

**AS FUNÇÕES DAS CORTES SUPERIORES, OS RECURSOS EXCEPCIONAIS E
A NECESSÁRIA REVISÃO DOS PARÂMETROS INTERPRETATIVOS EM
RELAÇÃO À LEALDADE PROCESSUAL^{1,2}**

***THE ROLE OF SUPERIOR COURTS, EXCEPTIONAL APPEALS AND THE
NECESSARY REVISION OF THE PARAMETERS OF INTERPRETATION
ACCORDING TO PROCEDURAL LOYALTY***

Márcio Carvalho Faria

Professor Adjunto de Direito Processual Civil da
Universidade Federal de Juiz de Fora/MG. Doutor e Mestre
em Direito Processual. Presidente do Instituto dos Advogados
de Minas Gerais, seção Juiz de Fora (IAMG/JF).
marciocfaria@gmail.com

RESUMO: O presente artigo busca demonstrar, a partir das funções constitucionais dos Tribunais Superiores, a necessidade de revisão da jurisprudência sobre a litigância de má-fé e a lealdade processual.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil - Tribunais Superiores – funções – lealdade processual – precedentes – questão de fato e questão de direito - revisão jurisprudencial necessária – litigância de má-fé - efetividade processual

RIASSUNTO: Il sudetto articolo cerca dimostrare da funzioni costituzionali dei Tribunali Superiori, la necessità di revisione della giurisprudenza sulla mala fede processuale e sulla correttezza processuale.

¹ Artigo recebido em 20/07/2015 e aprovado em 27/11/2015.

² Artigo em homenagem e agradecimento aos Professores Paula Costa e Silva, Miguel Teixeira de Sousa e Pedro de Albuquerque, por todo o auxílio, atenção e apoio junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) no primeiro semestre de 2014.

PAROLE-CHIAVE: Processo Civile - Tribunali Superiori - funzioni - lealtà processuale - precedenti - questione di fatto e questione di diritto - revisione giurisprudenziale necessaria - efetività processuale.

SUMÁRIO: 1. As Cortes Supremas e suas funções constitucionais. 2. A impossibilidade (?) de julgamento das questões de fato pelos Tribunais Superiores e as origens dos recursos excepcionais. 2.1. Fundamentação histórica. 2.2. É realmente possível se falar em questão direito pura? As alternativas à rigidez dos óbices quanto às questões fáticas. 3. A revisão – ainda que pontual – das questões fáticas pelas Cortes Superiores: os julgamentos “fora da curva”. 4. A necessária tutela uniformizadora e paradigmática sobre as hipóteses legais: a efetividade da jurisdição em jogo. 4.1. A “contradição” dos julgamentos do STF relativos à lealdade processual. 4.2. O cerne da questão: o reconhecimento do STJ como Corte de Precedentes e a tutela da lealdade processual. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas

1. As Cortes Supremas e suas funções constitucionais

Diversas são as espécies de “Cortes Supremas”, como sabiamente salientam, dentre outros, Michele Taruffo³, Daniel Mitidiero⁴ e Eduardo Oteiza⁵. Embora não seja esse o nosso foco principal, cumpre ressaltar que podem ser encontrados três tipos, a saber: a) aquelas destinadas à *tutela repressiva* do direito, quer através da revisão do julgado objurgado (“modelo de revisão”), quer através da *mera* anulação ou cassação do *decisum* impugnado (“modelo de cassação”)⁶; b) aquelas que visam à fixação, originariamente e/ou como última

³ TARUFFO, Michele. As funções das Cortes Supremas. Aspectos Gerais, in *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 117-139.

⁴ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle da Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013.

⁵ OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina: história, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas, in *Revista de Processo*, v. 187. São Paulo: RT, 2010, p. 181-230.

⁶ Destarte, percebe-se claramente que, *pelo menos* quanto à parte dos julgamentos, os sistemas se confundem, pelo que é comum a manifestação doutrinária de que todo juiz exerce função nomofilática, vez que ele se preocupa, no caso concreto, com a exata observância do real sentido da norma. Demonstrando tal proximidade, Frédérique Ferrand, a partir de estudo investigativo realizado no fim do século XX: “O controle exercido pela Corte de Cassação e a Corte Federal de Justiça nos conduz a uma prática bastante similar entre as duas

palavra, da correta interpretação constitucional sobre determinada norma, variando-se, assim, de acordo com o sistema de controle de constitucionalidade adotado em cada país (v.g., *difuso*, nos casos brasileiro, argentino e mexicano, ou *concentrado*, no caso da *Verfassungsbeschwerde* alemã ou do *amparo* dos ordenamentos iberoamericanos) e, por fim, c) às chamadas “cortes supranacionais”, que assim devem ser consideradas pela “importância intrínseca das decisões que prolatam e pelo fato de essas decisões não serem impugnáveis perante nenhuma outra corte”⁷.

Há, todavia, outra diferenciação – essa sim bastante relevante para o que aqui nos interessa – que diz respeito à *atividade* das Cortes Superiores, que se divide entre a *tutela e promoção da legalidade*, sendo esse, aliás, o ponto comum a unir as três espécies de cortes superiores acima citadas.

Nesse cenário, a atuação jurisdicional superior pode se dar *repressiva* ou *preventivamente*, sendo aquela característica da *tutela da legalidade*, enquanto essa se refira à *promoção da legalidade*⁸.

Reativamente, a atuação da corte suprema se volta à tutela do *jus litigatoris*, assumindo o que Jolowicz e Elisabetta Silvestri, mencionados por Michele Taruffo⁹, chamaram de uma *função privada*, pois se volta a decidir cada caso concreto objeto de

jurisdições. As duas ordens jurídicas escolheram limitar, em uma medida entretanto diferente, o acesso mesmo à instância de cassação ou de revisão. Mas, enquanto o direito francês funda essa restrição essencialmente sobre a noção de decisão dada em última instância, sobre o estabelecimento, principalmente jurisprudencial, dos casos de abertura à cassação e, mais recentemente, sobre a obrigação, em certos casos, de executar a decisão antes de acessar a cassação, a legislação alemã privilegiou outros critérios, que parecem estar destinados ao cumprimento da missão central da revisão: a unificação do direito pela clarificação das questões de direitos fundamentais e pela regulação das divergências entre o ‘interesse particular’, das partes, e o ‘interesse geral’, de uniformidade no sistema jurídico. (FERRAND, Frédérique. *Cassation française et révision allemande*, Paris, PUF, 1993, p. 188, *apud* KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 88).

⁷ TARUFFO, Michele. As funções das Cortes Supremas..., *ob. cit.*, p. 119-120.

⁸ “A tutela da legalidade alude à função *reativa* que muitas cortes desenvolvem e que se explica quando uma violação do direito já se verificou e a intervenção da corte é endereçada para eliminá-la e – quando possível – a neutralizar ou eliminar os efeitos. A <<promoção>> da legalidade alude à função que (...) se poderia definir *pró-ativa*: essa se explica quando as decisões das cortes supremas são endereçadas (também ou sobretudo, ou somente) à obtenção de efeitos futuros, seja no sentido de *prevenir* violações da legalidade, seja no sentido de *favorecer a evolução* e a transformação do direito”. (TARUFFO, Michele. As funções..., *ob.cit.*, p. 120).

⁹ TARUFFO, Michele. As funções..., *ob. cit.*, p. 121.

controvérsia. Trata-se da chamada *função dikeológica*¹⁰⁻¹¹, que está associada à busca da justiça no caso levado ao tribunal, mediante a correta aplicação do direito, em manifesta tutela do direito subjetivo do recorrente.

Proativamente, por seu turno, a atuação da corte suprema enceta uma *função pública*, porquanto se eleva ao papel de “protagonista ativa do complexo procedimento evolutivo mediante o qual o direito se transforma de modo interstitial mediante a solução de questões específicas, mas capazes de orientar decisões futuras sobre problemas de relevância jurídica supraindividual”¹². Tem-se, aqui, a tutela do *jus constitutionis*, aquela voltada à *unidade do Direito* de um modo geral, e não sob o foco do interesse individualmente considerado. Nesse aspecto, inserem-se, a nosso ver, as funções *uniformizadora* e *paradigmática* da jurisprudência, que se destinam a *prevenir e orientar os casos futuros*.

A *uniformização* da jurisprudência está intrinsecamente ligada à segurança jurídica, sob a ótica da isonomia material. Se a norma apresenta um único sentido válido, em determinado momento histórico, e os diversos tribunais locais divergem a respeito (vez que o livre convencimento motivado pode ensejar interpretações variadas sobre dada matéria), devem ser convocados os Tribunais de cúpula para que, conhecendo desses dissídios, possam fixar o sentido supostamente correto da norma, a fim de que a interpretação tida por correta seja alvo de uma “uniformidade interpretativa”.

Essa função é claramente perceptível, por exemplo, no recurso especial fundado na alínea “c”, inciso III, art. 105, CF/88, na medida em que, ali, deve o recorrente demonstrar, de modo objetivo, a existência de divergência jurisprudencial externa (= entre tribunais diferentes) acerca de uma mesma *quaestio* de direito. No recurso extraordinário, embora não

¹⁰ De origem grega, a palavra é posta pela “partícula *dike*, que significa ‘justiça’, e pelo pospositivo *lógiko*, cujo significado é ‘relativo à razão’. Nesse sentido, DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. São Paulo: RT, 2008, p. 66.

¹¹ “O outro fim, que, para JAIME GUASP, é o único, pois, segundo ele, nenhum instituto processual tem índole predominante política, corresponde à função que JUAN CARLOS HITTERS denomina de ‘dikelógica’, isto é, de fazer justiça do caso concreto, aparecendo, destarte, o recurso como meio impugnativo da parte para reparar um agravo a direito seu, ainda que a decisão contenha em si algo mais grave, qual seja a contravenção da lei. Sem dúvida, essa é uma finalidade indisfarçável, visto sem a ofensa a direito da parte não poderia esta sequer recorrer, já que não há no Brasil o recurso de cassação, no interesse da lei, como na França, de iniciativa do Ministério Público”. (SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *Recurso especial – visão geral*. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20916/1/recurso_especial_visao_geral.pdf, acesso em 14 dez. 2013).

¹² TARUFFO, Michele. *As funções.., ob. cit.*, p. 125.

haja, textualmente, hipótese de cabimento semelhante, não se duvida que o STF, ao conhecê-lo, deve, além de tutelar a CF/88, expressar qual o verdadeiro sentido que a Carta Magna apresenta, também em respeito à *função uniformizadora*¹³.

A relevância dos julgados dos Tribunais Superiores, sob o prisma da uniformização, significa *segurança jurídica* sob o viés da *previsibilidade*¹⁴, vez que, ao fixar teses e preceitos, essas Cortes incutem na cabeça da população “mediamente culta” quais as interpretações *corretas* acerca de determinada norma¹⁵. Há, ainda, o *fator legitimador* que a uniformidade de entendimentos traz ao Judiciário perante a sociedade, na medida em que a sensação de respeito à isonomia acarreta credibilidade social¹⁶.

Como se isso não bastasse, a *função paradigmática* (ou exemplificadora) da jurisprudência permite que os órgãos e julgadores inferiores, sobretudo quando diante de

¹³ Reconhecendo-a, expressamente, julgado do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. "Não pode ser conhecido recurso que sob o rótulo de embargos declaratórios, pretende substituir a decisão recorrida por outra. Os Embargos declaratórios são apelos de integração - não de substituição". (EDREsp. 9.770/Humberto). 2. A Súmula 7 é resultado de velha e longa evolução jurisprudencial. *Nela se traduz a exata função do STJ: obviar atentados à lei federal e unificar-lhe a interpretação pelos tribunais. Colher provas e avaliá-las é função reservada aos tribunais locais. Se o STJ avançar nesta seara, estará usurpando a competência dessas Cortes.* 3. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no REsp 539.178/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª T., j. 28/09/2004, DJ 25/10/2004, p. 338; destaques acrescentados)

¹⁴ (...) a previsibilidade é relacionada aos atos do Judiciário, isto é, às decisões, mas que esta previsibilidade garante a confiabilidade do cidadão nos seus próprios direitos. Um sistema incapaz de garantir a previsibilidade, assim, não permite que o cidadão tome consciência dos seus direitos, impedindo a concretização da cidadania. E não se pense que a garantia de previsibilidade das decisões judiciais é algo que diz respeito ao sistema de *common law* e não ao de *civil law*. Ora, tanto as decisões que afirmam direitos independentemente da lei quanto as decisões que interpretam a lei, seja no *common law* ou no *civil law*, devem gerar previsibilidade aos jurisdicionados, sendo completamente absurdo supor que a decisão judicial que se vale da lei pode variar livremente de sentido sem gerar insegurança. É nessa dimensão, aliás, que se pode falar em ‘ética do legalismo’, nos termos de MacCormick. A previsibilidade das decisões, vista como legalismo, constitui valor moral imprescindível para o homem, de forma livre e autônoma, poder se desenvolver, e, portanto, estar em um Estado de Direito, ou seja, em um Estado que assegure a estabilidade do significado do Direito” (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica, in MARINONI, Luiz Guilherme [org.]. *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 211-226, especialmente p. 217).

¹⁵ Nesse sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2.ed. São Paulo: RT, 2008, p. 58-60.

¹⁶ É o que ressalta, de certo modo, Luiz Guilherme Marinoni: “(...) O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações. O primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem contestar o direito e tem o dever de aplicá-lo; o segundo quer dizer que ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser das suas atividades (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente..., *ob. cit.*, p. 212).

cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados¹⁷⁻¹⁸, possam se orientar pelos precedentes oriundos dos tribunais superiores, evitando, com tal medida, a um só tempo, julgamentos anti-isonômicos e insegurança jurídica.

Vê-se, aqui, a jurisprudência como um verdadeiro *farol interpretativo* a guiar os juízes ordinários e tribunais locais, a fim de que esses não se percam nas muitas *correntes* de entendimento que poderiam existir (e existem!) decorrentes da diversidade de interpretações que uma mesma regra pode gerar.

Não se está aqui, de forma alguma – e que fique claro -, defendendo o *engessamento jurisprudencial* ou a *obediência cega, pelos juízes inferiores, aos precedentes*. A evolução do Direito passa, em larga medida, pelas reiteradas análises que uma mesma questão jurídica possa sofrer ao longo do tempo, já que, como se sabe, as gerações evoluem (ou involuem...), novos parâmetros tomam o lugar de verdades até então absolutas, julgadores se sucedem, e é perfeitamente possível, quiçá desejável, que os entendimentos jurisprudenciais sejam revistos e adaptados à realidade e à necessidade atuais, mesmo sem ter havido qualquer alteração na literalidade da norma¹⁹. Essa *diversidade sucessiva*²⁰ *jurisprudencial*, portanto, pode e deve existir, sendo salutar certa dose de flexibilidade a permitir a adaptação da norma aos novos tempos e/ou conceitos.

O que não pode ocorrer, contudo, é uma *instabilidade jurisprudencial*, uma incerteza acerca de determinada matéria, *num mesmo momento histórico*. Essa *indefinição* – ou, em alguns casos, “*multi definição*” - trabalharia para fulminar a credibilidade dos tribunais

¹⁷ Comentando a respeito dessa função, Michele Taruffo: “A parte la considerazione che in numero si casi il precedente non è assolutamente vincolante, neppure negli ordinamenti di common law, la realtà è che l'effetto di nomofilachia uniforme si realizza in funzione della forza persuasiva del precedente, ossia della sua capacità di influenzare effettivamente le decisioni dei giudici successivi” (TARUFFO, Michelle. Una riforma della Cassazione civile?, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, ano LX, 2006, p. 787/819).

¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial...*, *ob. cit.*, 447-448.

¹⁹ Exemplos de grandes guinadas jurisprudenciais há aos montes, em vários campos do direito, sendo contraproducente enumerar alguns poucos casos, até mesmo porque não é esse nosso objetivo. Todavia, para comprovar o alegado, basta verificar a existência de diversas súmulas do STF e do STJ já modificadas e/ou revogadas.

²⁰ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1997, p. 33 ss..

superiores junto à sociedade²¹, que, diante de tamanho *caos jurisprudencial*, não saberia *prever, com segurança*, as regras que lhes regem²². A absoluta falta de critérios, assim, tem efeitos nefastos na tutela da confiança dos jurisdicionados, repercutindo diretamente na economia, na sociedade e na política²³. Ademais, a *convivência conflitante de precedentes fomenta a litigiosidade irresponsável*, uma vez que, diante de um *cipoal jurisprudencial*, afigura-se praticamente impossível, por exemplo, diagnosticar o jurisdicionado que, por exemplo, vale-se de um recurso com fins meramente protelatórios – o qual, segundo o art. 17, VII, CPC/73, deveria ser sancionado como litigante de má-fé -, daquele que, *lealmente*, apenas se utiliza dos meios processuais consagrados pela lei para tentar fazer valer sua tese de defesa.

A incerteza jurisprudencial favorece, indubitavelmente, o crescimento exponencial de demandas judiciais, prejudicando a duração razoável do processo e, conseqüentemente, a sua efetividade. Afinal, e à guisa de exemplo, se nem o Judiciário sabe, com *segurança*, se determinado tributo deve ou não ser pago, não parece razoável reprimir a atitude do

²¹ Nesse sentido, relevante citar acórdão da Corte Especial do STJ, relatado pelo Min. Humberto Gomes de Barros, no qual há preocupação expressa com o impacto negativo causado pela instabilidade jurisprudencial: “PROCESSUAL – STJ - JURISPRUDÊNCIA - NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA. O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. *Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários, façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la*”. (AgRg nos EREsp 228432/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, j. 01/02/2002, DJ 18/03/2002, p. 163; destaques acrescentados)

²² Citando exemplo atinente ao direito sucessório, José Rogério Cruz e Tucci demonstra que o próprio Superior Tribunal de Justiça, que deveria ser o responsável pela uniformização de entendimentos em torno da lei federal, tem “contribuído para polemizar a exegese da lei” ao decidir, de formas contraditórias, num período de aproximadamente cinco anos, a questão atinente à sucessão do cônjuge e do companheiro. Tal “instabilidade hermenêutica”, segundo ele, “atenta contra a ordem pública e conspira contra a segurança jurídica”. (TUCCI, José Rogério Cruz e. Paradoxo da Corte: Jurisprudência sobre sucessão do cônjuge é instável. Disponível em: www.conjur.com.br/2013-dez-10/paradoxo-corte-jurisprudencia-sucessao-conjuge-instavel, acesso em 10 dez. 2013).

