

RECURSOS EXCEPCIONAIS E VALORAÇÃO DE PROVAS

Layla Gonçalves Hatab

Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do Grupo de Estudo em Direito Probatório do Programa de Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada.

Margareth Vetis Zaganelli

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professora Associada do Departamento de Direito e do Curso de Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Vice-Diretora do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Grupo de Estudo em Direito Probatório do Programa de Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Resumo: Trata-se de artigo com o fito de análise quanto à possibilidade de exame de matéria fática nos recursos excepcionais. Inicia com um breve histórico acerca desta espécie recursal ressaltando a finalidade destes recursos. Ato contínuo explicita a distinção entre questão de fato e questão de direito para em seguida fixar se matéria fática pode vir a ser objeto de recursos excepcionais. Por último, aborda a distinção entre reexame de provas e valoração de provas. Conclui que enquanto o reexame de provas implica em análise de matéria fática probatória, o que é vedado em julgamento de recursos excepcionais, a valoração de provas constitui-se como questão de direito, o que autoriza o seu conhecimento e eventual provimento pela via dos recursos dito excepcionais.

Abstract: This is the article with the aim of examining the possibility of examination of factual matters in exceptional resources. Starting from a brief history about this kind of appellate highlighting the purpose of these resources. Continuous act clarifies the distinction between matter of fact and questions of law to fix then if factual matters may become the object of exceptional resources. Finally, it addresses the distinction between review of evidence and assessment of evidence. It concludes that while the review of evidence involves the analysis of material factual evidence, which is sealed in the trial of features, the evaluation of evidence is as matter of law, which authorizes its knowledge and potential through provision of resources exceptional said.

Palavras-Chave: Recursos Excepcionais. Finalidade. Restrição do Efeito Devolutivo. Reexame de Provas. Valoração de Provas.

Key Words: Exceptional Resources. Purpose. Restriction of the effect of devolution. Review of Evidence. Valuation Evidence.

Sumário: 1. Considerações Iniciais; 2. Recursos Excepcionais: 2.1. Raízes históricas dos recursos excepcionais; 2.2. Finalidade dos recursos excepcionais; 2.3. O efeito devolutivo nos recursos excepcionais; 3. Questão de Fato e Questão de Direito: 3.1 Conceito de questão de fato e de questão de direito; 3.2. Distinção entre reexame de provas e valoração de provas; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Considerações Iniciais

A prática forense revela o expressivo número de recursos especiais e extraordinários que deixam de ser conhecidos nas Cortes Superiores ante a aplicação das Súmulas 7¹ e 279², respectivamente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que enunciam a vedação do cabimento de recursos excepcionais com a finalidade de revisão de matérias fáticas.

A literalidade dos referidos enunciados é clara, contudo, no plano teórico e doutrinário, a distinção entre os conceitos de questão de direito e questão fática parece estar definidos com base em diversos critérios, o que comporta maiores digressões. Do mesmo modo, no plano da prática forense, referida distinção também não se apresenta de forma precisa, em inúmeras situações fáticas, o que gera dúvidas quando do julgamento de admissibilidade dos recursos excepcionais.

Nesse ponto, assevera José Carlos Barbosa Moreira³ que a afirmação singela de que os recursos excepcionais somente são permitidos para reapreciação de questões de direito não esgota as dimensões de um problema bem mais complexo do que à primeira vista se afigura, qual seja, a própria distinção entre questões de fato e questões de direito que nem sempre é fácil de ser traçada com perfeita nitidez.

Logo, a assertiva de vedação de reexame de fatos em recursos excepcionais comporta assaz discussão no campo doutrinário, mormente ante o tênue *discrímen* entre reexame de provas e valoração de provas.

¹ Súmula nº 7 STJ – “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

² Súmula nº 279 STF - “ Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

³ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 2008, p. 601.

Nessa linha de idéias, há que se registrar que a jurisprudência tem entendido pela admissibilidade de valoração de provas nos recursos excepcionais, tendo assentado julgados esclarecedores nesse sentido.

De ver-se, portanto, que não obstante a existência de entendimento sumulado nas Cortes Superiores (Súmulas 7 e 279 do STJ e STF, respectivamente) no tocante ao tema em voga, a dificuldade do operador do direito reside em descobrir quando se estará diante de uma decisão recorrida em que o pleito de reforma implicará, necessariamente, em reexame do conjunto probatório, ou, de outro modo, quando o objeto da reforma estará somente adstrito à valoração da prova. Na primeira hipótese, o recurso excepcional sequer será conhecido, enquanto que, na segunda hipótese, a admissibilidade recursal será positiva com o conseqüente conhecimento do recurso interposto.

