340].

4.3.2 Hipóteses de cabimento

Por se tratar de modalidade recursal destinada unicamente à correção de vícios na decisão recorrida, o legislador previu apenas quatro hipóteses de cabimento para os embargos de declaração: (i) obscuridade; (ii) contradição, (iii) omissão e (iv) erro material.

4.3.2.1 Obscuridade

Nos termos do art. 1.022, I, do CPC/2015, cabem embargos de declaração para esclarecer eventual obscuridade existente no pronunciamento judicial.

---

[339] DIDIER JUNIOR, F; CUNHA, L. C. D. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 321.
[340] ASSIS, A. de. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 715-716.

A decisão judicial é considerada obscura quando é ininteligível – o que pode ocorrer por má redação da decisão, por ter sido escrita em língua estrangeira ou pelo texto do pronunciamento ser de difícil ou impossível compreensão. Obscuro também é o texto dúbio, que carece de elementos organizativos mínimos e que não possui harmonia interpretativa[341]. A obscuridade pode decorrer também da possibilidade de a decisão ser interpretada de maneiras diferentes, por haver defeito na expressão ou falta de firmeza na convicção do julgador, o que deve ser percebido pela leitura do texto da decisão[342].

É, em síntese, a falta de clareza nas ideias que orientam a fundamentação da decisão, na qual o encadeamento e a fluidez de raciocínio vêm comprometidos ou porque foram expostos de maneira confusa. É obscura também a decisão que contém erros gramaticais, de sintaxe ou concordância, desde que esses defeitos possam prejudicar a interpretação da motivação[343].

Dessas possibilidades, depreende-se que a causa da obscuridade pode repousar tanto na dificuldade de elaboração do pensamento quanto em adversidades para expressão por meio do texto decisório. Este último aspecto, conforme explica Araken de Assis, é o que importa aos embargos declaratórios, pois é a partir da expressão que se abstrai a causa real do defeito[344].

A decisão obscura representa uma violação ao dever de que o pronunciamento judicial seja dotado de clareza, além de também violar o dever de cooperação entre os sujeitos do processo, estipulado pelo art. 6° do CPC/2015 [345], na medida em que a obscuridade do órgão jurisdicional na prolação de decisão não atende ao dever de esclarecimento previsto pelo legislador.

Enquadrando-se o pronunciamento judicial em quaisquer dos casos narrados acima, caberão embargos de declaração para esclarecer e corrigir o vício da obscuridade.

---

[341] DIDIER JUNIOR, F.; CUNHA, L. C. D. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 330.
[342] ALVIM, T. A. **Embargos de declaração**: como se motiva uma decisão judicial? 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 53.
[343] MARINONI, L. G; ARENHART, S. C; MITIDIERO, D. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 547.
[344] ASSIS, A. de. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 740.
[345] BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

4.3.2.2 Contradição

A contradição, por seu turno, ocorre quando há duas ou mais proposições ou enunciados inconciliáveis entre si na mesma decisão judicial, podendo se estabelecer entre afirmações constantes do relatório, da fundamentação do dispositivo ou da ementa (excluindo-se do conceito de contradição, obviamente, o antagonismo entre as razões decisórias e as alegações das partes). Assim, para aferição de eventual contradição, o pronunciamento deve ser analisado em sua totalidade[346].

Assim como ocorre com a obscuridade, a contradição também gera dúvidas quanto ao raciocínio empregado pelo julgador. Entretanto, a falta de clareza neste caso não decorre de expressão inadequada de ideias, mas da incongruência lógica entre os elementos da decisão judicial, o que impede a adequada interpretação do pronunciamento prolatado[347].

O cabimento dos embargos declaratórios pela existência de contradição na decisão judicial se destina apenas a corrigir a chamada contradição interna, ou seja, ausência de coerência entre dois ou mais trechos da própria decisão embargada. Não são cabíveis embargos de declaração para corrigir eventual contradição externa, que é aquela existente entre o teor do pronunciamento recorrido e alguma prova, argumento ou elemento contido em outras peças constantes nos autos do processo[348].

4.3.2.3 Omissão

Cabem os embargos para “suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento”. Ou seja, há omissão embargável quando o órgão julgador não se pronuncia a respeito de qualquer ponto ou questão relevante para a aferição da admissibilidade da tutela jurisdicional ou para

---

[346] MARINONI, L. G; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2015, p. 954.
[347] MARINONI, L. G; ARENHART, S. C; MITIDIERO, D. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 547.
[348] DIDIER JUNIOR, F; CUNHA, L. C. D. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 323.

a solução do mérito. Aplica-se esse conceito tanto para matérias formuladas pelas partes quanto para aquelas que deveriam ser conhecidas de ofício[349].

Teresa Arruda Alvim, didaticamente, caracteriza a omissão embargável, de forma figurativa, como um "buraco" que só pode ser percebido se observado o objeto inteiro. Isso quer dizer que as omissões impugnáveis estão contextualizadas em decisões, não se tratando de omissões absolutas (falta de uma decisão). Para saber se uma decisão contém omissão, deve-se constatar o que nela deveria necessariamente conter e está ausente no texto do pronunciamento decisório[350].

Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha indicam que é dever do julgador apreciar as questões na fundamentação da decisão, ou seja, deve ele analisar os pontos controvertidos formados durante o processo. Os pontos de fato e de direito são apresentados na petição inicial pelo autor, e estes pontos tornam-se questões[351] de fato e de direito quando o réu os impugna, devendo o magistrado posteriormente examiná-las. Ao juiz, não cabe escolher o que deve ou não deve apreciar em sua decisão e, no momento em que deixa de analisar determinado ponto controvertido, seja ele de fato ou seja ele de direito, incorrerá em omissão, sanável por embargos de declaração[352].

O dever do juiz de examinar pontos ou questões do processo é auferido pela relevância destes. São relevantes os tópicos capazes de influenciar no resultado do processo. Naturalmente, o critério da relevância não deve servir apenas ao ponto de vista do julgador, pois as questões que as partes julgam ser relevantes também devem

---

[349] WAMBIER, L. R; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. v. 2. São Paulo: RT, 2016, p. 588.

[350] ALVIM, T. A. **Embargos de declaração**: como se motiva uma decisão judicial? 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 70.

[351] O CPC/2015 emprega tanto o termo "questão" quanto o termo "ponto", e as diferenças entre ambos são bem delineadas por Araken de Assis: "Questão é o ponto duvidoso, de fato ou de direito, noção correlata à afirmação das partes, nos seus atos postulatórios principais; posteriormente, tornou-se dúvida acerca das razões alegadas pelas partes; por fim, apurado que as partes não duvidam, mas afirmam suas razões, com maior ou menor convicção, chegou-se ao enunciado definitivo: é o juiz que hesita, em virtude da controvérsia, transformando as alegações das partes em questões". O Autor, porém, vê que não há problema terminológico nessa discussão, podendo-se usar tanto "questão" quanto "ponto" para referir-se à controvérsia delineada no processo. ASSIS, A. de. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 730.

[352] DIDIER JUNIOR, F.; CUNHA, L. C. D. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 324-325. No mesmo sentido segue a jurisprudência: "Incumbe ao órgão judicial pronunciar-se sobre todos os pontos, de fato e de direito, relevantes para o deslinde da causa, sendo-lhe vedado discriminar qualquer deles, optando por manifestar-se a respeito de alguns e quedando-se silente acerca de outros. Inteligência ao art. 458, II, do Estatuto Processual Civil". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 509953/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 04-12-2003, DJe 08-03-2004, p. 319.

ser referidas na decisão, ainda que o magistrado ou o Tribunal as considere irrelevantes[353].

Humberto Theodoro Júnior ressalta que se remanescer alguma questão arguida por uma das partes cuja solução se apresente potencialmente capaz de influenciar na eventual composição do litígio, o julgador não pode deixar de enfrentá-la. O descumprimento dessa obrigação, essencial ao contraditório e à completude da resolução do conflito deduzido em juízo, traduz-se em uma decisão incompleta, deficiente e passível de nulidade, para qual os embargos de declaração são o remédio[354].

Com efeito, a omissão do órgão jurisdicional a respeito de ponto sobre o qual deveria se pronunciar constitui irrefutável denegação de justiça e infringe uma série de princípios e deveres constitucionais, tais quais o direito à tutela jurisdicional[355], o direito ao contraditório[356], o direito de influência e o correlato dever de fundamentação como dever de diálogo[357].

O art. 1.022 do CPC/2015 conta com um parágrafo único que, de forma mais didática, contém as hipóteses que devem ser encaradas como omissões embargáveis – as quais, teoricamente, já estão incluídas na regra geral art. 1.022, II, mas que foram explicitadas para ressaltar a importância desses aspectos da fundamentação das decisões[358]:

> Art. 1.022. Considera-se omissa a decisão que:
> I – deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;
> II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

---

[353] ALVIM, T. A. **Embargos de declaração**: como se motiva uma decisão judicial? 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 262.
[354] THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.069.
[355] BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 5º. [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.
[356] BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 5º. [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.
[357] BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 93. [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.
[358] WAMBIER, L. R; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. v. 2. São Paulo: RT, 2016, p. 590.

No caso do inciso I, a existência de omissão independe de prévia alegação das partes quanto à aplicabilidade da tese firmada, mas o debate quanto à sua aplicabilidade deverá ser promovido após a suscitação da omissão, por meio da intimação do embargado para responder sobre a questão[359]. Se a tese é aplicável, o juiz deve aplicá-la, indicando que está seguindo a orientação estabelecida naquele precedente. Se a tese não for aplicável, também cabe ao julgador se manifestar, dessa vez demonstrando a diferença entre o caso concreto e a situação delineada para a aplicação da tese, podendo, ainda, apresentar razões que justifiquem a superação do entendimento[360].

O inciso II considera omissa a decisão que incorre nas condutas descritas no art. 489, § 1º, do CPC/2015, dispositivo que, como mencionado, prevê as situações nas quais não se deve considerar a decisão judicial devidamente fundamentada. Servem os embargos, neste caso, como uma "técnica de correção da fundamentação da decisão"[361]. A explicitação demonstrada no inciso ora analisado corrobora a importância conferida pela legislação à motivação suficiente dos pronunciamentos judiciais.

4.3.2.4 Erro material

Cabem, ainda, embargos declaratórios para corrigir eventuais erros materiais da decisão judicial. O erro material é aquele que pode ser verificado e corrigido através de critérios objetivos. Trata-se de um defeito considerado manifesto, evidente, patente, notório e reconhecível à primeira vista, residindo na expressão do julgamento, e não no julgamento em si ou em suas premissas. Não se trata de erro no convencimento do magistrado, mas de inexatidão material[362].

Essas inexatidões materiais, além de poderem ser objeto de correção por meio de embargos de declaração, são corrigíveis de ofício ou a requerimento pelo

---

[359] ASSIS, A. de. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 727.
[360] WAMBIER, L. R; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. v. 2. São Paulo: RT, 2016, p. 589.
[361] DIDIER JUNIOR, F.; CUNHA, L. C. D. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 329.
[362] WAMBIER, L. R; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. v. 2. São Paulo: RT, 2016, p. 590.

magistrado, na forma do art. 494 do CPC/2015 [363]. Por isso, o erro material pode ser suscitado por simples petição, ou através de embargos de declaração, não havendo nada que impeça, inclusive, que o vício seja sanado quando levantado em embargos opostos intempestivamente[364].

No geral, os erros materiais decorrem de “lapsos na digitação do provimento”, podendo assumir especial gravidade em determinadas situações, como na colocação errada do valor da condenação, ou podem ser equívocos de menor importância, como a designação errônea da data da decisão, tratando-se de mera irregularidade.

4.3.3 Procedimento

Conforme disposto no art. 1.023 do CPC/2015[365], os embargos de declaração devem ser opostos no prazo cinco dias, sendo, nesse quesito, a única exceção dentre as modalidades recursais, as quais possuem, por regra geral, prazo de quinze dias para interposição[366]. Os embargos de declaração também não se sujeitam a preparo recursal.

A petição que indicará o vício a ser debatido deverá ser dirigida ao magistrado que prolatou a decisão, ou, se for o caso, ao relator do acórdão. O contraditório, por regra, não ocorre, exceto, na forma do art. 1.023, § 2º, do CPC/2015, na hipótese de haver possibilidade de modificação da decisão pelo efeito infringente[367].

Sendo recurso de fundamentação vinculada, os embargos de declaração não serão conhecidos pelo órgão jurisdicional julgador caso a petição de interposição não faça menção à existência de qualquer vício embargável (obscuridade, contrariedade, omissão ou erro material). Contudo, se a narrativa trazida pelo embargante apontar

---

[363] BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Art. 494. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I – para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo; II – por meio de embargos de declaração.
[364] MEDINA, J. M. G. **Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 629.
[365] BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.
[366] BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Art. 1.003, § 5º. Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.
[367] WAMBIER, L. R; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. v. 2. São Paulo: RT, 2016, p. 594.

adequadamente as hipóteses de cabimento, o recurso deverá ser conhecido para ter o mérito analisado[368].

Em relação aos demais efeitos dos embargos declaratórios, tem-se, nos termos do art. 1.026 do CPC/2015: “os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso”.

Quanto à primeira parte do dispositivo, *a priori*, a decisão embargada produzirá efeitos no mundo jurídico assim que proferida, a despeito de oposição dos aclaratórios. Todavia, o § 1° do mesmo artigo prevê que a eficácia da decisão poderá ser suspensa “pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação”. Com base nesse parágrafo, o julgador pode imprimir, a requerimento da parte, o efeito suspensivo à decisão embargada, desobrigando-a do imediato cumprimento do provimento judicial[369] [370].

Cabe falar, por fim, do efeito interruptivo dos embargos de declaração. Uma vez opostos embargos, interrompem-se os prazos para a interposição de outros recursos, ou seja, os prazos começam a contar novamente desde o início, a partir da intimação da decisão da decisão que julgou os embargos declaratórios. A interrupção aplica-se a ambas as partes, a todos os capítulos da decisão e produz efeitos mesmo quando os embargos não são conhecidos posteriormente ou são considerados procrastinatórios[371].

---

[368] MARINONI, L. G; ARENHART, S. C; MITIDIERO, D. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 549.

[369] WAMBIER, L. R; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. v. 2. São Paulo: RT, 2016, p. 596.

[370] No direito brasileiro, existem situações em que a definição do efeito suspensivo dos recursos deriva de disposição legal e casos em que a possibilidade de suspensão dos efeitos da decisão recorrida depende de decisão judicial proferida pelo órgão para o qual o recurso se direciona. Quando a lei atribui a determinado recurso a prerrogativa de impedir que a decisão por ele impugnada produza efeitos, nesse caso, o efeito suspensivo é *ope legis*. Por outro lado, como há situações em que devem ser consideradas as particularidades do caso concreto para verificar se é hipótese da decisão impugnada produzir efeitos de imediato, costuma-se deixar ao juiz a possibilidade de conferir efeito suspensivo ao recurso a ele direcionado. Nesse caso, o efeito suspensivo é denominado *ope iudicis*. RANÑA, L. F. O novo Código de Processo Civil e os meios de obtenção de tutelas provisórias na fase recursal – breves comentários sobre as inovações trazidas pelo novo ordenamento. São Paulo, **Revista de Processo**, v. 255, maio 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.255.09.PDF. Acesso em: 24 jun. 2022.

[371] WAMBIER, L. R; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. v. 2. São Paulo: RT, 2016, p. 595.

4.3.4 Omissão do tribunal *a quo* na resolução da questão constitucional ou federal e os embargos de declaração com o intuito de prequestionar

Conforme amplamente demonstrado nas seções anteriores, a CF/1988 determina que os recursos excepcionais, meios de impugnação que possuem por objeto a correta aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais, apenas são cabíveis quando expressamente abordada a questão constitucional ou federal na decisão impugnada – o chamado prequestionamento.

Por se tratar o prequestionamento de uma manifestação expressa do juízo *a quo*, é possível que, realizada a análise recursal, a decisão seja proferida sem apreciação da questão constitucional ou federal controvertida que deveria ter sido ali resolvida. Se não houve análise da matéria, há uma omissão[372].

A omissão, como já abordamos, é um defeito da decisão que possibilita a interposição do recurso de embargos de declaração. Dessa forma, a parte que objetiva levar a discussão resolvida em segundo grau para as Cortes de sobreposição, mediante interposição de recurso extraordinário ou especial, deve, na hipótese de omissão do órgão julgador inferior, interpor embargos de declaração para sanar esse vício e impedir a inadmissão dos apelos excepcionais a serem futuramente interpostos. Deste modo, a parte dará ensejo, por consequência, ao prequestionamento[373].

Estes são os popularmente “embargos de declaração prequestionadores”, que servem ao propósito de prequestionar, finalidade específica a ser indicada na petição dos embargos[374] [375]. Naturalmente, estes aclaratórios apenas serão cabíveis – e somente será provido o recurso excepcional posteriormente – se, de fato, houver vício

---

[372] DIDIER JUNIOR, F.; CUNHA, L. C. D. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 362-363.
[373] FARIA, M. C. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento? **Revista de Processo**. v. 211, 2012, p. 143-188, set. 2012, p. 157.
[374] MANCUSO, R. de C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 309-310.
[375] Em que pese não haver previsão expressa acerca da necessidade de indicação da finalidade de prequestionamento na petição dos embargos, a jurisprudência pátria se consolidou pela necessária possibilidade de identificação, pelo julgador, do intuito de prequestionar do recurso, especialmente para afastar a aplicação de multa. Nesse sentido, destacam-se as seguintes decisões: BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp: 1496090 PE 2014/0294077-6, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 12-02-2015, Public. 19-02-2015; BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no REsp: 1754133 MG 2018/0175053-0, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 06-11-2018, Public 13-11-2018; BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp: 1895949 PI 2020/0243198-7, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 24-11-2020, Public. 14-04-2021.

na decisão impugnada, não cabendo neste momento os embargos de declaração com efeitos infringentes, com o fito de modificar o acórdão recorrido[376].

Araken de Assis ressalta a função dos embargos de declaração para suprir a ausência de manifestação do juízo de origem acerca de determinada questão federal ou constitucional, desde que esta tenha sido suscitada pelas partes no curso processual e constitua objeto de omissão na resolução dada no julgamento, à luz do art. 1.022, II, do CPC/2015, mediante a falta de apreciação pela maioria dos julgadores do órgão judicante. A causa não está "decidida", conforme impõe o inciso III dos arts. 102 e 105 da CF/1988[377].

A questão constitucional ou federal objeto do recurso excepcional não pode, evidentemente, surgir pela primeira vez em sede de embargos de declaração. Pelos declaratórios não se realiza pela primeira vez o prequestionamento, do ponto de vista das partes, dado que a provocação já deveria ter sido efetuada quando da apresentação das razões recursais. Os embargos devem apenas incitar o órgão julgador a suprir a omissão[378].

Com efeito, a matéria sobre a qual se omitiu o juízo *a quo* e que será tratada nos embargos de declaração deve constituir objeto do processo, não podendo ser figura estranha às alegações prévias das partes. Reitera-se que os embargos declaratórios não devem servir para trazer questões novas[379] à discussão, que não foram suscitadas oportunamente[380].

A competência outorgada aos Tribunais Superiores pela CF/1988, no âmbito do julgamento dos recursos excepcionais, não lhes permite que se pronunciem originalmente sobre a questão constitucional ou federal infraconstitucional, cabendo-lhes apenas reexaminar matéria já resolvida nas instâncias ordinárias[381].

---

[376] NEVES, D. A. A. **Manual de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1.727.
[377] ASSIS, A. de. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 734.
[378] MEDINA, J. M. G. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 258-259.
[379] Na definição de Araken de Assis: "Nova é a questão alheia ao efeito devolutivo da apelação, cuja extensão e profundidade mereceram exame linhas antes, e que abrangem, obrigatoriamente, as questões conhecíveis *ex officio* [...] veda-se ao recorrente inovar a causa, estabilizada após a decisão de saneamento e de organização do processo (art. 357, § 1°), e, de resto, as alegações ou defesas omitidas sujeitar-se-ão à eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508)". ASSIS, A. de. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 733-734.
[380] COSTA, G. R. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial**: análise da função e reconstrução dogmática. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011, p. 153-154.
[381] ASSIS, A. de. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 734.

Cassio Scarpinella Bueno reafirma que o órgão julgador não pode querer se dar por satisfeito com uma ou duas das diversas razões trazidas pelas partes para manter ou reformar a decisão recorrida, pois, enquanto houver fundamentos suficientes para embasar a tese recursal, a Corte *a quo* deve apreciá-los para rejeitá-los ou acolhê-los. Para configurar a "causa decidida", na forma da previsão constitucional, deve haver prévia decisão acerca de todas as questões relevantes para o deslinde da causa. Neste contexto, são cabíveis os embargos de declaração visando a efetivação do prequestionamento[382].

Teresa Arruda Alvim afirma que o recurso de embargos de declaração passou a prestar-se de forma legítima para "cobrar" do órgão julgador que proferiu a decisão a ser impugnada via recurso extraordinário ou especial para que refletisse no seu pronunciamento as discussões travadas pelas partes ao longo do processo. A finalidade é, como dito, fazer com que o órgão prolator supra essa omissão[383].

A autora indica ainda que o dever descumprido pelo juízo – o qual faz nascer a omissão que pode dar ensejo aos embargos declaratórios – é o de incluir na decisão os fatos considerados relevantes pelas partes, e que poderiam levar a uma conclusão diferente daquela que consta na decisão impugnada. A possibilidade de interposição dos recursos excepcionais acaba, por muitas vezes, comprometida justamente por conta das decisões defeituosas emanadas pelos Tribunais de segundo grau, com cuja boa vontade não se deve contar como garantida[384].

Ainda assim, os embargos de declaração não podem ser apresentados em qualquer hipótese como se fosse esse o meio de criação das condições de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, ou como se fossem os próprios declaratórios que "prequestionassem" a matéria. Os embargos devem servir como meio de "exaurimento de instância", a fim de que se constitua a causa decidida exigida como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais. Dito isso, Cassio Scarpinella Bueno faz menção a três distintas hipóteses relativas à relação entre

---

[382] BUENO, C. S. Quem tem medo do prequestionamento? **Revista Dialética de Direito Processual**. v. 1. São Paulo: Dialética, 2003.
[383] ALVIM, T. A. **Embargos de declaração e omissão do juiz**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 202.
[384] ALVIM, T. A. **Embargos de declaração**: como se motiva uma decisão judicial? 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 198.

casos de omissão da decisão colegiada e a possibilidade de oposição de embargos com o intuito de prequestionar[385].

A primeira delas pressupõe um caso em que, na verdade, nem haverá possibilidade de interposição de recurso extraordinário ou especial, porque não houve decisão acerca de matérias dessa natureza. É indiferente que a parte oponha embargos de declaração, já que não há omissão, contrariedade ou obscuridade quanto a teses de direito constitucional ou infraconstitucional federal. A segunda hipótese pressupõe que a decisão deveria pronunciar-se sobre questão constitucional e/ou questão federal, mas não o fez. Nesse caso, os embargos declaratórios serão indispensáveis para que essas teses sejam enfrentadas, com a correção do vício no pronunciamento embargado.