²³ “(...) a constante possibilidade de alterar-se a orientação jurisprudencial gera instabilidade jurídica, que repercute diretamente na economia, notadamente nos negócios celebrados que tomaram por base determinada interpretação legal já uniforme que, posteriormente, veio a alterar-se. (BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: RT, 2010, p. 183).

contribuinte que busca de valer de ações e instrumentos judiciais para discutir – e necessariamente protelar – o adimplemento²⁴.

Nesse passo, e retomando o raciocínio, verifica-se a relevância da *orientação* que a jurisprudência formada pelas cortes superiores, a servir como “parâmetro interpretativo” às cortes locais e aos juízes singulares²⁵.

É aqui, exatamente, que reside o caminho para a solução, aparentemente, de nosso problema.

Isso porque, como se verá, especificamente no caso do STF e do STJ, tem sido frequente e, por que não dizer, pacificada, a posição jurisprudencial no sentido de que eventual análise de *desrespeito ao princípio da lealdade processual*, a ensejar condenações por litigância de má-fé, envolveria necessária revisão de matéria fática, algo que escaparia da tutela recursal superior. Sucede, no entanto, que ao assim proceder, as Cortes Superiores se *negam a prestar a mais relevante de sua função*, qual seja, a de *trabalhar para o futuro*.

2. A impossibilidade (?) de julgamento das questões de fato pelos Tribunais Superiores e as origens dos recursos excepcionais

2.1. Fundamentação histórica

²⁴ Veja-se, *ad exemplum*, o rol de questões decididas de forma contraditória (e até mesmo, em alguns casos, oposta!) em matéria tributária: CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Diagnóstico da instabilidade jurisprudencial em matéria tributária no Brasil, in *Revista Esmafe – Escola da Magistratura do TRF da 5ª Região*, v. 13. Disponível em: <http://www.trf5.gov.br/downloads/revista%20esmafe%2013.pdf>, acesso em 10 dez. 2013.

²⁵ A relevante função, que hoje se espera, venha desempenhada pela jurisprudência brasileira, pressupõe que ela venha qualificada por um *plus*, a saber, a sua aptidão a servir como parâmetro interpretativo para julgamento dos casos afins. Essa é a grande contribuição que a jurisprudência predominante e reiterada, especialmente a extratificada em Súmula, pode oferecer à nossa *praxis* judiciária, propiciando benefícios diversos: a) para as *partes*, na medida em que possibilita uma razoável *previsibilidade* quanto à solução final do caso, operando assim como fator de segurança e de tratamento judicial isonômico; b) para o *Judiciário*, porque a jurisprudência sumulada agiliza as decisões, alivia a sobrecarga acarretada pelas demandas repetitivas e assim poupa precioso tempo, que poderá ser empregado no exame de casos mais complexos e singulares; c) para o próprio Direito, em termos de sua eficácia prática e credibilidade social, porque o *tratar igualmente as situações assemelhadas* é algo imanente a esse ramo do conhecimento humano, certo que o *sentimento do justo* integra a essência do Direito desde suas origens; *Jus est ars boni et aequo*. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p. 54-55).

É reconhecida, no Brasil, a alegação da impossibilidade de reexame, pelos Tribunais Superiores, na seara recursal excepcional, de questões de fato, sendo milhares (quicá milhões!) as decisões proferidas nesse sentido²⁶. Nesse cenário, conforme já tivemos a oportunidade de salientar²⁷, somente são admissíveis as discussões relativas às *teses jurídicas*, matérias eminentemente de direito, discussões *objetivas*, sob pena de as Cortes de Ápice se tornarem “terceiras ou quarta instâncias”, o que fulminaria seus objetivos constitucionais de proteção do direito positivo, de unificação da interpretação jurisprudencial em torno de suas respectivas parcelas de competência, da orientação das instâncias inferiores e dos jurisdicionados, tudo com vistas à segurança jurídica e, em fins últimos, à isonomia.

É cediça a orientação jurisprudencial, desse modo, de que tais apelos extremos não se prestam ao reexame dos fatos da causa (súmulas 7/STJ e 279/STF), muito menos à reanálise de cláusulas contratuais (súmulas 5/STJ e 454/STF).

Para tentar se entender essa dicotomia e, principalmente, o porquê dessa *aparente impossibilidade*, cumpre-nos analisar àquela que se afigura como a sua origem, a qual remonta à própria história da Corte de Cassação Francesa, reconhecidamente uma das inspirações de nosso recurso extraordinário²⁸. Naquele tempo, vigorava extrema

²⁶ “Um dos motivos por que se têm os recursos extraordinário e especial como pertencentes à classe dos excepcionais reside em que o espectro de sua cognição não é amplo, ilimitado, como nos recursos comuns (máxime, a apelação), mas, ao invés, é restrito aos lindes da matéria jurídica. Assim, eles não se prestam para o reexame da matéria de fato, presumindo-se ter esta sido dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederem à 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”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10.ed. São Paulo: RT, 2007, p. 161-162)

²⁷ FARIA, Márcio Carvalho. *Os requisitos sensíveis de admissibilidade dos recursos excepcionais e o papel dos Tribunais Superiores*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: UERJ, 2009.

²⁸ “(...) nosso recurso extraordinário, como o *writ of error* do direito americano, são instrumentos jurídicos marcado pela modernidade, forjados, ambos, na cultura européia dos séculos XVII e XVIII, a expressarem a pesada influência do Iluminismo. Além disso, no caso brasileiro, o parentesco do recurso extraordinário com os juízos de cassação, nascidos da Revolução Francesa, não pode ser esquecido. Tanto o recurso extraordinário quanto o recurso constitucional americano têm suas origens nas filosofias racionalistas do século XVII. Basta ver o nome dado ao recurso do direito americano. O remédio é outorgado para proteger o direito contra o ‘erro’ cometido pelos tribunais dos Estados, da mesma maneira como concebemos nossos recursos. Este modo de pensar o Direito tem suas raízes firmemente presas às filosofias racionalistas e, quanto a nosso recurso extraordinário, ao exagero com que praticamos a doutrina da separação de poderes, pressupondo, como um dado, o monopólio integral da produção do direito pelo Poder Legislativo. É por esta via, que se desvela seu parentesco com o juízo de cassação, que pressupõe, como nosso recurso extraordinário, a separação entre ‘direito’ e ‘fato’. Tanto ele, quanto seu modelo americano, foram caldeados na mesma cultura do Iluminismo. Conseqüentemente, exibem ambos, com mais ou menos intensidade, as marcas dessa origem”.

desconfiança dos burgueses para com os juízes, classe reconhecidamente como uma das principais responsáveis pela Revolução Francesa, vez que, em sua maioria, os magistrados se serviam, fraudulentamente, das benesses concedidas pelos monarcas titulares do poder. Com a queda da Bastilha, em 14 de julho de 1789, e a instauração de um novo governo, os juízes perderam força, somente lhes sendo concedido o poder-dever de aplicar a lei, sem proceder a interpretações variadas. A força da lei é que devia prevalecer, pois ela advinha da Assembleia Legislativa, dominada pelos burgueses. Era época do juiz “boca da lei” (*bouche de la loi*), e nada mais cabia ao julgador além de expressar fielmente os comandos legislativos²⁹, até mesmo em respeito à rígida separação dos poderes desenvolvida à época.

Para controlar a atuação da magistratura que, como dito, não poderia deixar de aplicar o que determinavam as normas positivadas, foi criada, em 27 de novembro de 1790, a Corte de Cassação Francesa, *um órgão de cunho marcadamente político e auxiliar do Poder Legislativo, que não detinha competência jurisdicional*. Cabia-lhe, tão somente, analisar as demandas que lhe eram submetidas através de recursos de direito estrito e, se observada mácula às leis, proceder à cassação do julgado, determinando, por consequência, que novos julgamentos fossem proferidos. Nesses julgamentos, à Corte de Cassação era vedado o conhecimento dos fatos específicos da causa, assim como não lhe era permitido perscrutar as alegações das partes; cabia-lhe, tão-somente, analisar se havia, ou não, ofensa ao direito positivado, até mesmo porque, como relembra Mauro Cappelletti³⁰, *não se tratava de órgão integrante do Judiciário*.

(SILVA, Ovídio Baptista da. *Questão de fato em recurso extraordinário*. Disponível em <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos008.htm>, acesso em 10 dez 2013; destaques acrescentados).

²⁹ “O conhecimento das normas guarda relação com a Codificação ou com a pretensão de se ter Códigos capazes de regular todas as situações, eliminando quaisquer dúvidas que sobre elas pudessem pairar. Lembre-se que na tradição do *civil law*, em que se afirmava a *supremacia do legislativo, a lei e os códigos deveriam ser tão claros e completos que não poderiam suscitar quaisquer dúvidas ao juiz*” (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão..., *ob. cit.*, p. 213; destaques acrescentados).

³⁰ “O *Tribunal de Cassation* foi instituído, exatamente (...) como um órgão colocado junto ao poder legislativo – ‘*il y aura prés du Corps législatif un Tribunal de cassation*’, como, de modo muito preciso, textualmente proclamava o decreto de 1790 – para evitar que os órgãos judiciários, no exercício de suas funções, invadissem a esfera do poder legislativo, subtraindo-se à estreita e textual observância das leis. Não obstante, o nome de Tribunal – nome que será posteriormente transformado em ‘Cortes’, *Cour* - o *Tribunal de Cassation* teve, no entanto, na origem, natureza essencialmente legislativa e política, e, de qualquer maneira, com certeza, não judicial: ele foi, como o definiu Calamandrei, ‘um ofício de natureza constitucional, destinado a manter na sua integridade o cânone da separação de poderes’, que foi considerado ser “a primeira condição para a normal existência do Estado”. Precisamente, em consideração desta sua função, foi proposto que o *Tribunal de Cassation* fosse, ao invés, chamado de *Conseil National Pour La Conservation des Lois*, um nome que, por

Ora, se a Corte de Cassação Francesa não se tratava de órgão integrante do Judiciário, por razões óbvias não poderia analisar (ou mesmo revisar) os fatos da causa, tarefa característica dos juízes. Vem daí, certamente, o fundamento para a necessidade da separação entre as questões de fato e as questões de direito.

A partir de então se desenvolveram, por todo o mundo, os recursos de cassação, com particulares características, conforme explicou, sem pares, Piero Calamandrei, em obra clássica e milenar (“A cassação civil”, de 1920). Apesar disso, vale dizer que, mesmo em França, a noção originária do recurso de cassação foi afastada já no início do século XIX, conforme observou Mauro Cappelletti³¹, muito embora, entre nós, como se verá, essa (tentativa de) distinção ainda seja corriqueira e de peculiar importância, notadamente no trato dos instrumentos excepcionais³².

2.2. É realmente possível se falar em questão direito pura? As alternativas à rigidez dos óbices quanto às questões fáticas

Diante desse quadro, impõe-se indagar: o que seria uma *questão de direito*³³? E, sobretudo, é possível estabelecer criteriosa diferenciação entre ela e a *questão de fato*³⁴?

certo, teria mais eficazmente indicado a função originária daquele órgão, isto é, a função de impedir, utopicamente, que a interpretação das leis caísse na esfera de um órgão pertencente a um poder diverso do legislativo. O *Tribunal de Cassation* foi, em síntese, uma típica expressão da desconfiança profunda dos legisladores revolucionários nos juízes franceses: a mesma desconfiança eu, nos primeiros anos da Revolução, os levou a repetir a absurda tentativa justinianéia de proibir aos juízes todo poder de interpretação das leis, reservando tal poder ao *Corps Législatif* que devia prover à própria interpretação, mediante decreto a pedido dos juízes, toda vez que estes estivessem em dúvida sobre o significado de um texto legislativo” (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2.ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984, p. 40-41).

³¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial...*, *ob. cit.*, p. 43.

³² No recurso extraordinário, a influência mais visível dos juízes de cassação, está na questão da separação, devida ao racionalismo, entre o "direito" e o "fato", de tal modo que as cortes supremas, no caso nossos tribunais do recurso extraordinário, só tenham permissão para apreciar o "direito", sem envolverem-se com as "questões de fato". A cassação das sentenças proferidas "contra o direito em tese", que pressupõe a separação entre "questão de fato" e "questão de direito" (Calamandrei, *La casación civil*, versão espanhola, Buenos Aires, 1945, Tomo I, vol. 1, 53 e ss.), tão presente em nossos recursos extraordinários, revela sua filiação ao Iluminismo, de resto comum ao *writ of error*. (SILVA, Ovídio Baptista da. *Questão de fato...*, *ob. cit.*)

³³ “A característica fundamental da questão de direito, entendida como questão federal ou constitucional, é a de envolver um questionamento jurídico específico ou determinado, ou seja, envolver uma definição que é preponderantemente normativa” (KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial...*, *ob. cit.*, p. 192).

³⁴ “... a questão de fato é aquela que responde ao seguinte: ‘Quem, quando, o que e onde.’ Praticamente, todas as teorias convergem para o mesmo ponto, quando se trata de caracterizar esse monômio ou essa questão.

As respostas para essas relevantes perguntas são fundamentais para o direito processual, não só no campo dos recursos como no que toca ao procedimento de primeiro grau. Isso porque o legislador pátrio estabeleceu, em algumas passagens, a necessidade de se tratar de “matéria exclusivamente de direito” para, por exemplo, autorizar o magistrado a proferir os julgamentos *antecipadíssimo*³⁵ (art. 285-A, CPC/73) e antecipado da lide (art. 330, I, CPC/73). Aliás, a própria noção dos brocardos *dami factum dabo tibi jus e juria novit curia* (que extrapolam os contornos deste trabalho) passa por essa diferenciação, havendo incontáveis trabalhos importantes a respeito³⁶.

A despeito de tamanha importância, nem sempre é possível estabelecer³⁷, com precisão, a exata diferenciação entre o que seriam as matérias de direito e o que seriam, por

Todavia, o momento mais elevado de sua caracterização, sob uma perspectiva doutrinária, foi atingido por Calogero, segundo a qual trata-se de um trabalho que o juiz executa paragonando-se ao historiador, vale dizer: ‘Como o historiador, ele não tem interesse senão pela ação do homem: o acontecimento natural não tem para ele significado se não como momento e fundamento de acontecimentos humanos (...) Como o historiador, o juiz tem diante de si o fato não como uma realidade já existente, mas como qualquer coisa a ser reconstruída. O que ele tem diante de si como dado de sua direta experiência sensível é somente um completo de documentos, de depoimentos, de provas; e, à base desses, ele deve reconstruir o fato, isto é, refigurar, no quadro da sua representação mental como as coisas efetivamente aconteceram (...) A gnoseologia do processo de conhecimento, enquanto é voltado ao acerto do fato, é então sob este aspecto idêntica àquela do processo mental onde o historiador, recolhendo, peneirando, combinando, interpretando documentos, chega ao fim da reconstrução do acontecimento que lhe interessa’” (KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial...*, .ob. cit., p. 162-163; destaques acrescentados)

³⁵ Sobre o assunto, remetemos o leitor interessado ao nosso “O julgamento antecipadíssimo da lide, o art. 515, §3º e o contraditório”, in *in Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, n.º 17. Salvador: Universidade Federal da Bahia Editora, 2008, p. 239-274.

³⁶ NEVES, Castanheira Antônio. *Questão de facto – Questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967. No mesmo sentido: CHIOVENDA, Giuseppe Chiovenda. *Instituições de direito processual civil*, v. III. São Paulo: Saraiva, 1969; GUASP, Jaime. *Juez y hechos en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1943; COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*, v. III. Rio de Janeiro: Konfino, 1948; CALAMANDREI, Piero. *Casación civil*. Buenos Aires: EJEJA, 1959; CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945; SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 1963.

³⁷ Teresa Arruda Alvim Wambier entende, por seu turno, que, sob tal aspecto, existiriam três *tipos de questões*, a saber: as “puramente fáticas”, as “propriamente jurídicas ou de direito” e as “que se confundem com a própria subsunção”, sendo vedada a tutela excepcional recursal apenas às primeiras. Veja-se: “(...) 1º) Há questões ‘puramente’ fáticas. Evidentemente, não se pode rediscutir em âmbito de recurso especial ou extraordinário, p.ex., de quem seria a culpa em acidente de automóvel, propondo que os tribunais superiores reexaminem laudos, fotografias e depoimentos para, ao depois, constatar o erro da decisão do juízo *a quo*. O foco de atenção dos legisladores, para decidir recurso nesses termos, serão, não predominantemente, mas *unicamente*, os fatos subjacentes à demanda. 2º) Há questões que se pode dizer sejam propriamente jurídicas (= de direito) quando o *foco de atenção* do tribunal ao reformar a decisão deva ser algum *problema* emergente do entendimento do texto (ou do conjunto de regras jurídicas) aplicável ao caso. Já se sabe qual é o caso, e que o texto incide. Há, todavia, *um ponto problemático*, cuja solução independe do exame do juízo acerca dos fatos já ‘resolvidos’. Ex.: A é filho de B, e este deve àquele pagar alimentos. A partir de quando? De seu nascimento? Da propositura

outro lado, aquelas de cunho fático, mesmo com os esforços já conhecidos da doutrina tradicional³⁸. Tem-se aqui, como asseverou José Manuel de Arruda Alvim Netto³⁹, “um dos problemas mais tormentosos da ciência jurídica”, qual seja, a “a chamada distinção entre questão de fato e questão de direito”.

Em síntese, pode-se dizer, conforme Danilo Knijnik⁴⁰, que as questões de fato normalmente reclamam por provas, ao passo que as questões de direito reclamam por argumentos, porquanto se mostra praticamente inviável observar-se uma discussão *pura*, que envolva, única e exclusivamente, matérias de direito, podendo-se falar, no máximo, em

da ação? Da liminar? Da sentença? Ou do trânsito em julgado? 3º) Há questões (= pontos problemáticos a serem resolvidos, sobre os quais deve recair a atenção do tribunal) que se confundem com a própria subsunção. *Feridos consecutivos* podem ser considerados (= qualificados como) *férias*, para efeito de contagem de prazo? Há ou não ‘o encaixe daqueles fatos (a respeito dos quais não há dúvidas) sob aquela lei?’ Trata-se, em princípio de uma questão de direito. No caso citado, a questão poderia até ser vista como uma questão de interpretação: a palavra *férias*, do art. 179 do CPC, *abrange* também *feridos consecutivos*? (...). (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial...*, *ob. cit.*, p. 360).