Ante o exposto, tem-se que o tema deste artigo é de extrema relevância, mormente ante a problemática de acúmulo de litígios nas Cortes Supremas, sobretudo por via recursal, o que tem levado a flagrante limitação na admissibilidade dos recursos excepcionais, mormente, não raras vezes, sob o argumento de que os ditos recursos têm como escopo o reexame de matéria fática.

Portanto, nossa intenção neste artigo é apresentar a relação existente entre a origem histórica dos recursos excepcionais, assim como, a função destes no ordenamento jurídico pátrio, com a vedação de reexame de matéria fática nos citados recursos. Destacaremos, ainda, a possibilidade de valoração de provas como objeto de impugnação pela via dos recursos excepcionais distinguindo a valoração de provas do reexame de provas.

2. Recursos Excepcionais

2. 1. Raízes históricas dos recursos excepcionais

O estudo da vedação de reexame de provas nas Cortes Superiores nos parece estar relacionado à própria origem histórica dos recursos excepcionais (recurso especial e recurso extraordinário), razão pela qual, necessário se faz tecer alguns registros nesse sentido.

Nesse ponto, ao debruçarmos em um breve histórico quanto à origem do recurso extraordinário, tem-se como berço deste instituto o direito norte-americano. Nos Estados

Unidos, porém, não foi criado pela Constituição Federal, nem pelas emendas ao seu texto. Foi o *Judiciary Act* de 1789 que permitiu a revisão pela Corte Suprema de decisões finais dos mais altos tribunais dos Estados, mediante *writ of error*, em diversas hipóteses relacionadas com a constitucionalidade de leis e com a legitimidade de normas estaduais, bem como de títulos, direitos, privilégios e isenções à luz da Constituição, dos tratados e das leis da União. No Brasil, por motivos de fácil compreensão, só com a República surgiria o instituto.⁴

Aqui impõe registrar, contudo, que o recurso extraordinário não se assemelha às figuras recursais a que se acostuma, em vários ordenamentos estrangeiros, aplicar essa denominação.

Segundo a lição sempre enriquecedora de José Carlos Barbosa Moreira⁵, no direito alienígena, recursos denominados como “extraordinários” são interponíveis contra decisões já transitadas em julgado, sendo que entre nós, ao contrário, a coisa julgada somente se forma quando a decisão não esteja sujeita a recurso algum, sem exceção do extraordinário.

Logo, enquanto em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros a decisão que já transitou em julgado é passível de revisão por meio de interposição de recurso extraordinário, no Brasil, a decisão sob o manto da coisa julgada deve ser desconstituída por via das ações autônomas de impugnação (ação rescisória⁶, ação declaratória de inexistência (*querella nullitatis*⁷) ou ação anulatória.

Feitos estes breves apontamentos, destaca-se que a história do recurso extraordinário no ordenamento pátrio divide-se em duas fases: antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e após, conforme a seguir demonstrar-se-á.

A razão deste estudo bipartido revela-se no fato de que antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a finalidade do recurso extraordinário era assegurar a

⁴ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 2008, p. 580-581.

⁵ Op. cit., p. 583.

⁶ Ação rescisória pode ser definida como “demanda autônoma de impugnação de provimentos de mérito transitados em julgado, com eventual rejuízo da matéria neles apreciada.” (FREITAS CÂMARA. Alexandre. Ação Rescisória. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 30.)

⁷ A *querella nullitatis* pode ser definida como “uma demanda de declaração de ineficácia da sentença”. (FREITAS CÂMARA. Alexandre. Ação Rescisória. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 281.)

inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais.⁸

Após a promulgação da Carta Maior em 1988, houve uma divisão de competência para o julgamento de matérias anteriormente processadas e julgadas somente pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse ponto, as matérias relativas à própria Constituição Federal (artigo 102⁹, inciso III, letras *a*, *b* e *c*) permaneceram reservadas aos recursos extraordinários, enquanto que, as questões federais de direito, passaram a ser objeto de recurso especial (artigo 105¹⁰, inciso III, letras *a*, *b* e *c* da CF/88), cujo julgamento se inseriu na competência do Superior Tribunal de Justiça.

Nessa perspectiva, destaca-se a criação do recurso especial na Constituição Federal de 1988, posto que na Carta Maior criou-se esta nova modalidade recursal cuja competência para o julgamento, reitera-se, foi atribuída ao Superior Tribunal de Justiça.

Nesse ponto, impende destacar que a criação do recurso especial deve ser estudada à luz da reestruturação que se pretendia impor a mais alta Corte do país - Supremo Tribunal Federal - quando ainda da existência de um único recurso cabível em última instância: o recurso extraordinário.