Já o terceiro e último caso pressupõe que a decisão proferida revela o enfrentamento suficiente de uma certa tese de direito constitucional e/ou federal, sem necessidade de qualquer providência antes da interposição do recurso extraordinário ou especial. Caberá ao recorrente apenas evidenciar a específica perspectiva de que houve o enfrentamento da questão que permite o cabimento do recurso extraordinário *latu sensu*. Já a forma pela qual foi enfrentado pelo acórdão, se é clara ou evidente o suficiente, é circunstância que foge ao exame de admissibilidade[386].

Leonardo Greco faz o alerta de que a oposição de embargos de declaração com fins prequestionadores não implica o dever do Tribunal de manifestar-se sobre toda e qualquer questão que o embargante venha a suscitar nesse momento. Dessa forma, os embargos movidos para esse fim não se distanciam das hipóteses de cabimento previstas no art. 1.022 do CPC/2015, logo, só devem ser acolhidos se a decisão efetivamente deixou de enfrentar um ponto sobre o qual deveria ter-se pronunciado, porque já debatido na instância inferior ou possível sua apreciação de ofício[387].

Vale destacar ainda a aptidão dos embargos de declaração para tornar uma decisão definitiva. Seria possível alegar que, diante de uma decisão omissa quanto à

---

[385] BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Recursos. Processos e incidentes nos tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais. v. 5. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279.
[386] BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Recursos. Processos e incidentes nos tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais. v. 5. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279-281.
[387] GRECO, L. Embargos de declaração. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. VII, n. 7, Rio de Janeiro, 2011, p. 435.

questão constitucional ou federal, ela seria inconstitucional ou ilegal, portanto, já apta a ser impugnada por recurso extraordinário ou especial. Porém, essa decisão não é definitiva, pois para assim ser deverão ser esgotados todos os meios recursais ordinários para reformar esse pronunciamento. Como a omissão é vício corrigível por embargos de declaração, deverão estes serem opostos primeiro para, só então, manejar o recurso excepcional respectivo[388].

Por este motivo, os embargos de declaração devem ser opostos em face de decisão que deixe de conhecer determinada matéria sobre a qual o órgão julgador deveria ter se pronunciado de ofício. Essa decisão não será definitiva, pois foi descumprida a determinação legal que exige a manifestação quanto à matéria conhecível *ex officio*, caracterizando a omissão e a possibilidade de serem manejados os embargos declaratórios. Até esse ponto, o pronunciamento judicial não é definitivo.

Por fim, e por evidente, quando a própria decisão recorrida violar a norma jurídica, não há que se falar em necessidade de prequestionamento pela parte através de embargos de declaração. Não há razão para essa exigência porque o requisito de admissibilidade do recurso extraordinário ou especial – qual seja a violação constitucional ou federal – já está presente e, além disso, os embargos declaratórios não servem para apresentar matéria que já consta da decisão embargada.

Não se deve, todavia, arguir a questão de índole constitucional ou federal pela primeira vez nos embargos declaratórios em face da decisão a ser impugnada pelo recurso excepcional, pois isto configura o pós-questionamento e não se confunde com o prequestionamento, e nem sequer serve para configurar e suprir suposta omissão na decisão recorrida[389].

Enquanto o prequestionamento implica a colocação da questão discutida na decisão recorrida pelo Tribunal estadual ou regional federal, o pós-questionamento surge pela alegação da matéria de forma tardia pelas partes e já após ter sido prolatada a decisão recorrida. Os embargos declaratórios, nesse contexto, não são hábeis a suprir o requisito de admissibilidade e tornar o recurso excepcional cabível[390].

---

[388] MEDINA, J. M. G. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 272.

[389] Esse entendimento é pacífico no âmbito das Cortes Superiores. Como exemplo: "A jurisprudência desta Corte não admite o pós-questionamento, que ocorre quando, em sede de embargos de declaração, são apresentadas novas teses perante a instância *a quo*". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp 1457115/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 15-08-2019, DJe 05-09-2019.

[390] NEGRÃO, P. G. **Recurso especial**: doutrina, jurisprudência, prática e legislação. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

4.3.5 Manutenção da necessidade de apontamento de violação ao art. 1.022 do CPC/2015

A técnica que deveria ser adotada pela parte que interpôs embargos de declaração, mas não teve prequestionada a violação constitucional ou infraconstitucional, à luz do CPC/1973, era diferente – era necessário alegar, em preliminares deste recurso excepcional, violação ao art. 535, II, do CPC/1973.

Ao se verificar que, de fato, o Tribunal de segunda instância teria sido omisso quanto à determinada matéria, o STJ dava provimento ao recurso especial para, anulando o acórdão recorrido omisso por violação ao art. 535, II, do CPC/1973, determinar que o outro julgamento fosse proferido com a manifestação sobre a questão levantada nos embargos de declaração[391].

Se não procedesse dessa forma, ainda que identificasse omissão por parte do Tribunal local, o STJ não era autorizado nem a dispensar o requisito do prequestionamento, nem tinha mecanismo para determinar a realização de novo julgamento dos embargos declaratórios com manifestação sobre os pontos omitidos. Restava à Corte apenas o não conhecimento do recurso especial pela ausência de prequestionamento da matéria suscitada no recurso.

Principalmente pela necessidade de remessa dos autos para o juízo de origem para prolação de nova decisão, o procedimento de correção da decisão era demorado – prejudicando injustificadamente o direito das partes.

A sistemática adotada pelo CPC/2015, diversamente, prestigia a racionalidade e a eficiência do sistema recursal. Ao invés de cassar a decisão omissa e exigir que o tribunal de origem se manifeste expressamente sobre os elementos suscitados pela parte[392], a Corte Superior deve verificar a procedência dos fundamentos trazidos nos

---

[391] RANÑA, L. F. O prequestionamento no STJ: uma breve abordagem sobre a evolução desse fenômeno e sobre a dinâmica de julgamento do Recurso Especial diante das mudanças trazidas pelo CPC/2015. **Revista Caderno Virtual**. Disponível em: file:///C:/Users/Samsung/Downloads/3938-13617-1-SM%20(3).pdf. Acesso em: 23 jan. 2022.

[392] Apesar do posicionamento diverso adotado pelo CPC/2015, a prática ainda é adotada pelos Tribunais Superiores, como ilustra a ementa a seguir. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. DEMISSÃO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 1.022. OMISSÃO. RECONHECIMENTO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS MODIFICATIVOS. 1. De acordo com o previsto no artigo 1.022 do CPC/2015, são cabíveis embargos de declaração nas hipóteses de obscuridade, contradição, omissão do acórdão atacado, ou para corrigir-lhe erro material. 2. No caso, deve ser reconhecida a omissão apontada pelo embargante, pois o Tribunal de origem, mesmo provocado em sede de embargos declaratórios, quedou silente sobre argumentações que se mostram relevantes para o deslinde da controvérsia, em franca violação ao art. 1.022 do CPC/2015. 3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para dar

embargos, conhecendo, desde logo, o recurso excepcional nos casos de indevida rejeição dos declaratórios[393].

Ou seja, manejados aclaratórios para sanar omissão, contradição, obscuridade ou erro material, e os tendo rejeitado a decisão que os julgou, pode o Tribunal Superior dispensar a volta dos autos ao juízo *a quo* (que, *a priori*, seria realizada para que o tribunal de origem completasse a decisão), considerando estarem presentes na decisão os elementos que o recorrente pleiteou que nela fossem inseridos. Trata-se, na verdade, de aplicar o princípio da economia processual[394].

Contudo, apesar do raciocínio aqui exposto, na prática forense, se revela conveniente e até mesmo obrigatório que o recorrente que pretenda se valer da regra do art. 1.025 do CPC/2015 aponte no seu recurso especial a violação a algum dos incisos do art. 1.022 para se defender da prática da jurisprudência defensiva do STJ que, sem se desprender da dinâmica de julgamento prevista no Código hoje revogado, manteve essa exigência[395] [396].

O CPC/2015 inovou ao mencionar expressamente o prequestionamento, considerando que esse requisito, até então, advinha de interpretações doutrinárias e do texto constitucional[397].

---

provimento ao recurso especial da parte embargante e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que seja realizado novo julgamento com o expresso enfrentamento das questões aqui tidas por omitidas. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. EDcl no AgInt no AREsp: 1232124 SP 2018/0007334-0, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 07-10-2019, Public. 09-10-2019.

[393] Há diversas decisões das Cortes Superiores neste sentido, dentre as quais destacamos: "Conforme o entendimento desta Corte Superior, a incidência do art. 1.025 do CPC/2015 exige que o recurso especial tenha demonstrado a ocorrência de violação do art. 1.022 do referido diploma legal – possibilitando observar a omissão do Tribunal de origem quanto à apreciação da matéria de direito de lei federal controvertida, bem como inaugurar a jurisdição na instância *ad quem*, caso se constate a existência do vício do julgado, vindo a deliberar sobre a possibilidade de julgamento imediato da matéria, o que ocorreu na espécie". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp: 1878854 TO 2020/0140784-0, Rel. Min. Manoel Erhardt, Primeira Seção, j. 24-02-2022, Public 15-03-2022.

[394] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 422.

[395] RANÑA, L. F. O prequestionamento no STJ: uma breve abordagem sobre a evolução desse fenômeno e sobre a dinâmica de julgamento do Recurso Especial diante das mudanças trazidas pelo CPC/2015. **Revista Caderno Virtual**. Disponível em: file:///C:/Users/Samsung/Downloads/3938-13617-1-SM%20(3).pdf. Acesso em: 23 jan. 2022.

[396] "A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.639.314/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 04-04-2017, DJe 10-04-2017.

[397] A inovação refere-se ao âmbito da Justiça Comum, pois a Lei n. 13.015 alterou, em 2014, o art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, fazendo constar expressamente o requisito do prequestionamento.

Todavia, em que pese a aceitação da comunidade jurídica quanto à positivação do prequestionamento ficto, ainda há dúvidas quanto à constitucionalidade do art. 1.025 do CPC/2015. Poderia um instrumento normativo infraconstitucional ter tratado da admissibilidade dos recursos excepcionais dotados de viés constitucional?

Como já aprofundado nessa pesquisa, é inconcebível a adequação, às hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais, previstas nos arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988, sem que a decisão recorrida tenha efetivamente enfrentado a questão controvertida.

Argumenta-se, para justificar a adoção, pelo art. 1.025 do CPC/2015, do prequestionamento ficto, que não se pode impedir o acesso das partes às instâncias superiores por motivo alheio à sua vontade. Desse modo, seria razoável dispensar o requisito do prequestionamento nas hipóteses em que as partes fizeram tudo o que estava ao seu alcance, e, ainda assim, não cumpriram tal requisito, unicamente porque o órgão *a quo* se negou a decidir a matéria.

Tratando-se de admissibilidade dos recursos excepcionais, no entanto, pouco importa a diligência (ou negligência) da parte recorrente[398]. Isto porque a função dos recursos extraordinários *lato sensu* é averiguar se o tribunal de origem aplicou corretamente a lei à espécie, sendo irrelevante eventual injustiça ao direito subjetivo das partes causada pela decisão no caso concreto.

É irrelevante, para que sejam cabíveis os recursos excepcionais, o comportamento das partes. O que é imprescindível, na verdade, é a ocorrência de alguma das hipóteses previstas na CF/1988, vinculadas, necessariamente, à manifestação do tribunal *a quo* a respeito do dispositivo constitucional ou legal supostamente violado.

A propósito, ressalta-se que nenhuma lei ordinária, como o é o CPC/2015, poderia alterar validamente o conteúdo do requisito constitucional do prequestionamento, que, conforme expusemos, decorre de norma hierarquicamente superior.

---

[398] Oportuno mencionar o entendimento de Eduardo Ribeiro sobre o ponto: “Costuma-se afirmar que, com os embargos, a parte teria feito tudo o que dela seria de reclamar-se. A questão, entretanto, não é essa. Não se formula, no caso, juízo de valor sobre a atuação do recorrente, que envolvesse qualificá-lo de mais ou menos diligente. O ponto é que, como exaustivamente se colocou em relevo, não haverá recurso se não houve decisão. Se essa a hipótese, nada interessa deva ou não ser tido como negligente o interessado”. OLIVEIRA, E. R. “Prequestionamento”. *In*: WAMBIER, T. A. A.; NERY JUNIOR, N. (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999, p. 254.

É nesse sentido o posicionamento de Cassio Scarpinella Bueno: “senão que merece ser evidenciado na solução encontrada pelo novo CPC: é que o chamado “prequestionamento” não é passível de regulamentação legal porque se trata de tema de índole constitucional”[399].

Com efeito, não há na CF/1988 nenhum dispositivo que permita que o prequestionamento se dê por ato unilateral da parte[400]. Na verdade, o que prevê o texto constitucional é que a manifestação do tribunal *a quo* é indispensável para o cabimento de recursos excepcionais[401].

Portanto, a exigência de prequestionamento possui característica intrínseca aos dispositivos constitucionais, ou seja, a rigidez constitucional, a qual, segundo José Afonso da Silva, consiste em maior dificuldade para sua alteração do que para a modificação das demais normas jurídicas[402]. Assim, a aplicação das normas infraconstitucionais deve se dar, em relação aos recursos extraordinário e especial, apenas na medida em que não contrariar as previsões do texto constitucional.

Para parte da doutrina – como é o caso de Cassio Scarpinella Bueno[403] – a determinação do art. 1.025 do diploma processual civil afrontaria a CF/1988, pois possibilitaria que se considerasse feito o prequestionamento do tema a respeito do qual o acórdão recorrido ainda não se manifestou.

---

[399] BUENO, C. S. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 588.

[400] Para Eduardo Oliveira, “o cabimento desses recursos sendo fixado pela Constituição, não é dado à lei ordinária de modo algum alterar o que se contém nas normas invocadas. De todo inaceitável juridicamente que o legislador ampliasse ou restringisse o que neles se preceitua”. OLIVEIRA, E. R. O prequestionamento e o novo CPC. **Revista de Processo**, v. 256, ano 41, p. 173, São Paulo, jun. 2016.

[401] “À luz do texto constitucional, em específico, dos arts. 102, III e 105, III, tenho cada vez menos dúvidas de que, para o acesso ao STF e ao STJ, a matéria (a causa) deve estar devida e exaurientemente decidida pelas instâncias locais. Se não for decidida – mesmo que pudesse ter sido – não há como alcançar aquelas duas Cortes Superiores para tratar de tema que o órgão *a quo* não decidiu”. BUENO, C. S. Quem tem medo do prequestionamento? **Revista Dialética de Direito Processual**. v. 1. São Paulo: Dialética, 2003, p. 19.

[402] SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 46.

[403] Em sua obra, afirmou: “Não nego a boa intenção do legislador em resolver problemas práticos relativos à admissibilidade de recursos especiais e, importante frisar, também um dos variados meios de aplicação da chamada "jurisprudência defensiva", expressão eloquente para significar os óbices, a grande maioria de índole meramente formal e totalmente desarmônico com os ditames do Direito Processual Civil brasileiro do século XXI, que são diuturnamente apresentados pelos tribunais superiores, inclusive pelo STJ, para não conhecer de recursos ou de outros expedientes que lhe são dirigidos pelas mais variadas questões. A questão que se põe, contudo, é se ato normativo infraconstitucional, como é o caso do art. 1.025 do CPC de 2015, poderia tratar com ânimo de definitividade da matéria que, como destaco de início, tem raiz constitucional, vez que respeitante ao exercício da competência recursal especial do STJ. Minha resposta é negativa. Em outros locais, chego a sustentar se não há inocuidade daquele dispositivo – porque ele quer se sobrepor às devidas técnicas aplicáveis à hipótese – sua inconstitucionalidade”. BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 5. Recursos, Processos. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 274-275.

Não seria possível, por exemplo, afirmar ter havido ofensa à determinada lei federal, como exige o texto constitucional, se o dispositivo normativo a que se refere a parte não tiver sido apreciado pelo acórdão. Não havendo, impossível enquadrar-se nas hipóteses de cabimento do recurso extraordinário *lato sensu*, previstas nos arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988, além de não ter causa decidida que justifique a admissibilidade do recurso.

Nesse caso, haveria infringência ao dispositivo que regula a necessidade de enfrentamento da matéria, e não àquele que regula o mérito da questão controvertida propriamente dita[404]. Por exemplo, caso o tribunal de origem, ao negar provimento à apelação, ignore, mesmo após a oposição de embargos de declaração, o argumento do apelante, não haverá violação ao artigo que fundamenta a sua pretensão, mas sim ao art. 1.022, II, do CPC/2015 [405] – por não ter analisado a questão e não por ter infringido a norma que a regula.

Por outro lado, ainda que o prequestionamento originalmente esteja ligado ao questionamento prévio das partes, os arts. 102, III, e 105, III, do texto constitucional preveem como pressuposto de admissibilidade dos recursos excepcionais apenas que a causa tenha sido decidida pelo órgão *a quo*, sem estabelecer relação alguma com a forma de questionamento das partes[406].

O entendimento da Súmula n. 356/STF, positivado no art. 1.025 do CPC/2015, parece, a nosso ver, compatível com a CF/1988 – devendo ser aplicado tanto no STF, onde já predomina, como no STJ, onde não é admitido e se vale da técnica de cassação, mediante indicação expressa de violação ao art. 1.022 do CPC/2015[407].

---

[404] OLIVEIRA, E. R. O prequestionamento e o novo CPC. **Revista de Processo**, v. 256, ano 41, p. 177, jun. 2016. São Paulo: RT, 2016.

[405] BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento.

[406] RANÑA, L. F. **Ordem pública nos recursos extraordinário e especial**: observância do devido processo legal. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018, p. 115.

[407] A jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de que não se reconhece o prequestionamento pela simples oposição de embargos declaratórios. É necessário que, diante da persistência da omissão apontada, seja interposto recurso especial por afronta ao art. 1.022 do CPC/2015, a fim de viabilizar o conhecimento da matéria. Alguns exemplos: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. – LIQUIDAÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS PROPORCIONAIS ÀS COTAS INVENTARIADAS – HERDEIROS SÓCIOS EM CONDOMÍNIO – CABIMENTO – PRESCRIÇÃO DO DIREITO – NÃO OCORRÊNCIA. [...] 04. A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei. [...] 06. Recurso especial não provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1639314/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 04-04-2017, DJe 10-04-2017); PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO

Esse entendimento nos parece correto porque se a parte recorrente deduziu a questão constitucional ou federal no curso processual e o Tribunal *a quo* não apreciou a questão, mesmo com a oposição de embargos de declaração, a parte agiu de forma a fazer tudo que poderia dela se exigir, uma vez que ela não possui meios de obrigar o tribunal local a suprir a eventual omissão para que se tenha a "causa decidida" efetivamente[408].

Com efeito, o entendimento adotado pelo CPC/2015 não apenas se mostra preocupado com a observância do princípio do devido processo legal e da razoável duração do processo – dado que a sistemática de cassação requer tempo considerável para a matéria ser reapreciada – como também obedece, verdadeiramente, à técnica da admissibilidade dos recursos excepcionais, pois evita que qualquer outro órgão do Poder Judiciário impeça que a matéria federal ou constitucional seja levada ao conhecimento dos Tribunais Superiores[409].

REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, do CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ E 282/STF. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EXPRESSAMENTE RECONHECIDOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa aos art. 535 do CPC se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão se fez omisso, contraditório ou obscuro. Aplica-se, na hipótese, o óbice da Súmula 284/STF. 2. O prequestionamento não exige que haja menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados, entretanto, é imprescindível que no aresto recorrido a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente, sob pena de não preenchimento do requisito do prequestionamento, indispensável para o conhecimento do recurso, nos termos da Súmula 211/STJ. 3. A questão jurídica sobre a qual o Tribunal de origem não estava obrigado a se manifestar, por não haver sido provocado a tanto em momento oportuno, não pode ensejar ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil. Além disso, se, a despeito dos embargos de declaração opostos, o Tribunal não se pronuncia sobre determinada questão, porque encontrou fundamentos diversos para o deslinde da controvérsia, inclusive de âmbito constitucional, falta o requisito do prequestionamento, incidindo, assim, a Súmula 211/STJ. Em casos tais, inexiste contradição em afastar a violação do artigo 535 do Código de Processo Civil e, ao mesmo tempo, não conhecer do mérito do recurso por ausência de prequestionamento. [...] 7. Agravo regimental não provido. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp 1533238/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 03-12-2015, DJe 14-12-2015.

[408] Contudo, a técnica do prequestionamento ficto deve ser aplicada com certo cuidado, na medida em que não basta a simples oposição de embargos de declaração para considerar a matéria prequestionada. A dispensa do prequestionamento ocorre apenas quando houver omissão do tribunal de segundo grau sobre matéria agitada desde a apelação ou contrarrazões ou sobre a qual o tribunal deva conhecer de ofício. Quando houver omissão sobre dados fáticos do processo, diferentemente, as Cortes Extraordinárias devem proceder com a cassação do acórdão recorrido para, então, determinar que o tribunal local sane a omissão referente a alguma prova do processo apontada regularmente nos embargos de declaração.

[409] RANÑA, L. F. **Ordem pública nos recursos extraordinário e especial**: observância do devido processo legal. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018, p. 123.

Nesse mesmo sentido, registramos a opinião de Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha, para os quais a postura sumulada do STF “é mais correta, pois não submete o cidadão ao talante do tribunal recorrido, que, com sua recalcitrância no suprimento da omissão, simplesmente retira do recorrente o direito de se valer das vias extraordinárias”[410].

Entendemos, portanto, que o devido processo legal – princípio constitucional jurídico fundamental e garantia máxima do cidadão de que a tutela jurisdicional obedecerá ao trâmite legal, conferindo-lhe as mais amplas possibilidades de manifestação – está particularmente prestigiado pela aceitação pelos tribunais superiores do prequestionamento ficto, considerando que afasta a dependência da manifestação do tribunal local sobre o ponto omitido para interposição regular do recurso excepcional.

4.3.6 A (in)aplicabilidade do art. 1.025 do CPC/2015 às questões de fato eventualmente suscitadas nos embargos de declaração

Enquanto a parte inicial do art. 1.025 do CPC/2015 possibilita que se considerem incluídos no acórdão os elementos suscitados pelo embargante, sua parte final permite, aos Tribunais Superiores, corrigir erro, contradição ou obscuridade, possibilitando a oportunidade de verdadeiro rejulgamento dos embargos indevidamente inadmitidos[411].

Surge, portanto, a seguinte questão: considerando que, teoricamente, não compete aos Tribunais Superiores revisar fatos e provas[412], tendo em vista seu caráter de controle da higidez do direito objetivo[413], caso os elementos suscitados nos embargos digam respeito a fatos, caberá à Corte Superior apreciá-los, a fim de verificar se o acórdão regional foi omisso em sua análise?