³⁸ Há quem considere que tal distinção seria até mesmo impossível: “(...) De fato, *há naquele país* [Espanha] *autores que chegam a afirmar que tal distinção é impossível*. Pedro Aragonese, com esteio nas lições de Jayme Guasp, escrevendo sobre as tentativas de distinção entre questões de fato e de direito, assim coloca: ‘Sin embargo, basta examinar tal cuestión em 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 em el momento de su aplicación como fenómenos puros’ (*Proceso y derecho procesal*, Madri: Aguilar, 1960, p. 788). Também na Alemanha há vozes nesse sentido. Jan Schapp, a respeito, escreve que ‘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. Pergunta-se pelos fatos no direito apenas por causa de seu sentido jurídico distinto. (...) Mesmo a maneira de falar de 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’ (*Problemas fundamentais da metodologia jurídica*, trad. Ernildo Stein, Porto Alegre, Fabris, 1985, p. 40)”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial...*, *ob. cit.*, p. 363-364, nota n.º 266; destaques acrescentados).

³⁹ ALVIM NETTO, José Manoel de. Reexame do valor da prova, *in Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 4. São Paulo: RT, 2011, p. 1267 ss.

⁴⁰ KNIJNIK, Danilo. *O recurso...*, *ob. cit.*, p. 167.

questão *predominantemente de direito*⁴¹⁻⁴², até mesmo porque, como bem salienta Santiago Sentís Melendo, “o puro direito, desconectado dos fatos, não existe”⁴³.

Assim, conforme bem vislumbrou Danilo Knijnik⁴⁴, o que existem são “questões preponderantes” e que devem desse modo ser consideradas pelos Tribunais Superiores, deixando-se de lado a “dicotomia jurídica” para se usar, em seu lugar, uma “tricotomia jurídica”. Nessa ordem de ideias, deveria ser considerada a existência de um *tertius genius*, (“questões mistas” ou “mixed questions”), tamanha a dificuldade de se identificar questões *puras*, chegando-se, destarte, para ele, a três grupos:

- 1) [U]m grupo de questões que, necessariamente, está à margem do controle revisional, em função de suas implicações fáticas, ao qual se poderá chamar, para os efeitos do Recurso Especial, questão de fato;

⁴¹ “Portanto, é de reconhecer-se a existência de um certo número de casos, no mais das vezes duvidosos, em que os fatos e o direito se encontram extremamente interligados, de modo que o intérprete já não poderá encaixa-los, com segurança, numa ou noutra questão, exurgindo a dúvida no plano da dicotomia” (KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial...*, *ob. cit.*, p. 172-173).

⁴² “Não é desnecessário acentuar, sem, de qualquer sorte, pretender ingressar na discussão a que já me referi mais de uma vez de início, que não há, propriamente, uma questão unicamente de direito no sentido que consta da regra aqui comentada. Ela, a questão, é no máximo, *predominantemente de direito* porque a mera existência de um autor, de um réu e de um substrato fático que reclama a incidência de uma norma jurídica é suficiente para que haja questão de fato no caso concreto. Mas, e aqui reside o que releva para compreensão do art. 285-A, esta questão de fato é alheia a qualquer questionamento, a qualquer dúvida, ela é padronizada ou, pelo menos, padronizável: ela é a situação de fato, não traz, em si, maiores questionamentos quanto à existência, seus contornos, seus limites. O que predomina, assim, é saber qual o direito aplicável sobre aqueles fatos que não geram dúvidas, que não geram controvérsia entre as partes e perante o juiz”. (BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. v. 2: comentários sistemáticos às leis 11.276, de 7-2-2006, 11.277, de 7-2-2006 e 11.280, de 16.2.2006*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 68).

⁴³ “(...) Dónde están los procesos de puro derecho? En mi vida judicial apenas si tropecé con ellos. La vida está formada por hechos: se discute sobre hechos; y de ellos nace el derecho; ex facto oriuntur ius. El puro derecho, desconectado de los hechos, no existe. El derecho que se aplica al hecho, el hecho que se subsume en el derecho, son, no fenómenos recíprocos, sino el mismo fenómeno.” (MELENDO, Santiago Sentís. *La prueba es libertad. La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1978, p. 22, *apud* CAMBI, Eduardo; NALIN, Eduardo. O controle da boa fé contratual por meio dos recursos de estrito direito”, *in*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JÚNIOR, Nelson. (coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. v.7*. São Paulo: RT, 2003, p. 53-109, especificamente p. 57-58).

⁴⁴ KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial...*, *ob. cit.*, p. 160-161: “Há que elaborar uma categoria que abarque esse fenômeno revisional, sem a qual, parece-nos, continuará ou impossível ou ilusória a pretensão de resolver o assunto. Portanto, mais corretamente se aludirá a ‘questões preponderantemente de fato’, ‘questões preponderantemente de direito’ e ‘questões mistas’, de modo que, somente por elipse, é que continuará a utilizar a terminologia ‘questão de fato’, ‘questão de direito’, ‘questão mista’. Obviamente, relativizada a distinguibilidade dessas questões, toda e qualquer teoria que as pretender rigidamente separadas, falhará”.

2) um grupo de questões que, necessariamente, está sujeito ao controle revisional, em função de seu caráter eminentemente jurídico, ao qual se poderá chamar, para os efeitos do Recurso Especial, questão de direito;

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

Diante dessa novel “catalogalização”, Danilo Knijnik⁴⁵ desenvolveu o que denominou “teoria tricotômica” e, a partir dela, propôs uma nova leitura do enunciado da súmula 7/STJ:

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

Para tanto, seriam “elementos necessários⁴⁶”: (1º) “que se trate de uma questão mista”; (2º) “que se ponha uma dúvida a respeito da observância das ‘margens de decisão

⁴⁵ KNIJNIK, Danilo. *O recurso...*, *ob. cit.*, p. 239.

⁴⁶ “Elementos necessários – assim entendidos os que deverão estar presentes para que se possa admitir a revisão da questão suscitada: 1º - ‘que se trate de uma questão mista’, assim entendida aquela em que o sentido da norma ou questão discutida contém elevada carga de indeterminação, como se dá na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, standards, padrões de conduta ou de normas que estatuem critérios de avaliação ou de natureza probatória; 2º - ‘que se ponha uma dúvida a respeito da observância das ‘margens

pelo juiz da apelação”⁴⁷; e (3º) “que seja possível ao Superior Tribunal de Justiça realizar um desenvolvimento posterior do direito, que (re-)dimensione os limites da margem de decisão questionada”.

Ademais, ainda conforme Danilo Knijnik, há que se relevar, no mister da reinterpretção da súm. 7/STJ, alguns “sintomas indicadores”, ou seja, a presença de “elementos contribuintes”⁴⁷, que são (a) o “efeito exemplificativo”, (b) a “repetibilidade”, (c) a “relevância” ou a (d) “transcendência”.

Essa *releitura* permitiria aos Tribunais Superiores (vez que também teria validade para a súm. 279/STF e o trato do RE) *efetivamente* conhecer dos recursos fundados nessas questões “mistas”, as quais serviriam, em fins últimos, aos escopos constitucionais dos apelos extremos de pacificação de jurisprudência e controle da inteireza do direito positivo, *notadamente, como se verá, a respeito da lealdade processual*.

Outro olhar sobre a mesma questão, mas também a permitir certa margem para a revisão fática na seara excepcional, seria o de Daniel Mitidiero⁴⁸ que, ao se referir à competência das Cortes Supremas, assevera que “na atividade lógico-interpretativa *apresentam-se de forma radicalmente inesperáveis fatos e normas*, cujo dimensionamento no processo é fruto de uma *recíproca implicação*”, o que, conclui ele, “quer dizer que a Corte Suprema não trabalha apenas com questões de direito”, mas, pelo contrário, “quer dizer que *o material* que a Corte Suprema tem competência para analisar envolve *o caso em toda a*

de decisão’ pelo juiz da apelação’, assim entendido, no que se refere à aplicação de normas vagas, os limites correspondentes às zonas de certeza positiva ou negativa do conceito; 3º - ‘que seja possível ao Superior Tribunal de Justiça realizar um desenvolvimento posterior do direito, que (re-) dimensione os limites da margem de decisão questionada’, assim compreendida a possibilidade de serem fixadas regras que concretizem, do ponto de vista tópico, a aplicação do direito, circunscrevendo as correspondentes margens de decisão”. (KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial...*, *ob. cit.*, p. 239-240).

⁴⁷ “Elementos contribuintes – assim entendidos os que, não sendo necessários, devem ser relevados como ‘sintomas indicadores’ de que a questão deve ser habilitada à revisão *in jure*, merecendo valoração positiva: 1º - o ‘efeito exemplificativo’, como tal o que permita servir de pauta geral para casos futuros, ou que se possa constituir num precedente; 2º - a ‘repetibilidade’, como tal o que respeite a uma situação massificada na sociedade, que venha ter ao judiciário frequentemente; 3º - a ‘relevância’, como tal a importância que a questão, embora individual, possa ter para o ordenamento jurídico como um todo, seja em função de sua gravidade econômica, política ou institucional, seja em função de sua gravidade jurídica, tal como a decisão de uma questão fundamental; 4º - a ‘transcendência’, como tal a importância que a questão, individual ou não, possa ter para a sociedade de maneira geral”. (KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial...*, *ob. cit.*, p. 240).

⁴⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores...*, *ob. cit.*, p. 64.

sua inteireza, examinando a causa apresentada em juízo necessariamente como um todo incindível”.

Assim, há que se diferenciar, ainda na lição de Daniel Mitidiero⁴⁹, “*o juízo sobre as alegações dos fatos* – que se consubstancia na *valoração da prova*, que compõe a *justificação judicial* – como um *juízo diverso* daquele que se realiza sobre as *alegações jurídicas*”, para se concluir que “*a proibição que a Corte Suprema encontra não está endereçada ao exame dos fatos*”, mas que ela “*realize nova valoração probatória das alegações de fato da causa*”, porque “*é essencial tomar o caso em toda sua inteireza para – a partir dele – interpretar o Direito levando em consideração todas as suas condicionantes lógico-argumentativas*”.

Vejamus um exemplo⁵⁰: imagine-se que, em uma ação de cobrança, o réu alegue a inexistência de dívida por força de pagamento, mas deixe de apresentar, na oportunidade, o competente recibo, pelo fato de esse estar, indevidamente, na posse do autor. Diante da insuficiência probatória (a qual, como se sabe, muito provavelmente faria com que sua defesa não fosse acatada em juízo, por força do art. 333, II, CPC/73), o réu, na calada da noite, invade a residência do autor, obtém o citado recibo e, posteriormente, digna-se de juntá-lo aos autos. Inconformado, por óbvio, o autor requer o reconhecimento da ilicitude da prova, na medida em que obtida mediante flagrante violação de domicílio (art. 5º, XI, CF/88). Chamado a decidir, o magistrado *reconhece a ilicitude da prova documental*,

⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores...*, *ob. cit.*, p. 65-66.

⁵⁰ “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 guiam os raciocínios presuntivo, probatório e decisório.* Note-se que o que se veda, mediante a proibição do reexame de provas, é a possibilidade de se analisar se o tribunal recorrido apreciou adequadamente a prova para formar a sua convicção sobre os fatos. Assim, por exemplo, é proibido voltar a analisar as provas que convenceram o tribunal de origem sobre a presença de culpa”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário, *in* FABRÍCIO, Adroaldo Furtado [coord.]. *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 441-464, especificamente p. 442-443; destaques acrescentados)

entretanto dela se vale para julgar improcedente o pedido autoral, em respeito à verdade material e, ainda, à vedação do enriquecimento ilícito. Admitindo-se que essa mesma decisão tenha sido tomada pelo tribunal, em grau recursal, e que todos os demais requisitos de admissibilidade estivessem presentes, eventual recurso extraordinário interposto pelo autor poderia ser admitido?

Imagine-se, agora, que nessa mesma situação hipotética, o juiz tenha também reconhecido a improcedência do pedido autoral, porém, por outro lado, tenha adotado o fundamento de que a alegada ilicitude da prova documental não havia se confirmado, já que a suposta invasão de domicílio não teria restado provada. Nesse caso, e também considerando mantida a referida sentença pelo tribunal e presentes todos os demais requisitos de admissibilidade, poderia validamente o autor se valer do recurso extraordinário?

Na primeira situação, muito provavelmente o recurso extraordinário seria não só admitido, como, em razão da atual jurisprudência do STF⁵¹, provido, porquanto o debate

⁵¹ EMENTA: PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). *IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA* - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domini"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E

travado no apelo extremo diz respeito a uma *tese jurídica*, qual seja, a (im)possibilidade de utilização de prova ilícita em detrimento da verdade real. No segundo caso, todavia, vedada estaria a tutela do STF, vez que o autor requereu, no RE, fossem revistas as provas e os meios

GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.. (RHC 90376, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 03/04/2007, DJe-018 divulg 17/05/2007 public 18/05/2007 DJ 18/05/2007 PP-00113 ement vol -02276-02 PP-00321 RTJ VOL-00202-02 pp-00764 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147; destaques acrescentados)

de sua obtenção, para que, posteriormente, em sendo considerado ilegítimo determinado meio probatório (no caso, o documental), tivesse aplicação o art. 5.º, inciso LVI, CF/88⁵².

Tem-se, aqui, a exata e indispensável diferenciação entre a “*re*”*valoração* dos fatos para o seu “*re*”*exame*, na medida em que, no primeiro caso, o tribunal superior já parte das premissas fáticas estabelecidas pelas instâncias inferiores, apenas efetuando, no caso eventualmente analisado, uma verificação de acerto ou desacerto acerca da tese jurídica ali versada; no segundo caso, entretanto – *e daí, como visto, a impossibilidade de tutela excepcional recursal* –, o tribunal superior, para chegar à tese diversa daquela estabelecida pelas vias ordinárias, deveria se imiscuir no contexto fático dos autos, algo que lhe seria vedado⁵³⁻⁵⁴.

⁵² Tal entendimento encontra eco na jurisprudência, embora não possa, como se verá, ser considerado pacífico: “Não há que se confundir o reexame dos fatos e das provas contidas nos autos com a valoração destes após sua integração aos fundamentos do acórdão recorrido. *De forma alguma, a Súmula 7 desta Corte veda a valoração da prova.*” (Trecho do voto condutor proferido pela Min. Relatora Eliana Calmon, nos autos do AgRg no REsp 866.082/RS, 2ª T., j. 16/09/2008, DJe 14/10/2008; destaques acrescentados).

⁵³ “A matéria de fato, que fica excluída do âmbito do extraordinário, é aquela cujo reconhecimento pelo STF apenas levaria a um reexame de prova, ou seja: aqueles casos em que não se perscruta o interesse 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*”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10.ed. São Paulo: RT, 2007, p. 164-165)

⁵⁴ Nesse sentido, as alegações de José Manoel de Arruda Alvim Netto: “(...) A doutrina e a jurisprudência sempre entenderam que para simples reexame de provas não cabe recurso extraordinário, vindo tal entendimento a se consolidar na Súmula 279 do STF. (...) O Min. Xavier de Albuquerque, expressa e taxativamente, apoia esse, aliás, incontestável posicionamento: ‘(...) não estou reexaminando a prova para dela tirar conclusões contrárias ao convencimento dos juízes da segunda instância ordinária. Estou apenas corrigindo-lhes, *data venia*, a desatenção, limitando-me a *ver a prova ostensiva e indiscutível que eles não viram e, portanto, não interpretaram na sua representatividade nem avaliaram no seu poder de persuasão*’ (RTJ 72/306 – grifos nossos). Do mesmo sentir é o Min. Aliomar Baleeiro, como vemos de brilhante voto proferido na linha do pensamento do Min. Villas Boas (RTJ 37/480): ‘O Pretório Excelso, como bem o salientaram os recorrentes, distingue entre ‘apreciação de prova e valorização da prova’. *A primeira hipótese diz respeito à pura operação mental de conta, peso e medida, que é imune ao controle excepcional. Na segunda, exatamente porque se envolve na teoria do valor ou conhecimento, a Augusta Corte pode sair de sua posição de neutralidade, dispondo-se a apurar se houve ou não infração de algum princípio probatório, e, desta perspectiva, tirar alguma conclusão que sirva para a emenda da injustiça porventura cometida*’ (RTJ 72/472 – grifos nossos). *Esses pronunciamentos evidenciam a dicotomia existente no campo da prova: momento inicial, ou seja, o do exame da prova e, ao depois, sua valoração.* Nessas condições, em primeiro lugar, verifica-se a ocorrência de determinados fatos no mundo fenomênico (ocorreu ou não tal fato – ou tais fatos). O exame da prova é, em regra, tarefa do órgão do primeiro grau de jurisdição e dos órgãos julgadores de recursos ordinários; trata-se, aqui, daquela “operação mental de conta, peso e medida”, referida pelo Min. Aliomar Baleeiro. Em segundo, estabelece-se a valoração e a representatividade da prova. (...) *Quando esse órgão [o STF] examina a valoração e a representatividade da prova, não está ele protegendo o interesse subjetivo das partes, e sim garantindo os princípios probatórios consagrados no direito positivo.* No caso em tela, o que se pretende exatamente é o reexame da valoração e da representatividade dada à prova pelo TJSP, quando do julgamento da causa em segundo grau. Não se pede que os fatos em si sejam revistos. Mas, tão só

Por fim, uma *terceira possibilidade* de conhecimento de questões *aparentemente fáticas*, pelos Tribunais Superiores, no bojo dos instrumentos excepcionais, decorre daquilo que, diante do escólio de Teresa Arruda Alvim Wambier, poderíamos denominar de *definição de conceitos vagos com potencial de transcendência*. Explica-se.

Como se sabe, tem sido cada vez mais usual a utilização, pelo legislador, de *conceitos juridicamente indeterminados*⁵⁵, *cláusulas gerais*⁵⁶ ou *conceitos vagos*⁵⁷, na medida em que, diferentemente de outrora, e dadas as sucessivas e incontroláveis e fugazes mudanças da sociedade, torna-se praticamente impossível, à lei, prever todas as situações possíveis que poderiam decorrer do cumprimento ou descumprimento de determinado comando normativo⁵⁸. Nesse sentido, expressões como “função social do contrato” (art. 421,

e exclusivamente, que o Supremo diga se, de acordo com o nosso sistema de direito positivo, o magistrado poderia exigir provas acerca de fatos admitidos no processo como incontrovertidos (art. 334, III, do CPC). *Isto não é reexame de provas. Se não se trata de reexame de provas, mas, sim, do exame da valoração dada pelo magistrado às provas colhidas no processo, deve o STF examinar a matéria por força do recurso extraordinário, desde que isso importe na proteção de correta aplicação do direito positivo, de âmbito federal, das normas regentes da atividade probatória, cuja defesa é um dos deveres indelegáveis do Supremo*”. (ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. Reexame do valor da prova..., *ob. cit.*, p. 1267; destaques acrescentados).