Como afirma Rodolfo de Camargo Mancuso¹¹, a diretriz da criação do Superior Tribunal de Justiça foi enxugar as funções do Supremo Tribunal Federal, deixando-o operar como uma corte constitucional à semelhança de sua co-irmã norte-americana.

Assim, com a criação do recurso especial, o ordenamento jurídico pátrio passou a ter dois recursos interponíveis em face das mesmas decisões, uma vez que o recurso

⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Constituição Federal).

¹⁰ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (Constituição Federal)

¹¹ MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 115.

extraordinário foi mantido pelo Constituinte, sendo o julgamento de cada um destes recursos alçado à competência de Tribunais Superiores diversos.

2.2. Finalidade dos recursos excepcionais

Ultrapassada as digressões quanto às raízes históricas do recurso extraordinário e do recurso especial, segue o estudo na análise quanto à finalidade dos recursos excepcionais.

Note-se que tanto o recurso especial, quanto o recurso extraordinário, apresentam diversas características comuns, mormente por ser aquele uma variável deste.

Nessa linha de idéias, urge destacar como uma das características comuns aos recursos excepcionais, o fato destes não se destinarem a correção de alegadas decisões injustas, tendo estes recursos como finalidade precípua manter a unidade do direito com uma interpretação uniforme das leis federais e da Constituição Federal.

Sob esta perspectiva, diz-se que os recursos excepcionais não guardam eficácia quanto à simples alegação de injustiça do julgado recorrido. E isto porque alegada injustiça está relacionada à errônea subsunção do fato à norma o que pode ser reparado, por sua vez, por recursos ditos constitucionais.

No ponto, Rodolfo de Camargo Mancuso¹² ensina que assim como o STF não é simplesmente *mais* um Tribunal Superior, e sim a Corte Suprema, encarregada de manter o império e a unidade do direito constitucional, também o recurso extraordinário não configura *mais* uma possibilidade de impugnação, e sim o remédio de cunho político-constitucional (seus pressupostos não estão na lei processual) que permite ao STF dar cumprimento à elevada missão de guarda da Constituição (CF, art. 102, *caput*).

A seu turno, Flávio Cheim Jorge¹³ sintetiza:

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

¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 116.

¹³ JORGE, Flávio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 18.

Nos parece claro, portanto, que a finalidade do recurso especial e do recurso extraordinário refoge à investigação e análise de fatos tendo como fim, conferir a dicção definitiva e exata sobre a questão jurídica até pela pressuposição de que os aspectos fáticos (inclusive o tópico sobre a justiça do acórdão recorrido) já foram ou poderiam ter sido suscitados e enfrentados nas instâncias ordinárias (CPC, arts. 473 e 474)¹⁴.

Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira¹⁵ pontifica, com clareza solar, que nem o recurso extraordinário, nem o especial, investe o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, de cognição quanto à matéria de fato, no sentido de que – conforme rezam os n. 279 e 7 da *Súmula da Jurisprudência Predominante* daquele e deste, respectivamente – nenhum dos dois abre ensejo ao reexame de provas (e menos ainda à colheita de outras), para apurar-se a exatidão daquilo que, em tal plano, assentou a decisão impugnada.

Athos Gusmão Carneiro¹⁶ sintetiza com precisão o já exposto:

O recurso extraordinário, no direito ‘brasileiro’, sempre foi manifestado como *recurso propriamente sito* (interposto, portanto, no mesmo processo) e fundado *imediatamente* no interesse de ordem pública em ver prevalecer a autoridade e a exata aplicação da Constituição e da lei federal; apenas *mediatamente* visa a tutela do interesse do litigante.”

Logo, enquanto os recursos ordinários¹⁷ não são considerados excepcionais e visam imediatamente à tutela do direito subjetivo dos litigantes, os recursos extraordinários visam imediatamente a tutela do direito constitucional e federal e somente de forma mediata e reflexa a tutela do direito subjetivo do recorrente.

Nessa esteira de idéias contempla-se a justificativa jurídica para vedação de reexame de matéria fática nos recursos excepcionais.

Note-se que, como visto, a finalidade precípua dos recursos especial e extraordinário é a preservação da autoridade constitucional e legal não sendo, portanto, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça Cortes de cassação.

¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 161.

¹⁵ Op. cit., p. 583.

¹⁶ _____. Recurso Especial, agravos e agravo interno. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 3.

¹⁷ No tocante à distinção entre os conceitos de Recursos Ordinários e Extraordinários: “São os recursos que dependem apenas da existência de uma decisão recorrível, e extraordinários aqueles que, além disso, necessitam da presença de requisitos especiais.”(MEDINA, José M. G., WANBIER, Teresa A.A. Recursos e Ações Autônomas de Impugnação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.42).