Bruno Dantas e Teresa Arruda Alvim consideram que, nesta hipótese excepcional, é possível a incursão ao conjunto fático dos autos:

---

[410] DIDIER JUNIOR, F.; CUNHA, L. C. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. v. 3. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 262.
[411] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 424.
[412] Súmula n. 279/STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”; Súmula N. 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.
[413] DIDIER JUNIOR, F.; CUNHA, L. C. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. v. 3. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 254.

> Percebe-se, portanto, que, pelo menos na grande maioria das vezes, o que se terá pleiteado por meio dos embargos de declaração terá sido o preenchimento de omissão. Essa omissão, em nosso entender, pode dizer respeito tanto a elementos de fato quanto a elementos de direito. Esta interpretação se deve a que (a) o legislador não distingue entre elementos de fato ou de direito, e (b) considerar a expressão elementos como abrangente de pontos de fato ou de direito dá mais rendimento ao dispositivo que, como tantos outros do novo Código, têm em vista gerar um processo mais eficiente, que não volte para trás[414].

Esse entendimento, embora acertado do ponto de vista puramente hermenêutico, traz o risco de os tribunais superiores se tornarem instâncias revisoras de fatos[415], característica incompatível com seus objetivos institucionais.

Isto porque, como o erro cometido na resolução de uma questão fática não influenciaria[416], segundo a doutrina tradicional, de maneira direta, nas funções nomofilática e uniformizadora dos recursos excepcionais, essa hipótese não ensejaria sua interposição[417], adstrita àquelas previstas no texto constitucional.

Osmar Paixão Côrtes apresenta uma proposta para solucionar a questão:

> Se apenas jurídica a questão objeto dos embargos declaratórios, a simples oposição dos embargos pode servir para prequestionar a matéria, mas desde que o Tribunal Superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade. Ou seja, o Tribunal Superior, ao julgar o recurso de natureza extraordinária, deve notar que a matéria objeto dos embargos, não devidamente respondidos, deveria integrar o acórdão recorrido – e a essa conclusão o Tribunal só poderá chegar se a matéria objeto dos embargos for jurídica. Se fática, não, sob pena de adentrar o reexame de fatos e provas – o que é vedado[418].

---

[414] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 424.
[415] PAIXÃO CÔRTES, O. M. **O prequestionamento pela simples oposição de embargos declaratórios no novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016.
[416] Para Francesco Carnelutti, quando o equívoco se dá "*nella ricostruzione del fato è poco probabile per non dire impossibile che le sue conseguenze eccedano l'ambito dela lite; quando invence il giudice sbaglia nell'interpretare la fattispecie, poiché il suo giudizio su questo tema puó essere preso a guida per la decisione di casi analoghi, il pericolo è certamente piú grave*". Tradução livre: "na reconstrução do destino, é improvável, senão impossível, que suas consequências ultrapassem o escopo da disputa; quando o juiz inventa erra na interpretação do caso, uma vez que seu julgamento sobre esta questão pode ser tomado como guia para a decisão de casos semelhantes, o perigo é certamente mais grave". CARNELUTTI, F. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958, p. 242.
[417] FONSECA, J. F. N. da. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial**, Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), 2010, p. 74.
[418] PAIXÃO CÔRTES, O. M. **O prequestionamento pela simples oposição de embargos declaratórios no novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2016.

Importante notar que tanto a qualificação jurídica do fato, quanto a subsunção do fato à norma, por serem questões eminentemente de direito, são passíveis de análise pela Corte Superior. O que não se admite, sob pena de subverter a precípua missão institucional dos tribunais superiores, é que se analise puramente os fatos sequer considerados pelas instâncias inferiores[419], ainda que se esteja diante de embargos de declaração indevidamente rejeitados. Nesta situação, entendemos que a técnica do reenvio permanece sendo a melhor solução.

[419] É possível concluir, nessa conjuntura, que, se prequestionadas, não há óbice para a apreciação das questões de fato pelos Tribunais Superiores.

5 PREQUESTIONAMENTO DA QUESTÃO PREDOMINANTEMENTE DE FATO

Como visto nos capítulos anteriores, delimitar o que é questão de fato é extremamente difícil. A separação entre as questões de fato e questões de direito enseja acirradas discussões doutrinárias – as quais trazem ao tema da admissibilidade dos recursos de estrito direito o problema da (in)suficiência lógica subsuntiva do pensamento jurídico.

A análise pormenorizada da questão acima é essencial à construção de subsídios teóricos para o quinto e último capítulo do trabalho, no qual abordaremos o prequestionamento da questão predominantemente de fato.

Com efeito, após estudo aprofundado dessas questões, alcançamos as seguintes premissas: (i) não há como distinguir, pelo menos completamente, as questões de fato e as questões de direito; e (ii) a exigência de prequestionamento constitui pressuposto constitucional e legítimo de admissibilidade dos recursos excepcionais.

Nesse contexto, este capítulo, baseado nas premissas acima e na compreensão de que o fenômeno jurídico não ocorre senão diante do fato e do direito, tem como objetivo demonstrar que, desde que prequestionadas, não há óbice para a apreciação das questões de fato – que também são, em certa medida, questões de direito – pelos Tribunais Superiores, considerando não haver vedação do texto constitucional nesse sentido.

Para tanto, serão aprofundados os temas da vedação ao simples reexame das provas do processo, da permissão ao reenquadramento dos fatos, da necessidade de esgotamento das vias ordinárias, da motivação das decisões judiciais, das decisões por remissão, do prequestionamento ficto, da redação dos dispositivos constitucionais pertinentes ao tema e da indevida utilização da Súmula n. 07/STJ e da Súmula n. 279/STF como mecanismo de jurisprudência defensiva.

5.1 O prequestionamento como razão de ser da permissão do reenquadramento dos fatos e da vedação ao simples reexame das provas do processo

A partir de considerações já tecidas nesse estudo, voltadas ao debate sobre a (im)possibilidade de diferenciação entre questão de fato e questão de direito,

concluímos que a tentativa de distinção é, em última instância, artificial, não sendo possível traçá-la no plano ontológico de forma absoluta.

A despeito dos esforços doutrinários para distinguir fato e direito (e do desenvolvimento da teoria tricotômica como resposta às situações obscuras), o fenômeno jurídico envolve necessariamente fato e direito.

Isso porque, como demonstrado, as decisões jurídicas são proferidas mediante a tarefa da subsunção, que remete ao momento de incidência da norma no universo empírico e envolve a qualificação dos fatos e a determinação de suas consequências no plano normativo. Assim, um acontecimento concreto só se torna relevante para o direito na medida em que estiver relacionado à incidência de uma norma jurídica, enquanto suporte fático para produzir seus efeitos programados[420].

Nesse contexto, os fatos, para o direito, existem apenas enquanto objeto de incidência das normas jurídicas, enquanto o direito existe sempre em relação aos fatos sobre os quais incide. Nesse sentido, pondera Henrique Araújo Costa:

> 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 fato 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 fato; pelo que, quando o jurista pensa o fato, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao fato[421].

Deste modo, eventuais diferenças ontológicas, epistemológicas ou analíticas não necessariamente contribuem, na prática, para diferenciar questão de fato e questão de direito. A separação, na verdade, está predisposta a uma finalidade prática – pois há uma funcionalidade da distinção entre fato e direito para o ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que os sistemas jurídicos atribuem consequências diversas à circunstância de uma questão ser considerada de fato ou de direito, como é o caso, pelo menos em análise superficial, das Cortes Superiores, objeto de estudo do

---

[420] COSTA, G. R. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial**: análise da função e reconstrução dogmática. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011, p. 172.

[421] CASTANHEIRA NEVES, A. **Questão-de-facto/Questão-de-direito**. O problema metodológico da juridicidade. Coimbra: Almedina, 1967 *apud* COSTA, H. A. **Reexame de prova em recurso especial**: a Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 48.

presente trabalho. Convencionou-se que as questões de fato e as questões de direito, no âmbito dos recursos excepcionais, devem receber tratamento distinto.

Todavia, não há na CF/1988 qualquer previsão distinguindo tratamento entre questão de fato e questão de direito no âmbito dos recursos excepcionais, tampouco a atribuição de característica específica no tratamento das questões fáticas. O legislador constituinte apenas estabeleceu as hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial, sem tratar especificamente de matérias que levam ao não cabimento.

O ordenamento positivo brasileiro optou por estabelecer o cabimento dos recursos especial e extraordinário com a utilização de uma redação que define quais os casos em que esses recursos têm cabimento. Ou seja, estão previstas as hipóteses de cabimento, não as matérias que geram exclusões de cabimento de recursos especiais e extraordinários.

Assim, critérios delimitativos do objeto dos recursos especial e extraordinário são unicamente aqueles que fazem estar presente uma das hipóteses constitucionais em que se opera seu cabimento.

Importante ressaltar que os recursos excepcionais são recursos de fundamentação vinculada – nos quais o recorrente apenas pode se basear naqueles fundamentos que o texto do direito positivo elegeu como possíveis de sustentar a impugnação da decisão[422].

Nesse contexto, a CF/1988 determina que cabe ao STF “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 de 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” (art. 102, III, da CF/1988) e ao STJ “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

[422] Para Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, isso significa admitir que há certa dose inevitável de sobreposição entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito. ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 450.

ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe tiver atribuído outro tribunal" (art. 105, III, da CF/1988).

Vê-se que, ao dispor sobre as hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais, o texto constitucional utiliza a expressão "causas decididas", tanto em sede de recurso extraordinário, como em sede de recurso especial.

A expressão "causas decididas", escolhida pelo legislador constituinte, já foi capaz de gerar acaloradas discussões doutrinárias, contudo, deve ser entendida de forma ampla, sem se identificar com o termo lide ou pretensão e sem excluir de sua abrangência as causas de jurisdição voluntária ou decisões proferidas em agravo[423].

Por isso, a expressão "causas decididas" deve envolver questões decididas em processo de jurisdição contenciosa ou voluntária, por acórdão dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Estaduais, do Distrito Federal e Territórios, que tenham infringido (desrespeitado, negado vigência, ofendido ou contrariado) dispositivo constitucional ou lei federal[424].

Isto significa que, no âmbito dos recursos excepcionais, o pressuposto constitucional de cabimento recursal é que as causas tenham sido efetivamente decididas pelas instâncias ordinárias. É imprescindível que o ponto sobre o qual o recorrente deseja pronunciamento do Tribunal Superior esteja contido no âmbito da decisão recorrida[425].

Esta é, na verdade, uma das propriedades do prequestionamento, que não se refere apenas ao questionamento prévio das partes sobre determinada matéria nas instâncias inferiores, mas também à necessidade da manifestação da decisão impugnada a respeito da questão federal ou constitucional suscitada no recurso excepcional.

Isso porque, parte-se da premissa de que a matéria que não está no conteúdo da decisão impugnada não foi efetivamente decidida pelo tribunal originário. Dessa forma, para o cabimento dos recursos excepcionais, é necessário que a matéria

---

[423] Demócrito Ramos Reinaldo, em sentido contrário, sustenta posição restritiva. REINALDO, D. R. O recurso especial e as decisões interlocutórias desafiadas por agravo de instrumento. **Revista de Processo**, v. 79. São Paulo: RT, 1995, p. 9-18.
[424] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 450.
[425] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 341.

constitucional ou federal contra a qual se insurge o recorrente tenha sido efetivamente julgada[426]. Não é suficiente que pudesse tê-lo sido[427].

Isso é necessário justamente porque o STF e o STJ não examinam diretamente a lide, mas a decisão recorrida – confirmando-a ou revogando-a, e avançando sobre aquela apenas na medida em que questões constantes da decisão se revelem aptas ao exame nas vias excepcionais.

Vê-se, portanto, que a competência recursal extraordinária prevista nos arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988 autoriza que o STJ e o STF analisem apenas as causas decididas, ou seja, aquelas que constam expressamente do acórdão recorrido – sejam elas predominantemente de direito, sejam elas predominantemente de fato.

Se estiver prequestionada e se o acórdão recorrido tiver se pronunciado expressamente acerca da questão predominantemente de fato, não há qualquer impeditivo legal à sua análise pelas Cortes Superiores – considerando que a existência de "causa decidida" é o verdadeiro requisito de admissibilidade recursal.

Em que pese o STF tenha editado a Súmula n. 297[428] e o STJ tenha editado a Súmula n. 07[429] – ambas prevendo o não cabimento dos recursos excepcionais nas hipóteses de simples reexame de provas – seus teores não contradizem o argumento exposto.

Naturalmente, se o recurso excepcional buscar exclusivamente o reexame de provas – estas não registradas no acórdão recorrido – seu cabimento não deve ser admitido, por não estar presente o requisito constitucional de violação à lei federal ou a dispositivo constitucional.

Também não haveria como se permitir o simples reexame de fatos e provas no âmbito dos recursos excepcionais porque isso levaria as Cortes Superiores a analisar provas e fatos contidos nos autos e não necessariamente constantes no acórdão recorrido, ou seja, consistiria em possibilitar a apreciação de questão predominantemente de fato não prequestionada – o que violaria as hipóteses de cabimento previstas nos arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988.

Por isso, e como concluímos em estudo anterior,

---

[426] O STF tem decidido neste sentido, conforme demonstram os seguintes acórdãos: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AgRg no ARE 886.300/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01-09-2015, DJe 16-09-2015; BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp 1.198.742/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 12-04-2021, DJe 20-04-2021.

[427] NERY JUNIOR, N. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 283.

[428] Súmula n. 297/STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

[429] Súmula n. 07/STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

> a verificação se determinado fato registrado no acórdão ocorreu ou não, assim como não se admite pleitear a verificação de que o fato registrado no acórdão recorrido se revela incompatível com determinada prova dos autos, uma vez que tal pleito consistiria em reexame de provas[430].

As conclusões acima também explicam o porquê da distinção entre reexame e reenquadramento fático – especialmente quanto à possibilidade do reenquadramento fático e à vedação do reexame.

Como visto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros criou a distinção entre reexame e revaloração de fatos e provas – estabelecendo que a revaloração poderia ser realizada no reexame de recursos direcionados às Cortes de Cúpula, enquanto o mero reexame das provas[431] não seria possível[432].

O reenquadramento fático, diversamente do simples reexame de provas[433], consiste em dar interpretação diversa aos fatos discriminados no acórdão recorrido.

---

[430] RANÑA, L. F. **Ordem pública nos recursos extraordinário e especial**: observância do devido processo legal. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018, p. 130.

[431] Quando o órgão julgador considera os elementos probatórios existentes nos autos para formar seu entendimento a respeito da ocorrência ou não de um determinado fato, concordando com a decisão proferida pelo órgão *a quo* ou dela divergindo, vislumbra-se a figura do reexame de provas. MARINONI, L. G. Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, v. 53, n. 330, p. 17-33, abr. 2005, p. 128-145.

[432] Conforme observa Teresa Arruda Alvim: “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”. ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 354.

[433] A reanálise das provas contidas nos autos não é permitida ao STJ ou ao STF em sede de recurso excepcional, conforme demonstram as ementas a seguir: PROCESSUAL CIVIL. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. REEXAME DE PROVAS E FATOS. SÚMULA 7 DO STJ. PRESCRIÇÃO. ART. 174 DO CTN. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. Para analisar a capacidade postulatória, o Tribunal de origem utilizou os aspectos fáticas delineados nos autos, de sorte que a alteração do entendimento adotado na instância de origem, como requer a ora agravante, demanda reexame do contexto fático-probatório, o que faz incidir, na espécie, o enunciado da Súmula 7 do STJ. O Tribunal a quo decidiu que a demora no processamento do feito não se deu por morosidade do Poder Judiciário. Rever tal entendimento implica, como regra, reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ. 3. Agravo Regimental não provido (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, AgRg no AREsp 672.899/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 20-08-2015, Public. 10-02-2016); EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Processual Civil. Intervenção do Ministério Público. Admissão como assistente simples. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. Na hipótese em disputa nos autos, é inviável chegar-se a conclusão diversa daquela da instância de origem para o acolhimento da pretensão deduzida pelo recorrente sem detida análise dos fatos e das provas dos autos, bem como da legislação infraconstitucional utilizada na fundamentação do acórdão recorrido. 2. Como se sabe, não se presta o recurso extraordinário para a análise da legislação infraconstitucional ou para o reexame do conjunto fático-probatório da causa (Súmula n. 279/STF). 3. Agravo regimental não provido. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ARE: 1291779 ES 0009306-88.2006.4.02.0000, Rel. Dias Toffoli, j. 23-08-2021, Primeira Turma, Public.20-10-2021.

É, justamente, atribuir o devido valor jurídico a fato incontroverso sobejamente reconhecido pelas instâncias ordinárias.

Evidentemente, a revaloração da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento – pois configurado o prequestionamento da questão predominantemente de fato, requisito constitucional de cabimento dos recursos excepcionais.

O reenquadramento fático corresponde, na verdade, à nova análise da questão – seja ela predominantemente de fato ou predominantemente de direito – no âmbito da devolutividade dos recursos excepcionais. A revalorização da prova não cuida, portanto, de nova análise da prova, mas de qualificação jurídica do fato registrado no acórdão, matéria de competência das Cortes Superiores[434].

O STF e STJ têm importantes decisões[435] admitindo o recurso excepcional quando seu objetivo é revalorar a prova registrada no decisório impugnado, entendendo a Corte que nesse caso não há violação à Súmula n. 07/STJ ou à Súmula n. 297/STF.

É inadequado, diante de todo o exposto, falar em impossibilidade de análise de questões fáticas pelos Tribunais Superiores – considerando que (i) ao dispor sobre as hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais, o texto constitucional somente

---

[434] DANTAS, B.; GALLOTTI, I.; FREIRE, A; GAJARDONI, F. da F; MEDINA, J. M. G (coord.). **O papel da jurisprudência do STJ**. São Paulo: RT, 2014, p. 671. No mesmo sentido, a jurisprudência: Não ofende o princípio da Súmula 07/STJ, emprestar-se, no julgamento do recurso especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no EREsp n. 134.408/DF, Corte Especial, Min. Rel. Eduardo Ribeiro, j. 02-06-1999.

[435] No mesmo sentido, dentre outros: PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATIVIDADE ESPECIAL. VIGILANTE. COMPROVAÇÃO DE EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. REVALORAÇÃO DE PROVAS. QUESTÕES INCONTROVERSAS. POSSIBILIDADE. 1. A revaloração das provas pelo STJ não fere o disposto na Súmula 7/STJ, visto que esta não se equipara ao reexame do contexto probatório. 2. Não houve revisão do conjunto fático dos autos, uma vez que a revaloração foi feita em decorrência de fatos incontroversos nos autos, julgados pelas instâncias ordinárias. 3. Agravo interno não provido. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp: 804345 SP 2015/0270872-4, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 06-12-2016, Public. 02-02-2017. EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Deserção. Artigo 511 do Código de Processo Civil. Revaloração da prova pelo Colendo STJ. Reenquadramento jurídico dos fatos. Possibilidade. Certidão cartorária. Negativa de fé pública. Não ocorrência. 1. A revaloração da prova e o reenquadramento jurídico dos fatos não se confundem com o revolvimento de suporte fático-probatório, sendo plenamente franqueados aos tribunais superiores. Precedentes do STF. 2. Não viola o art. 93, inciso XIV, da CF a decisão do STJ que, a par do conteúdo da certidão cartorária, reconhece a deserção de recurso com base em interpretação de dispositivo do Código de Processo Civil. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 820433 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 17-03-2016, Acórdão Eletrônico, DJe-109, Divulg 27-05-2016, Public 30-05-2016.

utiliza a expressão “causas decididas”, sem diferenciar fato e direito; e que (ii) a Súmula n. 07/STJ e a Súmula n. 282/STF, na verdade, não excluem da cognição das Cortes Superiores as questões fáticas, vedando o reexame das provas dos autos não registradas no acórdão, ou seja, não analisadas pelo decisório impugnado.

Conclui-se, assim, que o prequestionamento das questões predominantemente de fato é a razão de ser da permissão do reenquadramento dos fatos e da vedação ao simples reexame das provas do processo.

5.1.1 A função dos recursos excepcionais e casos de exceção à vedação ao revolvimento fático-probatório

Destaca-se, por oportuno, aspecto relevante relacionado à função dos recursos excepcionais – são recursos cuja finalidade principal é resguardar o ordenamento jurídico como um todo, e não a situação individual das partes, a não ser indiretamente.

Deste modo, como seu objetivo precípuo é resguardar o direito objetivo, é natural serem cabíveis esses recursos, de modo geral, na medida em que seu resultado transcenda a situação das partes, desempenhando, assim, função paradigmática ou exemplificadora – estudadas previamente. Isso se aplica de forma mais nítida, naturalmente, ao recurso extraordinário, por conta da repercussão geral.

Essa observação é de extrema importância e diz respeito à possibilidade de haver controle de conceitos vagos[436], cláusulas gerais[437] ou princípios jurídicos, por meio de recurso extraordinário ou especial.

A transcendência que deve derivar das decisões de recurso especial e de recurso extraordinário leva à necessidade de se controlar padrões interpretativos de

---

[436] Os conceitos vagos ou indeterminados são expressões linguísticas cujo referencial semântico não é tão nítido, carece de contornos claros. Esses conceitos não dizem respeito a objetos fácil, imediata e prontamente identificáveis no mundo dos fatos. A interpretação dos conceitos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo, porque o uso desses conceitos consiste numa técnica legislativa marcadamente afeiçoada à realidade em que hoje vivemos, que se caracteriza justamente pela instabilidade, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram verdades sociais. ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 206.

[437] As cláusulas gerais, ao lado dos princípios jurídicos e dos conceitos vagos ou indeterminados, que cada vez mais integram os textos das leis, são elementos característicos do direito contemporâneo. Trata-se de expressões, cujo significado também é vago, que se consubstanciam em “poros”, que fazem com que o direito se comunique com a realidade. As cláusulas gerais são um sintoma de que o direito contemporâneo tende a ser mais aberto e flexível. Um direito que tenha essas feições pretende abranger a realidade que há hoje e a que ainda está por vir. ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 217.

normas que contêm conceitos vagos ou cláusulas gerais, ou da aplicabilidade de princípios jurídicos[438]. Ou seja, justamente porque há dúvidas – uma vez que, nessas hipóteses, é natural haver decisões distintas – é que cabe às Cortes Superiores exercer sua função pragmática, proferindo precedentes para orientar os demais órgãos do Poder Judiciário e a sociedade como um todo[439].

Essa observação diz respeito à necessidade de os recursos excepcionais resultarem regras gerais, já que são precedentes.

Deste modo, apesar de se entender pela impossibilidade de reexaminar causas de valor casuístico – nos casos em que a admissibilidade seria vedada por implicar reexame fático – entende-se pela possibilidade de reexame nas decisões de valor relevante para o sistema, pois se relacionam com o perfil do próprio conceito, com a construção do próprio direito material[440].