⁵⁵ “(...) Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traços de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. (...) *Na fixação dos conceitos juridicamente indeterminados*, abre-se ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo de subjetivo sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolva, conforme ocorre com frequência, a formulação de juízos de valor”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, *in Temas de Direito Processual*. 2ª Série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 64-65).

⁵⁶ “Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa” (DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 36).

⁵⁷ “O problema da interpretação dos conceitos vagos, com se observou, *vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo*, porque se trata de uma *técnica legislativa marcadamente afeiçoada à realidade em que hoje vivemos, que se caracteriza justamente pela sua instabilidade, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram ‘verdades’ sociais*. Isso porque o conceito vago, quando inserido num texto de lei, desempenha três funções que nos parece devam ser valorizadas positivamente: 1. permite que se incluam, sob o agasalho da norma, casos em que o legislador poderia não ter pensado (= casos que, por especiais ou por raros, certamente não seriam incluídos num dispositivo legal que usasse a técnica dos *numerus clausus*, ou seja, fossem taxativos) e, então, ficariam fora do alcance da norma; 2. permite que a *mesma norma* dure mais no tempo, pois o conceito vago ou indeterminado é mais “adaptável”; 3. permite que a *mesma norma* seja aplicada de forma mais “justa” em um mesmo tempo, mas em lugares diferentes. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito, *in Revista de Processo*, v. 92. São Paulo: 1998, p. 52 ss.; destaques no original)

⁵⁸ Sobre o tema, com extensa pesquisa acerca da “transmutação do sistema de fontes”, consulte: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1.ed. 2. tiragem. São Paulo: RT, 2000, p. p.271-378.

CC/2002), “usos do lugar da celebração” (art. 113, CC/02), “grave crise econômica” (art. 76, I, CDC) ou “manifesta distinção” (art. 1578, II, CC/02), aparecem cada vez com mais frequência nos textos legislativos, quer para permitir que o juiz, à luz das circunstâncias concretas, quando do momento da aplicação, as interprete; quer para facilitar a adaptação, do texto legal, às já mencionadas mudanças sociais; quer para permitir a inclusão de situações que, quando da edição da norma, não eram previstas pelo legislador, algo que restaria vedado se o texto contivesse um rol descrito em *numerus clausus*⁵⁹.

Tais normas, à medida que entram em vigor, incidem sobre determinados *factos da vida* e, obviamente, geram controvérsias que, paulatinamente, começam a ser interpretadas pelos operadores do direito em geral, recebendo, não raramente, definições diversas e até mesmo antagônicas por parte da doutrina e da jurisprudência. Ocorre, contudo, que essa multiplicidade de definições, embora natural e até mesmo desejável sob o prisma da evolução do ordenamento jurídico, pode ensejar – e frequentemente enseja – manifesta insegurança jurídica, já que certamente, dadas as dimensões continentais e diversidades culturais de um país como o nosso, não parece ser difícil que um magistrado ou um tribunal localizado em um árido cantão do Nordeste tenha entendimento, sobre determinada definição legal, contrária a de outro tribunal, situado no por vezes gélido sul do Brasil.

Não por outra razão, como dito, que o Constituinte fez prever, expressamente, a possibilidade de interposição de recuso especial fundado na divergência jurisprudencial externa, ou seja, aquela existente entre tribunais diversos da mesma Federação (art. 105, III, CF/88).

Apesar disso, muitos recursos excepcionais têm sido inadmitidos sob a tese de que se estaria, neles, buscando o reexame de material fático.

Ora, se o direito não nasce das árvores, se ele *surge dos factos*, e se é a atividade humana que, ao interpretá-lo e aplicá-lo, mediante atividade intelectual intensa e criativa,

⁵⁹“(…) Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemento ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, *fundamentarão a decisão*, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a *ressistematização* destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, *ob. cit.*, p. 303).

dá-lhe vida, parece contraditório negar ao Tribunal Superior o conhecimento desses mesmos fatos que, anteriormente, deram ensejo às interpretações jurídicas eventualmente antagônicas que, agora, clamam por uma *definição segura*.

Afinal, e a título de exemplo, *precisar com exatidão* o que se entende por “lesão grave e de difícil ou incerta reparação” faz toda a diferença para aquele que, amanhã, venha a desejar interpor um recurso de agravo (retido ou de instrumento) contra uma decisão interlocutória que lhe seja desfavorável (art. 522, CPC/73).

Do mesmo modo, *definir o conteúdo exato* (ou, *pelo menos, em alguns casos, o núcleo essencial*) de conceitos como “resistência injustificada ao andamento do processo” (art. 17, IV, CPC/73) ou “incidente manifestamente infundado” (art. 17, VI, CPC/73) geraria, a todos os sujeitos do processo⁶⁰, a *noção segura* do que poderia ser realizado e, sobretudo, o que estaria proibido⁶¹.

3 - A revisão – ainda que pontual – das questões fáticas pelas Cortes Superiores: os julgamentos “fora da curva”

Mas ainda há mais sobre a (im)possibilidade de cognição fática pelas Cortes Superiores.

Já há algum tempo, tem sido corriqueira a orientação jurisprudencial no sentido de que a vedação fática poderia ser ainda mais mitigada, em situações particulares, notadamente acerca das definições do *quantum* indenizatório relativo aos danos morais, e, ainda, do montante correspondente aos honorários sucumbenciais.

Assim, se “irrisórios”, “avilantes”, “excessivos” ou “exorbitantes” os honorários, o STJ tem-se permitido *abrandar* os óbices sumulares para se imiscuir no campo fático dos casos concretos, investigando minuciosamente os critérios sopesados pelas vias ordinárias (v.g., o tempo de duração da demanda ou o valor econômico ali envolvido) e,

⁶⁰ Fazendo expressa referência à observância da lealdade a todos os sujeitos do processo, assevera Leonardo Greco: “(...) A probidade ou boa-fé protege a busca da verdade, mas se trata de dever a que estão sujeitos não apenas os litigantes, mas todos os sujeitos processuais, desde o juiz até qualquer participante eventual, como aqueles que fazem lances em hasta pública” (GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil*. v. 2. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 140).

⁶¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Distinção...*, *ob. cit.*

consequentemente, se entender pertinente, até mesmo revisar a justeza do *quantum* fixado a cada título⁶²⁻⁶³⁻⁶⁴.

O mesmo tem ocorrido no trato das indenizações por danos morais, constantemente revistas pelo STJ quando desproporcionais ao caso em concreto, hipóteses nas quais não só se permite a sua redução, quando manifestamente excessivos (para evitar o enriquecimento sem causa, cf. arts. 884 e seguintes, CC/02), como a sua majoração, quando ínfimos e discrepantes dos parâmetros traçados pelo Tribunal Superior para determinado tipo de dano⁶⁵ (até mesmo para se coadunar com o art. 944, CC/02).

⁶² Veja-se, nesse sentido, trecho do voto condutor do Min. Luiz Fux, à época integrante da 1ª Turma do STJ: “(...) Destarte, ressoa inequívoca a exorbitância da verba honorária arbitrada no caso *sub judice*, merecendo reparo o acórdão recorrido. Levando-se em consideração o valor econômico atribuído à causa, bem como os parâmetros balizadores do art. 20, § 3º, alíneas “a”, “b” e “c”, do CPC, aos quais se reporta o § 4º do mesmo artigo, procedo à fixação da verba honorária em 0,2 % sobre o valor da causa, resultando no montante de R\$ 23.733,00 (vinte e três mil setecentos e trinta e três reais). (STJ, 1ª T., REsp n.º 939.684/RS, j. 03/11/20096, DJe 17/11/09; destaques acrescentados).

⁶³ A Luiz Guilherme Marinoni também não escapou tal observação, conforme se verifica das últimas páginas de seu estudo “Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário” (MARINONI, Luiz Guilherme. Reexame da prova diante dos recursos..., *ob. cit.*, 462-464).

⁶⁴ A esse respeito, com pesadas críticas, manifestou-se Araken de Assis: “Desafiando a teoria, na prática o STJ perscruta as questões de fato com desenvoltura sem paralelo. Essa fraqueza no desempenho da função constitucional é admitida em duas hipóteses: (a) arbitramento de honorários advocatícios, no que o STF discrepou da Súmula do STF, n. 389, porque semelhante mister envolve valoração de típicas questões de fato (o grau de zelo do profissional, a natureza e importância da causa, ex vi do art. 20, §3º); e (b) fixação do montante dos danos morais, questão dependente do grau da culpa, exceto nos casos em que o valor (de resto, a tarifação é rejeitada) se encontra predeterminada em lei. Infelizmente, investigação superficial revela outra realidade. Há vários e constrangedores exemplos. O STF sempre relutou em julgar a exceção de inadimplemento, prevista no revogado art. 1092, caput, do CC-1916 – hoje, art. 476 do CC-2002 -, porque o ajuste de prestações recíprocas simultâneas exige a perquirição de questão de fato; ao invés, o STJ conheceu e proveu recurso especial na mesma questão. Não faltam apoios à transformação paulatina do STJ em terceira instância para realizar melhor a Justiça no caso. É pouco provável que haja alguma contribuição efetiva, máxime no tocante à duração razoável do processo, nesses arroubos liberais do STJ. Para a Justiça de um país, o reexame das questões de fato pelo tribunal de superposição, relevado o interesse do vitorioso eventual, representa autêntica tragédia”. (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, p. 770-771).

⁶⁵ Tal revisão tem sido, por vezes, tão discrepante, que há proposta de projeto de lei a fixar parâmetros e critérios para as indenizações por danos morais, tirado a partir da análise de três mil (!) decisões judiciais. Nesse sentido: CIANCI, Mirna. *O valor da reparação do dano moral - parâmetros e critérios*. In: www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI191859,41046-O+valor+da+reparacao+moral+parametros+e+critérios, acesso em 16 dez. 2013.

Ora, mas qual seria a razão para se tolerar *tamanho excepcionalidade*? Será que os artigos 884⁶⁶ e 944⁶⁷ do CC/02 seriam assim tão mais importantes que vários outros dispositivos legais?

Afinal, ainda que existam julgados aduzindo que, em situações como essa, não se estaria reexaminando os fatos da causa (já que as instâncias ordinárias já teriam fixados as premissas fáticas para a fixação dos honorários e/ou dos danos morais⁶⁸), em verdade - e sejamos sinceros - *para se chegar à conclusão de que determinado montante é “manifestamente excessivo” ou “claramente irrisório”, mister se faz a reapreciação, ainda que superficial, dos fatos da causa.*

Isso porque nada, *per si*, pode ser considerado “excessivo”, “razoável” ou “anormal” sem que se realize uma atividade mental comparativa. Somente podemos concluir, por exemplo, que a renda *per capita* anual média do brasileiro é *aviltante*, se a comparamos com aquilo que recebem outros povos do mundo; do mesmo modo, somente podemos chegar à conclusão de que os juros bancários brasileiros são *excessivos* se, mais uma vez, exercermos atividade comparativa em relação às índices cobrados em outros países. Em geral, portanto, somente podemos chegar a tais conclusões *se imiscuirmos nas características de cada sistema ou objeto sob exame, a fim de as compararmos com as demais.*

⁶⁶ “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido”.

⁶⁷ “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.”

⁶⁸ Nesse sentido, por exemplo: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. PREMISSAS FÁTICAS NÃO DELINEADAS NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. FAZENDA PÚBLICA VENCIDA. DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PERCENTUAL ESTABELECIDO PELO § 3º DO ART. 20 DO CPC.

1. É pacífico nesta Corte o entendimento quanto a possibilidade de revisão de honorários, quando o Tribunal a quo tenha delineado os aspectos fáticos motivadores da fixação da base de cálculo, percentual ou valor fixo, o que orienta o STJ a verificar, tomando por base os mesmos fatos, se os honorários foram excessivos ou irrisórios. 2. Expediente diverso consistiria em inadmissível incursão nos aspectos fáticos da causa, cujo exame é cometido soberanamente às instâncias de jurisdição ordinária. 3. O arbitramento dos honorários advocatícios, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública e nas execuções, embargadas ou não, não está adstrito aos limites percentuais de 10% e 20% estabelecidos pelo § 3º do mesmo dispositivo, nos termos da regência do § 4º do art. 20 do CPC. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 1369573/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., j. 20/06/2013, DJe 01/07/2013; destaques acrescentados)

Nesse sentido, não é possível que um Tribunal Superior diga, *sem analisar ainda que minimamente os fatos da causa*, que a fixação de um montante “x” a título de honorários sucumbenciais, pelo juízo *a quo*, é *aviltante* ou *excessiva*, vez que, para isso, ele terá que exercer um juízo comparativo, quer em relação a outros casos já enfrentados pela Corte, quer em relação aos *fatos ocorridos naquele caso*. Nessa linha, pode ocorrer, por exemplo, que a fixação de honorários de dez mil reais em determinado processo possa ser tida por “aviltante”, a ensejar a sua majoração pelo STJ⁶⁹, ao passo que, por outro lado, um montante cinco vezes menor, *variando-se as circunstâncias fáticas do caso sob julgamento*, possa ser considerado “normal” ou “razoável” pelo mesmo órgão julgador superior, a ponto de se negar o conhecimento do recurso especial⁷⁰.

⁶⁹ “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. NECESSIDADE. 1. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias a título de honorários advocatícios quando irrisório ou abusivo. 2. *No caso presente, o valor arbitrado a título de honorários advocatícios em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) revela-se irrisório*, tendo em vista o acolhimento de exceção de pré-executividade que acarretou a extinção de execução cujo valor da causa somava R\$ 22.440.000,00 (vinte e dois milhões e quatrocentos e quarenta mil reais). 3. Agravo regimental não provido. (3ª T, STJ, AgRg no REsp 1146988/ES, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/09/12, DJ 26/09/12)

⁷⁰ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRETENDIDA MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NO TRIBUNAL DE ORIGEM PELO CRITÉRIO DE APRECIÇÃO EQUITATIVA. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM MATÉRIA FÁTICA. PRETENSÃO RECURSAL INADMISSÍVEL POR INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 7/STJ E 389/STF. 1. Consoante a jurisprudência dominante do STJ, a remissão contida no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil (CPC), relativa aos parâmetros a serem considerados pelo magistrado para a fixação dos honorários nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, refere-se tão-somente às alíneas do § 3º do mesmo artigo, e não aos limites percentuais contidos nesse parágrafo. Assim, ao arbitrar a verba honorária nas hipóteses do § 4º, o juiz pode utilizar-se de percentuais sobre o valor da causa ou da condenação, bem como fixar os honorários em valor determinado. Outrossim, a fixação dos honorários advocatícios com base no § 4º do art. 20 do CPC dar-se-á pela “apreciação equitativa” do órgão julgador, em que se evidencia um conceito não somente jurídico, mas também subjetivo, porque representa um juízo de valor efetuado pelo magistrado dentro de um caso específico. *Diante desse contexto, ressalvadas as hipóteses excepcionais de valor irrisório ou excessivo, a reavaliação do critério de apreciação equitativa adotado pelo Tribunal de origem para decidir sobre a fixação da verba honorária não se coaduna com a natureza dos recursos especial e extraordinário, consoante enunciam as Súmulas 7/STJ e 389/STF*. Precedente citado: EAg 259.138/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 24.9.2007, p. 228. 2. Nesta ação ajuizada em dezembro de 2007, cujo valor da causa indicado na petição inicial corresponde a R\$ 77.233,31, o Tribunal de origem assim se pronunciou sobre os honorários: “No que tange aos honorários advocatícios, nas causas em que não houver condenação ou vencida a Fazenda Pública, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios deverá ser fixada mediante apreciação equitativa do juiz, conforme prevê o art. 20, § 4o, do CPC, desvinculada a fixação dos percentuais estabelecidos no § 3o do mesmo artigo. E para evitar-se que sejam fixados valores exorbitantes ou aviltantes do exercício profissional, deverão ser aferidos o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço (alíneas do § 3o do art. 20 do CPC). Por entender irrisório o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) fixado na sentença, incompatível com a dignidade do exercício da atividade advocatícia, e considerados os

Sobreleva considerar que, desta feita, *pelo menos quanto a esses dois pontos de análise*, o STJ, ao reconhecer uma “excepcionalidade”, tem permitido o abrandamento (ou até mesmo o afastamento) da súmula 7/STJ⁷¹⁻⁷². Tal se deve exatamente porque o STJ, buscando cumprir suas funções constitucionais, vale-se do recurso especial para “[evitar]

parâmetros das alíneas do § 3o do art. 20 do CPC, notadamente diante da complexidade da controvérsia, reformo a sentença nesse ponto. Ante o exposto, não conheço do agravo retido e dou provimento à apelação, para majorar o valor da condenação ao pagamento de honorários advocatícios para R\$ 2.000,00 (dois mil reais).” *Dadas as circunstâncias fáticas da causa retratadas no acórdão recorrido, não se apresenta irrisória a verba honorária fixada em R\$ 2.000,00 (dois mil reais)*. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 413.585/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., j. 26/11/2013, DJe 04/12/2013; destaques acrescentados)

⁷¹ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO DO ART. 20, §§ 3o. E 4o. DO CPC. *POSSIBILIDADE DE REVISÃO QUANDO IRRISÓRIO OU EXORBITANTE*. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL: AG 1.409.571/RS, DE MINHA RELATORIA, DJE 06.05.2013. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte Superior realmente já orientara ser inviável a modificação da verba honorária dos Advogados, em sede de Recurso Especial, por demandar, em tese, a averiguação e avaliação do contexto fático-probatório dos autos, atraindo a incidência da Súmula 7/STJ. 2. *Contudo, esse entendimento é relativizado, sendo o teor da referida súmula objeto de mitigação, quando evidenciado nos autos que a verba honorária foi arbitrada em valores excessivos ou ínfimos, sem que para isso se faça necessário o reexame de provas ou qualquer avaliação quanto ao mérito da lide*. 3. O critério para a fixação da verba honorária deve levar em conta, sobretudo, a razoabilidade do seu valor, em face do trabalho profissional advocatício efetivamente prestado, não devendo altear-se a culminâncias desproporcionais e nem ser rebaixado a níveis claramente demeritórios, não sendo determinante para tanto apenas e somente o valor da causa. No caso dos autos, o valor foi fixado na decisão agravada em 1% (um por cento) sobre o valor da condenação (aproximadamente R\$ 1.500.000,00), montante que não se mostra irrisório, não extrapolando os limites da razoabilidade. 4. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 1382961/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T., j. 03/10/2013, DJe 24/10/2013; destaques acrescentados)

⁷² AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ART. 125, INCISO I, DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 282/STF. VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RAZOABILIDADE.