Logo, se o objetivo do litigante é o reexame de provas, posto que não satisfeito com a aplicação da norma ao fato dada em instâncias inferiores, o recurso a ser interposto não deve ser excepcional e, sim, ordinário.

Nesse ponto, consigna-se que para evitar abuso de poder do magistrado quando do julgamento da lide, assim como para reparar eventual equívoco na subsunção do fato à norma, a Constituição Federal de 1988 criou a garantia do duplo grau de jurisdição.

Nelson Nery Junior¹⁸ ensina que a falibilidade do ser humano implica na previsão, mormente constitucional, do princípio do duplo grau de jurisdição, posto que por não ser o juiz homem imune à falhas, a fundamentação de suas decisões judiciais pode ser questionada.¹⁹

Portanto, a vedação ao reexame de provas nos recursos excepcionais não está a deixar desassistidos aqueles que não corroborem com o desfecho sentencial, pois a estes é assegurada a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição²⁰ e, por corolário lógico-jurídico, a possibilidade de interposição de recursos ordinários diante da irrisignação da parte que não aceita como justo o comando sentencial.

Note-se que por meio de interposição dos recursos ordinários, os litigantes têm acesso à ampla revisão da matéria fática posta em litígio, lhes sendo, assim, assegurado o reexame de provas pela instância judicial superior.

Portanto, para o reexame de provas e correção de eventuais e alegadas injustiças do julgado, a impugnação recursal dar-se-á pela interposição de recurso ordinário. Já quando o interesse recursal estiver consubstanciado na tutela do direito objetivo, é dizer em outros termos, quando a questão a ser avençada no recurso versar sobre questão de direito, a impugnação recursal far-se-á por meio de recurso excepcional (recurso especial e/ou extraordinário).

Aliás, a própria nomenclatura dos recursos como extraordinário e especial e, por outro lado, como ordinários, denota a natureza e a finalidade de cada um destes recursos.

¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos*, 5 ed. São Paulo: RT, 2000. p. 37.

¹⁹ Para conhecimento de posicionamento diverso ao do professor Nelson Nery Junior, ver a obra do professor Flávio Cheim Jorge em que este posiciona-se no sentido de inexistência de garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição e, sim, garantia constitucional de reexame da matéria anteriormente decidida pelo Judiciário, mesmo que seja feito pelo próprio prolator da decisão recorrida. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 07 e ss.

²⁰ Quanto à origem do duplo grau de jurisdição: “Evidentemente foram os próprios romanos que, sentindo a necessidade de haver novo julgamento sobre a causa já decidida, instituíram o duplo grau de jurisdição no principiado, após o período inicial do procedimento no direito romano clássico, onde era negado o exercício do direito de recorrer.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos*, 5 ed. São Paulo: RT, 2000. p. 37).

Outrossim, cumpre registrar que a garantia constitucional no que pertine ao reexame da decisão judicial refere-se a um duplo grau de jurisdição, sendo que utilizar-se da via excepcional para pleitear a correção de eventuais injustiças com o reexame do conjunto fático-probatório, é criar um terceiro grau de jurisdição, o que não foi objeto de contemplação na Carta Maior de 1988.

A propósito, a matéria de vedação de reexame de provas nas Cortes Superiores já está pacificada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende das Súmulas 279 e 7, respectivamente.

2.3. O efeito devolutivo nos recursos excepcionais

Impende ver agora que a vedação de reexame de fatos e provas nos recursos especiais e extraordinários está relacionada à restrita devolutividade dos recursos excepcionais, conforme a seguir demonstrar-se-á.

Antes, contudo, revela-se necessário expor alguns registros para a exata compreensão do conceito de efeito devolutivo.

Esta compreensão, por sua vez, é um problema que se desdobra em dois: o primeiro concernente à extensão do efeito e o segundo quanto à sua profundidade.²¹

A extensão é verificada sob a perspectiva horizontal e relaciona-se ao objeto da decisão recorrida. Uma vez fixada esta extensão, somente quanto a esta o Tribunal poderá exercer juízo de cognição.

No que diz respeito à profundidade, Flávio Cheim Jorge²² ensina que nesta são vislumbrados os fundamentos e as questões analisadas, ou, ao menos, que poderiam ser analisadas pelo juiz *a quo*, para a apreciação da pretensão versada.

Feitas estas breves digressões, diz-se que o efeito devolutivo nos recursos excepcionais é restrito, posto que a matéria a ser devolvida às Cortes Superiores restringe-se às questões de direito e que foram objeto de prévia discussão e julgamento (prequestionamento)²³.

²¹ JORGE, Flávio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.237.

²² Ob. cit., p. 237-238.