Um exemplo expressivo de hipótese em que a Corte Superior entendeu, no julgamento de um recurso especial, que o quadro probatório a partir do qual o órgão *a quo* decidiu não estava completo, e que, por isso, a decisão estaria incorreta, sem que houvesse norma expressa no sistema determinando que aquela prova considerada faltante pelo órgão *ad quem* fosse produzida, é do acórdão antigo, mas emblemático, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo, cuja ementa se transcreve abaixo:

> Direito civil e processual civil. Investigação de paternidade. Prova genética. DNA. Requerimento feito a destempo. Validade. Natureza da demanda. Ação de estado. Busca da verdade real. Preclusão. Instrução probatória. Inocorrência para o juiz. Processo civil contemporâneo. Cerceamento de defesa. Art. 130, CPC. Caracterização. Produção antecipada de provas. Colheita de material do morto antes do sepultamento. Possibilidade. Recurso provido.
> I – Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes.

---

[438] Aqui, não nos referimos à transcendência, iminente à repercussão geral. Trata-se de característica relacionada à função dos Tribunais Superiores, ao julgar os recursos excepcionais, que é de preservar o direito objetivo.

[439] A esse respeito, vale a transcrição do texto de Henke: "*también en el ámbito de la duda, la sentencia es plenamente reexaminable se posee un efecto ejemplarizador para otros casos*". Tradução livre: "também no campo da dúvida, a sentença é totalmente passível de revisão, tem efeito exemplar para outros casos". HENKE, H. **La cuestión de hecho** – El concepto indeterminado en el derecho civil y su casabilidad. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), 1979.

[440] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 387.

> II – Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (CPC, art. 267, § 3º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória.
> III – Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.
> IV – Na fase atual de evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz.
> (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 140.665/MG, Quarta Turma, j. 17-09-1998, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 03.11.1998)

Apesar das peculiaridades do caso, abriu-se exceção, considerando-se violação ao direito a lei ter decidido com base em quadro probatório incompleto, o que implicou, evidentemente, em certa dose de apreciação dos fatos da causa, o que se fez em virtude da relevância do assunto tratado para os valores e princípios adotados pelo sistema.

O exemplo acima evidencia que, não apenas inexiste qualquer impedimento à análise de questões predominantemente fáticas pelo STF ou pelo STJ, como se permite, em excepcionalíssimas hipóteses, o revolvimento fático-probatório – desde que as decisões tenham utilidade para o sistema jurídico como um todo.

5.2 O prequestionamento da questão predominantemente de fato e o esgotamento das vias recursais ordinárias

Como demonstrado, os Tribunais Superiores se prestam a unificar a interpretação do direito federal (constitucional e infraconstitucional), motivo pelo qual é preciso que primeiro se saiba qual é, efetivamente, o entendimento de um tribunal estadual acerca de determinada matéria, para que só então o caso possa ser remetido às Cortes Superiores.

É nessa mesma direção a Súmula n. 281 do STF, aplicável também ao STJ (“é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”).

Rodolfo de Camargo Mancuso, ao analisar esse requisito, pondera:

> 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 ou constitucionais – que podem ser até prejudiciais – numa lide que esteja totalmente dirimida nas instâncias inferiores. Se os Tribunais da Federação darão a última palavra, de acordo com suas atribuições, compreende-se que o interesse do recorrente depende de que já tenham sido experimentadas todas as possibilidades de impugnação que antes se lhe abriram[441].

Com efeito, é previsão expressa da CF/1988 que, para o cabimento dos recursos excepcionais, a causa deve ter sido decidida em única ou última instância. Isso significa, justamente, que deve ter havido o esgotamento de todos os demais recursos viáveis no Tribunal de origem.

Rodolfo de Camargo Mancuso, sobre o assunto, ensina:

> o exercício dos recursos excepcionais pressupõe a preclusão consumativa quanto aos recursos cabíveis nas instâncias inferiores; tendo em vista o princípio da unirrecorribilidade, cremos que a prática do recurso cabível, na instância ordinária, preclui consumativamente, esse momento processual, restando então o campo propício para a interposição do recurso especial, ou do extraordinário, ou de ambos, em sendo o caso[442] [443].

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, por seu turno, afirma que o significado da expressão “decisão de única ou última instância” é o de que “não pode usar de recurso extraordinário o que se conformou com a sentença de primeira instância, mas dele pode usar aquele a que, em qualquer hipótese, se negou a apelação, ou o agravo, ou outro recurso relativo ao processo na Justiça que proferiu a decisão recorrenda”[444].

Deste modo, os recursos extraordinário e especial têm como pressuposto de cabimento o esgotamento das vias ordinárias. Sendo cabíveis, ainda, recursos

---

[441] MANCUSO, R. de C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 135.
[442] MANCUSO, R. de C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 134.
[443] No mesmo sentido, entendem Marco Aurélio Serau Júnior e Silas Mendes dos Reis: “A exigência do prévio esgotamento das instâncias ordinárias garante a observância do princípio do juiz natural e afasta a concentração de força jurisdicional no STF e no STJ, pois impede que a instância especial funcione como instância ordinária e analise questão não apreciada pelos órgãos inferiores”. SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. **Manual dos recursos extraordinário e especial** – teoria e prática, São Paulo: Gen-Método, 2012, p. 62.
[444] OLIVEIRA, P. M. **Novíssimo sistema recursal, conforme CPC/2015**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 320.

ordinários, eles é que deverão ser interpostos primeiramente, e não diretamente os excepcionais.

Em relação à expressão “única” instância, o significado se extrai da literalidade das próprias palavras, o que levou alguns doutrinadores, como Pedro Pontes de Miranda de Oliveira considerarem a expressão supérflua. Afinal, como pondera o autor, se é única instância, é obviamente também a última, portanto, não haveria que existir a distinção posta[445].

Se o caso de interposição tanto de recurso especial quanto de recurso extraordinário, estes devem ser interpostos simultaneamente. Diversamente, se cabíveis embargos de declaração, dever-se-á, antes, ser manejado esse recurso e, somente após o seu julgamento, estar diante da decisão “de última instância", a que se referem os arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988.

Nesse ponto, e diversamente de outras hipóteses do direito comparado (Itália, Portugal e Argentina, por exemplo), não se admite, no Brasil, o recurso *per saltum*, ou seja, aquele interposto direto para a Corte Superior, antes de esgotadas as vias ordinárias. Seria como, por exemplo, interpor um recurso extraordinário de uma sentença, caso ela violasse a CF/1988, ao invés de se apresentar o recurso de apelação – o que, à luz do ordenamento jurídico brasileiro é impossível[446].

---

[445] Também são impugnáveis via recurso extraordinário as decisões proferidas em única instância. Contudo, a meu ver, não seria necessário o texto constitucional fazer menção às causas de única instância. Afinal, se é única e também última. Em outras palavras, o adjetivo “única” é, na verdade, supérfluo, até porque não pode deixar de ser última uma instância que efetivamente seja única. Bastaria, portanto, ao legislador constituinte referir-se à decisão de última instância. OLIVEIRA, P. M. **Novíssimo sistema recursal, conforme CPC/2015**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. p. 320.

[446] Parte minoritária da doutrina, entretanto, entende ser possível o recurso *per saltum*, pois isto traria maior efetividade ao processo, além de auxiliar em sua duração razoável. Neste sentido, Pedro Miranda de Oliveira: “Se os recursos, de um lado, compõem a gama de direitos processuais que visam à segurança jurídica, de outro, a sobreposição de sucessivos graus de jurisdição acarreta demora na entrega da prestação jurisdicional. É nesta perspectiva que muitos países instituíram a inovadora figura do recurso *per saltum* da primeira instância para o Tribunal Superior (de sobreposição) quando as partes apenas tiverem suscitado questões de direito. A possibilidade de utilização desse recurso constitui uma forma atípica de invocação e ordenação dos graus jurisdicionais. Com o aludido instrumento, admite-se a interposição de um recurso contra decisão judicial de primeiro grau, diretamente para a Corte Especial (tribunal de sobreposição), sem a intervenção do tribunal de segunda instância [...] Para que tenha cabimento o recurso *per saltum* impõe-se que não haja discussão de matéria fática, ou que sobre ela não tenha havido controvérsia, restando controvertidas apenas as questões jurídicas, pois, apenas estas permitem saltar um grau de jurisdição, ou mais de um, permitindo o seu conhecimento e julgamento pelo tribunal *ad quem*. Esse recurso funda-se num suposto lógico, de que toda questão de direito é sempre uma questão de direito, seja na primeira, segunda ou nas instâncias especiais, pelo que, julgada essa questão, não precisa passar pelo reexame dos tribunais inferiores, pois quem dá a última palavra sobre questões de estrito direito no Brasil são os Tribunais Superiores (STJ e STF)”. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal, conforme o CPC/2015**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 314-316.

Marco Aurélio Serau Júnior e Silas Mendes dos Reis avaliam:

> a exigência do prévio esgotamento das instâncias ordinárias de recurso excede a simples proibição de julgamento *per saltum*[447] [...] o esgotamento das vias ordinárias garante a observância do princípio do juiz natural e afasta a concentração de força jurisdicional no STF e no STJ, pois impede que a instância especial funcione como instância ordinária e analise questão não apreciada pelos órgãos inferiores[448].

Mais uma vez, observa-se que o legislador não traçou qualquer distinção entre as questões predominantemente de fato e as questões predominantemente de direito. Deste modo, é razoável concluir que o cabimento dos recursos excepcionais está relacionado à exigência do prévio esgotamento das instâncias ordinárias sobre a matéria questionada – independentemente da sua natureza jurídica.

A conclusão acima se relaciona intrinsecamente ao princípio da substitutividade recursal (art. 1.008 do CPC/2015[449]), ao determinar que a decisão a respeito do mérito do recurso substitui integralmente a decisão recorrida.

Como esclarece Nelson Nery Junior, referindo-se, ainda, ao CPC/1973, "a decisão a respeito do mérito do recurso substitui integralmente a decisão recorrida"[450].

Deste modo, se a última decisão de mérito substitui os demais atos judiciais, ela é que deve ser objeto dos recursos excepcionais, nos termos dos arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988. Não é suficiente que o fato questionado conste em alguma decisão proferida no processo, mas é necessário que esteja consignado no acórdão recorrido – justamente porque, após a prolação, o acórdão substitui os atos judiciais anteriormente proferidos nos autos[451].

---

[447] SERAU JUNIOR, M. A; REIS, S. M. D. **Manual dos recursos extraordinário e especial** – teoria e prática. São Paulo: GEN/Método, 2012, p. 62.
[448] SERAU JUNIOR, M. A; REIS, S. M. D. **Manual dos recursos extraordinário e especial** – teoria e prática. São Paulo: GEN/Método, 2012, p. 62.
[449] BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Art. 1.008. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso.
[450] NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 466.
[451] É oportuno destacar, como exemplo, que o acórdão que julga agravo interno substitui a decisão monocrática impugnada, motivo pelo qual deve dispor expressamente sobre as questões de fato controversas, possibilitando o eventual reenquadramento pelas instâncias extraordinárias e o afastamento das Súmulas n. 07/STJ e n. 279/STF. Nesse sentido: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA CONTRA DECISÃO DO STJ QUE NÃO INGRESSOU NO MÉRITO DA CONTROVÉRSIA. INCOMPETÊNCIA DO STJ. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO JULGADO. INTIMAÇÃO PARA EMENDAR A INDICIAL E ADEQUAR O OBJETO. 1. O processo deflagrado pela Ação Rescisória foi extinto, sob o fundamento de que "não houve julgamento de mérito pelo STJ, o qual, portanto, é incompetente para processar e julgar a presente Ação". 2. Embora o Relator da decisão rescindenda tenha afirmado que a jurisprudência do STJ admite a cumulação da pensão especial com benefício

Entendemos, ante o exposto, que se tiverem sido interpostos todos os recursos cabíveis a respeito da matéria de fato – de modo que ela esteja, inclusive, explícita na decisão recorrida – não há impeditivo para o STF ou o STJ, a depender da competência, examiná-la.

5.3 O dever de motivação das decisões judiciais e o prequestionamento das questões predominantemente de fato

De acordo com o art. 93, IX, da CF/1988, toda decisão judicial deve ser motivada "sob pena de nulidade"[452]. A motivação das decisões judiciais é fundamental para a avaliação do raciocínio desenvolvido na valoração da prova. Serve para o

previdenciário pago pelo INSS, isso foi dito por meio de decisão monocrática que, posteriormente, deu lugar ao acórdão proferido pela Primeira Turma no julgamento de Agravo Interno. 3. É pacífico o entendimento de que "o acórdão proferido no julgamento do agravo regimental substitui a decisão monocrática" (AgRg no AgRg nos EREsp 1432214/SC, Relator Min. João Otávio de Noronha, Segunda Seção, DJe 2.5.2016). Como no acórdão rescindendo não se adotou outro fundamento que não a Súmula 7/STJ, a decisão embargada não padece de vício que justifique a alteração de sua conclusão pela incompetência do STJ. 4. Segundo o art. 968, § 5º, do CPC/2015, "Reconhecida a incompetência do tribunal para julgar a ação rescisória, o autor será intimado para emendar a petição inicial, a fim de adequar o objeto da ação [...]". Nesse sentido: AgInt na AR 6077/SP, Relator Min. Luís Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 6.3.2019. 5. Embargos de Declaração parcialmente providos para, nos termos do art. 968, § 5º, do CPC/2015, franquear à parte autora a oportunidade de emendar a petição inicial no prazo de quinze dias, adequando seu objeto ao que decidido pelas instâncias ordinárias. Decorrido o prazo acima assinalado, com ou sem emenda, remetam-se os autos, com base nos arts. 64, § 3º, e 968, §§ 5º e 6º, do CPC/2015, ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. EDcl na AR: 5567 PE 2015/0042027-8, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 16-11-2021, Primeira Seção, DJe 16-12-2021. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE INSUMOS PARA TRATAMENTO MÉDICO. AGRAVO INTERNO QUE IMPUGNA DECISÃO MONOCRÁTICA SUBSTITUÍDA POR JULGAMENTO COLEGIADO. EFEITO SUBSTITUTIVO DOS RECURSOS (ART. 1.008 DO CPC). RECURSO PREJUDICADO. 1. A União alega em Agravo Interno que a decisão monocrática que anulou o acórdão regional não estaria devidamente fundamentada, teria inobservado os parâmetros dados na STA 175 e deveria manter o entendimento do Tribunal de origem, que teria bem equilibrado os princípios da integralidade, da universalidade e da igualdade na prestação da saúde. 2. A decisão singular agravada também foi atacada por Agravo Interno do Estado do Rio de Janeiro, ao qual a Segunda Turma negou provimento nestes mesmos autos, pelo acórdão de fls. 579-583, e-STJ, em que se afirmou: a) "a responsabilidade em matéria de saúde [...] em favor de pessoas carentes, é do Estado, compreendidos aí todos os entes federativos"; b) "a falar do defendido pela decisão monocrática, foram transcritas as ementas dos seguintes julgados: [...]"; c) "o Tribunal de origem não se baseou no caso concreto, mas adotou tese jurídica divergente da sedimentada no STJ". 4. Não obstante o enfrentamento das matérias suscitadas no Agravo Interno, a verdade é que, tecnicamente, o Recurso da União se encontra prejudicado por força do efeito substitutivo previsto no art. 1.008 do CPC. Nesse sentido: "O acórdão proferido no julgamento do agravo regimental substitui a decisão monocrática". AgRg no AgRg nos EREsp 1.432.214/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, DJe 2.5.2016). 5. Agravo Interno não conhecido. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no REsp: 1784258 RJ 2018/0284315-0, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 29-06-2020, Segunda Turma, Public. 21-08-2020.

[452] É oportuno ressalvar, todavia, que a regra hoje constante do art. 93, IX, da CF/1988 nada mais faz do que tornar expresso princípio constitucional que já existia antes de a regra explícita existir, já que se consubstancia em manifestação do Estado de Direito. NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 332.

controle da eficácia do contraditório e para garantir que existe prova suficiente a derrubar a presunção de inocência. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras do devido processo legal. Trata-se de uma garantia fundamental, cuja eficácia e observância legitimam o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional democrático brasileiro, o poder não está autolegitimado, não basta por si próprio. Sua legitimação se dá, na verdade, pela estrita observância das regras do devido processo.

Em primeiro lugar, o dever de motivação é pressuposto do Estado Democrático de Direito, um necessário instrumento de controle da atividade jurisdicional. É pela motivação que o juiz presta contas do exercício do poder jurisdicional, demonstrando às partes, aos tribunais que lhe são hierarquicamente superiores e à sociedade de maneira geral que a decisão proferida foi a mais adequada, pois congruente ao que foi narrado e provado pelas partes no curso processual e congruente ao ordenamento jurídico.

A valer, a regra de que as decisões judiciais devem ser motivadas, em seu sentido mais profundo, expressa a exigência de ampla controlabilidade da atividade dos órgãos do Estado – inerente à ideia de Estado Democrático de Direito[453].

Em segundo lugar, o dever de motivação é fundamental para se promover a segurança jurídica. A jurisdição desempenha relevante função de esclarecer, integrar e homogeneizar o Direito, dissolvendo antinomias, buscando soluções sistemáticas para eventuais omissões legislativas e definindo a forma pela qual o Direito deve ser interpretado e compreendido.

Em terceiro lugar, o dever de motivação é, muito possivelmente, a mais importante de todas as garantias do devido processo legal. Não só porque a motivação é indispensável ao controle e à legitimação da atividade jurisdicional – e o devido processo legal é instrumento precípuo de controle e legitimação da atividade jurisdicional – mas também porque a motivação é a última das garantias processuais. Se a inércia jurisdicional é indispensável para conferir imparcialidade ao julgamento,

---

[453] José Carlos Barbosa Moreira destaca que a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais é tradicional na história luso-brasileira. Pontua, também, que essa obrigação estava presente no Código Filipino, e que o juiz ficava sujeito ao pagamento de multa, em favor da parte, caso infringisse essa regra. Destaca, além disso, e mostrando o quão recorrente é esse problema no direito brasileiro, a Portaria de 31.03.1824 “vinha relembrar aos juízes recalcitrantes o dever a que estavam sujeitos”. MOREIRA, J. C. B. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 85.

a motivação impede que o pedido seja julgado a partir de uma causa de pedir que não consta da petição inicial (constituindo uma demanda distinta da proposta, portanto). Se a coisa julgada é necessária para dar estabilidade a situações jurídicas já consolidadas, promovendo a paz social, a motivação é fundamental para se saber quais são os seus limites; e se a observância do contraditório e da ampla defesa são condições essenciais de qualquer processo, transformam-se em garantias vazias se não houver uma resposta judicial racional e expressa a tudo aquilo que as partes alegaram e provaram.

Na verdade, a relevância da prestação jurisdicional adequada como elemento integrante da estrutura do Estado Democrático de Direito aparece com nitidez se enxergarmos o direito à jurisdição como garantia constitucional primária e indispensável à eficácia de todos os direitos.

Nesse contexto, a motivação serve para controlar a racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades[454]. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou à determinada conclusão adotada pelo julgador.

A motivação deve ser clara, completa e linear. Isto não significa, todavia, que ela deve ser excessivamente longa. Ao contrário. Conforme pontuam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, deve-se combater o hábito de inchar a motivação. De fato, só um resquício da ideia de que o Direito não é ciência ou não é, pelo menos, um ramo do conhecimento passível de ser estudado com objetividade (com base em parâmetros racionais) e com seriedade é que pode servir de estímulo àqueles que usam expressões praticamente desconhecidas do homem médio. Trata-se de colocar, no texto, que deve ser comunicativo, ingredientes que, no fundo, são o inverso do veículo apropriadamente comunicativo. Não pode o aplicador do direito esquecer que a função primeira da linguagem é a de comunicar, e não a de confundir ou a de fazer perplexo o interlocutor[455].

A motivação (expressão que, por fins práticos, no presente estudo, usamos como sinônimo de fundamentação) possui singular relevo no contexto deste trabalho – especialmente quando consideramos que a motivação da decisão judicial é

[454] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 216.
[455] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 216.

integrada pelo relatório e pela motivação em sentido estrito, motivo pelo qual é possível prequestionar questões predominantemente de direito e de fato.

A motivação sobre a matéria fática demonstra, na verdade, o saber que legitima o poder, pois a condenação somente pode ser imposta àquele que – seguramente – pode ser considerado o autor da violação ao ordenamento jurídico.

De qualquer modo, tanto o relatório quanto a motivação em sentido estrito são elementos essenciais da sentença, cuja falta gera nulidade do ato[456].

No relatório, deve constar a síntese do processo – a exposição de todos os fatos e razões de direito alegados pelas partes e da "história relevante do

[456] Conforme Teresa Arruda Alvim sustentou na obra “Nulidades do processo e da sentença”, é absolutamente inconstitucional norma regimental que dispense que o acórdão contenha o relatório. DANTAS, B.; ALVIM, T. A. **Nulidades do processo e da sentença**. 6. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 322-323. A respeito, embora antigo, interessante julgado do STJ: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EXECUTADO REVEL. DEFENSORIA PÚBLICA. ACÓRDÃO QUE CONFIRMOU SENTENÇA QUE INDEFERIU LIMINARMENTE OS EMBARGOS POR FALTA DE GARANTIA DO JUÍZO. LAVRATURA DE CERTIDÃO COM BASE EM NORMA REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.OMISSÃO. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 DO CPC. ANULAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Cuidam os autos de embargos à execução fiscal opostos pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em face da revelia do executado que foram apreciados conforme Certidão do TJ/RJ, assim redigida (fl. 46):"Certifico que em sessão hoje realizada pelo (a) Egrégio (a) TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, foi submetido a julgamento o presente feito e proferida, conforme consta da respectiva minuta, a decisão seguinte: POR UNANIMIDADE DE VOTOS NEGOU-SE PROVIMENTO AO AGRAVO INTERPOSTO,NOS TERMOS DO VOTO VERBAL DO DES. RELATOR, COM A FUNDAMENTAÇÃO DE FLS. 29/30. DISPENSADA A LAVRATURA DE ACÓRDÃO NOS TERMOS DO PARÁGRAFO 2º, DO ART. 200, RITJ, COM A REDAÇÃO INTRODUZIDA PELA RESOLUÇÃO 01/2001, DO E. O. ESPECIAL (DO 22.03.2001)."2. Foram opostos embargos de declaração aduzindo a ocorrência de nulidade por falta de fundamentação do acórdão, sendo rejeitados.3. Apresenta-se defeituosa e inadequada a decisão que não consigna qualquer fundamento, nem mesmo por meio de notas taquigráficas do debatido oralmente, limitando-se a consignar certidão com a mera conclusão do julgado.4. É ilegal e absolutamente nula qualquer norma regimental estadual que diga ser dispensável que os acórdãos contenham relatório, voto e ementa, nos termos exigidos pelos artigos 165, 458 e 563, como é ocaso do artigo 200, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, dispensando indevidamente, formalidades cogentes impostas pela legislação adjetiva federal, hierarquicamente superior.5. Infringência ao artigo 535 do Código de Processo Civil caracterizada.6. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido para que outra decisão seja proferida nos termos dos artigos 458 do Código Processual Civil. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp: 684947 RJ 2004/0118212-8, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, j. 03-02-2005, Public. 18-04-2005, p. 234.

processo"[457]. Neste momento, faz-se referência às partes, às causas de pedir, ao pedido e aos fundamentos da defesa[458].