1. Ausente o prequestionamento de dispositivos apontados como violados no recurso especial, sequer de modo implícito, incide o disposto na Súmula nº 282 do STF. 2. *O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias a título de honorários advocatícios apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso*. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1254947/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 20/09/2011, DJe 26/09/2011; destaques acrescentados)

injustiças”⁷³, “amoldar-se a parâmetros compatíveis com as lesões causadas”⁷⁴, “evitar a indústria do dano moral”⁷⁵ ou, ainda, para se amoldar às “peculiaridades do processo”⁷⁶.

⁷³ RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE AÉREO. QUEDA DE HELICÓPTERO. MORTE DE PASSAGEIROS. PLEITOS INDENIZATÓRIOS DEDUZIDO POR DESCENDENTES E CÔNJUGE/COMPANHEIRA DE DUAS VÍTIMAS DO EVENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA DE TAXI AÉREO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7. TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. MATÉRIA PRECLUSA. LITISDENUNCIÇÃO. RESISTÊNCIA. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. (...)

4. Em se tratando de danos morais, o sistema de responsabilidade civil atual rechaça indenizações ilimitadas que alcançam valores que, a pretexto de reparar integralmente vítimas de ato ilícito, revelam nítida desproporção entre a conduta do agente e os resultados ordinariamente dela esperados.

5. É certo que a solução de simplesmente multiplicar o valor que se concebe como razoável pelo número de autores tem a aptidão de tornar a obrigação do causador do dano demasiado extensa e distante de padrões baseados na proporcionalidade e razoabilidade. Por um lado, a solução que pura e simplesmente atribui esse mesmo valor ao grupo, independentemente do número de integrantes, *também pode acarretar injustiças*. Isso porque, se no primeiro caso o valor global pode se mostrar exorbitante, no segundo o valor individual pode se revelar diluído e se tornar ínfimo, hipóteses opostas que ocorrerão no caso de famílias numerosas.

6. *Portanto, em caso de dano moral decorrente de morte de parentes próximos, a indenização deve ser arbitrada de forma global para a família da vítima, não devendo, de regra, ultrapassar o equivalente a quinhentos salários mínimos, podendo, porém, ser acrescido do que bastar para que os quinhões individualmente considerados não sejam diluídos e nem se tornem irrisórios, elevando-se o montante até o dobro daquele valor.* (...) 9. Recursos especiais conhecidos em parte e, na extensão, parcialmente providos. (REsp 1127913/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 20/09/2012, DJe 30/10/2012; Informativo n.º 505, de 20/set a 03/out de 2012; destaques acrescentados).

⁷⁴ “RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. Pode esta Corte rever o valor arbitrado a título de danos morais quando o mesmo se mostrar além ou aquém do que for considerado razoável. II. *Danos morais reduzidos para amoldar-se a parâmetros compatíveis com as lesões causadas*. III. Recurso parcialmente provido”. (REsp 1150942/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª T., j. 12/04/2011, DJe 25/04/2011; destaques acrescentados)

⁷⁵ “PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. REVISÃO DO VALOR NO STJ. HIPÓTESE EXCEPCIONAL. *AFASTAMENTO DA SÚMULA 7/STJ*. INOCORRÊNCIA DE REVALORAÇÃO DO CONTEXTO FÁTICO E PROBATÓRIO. MONTANTE COMPENSATÓRIO A SER ARBITRADO COM OBSERVÂNCIA DA OFENSA MORAL EXPERIMENTADA. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO QUANTUM PELA MULTIPLICAÇÃO DO VALOR APONTADO. PRECEDENTES. (...) 2 - *Esta Corte, cuja missão é uniformizar a interpretação do direito federal, há alguns anos começou a afastar o rigor da técnica do recurso especial para controlar o montante arbitrado pela instância ordinária a título de dano moral, com o objetivo de impedir o estabelecimento de uma "indústria do dano moral"* (REsp 504.639/PB, Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 25/08/2003, p. 323). 3 - O Superior Tribunal de Justiça, em situações especialíssimas como a dos autos - de arbitramento de valores por dano moral - ciente do seu relevante papel de Tribunal do Pacto Federativo, e com o escopo final de estabelecer a pacificação social, se pronuncia nos casos concretos para aferir a razoabilidade do quantum destinado à amenização do abalo moral (REsp 1.089.444/PR, Min. Nancy Andrighi, DJe de 03/02/2009). 4 - *Não se tem dúvida de que esta Corte, ao reexaminar o montante arbitrado pelo Tribunal a quo nesta situação, mergulha nas particularidades soberanamente delineadas pela instância ordinária para aferir a justiça da indenização (se ínfima, equitativa ou exorbitante), afastando-se do rigor da técnica do recurso especial, consubstanciada, na hipótese em tela, pela Súmula 7/STJ*. 5 - A atuação deste Tribunal na revisão do quantum arbitrado como dano moral não consubstancia reavaliação da prova, segundo a qual o STJ, mantendo as premissas delineadas pelo acórdão recorrido, e sem reexaminar a justiça ou injustiça da decisão impugnada, qualifica juridicamente os fatos soberanamente comprovados na instância ordinária (AgRg no REsp 461.539/RN, Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 14/02/2005, p. 244; REsp 327.062/MG, Min. Menezes

Mas, *verdadeiramente*, qual é a razão dessas “*corriqueiras exceções*”? Ou, em outros termos: porque o STJ perscruta as provas nessas causas?

Basicamente, ousamos definir, porque ele reconhece, em efetivo, *a imperiosidade de sua função paradigmática no trato dessas matérias*. Isso porque - ainda que esse efeito atualmente só possa ser percebido, infelizmente, pelos estudiosos mais profundos do assunto (já que infelizmente a jurisprudência do STJ ainda é vacilante e pouco respeitada) -, deve-se destacar que, com o passar do tempo e, principalmente, com reiteradas manifestações no mesmo sentido, as instâncias inferiores e, mais que isso, os jurisdicionados em geral, conseguirão se programar, *prevendo* o que poderia ocorrer, por exemplo, em caso de determinado litígio. Nesse sentido, por exemplo, um réu envolvido em um acidente de trânsito do qual tenha lamentavelmente decorrido o óbito culposo de um pai de família poderá, diante de uma sentença condenatória, optar por não recorrer se verificar que o parâmetro ali estabelecido de condenação está em consonância com as balizas traçadas pela jurisprudência em casos semelhantes, ou, quiçá, até mesmo aceitar ou propor um acordo ainda nos momentos iniciais do processo. Tal situação - atualmente ainda utópica, infelizmente -, certamente contribuiria, a um só tempo, para a redução de demandas (notadamente em graus recursais) e, principalmente, à *efetividade da jurisdição*, que conseguiria tutelar os interesses particulares relevantes com maior rapidez e plenitude.

Direito, DJ de 05/08/2002, p. 330). 6 - No caso dos autos, deve ser adequado o valor arbitrado a título de danos morais pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, levando-se em consideração as condições pessoais e econômicas dos envolvidos, bem como o dano propriamente sofrido pela ora recorrida. 7- *O critério utilizado, o qual estipulou o montante indenizatório com base na multiplicação do valor dos títulos devolvidos é aleatório e por isso, inadequado. Precedentes.* 8 - *Recurso Especial conhecido parcialmente, e nessa parte provido para reduzir o valor da indenização por danos morais para R\$ 50.000, 00 (cinquenta mil reais)*". (REsp 785.777/MA, Rel. Min. Paulo Furtado [Des. Conv. TJBA], 3ª T., j. 15/12/2009, DJe 06/08/2010; destaques acrescentados)

⁷⁶ "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. OFENSA AO ART. 20, §4º, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM VALOR IRRISÓRIO. NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO. 1. O valor fixado pelas instâncias ordinárias a título de honorários advocatícios somente pode ser alterado se excessivo ou irrisório, sob pena de incidência da Súmula 7/STJ. 2. Nas causas em que não há condenação, os honorários advocatícios devem ser estabelecidos com base nos parâmetros do art. 20, §4º, do CPC, consoante apreciação equitativa do Juiz. 3. Nessas situações, embora o julgador não esteja adstrito aos percentuais mínimo e máximo previstos para as hipóteses em que há condenação, pode ele basear-se nos parâmetros descritos no § 3º do art. 20 do CPC. 4. *Consideradas as peculiaridades do processo, mostra-se devida a majoração dos honorários advocatícios fixados pelo Tribunal de origem.* 5. *Recurso especial provido*". (REsp 1.051.001/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 14/06/2011, DJe 22/06/2011; destaques acrescentados)

Proativamente, portanto, a definição pelo tribunal superior de critérios e parâmetros, em um determinado tipo de matéria, servirá, como visto, para a *promoção da legalidade*.

É aí que se insere, mais precisamente, o cerne dessa questão: afinal, qual é a razão de se permitir tal atividade jurisdicional na tutela dos artigos 20, CPC/73, e 884 e 944, do CC/02, e não se fazer o mesmo em relação aos dispositivos ligados à tutela da lealdade processual?

Veja-se.

Como se verá (item 4.2), reiteradas são as decisões no sentido de que a verificação, ou não, da pecha de litigante de má-fé envolveria o *reexame de matérias fáticas*, o que, como se sabe, estaria a impedir a prestação jurisdicional superior. Há precedentes de todas as turmas, seções e até mesmo da Corte Especial do STJ, todas praticamente uníssonas de que alterar ou reconhecer a litigância de má-fé esbarraria no óbice da súmula 7/STJ.

Mediante tal posição, cabe indagarmos: se o STJ, *guardião da lei federal* e, sobretudo, *responsável pela fixação de parâmetros seguros de interpretação acerca das normas infraconstitucionais*, nega-se a manifestar-se sobre a existência, ou não, de ofensa à lealdade processual, como os jurisdicionados e as instâncias inferiores poderão *prever, com confiança e segurança jurídica*, que tipos de atividades processuais (probatórias, executivas, recursais, cautelares etc) poderão ser alvo das sanções prescritas em lei?

4 - A necessária tutela uniformizadora e paradigmática sobre as hipóteses legais: a efetividade da jurisdição em jogo

4.1 – A “contradição” dos julgamentos do STF relativos à lealdade processual

Como se viu, várias são as *brechas* encontradas pela doutrina – e pelo próprio Poder Judiciário – para se aferir, em certas situações, material fático, desde que tal aferição tenha uma justificativa razoável ou, a nosso entender, *constitucional*.

A fundamentação constitucional da lealdade processual pode ser encontrada na *tutela jurisdicional efetiva*, na medida em que se trata de *matéria de ordem pública*, a justificar a atuação, até mesmo *ex officio*, dos Tribunais Superiores.

Nesse prisma, parece-nos desarrazoado o entendimento sufragado pelo STF no sentido de que eventual análise da existência, ou não, de litigância de má-fé não seria dotada de repercussão geral, porquanto se resolveria no plano infraconstitucional, de tutela do STJ⁷⁷.

Ora, se o *acesso à ordem jurídica justa*⁷⁸ pressupõe - para que se possa verdadeiramente falar em Estado Democrático de Direito -, a garantia da tutela jurisdicional efetiva, como se defender que a lealdade processual possa estar infensa à tutela do STF? Afinal, como Corte Constitucional que é (ou que *deveria ser*), compete ao STF conhecer as máculas constitucionais que apresentem repercussão geral, que tragam transcendência e relevância⁷⁹, exatamente o que ocorre no presente caso.

Noutro giro: se o processo é o instrumento para a concretização de direitos fundamentais e, ainda, a atividade jurisdicional efetiva é um direito constitucionalmente assegurado, como se defender, validamente, que eventual ofensa a tal efetividade, praticada pelo *improbis litigator*, estaria excluída da tutela do STF?

Tanto é verdade – a confirmar o desacerto da decisão tomada no RE 633.360 -, que o próprio STF, em diversas passagens, já reconheceu e condenou a prática de atos processuais enquadrados como litigância de má-fé⁸⁰.

⁷⁷ “RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Multa. Litigância de má-fé. Tema infraconstitucional. Precedentes. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário não conhecido. *Não apresenta repercussão geral recurso extraordinário que, tendo por objeto a aplicação de multa por litigância de má-fé, com fundamento no art. 18 do CPC, nos casos de interposição de recursos com manifesto propósito protelatório, versa sobre tema infraconstitucional*”. (STF, RE 633360 RG, Rel. Min. Presidente Cezar Peluso, j. 26/05/2011, DJe-167, divulg 30/08/11 public 31/08/11 ement vol-02577-01 pp-00138; destaques acrescentados)

⁷⁸ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna, in GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 128-135.

⁷⁹ “A fim de caracterizar a existência de repercussão geral e, dessarte, viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, nosso legislador alçou mão de uma fórmula que conjuga relevância e transcendência (*repercussão geral = relevância + transcendência*). A questão discutida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa. Tem de contribuir, em outras palavras, para persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional. Presente o binômio, caracterizada está a repercussão geral da controvérsia” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 2007, p. 33-34)

⁸⁰ Nesse sentido, veja-se: “EMENTA: SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO – ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – IMPOSIÇÃO DE MULTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS. - Os embargos de declaração destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridades, a afastar contradições e a suprir omissões que eventualmente se registrem no acórdão proferido pelo Tribunal. A inocorrência dos pressupostos de embargabilidade, a que se refere o art. 535 do CPC, autoriza a rejeição dos embargos de declaração, por

Há, então, um paradoxo: no RE 633.360, o Pleno do STF decidiu que as questões atinentes à (in)existência de litigância de má-fé dizem respeito apenas ao STJ, porquanto de índole infra-constitucionais; por outro lado, como se viu, o mesmo STF, em dezenas de julgados, reconhece, até mesmo de ofício, a existência de atos processuais dignos de litigância de má-fé. Assim, indaga-se: essa questão – exatamente a mesma questão – é ou não de competência do STF? Ou será que o STF, ao julgá-las - ainda que indiretamente, até mesmo por força de sua posição de ápice na organização judiciária -, não estaria, *também*, *fixando paradigmas*?

De duas, uma: ou o STF se retrata, na forma do art. 543-A, §5º, CPC/73, a reconhecer a existência de repercussão geral nas questões atinentes à lealdade processual – o que aqui defendemos -, ou deixa, definitivamente, de reconhecer, em casos concretos, a incidência das sanções processuais previstas nos artigos 17 e 18, CPC/73, podendo, no máximo,

incabíveis. *MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer – por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual – constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 538, parágrafo único, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes*”. (AI 305908 AgR-ED-ED, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 26/11/2013, ac. eletrônico DJe-249 divulg 16/12/2013 public 17/12/2013; destaques acrescentados)

Ainda:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. PRECEDENTES. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não é cabível, em agravo de instrumento, o reexame dos embargos de declaração opostos perante o Superior Tribunal de Justiça por pretensão negativa de prestação jurisdicional. Matéria infraconstitucional. Precedentes. 2. *Imposição de multa de 10% do valor corrigido da causa. Aplicação do art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil*”. (AI 467780 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª T., j. 22/05/2007, DJe-042 divulg. 21/06/2007 public 22/06/2007 DJ 22-06-2007 PP-00023 EMENT VOL-02281-05 PP-00956; destaques acrescentados)

“Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. 2. Alegações absolutamente impertinentes. *Violação dos postulados da boa-fé e da lealdade processuais*. Reconhecimento do trânsito em julgado. Baixa imediata do autos. 3. Embargos de Declaração rejeitados”. (AI 335046 AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 19/05/2011, DJe-112 Divulg 10/06/2011 Public 13/06/2011 EMENT VOL-02542-01 PP-00061; destaques acrescentados)

“EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CRIMINAL. *Caracterizada a falta do dever de lealdade processual e a litigância de má-fé por parte da defesa do embargante, que se utiliza de expedientes danosos ao funcionamento desta Corte com a interposição de sucessivos recursos manifestamente procrastinatórios*. Embargos de declaração não conhecidos. Baixa imediata dos autos”. (AI 682797 AgR-ED-ED-ED, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., j. 08/02/2011, DJe-063 DIVULG 01-04-2011 PUBLIC 04-04-2011 EMENT VOL-02495-01 PP-00234; destaques acrescentados)

determinar, quando for o caso, o envio dos autos às instâncias inferiores (ou mesmo ao STJ) para verificar a ocorrência, *in concreto*, ou não, de tais máculas à lealdade processual.

4.2. O cerne da questão: o reconhecimento do STJ como Corte de Precedentes e a tutela da lealdade processual

Ainda que se considere correta a posição adotada pelo STF – algo que somente se admite *ad argumentandum tantum* -, cumpre ressaltar que, *verdadeiramente*, até mesmo pelas funções a ele atribuídas pelo Constituinte de 1988, toca ao Superior Tribunal de Justiça disciplinar, de modo *seguro e confiável*, as sanções processuais relativas à litigância de má-fé.

Isso porque, *como se retira da análise dos julgados de todas as seis turmas do STJ*⁸¹⁻
82_83_84_85_86, *pacificada é a orientação no sentido de que tais matérias fugiriam de sua*
*alçada, por se tratarem de “reexame de fatos”*⁸⁷.