²³ Acerca do conceito de prequestionamento: “A expressão prequestionamento – que, originariamente, dizia respeito à atividade das partes, pois são as partes que ‘questionam’- passou a significar a exigência de que *da decisão* conste esta discussão que houve entre as partes sobre a *questão constitucional ou federal*.”(MEDINA, José M. G., WANBIER, Teresa A.A. Recursos e Ações Autônomas de Impugnação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 222).

A propósito, tal devolutividade, sob o *prisma horizontal*, não é ampla, porque não tem como abranger todos os tópicos do julgado recorrido, devendo confinar-se aos pontos jurídicos nele prequestionados. Essa limitação horizontal acaba por repercutir na *perspectiva vertical* (a profundidade de cognição), havendo mesmo autorizada doutrina que nega a devolutividade sob a dimensão vertical.²⁴

É dizer, assim, que sob o prisma horizontal, o efeito devolutivo nos recursos excepcionais é restrito em razão da delimitação constitucional das hipóteses de cabimento dos mesmos, o que restringe a matéria recorrível à questões constitucionais e federais, e, desde que, de direito (vedada a rediscussão de questões fáticas).

Não fosse isso, a obrigatoriedade de prequestionamento como um requisito específico de admissibilidade²⁵ dos recursos excepcionais, restringe, ainda mais, a extensão das matérias que poderão vir a ser objeto destes recursos.

Portanto, não há como negar que nos recursos especial e extraordinário, o efeito devolutivo sob a perspectiva horizontal é limitado. É dizer, há limitação quanto à matéria a ser impugnada.

Por conseguinte, como corolário lógico-jurídico desta limitação horizontal, tem-se que também sob a perspectiva vertical, que diz respeito, como visto, a profundidade de cognição, haverá correspondente limitação (por via reflexa).

No particular, não nos parece assertivo o entendimento doutrinário no sentido de inexistência do efeito devolutivo sob a perspectiva vertical nos recursos excepcionais, posto que o que se observa é a limitação deste efeito, mas não a sua exclusão.

Logo, haverá cognição vertical no julgamento dos recursos excepcionais e, portanto, o efeito devolutivo vertical (profundidade), embora limitado em razão da restrição do efeito devolutivo sob o prisma horizontal (extensão).

Nesse diapasão, negar a existência do efeito devolutivo, ainda que em sede de recursos excepcionais, seria negar uma decorrência natural que atine aos recursos.²⁶

²⁴ MANCUSO. Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 174.

²⁵ Súmula 211 do STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal "a quo".

²⁶ JORGE, Flávio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pg. 234, "O efeito devolutivo se apresenta como uma decorrência natural da incidência do princípio dispositivo nos recursos."

Não obstante, impende destacar o entendimento doutrinário abalizado que conceitua como restrito o efeito devolutivo nos recursos especiais em razão da *ausência* de verticalidade.

Nesse ponto, Nelson Nery Junior²⁷:

Tratando-se de recurso extraordinário ou recurso especial, o efeito devolutivo é restrito, ou seja, não é dotado de verticalidade que lhe é característica em relação a outros recursos como a apelação (arts. 515 e 516 do CPC). São, vale dizer, recursos de fundamentação vinculada, que devem ficar adstritos apenas à matéria ventilada no acórdão e atacada pela parte, além, é claro, de ficarem adstritos à competência de julgamento estipulada nos arts. 102, III, e 105, III, da CF. O efeito devolutivo que se opera em relação aos Tribunais Superiores, conforme ensina Teresa Arruda Alvim Wambier, é desprovido de sua dimensão vertical.

A propósito, a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier:²⁸

De qualquer modo, deixando de lado a polêmica, que, de resto, parece não existir no que diz respeito às conclusões acerca do que pode ser conhecido pelo tribunal, percebe-se que, de um modo geral, de alguma forma os recursos possibilitam que se conheça de matéria que esteja fora dos limites de que foi proposta. Estes são recursos interpostos ‘da decisão’, e que podem gerar reforma ‘da decisão’, que nos perdoem talvez o exagero, mas quase como se o processo não existisse. Estes recursos não ‘abrem’ o acesso a outra matéria, que não a decidida e impugnada, chegar a cognição do STF e do STJ.

Não geram, pois, efeito translativo e não têm o efeito devolutivo que deles decorre, a dimensão vertical.

Por tudo quanto exposto, tem-se que a doutrina não é uníssona quanto à definição da extensão do efeito devolutivo no âmbito dos recursos ditos excepcionais. A exegese, todavia, que admite a existência do efeito devolutivo nestes recursos, não obstante de forma restritiva tanto sob a dimensão horizontal quanto vertical, nos parece bastante razoável e acertada.