Egas Dirceu Moniz de Aragão ensina que o relatório de um processo submetido a julgamento deve ser feito de maneira que o magistrado fique em condições de conferir o acertamento do julgamento após sua leitura. O relatório não deve ser parcial, ou seja, não deve descrever o litígio subordinadamente à solução que o magistrado da causa reputa acertada. A parcialidade, que caracteriza a motivação, em seu sentido estrito, não pode impregnar o relatório[459].

Da motivação, deve constar análise das questões suscitadas (de fato e de direito, por ambas as partes), fazendo-se referência ao material de conhecimento encontrado e descrito no relatório[460]. O juiz deve abordar fatos conducentes à sua convicção, de modo a justificá-la perante as partes, perante o Tribunal e perante a comunidade como um todo.

Quanto aos recursos voltados ao exercício de atividade nomofilática pelos Tribunais Superiores, como é o caso, no Brasil, do recurso especial e do recurso extraordinário, estes ficariam inviabilizados na falta de um dever de motivação[461]. Na medida em que esses recursos voltam-se exclusivamente ao controle da aplicação do Direito pelos magistrados, e à consequente uniformização da jurisprudência nacional, dependem do prévio convencimento fático desenvolvido nas instâncias inferiores. Tomando certos fatos discutidos no processo como verdadeiros a partir daquilo que constou da motivação das decisões de primeiro e de segundo graus, os Tribunais Superiores podem analisar concretamente como se deu a aplicação do Direito,

---

[457] Muitos autores, como Moacyr Amaral Santos, utilizam a expressão “história relevante do processo”, observando que é de autoria de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (SANTOS, M. A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994). José Manoel Arruda Alvim Netto, para quem uma das funções do relatório é “justamente a possibilidade de individualização da causa a ser julgada e o destaque das questões centrais da demanda”. Para o autor, “como consequência desta primeira função, o relatório serve também como narrativa suficiente do contexto fático da demanda, apta a receber, na fundamentação, qualificação jurídica”. ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. **Manual de direito processual civil**. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1.065.

[458] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 216.

[459] ARAGÃO, E. D. M. **Sentença e coisa julgada** – exegese do Código de Processo Civil, arts. 444 a 475, n. 73. São Paulo: Aide, 1992, p. 99.

[460] SANTOS, M. A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 399.

[461] MOREIRA, J. C. B. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 115.

invalidando ou reformando a decisão atacada – sem analisar o processo integralmente.

Se as decisões recorridas não fossem motivadas, entretanto, os Tribunais Superiores não teriam um ponto de partida para analisar a correção jurídica da decisão. Em suma, seriam forçados a proceder com novo julgamento da causa, extrapolando a função precípua que lhes é atribuída: controlar e homogeneizar a interpretação e a aplicação do Direito.

Demonstrada, portanto, a intrínseca relação entre a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais e o prequestionamento das questões apreciáveis pelos Tribunais Superiores – sejam elas de fato ou de direito.

5.4 O prequestionamento da questão predominantemente de fato e a decisão por remissão – *aliunde* ou *per relationem*

Em que pese o exposto, é comum, ao invés de apresentar sua motivação e suas razões, o magistrado se limitar a repetir argumentos constantes nos autos, fazendo mera remissão a pontos previamente trazidos ao processo.

A motivação por meio da qual se faz remissão ou referência às alegações de uma das partes, a precedente ou a decisão anterior nos autos do mesmo processo é chamada pela doutrina e jurisprudência de motivação ou fundamentação *per relationem* ou *aliunde.*

A motivação *per relationem* e a motivação *aliunde* são técnicas utilizadas para reduzir o "empenho justificativo" da decisão[462]. Com frequência, e devido à má utilização, configuram, na expressão de Antonio Magalhães Gomes Filho, verdadeiros "artifícios da motivação"[463], voltados a frustrar o dever constitucional de que todas as decisões judiciais sejam motivadas.

Tanto a motivação *per relationem* como a motivação *aliunde* são reproduções de razões contidas em outro ato jurídico, que podem ter sido elaboradas pelo próprio órgão julgador ou não. Ou seja, o julgador "apropria-se" de razões dadas em outro ato jurídico para motivar a decisão por ele tomada.

Em geral, são denominadas indistintamente de *per relationem*. A distinção, porém, é benéfica. Enquanto a motivação *per relationem* utiliza razões de uma

[462] GOMES FILHO, A. M. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 196-197.
[463] GOMES FILHO, A. M. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 201.

decisão do mesmo processo, a motivação *aliunde* busca razões produzidas em ambiente externo ao processo. Sendo assim, há motivação *per relationem* quando, por exemplo, o tribunal confirma uma sentença e, para motivar o acórdão, simplesmente transcreve a motivação do juízo *a quo* ou faz remissão ao seu conteúdo; e há motivação *aliunde* quando o tribunal utiliza a motivação de acórdão prolatado em outro processo, seja do próprio tribunal, de tribunal de mesmo nível hierárquico ou superior. Ambas são muito utilizadas, não só no Brasil como nos demais sistemas judiciários[464].

Levada à literalidade, a fundamentação *per relationem* é "decisão referencial". Michele Taruffo afirma que a técnica da motivação *per relationem* consiste na técnica decisória empregada quando "o juiz não elabora em um ponto decisório uma justificação autônoma *ad hoc*, mas se aproveita da justificação contida em outra sentença"[465].

Na prática, a técnica de motivação *per relationem* é tida como a fundamentação por remissão, em razão da evocação remissiva, como razão de decidir, de outros julgamentos já proferidos no mesmo processo, de outras peças processuais, por exemplo, o parecer do Ministério Público, manifestações, de certidões lançadas nos autos, de precedentes jurisprudenciais e até de lições doutrinárias. Em reforço, vale destacar trecho da ementa de precedente do STF:

> Revela-se legítima, e plenamente compatível com a exigência imposta pelo art. 93, inciso IX, da Constituição da República, a utilização, por magistrados, da técnica da motivação 'per relationem', que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e/ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário. Precedentes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 25.936/DF. EDcl, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça eletônico n. 176, 17 set. 2009).

---

[464] TARUFFO, M. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 422-430; EVANGELISTA, S. Motivazione della sentenza civile. **Enciclopédia de Direito**, XXVII, Milano, 1977, p. 165-166; AMODIO, E. Motivazione della sentenza penale il suo controllo in cassazione. *In*: **Enciclopedia de Direito**, v. XXVII, Milano, 1977, p. 230-234; SANTOS, T. J. A. **La motivación de las resoluciones judiciales**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, p. 232.

[465] TARUFFO, M. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 365.

Trata-se de técnica de motivação passível de aplicação por todos os tribunais pátrios, com igual aceitação pelo STJ, como revelam recentes decisões das relatorias dos Ministros Humberto Martins[466] e Herman Benjamin[467].

O STJ tem admitido a sua utilização, afirmando que, para não haver ilegalidade, o órgão judicial, ao se valer de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, deve adicionar motivação que justifique a sua conclusão, com menção a argumentos próprios.

---

[466] PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. FATOS E PROVAS. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. 1. "Conforme a jurisprudência das Cortes Superiores, é possível a fundamentação *per relationem*, por referência ou remissão, na qual são utilizadas pelo julgado, como razões de decidir, motivações contidas em decisão judicial anterior ou em parecer do Ministério Público" 2. O recurso especial não comporta exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7 do STJ). 3. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu que a manutenção dos dois curadores designados pelo Juízo de primeira instância é o que melhor atende aos interesses da curatelada. A revisão desse entendimento exige incursão sobre elementos fático-probatórios dos autos, o que é vedado na instância excepcional. 4. "A análise do dissídio jurisprudencial fica prejudicada em razão da aplicação do enunciado da Súmula 7/STJ, porquanto não é possível encontrar similitude fática entre o aresto combatido e os arestos paradigmas, uma vez que as suas conclusões díspares ocorreram, não em razão de entendimentos diversos sobre uma mesma questão legal, mas, sim, em razão de fundamentações baseadas em fatos, provas e circunstâncias específicas de cada processo" (AgRg no AREsp 16.879/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2012, DJe 27/04/2012) 5. Agravo interno a que se nega provimento. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp: 1534532 SP 2019/0192338-7, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 08-06-2020, Quarta Turma, Public. 15-06-2020.

[467] PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR ESTADUAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. EXCLUSÃO DOS QUADROS DA CORPORAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. OMISSÃO DA AUTORIDADE IMPETRADA NÃO CONFIGURADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. 1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Governador do Estado de São Paulo consistente na decisão de não conhecimento de recurso hierárquico interposto em processo disciplinar julgado no sentido de expulsar o impetrante da Polícia Militar. 2. A jurisprudência do STF e do STJ é firme no sentido de que se reveste de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação *per relationem*, que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da Republica. A remissão feita pelo magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou a pareceres do Ministério Público, ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir. Precedentes: a) do STF: RE 752.519 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 10.2.2015; ARE 742.212 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 9.10.2014; e RE 614.967 AgR, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19.3.2013; e b) do STJ: AgRg no RMS 47.440/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1º.7.2015. 3. O Mandado de Segurança detém entre os seus requisitos a comprovação inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, por meio da chamada prova pré-constituída, inexistindo espaço para a dilação probatória na célere via do mandamus. 4. Para a demonstração do direito líquido e certo, é necessário que, no momento da sua impetração, seja facilmente aferível a extensão do direito alegado e que este possa ser prontamente exercido. Analisando detidamente a situação fática descrita nos autos e a documentação apresentada, patente a falta de prova pré-constituída do direito alegado. 5. Recurso Ordinário não provido. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RMS: 61135 SP 2019/0175362-8, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 08-10-2019, Segunda Turma, Public. 18-10-2019.

> ADMINISTRATIVO. MILITAR. DEMISSÃO. MOTIVAÇÃO *PER RELATIONEM*. ART. 50, § 1º, DA LEI 9.784/1999. POSSIBILIDADE. 1. Trata-se na origem de Mandado de Segurança impetrado pelo recorrente contra ato do Governador do Estado de Minas Gerais que determinou sua demissão do Corpo de Bombeiro Militar do estado. Alegou que o ato administrativo que o demitiu é nulo por ausência de motivação. 2. O Tribunal de origem entendeu que "O impetrado negou provimento ao recurso administrativo interposto pelo impetrante e manteve a pena de demissão aplicada, com fundamento na Nota Jurídica n. 718 da Advocacia Geral do Estado, pela prática das condutas previstas no art. 13, III e XIX, e art. 64, II, da Lei n. 14.310, de 2012. Assim, a motivação do ato impugnado se encontra na referida nota jurídica, que passou a integrá-lo. Anoto que a nota jurídica apreciou devidamente as alegações do impetrante apresentadas no recurso administrativo, não havendo que se falar em ausência de motivação do ato" (fl. 130, e-STJ). 3. Na forma da jurisprudência do STJ, assim como do STF, é admitida a fundamentação *per relationem*, sem que isso vá de encontro à exigência de motivação das decisões. 4. Recurso Ordinário não provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS: 50400 MG 2016/0073959-8, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 02-05-2017, Segunda Turma, Public 10-05-2017).

Em matéria penal[468], o STJ fixou a tese n. 18: "A utilização da técnica de motivação *per relationem* não enseja a nulidade do ato decisório, desde que o julgador se reporte a outra decisão ou manifestação dos autos e as adote como razão de decidir".

Extrai-se dos entendimentos acima que a jurisprudência admite a chamada fundamentação *per relationem* desde que o julgado faça referência concreta às peças que pretende encampar, transcrevendo delas partes que julgar interessantes para

---

[468] Nesse sentido, confira-se interessante julgado de relatoria do Ministro Antônio Saldanha Palheiro: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CONDENAÇÃO. NEGATIVA DE APELAR EM LIBERDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MULTIRREINCIDÊNCIA. PERICULOSIDADE. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA E DE CESSAR A ATIVIDADE DELITIVA. 1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*. 2. Segundo o disposto no art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, "o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta". 3. No caso, a prisão preventiva está justificada, pois destacada no decreto a periculosidade do paciente, evidenciada pela multirreincidência, bem como em razão da gravidade em concreto do delito, uma vez que o paciente foi flagrado transportando expressiva quantidade de droga de poder altamente deletério. Inequívoca, dessa forma, a necessidade da manutenção da custódia para garantia da ordem pública e para cessar a atividade delitiva. 4. A técnica de motivação per relationem revela-se legítima se a sentença condenatória faz remissão às circunstâncias ensejadoras da decretação de prisão preventiva no início do feito, tendo em vista que elas permanecem incólumes. 5. Ordem denegada. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC: 609582 SP 2020/0223081-2, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. 03-11-2020, Public. 16-11-2020.

legitimar o raciocínio lógico que embasa a conclusão a que se quer chegar – há, na verdade, a incorporação formal do documento referenciado no ato decisório.

Dessarte, não se admite a motivação *per relationem* quando é exclusivamente *per relationem* – ou seja, quando o magistrado se limita a remeter a fundamentação à de outra decisão, o que significa a renúncia integral do juiz a justificar, autonomamente, sua decisão. Na verdade, é necessário, pelo menos, que o juiz exprima um juízo de idoneidade (próprio) a respeito da motivação da outra decisão[469].

Nesse sentido, também é a opinião de José Rogério Cruz e Tucci: "deixará de cumprir o seu dever funcional o julgador que se limitar a decidir, sem revelar como interpretou e aplicou a lei ao caso concreto, ou mesmo, a fazer simples remissão a fundamentos expendidos em razões, pareceres, decisões, ou seja, em atos processuais produzidos em outros processos (motivação *aliunde*)[470].

O ideal seria reduzir o máximo possível o caráter genérico e ambíguo dos critérios de valoração acerca da suficiência da motivação da sentença, considerando-se inadmissível a motivação, pura e simplesmente, *per relationem*.

Ademais, no que diz respeito a esta espécie de fundamentação, surge um problema interessante. A Súmula n. 317/STF estabelece a regra de que não devem ser providos os embargos declaratórios, quando não pedida a declaração do julgado anterior, em que se verificou a omissão.

Há decisões judiciais interpretando a súmula mencionada da seguinte forma: quando o acórdão confirma a sentença pelos seus próprios fundamentos, fazendo

---

[469] Acerca do tema: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO. PRELIMINARES. ADOÇÃO DA SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. INSUFICIÊNCIA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS. 1. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do HC 216.659/SP, ressalvada compreensão pessoal, decidiu que a mera transcrição de outra decisão ou de manifestação nos autos, sem qualquer acréscimo de fundamentação, não é apta a suprir a exigência de fundamentação das decisões judiciais, prevista no art. 93, IX, da CF/1988. 2. A Corte de origem, ao apreciar o apelo defensivo, limitou-se a fazer remissão à sentença, sem tecer qualquer acréscimo argumentativo casuístico, demonstrador do efetivo enfrentamento das teses do processo, seja no exame das preliminares, seja no exame do mérito e dosimetria, o que não se coaduna com o imperativo da necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais. 3. Embargos de divergência acolhidos para dar provimento ao recurso especial defensivo, determinando o retorno dos autos à Corte de origem para que profira novo julgamento, apreciando fundamentadamente o apelo defensivo, como entender de direito. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. EREsp: 1380658 RS 2013/0066410-1, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Terceira Seção, j. 12-06-2019, Public. 19-06-2019.

[470] TUCCI, J. R. C e. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 485 ao 538. *In*: MARINONI, L. G; ARENHART, S. C; MITIDIERO, D. (coord.). **Coleção Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. v. 8. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

com que o teor daquela integre o acórdão, já não podem mais ser interpostos embargos de declaração, pois deveriam ter sido opostos da própria sentença[471].

O princípio da substitutividade, entretanto, não permite essa interpretação. Ainda que a decisão recursal negue provimento ao recurso, ou, em linguagem simplificada, confirme a decisão recorrida, existe o efeito substitutivo, de forma que o que passa a valer e ter eficácia é a decisão substitutiva e não a decisão confirmada[472].

Como vimos em seção anterior, se o acórdão invoca como razões de decidir as constantes da sentença, está substituindo a decisão em sua integralidade. Trata-se de nova decisão, da qual são interponíveis os recursos cabíveis, inclusive os embargos de declaração[473].

Ante o exposto, é possível concluir que a evocação da sentença com razão de decidir não implica contradição com o enunciado da Súmula n. 07/STJ e da Súmula n. 279/STF, tendo em vista a ocorrência de motivação *per relationem* na espécie vertente.

Todavia, parte da doutrina sustenta que essa técnica de fundamentação levaria ao trancamento das vias recursais extraordinárias e ao atraso na prestação jurisdicional, pela necessidade de obrigatória oposição de embargos de declaração. Entretanto, não há intrinsecamente qualquer vício na decisão proferida com a técnica da fundamentação referencial, senão os que já carregam a decisão ou manifestação referenciadas.

Assim, se contra a decisão referenciada caberia recurso extraordinário, por afrontar algum dispositivo constitucional, contra a decisão que a encampa continuará

---

[471] Por exemplo: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 1.022 DO CPC/2015. MERO INCONFORMISMO. IMPUGNAÇÃO DE DECISÃO ANTERIOR AO JULGAMENTO PROFERIDO NO AGRAVO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração somente são cabíveis quando houver na decisão obscuridade, contradição, omissão ou erro material, consoante dispõe o art. 1.022 do CPC/2015. 2. No caso concreto, não se constatam os vícios alegados pela parte embargante, que busca rediscutir matéria devidamente examinada pela decisão embargada, o que é incabível nos embargos declaratórios. 3. "Os embargos de declaração devem ter como objeto apenas o decisum embargado, não se prestando para sanar eventual vício ocorrido em decisão judicial anterior, em face da ocorrência da preclusão. [...] Nos termos do enunciado n. 317 da Súmula do Supremo Tribunal, 'São improcedentes os embargos declaratórios, quando não pedida a declaração do julgado anterior, em que se verificou a omissão" (EDcl nos EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 1.267.160/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe de 30/8/2016). 4. Embargos de declaração rejeitados. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. EDcl no AgInt no AREsp: 1427815 SP 2019/0006780-6, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 17-02-2020, Public. 20-02-2020.

[472] NERY JUNIOR, N. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 466.

[473] ALVIM, T. A. **Embargos de declaração**: como se motiva uma decisão judicial? 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 222.

cabendo o aludido meio recursal; igualmente, se a decisão ou manifestação referenciada apresenta qualquer vício de integração do julgado ou necessita de prequestionamento das matérias constitucional ou infraconstitucional federal que enseje a interposição de embargos de declaração, por ter sido reproduzida na fundamentação *per relationem*, reproduzidos estarão estes mesmos vícios, que continuarão permitindo a interposição dos aclaratórios. São vícios, portanto, com origem na própria decisão referenciada, e não da técnica de fundamentação referencial.

Entendemos, portanto, que é um erro a tendência pré-concebida de parte da doutrina[474] em ver na fundamentação *per relationem* um *tertium genus*, e reputá-la arbitrária e nula *ipso jure*, pois se submete aos mesmos requisitos de validade de todos os atos decisórios. Se, eventualmente, padece de algum vício, este não é o de referenciar os termos da fundamentação a outra decisão ou manifestação processual, mas os que ordinariamente acometem as decisões judiciais no plano da fundamentação.

Em relação ao tema do presente trabalho, mesmo nas hipóteses em que se adota a motivação *per relationem*, o julgador, ao fundamentar a decisão, deve se atentar sobretudo para o momento do acertamento das questões de fato. Deve ser o mais claro e explícito possível, para não incorrer em cabal equívoco ao qualificar juridicamente os fatos e daí retirar consequências jurídicas igualmente equivocadas, que ensejarão um comando decisório completamente dissonante do paradigma adotado.

Por isso, inegável o acerto de Djanira Maria Radamés de Sá e Haroldo Pimenta ao examinar o tema:

> O juiz poderá utilizar-se integralmente das razões contidas na decisão do caso "idêntico"; isso, porém, não o exime, de expor pormenorizadamente, na fundamentação da decisão, as semelhanças relevantes entre os casos, que tornem justificável o tratamento jurídico paritário[475].

---

[474] De certa forma compreensível, pois é própria da natureza humana – e precípuo ao processo – irresignar-se contra decisões desfavoráveis, o que mais se agrava quando a segunda resposta limita-se a reiterar os termos da primeira, transmitindo para alguns a ideia, aliás falsa, de que não se houve por bem analisar os argumentos da parte. Neste sentido, "[...] quando o acórdão faz reenvio à sentença do juízo *a quo*, o que consegue se verificar é certo desrespeito com o trabalho do advogado que não vê suas argumentações sequer serem analisadas". FELISBERTO, A. C.; IOCOHAMA, C. H. O princípio da motivação nas decisões judiciais de segunda instância dos juizados especiais cíveis. **Revista de Processo** n. 190, p. 127-153, dez. 2010, p. 132.

[475] SÁ, D. M. R. de; PIMENTA, H. Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, n. 133, p. 136-149, mar. 2006.

O principal efeito da adoção da motivação *per relationem* é, no que diz respeito às questões predominantemente fáticas, a incorporação do documento remetido ao ato decisório, seja ele sentença, parecer do Ministério Público ou documentos anexados ao processo. Tendo sido o documento remetido incorporado ao novo ato decisório, sendo este ato o acórdão impugnado por recurso extraordinário ou especial, a análise posterior do documento pelas instâncias extraordinárias não implica no reexame de provas, mas apenas no reenquadramento fático da prova.

Tratando-se, portanto, de qualificação jurídica de fato registrado no acórdão recorrido, ou seja, prequestionado, não há desrespeito às Súmulas n. 07/STJ e n. 279/STF.

Evidente, diante do exposto, que se o acórdão recorrido foi proferido com a adoção da técnica de julgamento de motivação *per relationem* ou *aliunde*, fazendo remissão expressa a documento do processo, haja vista que este documento fica formalmente incorporado ao novo ato decisório, ele pode ser analisado pelas instâncias extraordinárias no momento do julgamento dos recursos excepcionais sem se cogitar em reexame de prova uma vez que a análise de documento incorporado ao acórdão constitui reenquadramento fático ou análise de questão predominantemente de fato prequestionada.

5.5 As Súmulas n. 279/STF e n. 7/STJ justificadas a partir dos arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988

A Súmula n. 279/STF e a Súmula n. 07/STJ trazem a vedação do reexame fático-probatório pelos Tribunais Superiores em sede de recursos extraordinário e especial.

Contudo, como demonstramos ao longo do trabalho, 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 simples reexame de provas nos recursos de estrito direito, transmitem um significado muito mais complexo do que o que se pode extrair de suas palavras, se analisadas superficialmente. O que se proibiria no julgamento desses recursos, em análise superficial, seria a incursão nas questões predominantemente de fato.