⁸¹ Nesse sentido, julgado da 1ª Turma do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO. DEPÓSITO PRÉVIO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. *Reconhecida pelas instâncias ordinárias, com base no quadro fático dos autos, a litigância de má-fé por parte da Fazenda recorrente, a alegação em sentido contrário, a motivar insurgência especial, requisita exame do acervo fático-probatório, vedado na instância excepcional.* 2. *"A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."* (Súmula do STJ, Enunciado nº 7). 3. Em se tratando de questão já decidida pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucionais os dispositivos de lei suscitados pela recorrente, mostra-se acertada a multa por litigância de má-fé a que alude o artigo 18 do Código de Processo Civil, aplicada pelo Tribunal Regional, em razão da insistência recursal da Fazenda, sendo desinfluyente, na espécie, em tema de lealdade processual, o alegado "ônus processual de recorrer das decisões desfavoráveis". 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1187681/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 1ª T., j. 05/08/2010, DJe 02/09/2010; destaques acrescentados)

⁸² 2ª Turma:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. INTEGRAÇÃO DO JULGADO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA COMINATÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. CONFIGURAÇÃO. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. REDUÇÃO. VALOR NÃO EXORBITANTE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. A jurisprudência desta Corte Superior encontra-se consolidada no sentido de que inexistente óbice para a imposição da multa (astreinte) à Fazenda Pública, pelo descumprimento de decisão judicial que a obriga a fazer, não fazer ou a entregar coisa. Precedentes. 2. *A revisão do juízo do Tribunal a quo a respeito da configuração ou da não configuração da litigância de má-fé, conforme entendimento uníssono do STJ, demanda a incursão no universo fático-probatório, circunstância que é vedada pela Súmula nº 7/STJ. Precedentes. (...)* (EDcl no AgRg no AREsp 20.461/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., j. 19/11/2013, DJe 25/11/2013; destaques acrescentados)

⁸³ 3ª Turma:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. REVISÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA STJ/7. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. 1.- A convicção a que chegou o Acórdão recorrido decorreu da análise do conjunto fático-probatório, sendo que o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte, obstando a admissibilidade do Especial à luz da Súmula 7 desta Corte. 2. *A respeito da litigância de má-fé, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, tendo o Tribunal a quo concluído que ocorreu ou não a litigância de má-fé, esse entendimento não pode ser superado, por depender do reexame do quadro fático-probatório. Incide nesse ponto a Súmula 7/STJ. (...)* (AgRg no AREsp 344.544/SE, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 20/08/2013, DJe 05/09/2013; destaques acrescentados)

⁸⁴ 4ª Turma:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NULIDADE PROCESSUAL POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. O Tribunal de origem, com base nos fatos e provas dos autos, afastou a alegação de nulidade processual e reconheceu a litigância de má-fé do recorrente. Alterar esse entendimento esbarra no óbice da Súmula n. 7 desta Corte. (...) (AgRg no AREsp 277.366/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª T., j. 19/11/2013, DJe 25/11/2013; destaques acrescentados)

⁸⁵ 5ª Turma:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. PARANAPREVIDÊNCIA. PESSOA JURÍDICA DE

Sucedee, entretanto, que ao assim proceder, as cortes superiores – notadamente o STJ, que deveria ser o “guardião da lei federal” – estão, a um só tempo, a *denegar a tutela da legalidade* (já que deixa de atuar reativamente, obstando a proteção do interesse daquele que contende com o *improbis litigator*), como, e principalmente, a *deixar de promover a legalidade*, na medida em que, sem as suas respostas, tanto as cortes inferiores como os jurisdicionados permanecem sem a concreta ciência de como determinada regra jurídica deve ser interpretada corretamente, lacuna essa que, como visto, incentiva a litigância e, sobretudo, fomenta a incerteza e o descrédito da sociedade para com o Poder Judiciário.

Nesse diapasão, todos os sujeitos e demais intervenientes do processo que, inegavelmente, devem observar o princípio da lealdade processual (art. 14, II, CPC/73), acabam se permitindo praticar, comissiva ou omissivamente, certos atos que, se soubessem da *real posição jurisprudencial em torno do assunto*, talvez não o fizessem.

Vejam-se os seguintes exemplos:

DIREITO PRIVADO. INAPLICABILIDADE DOS BENEFÍCIOS PROCESSUAIS INERENTES À FAZENDA PÚBLICA. ART. 730 DO CPC. VIOLAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...) 2. *A revisão da multa imposta em razão de litigância de má-fé, nos termos do art. 17 e 18 do CPC, encontra óbice na necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória, inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.* 3. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp 1071196/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, 5ª T., j. 15/10/2009, DJe 16/11/2009; destaques acrescentados)

⁸⁶ 6ª Turma:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO. NULIDADE. TURMA JULGADORA. COMPOSIÇÃO. ARTIGO 118 LOMAN. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. FIANÇA. OUTORGA UXÓRIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. IRREGULARIDADE ARGÜIDA POR QUEM LHE DEU CAUSA. ARTIGO 1.650 CC. BEM DE FAMÍLIA. PENHORA. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 126/STJ. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. NÃO CABIMENTO. SÚMULA Nº7/STJ. (...) 4. *Para afastar a conclusão do Tribunal de origem sobre a ocorrência de ato atentatório a dignidade da justiça há necessidade de análise das provas dos autos, o que não é possível nesta sede, a teor do enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.* 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no REsp 1024785/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª T., j. 14/10/2008, DJe 17/11/2008; destaques acrescentados)

⁸⁷ No mesmo sentido, os julgados a seguir, todos colacionados por Rui Stoco, a demonstrar que tal posição é pacífica já há bastante tempo: STJ, 4ª T., REsp 37684, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 23/05/94, p. 12612; 2ª T., REsp 35787, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJU 06/05/96, p. 14401; 2ª T., AgRg 76631, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU 15/04/96, p. 11514; 5ª T., REsp 252109, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 08/08/2000; 3ª T., AgRg em AI 319451, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 21/11/2000; 5ª T., AgRg em AI 249239, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 18/12/2000; STF, 1ª T., RE 100932, Rel. Min. Rafael Mayer, j. 05/03/85, RTJ 113/298 (STOCO, Rui. *Abuso do direito e má fé processual*. São Paulo: RT, 2002, p. 188-189).

(i) poderia ser considerada litigância de má-fé a interposição de recurso que reproduza, integralmente, as razões já apresentadas, no mesmo processo, quando da contestação⁸⁸? Ou tal ato, a par de tecnicamente reprovável, estaria escudado pelo legítimo direito de recorrer⁸⁹?

(ii) é abusiva a defesa lastreada em argumentação já superada, de modo pacífico, pela jurisprudência⁹⁰? Ou, por outro lado, não há que censurar aquele que, mesmo tendo ciência de que sua tese está desagasalhada pelos tribunais, ainda assim insiste em levá-la adiante⁹¹?

⁸⁸ Nesse sentido, entendeu a 19ª Câmara Cível do TJRS: “(...) De se notar, inicialmente, que a peça recursal é mera reedição das razões aduzidas à contestação (vide fls. 184 e ss.). Tem-se não mais do que a reprodução literal do que, na resposta, asseverou-se; há idêntica cópia. De rigor, então, não haveria de ser conhecido o recurso aviado. Na medida em que a parte apelante não arrosta pontualmente os termos da sentença, ignorando-os (lançando mão de argumentação já rechaçada), deixando de profligar a argumentação, modo específico, aduzida pela decisão que pretende recorrer é de se anotar, minimamente, a fragilidade do recurso. Este não tem simetria com o decidido e, como dito, numa processualística mais rígida, não seria conhecido. (...) Daí segue-se para a análise do comportamento processual da parte. Tem-se que a má-fé é escancarada. Bastaria para tal constatação o fato de que o apelo repete a contestação, sem atentar para o teor da sentença. (...) A conduta processual da ré-apelante é altamente censurável. A apelante viola todos os incisos do artigo 17, CPC, que trata da litigância de má-fé. (Trecho do voto do Des. Relator Mário José Gomes Pereira, integrante da 19ª Câmara Cível do TJRS, AC 70012747846, j. 13/12/05, DJ 03/01/06; destaques acrescentados)

⁸⁹ Nesse sentido, decidiu a 10ª Câmara Cível do TJMG: “APELAÇÃO CÍVEL - SEGURO OBRIGATÓRIO - REPRODUÇÃO DAS RAZÕES DE DEFESA NAS RAZÕES DE APELAÇÃO - POSSIBILIDADE – (...) - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INOCORRÊNCIA (...) A reprodução, nas razões recursais, de fundamentos da contestação não impede o conhecimento do recurso se tais fundamentos não foram acolhidos pela sentença. (...) Somente se verifica a litigância de má-fé se a conduta da parte resulta de dolo, devidamente comprovado por quem alega, e se subsuma a uma das hipóteses do art. 17 do CPC. Preliminar de falta de pressuposto recursal rejeitada, preliminar de falta de interesse de agir não conhecida e Recurso parcialmente provido. (10ª CCív. TJMG, AC 1.0512.09.063978-6, Rel. Des. Gutemberg da Mota e Silva, j. 03/03/10, DJ 23/04/10; destaques acrescentados)

⁹⁰ Essa foi a posição da 7ª Câmara de Direito Privado do TJSP: “Ementa – Embargos de Declaração – Ação de Cobrança – Decisão que determina a reposição dos expurgos inflacionários – *Condenação em multa pelo abuso do direito de defesa* – Omissão e Contradição – Inexistência – Matéria nova não aduzida nos autos – Confirmação de que a defesa apresentada é padronizada e caracteriza abuso do direito de defesa – Embargos rejeitados. Recurso de Embargos de Declaração interposto contra o V. Acórdão de fls. 158, sob fundamento de contrariedade e omissão. Aduz que os vícios se caracterizam diante da constatação de que o Embargado teria falseado a verdade dos fatos, e não ela Embargante, pois a aplicação de que mantinha seria denominada “Fundo Ouro” que não é conta de poupança. (...) *A imposição da multa, que o Embargante traduz em contradição, decorre da apresentação de tese de defesa já afastada há muito, pelos Tribunais, configurando abuso do direito de defesa.* O próprio Embargante, neste recurso, confirma que apresentou defesa ‘padrão’, sem analisar os documentos acostados aos autos, o que confirma o resultado do julgado e a imposição da multa contra a qual se insurge. Não há vícios no julgado e, assim, mesmo para fins de prequestionamento não é possível acolher o recurso. Isto posto, pelo meu voto, rejeito os embargos. Luiz Antonio Costa – Relator” (7ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Des. Luiz Antonio Costa, EDcl n.º 597.143-4/9-01 [9215991-98.2008.8.26.0000], Voto n.º 09/3278, j. 04/02/09, DJ 19/02/09; destaques acrescentados).

⁹¹ Nesse sentido, posição da 3ª Turma do TRF4:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS. CONCESSÃO. JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA. ABUSO DE DEFESA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. A antecipação dos efeitos da tutela pressupõe a verossimilhança quanto ao direito invocado e fundado receio de dano irreparável ou de

(iii) a litispendência, ocasionada pela repetição de demandas repetidas, em juízos diversos, a causar a prática de atos processuais desnecessários, tumultuando a rotina da parte contrária e, sobretudo, do Poder Judiciário, é suficiente para o reconhecimento da litigância de má-fé⁹²? Ou, em outro sentido, essa mesma prática pode apenas ser considerada mera “negligência ou incapacidade gerencial” do advogado, a qual “não merece sancionamento”⁹³?

Como se vê, *todos os casos acima relatados demonstram hipóteses concretas de divergência de entendimentos acerca da lealdade processual, as quais emanaram de situações fáticas, mas que ensejaram interpretações jurídicas conflitantes*. Nesse cenário, nem as partes envolvidas em cada um desses processos, e nem mesmo os seus respectivos procuradores conseguirão saber, com precisão, quais as atitudes processuais podem ou não configurar ofensa ao *devido processo legal*⁹⁴.

Há, nesse sentido, indesejável *sensação de desconfiância*, já que a falta de controle, pelos Tribunais Superiores, de situações como as minudenciadas acima, faz com que os jurisdicionados, seus procuradores e até mesmo os juízes inferiores passem a não conseguir

difícil reparação, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. *A jurisprudência é um indicativo de tendência interpretativa que não vincula nenhuma decisão judicial de forma compulsória. Logo, se a parte recorrente confeccionou uma defesa que não se alinha à jurisprudência pátria, não significa que suas alegações se caracterizem como abuso de direito de defesa.(...)*” (TRF4, 3ª T., Agravo de Instrumento n.º 2007.04.00.031788-9/PR, Rel. Des. Vânia Hack de Almeida, j. 11/12/07, DJ 24/01/08; destaques acrescentados)

⁹² É o que entendeu a 15ª Câmara Cível do TJMG:

“EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - LITISPENDÊNCIA - OCORRÊNCIA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - CONFIGURAÇÃO.

Por força do art. 14, incs. II a IV, do CPC, o dever de lealdade processual da parte compreende o de não obrigar a parte 'ex adversa' nem o Julgador à realização de atos processuais desnecessários, a fim de que seja possível o cumprimento do desiderato constitucional de garantir, 'no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação' (CPC, art. 5º, inc. LXXVIII). Sentença mantida”. (TJMG, 15ª Câmara Cível, 1.0313.09.293462-6/001, Rel. Des. Tibúrcio Marques, j. 08/09/2011, DJ 15/09/2011; destaques acrescentados)

⁹³ Nesse sentido, decidiu a 5ª Câmara Cível do TJMS:

“E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – REPETIÇÃO DE DEMANDAS – AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO – DESORGANIZAÇÃO DO ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. *A negligência ou incapacidade gerencial ou administrativa dos patronos da parte não merece sancionamento pela litigância de má-fé em virtude do ajuizamento de ações idênticas, por falta de prova do dolo específico (cobrar duas vezes a mesma dívida), que na hipótese não se presume*”. (TJMS, 5ª Câmara Cível, Ap n.º 2011.003258-2/0000-00, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, j. 31/3/2011, DJe 13/4/2011; destaques acrescentados)

⁹⁴ Definição cunhada pelo espanhol Joan Picó i Junoy, e que pode ser encontrada em PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. 2. ed. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2013.

prever, de antemão, quais as consequências que determinado ato processual pode acarretar, o que, infelizmente, fere indelevelmente a segurança jurídica⁹⁵ e, em fins últimos, a duração razoável do processo e a efetividade da prestação jurisdicional.

Afinal, como bem pontuou Luiz Guilherme Marinoni, “a previsibilidade obviamente depende da confiança”, pois “não há como prever sem confiar (...), de modo que também pode ser dito que a confiança é um requisito de previsibilidade”⁹⁶.

Nesse diapasão, impõe-se verificar que a disciplina das sanções processuais por litigância de má-fé, integrante das chamadas matérias de ordem pública, pode – e deve – ser conhecida e definida pelo STJ. Senão, vejamos:

i) *a partir da teoria tricotômica de Danilo Knijnik*⁹⁷:

Como se viu⁹⁸, Danilo Knijnik elenca três “elementos necessários” a permitir a revisão da matéria fática pelo STJ. *In casu*, temos, indubitavelmente, quanto à lealdade processual, (1º) uma “questão mista”, pois há, em seus dispositivos, “elevada carga de indeterminação”, já que a lei, na imensa maioria de seus casos, trabalha com conceitos fluidos como “uso manifestamente infundado” (art. 17, VI, CPC/73), “oposição maliciosa” (art. 600, II, CPC/73), “desenvolvimento regular do processo” (art. 267, IV, CPC/73).

Além disso – e esse parece ser, inclusive, o cerne de nosso problema -, há, quanto a tais pontos, (2º) “dúvida a respeito da observância das margens de decisão do juiz de

⁹⁵ “É diferente falar em segurança jurídica quando se trata de caso julgado e em segurança jurídica quando está em causa a uniformidade ou estabilidade da jurisprudência. Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência nos tribunais, *mas sempre se coloca a questão de saber se e como a protecção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos, estabilidade, na orientação dos tribunais*”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Amado Editor, 1992, p. 257-258; destaques acrescentados).

⁹⁶ “A previsibilidade obviamente depende da confiança. Não há como prever sem confiar. De modo que também pode ser dito que a confiança é um requisito de previsibilidade. Portanto, como o Estado tem o dever de garantir a previsibilidade, cabe-lhe tutelar ou proteger a confiança do cidadão em relação às consequências das suas ações e a reações dos terceiros diante dos seus atos, assim como no que diz respeito aos efeitos dos atos do poder público”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente...*, *ob. cit.*, p. 223)

⁹⁷ Também analisa o problema, sob essa e várias outras perspectivas, COSTA, Henrique Araújo. *Reexame de Prova em Recurso Especial: A Súmula 7 do STJ*. Brasília: Thesaurus, 2008. Também disponível em: <http://www.arco.org.br/livros/reexame-de-prova-em-recurso-especial-a-sumula-7-do-stj/>, acesso em 02. jan. 2014.

⁹⁸ Vide nota de rodapé n.º 45.

apelação”, ou seja, incerteza acerca dos limites negativos ou positivos de tais conceitos, já que, como se observou a partir dos exemplos trazidos à colação, a jurisprudência é bastante divergente (e por vezes até diametralmente oposta) nas definições das sanções processuais.

Por fim, há que se verificar que, permitindo-se o conhecimento de questões dessa natureza, certamente estará, o STJ, (3º) “realizando um desenvolvimento posterior do direito”, haja vista a já mencionada função paradigmática característica do recurso especial.

Ademais, e a ratificar a viabilidade da aplicação de sua tese, teríamos, quando desses julgamentos do STJ, a presença daquilo que Knijnik chamou de “elementos contribuintes”, ou seja, tanto o “efeito exemplificativo” como a “repetibilidade” (já que são milhares as decisões dos mais variados tribunais, em todo o país, acerca da litigância de má-fé), além da “relevância” e da “transcendência”, vez que ao definir, de modo *seguro*, as questões relativas às sanções processuais, os jurisdicionados e os juízes inferiores poderiam ter a exata noção do conteúdo *mínimo*, pelo menos, daquilo que o Tribunal Superior considera ser atentatório à dignidade da jurisdição e aquilo que não é.

Com tal aplicação, evitar-se-ia, a um só tempo, a insegurança decorrente da falta de previsibilidade, a incerteza decorrente da falta de racionalidade jurisprudencial⁹⁹⁻¹⁰⁰.

⁹⁹ Também a Danilo Knijnik não passou despercebida a falta de uniformidade jurisprudencial do STJ sobre o tema: “(...) No que se refere à fixação de honorários advocatícios e *litigância de má-fé*, igualmente, a Corte Superior fixou a regra de que seria ‘fática’ a revisão que se pretendesse fazer a respeito. Mas, *assim como nos itens anteriores, foram abertas inúmeras exceções para catalogar situações jurídicas específicas*. (...) Já no que se refere à litigância de má-fé, o Tribunal revelou extrema preocupação com o eventual cerceamento da atividade das partes e reexaminou a hipótese para fixar inúmeras regras práticas e específicas em que a sanção processual não poderia ser aplicada, a saber: Quando os embargos opostos não tiverem caráter protelatório ou quando não forem inteiramente desarrazoados, quando houver apenas o exercício do direito de recorrer, quando a afirmação incorreta for lançada apenas a título de argumentação, quando não resultar prejuízo a outra parte, quando houver mero equívoco e não dolo, ou quando não evidenciado o intuito malicioso. Entretanto, se a penalidade ‘foi configurada com fundamento nas circunstâncias de fato, detalhadas pelo acórdão recorrido, a desconstituição da condenação por ter agido o recorrente com má-fé processual impõe o reexame de fatos, o que está fora do âmbito do recurso especial’, situação, como se vê, da qual nenhuma regra poderia ser extraída. *A leitura de todos esses casos demonstra que, via de regra, o Superior Tribunal de Justiça fixa o princípio geral de não-reexame da questão. Pouco a pouco, entretanto, vão surgindo divergências internas a cada aresto, e vão-se abrindo situações excepcionais formuladas em caráter preceptivo de modo a formar um catálogo de casos (...)*” (KNIJINI, Danilo. *O recurso especial...*, *ob. cit.*, p. 259-260; destaques acrescentados).

¹⁰⁰A corroborar o alegado, veja-se julgado da 3ª Turma do STJ, no qual há menção à possibilidade de conhecimento do recurso especial quando o Tribunal vier a “examinar a legalidade da condenação em litigância de má-fé”:

“Agravado no recurso especial. Exclusão de pena de litigância de má-fé e de recurso procrastinatório. Inexistência de óbice da Súmula 7/STJ desde que sejam analisadas questões de direito, vedado o reexame do contexto fático-probatório.

ii) *a partir da teoria de Daniel Mitidiero*¹⁰¹

Como visto, Daniel Mitidiero entende que cabe às Cortes Superiores, para que suas funções constitucionais possam ser definitivamente cumpridas, que elas possam realizar, se necessário, até mesmo uma “*nova valoração probatória das alegações de fato da causa*”, porque “é essencial tomar o caso em toda sua inteireza para – a partir dele – interpretar o Direito levando em consideração todas as suas condicionantes lógico-argumentativas.

Assim sendo, e principalmente se tomarmos em consideração a premissa anteriormente estabelecida da efetividade da tutela jurisdicional, devemos considerar que somente se atingirá a unidade do Direito se, em questões como as aqui postas, os conceitos juridicamente indeterminados puderem vir a ser uniformizados, a fim de que toda a sociedade saiba, de modo seguro, qual a orientação precisa acerca de determinada regra processual, *sob pena, inclusive, de ofensa à competência constitucionalmente consagrada ao Superior Tribunal de Justiça*.

Afinal, se é o STJ o “guardião da lei federal” e, ainda, se a ele cabe definir o exato significado da norma infraconstitucional e, como dito, o direito nasce dos fatos, *parece violar a sua competência a (suposta) restrição de análise de matérias fáticas*¹⁰², na medida em que não, no art. 105, CF/88 nenhuma restrição nesse sentido.

- O STJ pode examinar a legalidade da condenação em litigância de má-fé, diante de aspectos objetivos, como o seu cabimento, vedado apenas, perquirir o ânimo das partes e incursionar no âmago das condutas processuais.

- São premissas jurídicas e não fáticas as de que o acirrado debate processual não representa deslealdade processual, e que a pretensão infringente buscada em embargos de declaração não é suficiente para condenação na pena de litigância de má-fé”. (AgRg no REsp 318.983/SP, Rel. Min Nancy Andrighi, 3ª T., j. 20/09/2001, DJ 29/10/2001, p. 204; destaques acrescentados)

¹⁰¹ “Como é da natureza do Direito, em uma perspectiva lógico-argumentativa, a admissão de uma pluralidade de significados oriundos de sua interpretação, é imprescindível que exista um meio institucional encarregado de *concentrar o significado final* em que esse deve ser tomado em determinado contexto e de *velar pela sua unidade*. E é precisamente essa a *função* que a Corte Suprema deve desempenhar: *dar unidade ao Direito mediante a sua adequada interpretação e aplicação do Direito* por sua parte de *toda a sociedade civil* e de *todos os membros do Poder Judiciário*. A sua função tem no horizonte o *futuro*: ela atua de maneira proativa com o fim de *guiar a interpretação do Direito*, dando a ele *unidade*”. (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores...*, *ob. cit.*, p. 66; destaques no original).

¹⁰² “(...) Isso quer dizer que *inexiste qualquer vedação constitucional* a que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça *examinem fatos* no âmbito do recurso extraordinário e do recurso especial. A *causa* é composta de um *tudo em que se misturam e implicam-se mutuamente alegações fático-jurídicas*. Em outras palavras, *a causa é uma unidade fático-jurídica*. A propósito: não só *inexiste qualquer vedação constitucional ao exame de fatos*, como é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal

Essa é, de certo modo, a posição de Ovídio Baptista da Silva, que chegou inclusive a afirmar, de forma ainda mais genérica e abrangente, a necessidade de modificação da atual perspectiva sob a qual os Tribunais Superiores enfrentam todas as questões fáticas, a fim de que as funções dos Tribunais Superiores sejam verdadeiramente cumpridas e, em fins últimos, até mesmo o número de recursos pudesse vir a cair¹⁰³.

de Justiça, como cortes situadas na área de influência do modelo de Corte Suprema, vinculada a uma teoria lógico-argumentativa da interpretação e à unidade do Direito mediante a formação de precedentes, *examinem fatos* em recurso extraordinário e em recurso especial – isso porque *sem o exame de fatos não há como trabalhar como precedentes*. É tecnicamente equivocado, portanto, afirmar que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não podem conhecer de fatos em recurso extraordinário e em recurso especial. Como Cortes Supremas, a vedação que esses tribunais encontram não está ligada à suposta dicotomia fato e direito, mas sim à *divisão de funções Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes*, isto é, entre *cortes instituídas para decisão justa no caso concreto e cortes instituídas para interpretação do Direito a partir do caso concreto*. Daí a razão pela qual não é necessário nem apropriado nesse contexto recorrer à dicotomia – e nem à *tricotomia*, introduzindo no discurso brasileiro a tradicional categoria das *mixed questions* do direito estadunidense – para fundamentar a abertura da cognição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça aos fatos da causa. O que determina a amplitude da cognição dessas Cortes é o *critério teleológico*, ancorado na *função* desempenhada por essas no nosso Estado Constitucional. (...) A segunda observação diz respeito ao âmbito de *competência* do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em sede de *recurso extraordinário* e de *recurso especial*. Assim como cabe ao Supremo Tribunal Federal a *guarda da Constituição*, cabe ao Superior Tribunal de Justiça a *guarda da legislação infraconstitucional federal*. Como Cortes Supremas, responsáveis por outorgar adequada interpretação da legislação com o fim de dar unidade ao Direito mediante a *formação de precedentes sobre as matérias que devem interpretar*, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça tem (sic) um *âmbito de atuação bem marcado* pela Constituição. A última palavra a respeito do sentido da Constituição deve ser dada pelo Supremo Tribunal Federal, ao passo que a última palavra a respeito do sentido da legislação infraconstitucional deve ser dada pelo Superior Tribunal de Justiça”. (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores...*, *ob. cit.*, p. 90-91)

¹⁰³ “(...) *Em última análise, a missão dos supremos tribunais é, sim, examinar ‘fatos’ ou, se quisermos, vigiar que eles sejam utilizados pelas instâncias ordinárias de modo a assegurar a correta aplicação da lei, para que essas Cortes exerçam o ‘controllo della logicità del fatto’, exigência fundamental tanto da racionalidade do julgamento, quanto da observância do ‘princípio do contraditório’*. O anteriormente mencionado estudo de Provincially fora redigido, segundo ele diz, para ‘demostrar que el dogma de la inadmisibilidad del control del llamado juicio de hecho en casación, en su totalidad, se funda en un equívoco’ (Defecto en la motivación y juicio de hecho en casación, *ob. cit.*, p. 76). (...) Aceita essa conclusão, não há como fugir desta outra: *o futuro de nossos tribunais supremos depende da urgente reforma constitucional, no que pertine aos pressupostos de cabimento dos recursos extraordinários. É necessário modernizá-los de modo que eles ultrapassem a modernidade, superando a equivocada distinção entre ‘questão de fato’ e ‘questão de direito’, que é o atual pressuposto de nosso sistema constitucional, para reconhecer que a verdadeira missão dessas cortes excepcionais é o controle da motivação fática das sentenças, bem como o controle dos erros de fato, na apreciação da prova, seja, neste caso, pela ilogicidade dos fundamentos aceitos pela sentença; seja pela ‘incompletude’ da análise da prova, determinante de erro na aplicação do direito.* (...)”

22. Mas não basta formular hipóteses e sugerir alternativas. O problema está em determinar os limites entre realidade e utopia, no que se refere a uma autêntica transformação paradigmática, que possa alcançar o sistema recursal. Não se ignoram as adversidades a que se acha submetido o Poder Judiciário, ante o aumento extraordinário de litigiosidade, conjugado com as notórias carências materiais e humanas que a instituição, especialmente a partir do momento em que o Brasil tornou-se uma ‘sociedade de mercado’, vem enfrentando. Mesmo assim, a exigência de fundamentação adequada das sentenças, além de atender a uma imposição constitucional, ainda contribuiria para a redução do número de recursos, especialmente dos recursos extraordinários”. (SILVA, Ovídio Baptista da. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*.

É bem verdade, contudo, que não estamos, aqui – assim como também não o faz Daniel Mitidiero¹⁰⁴ – a defender que todas as causas devessem chegar ao STJ. Como “corte de precedentes” que é, somente aquelas causas fáticas que apresentassem uma dimensão que ultrapassasse ou transcendesse o caso concreto, cujo julgamento fosse capaz de conduzir à unidade do Direito, é que deveriam ser admitidas, pois nelas se poderia a Corte poder atuar reativamente (sanando-se a violação à lei perpetrada e pacificando eventual divergência jurisprudencial existente) e, principalmente, proativamente (a permitir a evolução do sistema).

Especificamente no nosso objeto em foco – a definição do *conteúdo mínimo das sanções processuais* -, imperiosa se afigura a admissão desses recursos, *ainda que se exija revisão de material fático*, a fim de que os julgamentos do STJ sirvam de farol interpretativo tanto vertical (para os juízos inferiores) como horizontalmente (para o próprio STJ), a ensejar *segurança jurídica, isonomia e previsibilidade*¹⁰⁵.

iii) *a partir da teoria de Teresa Arruda Alvim Wambier*¹⁰⁶:

Uma terceira possibilidade de conhecimento de matérias fáticas, desenvolvida por Teresa Arruda Alvim Wambier, passa pela verificação, nos casos sob exame, da existência, ou não, de “conceitos juridicamente indeterminados”, “cláusulas abertas ou gerais” ou “conceitos vagos”. Nesse sentido, se o recurso excepcional disser respeito a normas que se

Disponível em: <https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll/Dout/ed1>, acesso em 27 dez. 2013; destaques acrescentados.)

¹⁰⁴ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores...*, *ob. cit.*, p. 97.

¹⁰⁵ Uma tentativa, a nosso sentir, de atuação paradigmática

¹⁰⁶ Admitindo que o “efeito paradigmático” de uma decisão superior possa ter no controle das questões fáticas, assevera Teresa Arruda Alvim Wambier, a partir de um caso concreto decidido no STJ: “(...) Interessantíssima a decisão em que se examinou questão relativa à valoração de prova feita pelo juiz, *corrigindo-a, independentemente de critérios legais* estabelecidos em tese, o que levou à *requalificação do fato*: não se prova atividade de trabalhador rural por prova exclusivamente testemunhal. Esta só é admissível com apoio em indício razoável de prova material. *Só o efeito paradigmático dessas decisões pode ter justificado o reexame dessa matéria pelo STJ, já que se trata de questão predominantemente fática, a partir do critério técnico processual*: ‘Está consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça entendimento de que a prova exclusivamente testemunhal, não corroborada por razoável prova material, é insuficiente para a comprovação da atividade laborativa do trabalhador rural’ (...)” (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 950.795-SP, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 20.09.2007, DJ 29.10.2007, p. 337). (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial... ob. cit.*, p. 376, nota de rodapé n.º 2582; destaques acrescentados)

valham dessas “normas em branco”, deve o Tribunal Superior o admitir, a fim de que, julgando-o em seu mérito, possa traçar as diretrizes e contornos que aquele conceito até então indefinido prevê.

Trata-se, a nosso sentir, de uma tese que se aproxima da de Daniel Mitidero acima exposta (na medida em que busca a valorização do instrumento recursal apto a formar precedentes), mas que se preocupa em limitar a admissão dos recursos que dizem respeito apenas às matérias que tragam *conceitos vagos com potencial de transcendência*.

De todo modo, importa considerar que, no que nos interessa, a tese de Teresa Arruda Alvim Wambier também pode aqui ser aplicada, vez que as sanções processuais estão, como visto, carregadas de “conceitos abertos” ávidos por uma definição, a fim de que o direito objetivo seja resguardado¹⁰⁷.

¹⁰⁷ ““A verificação no sentido de que teria sido bem ou mal aplicado um conceito vago (o que em si mesmo é uma *quaestio juris*), muito provavelmente não se poderá fazer sem se reexaminarem as provas (o que a torna, tecnicamente, uma questão de fato). Se, por exemplo, o Tribunal *a quo* considerou alguém um *bom pai de família*, “enxergou” no caso (nas provas produzidas) só os aspectos que fazem deste homem um bom pai de família, e, por conseguinte, os descreveu na decisão impugnada. Os outros, os que o tornariam um mau pai de família, talvez possam ser encontrados no material produzido na instrução do processo, e, para que a decisão seja corrigida, sendo refeito o processo de subsunção, haveriam de ser necessariamente revistas as provas... Em conclusão, é interessante observar-se que há de se ter em conta um aspecto, umbilicalmente ligado à função dos recursos ditos extraordinários, como apto a abrir uma brecha nessas dificuldades todas, dissipando-as. Trata-se de recursos, como se diz, cujo objetivo é resguardar o sistema jurídico e não a situação individual das partes, a não ser mediatamente ou de modo indireto. Se sua finalidade é a de resguardar o *direito objetivo*, é natural que sejam cabíveis tais recursos, de um modo geral, na medida em que seu resultado seja *transcendente* à situação das partes, desempenhando função *paradigmática* ou *exemplificadora*. Essa observação é de extrema importância e diz respeito de perto à possibilidade de haver controle de conceitos vagos por meio de recurso especial ou extraordinário. A *transcendência* que deve necessariamente derivar das decisões de recursos especiais e extraordinários,⁴⁹ fazendo com que se fixe em *tese* o verdadeiro sentido que se deve dar a um conceito vago, desempenhando papel *exemplificador*, serve como *critério imperativo* a que, por meio de recurso especial ou extraordinário, se reexaminem conceitos indeterminados, reavaliando-se a correção ou a incorreção do processo subsuntivo. Com isso, quer-se dizer que, apesar de às vezes se estar diante de questões que, tecnicamente, poderiam considerar-se questões de fato, o Tribunal Superior pode reformar (ou não) a decisão, examinando o recurso no mérito, se se trata de hipótese em que deve, deste Tribunal, emanar *orientação* para os demais. Exemplo disso foram as decisões (anteriores à primeira lei que disciplinava a matéria) acerca da *união estável*. Todavia, corrigir decisão em que se tenha aplicado norma que, por exemplo, contenha a expressão “bom pai de família”, não tem função paradigmática, como regra geral. Tantos aspectos há, respeitantes às situações fáticas complexas, peculiaridades inúmeras, inclusive relativas ao estado emocional e psíquico das partes, que a decisão só tem valor casuístico. É quase impossível que do julgamento de um caso dessa natureza (embora se trate *ontologicamente* de uma *quaestio juris* e, tecnicamente, muito provavelmente, de uma questão de fato) derivem diretrizes importantes para o país no que diz respeito à correta interpretação da norma aplicada. Assim, o critério da transcendência jurídica, quando se trata do processo subsuntivo de norma que tenha incorporado um *conceito vago*, deve ser levado em conta para que se considerem (ou não) cabíveis os recursos extraordinários. *Cumprim, assim, os recursos extraordinários, suas duas funções: zelar pelo cumprimento da ordem jurídica e pela uniformidade da jurisprudência. De acordo com esse critério, não se devem reexaminar decisões de valor casuístico, mas exclusivamente decisões de valor*

Perceba-se que não se está, aqui, a defender a admissão incontrolável e irrestrita de todos os recursos e instrumentos excepcionais que eventualmente versarem sobre o abuso de direito processual.

O Tribunal Superior (*in casu*, diante das premissas de competências acima relatadas, o STJ) deverá, paulatinamente, selecionar eventuais recursos com potencial transcendência, a fim de que, ainda que lentamente, forme-se verdadeira *jurisprudência* sobre determinada matéria, ainda que para isso, se necessário, tenha que se imiscuir no mundo fático. A função *paradigmática*, nesse prisma, uma das características das Cortes que atuam proativamente, justificaria e autorizaria tal atitude, a fazer com que os conceitos vagos fossem sendo colmatados.

É verdade, todavia, que esse tipo de atuação jurisdicional envolveria um diálogo franco e aberto do julgador para com os demais sujeitos do processo, a fim de que todos os eventuais interessados na *formação* daquele precedente pudessem, com mais ou menos intensidade, manifestarem-se, em uma verdadeira *comunidade de trabalho*.

Nesse sentido, imperiosa se afiguraria a *motivação analítica das decisões judiciais*, não só como exigência do comando constitucional (art. 93, IX, CF/88) como, e principalmente, por força do *contraditório participativo*. Assim sendo, e à guisa de exemplo, se o STJ resolvesse admitir um determinado recurso especial que, embora versando sobre material fático, tivesse peculiar importância para a futura fixação de parâmetros seguros acerca das sanções processuais, deveria se expressar, de modo incontestável e indene de dúvidas, que estaria a tomar tal posição exatamente por conta desse motivo. Essa posição, assim, serviria não só como justificativa às partes ali envolvidas como, e principalmente, permitiria que os estudiosos do tema, futuramente, conhecessem os contornos ali estabelecidos.

Teríamos, nesse sentido, um verdadeiro *julgamento de qualidade* – e não (apenas) de quantidade, a servir como um *real precedente digno de ser seguido, estudado e, mais que isso, de respeito*.

relevante para o sistema, pois que relacionam-se com o perfil (delineamento) do próprio conceito". (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato..., *ob. cit.*, destaques acrescentados)

Afinal, como assevera Eduardo Oteiza¹⁰⁸, se cabe às Cortes a “leitura final da legislação”, fixando o “alcance das normas jurídicas”, numa função “similar à de legislar”, a fim de que os casos precedentes possam servir de amparo para a resolução dos casos futuros, deve-se proceder a uma criteriosa escolha daquilo que vai ser julgado, pois uma carga desmedida de trabalho das Cortes Superiores pode servir como um “tiro no pé”, porquanto a “quantidade excessiva de temas a impede de fixar linhas de interpretação duráveis, que guiem o resto dos juízes sobre os problemas de consistência do ordenamento jurídico”¹⁰⁹.

Especificamente no caso do recurso especial, poderia o STJ se valer da sistemática dos “repetitivos”, descrita no art. 543-C, CPC/73, para que, como dito, paulatinamente as causas atinentes à litigância de má-fé e às violações à lealdade processual pudessem restar definidas.

Ao assim atuar, o STJ demonstraria sua preocupação *com o futuro* de orientar a atuação das próprias Cortes Superiores e, principalmente, dos demais órgãos do Judiciário e de todos os jurisdicionados, fazendo, conseqüentemente, que a sua *dimensão pública* possa ser atingida.

iv) *a partir dos precedentes que permitem o afastamento da súm. 7/STJ:*

Como se viu, seja qual for o foco de análise da contenda, verifica-se que imprescindível se afigura a revisão da jurisprudência do STJ, pois, sendo o processo “não um jogo de espertezas, mas instrumento da jurisdição para efetivação dos direitos de cidadania”¹¹⁰ e, sobretudo, o STJ constitucionalmente responsável pela fixação de parâmetros interpretativos acerca do direito legal, *completamente descabida se afigura sua atual posição acerca do tema.*

Veja-se, a reforçar o alegado, o seguinte acórdão prolatado pela 3ª Turma do STJ, no qual se demonstra claramente a discrepância de opiniões acerca do tema:

¹⁰⁸ OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas..., *ob. cit.*, p. 226-228.

¹⁰⁹ OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas..., *ob. cit.*, p. 226.

¹¹⁰ Palavras do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, nos autos do EREsp 36718/RS, Rel. Min. Claudio Santos, Rel. p/ Acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 2ª S., j. 09/11/1994, DJ 13/02/1995, p. 2195

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL E COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. USO INDEVIDO DE IMAGEM. FINS COMERCIAIS. ATRIZ DE TEATRO E TELEVISÃO. VEICULAÇÃO EM ÂMBITO NACIONAL. PREJUÍZO. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO. DANO MORAL IN RE IPSA.

1. O Tribunal de origem não discutiu a questão relativa ao montante fixado para reparação dos danos materiais, o que impede o exame da matéria por esta Corte.

2. A análise dos pressupostos necessários ao reconhecimento da litigância de má-fé, bem como acerca da comprovação do prejuízo material experimentado pela autora, demandam o reexame de fatos e provas, o que é inadmissível em recurso especial (incidência da Súmula 7/STJ). Precedentes. (...)

5. Restabelecimento do valor da condenação fixado pelo Juiz de primeiro grau. *Para o arbitramento do montante devido, o julgador deve fazer uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades da hipótese em discussão, bem como ao porte econômico do causador e ao nível socioeconômico da vítima.*

6. Recurso especial do réu não provido. Recurso especial da autora parcialmente provido.

(REsp 1102756/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T. j. 20/11/2012, DJe 03/12/2012; destaques acrescentados)

Nele, como se vê, o STJ reiterou sua posição de não conhecer do recurso que buscava rediscutir a condenação por litigância de má-fé – por força da súm. 7/STJ – e, no mesmo julgado, não só admitiu como deu provimento ao recurso da parte contrária que requeria revisão dos fatos para posterior reconhecimento de indenização por danos morais...

Como já ressaltado, não parece razoável – e porque não dizer correta – a permissão de “afastamento” ou “mitigação” da súm. 7/STJ para as questões atinentes à escoreita fixação de danos morais ou de honorários sucumbenciais, e não se fazer o mesmo para a definição das sanções processuais.

Afinal, qual seria a diferença entre, por exemplo, o art. 18, CPC/73, e o art. 20, CPC/73? Será que haveria alguma espécie de hierarquia entre essas normas? Ou, se pelo fato de aquele montante ser direcionado às partes¹¹¹ e esse aos advogados¹¹², isso teria alguma relevância a ponto de se permitir tal discrimen?

No mesmo sentido: porque se permitir a admissão de recursos especiais com vistas a “impedir o estabelecimento de uma indústria do dano moral” e não se fazer o mesmo, por exemplo, para tutelar o processo, que é “instrumento da jurisdição”?

Tal discrepância configura lamentável desinteresse do próprio Poder Judiciário¹¹³ para com o processo, seu principal meio de efetivação de direitos, situação tão esdrúxula como se o motorista passasse a não se preocupar com o combustível de seu carro ou, ainda, o médico com a higiene de seus utensílios cirúrgicos.

Luigi Paolo Comoglio¹¹⁴, ao se referir às “garantias mínimas de um processo justo nos ordenamentos hispano-latinoamericanos”, considerou ser indispensável, a um processo

¹¹¹ “As sanções impostas à parte, como as do art. 18 (litigante de má-fé), serão incluídas na conta de custas do processo, mas reverterão em benefício da parte contrária (art. 35)”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 53.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 112).

¹¹² Art. 23, lei 8.906/94.

¹¹³ Esse sentimento parece ter sido percebido também por Humberto Theodoro Júnior: “Infelizmente, a prática forense tem ensinado que nem as medidas preventivas nem as repressivas da má-fé processual são aplicadas com a frequência que seria de desejar-se. Há uma tolerância muito grande por parte dos juízes e tribunais, que, se não anula o propósito ético que inspirou as sérias medidas traçadas pelo legislador, pelo menos minimiza muito o seu desejado efeito moralizador sobre a conduta processual” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro*, in MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-131, especialmente p. 117).

¹¹⁴ “(...) In secondo luogo, la valorizzazione del ruolo attivo del giudice - pur nell'ambito di un processo fondamentalmente basato sul principio dispositivo³²- comporta questi ulteriori corollari : a) la "moralizzazione" del processo,³³nelle sue diverse componenti etiche e deontologiche, costituisce, oggi più che mai, il fulcro essenziale del fair trial o, se si preferisce, del "processo equo e giusto"; b) il controllo, sotto il

baseado no princípio dispositivo, a valorização do papel ativo do juiz, da quais seriam corolários, dentre outros, a moralização do processo e o controle da atuação ética e deontológica dos comportamentos dos sujeitos processuais, sendo esta, inclusive, para ele, matéria de “ordem pública processual”, a ser exercida, portanto, *ex officio*.

Assim, parece não se afigurar *leal* – e conseqüentemente *injusto* - imaginar que questões dessa importância sejam deixadas de lado pelos Tribunais Superiores, ainda que a pretexto do excesso de demandas que, eventualmente, tal medida poderia causar. Há que, como ressaltou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, superar-se as barreiras do formalismo-excessivo, porquanto a lealdade é “apanágio de todos os sujeitos do processo”, sob pena de ofensa ao Estado Democrático de Direito¹¹⁵.

5 - Conclusões

O exame das sanções processuais reclama urgente *definição segura de parâmetros* pelos Tribunais Superiores (notadamente o STJ), sob pena de a falta de previsibilidade

profilo etico e deontologico, dei comportamenti tenuti dai soggetti processuali nell'esercizio dei loro poteri, rientra nell'area di inderogabilità del c.d. "ordine pubblico processuale", legittimando in tal modo la sussistenza di attribuzioni e di interventi ex officio del giudice; (...)” (COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani, in *Revista de Processo*, v. 112. São Paulo: RT, 2003, p. 159 ss.; destaques acrescentados).

¹¹⁵ “Além do mais, o formalismo-valorativo, informado nesse passo pela lealdade e boa-fé, que deve ser apanágio de todos os sujeitos do processo, não só das partes, impõe, como visto anteriormente, a cooperação do órgão judicial com as partes e destas com aquele. Esse aspecto é por demais relevante no Estado democrático de direito, que é tributário do bom uso pelo juiz de seus poderes, cada vez mais incrementados pelo fenômeno da incerteza e complexidade da sociedade atual e da inflação legislativa, com aumento das regras de equidade e aplicação dos princípios. Exatamente a lealdade no emprego dessa liberdade nova atribuída ao órgão judicial é que pode justificar a confiança atribuída ao juiz na aplicação do direito justo. Ora, tanto a boa-fé quanto a lealdade do órgão judicial seriam flagrantemente desrespeitadas sem um esforço efetivo para salvar o instrumento dos vícios ou excessos formais. (...) A boa-fé e a lealdade impedem, ainda, a criação de situações que impliquem verdadeira armadilha procedimental, por meio de raciocínios elaborados para dar à norma sentido completamente diverso, fazendo o processo sucumbir a exigências meramente formais, distantes da verdadeira finalidade da lei. A matéria está também vinculada à transparência e clareza na aplicação do direito, aspectos ligados à segurança jurídica” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 278-279).

decorrente da ausência de confiança nos seus precedentes faça cair por terra o espírito protetivo da lealdade que detém a legislação brasileira¹¹⁶.

Nesse sentido, imprescindível e inadiável se coloca a revisão da posição jurisprudencial atual de que as sanções processuais decorrentes da litigância de má-fé demandariam revisão de matéria fática, a vedar, conseqüentemente, a tutela jurisdicional superior. Ademais, e dada a intrínseca correlação existente entre a lealdade processual e a efetividade da prestação jurisdicional, mister se afigura a revisão da tese, na forma do art. 543-A, §5º, CPC/73, acerca da posição do STF descrita no RE 633.360.

Para tanto, várias seriam as *alternativas* utilizadas, podendo os exegetas se valer das diversas posições doutrinárias aqui esposadas. Nesse mister, maquiavelicamente falando, importa o *resultado*, sendo de somenos importância a fundamentação (desde que robusta e constitucional, obviamente) adotada.

Nesse prisma, por qualquer das posições antes minudenciadas – a de Danilo Knijnik, que admite uma “terceira categoria” entre as questões de fato e as questões de direito, as chamadas “questões mistas”, nas quais certamente se encaixam as relativas à lealdade processual; a de Daniel Mitidiero¹¹⁷, que preceitua que “não é necessário supor que ‘questões de fato’ e ‘questões de direito’ sejam questões distintas, nem supor que questões de fato não possam ser conhecidas no âmbito da Corte Suprema”; e a de Teresa Arruda Alvim Wambier¹¹⁸, que “a correta aplicação da lei não pode ser avaliada se se desconhecem os fatos sobre os quais foi aplicada”, - verifica-se que se afigura claramente equivocada a afirmação, tantas vezes repetida pela própria jurisprudência, de que “*eventual erro de apreciação e valoração dos fatos pela Corte de Apelação não enseja o extraordinário*”¹¹⁹, porquanto, como se demonstrou, a vedação não é assim tão rígida e não pode ser tratada de modo tão simplista.

Impõe-se, portanto, *uma mudança de paradigma*.

¹¹⁶ BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>, acesso em 10 fev. 2014.

¹¹⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores...*, ob. cit., p. 66.

¹¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Distinção entre questão de fato...*, ob. cit.

¹¹⁹ ARE 694782, Rel. Min. Rosa Weber, j. 08/10/2012, DJe-201 divulg. 11/10/2012 public. 15/10/2012.

Ao assim proceder, os Tribunais Superiores estarão a permitir a fixação de *contornos seguros* acerca das sanções processuais, o que, a um só tempo, (i) irá reduzir o número de recursos, porquanto os jurisdicionados, tendo plena ciência das posições jurisprudenciais adotadas, tenderão a se conformar com as decisões inferiores nelas lastreadas; (ii) criará, no consciente jurisdicional coletivo, a noção daquilo que é permitido e, notadamente, do que é vedado em termos de atitudes processuais, atuando a jurisprudência de modo preventivo, a evitar a prática de ilícitos processuais; (iii) trará maior confiança, dos jurisdicionados, no próprio Poder Judiciário, na medida em que, havendo *unidade do direito*, o respeito à isonomia lhe trará mais legitimidade democrática, porquanto todos se sentirão respeitados (e punidos, se for o caso) igualmente; (iv) com a redução dos recursos e das demandas protelatórias, favorecer-se-á, em médio a longo prazo, a diminuição do tempo de tramitação dos processos, a prestigiar a sua razoabilidade de duração (art. 5º, LXXVIII, CF/88) e, principalmente, (iv) privilegiar-se-á a *efetividade da prestação jurisdicional*, direito fundamentalmente consagrado pelo art. 5º, XXXV, CF/88¹²⁰.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007.

ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo. O abuso do direito de acção e o abuso no processo*. Coimbra: Almedina, 2006.

ANDREWS, Neil. Abuse of Process in English Litigation, in TARUFFO, Michele (ed). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 65-100.

¹²⁰ Também a reconhecer a efetividade da jurisdição como um direito fundamental está Luiz Rodrigues Wambier: “(...) Pode-se afirmar, então, que o *direito de acesso à Justiça (isto é, o direito à efetividade da jurisdição)* é um direito fundamental instrumental, pois sua inefetividade pode comprometer a efetividade de todos os outros direitos fundamentais (evidentemente, sem que sejam efetivos os mecanismos de defesa dos direitos fundamentais materiais, sua efetividade pode ficar comprometida)”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *O contempt of court* na recente experiência brasileira - anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais, in *Revista de Processo*, v. 119. São Paulo: RT, 2005, p. 35 ss.; destaques acrescentados)

- ALVIM, Arruda. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1997, p. 33 ss.
- ALVIM NETTO, José Manoel de. Reexame do valor da prova, in *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 4. São Paulo: RT, 2011, p. 1267 ss.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007.
- BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: RT, 2010.
- BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté em droit processuel*. Paris: Dalloz, 2003.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. v. 2: *comentários sistemáticos às leis 11.276, de 7-2-2006, 11.277, de 7-2-2006 e 11.280, de 16.2.2006*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973. Disponível em:
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>, acesso em 10 fev. 2014.
- CADIET, Loïc. Construire ensemble des débats utiles..., in *Mélanges Jean Buffet – La Procedure en tous ses états*. Paris: Petites Affiches, 2004, p. 99-115 (versão gentilmente cedida pelo próprio autor).
- _____. Les nouvelles tendances de la procédure civile en France, in BRITO, Rita (coord). *Novos Rumos da Justiça Cível*. Lisboa: CEJUR, 2009, p. 29-51.
- CALAMANDREI, Piero. *Casación civil*. Buenos Aires: EJE, 1959.
- _____. *Estudios sobre el processo civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
- _____. *Fe en el Derecho*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- _____. Il processo come giuoco, in *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1950, parte I, p. 23-51.
- CALOGERO, Guido. Probità, lealtà, veridicità nel processo civile, in *Rivista di Diritto Processuale*, v. I. Padova: Cedam, 1939, p. 129-153.

CAMBI, Eduardo; NALIN, Eduardo. O controle da boa fé contratual por meio dos recursos de estrito direito”, in. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JÚNIOR, Nelson. (coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. v.7. São Paulo: RT, 2003, p. 53-109.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Amado Editor, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2.ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

_____. *Estudio del derecho y tirocinio profesional en Italia y en Alemania*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJEA, 1959.

_____. *Proceso, ideologias, sociedad*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974.

CARNELUTTI, Francesco. Giuoco e processo, in *Rivista di Diritto Processuale*, v. VI. Padova: Cedam, 1950, parte I e II, p. 101-111.

CHIOVENDA, Giuseppe Chiovenda. *Instituições de direito processual civil*, v. III. São Paulo: Saraiva, 1969.

CIANCI, Mirna. *O valor da reparação do dano moral - parâmetros e critérios*. In: www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI191859,41046-

[O+valor+da+reparacao+moral+parametros+e+critérios](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI191859,41046-), acesso em 16 dez. 2013.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Diagnóstico da instabilidade jurisprudencial em matéria tributária no Brasil, in *Revista Esmafe – Escola da Magistratura do TRF da 5ª Região*, v. 13. Disponível em: <http://www.trf5.gov.br/downloads/revista%20esmafe%2013.pdf>, acesso em 10 dez. 2013.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani, in *Revista de Processo*, v. 112. São Paulo: RT, 2003, p. 159 ss.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile, v. 1: Il processo ordinario di cognizione*. 5.ed. Bologna: Il Mulino, 2011.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.

- _____. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*, v. III. Rio de Janeiro: Konfino, 1948.
- COSTA, Henrique Araújo. *Reexame de Prova em Recurso Especial: A Súmula 7 do STJ*. Brasília: Thesaurus, 2008. Também disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/reexame-de-prova-em-recurso-especial-a-sumula-7-do-stj/>, acesso em 02. jan. 2014.
- DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. São Paulo: RT, 2008.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2011.
- KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FARIA, Márcio Carvalho. O julgamento antecipadíssimo da lide, o art. 515, §3º e o contraditório”, in *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, n.º 17. Salvador: Universidade Federal da Bahia Editora, 2008, p. 239-274.
- _____. *Os requisitos sensíveis de admissibilidade dos recursos excepcionais e o papel dos Tribunais Superiores*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: UERJ, 2009.
- GHIRGA, Maria Francesca. *Abuso del processo i sanzioni*. Milano: Giuffrè Editore, 2012.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GUASP, Jaime. *Juez y hechos en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1943.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2003.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 3.ed. São Paulo: RT, 2007.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10.ed. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica, *in* MARINONI, Luiz Guilherme [org.]. *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 211-226.

MARINONI, Luiz Guilherme. Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário, *in* FABRÍCIO, Adroaldo Furtado [coord.]. *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 441-464.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1.ed. 2. tiragem. São Paulo: RT, 2000.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle da Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, *in* *Temas de Direito Processual. 2ª série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NEVES, Castanheira António. *Questão de facto – Questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina: história, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas, *in* *Revista de Processo*, v. 187. São Paulo: RT, 2010, p. 181-230.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *Recurso especial – visão geral*. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20916/1/recurso_especial_visao_geral.pdf, acesso em 14 dez. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 1963.

SILVA, Paula Costa e. *A Litigância de Má Fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. Disponível em: <https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll/Dout/ed1>, acesso em 27 dez. 2013.

_____. *Questão de fato em recurso extraordinário*. Disponível em <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos008.htm>, acesso em 10 dez 2013.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil, in *Cadernos de Direito Privado*, n.. 43. Lisboa: Cejur: 2013. Artigo gentilmente enviado pelo próprio autor.

_____. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2.ed. Lisboa: LEX, 1997.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má fé processual*. São Paulo: RT, 2002.

TARUFFO, Michele. As funções das Cortes Supremas. Aspectos Gerais, in *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 117-139.

TARUFFO, Michelle. Una riforma della Cassazione civile?, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, ano LX, 2006, p. 787/819.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, in MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-131.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 53.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Paradoxo da Corte: Jurisprudência sobre sucessão do cônjuge é instável*. Disponível em: www.conjur.com.br/2013-dez-10/paradoxo-corte-jurisprudencia-sucessao-conjuge-instavel, acesso em 10 dez. 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O *contempt of court* na recente experiência brasileira - anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais, in *Revista de Processo*, v. 119. São Paulo: RT, 2005, p. 35 ss.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito, in *Revista de Processo*, v. 92. São Paulo: 1998, p. 52 ss.

_____. *Recurso especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2.ed. São Paulo: RT, 2008.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna, *in* GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 128-135.