3. Questão de Fato e Questão de Direito

3.1 Conceito de questão de fato e de questão de direito

²⁷ NERY JUNIOR, Nelson. “Recursos Excepcionais – Fundamento suficiente, prejudicialidade e questões afins”. In: WANBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo: RT, 2005, p.653.

²⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: RT, 2001. P. 202.

Uma das características dos recursos especiais e extraordinários que justifica a classificação de ambos como excepcionais é a limitação de sua cognição, conforme visto no tópico anterior ao analisarmos a restrição do efeito devolutivo nestes recursos.

Nos dizeres de Rodolfo de Camargo Mancuso²⁹, os recursos excepcionais, vocacionados que são à preservação do império do direito federal, constitucional ou comum, apresentam cognição limitada à análise de questão de direito, o que, por raciocínio lógico, nos leva a concluir pela exclusão de análise de questão de fato.

Ocorre, entretanto, que aferir a distinção entre questão de fato e questão de direito é tarefa árdua, tendo a doutrina e jurisprudência, a seu turno, empenhado esforços para fixar critérios que facilitem a distinção entre estes verbetes.

Nesse ponto, impende registrar que a questão dita como de fato pode ser definida como a hipótese em que para a sua análise é necessário o reexame de provas, o que implica em revisar a forma como os fatos supostamente ocorreram.

A questão de direito, por sua vez, pode ser dirimida independentemente das alegações e provas produzidas pelas partes durante a instrução probatória, pois está relacionada à qualificação jurídica do fato.

No ponto, José Carlos Barbosa Moreira³⁰:

Impende registrar que em geral se considera *de direito* a questão relativa à *qualificação jurídica* do (s) fato (s), de modo que o Tribunal, embora não lhe seja lícito repelir como inverídica a versão dos acontecimentos aceita pelo juízo inferior, sem dúvida pode qualificá-los com total liberdade, eventualmente de maneira diversa daquela por que o fizera o órgão *a quo*, em decisão a extrair deles conseqüências jurídicas também diferentes.

Em lição também esclarecedora, Rodolfo de Camargo Mancuso³¹:

Chiovenda procurou dar um critério para a caracterização do que seja *questão de fato*: Consiste em verificar se existem as circunstâncias baseado nas quais deve o juiz, de acordo com a lei, considerar existentes determinados fatos concretos. A questão de direito consiste na focalização, primeiro, se a norma, a que o autor se refere, existe, como norma abstrata.

Pode se observar, assim, que a questão de fato, que fica excluída do âmbito dos recursos excepcionais, é aquela cujo conhecimento pelas Cortes Superiores implicaria, inexoravelmente, em *apenas* revisar provas.

²⁹ Ob. cit., p. 162.

³⁰ Ob. cit., p. 601-602.

³¹ Ob. cit., p. 163.

Nessa linha de idéias foram editadas as Súmulas 279, do STF (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”) e 7 do STJ (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”). Note-se que o adjetivo “simples” inserto na redação das referidas Súmulas não passou despercebido pela perspicácia do mestre Rodolfo de Camargo Mancuso³², que advertiu, no ponto, que a inserção deste adjetivo revela que a vedação existente quanto ao objeto dos recursos excepcionais cinge-se na hipótese em que o recorrente formula como pleito recursal, tão-somente, a revisão de provas.

Do mesmo modo, as Súmulas 454 do STF (“Simple interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.”) e 5 do STJ (“A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.”) são corolários das Súmulas acima transcritas, uma vez que a interpretação de cláusulas contratuais implica em análise da intenção das partes o que, por sua vez, levará indubitavelmente ao reexame de provas, mormente prova oral (depoimento pessoal das partes e oitiva de testemunhas, por exemplo).

Nesse sentido, nota-se que o rigor da interpretação destas Súmulas foi abrangido no julgamento do AI 501804 pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, quando a Egrégia Suprema Corte decidiu que a alegada ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa passa, necessariamente, pelo prévio reexame de fatos e provas, hipótese inviável em sede extraordinária ante a aplicação da Súmula 279.

Da mesma forma, não se pode deixar de registrar que algumas decisões, em maior ou menor intensidade, seguem prestigiando as Súmulas 279 e 454, ambas do C. STF, e, Súmulas 5 e 7, ambas do STJ. Assim, no STF: RE 602740 AgR, rel. Min. Eros Grau, DJ 18.12.2009; AI 702844 AgR, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 09.10.2009; RE 601637 AgR, rel. Min. Eros Grau, DJ 13.11.2009. Da mesma forma, no STJ: REsp 521616, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 07.12.2009; AgRg no REsp 680935, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP).

Há que se registrar, ainda, que quanto aos conceitos denominados vagos ou indeterminados, devem os mesmos ser interpretados pelas Cortes Superiores como questões de direito, pois muitos destes conceitos existem no próprio diploma processual, o que nos permite caracterizá-los como questão de direito.

³² Ob. cit., p. 164.

A propósito, o significado de conceito indeterminado na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³³ é registro que merece destaque:

[...] conceito indeterminado encontra-se sendo empregado para designar vocábulos ou expressões que não têm um sentido preciso, objetivo, determinado, mas que são encontrados com grande frequência nas normas jurídicas dos vários ramos do direito. Fala-se em boa-fé, bem comum, conduta irrepreensível, pena adequada, interesse público, ordem pública, notório saber, notória especialização, moralidade, razoabilidade e tantos outros.

Desse modo, imperioso mencionar a admissibilidade dos recursos excepcionais quando o objeto destes versa sobre conceitos indeterminados, pois ante a imprecisão destes conceitos, poder-se-á questionar se a interpretação dos mesmos implicaria em revisão de matéria fática, o que não nos parece, pois a delimitação do significado dos conceitos indeterminados se faz por meio de interpretação do direito.

3.2. Distinção entre reexame de provas e valoração de provas

Assim, exposto o conceito de questão de fato e questão de direito, apresenta-se a distinção existente entre reexame de provas e valoração de provas quando da interposição de recursos excepcionais.

Nesse ponto, urge destacar que não obstante seja vedado o reexame de questões fáticas nos recursos excepcionais, alegado erro quanto aos critérios de apreciação da prova, por exemplo, não excluem a possibilidade de recurso especial e recurso extraordinário.

Este tem sido o entendimento do STF, uma vez que a Corte Constitucional tem entendido que exame de critério legal de valorização da prova, não é caso de simples apreciação desta, não sendo a hipótese, portanto, de aplicação da Súmula 279.³⁴

Nessa esteira de idéias, impecável é a lição de José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier³⁵, que pontificam que o reexame de prova implica saber se determinado fato ocorreu, ou não, enquanto que, quando se faz a reavaliação da prova ou do fato provado, não há dúvida acerca da ocorrência de determinado fato, mas discute-se como deve ser qualificado juridicamente o mesmo.

³³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionabilidade administrativa na constituição de 1988*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.97.

³⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 169.

³⁵ MEDINA, José M. G., WANBIER, Teresa A.A. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 224.

Note-se, portanto, que não é cabível nos recursos excepcionais reexaminar a prova, é dizer, reapreciá-la com exercício de cognição. Exemplo de reapreciação de provas é a hipótese em que a instância inferior julgou pela existência de determinado delito e, em sede de recurso excepcional, o Supremo Tribunal Federal julga pela inexistência do delito. Neste caso, haveria reexame de provas em sede de recurso extraordinário, o que é vedado.

Destarte, vale mencionar, a sábia lição de José Carlos Barbosa Moreira³⁶:

[...] a decisão impugnada reconheceu eficácia a certa prova, supostamente obtida por meio ilícito (e portanto com violação do art. 5, n. LVI, da Carta da República); a questão é controlável, no aspecto jurídico, por meio de recurso extraordinário).

Logo, denota-se que eventual alegação pela parte sucumbente no sentido de que o acórdão recorrido restou calcado em prova obtida por meios ilícitos autorizará a interposição e o conseqüente conhecimento do recurso extraordinário, pois tal conduta é vedada pela Constituição Federal de 1988, art. 5, LVI, da CF/88 (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”).

De outro modo, contudo, acaso a interposição do recurso extraordinário tenha como fundamento jurídico a alegação de que o acórdão recorrido fundou-se em prova falsa, o mesmo não será admitido, uma vez que a análise quanto à alegação de falsidade da prova implicará em revisão de matéria fática.³⁷

Ao fim e ao cabo, impecável é a lição do Ministro ATHOS GUSMÃO CARNEIRO³⁸:

Todavia, a qualificação jurídica de uma manifestação de vontade é *quaestio iuris* que, em tese, pode ser objeto de recurso extraordinário-especial. Em processo de que somos relator, discute-se se determinada manifestação de vontade, por público instrumento, constitui ‘reversão’ de doação, ou doação condicional, ou doação *mortis causa*, ou manifestação de última vontade. A qualificação jurídica do ato de vontade determinará qual a lei incidente e, pois sua eficácia.

Portanto, a valoração da prova implica na análise quanto ao valor jurídico desta, assim como, na análise quanto à ocorrência de violação a princípio ou a norma jurídica probatória. Nesse ponto, tem-se que a valoração da prova é questão de direito e, assim, pode ser objeto de recursos excepcionais.

³⁶ Ob. cit., p. 603

³⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 167.

³⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. In: Recursos no Superior Tribunal de Justiça, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 117.

O reexame da prova, por outro lado, implica em reexaminar os elementos probatórios com o fito de aferir se eles foram ou não bem interpretados pelas instâncias inferiores, o que caracteriza flagrante revisão de matéria fática, vedada em sede de recursos excepcionais.

4. Conclusão

Por tudo que foi exposto, temos que os recursos especial e extraordinário não apresentam como finalidade precípua a tutela do direito subjetivo das partes, e, sim, a tutela do direito federal e constitucional, respectivamente. Esta é, inclusive, a função originária destes recursos e que permanece inalterada no sistema jurídico vigente.

Nesse passo, não se destinam a correção de alegadas injustiças da decisão guerreada, não sendo as Cortes Superiores Cortes de Cassação.

Logo, a simples alegação de injustiça do julgado demandará a revisão de matéria fática, razão pela qual, deve ser objeto de recurso ordinário.

Tem-se, assim, a limitação do efeito devolutivo nos recursos excepcionais tanto sob o prisma horizontal (extensão de matérias que podem vir a ser objeto dos recursos excepcionais), quanto sob o prisma vertical (profundidade de cognição).

A vedação de revisão de matérias fáticas nestes tipos recursais, contudo, não exclui a análise quanto a alguns aspectos do direito probatório.

Assim, temos, por exemplo, que a alegação de erro quanto aos critérios de apreciação da prova caracteriza-se como valoração da prova, o que, por sua vez, autoriza o cabimento do recurso especial e extraordinário, visto que sua análise não implica em revolvimento de matéria fática probatória. A valoração da prova, portanto, é questão de direito.

Logo, enquanto o reexame de provas implica em análise de matéria fática probatória, o que é vedado em sede de julgamento de recursos excepcionais, a valoração da prova constitui-se como questão de direito, o que autoriza a sua discussão por via dos recursos excepcionais.

5. Referências

5.1. Bibliográficas

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 2002.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Anotações sobre o recurso especial**. In: **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**, São Paulo: Saraiva, 1991, RT 654/7; Jurisprudência Catarinense 666/39.

_____. **Recurso Especial, agravos e agravo interno**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BANDEIRA DE MELO, Ricardo Procópio. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Jr. São Paulo: RT, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. **Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FOUTOURA, Lucia Helena Ferreira Palmeiro da. **Recurso Especial: questão de fato/questão de direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Ação Rescisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 1. ed.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual Civil Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais.** Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. Vários colaboradores. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2001.

MACEDO, Alexander dos Santos. **Da *Querela Nullitatis* Sua Subsistência no Direito Brasileiro**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil.** Revista CEJ. Brasília, n. 33, abr./jun., 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme.; ARENHART, Sergio Cruz. **Processo de Conhecimento.** 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, 2 v.

MATEUCCI, Carlos Roberto Fornes. **Valoração de prova. Revista de direito processual civil.** Curitiba, n. 21, ano VI, Jul./Set., 2001.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Recurso especial e extraordinário: o prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e processamento.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. WAMBIER, Teresa A.A. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEGRÃO, Perseu Gentil. **Recurso Especial: doutrina, jurisprudência, prática e legislação.** São Paulo: Saraiva, 1997.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor. Colab. José Roberto Ferreira Gouvêia.** 30. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos**, 5 ed. São Paulo: RT, 2000. p. 37.

_____. “Recursos Excepcionais – Fundamento suficiente, prejudicialidade e questões afins”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** São Paulo: RT, 2005.

_____. “Princípio do duplo grau de jurisdição: garantia constitucional, extensão e algumas notas sobre o parágrafo 3 do art. 515 do CPC”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro. **Pquestionamento. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PANTUZZO, Giovani Mansur Solha. **Prática dos recursos especial e extraordinário**. 3ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o STJ in teoria geral e admissibilidade**. 2 ed. São Paulo:Malheiros, 1996.

PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. 1, de 1969)**, 2 ed., São Paulo, 1970-2, t. IV, p. 107.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Almeida. **Recurso especial: visão geral em recursos no STJ**. Coord. Sávio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1991.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999, 1 v.

SILVA, Bruno Mattos e. **Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário: roteiro para a advocacia no STJ e no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Distinção entre questão de fato e de direito para fins de recurso especial**. Revista AJURES, n. 74, 1998, p.253 a 278.

5.2. Jurisprudenciais

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 5**. Corte Especial. Brasília, 17 dez. 1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 dez. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 7**. Corte Especial. Brasília, 17 dez. 1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Súmula 279**. Corte Extraordinária. Brasília, 17 dez. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Súmula 454**. Corte Extraordinária. Brasília, 17 dez. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 dez. 2009.