Isso se dá, em análise preliminar, em decorrência direta das hipóteses constitucionais de cabimento desses recursos, assim como de suas funções

precípuas, de (i) tutelar a ordem jurídica objetiva (nomofilática); (ii) uniformizar o entendimento da norma jurídica (uniformizadora); (iii) preservar a resolução justa do caso concreto (dikeológica); e (iv) fixar parâmetros de interpretação do direito que devem ser seguidos pelos demais órgãos do Poder Judiciário (paradigmática).

A vedação à incursão na matéria fática não consiste em inovação criada pelos Tribunais Superiores – na verdade, decorre de interpretação do texto constitucional.

Pelo que se revela da simples leitura dos dois enunciados sumulados, o intuito dos Tribunais Superiores é impedir o acesso às vias recursais 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 esse "limite" à prática recursal correlaciona-se perfeitamente com os modelos recursais que deram origem aos recursos ora abordados e às hipóteses constitucionais de cabimento desses recursos (art. 102, III, e art. 105, III, da CF/1988)[476].

As funções fundamentais desses recursos, delineadas através das hipóteses de cabimento de cada um, não consistem na simples revisão das questões de fato e de reexame de provas, mas na uniformização e na correção da aplicação de dispositivo constitucional (no recurso extraordinário) e de lei federal (recurso especial).

Por não se equiparar a um Tribunal de Justiça, conforme sustentado por José Guilherme Vilela, na revisão extraordinária “não se reaprecia a matéria de fato ou prova, mesmo que o tribunal local não a tenha examinado com a devida correção”[477].

Sobre o 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

[476] O limite imposto à prática recursal é justificado, comumente, pelo fato de os recursos excepcionais possuírem espectro de cognição limitado. MANCUSO, R. de C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 161-164.
[477] VILLELA, J. G. Recurso extraordinário. **Revista de Processo**, v. 41. São Paulo, jan.-mar. 1986, p. 140.

> 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 *oportuno tempore*. É nessa dimensão que se entende a Súmula 279 do STF[478].

Na mesma esteira, dispõe Gleydson Kleber de Oliveira Lopes:

> Em decorrência do efeito devolutivo restrito do recurso especial – devolve-se ao STJ 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 STJ 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 STJ 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 STF e n. 7 do STJ[479].

Os trechos acima expõem as linhas gerais do significado das duas súmulas em exame, demonstrando também claramente a idêntica aplicação dos dois enunciados no âmbito do STF e no STJ.

Naturalmente, se as duas Cortes Superiores funcionam como tribunais em que se visa resguardar a inteireza e a aplicação correta das normas constitucionais e infraconstitucionais 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 a mesma.

Desta forma, como concluímos em estudo anterior,

> não se admite pleitear no âmbito dos recursos extraordinário e especial a verificação se determinado fato registrado no acórdão ocorreu ou não, assim como não se admite pleitear a verificação de que o fato registrado no acórdão recorrido se revela incompatível com determinada prova dos autos, uma vez que tal pleito consistiria em reexame de provas[480].

---

[478] MANCUSO, R. de C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 130.
[479] OLIVEIRA, G. K. L. de. **Recurso especial**. São Paulo: RT, 2002, p. 275.
[480] RANÑA, L. F. **Ordem pública nos recursos extraordinário e especial**: observância do devido processo legal. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018, p. 130.

Fica claro, diante das considerações acima, que a distinção entre reexame e revaloração de fatos e provas, criada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros[481] – a qual estabelece que a revaloração pode ser realizada no reexame de recursos direcionados às Cortes de Cúpula, enquanto o mero reexame das provas não seria cabível[482] – relaciona-se diretamente aos verbetes analisados.

Na prática, a aplicação das Súmulas n. 07/STJ e n. 279/STF impede o reexame da prova não prequestionada mas não cria obstáculo ao reenquadramento do fato registrado no acórdão, ou seja: prequestionado – protegendo a função precípua dos recursos excepcionais e protegendo o direito de acesso à jurisdição dos jurisdicionados.

Como exemplo, destacamos o posicionamento adotado pelo Ministro Raul Araújo no julgamento do Recurso Especial n. 1.178.595/RS:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA NATURAL. DECLARAÇÃO DE MISERABILIDADE. PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* OPERANDO EM FAVOR DO REQUERENTE DO BENEFÍCIO. RECURSO PROVIDO.
> 1. O art. 4º, § 1º, da Lei 1.060/50 traz a presunção *juris tantum* de que a pessoa natural que pleiteia o benefício de assistência judiciária gratuita não possui condições de arcar com as despesas do processo sem comprometer seu próprio sustento ou de sua família. Por isso, a princípio, basta o simples requerimento, sem qualquer comprovação prévia, para que lhe seja concedida a assistência judiciária gratuita. Embora seja tal presunção relativa, somente pode ser afastada quando a parte contrária demonstrar a inexistência do estado de miserabilidade ou o magistrado encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência do requerente.
> 2. Na hipótese, as instâncias ordinárias, ignorando a boa lógica jurídica e contrariando a norma do art. 4º, § 1º, da Lei 1.060/50, inverteram a presunção legal e, sem fundadas razões ou elementos concretos de convicção, exigiram a cabal comprovação de fato negativo, ou seja, de não ter o requerente condições de arcar com as despesas do processo.

---

[481] A jurisprudência brasileira criou distinção que 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. ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 354.

[482] Destacamos, para exemplificar a afirmação: PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. REEXAME E REVALORAÇÃO DE PROVAS. SÚMULA Nº 07/STJ. I – A revaloração da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento (Precedentes). II – Não se conhece de recurso especial que, para o seu objetivo, exige o reexame da *quaestio facti* (Súmula nº 7 – STJ). Recurso não conhecido. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 683.702/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 01-03-2005, DJ 02-05-2005, p. 400.

> 3. Recurso especial provido, para se conceder à recorrente o benefício da assistência judiciária gratuita.
> (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1178595/RS, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 19-10-2010, DJe 04-11-2010).

Percebe-se, através da análise do acórdão, que não foi realizado novo exame do material fático e probatório dos autos – o que estaria obstado, em sede de recurso especial, pela Súmula 7/STJ, cuja aplicação é, como visto, justificada pelo texto constitucional. Foi efetuada, na realidade, nova valoração dos critérios jurídicos de formação da convicção do julgador, que, no caso concreto em questão, inverteu a própria lógica de presunção legal, ante a distorção feita pelo tribunal legal quanto à presunção de miserabilidade da pessoa natural, medida que não encontra óbice no referido enunciado sumular.

A respeito do tema, leciona Luiz Guilherme Marinoni:

> O conceito de reexame de prova deve ser atrelado ao de convicção, pois o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame de prova, é a formação de nova convicção sobre os fatos. Não se quer, em outras palavras, que os recursos extraordinário e especial, viabilizem um juízo que resulte da análise dos fatos a partir das provas. Acontece que esse juízo não se confunde com aquele que diz respeito à valoração dos critérios jurídicos respeitantes à utilização da prova e à formação da convicção. É preciso distinguir reexame de prova de aferição: i) da licitude da prova; ii) da qualidade da prova necessária para a validade do ato jurídico ou iii) para o uso de certo procedimento; iv) do objeto da convicção; v) da convicção suficiente diante da lei processual e vi) do direito material; vii) do ônus da prova; viii) da idoneidade das regras de experiência e das presunções; ix) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiaram os raciocínios presuntivo, probatório e decisório[483].

A aplicação das súmulas, contudo, apesar de justificada a partir dos arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988, deve ser feita com a máxima cautela, dado que a proibição irrestrita à análise das questões predominantemente de fato pode restringir (inconstitucionalmente) o direito à interposição dos recursos de estrito direito, enquanto a permissão para a revisão das matérias fáticas em todo e qualquer caso concreto pode ampliar indevidamente seu cabimento, correndo-se o risco de transformar os Tribunais Superiores em terceira instância ordinária.

---

[483] MARINONI, L. G. Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, v. 53, n. 330, p. 17-33, abr. 2005, p. 128-145.

5.6 O prequestionamento ficto e a questão predominantemente de fato

Da leitura dos artigos constitucionais 102, III, e 105, III, da CF/1988 também se extrai que o prequestionamento é um dos requisitos de admissibilidade dos recursos superiores – que se aplica indistintamente às questões predominantemente de fato e às questões predominantemente de direito.

A doutrina divide o prequestionamento em três modalidades distintas, dentre as quais se encontra o prequestionamento ficto, uma ficção jurídica. O nome dado expressa exatamente o seu significado morfológico – uma ficção entre a interposição de embargos de declaração com intuito de prequestionamento e a consequente possibilidade de ausência de resposta jurisdicional sobre a omissão[484].

Ocorre, na prática, quando a parte interpõe embargos de declaração perante a instância ordinária com o intuito de prequestionar determinada matéria, mas o tribunal não se manifesta sobre a questão. Então, mesmo que os aclaratórios não sejam acolhidos e que a matéria não conste da decisão judicial, estaria assegurado o requisito do prequestionamento, abrindo-se a oportunidade para a interposição de recursos excepcionais[485].

Então, a simples interposição dos embargos de declaração, em determinadas circunstâncias, é suficiente para considerar a matéria prequestionada e a matéria questionada, causa decidida.

O prequestionamento em sua modalidade ficta é um dos temas mais controversos dos últimos anos no cenário recursal das instâncias superiores, uma vez que não há consenso, até hoje, sobre os limites de sua exigência, ou sobre sua

[484] DIDIER JUNIOR, F. **Novo CPC doutrina selecionada**. Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.045-1.074.
[485] BUENO, C. S. Duas “novidades” em torno dos recursos extraordinários em sentido lato. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 84, p. 201-205, out.-dez.1996.

aplicabilidade no contexto recursal dos Tribunais Superiores, em relação à admissibilidade de recursos especiais[486] e de recursos extraordinários[487].

[486] O STJ admite o prequestionamento ficto desde que expressamente apontada a violação ao artigo 1.022 do CPC/2015, hipótese em que procede com a cassação do acórdão recorrido, determinando que o tribunal *a quo* sane com a omissão apontada nos embargos de declaração. Vejamos: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DA MORA. SUPOSTA AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO. MATÉRIA DE DIREITO. INCIDÊNCIA DOS BROCARDOS DA MIHI FACTUM DABO TIBI IUS (DÁ-ME OS FATOS QUE TE DAREI O DIREITO) E IURA NOVIT CURIA (O JUIZ É QUEM CONHECE O DIREITO). ATIVIDADE EMPRESÁRIA. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE DE CARCINICULTURA. ALEGAÇÃO DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL DOS VENDEDORES QUANTO À OBRIGAÇÃO DE FORNECIMENTO DE LICENÇAS AMBIENTAIS RENOVADAS. PARALISAÇÃO DAS ATIVIDADES PELO NÃO FORNECIMENTO DAS LICENÇAS AMBIENTAIS RENOVADAS. ARGUMENTO AFASTADO PELO TRIBUNAL A QUO. PREQUESTIONAMENTO FICTO PREVISTO NO ART. 1.025 DO CPC/2015. NECESSIDADE DE SE APONTAR VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO ESPECÍFICA DA OMISSÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO. [...] 4. Não se reconhece o prequestionamento pela simples oposição de embargos de declaração, de modo que, persistindo a omissão, é necessário interpor recurso especial por afronta ao art. 1.022 do CPC/2015, sob pena de perseverar o óbice da ausência de prequestionamento. 5. Agravo interno não provido. (BRASIL **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp 1.420.454/RN, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 03- 03-2020); CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. – LIQUIDAÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS PROPORCIONAIS ÀS COTAS INVENTARIADAS – HERDEIROS SÓCIOS EM CONDOMÍNIO – CABIMENTO – PRESCRIÇÃO DO DIREITO – NÃO OCORRÊNCIA. [...] 04. A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei. [...] 06. Recurso especial não provido. (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1639314/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 04-04-2017, DJe 10-04-2017). PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ E 282/STF. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EXPRESSAMENTE RECONHECIDOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa aos art. 535 do CPC se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão se fez omisso, contraditório ou obscuro. Aplica-se, na hipótese, o óbice da Súmula 284/STF. 2. O prequestionamento não exige que haja menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados, entretanto, é imprescindível que no aresto recorrido a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente, sob pena de não preenchimento do requisito do prequestionamento, indispensável para o conhecimento do recurso, nos termos da Súmula 211/STJ. 3. A questão jurídica sobre a qual o Tribunal de origem não estava obrigado a se manifestar, por não haver sido provocado a tanto em momento oportuno, não pode ensejar ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil. Além disso, se, a despeito dos embargos de declaração opostos, o Tribunal não se pronuncia sobre determinada questão, porque encontrou fundamentos diversos para o deslinde da controvérsia, inclusive de âmbito constitucional, falta o requisito do prequestionamento, incidindo, assim, a Súmula 211/STJ. Em casos tais, inexiste contradição em afastar a violação do artigo 535 do Código de Processo Civil e, ao mesmo tempo, não conhecer do mérito do recurso por ausência de prequestionamento. [...] 7. Agravo regimental não provido. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp 1533238/SP, Rel. Min. Mauro Campabell Marques, Segunda Turma, j. 03-12-2015, DJe 14-12-2015.

[487] No âmbito dos recursos extraordinários, em que pese o entendimento pacífico e sumulado da Corte Suprema quanto à possibilidade do prequestionamento ficto, é prudente, na prática, apontar violação ao art. 93, IX, da CF/1988, dando ensejo ao conhecimento do recurso excepcional também por negativa de prestação jurisprudencial.

O entendimento adotado pela doutrina tradicional atualmente é o de que, se houver oposição de embargos declaratórios para suprir a omissão do tribunal de origem quanto à questão federal ou constitucional previamente suscitada, satisfeito o requisito de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário.

Todavia, a doutrina tradicional não trata da necessidade de que, por meio destes embargos aclaratórios, se possa provocar o órgão *a quo* para fazer constar do acórdão recorrido a descrição dos fatos, suficientemente completa para que se possa refazer a subsunção, corrigindo-a.

Isso em razão de, tradicionalmente, não se considerar a possibilidade de prequestionamento – e, consequentemente, a possibilidade de análise pelas Cortes Superiores – das questões predominantemente fáticas, em interpretação restritiva e, a nosso ver, equivocada, dos dispositivos constitucionais que dispõem sobre o cabimento dos recursos excepcionais.

Entendemos – momento em que nos filiamos ao posicionamento de Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas[488] – que esta situação pode ser corrigida pelo art. 1.025 do CPC/2015, que trata do prequestionamento ficto, nos seguintes termos:

> Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Ocorre que, em algumas situações, a verificação e, até mesmo, a correção da violação a dispositivo constitucional ou à lei federal depende de reexame do material fático probatório constante dos autos. É essencial que as questões predominantemente fáticas – em que pese a oposição de embargos de declaração – que não tenham sido incluídas no acórdão recorrido, sejam consideradas prequestionadas, assim como ocorre com as questões predominantemente de direito.

Na verdade, constarem os fatos do acórdão é incluir na decisão recorrida a violação à questão federal ou constitucional, decorrente do encaixe dos fatos à solução normativa encontrada pelas instâncias inferiores – é, portanto, prequestionar.

Prequestionar é, justamente, evidenciar a ofensa à lei federal ou à Constituição, desde que, neste último caso, a ofensa se revista de repercussão geral. Quando a

---

[488] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 355.

ofensa à norma está no encaixe equivocado do quadro fático sob a solução normativa dada pelo juízo de segundo grau, esta ofensa não constará do acórdão – ou seja, não será verificável – se os fatos não estiverem adequadamente descritos.

Por exemplo, aconteceram os fatos A, B, e C. O acórdão decidiu por A1, B1 e D. Essa é a ilegalidade: o acórdão recorrido qualificou mal o fato C, tendo decidido não C1, mas D. Em casos como estes, descrever o fato D de maneira completa consiste em prequestionar, criar condições para demonstrar que houve ofensa ao direito subjetivo. Significa, pois, transformá-lo em causa decidida[489].

É evidente, feitas as considerações acima, que o STF e o STJ podem adotar o prequestionamento ficto das questões predominantemente de fato, assim como o fazem para as questões predominantemente de direito – visando garantir o acesso dos jurisdicionados às instâncias extraordinárias.

5.7 Da indevida utilização da Súmula n. 279 do STF e da Súmula n. 07 do STJ como mecanismo de jurisprudência defensiva

O recurso extraordinário dirigido ao STF foi, ao longo de muitas décadas, a via processual utilizada por aqueles que buscavam a integridade e a uniformização da interpretação da Constituição e das leis infraconstitucionais federais. Com o passar do tempo, no entanto, o STF se deparou com um aumento incessante no número de recursos que ali chegavam, culminando na chamada “crise do Supremo”.

Em resposta a essa crise, como detalhado em capítulo específico, instituiu-se, na CF/1988, o STJ como a última instância da Justiça brasileira para as causas infraconstitucionais federais. Essa nova Corte surgiu em posição de destaque na organização judiciária brasileira, cuja missão principal é zelar pela integridade e pela uniformização da interpretação do direito infraconstitucional comum. Para efetivar essa função, instituiu-se o recurso especial como a via processual adequada. Por meio dele, as ofensas à legislação federal, e os dissídios jurisprudenciais acerca de sua respectiva interpretação poderiam ser submetidos à apreciação do STJ.

Ocorre que, após a sua instituição, o STJ passou a enfrentar o mesmo empecilho que ocasionou a sua criação: um excessivo número de recursos, em detrimento da efetivação de seu papel de uniformizador da legislação federal

[489] ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 355.

infraconstitucional. Em 21 de janeiro de 2022, o Presidente do STJ, Humberto Martins, fez preocupante declaração no II Fórum de Governança do Poder Judiciário, ao afirmar que “o número de processos que chegam aos nossos tribunais é muito superior à capacidade dos órgãos do sistema de justiça de encaminhar solução para esses litígios”. Há, em outras palavras, um grande número de processos e uma escassez de infraestrutura para comportá-los.

Nesse contexto, como forma de dar uma maior vazão processual, ambas as Corte Superiores passaram a adotar uma política restritiva na admissibilidade dos recursos especiais. Assim, é conhecida como jurisprudência defensiva a postura da aplicação de um leque de súmulas e entendimentos jurisprudenciais obstativos do conhecimento de recursos, a fim de se evitar a análise do método de uma miríade de processos.

Com efeito, o excesso de trabalho dos Tribunais Superiores vem tornando, nos últimos anos, cada vez mais frequente a prática de se decidir pela inadmissibilidade do recurso extraordinário ou do recurso especial por razões meramente formais, que, rigorosamente, não deveriam ser considerados óbices a que fossem decididos pelo mérito.

O principal exemplo do que constitui a jurisprudência defensiva são as Súmulas n. 07/STJ e n. 279/STF, segundo as quais, respectivamente, “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” e “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Não se julgará, aqui, a legitimidade para a aplicação das súmulas como método de integração do ordenamento, pois isto demandaria a redação de um trabalho somente com esta finalidade. Essa seção se destina exclusivamente a analisar em conjunto a aplicação da Súmula n. 07/STJ e da Súmula n. 279/STF, dada a similaridade da redação de ambas e a quase identidade dos problemas decorrentes da sua aplicação indiscriminada.

O problema da cognição no STJ e no STF tem origem na ausência de julgamento de mérito dos recursos excepcionais por causa da aplicação não escorreita das Súmulas n. 07/STJ e n. 279/STF – o que decorre, ao que se percebe, da necessária busca destes tribunais pelo equilíbrio entre o cumprimento das funções institucionais e das atribuições funcionais previstas na CF/1988 e o atendimento à numerosa demanda de recursos levados à apreciação naqueles tribunais, o que é inegável.

A restrição de acesso às Cortes Superiores por meio das súmulas mencionadas é, inclusive, em análise preliminar, perfeitamente condizente com a natureza e a finalidade desta modalidade recursal – portanto, plenamente aceitável pela boa técnica processual. Com efeito, a redação dos arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988 revela uma característica expressiva e relacionada aos limites da atividade do juiz no recurso excepcional: a Corte Superior repele a revisão das questões de fato, cuja apreciação, derivada de circunstâncias intimamente relacionadas à relação singular controvertida, não possuiria o condão de repercutir em outros feitos ou servir de paradigma para a solução de casos futuros[490].

Nesse contexto, veremos exemplo de uma – dentre inúmeras – decisão de negativa de seguimento de recurso extraordinário com fundamento nas súmulas mencionadas, pelo STF:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. REALINHAMENTO SALARIAL. LEI FEDERAL 7.730/1989. LEI MUNICIPAL 1.898/1990. SÚMULA 280 DO STF. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. ALEGADA CONTRARIEDADE AO ART. 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO. OFENSA REFLEXA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica rever a interpretação de norma infraconstitucional local que fundamenta a decisão *a quo*. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria apenas indireta. Incidência da Súmula 280 do STF. II – Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo Tribunal de origem, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. III – Os Ministros desta Corte, no ARE 748.371-RG/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, manifestaram-se pela inexistência de repercussão geral da controvérsia acerca da violação dos limites da coisa julgada, quando dependente de exame prévio de normas infraconstitucionais, por se tratar de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, decisão que vale para todos os recursos sobre matéria idêntica. IV – Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 803240 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 5-6-2014).

O mesmo raciocínio de aplicação das súmulas mencionadas ocorre em decisões proferidas pelo STJ, conforme se observa do precedente abaixo:

---

[490] CALAMANDREI, P. **La casación civil**. t. III. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 2007, p. 93-94.

> TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. CRÉDITO PRESUMIDO. ART. 8º DA LEI 10.925/2004. RESSARCIMENTO. ANÁLISE DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA PELA EMPRESA. CEREALISTA OU AGROINDUSTRIAL. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela COOPERATIVA AGRÍCOLA MISTA NOVA PALMA LTDA., que objetiva a reforma do acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado: LEI N. 10.925, DE 2004. ARTIGO 8º. CRÉDITO PRESUMIDO DE PIS E COFINS. PESSOA JURÍDICA CEREALISTA [...] 3. Não é possível a esta Corte rever o acórdão recorrido no que tange ao enquadramento fático da situação ensejadora do crédito presumido de PIS/COFINS na hipótese, de modo a caracterizar a empresa como cerealista e não como agroindustrial, uma vez que o Tribunal Regional é soberano em relação à análise da situação fático-probatória dos autos. Rever tais aspectos em sede de recurso especial encontra óbice no teor da Súmula n. 7 do STJ, *in verbis*: "A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial". 4. Agravo interno não provido (AgInt no REsp. 1.637.153/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 30.10.2017). 10. Ainda com o mesmo entendimento, citem-se decisões monocráticas: REsp. 1.638.922/RS, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 19.12.2016; REsp. 1.527.531/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 12.8.2015. 11. Ante o exposto, nega-se seguimento ao Recurso Especial. 12. Publique-se. Intimações necessárias. Brasília-DF, 13 de dezembro de 2017. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO MINISTRO RELATOR (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1691399 RS 2017/0199685-4, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Public. 19-12-2017).

Destas decisões se extrai a fundamentação e o raciocínio utilizados, que são a gênese da crítica contida nesta seção – em ambas as decisões vê-se que a premissa inicial é a necessidade, para a cognição do recurso, de revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, o que, na interpretação dos Tribunais, faz incidir a Súmula n. 279/STF ou a Súmula n. 07/STJ.

Por este motivo, a doutrina e a jurisprudência costumam afirmar que os limites entre a questão de fato e a questão de direito demarcam, igualmente, os limites cognitivos do STJ e do STF no julgamento dos recursos especial e extraordinário, respectivamente.

Como apontou Danilo Knijnik, a distinção entre fato e direito tem maior relevo na esfera recursal, visto que as principais controvérsias dizem respeito às matérias jurisdicionáveis pelas Cortes Superiores que, nos termos da norma federal de processo civil, devem revisar apenas as questões de direito, se voltando para as

questões de fato apenas quando tiverem sido interpretadas de forma manifestamente errônea[491].

Contudo, e como demonstrado no presente trabalho, separar nitidamente os fatos e as normas aplicáveis ao caso concreto do conjunto fático probatório é uma operação complexa – senão impossível do ponto de vista da teoria da decisão judicial. Assim, como a distinção entre fato e direito não opera, ao menos sempre, de forma clara, não é razoável utilizá-la como base do critério para admissibilidade dos recursos extraordinários.

O que se observa da atuação do STF e do STJ, entretanto, é a presença de um alto grau de subjetividade quando se trata da questão, especialmente quando se discute revaloração de provas e qualificação jurídica dos fatos. Há a aplicação indiscriminada das Súmulas n. 279/STF e n. 07/STJ, que, muitas vezes, são utilizadas como verdadeira "barreira" à admissibilidade dos recursos excepcionais.

Com efeito, o Ministro do STJ Luís Felipe Salomão afirmou "ser necessária uma 'jurisprudência defensiva' na aplicação do juízo de admissibilidade do recurso especial, sob pena de inviabilizar o funcionamento do próprio Tribunal"[492].

A falta de clareza quanto aos critérios de aplicação das súmulas foi apurada em pesquisa realizada pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, coordenada por Rafael Carneiro, dando conta da disparidade, no recorte temático da improbidade administrativa, de incidência da Súmula n. 07/STJ e de sua variação relator a relator, turma a turma e, o que é mais interessante, recorrente a recorrente.

Muito resumidamente, a Segunda Turma é cerca de duas vezes mais tendente a aplicar a súmula (39% dos casos) que a Primeira (18% dos casos). Entre relatores, os Ministros Herman Benjamin e Assusete Magalhães invocam o verbete, respectivamente, em 51,9% e em 46,6% dos casos que relatam sobre improbidade, enquanto os Ministros Ari Pargendler (aposentado) e Teori Zavascki (falecido após ser nomeado para o STF), nos casos em que funcionaram como relatores, nunca se valeram do enunciado[493]. Finalmente, bastante curioso que o verbete seja aplicado em 11,54% e em 20,24% das decisões quando o recurso especial é interposto pela

---

[491] KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 114.
[492] SALOMÃO, L. F. Breves anotações sobre a admissibilidade do recurso especial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 172, jun. 2009, p. 254.
[493] CARNEIRO, R. A. STJ em números: improbidade administrativa. **JOTA**. 06 jun. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-em-numeros-improbidade-administrativa-06062020. Acesso em: 07 jul. 2022.

Administração ou pelo Ministério Público, respectivamente, e em 31,58% e em 34,39% quando o manejo se dá por pessoas jurídicas privadas ou por agentes públicos réus[494].

Não é razoável inferir que se trate de uma simples coincidência. Será mesmo que o dobro dos recursos especiais em improbidade recebidos pela Segunda Turma, em relação à Primeira, demanda reexame fático-probatório? Seria esse o caso também de metade dos recursos relatados por dado Ministro, enquanto outro julgador jamais teria se deparado com apelos com aquele escopo? Decididamente, não.

É evidente, portanto, que a aplicação irrestrita das Súmulas n. 07/STJ e n. 279/STF, sem a superação da (im)possibilidade de distinção entre fato e direito, não zela efetivamente pela celeridade processual, visto que, ao adotar expediente rigorosamente utilitarista[495], os Tribunais Superiores obstam a análise do mérito e, como consequência, violam o princípio constitucional garantidor do acesso à ordem jurídica justa, gerando grave insegurança jurídica[496].

Nesse sentido, o art. 5º, XXXV, da CF/1988, ao prever que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", consagrou como direito fundamental o acesso à justiça. Essa garantia constitucional, ao contrário do que pode fazer crer a sua denominação, não deve ser entendida como a mera possibilidade de ingresso em juízo[497], não sendo suficiente "tão-somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário"[498] para que se configure a sua observância.

A compreensão plena do que vem a ser o direito de acesso à justiça deve perpassar também pela ideia de efetividade processual. A jurisprudência defensiva do STJ e do STF, nesse contexto, sobressai como uma postura inconstitucional, uma vez

---

[494] CARNEIRO, R. A. O STJ e as partes: faz diferença quem recorre? **JOTA**. 21 jun. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stj-e-as-partes-faz-diferenca-quem-recorre-21062020. Acesso em: 07 jul. 2022.

[495] Ao relacionar as reflexões sobre a doutrina utilitarista e a jurisprudência defensiva dos tribunais superiores, chega-se à conclusão de que a jurisprudência defensiva é uma ferramenta utilitarista para o julgamento do maior número de processos, em um menor tempo possível, sem qualquer esforço para enfrentar o mérito do recurso. Em nome da felicidade geral dos julgadores e de toda a população brasileira, que tem a falsa impressão de possuir cortes superiores céleres e eficientes à sua disposição, nega-se o acesso à justiça, apegando-se a exacerbados formalismos. GARGARELLA, R. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 1-4.

[496] MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Ação rescisória**: do juízo rescindente ao juízo rescisório. São Paulo: RT, 2017, p. 28.

[497] CINTRA, A. D. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 39.

[498] OLIVEIRA, C. A. A. de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *In*: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 133.

que, ao ter como cerne a inadmissibilidade de recursos a todo custo, não garante plenamente o acesso à justiça, atendendo unicamente à ideia da celeridade processual em uma perspectiva prática, de modo a proporcionar uma maior vazão de processos.

Ademais, da análise do enunciado das súmulas em questão não decorre vedação à apreciação de questão de fato, mas, tão somente, proibição ao conhecimento de recurso excepcional que tenha como única pretensão a reanálise de fato ou prova (seja em cognição principal ou incidental) e, de acordo com a máxima segundo a qual as normas de exceção devem ser interpretadas restritivamente, a aplicação das súmulas deve se dar nos estritos limites de seu conceito – de modo que a matéria fática registrada no acórdão, portanto, prequestionada, deve ser reapreciada.

O problema da cognição nos tribunais superiores pode ser resolvido, a nosso ver, com a interpretação da Súmula n. 07/STJ e da Súmula n. 279/STF a partir da exigência constitucional de prequestionamento defendida no presente trabalho. Analisar o prequestionamento da questão predominantemente de fato – como nos parece ter sido a verdadeira intenção do legislador constituinte – é uma forma de se estabelecer um critério mais objetivo na dinâmica do julgamento do fato no âmbito dos recursos excepcionais.

A adoção de uma prática de jurisdição materialmente democrática, com a extinção das práticas de subterfúgios ao julgamento de mérito dos recursos pelos tribunais e a utilização do prequestionamento das matérias fáticas, permite reduzir o grau de subjetividade na aplicação das súmulas observadas no estudo e atingir a função primordial dos recursos excepcionais: prestação jurisdicional adequada e efetivação da justiça.

5.8 Da inconstitucionalidade do julgamento realizado pelo STF e STJ com base em fatos e provas não constantes da decisão impugnada

Como vimos, antes da promulgação da CF/1988, o STF tinha por competência zelar pela inteireza e uniformidade na interpretação não só do próprio texto

constitucional, como também da legislação federal – o que, com o passar dos anos, acarretou a chamada “crise do Supremo”.

Visando solucionar – ou, no mínimo, amenizar – o agitado momento vivido pelo Poder Judiciário, foram empregados mecanismos que restringiam o acesso à Suprema Corte, como a arguição de relevância e óbices regimentais e jurisprudenciais.

Não foi frutífera, todavia, a tentativa de colocar fim à crise.

Criou-se, então, o STJ, que começou a sofrer os mesmos problemas experimentados no passado e, por isso, adotando os mesmos meios de restringir o acesso à jurisdição utilizados pela Corte Suprema (além dos previstos legalmente), criando verdadeiros mecanismos que impedem a admissão do recurso especial.

Exemplos desses mecanismos adotados pelos Tribunais Superiores são, como abordado em seção anterior, a Súmula n. 279/STF e a Súmula n. 07/STJ – que trazem a vedação do reexame fático-probatório pelos Tribunais Superiores em sede de recursos extraordinário e especial.

Ocorre que, diante da ausência de critérios objetivos para a sua aplicação, determinante da inadmissibilidade dos recursos excepcionais, as súmulas em questão acabam por desvirtuar o cumprimento da função precípua dos Tribunais Superiores, de zelar pela inteireza da observância a dispositivos constitucionais e à legislação federal.

O objetivo principal das Cortes Superiores é garantir a unidade jurisprudencial no entendimento, interpretação e aplicação dos dispositivos constitucionais e do direito federal – ou seja, zelar pela estrita observância ao direito objetivo. Por se tratarem de órgãos de cúpula do Poder Judiciário, suas decisões têm influência sobre todo o território nacional, razão da constante preocupação em não se fazer surgir uma terceira instância de natureza ordinária, posto que não se prestam a corrigir injustiças dos julgados recorridos.

Justamente por isso o legislador constitucional se preocupou em prever requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais, genéricos e específicos, como o prévio esgotamento das instâncias ordinárias e a vedação do reexame de fatos e provas.

Vimos que é pacífica a orientação dos Tribunais Superiores no sentido de não revisar provas nos recursos excepcionais, inadmitindo os recursos que expressam exclusivamente essa pretensão, porque não se encaixam nas hipóteses de cabimento

dos recursos de natureza extraordinária. Apuramos, entretanto, a possibilidade de interposição de recurso especial quando configurada violação às regras do direito probatório, particularmente em relação à valoração e à admissibilidade da prova.

Na verdade, o conhecimento de recurso excepcional que visa à correta valoração das provas, consoante previsão legal, além da qualificação jurídica adequada dos fatos erroneamente apreciados pelas instâncias inferiores, não configura reexame de provas, pelo que dedicamos, neste estudo, atenção especial a conceitos e institutos jurídicos essenciais à boa compreensão do tema.

Abordamos também a distinção entre questão de fato e questão de direito, tendo em vista que, por inúmeras vezes, aplicam-se as súmulas em questão sob o argumento de que a pretensão do recurso excepcional se funda simplesmente na revisão de fatos, sem envolver afronta à questão de direito.

Porém, e com a evolução da dogmática moderna, a doutrina tem defendido a impossibilidade de se separar rigorosamente as questões de fato das de direito, sob o argumento de que o fato deve ser analisado em função da norma que o regula e a norma deve ser individualizada e interpretada em função do fato que a regula – como exaustivamente explorado no presente trabalho.

Em que pese o entendimento doutrinário nesse sentido, verifica-se um alto grau de subjetividade nas decisões proferidas pelas Cortes Superiores quando se trata da análise a respeito de revaloração de provas e qualificação jurídica dos fatos. Isto porque, com frequência, os entendimentos sumulados em questão são aplicados indiscriminadamente, como uma verdadeira barreira à admissibilidade do recurso especial ou extraordinário.

Nesse contexto, entendemos ser condenável a adoção de critérios subjetivos para a aplicação da Súmula n. 279/STF e da Súmula n. 07/STJ.

Evidentemente, é correto e recomendável negar conhecimento a recurso excepcional sempre que evidente a ausência de qualquer um de seus pressupostos constitucionais de admissibilidade – e, nesse sentido, a aplicação das súmulas guarda total coerência com a CF/1988.

Com efeito, a vedação à incursão na matéria fática não consiste em inovação criada pelos Tribunais Superiores, mas deriva, na realidade, de interpretação do próprio texto constitucional.

Todavia, a subjetividade das decisões emanadas pelas Cortes Superiores – que, em determinados momentos, julgam com base em dados fáticos que não

constam do acórdão recorrido, e, em outros, aplicam as Súmulas n. 279/STF e n. 07/STJ de forma desarrazoada – atinge diretamente o seu dever de zelar pelo direito objetivo, além de afetar a segurança jurídica, princípio tão prezado no ordenamento brasileiro.

O julgamento realizado com base em dados fáticos que não constam do acórdão recorrido é, na realidade, inconstitucional, pois extrapola o limite de competência recursal extraordinária estipulado pelos arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988 para o STF e para o STJ. Não há como se permitir, no âmbito dos recursos excepcionais, o reexame de fatos não constantes no acórdão recorrido – considerando que a existência de "causa decidida" é o verdadeiro requisito de admissibilidade recursal.

Ora, se o fato não está registrado no acórdão recorrido, a questão predominantemente de fato não se revela prequestionada, por isso, não pode ser enfrentada no âmbito dos recursos excepcionais.

O STF tem se posicionado no sentido de que não cabe recurso extraordinário fundado em violação ao art. 105, III, da CF/1988, para rever a correção, no caso concreto, da decisão do STJ de conhecer ou não do recurso especial, exceto se o julgamento emanado deste Superior Tribunal se apoiar em premissas que conflitem diretamente com o disposto no art. 105, III:

> CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 105 DA CONSTITUIÇÃO. REEXAME DE DECISÃO DO STJ. OFENSA REFLEXA. IMPOSSIBILIDADE. I – A ofensa indireta ao texto constitucional não constitui contencioso constitucional capaz de admitir o prosseguimento do recurso extraordinário. II – A jurisprudência desta Corte Suprema é no sentido de que não cabe recurso extraordinário fundado em violação ao art. 105, III, da CF/1988, para rever a correção, no caso concreto, da decisão do STJ de conhecer ou não do recurso especial, exceto se o julgamento emanado deste Superior Tribunal apoiar-se em premissas que conflitem, diretamente, com o disposto no referido art. 105, III, o que não ocorre no caso dos autos. Precedentes. III. Agravo não provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI-AgR: 510944 SC, Rel. Carlos Velloso, j. 18-10-2005, Segunda Turma, Public 18-11-2005 PP-00013 EMENT VOL-02214-06 PP-01059).

A partir da essência do referido precedente nos parece correto afirmar que quando o julgamento do recurso excepcional ocorre com base em provas não registradas no acórdão, ele se revela inconstitucional, porque se apoia em premissas

que conflitam diretamente com o disposto nos arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988 – que expressamente preveem o requisito da “causa decidida”.

Isto posto, compreendemos que julgar, no âmbito dos recursos excepcionais, causa não decidida pelas instâncias inferiores – seja ela predominantemente de fato, seja ela predominantemente de direito – extrapola os limites de cabimento dos recursos especial e extraordinário, consagrados nos arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988, levando à inconstitucionalidade do julgado.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como principal motivação o conteúdo das Súmulas n. 279/STF e Súmula n. 07/STJ, que vedam o reexame de provas pelos Tribunais Superiores em sede de recurso extraordinário e recurso especial. Conforme demonstramos, ao contrário do que a simplicidade da redação desses enunciados faz parecer, o tema não é simples.

Vimos que uma das características da dinâmica de julgamento dos recursos excepcionais é a impossibilidade de desconstituir premissas fáticas estabelecidas pelas instâncias ordinárias para se verificar a aplicação do direito. Dessa forma, a alegação da violação à lei ou à Constituição e a demonstração das demais hipóteses de cabimento deve ocorrer considerando o quadro fático constante da decisão recorrida. Se, para análise das razões recursais for necessário adotar premissa fática diversa daquela adotada no acórdão recorrido, o recurso excepcional não deverá ser conhecido – motivo pelo qual, em análise preliminar, entende-se que as súmulas guardam total coerência com a previsão constitucional.

Os verbetes mencionados, contudo, 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 daquele que se pode extrair de suas palavras, se analisadas superficialmente. O que se proíbe no julgamento desses recursos, na realidade, é a incursão na matéria de fato (ou questões de fato).

Isso se dá, em análise preliminar, em decorrência direta das hipóteses constitucionais de cabimento desses recursos e de suas funções precípuas, de (i) tutelar a ordem jurídica objetiva (nomofilática); (ii) uniformizar o entendimento da norma jurídica (uniformizadora); (iii) preservar a resolução justa do caso concreto (dikeológica); e (iv) fixar parâmetros de interpretação do direito que devem ser seguidos pelos demais órgãos do Poder Judiciário (paradigmática).

Destacamos, contudo, que não há vedação constitucional à análise de questões de fato no âmbito das Cortes Superiores – há apenas previsão de que, para ensejar o cabimento dos recursos excepcionais, deve haver violação à questão de direito.

A delimitação estrita do que viria a ser a questão de fato é, entretanto, extremamente difícil. 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 em definir questões de fato e questões de direito – e, principalmente, separar os dois institutos – é notória e levou vários doutrinadores a se debruçarem sobre o tema.

Tradicionalmente, a doutrina parte da premissa de que seria possível dissociar totalmente o fato e o direito, criando concepções rígidas e estanques para defini-los. Se assim o fosse, o exame de admissibilidade dos recursos excepcionais – especialmente o recurso especial, objeto do presente estudo – exigiria apenas o enquadramento da matéria impugnada em um dos dois conceitos, sem maiores dificuldades.

Ocorre que, apesar de distintas, questão de fato e questão de direito, não raro, se confundem, já que ambas são necessárias para formar o fenômeno jurídico. Mais do que isso, é a incidência do direito em um fato concreto que faz surgir o fenômeno jurídico, na medida em que a partir do exame dos posicionamentos empíricos através de lentes normativas, o julgador escolhe a norma mais adequada para solucionar os fatos que ensejaram a provocação do Poder Judiciário. A atividade de subsunção feita por meio do magistrado, portanto, depende tanto dos fatos ocorridos quanto do direito aplicado – é impossível o exercício dessa atividade com base em apenas um desses aspectos.

Nesse contexto, nos vinculamos ao entendimento de Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas – de que há, na verdade, questões predominantemente de fato e questões predominantemente de direito, a depender se o fenômeno jurídico gira em torno do aspecto fático ou em torno do aspecto jurídico.

Todavia, no processo, os fatos a respeito dos quais deve-se estabelecer a verdade são identificados sobre a base de critérios jurídicos, representados essencialmente pelas normas que se consideram aplicáveis para decidir a controvérsia específica. É evidente, deste modo, a impossibilidade de dissociação completa.

Assim, entendemos que fenômeno jurídico não ocorre senão diante do fato e do direito – com a qualificação dos fatos e determinação de suas consequências no plano normativo, de maneira que, se uma causa foi julgada de maneira equivocada

em função da errônea interpretação dos fatos, as Cortes Superiores deveriam avaliar novamente os fatos no âmbito dos recursos excepcionais.

A ausência de identidade entre fato e prova conduz à necessidade de diferenciação, também, entre reexame e revaloração de provas – separação relacionada à distinção entre questão de fato e questão de direito quando das atividades das cortes. Quando o órgão julgador considera os elementos de prova existentes nos autos para formar seu entendimento a respeito da ocorrência ou não de um determinado fato, concordando com a decisão proferida pelo órgão *a quo* ou dela divergindo, vislumbra-se a figura do reexame de provas.

Já na valoração de provas, o órgão *ad quem* analisa se havia possibilidade de o juízo *a quo* ter formado a sua convicção dos fatos de determinada maneira, isto é, "se o meio de prova era admitido pelo Direito e se alguma norma jurídica predeterminava o valor que a prova poderia ter".

A distinção entre reexame e valoração da matéria fático-probatória decorre, na verdade, da liberdade do magistrado para julgar, sem olvidar-se que a lei lhe impõe certos limites. A não observância a essas restrições legais configura violação à legislação, ou seja, trata-se de questão de direito, portanto, passível de ser apreciada pelos Tribunais Superiores em âmbito de recurso excepcional, pois "é a própria lei que exclui, limita, exalta ou gradua as variadas fontes ou meios de prova".

A prática forense revela o expressivo número de recursos especiais e extraordinários que deixam de ser conhecidos no âmbito do STJ devido à aplicação da Súmula n. 07/STJ e da Súmula n. 279/STF, que enunciam a vedação do cabimento de recursos excepcionais com a finalidade de revisão de matérias fáticas.

Percebe-se, portanto, que, não obstante a existência de entendimento sumulado nas Cortes Superiores (Súmula n. 07/STJ e Súmula n. 279/STF), a dificuldade do operador do direito reside em descobrir quando está diante de uma decisão recorrida em que o pleito de reforma implicará, necessariamente, em reexame do conjunto fático-probatório, ou, de outro modo, quando o objeto da reforma está somente adstrito à valoração da prova. Na primeira hipótese, o recurso excepcional sequer será conhecido, enquanto na segunda, o juízo de admissibilidade recursal será positivo com o consequente conhecimento do recurso interposto.

Evidente, diante das questões acima, a necessidade de se fixar critérios mais precisos e objetivos para a definição do que pode e do que não pode ser revisto pelo STJ e pelo STF, com o intuito de aperfeiçoar a prestação jurisdicional, principalmente

nesta perspectiva contemporânea de adequação e efetividade do processo, cada vez mais dependente da atuação dos Tribunais Superiores.

Há, paralelamente, outro relevante requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais à presente discussão – o prequestionamento.

O texto constitucional, na verdade, não utiliza o termo “prequestionamento”, mas a expressão “causas decididas”, tanto em sede de recurso extraordinário, como em sede de recurso especial.

No âmbito dos recursos excepcionais, o pressuposto constitucional de que as causas tenham sido efetivamente decididas expressa a imprescindibilidade de que o ponto sobre o qual o recorrente deseja pronunciamento do Tribunal Superior esteja contido no âmbito da decisão recorrida – com manifestação à decisão impugnada a respeito da questão federal ou constitucional suscitada no recurso excepcional.

Não é suficiente, deste modo, que os litigantes tenham debatido a matéria constitucional ou federal nas instâncias ordinárias, mas é imprescindível que o tema tenha de fato sido enfrentado pela decisão impugnada.

Concebemos que esse entendimento se adequa, inclusive, ao estrito sentido etimológico do termo prequestionar. Não há como o prequestionamento ser fruto de qualquer outra coisa que não a manifestação expressa do tribunal de origem – uma vez que não há como a decisão recorrida se enquadrar em alguma das hipóteses previstas pelos arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988, sem ao menos ter enfrentado a questão controvertida. Sob essa perspectiva, o prequestionamento constitui uma exigência inafastável da própria previsão constitucional.

Após analisar os pontos acima, alcançamos as seguintes premissas: (i) não há como distinguir, pelo menos completamente, as questões de fato e as questões de direito; e (ii) a exigência de prequestionamento constitui pressuposto constitucional e legítimo de admissibilidade dos recursos excepcionais.

Concluímos, a partir das premissas acima, que, desde que prequestionadas, não há óbice para a apreciação das questões de fato – que também são, em certa medida, questões de direito – pelos Tribunais Superiores, considerando não haver vedação do texto constitucional para tanto. Por maior que seja a dificuldade de visualizar essa situação na prática, nos parece que a melhor leitura, de fato, é aquela que reflete a disposição da CF/1988, evitando-se limitações não previstas pelo legislador constitucional.

É justamente por este motivo que o reenquadramento do fato é possível – porque a questão predominantemente de fato, ao se encontrar registrada no acórdão recorrido, se revela prequestionada, cumprindo com o requisito constitucional da causa decidida. Igualmente, o simples reexame da prova não é possível porque, se a prova não estiver registrada no acórdão, então, não cumpre o requisito do prequestionamento, dado que a causa fática não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.

Evidente, entretanto, que, assim como as questões predominantemente de direito, é imprescindível que a matéria de fato tenha sido efetivamente decidida pelo tribunal originário – e fundamentada a decisão recorrida.

É no momento da decisão judicial que ocorre a interpretação e a aplicação do direito às matérias fáticas trazidas no processo. O juiz, a partir do diálogo com as partes, interpreta e aplica o direito a fim de resolver a controvérsia apresentada em juízo. Assim, é a fundamentação da decisão que permite às partes tomarem ciência dos critérios utilizados, abrindo-se a oportunidade de eventual impugnação. Em termos jurídicos, pouco importam as razões psicológicas que levaram o magistrado a decidir. O que interessa é se existem razões jurídicas que suportam validamente dentro da ordem jurídica a tomada da decisão judicial – importam as razões oriundas do ordenamento jurídico capazes de justificar a decisão.

Entendemos que o posicionamento acima harmoniza com os princípios do Estado Constitucional, ao qual o dever de motivação é inerente, justamente por proporcionar o exercício do direito ao contraditório das partes de forma mais clara e objetiva.

Compreendemos, deste modo, que, se a decisão recorrida contiver a descrição dos fatos e do direito aplicado, satisfazendo o pré-requisito do prequestionamento, pode ser alvo de recurso excepcional – independentemente de questão controvertida ser predominantemente de fato ou de direito.

REFERÊNCIAS

ALLEN, R. J.; PARDO, M. S. The myth of the law-fact distinction. **Northwestern University Law Review**, Chicago, 2003.

ALVIM, T. A. **Embargos de declaração**: como se motiva uma decisão judicial? 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ALVIM, T. A. **Embargos de declaração e omissão do juiz**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016.

ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

AMODIO, E. Motivazione della sentenza penale il suo controllo in cassazione. *In*: **Enciclopedia de Direito**, v. XXVII, Milano, 1977.

ARAGÃO, E. D. M. **Sentença e coisa julgada** – exegese do Código de Processo Civil, arts. 444 a 475, n. 73. São Paulo: Aide, 1992.

ARRUDA ALVIM, E. **Direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

ARRUDA ALVIM, J. M. D. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. *In*: WAMBIER, T. A. A. (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1997.

ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. **Manual de direito processual civil**. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ASSIS, A. de. **Manual dos recursos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

ASSIS, A. de. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: RT, 2016.

BAHIA, A. **Recursos extraordinários no STF e no STJ**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

BARIONI, R. **Recursos extraordinário e especial em ação rescisória**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007.

BECKER, R; PEIXOTO, M; A. **Embargos de declaração e prequestionamento**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/embargos-de-declaracao-e-pre-questionamento-28092017. Acesso em: 16 jan. 2022.

BERMUDES, S. **Introdução ao processo civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BENTHAM, J. **Tratado de las pruebas judiciales**. v. 1. Buenos Aires: EJEA,1971.

BERCOVICI, Gilberto. Considerações sobre a qualificação jurídica. **Pensar**, Fortaleza, p. 62-68, abr. 2007 (edição especial).

BERTOLDI, T. M. **Recurso especial mediante a problemática distinção entre questão de fato e questão de direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) Porto Alegre, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), 2011.

BOVE, M. **Il sindacato della corte di cassazione**. Milano: Giuffrè, 1993.

BUENO, C. S. Duas “novidades” em torno dos recursos extraordinários em sentido lato. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 84, p. 201-205, out.-dez.1996.

BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Recursos. Processos e incidentes nos tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais. v. 5. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 5. Recursos, Processos. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BUENO, C. S. 30 anos do STJ e prequestionamento: uma análise crítica do prequestionamento ficto diante do art. 1.025 do CPC. **Revista do Advogado**, v. 39, 2019.

BUENO, C. S. Quem tem medo do prequestionamento? **Revista Dialética de Direito Processual**. v. 1. São Paulo: Dialética, 2003.

BUENO, C. S. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUZAID, A. **Estudos de direito**. v. I. São Paulo: Saraiva, 1972.

CADIET, L. El rol institucional y politico de la Corte de Casación en Francia: tradición, transición, mutación? Trad. Álvaro Pérez Ragone. *In*: TARUFFO, M.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. (coord.). **La misión de los tribunales supremos**. Madrid, 2016.

CALAMANDREI, P. **La casación civil**. t. II. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Lavalle, 1961.

CALAMANDREI, P. **La casación civil**. t. III. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 2007.

CALAMANDREI, P.; FURNO, C. **Cassazione civile**. Novissimo digesto italiano. v. II. Torino: UTET, 1958.

CALOGERO, G. **La logica del giudice e il suo controllo in cassazione**. Padova: A. Milani, 1937.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CARNEIRO, A. G. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. 6. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2009.

CARNEIRO, R. A. **STJ em números**: improbidade administrativa. **JOTA**. 06 jun. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-em-numeros-improbidade-administrativa-06062020. Acesso em: 07 jul. 2022.

CARNEIRO, R. A. O STJ e as partes: faz diferença quem recorre? **JOTA**. 21 jun. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stj-e-as-partes-faz-diferenca-quem-recorre-21062020. Acesso em: 07 jul. 2022.

CARNELUTTI, F. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

CASTANHEIRA NEVES, A. **Questão-de-facto/Questão-de-direito**. O problema metodológico da juridicidade. Coimbra: Almedina, 1967.

CHEIM JORGE, F; SIQUEIRA, T. F. Função e técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial. **Revista de Processo**, ano 44, n. 295, set. 2019.

CHEIM JORGE, F. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 8. ed. São Paulo: RT, 2017.

CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**. v. II. Trad. Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, 1998.

CHRISTIE, G. Judicial review of findings of facts. **Northwestern University Law Review**, n. 87, Chicago, 1992.

CINTRA, A. D. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CINTRA, A. D. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COOLEY, T. M. **A treatise on the constitutional limitations**. 7. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1903.

COSTA, A. A. **Introdução ao direito**. Uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. Porto Alegre: SAFE, 2001.

COSTA, G. R. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial**: análise da função e reconstrução dogmática. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011.

COSTA, H. A. **Reexame de prova em recurso especial**: a Súmula 7 do STJ. Brasília: Thesaurus, 2008.

DANTAS, B.; GALLOTTI, I.; FREIRE, A; GAJARDONI, F. da F; MEDINA, J. M. G (coord.). **O papel da jurisprudência do STJ**. São Paulo: RT, 2014.

DIDIER JUNIOR, F. **Novo CPC doutrina selecionada**. Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, F; CUNHA, L. C. da. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, F.; CUNHA, L. C. da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. v. 3. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JUNIOR, F; CUNHA, L. C. da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. v. 3. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, C. R. **Fundamentos do processo civil moderno**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, C. R. **Fundamentos do processo civil moderno**. v. 2. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

EVANGELISTA, S. Motivazione della sentenza civile. **Enciclopédia de Direito**, XXVII, Milano, 1977.

FARIA, M. C. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento? **Revista de Processo**, n. 211, p. 143-188, set. 2012.

FELISBERTO, A. C.; IOCOHAMA, C. H. O princípio da motivação nas decisões judiciais de segunda instância dos juizados especiais cíveis. **Revista de Processo** n. 190, p. 127-153, dez. 2010.

FERNANDES, L. E. S. Os embargos de declaração no projeto do CPC. *In*: DIDIER JUNIOR, F. *et al.* (org.). **Novas tendências no processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2014.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **A ciência do direito**. Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FONSECA, J. F. N. da. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial**, Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), 2010.

GARGARELLA, R. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOMES FILHO, A. M. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

GRECO, L. Embargos de declaração. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. VII, n. 7, Rio de Janeiro, 2011.

GRINOVER, A. P. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. **Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, v. 17, n. 50, p. 5-20, nov., 1990.

GOODHART, A. L. Appeals on questions of fact. **Law Quarterly Review**, v. 71, p. 402-414, Oxford, 1955.

GUASCH FERNÁNDEZ, S. **El hecho y el derecho en la casación civil**. Barcelona: Bosch, 1998.

GUASP, J. **Proceso y derecho procesal**. Madrid: Aguilar, 1960.

GUERRA FILHO, W. S. **A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GUIMARÃES, L. M. **Carência de ação**: limites objetivos do recurso de apelação. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, 1962.

GUZMÁN FLUJA, V. C. **El recurso de casacion civil**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

HALL, K. **The Oxford Companion to Supreme Court of the United States** (1992), 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

HENKE, H.-E. **La cuestion de hecho**: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1979.

HITTERS, J. C. **Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación**, n. 2, 2. ed. La Plata: Platense, 1998.

JAFFE, L. L. Judicial review: question of fact. **Harvard Law Review**, v. 69, p. 1.020-1.056, 1956.

JORGE, F. C. Recurso especial com fundamento na divergência jurisprudencial. *In*: NERY JUNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. 4ª série. São Paulo: RT, 2005.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KNIJNIK, D. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KOEHLER, F. A. L. Do prequestionamento ficto como meio para efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo. *In*: **Revista ESMAFE**: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 10, Recife: ESMAFE, 2006.

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkain, 1991.

LA RUA, F. **El recurso de casación en el derecho positivo argentino**. Buenos Aires: V. P. de Zavalía, 1968.

LEE, E. T. Principled decision making and the proper role of the federal appellate courts: the mixed questions conflict. **Southern California Law Review**, n. 64, p. 235-291, Los Angeles, 1991.

LOPES, J. B. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 2007.

LOPES, J. B. **A prova do direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

MANCUSO, R. de C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: RT, 2015.

MANGONE, K. A. **Prequestionamento e questão de ordem pública no recurso extraordinário e recurso especial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Ação rescisória**: do juízo rescindente ao juízo rescisório. São Paulo: RT, 2017.

MARINONI, L. G. **Recurso extraordinário e recurso especial**: do *jus litigoris* ao *jus constitutionis.* 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2012.

MARINONI, L. G. Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, v. 53, n. 330, p. 17-33, abr. 2005.

MARINONI, L. G; ARENHART, S. C; MITIDIERO, D. **Curso de processo civil**. v. I. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, L. G; ARENHART, S. C; MITIDIERO, D. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. II. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, L. G; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, L. G; ARENHART, S. C; MITIDIERO, D. **O novo processo civil**. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, L. G; ARENHART, S. C; MITIDIERO, D. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, J. F. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. v. III. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Millennium, 1998.

MARSHALL, G. Provisional concepts and definitions of fact. **Law and Philosophy**, v. 18, n. 5, Springer Nature, Switzerland, p. 447-460, 1999.

MARTY, G. **La distinction du fait et du droit**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Montpellier, França, 2014.

MATOS PEIXOTO, J. C. **Recurso extraordinário**. Rio de Janeiro: Imprenta/Freitas Bastos, 1935.

MEDINA, J. M. G. Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia? **Conjur**. 29 jul. 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia. Acesso em: 12 fev. 2022.

MEDINA, J. M. G. **Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

MEDINA, J. M. G. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

MEDINA, J. M. G. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2017.

MEDINA, J. M. G; WAMBIER, T. A. A. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. Processo civil moderno. v. 2. São Paulo: RT, 2009.

MEDINA, J. M. G. **Prequestionamento e repercussão geral**: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

MELLO, A. C. **O processo no Supremo Tribunal Federal**. v. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

MENDES, R. A. **Da interposição do recurso extraordinário**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MITIDIERO, D. **Cortes Superiores e Corte Suprema**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

MONAGHAN, H. P. Constitutional fact review. **Columbia Law Review**, v. 85, n. 2, p. 229-276, New York, mar. 1985.

MONTESQUIEU, C. D. S. **O espírito das leis**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAWSKI, L. Law, fact and legal language. **Law and philosophy**, v. 18, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, p. 461-473, 1999.

MOREIRA, J. C. B. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOREIRA, J. C. B. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MOREIRA, J. C. B. **O novo processo civil brasileiro**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA, J. C. B. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. V. Arts. 476 a 565. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA, J. C. B. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. V: Arts. 476 a 565. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MOREIRA, J. C. B. **O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis**. Rio de Janeiro: Imprenta, 1968.

MÜLLER, F. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

NEGRÃO, P. G. **Recurso especial**: doutrina, jurisprudência, prática e legislação. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JUNIOR, N. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed. São Paulo: RT, 2014.

NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: RT, 2016.

NERY JUNIOR, N. Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinários e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie. BRASIL, STF 456 e RISTJ 257. *In*: MEDINA, J. M. G. *et al*. (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2008.

NEVES, A. C. **Questão-de-facto e questão de direito**. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967.

NEVES, A. C. **O instituto dos 'assentos' e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983.

NEVES, D. A. A. **Manual de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2020.

NOJIRI, S. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

OLIVEIRA, C. A. A. de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *In*: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2008.

OLIVEIRA, E. R. O prequestionamento e o novo CPC. **Revista de Processo**, v. 256, ano 41, p. 177, jun. 2016. São Paulo: RT, 2016.

OLIVEIRA, E. R. “Prequestionamento”. *In*: WAMBIER, T. A. A.; NERY JUNIOR, N. (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, G. K. L. de. **Recurso especial**. São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, P. M. Causa decidida como requisito de admissibilidade do recurso especial. *In*: DANTAS, B.; GALLOTTI, I.; FREIRE, A; GAJARDONI, F. da F; MEDINA, J. M. G (coord.). **O papel da jurisprudência do STJ**. São Paulo: RT, 2014.

OLIVEIRA, P. M. **Novíssimo sistema recursal, conforme CPC/2015**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ORIONE NETO, L. **Recursos cíveis**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

PAIXÃO CÔRTES, O. M. **O prequestionamento pela simples oposição de embargos declaratórios no novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2016.

PINTO, N. L. **Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1992.

PISANI, A. P. **Diritto processuale civile**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1996.

PORTANOVA, R. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Imprenta, 2003.

QUEIROZ, C. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000.

RANÑA, L. F. **Ordem pública nos recursos extraordinário e especial**: observância do devido processo legal. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018.

RANÑA, L. F. O prequestionamento no STJ: uma breve abordagem sobre a evolução desse fenômeno e sobre a dinâmica de julgamento do Recurso Especial diante das mudanças trazidas pelo CPC/2015. **Revista Caderno Virtual**. Disponível em: file:///C:/Users/Samsung/Downloads/3938-13617-1-SM%20(3).pdf. Acesso em: 23 jan. 2022.

RANÑA, L. F. O novo Código de Processo Civil e os meios de obtenção de tutelas provisórias na fase recursal – breves comentários sobre as inovações trazidas pelo novo ordenamento. São Paulo, **Revista de Processo**, v. 255, maio 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.255.09.PDF. Acesso em: 24 jun. 2022.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2005.

REINALDO, D. R. O recurso especial e as decisões interlocutórias desafiadas por agravo de instrumento. **Revista de Processo**, v. 79. São Paulo, 1995.

RIPPLE, K. F. **Constitutional litigation**. Lexis Pub, 1 ed, June 1, 1984.

RIZZI, L. S. Do recurso extraordinário. **Revista do Advogado**, v. 27, p. 39-47, fev., 1989.

ROSAS, R. **Direito sumular**: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ROSAS, R. **Direito sumular**: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal (incluindo as súmulas vinculantes) e do Superior Tribunal de Justiça. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ROSENBERG, L. **Tratado de derecho procesal civil**. t. II Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1955.

ROSS, A. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SÁ, D. M. R. de; PIMENTA, H. Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, n. 133, p. 136-149, São Paulo, mar. 2006.

SALOMÃO, L. F. Breves anotações sobre a admissibilidade do recurso especial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 172, jun. 2009.

SANTOS, K. E. G. D. **A questão de fato e a questão de direito a partir de uma perspectiva hermenêutica**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, 2006.

SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1993.

SANTOS, M. A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SANTOS, T. J. A. **La motivación de las resoluciones judiciales**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

SATTA, S. **Diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1950.

SCHAPP, J. **Problemas fundamentais da metodologia jurídica**. Trad. Ernildo Stein. Porto Alegre: SAFE, 1985.

SERAU JUNIOR, M. A; REIS, S. M. D. **Manual dos recursos extraordinário e especial** – teoria e prática. São Paulo: GEN/Método, 2012.

SILVA, J. A. da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, O. B. D. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA. B. P. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

STERN, L; GRESSMAN, E.; SHAPIRO, S. M. **Supreme court practice**. 6. ed. Washington: The Bureau of National Affairs, 1986.

TARUFFO, M. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

TERRÉ, François. **L'Influence de la volonté individuelle sur les qualifications**. Paris: LGDJ, 1957.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, H. Recurso especial: prequestionamento. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, ano VI, n. 34, mar.-abr., 2005.

TRENTO, S. **A medida da cognoscibilidade das questões concernentes à prova dos fatos em recurso especial e extraordinário**: a assunção pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal do *status* de cortes de precedentes. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2016.

TRENTO, S. **Cortes supremas diante da prova**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018 (*e-book*).

TUCCI, J. R. C. e. **A motivação da sentença no processo civil**. Tese (Livre Docência), Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 1986.

TUCCI, J. R. C. e. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 485 ao 538. *In*: MARINONI, L. G; ARENHART, S. C; MITIDIERO, D. (coord.). **Coleção Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. v. 8. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

VELLOSO, C. M. S. STF: do Império à República. **Revista Del Rey**, Belo Horizonte, ano 5, n. 12, 2003.

VIDIGAL, L. E. B. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VI. 2. ed. São Paulo: RT, 1976.

VILLELA, J. G. Recurso extraordinário. **Revista de Processo**, v. 41. São Paulo, jan.-mar. 1986.

VÉSCOVI, E. **Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica**. Buenos Aires: Depalma, 1988.

WAMBIER, L. R. Controvérsias sobre o Código de Processo Civil, após o primeiro ano de sua vigência. *In*: **Revista Brasileira de Direito Processual**, ano 26, n. 101, jan.-mar. 2018, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WAMBIER, L. R; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. v. 2. São Paulo: RT, 2016.

WAMBIER, T. A. A. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *In*: **Ajuris**, ano XXV, n. 74, nov. 1998.

WAMBIER, T. A. A. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e da ação rescisória**. São Paulo: RT, 2001.

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

WAMBIER, T. A. A; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**: (de acordo com o CPC de 2015 e Lei n. 13.256/16). 3. ed. São Paulo: RT, 2016.

WARAT, L. A. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Imprenta, 1995.

YOSHIKAWA. E. H. D. O. Distinção entre questão de fato e questão de direito: reexame e valoração da prova no recurso especial. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 43, out. 2006.

Julgados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ARE: 1291779 ES 0009306-88.2006.4.02.0000, Rel. Dias Toffoli, j. 23-08-2021, Primeira Turma, Public.20-10-2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 104.889/RS, Segunda Turma, Min. Rel. Marco Aurélio, DJe 18-09-1992.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AI n. 29.710, Rel. Min. Evandro Lins, j. 14-10-1963.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. CT n. 3.713, Rel. Min. Guimarães Natal, j. 30-01-1924.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE n. 73.453-RJ, ReI. Min. Amaral Santos, Décima Turma, j. 19-05-1972, Public 29-06-1972.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AI 502408 AgR/SP, Primeira Turma, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, j. 26-10-2004, DJ 26-11-2004.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 131739, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, j. 06-10-1992, DJ 06-11-1992.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 820433 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 17-03-2016, Acórdão Eletrônico, DJe-109, Divulg 27-05-2016, Public 30-05-2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AgRg no ARE 886.300/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01-09-2015, DJe 16-09-2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp 1.198.742/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 12-04-2021, DJe 20-04-2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp: 684947 RJ 2004/0118212-8, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, j. 03-02-2005, Public. 18-04-2005.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 28.325/SP, Terceira Turma, Min. Rel. Eduardo Ribeiro, j. 09-11-1992, DJ 03-05-1993, p. 7.796, RSTJ v. 46.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Corte Especial, ED no REsp 134.108-AgRg, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 2-6-1999, negaram provimento, v.u., DJ 16-8-1999.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1104096/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 20-10-2009, DJe 16-11-2009.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 856.706/AC, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. acórdão Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 6-5-2010, DJe 28-06-2010.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp 672899/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 20-08-2015, DJe 10-02-2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp 797897/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 17-12-2015, DJe 10-02-2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp 241900 MG 2012/0214489-5. Primeira Turma. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, j. 16-02-2016, Public. 22-02-2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 509953/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 04-12-2003, DJe 08-03-2004.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 683.702/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 01-03-2005, DJe 02-05-2005.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 957.353/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 25-11-2008, DJe 16-12-2008.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. n. 1.370.152/RJ, Terceira Turma, Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 10-11-2015, DJe 13-11-2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp: 1496090 PE 2014/0294077-6, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 12-02-2015, Public. 19-02-2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no REsp: 1754133 MG 2018/0175053-0, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 06-11-2018, Public 13-11-2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp: 1895949 PI 2020/0243198-7, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 24-11-2020, Public. 14-04-2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp 1457115/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 15-08-2019, DJe 05-09-2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. EDcl no AgInt no AREsp: 1232124 SP 2018/0007334-0, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 07-10-2019, Public. 09-10-2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp: 1878854 TO 2020/0140784-0, Rel. Min. Manoel Erhardt, Primeira Seção, j. 24-02-2022, Public 15-03-2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.639.314/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 04-04-2017, DJe 10-04-2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp 1533238/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 03-12-2015, DJe 14-12-2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no EREsp n. 134.408/DF, Corte Especial, Min. Rel. Eduardo Ribeiro, j. 02-06-1999.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp: 804345 SP 2015/0270872-4, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 06-12-2016, Public. 02-02-2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. EDcl na AR: 5567 PE 2015/0042027-8, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 16-11-2021, DJe 16-12-2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no REsp: 1784258 RJ 2018/0284315-0, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 29-06-2020, Public. 21-08-2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp: 1534532 SP 2019/0192338-7, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 08-06-2020, Public. 15-06-2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RMS: 61135 SP 2019/0175362-8, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 08-10-2019, Public. 18-10-2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC: 609582 SP 2020/0223081-2, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. 03-11-2020, Public. 16-11-2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. EREsp: 1380658 RS 2013/0066410-1, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Terceira Seção, j. 12-06-2019, Public. 19-06-2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. EDcl no AgInt no AREsp: 1427815 SP 2019/0006780-6, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 17-02-2020, Public. 20-02-2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp 1533238/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 03-12-2015, DJe 14-12-2015.

Referências normativas
(Associação Brasileira de Normas Técnicas – **ABNT)**

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação