

FACULDADES DE VITÓRIA

MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

THIAGO ALBANI OLIVEIRA

**GARANTIA CONSTITUCIONAL DO REEXAME:
LIMITES DA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS NO REEXAME
DAS QUESTÕES DE FATO E DE DIREITO**

VITÓRIA-ES

2005

FACULDADES DE VITÓRIA

MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

THIAGO ALBANI OLIVEIRA

**GARANTIA CONSTITUCIONAL DO REEXAME:
LIMITES DA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS NO REEXAME
DAS QUESTÕES DE FATO E DE DIREITO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Garantias Constitucionais Fundamentais, sob a orientação do Prof. Doutor William Couto Gonçalves.

VITÓRIA-ES

2005

THIAGO ALBANI OLIVEIRA

**GARANTIA CONSTITUCIONAL DO REEXAME:
LIMITES DA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS NO REEXAME
DAS QUESTÕES DE FATO E DE DIREITO**

BANCA EXAMINADORA:

1 - _____
Prof. Dr. William Couto Gonçalves
(Orientador)

2 - _____
Prof. Dr.

3 - _____
Prof. Dr.

Vitória-ES, _____ de _____ de _____.

Aos meus pais e irmãos pelo amor, apoio e incentivo; aos professores, pela dedicação e paciência; aos amigos, pela participação em todo o meu desenvolvimento; e a Deus, por me proporcionar todos vocês.

RESUMO

Ao se falar na atuação do poder judiciário na prestação da tutela jurisdicional, uma série de princípios construídos no desenvolvimento das ciências jurídicas são observados como um conjunto de instrumentos de garantias fundamentais e direitos individuais que buscam proteger o indivíduo da atuação do Estado. Várias dessas garantias foram recepcionadas pela Carta Magna Brasileira atual, alguns expressamente e outras implicitamente. O objeto do presente estudo consiste em identificar, dentro das garantias constitucionais, aquela que se aplicam aos meios de impugnação, ou seja, aquelas que garantem à parte interessada que um julgamento em seu desfavor possa ser reexaminado pelo órgão judiciário, bem como os limites impostos pela legislação brasileira a esse tipo de reexame e seu tratamento diferenciado nos tribunais ordinários e extraordinários. Para tanto, procurou-se entender a recepção na Constituição de 1988 dessa garantia, buscando, assim, classificar os meios de impugnação e verificar a incidência dessa garantia sobre um de seus principais instrumentos – os recursos. A partir do estudo e classificação dos recursos e seus efeitos, em especial do efeito devolutivo, observou-se o modo como é realizado o reexame e os limites que se colocam ao judiciário sobre as questões suscitadas, debatidas e decididas na decisão impugnada. Analisaram-se também: *i)* as chamadas “questões de fato” e “questões de direito”, que são os pontos controvertidos que o magistrado deve vencer e solucionar para prestar a tutela jurisdicional; *ii)* em que momento estas estão disponíveis para serem devolvidas e reapreciadas pelos tribunais ordinários e excepcionais; *iii)* o objeto de cada tribunal ao realizar o reexame. Este estudo realiza-se, portanto, através de pesquisa documental, utilizando fontes do Direito, como a legislação nacional em vigor, a doutrina e a jurisprudência. Busca ao máximo explicar a origem e o desenvolvimento dos institutos a fim de compreender a interpretação prestada a estes tanto pela doutrina mais moderna, quanto pelos tribunais.

ABSTRACT

While speaking about the solution of problems by the Judiciary, several principles of law are used to guarantee the fundamental rights created to protect individuals from the State intervention. Most of these guarantees were expressly put into the Brazilian Constitution, but some of them are just implicit.

The main objective of the present study is to identify those guarantees that apply to the many forms of appealing in order to assure the due process of law. More specifically the research aims at achieving the limits of the due process of law in relation to the ordinary and the extraordinary appeals that the Brazilian law provides to the society.

Many subjects were studied following the direction above, such as the constitutional treaty of the due process of law; the classification of the different forms of appealing. Those topics were used as a path to achieve the final goal of the present thesis, which is the analysis of how far the STJ and the STF can go in relation to the questions that were discussed during the whole procedure.

The source of the research was documental, such as the Brazilian law, the doctrine and the jurisprudence.

SUMÁRIO

RESUMO.....	04
ABSTRACT.....	05
1. INTRODUÇÃO.....	07
2. GARANTIA CONSTITUCIONAL DO REEXAME.....	10
2.1. O DIREITO NA ANTIGUIDADE.....	10
2.2. SURGIMENTO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	16
2.3. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....	28
2.4. O PRINCÍPIO DO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	34
3. QUESTÕES DE FATO E QUESTÕES DE DIREITO.....	51
3.1. O FATO E A NORMA.....	51
3.2. QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO.....	60
3.3. O PAPEL DOS TRIBUNAIS.....	73
4. MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	79
4.1. RECURSOS.....	79
4.2. OUTROS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO.....	86
5. EFEITOS DOS RECURSOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL.....	88
5.1. EFEITO DEVOLUTIVO.....	91
5.2. EFEITO SUSPENSIVO.....	95
5.3. EFEITO OBSTATIVO.....	97
6. FATOS NOVOS E SUPERVENIENTES.....	99
7. OS RECURSOS E AS QUESTÕES DE FATO E DE DIREITO.....	104
7.1. RECURSOS ORDINÁRIOS E EXTRAORDINÁRIOS.....	104
7.2. RECURSOS ORDINÁRIOS.....	106
7.2.1. Apelação.....	107
7.2.2. Agravo.....	112
7.2.2.1. Agravo de Instrumento.....	113
7.2.3. Embargos de Declaração.....	115
7.2.4. Embargos Infringentes.....	116
7.2.5. Recurso Ordinário Constitucional.....	118
7.3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL.....	121
7.3.1. Características e Efeitos.....	121
7.3.2. Prequestionamento.....	127
7.3.3. O Limite do Reexame das Questões de Fato e de Direito.....	130
7.3.4. Questão de Ordem Pública e o Dano Moral.....	135
8. CONCLUSÃO.....	147
9 REFERÊNCIAS.....	150

1. INTRODUÇÃO

Desde a aprovação da Constituição Federal de 1988 e sua recepção explícita ao Devido Processo Legal, bem como de outras garantias fundamentais e direitos individuais decorrentes deste, a questão relativa ao direito ao reexame de decisões judiciais sempre trouxe margem para que seu *status* de garantia constitucional fosse discutido.

O propósito dos que discutem essa tese é no sentido de conceder ou não ao princípio do Duplo Grau de Jurisdição um lugar entre as garantias constitucionais, uma vez que a Constituição não o recebe explicitamente.

Dessa forma, parece que a busca pela garantia se restringe ao princípio do Duplo Grau e seu caráter constitucional ou não, o que por si só não resolve o problema, pois, além de não se alcançar um consenso, o Duplo Grau restringiria mesmo assim vários meios de impugnação que não fossem a este correspondentes.

Assim, o presente trabalho se presta num primeiro momento a analisar a existência ou não de garantia constitucional referente ao direito do indivíduo de ter ou não uma decisão judicial reexaminada. Recorre-se para tanto, a uma pesquisa bibliográfica que evidenciasse não só o histórico das garantias constitucionais, principalmente aquelas referentes ao reexame das questões, mas também a recepção destas pela Carta Magna Brasileira, o tratamento prestado pela legislação, a doutrina e a jurisprudência existentes.

A importância de se reconhecer a existência ou não de uma garantia constitucional ao reexame é entender como o nosso sistema jurídico presta aos indivíduos instrumentos para concretização dessa garantia. Em outras palavras, é identificar os meios pelos quais se pode pleitear o reexame, quais seriam os órgãos competentes para fazê-lo e, principalmente, se existem limites no exercício desse reexame.

Em vista disso, torna-se necessário estudar os meios de impugnação existentes em nosso sistema jurídico, bem como os órgãos responsáveis por julgar essas impugnações, para que se possa estabelecer quais os limites desses órgãos no reexame da decisão, pois existem meios de impugnação que se fundamentam e buscam respostas distintas de outros meios, o que cria limites para o novo julgador, ao reexaminar determinados tipos de impugnações.

Dentre os diferentes tipos de meios de impugnação, os mais importantes são os recursos, que se classificam em ordinários e excepcionais. Há que se ter clara a distinção entre esses tipos e seus respectivos efeitos, em especial no caso do efeito devolutivo, já que cabe a este distinguir o que poderá ser ou não matéria de reexame pelo órgão jurisdicional.

Após verificar se existe ou não a garantia constitucional ao reexame, é necessário entender o que será devolvido aos julgadores para nova análise (efeito devolutivo), ou seja, se existem limites no reexame das questões novamente submetidas ao judiciário. É imprescindível, portanto, estabelecer quais são essas questões que serão submetidas a nova análise. Isso exige reconsideração dos fatos, do direito, da norma, e principalmente, da função e atuação do julgador e do tribunal, no exercício de qualificar e adequar as questões de fato e as questões de direito para prestar, através da decisão, uma efetiva tutela jurisdicional.

Apresenta-se aí o objeto do presente trabalho, que busca na Constituição Brasileira a existência de uma garantia ao reexame e pretende delimitar a atuação dos julgadores no momento de reexaminar as questões de fato e as questões de direito presentes no processo que teve sua decisão impugnada, mais precisamente nos recursos ordinários e extraordinários onde pretende-se perceber, assim, o limite dos tribunais ao reexaminar as decisões judiciais, tanto em sua base fática quanto na jurídica, demonstrando o diferencial entre os Tribunais responsáveis pela justiça das decisões e os Tribunais responsáveis pela interpretação das normas.

O percurso argumentativo do trabalho será desenvolvido em 6 (seis) partes distintas, em que se analisará: a) O desenvolvimento das garantias fundamentais e a recepção destas pela nossa constituição; b) A existência ou não da garantia constitucional ao reexame e o lugar do princípio do duplo grau de jurisdição no nosso sistema jurídico; c) O que seriam as questões de fato e as Questões de Direito; d) O papel dos Tribunais, os Meios de Impugnação das decisões judiciais e seus efeitos, mais especificamente o efeito devolutivo; e) O limite dos tribunais no reexame das questões no âmbito dos recursos ordinários; e f) principalmente, o limite dos tribunais no reexame das questões na análise dos recursos excepcionais.

Dados os objetivos do trabalho, optou-se por uma pesquisa documental calcada nas fontes do direito, ou seja, na legislação nacional em vigor, na doutrina e na jurisprudência, buscando explicar ao máximo a origem e o desenvolvimento dos institutos a fim de compreender a interpretação prestada a estes tanto pela doutrina mais moderna quanto pelos tribunais.

2. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO REEXAME

2.1. O DIREITO NA ANTIGUIDADE

Por se tratar da garantia constitucional do reexame com o devido fundamento e respeito que merecem os direitos e garantias considerados pela Constituição Brasileira de 1988, é essencial compreendermos o desenvolvimento histórico desses institutos e a forma como o direito pátrio os recepcionou em sua Carta Magna, tomando sempre por base o “Devido Processo Legal”.

Segundo o processualista J.J. Calmon de Passos:

nos últimos dois séculos o Processo deixou de possuir um caráter formalista e passou a ser uma garantia constitucional, sendo instrumento indispensável à realização do direito e à segurança dos indivíduos na convivência social, e necessário ao Estado autolimitado em seu poder de ordenação da sociedade, denominado Estado de Direito. (PASSOS, 1978,p. 01)

E é no sentido de se prestar ao processo o *status* de garantia que devemos remontar ao passado a fim de entender o desenvolvimento dessa concepção.

Sobre a importância de uma abordagem histórica dos institutos, deve-se esclarecer que o desenvolvimento da ciência jurídica sempre esteve atrelada ao desenvolvimento da sociedade, acompanhando-a tanto nos grandes saltos de desenvolvimento quanto nos retrocessos. Basta que estudemos antigos institutos para que se descortine para nós “um universo de questões que podem e devem inquietar os historiadores de profissão, mas que também são semente de inquietação de qualquer um que se dedique a estudar o direito e depois a fazer dele sua profissão” (LOPES, 2002, p.24).

Desde a antiguidade, a resolução dos conflitos de interesses entre os homens era perseguida de diversas formas, nas quais toda a inteligência e força do indivíduo eram empregadas e, por vezes, o recurso à força. Como naquela

época o senso de grupo e de regras de conduta social não possuía significado, restava ao homem garantir-se no direito natural.

Com o desenvolvimento das sociedades, o homem percebeu que as chances de sobrevivência se multiplicariam se as ações fossem realizadas em grupos, o que acabou gerando algo mais consistente à luz das regras de conduta social. Com efeito, o conflito entre grupos opostos era pela regra do mais forte, mas começaram também a surgir conflitos dentro de um mesmo grupo, o que seria inviável resolver com base na mesma regra, já que necessidade de paz social.¹

Assim surgiram os primeiros tipos de julgamento, quando aquele responsável pelo grupo, tribo ou clã², ou então um grupo de pessoas dentro desses resolvia qual das pretensões deveria ser acolhida, quando o conflito de interesses fosse interno,³ possuindo os julgadores como fontes de suas decisões o que lhes era considerado moral e costumeiro, baseando-se por vezes na religião.

Com o aumento desses grupos sociais, e com a colisão destes quando localizados em regiões próximas, notou-se a necessidade de um poder administrador, tanto do cotidiano dos grupos, quando dos projetos futuros e também dos conflitos. Nasceram assim, os primeiros Estados, que também

¹ Uma história do Direito feita com a perspectiva da jurisdição pode já revelar-nos elementos essenciais do direito antigo. As sociedades em que se estabeleceram os impérios antigos (egípcio, assírio, babilônico, hitita) são compostas de uma enorme variedade de outras sociedades. Os impérios antigos organizam-se em torno de cidades que submetem pelo poder militar outras cidades e o campo em sua volta. Neste campo, o que se encontram são sociedades tribais, de clãs familiares que ocupam a terra e a trabalham em comum, ou pastoreiam gado em geral miúdo (ovinos, caprinos) e às vezes graúdo (bois, camelos, etc.). Os impérios são, pois, atravessados por divisões fundamentais, do ponto de vista material: divisão entre cidade e campo, divisão entre agricultura e pastoreio. (LOPES, 2002, p.30)

² Qualquer que seja a estrutura da linhagem, chega-se quase sempre à formação de grupos relativamente extensos, os clãs. Como a lei do mais forte predomina nas sociedades arcaicas, os membros do mesmo clã terão tendência a reforçar os laços que os unem de maneira a poderem fazer frente aos inimigos comuns. Estes laços vão subsistir para além da pessoa física dos indivíduos, mesmo depois da morte. Formam-se assim, após algumas gerações, grupos nos quais o único laço é o facto de se descender de um antepassado comum, homem ou mulher. A unidade social é muitas vezes reforçada pelo factor religioso: o culto dos antepassados. O clã encontra-se na origem da maior parte das civilizações: *yévos* grego, *gens* romana, *sippe* germânica, *douar* árabe, etc. (GILISSEM, 2001, p.42).

³ Para as sociedades primitivas, a noção de justiça estava ligada aos interesses do grupo, da tribo, do clã, ou seja, do conjunto social. Quando se protegia o interesse individual não se fazia justiça, por que se privilegiava o individual em detrimento do coletivo. Observa-se que o homem era sempre visto como membro do grupo, nunca isoladamente. Isso porque os povos primitivos não compreendiam o sentido de personalidade do indivíduo ou de sua individualidade. (LIMA, 2004, p. 15).

necessitavam de regras de conduta para regular as relações entre os seus súditos. Daí surgiu o direito escrito, positivando-se o direito anteriormente natural.

Mesmo com o desenvolvimento deste direito, não havia processo nos termos do que se conhece atualmente, o direito apenas era aplicado em casos levados aos julgadores, que eram pessoas escolhidas entre o povo, outras vezes escolhidas pelo governante, ou ainda, o próprio governante, em pessoa.

Com o surgimento desse tipo de avanço social, os povos começaram a pensar um pouco mais no direito, a estudá-lo em sua formação, positavação e aplicação, bem como em sua forma, dando-se, assim, o limiar do desenvolvimento da ciência jurídica.

Podemos destacar os povos egípcio e grego, pois o primeiro já preserva em seu sistema jurídico alguns direitos individuais que começaram a ser organizados como ciência na época do apogeu filosófico grego.⁴⁵

Carolina Alves dos Santos (2004, p.22) entende que, nessa mesma época, a concepção de que o direito emanava do soberano escolhido por Deus, ou seja, que o direito emanava de Deus, começou a perder força, e a nova concepção de que o direito seria feito pelos homens para regular suas próprias relações começou a se desenvolver. Exemplo disso é o surgimento de tribunais na Grécia, tanto para assuntos administrativos, como tributários e judiciários, formados por um número grande de indivíduos a quem cabia analisar os fatos

⁴ A civilização grega produziu filósofos, historiadores, escritores e grandes pensadores, que iniciaram o estudo da ciência política. Como exemplo podemos citar Sócrates, Platão, Aristóteles, Heródoto, Hesíodo, Ésquilo, Sófocles e Eurípides, entre outros. Com a Ciência Política tiveram início as grandes discussões sobre política, ética, liberdade e justiça. Tais discussões influenciaram profundamente, como até hoje influenciam, a Ciência do Direito. No campo jurídico não forma os gregos que elaboraram uma Ciência do Direito, sob o enfoque de uma organização do sistema jurídico (LIMA, 2004, p. 19).

⁵ Normalmente divide-se a história grega em três grandes períodos: o arcaico, que vai do século VIII a.C., ou seja, o período das invasões persas, que termina com a batalha de Salamina; o período clássico, de 480 a.C. até 338 a.C., ou seja, até a submissão à Macedônia (Felipe/Alexandre da Macedônia); período helenístico, de Alexandre até cerca de 150 a.C., data da submissão à Roma. O último período ainda produz algumas escolas de filosofia (o estoicismo se destaca), mas as instituições propriamente não têm a originalidade inicial. A “helenização” do oriente próximo, por seu turno, redundou também na “orientalização” grega. (LOPES, 2002, p.33)

alegados e provados pela parte e pronunciar ao final seu julgamento, exemplo do *Eleiu*⁶ ou tribunal dos heliastas.⁷

É indiscutível que um dos maiores impérios do mundo, tanto em extensão quanto em duração, foi o império romano, que por 2000 anos foi um marco em todos os campos científicos, inclusive em diversas áreas da ciência do direito,⁸

Possuía no início a figura do rei como o soberano maior escolhido por Deus, e a este era outorgado o poder de dispor do Estado como melhor entendesse, principalmente na sua estrutura e organização, tendo o direito e a religião se confundido fortemente nessa época.

Outra grande revolução foi o reconhecimento aos cidadãos romanos de direitos civis e políticos, primeiro aos patrícios e, posteriormente, também aos plebeus⁹.

Quando derrotada a monarquia, deu-se início à fase da República Romana, administrada pelo Senado, auxiliado pelas assembleias do povo, e presente

⁶ Tribunal composto por cidadãos com mais de trinta anos à disposição da cidade para julgar causar públicas e privadas, integrado por até 6 mil julgadores.

⁷ Há duas espécies de órgãos de jurisdição em Atenas. Para os casos de crimes públicos, o julgamento é feito por grandes tribunais de dezenas ou centenas de membros. A assembleia de todos os cidadãos, repartidos em distritos territoriais elegia o grande conselho de supervisão (Areópago). Embora todos pudessem ter participação na assembleia, nem todos poderiam ocupar todas as magistraturas, pois os cidadãos, para este efeito, haviam sido divididos em (Constituição de Sólon) em classes de renda. Ao lado do Areópago, um Conselho (boulé) de 400 exercia o governo. O Areópago julgava os acusados de subverter a constituição. Quando o julgamento se fazia para casos menos importantes por um magistrado ou juiz singular poderia haver apelo para a assembleia judicial propriamente (Heliastas) que funcionava em grupos (dicastéria). Assim, muitas vezes os discursos “forenses” eram dirigidos a grandes grupos ou quase-assembleias, o que explica o estilo. (LOPES, 2002, p.37).

⁸ A divisão tradicionalmente aceita da história do direito romano abrange o direito *arcaico* (desde a fundação presumida da cidade em 753 a.C., até cerca do segundo século antes de Cristo, ou seja, a adoção do processo formular e a atividade dos pretores). A seguir vem o período *Clássico*, abrangendo a República tardia e indo até o principado, antes da anarquia militar, ou seja, até pouco depois da dinastia dos Severos. Finalmente, o período *Tardio* (Pós-Clássico), já de ocaso da jurisprudência, no qual se tentará sobretudo organizar e salvar o material já produzido (século III d.C. ao fim do império). A esta periodização pode-se fazer paralelamente a divisão pelo perfil dominante no processo civil. Ao período arcaico corresponde o processo segundo as *ações da lei* (*legis actiones*); ao período clássico corresponderá o *processo formular* (*per formulas*), introduzido pela *Lex Aebutia* (149-126 a.C.) e confirmado pela *Lex Iulia* (17 a.C.); o período tardia é dominado pela *cognitio extra ordinem*. (LOPES, 2002, p.43).

⁹ Os patrícios eram a nobreza romana, os únicos que inicialmente possuíam direitos político, podendo tanto votar como ser votados; enquanto que os plebeus eram aqueles que não possuíam títulos dentro da hierarquia social romana, estando apenas acima dos escravos.

também o órgão da magistratura, que, diferentemente do que representa atualmente, era na época um órgão administrativo que detinha o poder de decidir também alguns litígios.

No próximo período, uma grande crise em todas as áreas do Estado Republicano Romano, decorrente de enormes confrontos civis ocorridos na época, ressuscita de certa forma a antiga prática monárquica, desta vez na figura do príncipe, que passou a deter o poder soberano na época, restringindo a atuação do senado e da magistratura.¹⁰

No início do principado, já vinha vigorando desde o período passado comissões de julgadores para analisar e decidir crimes, mas que se iniciou de forma *ad hoc*¹¹, sendo constituído apenas para julgar casos específicos, e acabou por se tornar permanente tendo em vista o aumento dos casos a serem julgados.

Posteriormente, na Idade Média, tanto as invasões bárbaras, quanto o fim de Constantinopla invadida pelos turcos, conseqüências da derrocada do antes todo poderoso império romano, dispuseram novas situações jurídicas no continente¹², assim, a Europa Ocidental encontrava-se na Alta Idade Média (século V a XII) com três sistemas jurídicos predominantes: o sistema romanista, em plena decadência; o sistema dos povos germânicos, baseado fundamentalmente nos costumes, em plena ascensão, e o Direito Canônico fortemente implantado.¹³

¹⁰ LIMA, Alves de Souza. **O Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição**. São Paulo: Manole, 2004, p.25.

¹¹ Locução latina usada para indicar substituição eventual ou nomeação para determinado ato.

¹² Segundo Carolina Alves de Souza (2004, p.34), nessa época, alguns povos como o germânico, utilizavam a prática dos Ordálios nos julgamentos, onde as partes enfrentavam situações práticas que diriam qual era a vontade de Deus e assim declaravam a sentença. Tais práticas eram consideradas absurdas pela Igreja Católica, o que não era para menos, pois consistiam em atos como, por exemplo, se sujeitar a queimaduras, que, no caso da parte ser inocente, cicatrizariam, e se fosse culpada, as marcas infeccionariam e continuariam a ferir.

¹³ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 2ª ed. São Paulo:Max Limonad, 2002, p.64-71.

Uma das grandes características da Idade Média foi o pluralismo de ordens jurídicas¹⁴: “direito romano vulgar (sul da França, Itália), direito consuetudinário (Inglaterra), direito bárbaro, direito romano vulgar (sul da França), direito dos senhorios, direitos das corporações de mercadores ou de ofícios, direito das cidades e direito canônico” (GUSMÃO, 2002, p.300).

Com o enfraquecimento desses impérios, a Igreja Católica se mostrou a grande potência da Idade Média, tendo o direito canônico aplicação escrita em quase toda a Europa nesse período¹⁵. Sua aplicação, inicialmente somente dentro da própria igreja, se mostrou organizada, com a presença de advogados e promotores, difundindo-se sobre toda a população.¹⁶

Assim, durante esse período, tanto a Igreja quanto os Estados, na busca pelo fortalecimento desprestigiaram os direitos individuais, principalmente quando se recorda dos julgamentos infundados dos senhores feudais¹⁷ e da Inquisição¹⁸ da Igreja Católica. Segundo Antonio E. Peres Luños:

En la Antigüedad no hallamos ninguna muestra relevante de estas Cartas de derechos, ya que en esta etapa no se admite la existencia de ningún derecho que no derive de las situaciones jurídicas objetivas establecidas por el comunidad. Durante el período medieval no faltan documentos en los que el monarca, cuyo poder es teóricamente ilimitado, reconoce algunos limites a su ejercicio en favor de la Iglesia,

¹⁴ Pluralismo resultante da política jurídica adotada pelos germânicos impondo o princípio da personalidade das leis, segundo o qual a nacionalidade da pessoa determina o seu estatuto jurídico: germanos, direito germânico; latinos, direito romano vulgar, e clérigos, direito da Igreja. Pluralismo agravado pelo fato de não ter unidade o direito germânico: havia tantos direitos quanto o número de tribos germânicas. Para preservá-los foram codificados sem qualquer sistema. Essas compilações, que datam do século V, a princípio tratavam do direito penal, depois do direito privado, sob a influência do direito romano vulgar. (GUSMÃO, 2002, p.300).

¹⁵ A Igreja Católica, durante a Idade Média, deteve muito poder. Historicamente, isso se deu porque no ano de 313 o imperador Constantino publicou o Édito de Tolerância de Milão, no qual proclamava a liberdade de culto. A partir dessa época, a influência e o poder da igreja só aumentaram. Com a queda do Império Romano do Ocidente, a única instituição organizada e forte, no contexto político e social da época, era a Igreja. Ela passou a estabelecer regras religiosas e morais, além de orientar a vida das pessoas como um todo. A Igreja Católica, propagadora da religião oficial, tinha o apoio do Estado (LIMA, 2004, p.35).

¹⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 2ª ed. São Paulo:Max Limonad, 2002, p.83-90.

¹⁷ Sistema jurídico arcaico aplicado em algumas regiões da Europa na Idade média, onde os detentores das terras ou feudos, chamados senhores feudais, eram quem aplicava o direito praticamente inexistente, utilizando-se de suas convicções pessoais para decidir questões existentes em seus feudos.

¹⁸ Movimento da Igreja Católica juntamente com reis de grande crueldade, que consistia em luta armada contra os considerados hereges, ocorrido entre os séculos XIII e XIX.

los señores feudales o las comunidades locales (PERES LUÑO, 1998, p.33).

Com o início das Cruzadas, os impérios buscaram se fortalecer para continuarem sendo dirigidos por representantes de Deus, como afirmavam os reis e era confirmado pela Igreja Católica. Assim, esses impérios se lançavam em apoio à Igreja nas Cruzadas e esta, em contrapartida, continuava a apoiá-los. Com isso, junto ao fortalecimento dos Estados Déspotas, nos quais o rei centralizava todo o poder e o sentido de justiça, consolidava-se uma revolução nascida da insatisfação por parte dos súditos, que não possuíam nenhuma forma de defesa contra esse poder do Estado déspota.

2.2. O SURGIMENTO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Após o surgimento dos Estados administradores responsáveis pela elaboração e aplicação das normas de conduta social, bem como de primar mesmo que coercitivamente pelo cumprimento destas, os súditos passaram a possuir certos direitos em face de outros, direitos estes que eram propiciados pelo Estado. Ocorre que, na relação dos súditos para com o Estado, não havia nem participação e muito menos normas de conduta que obrigassem o Estado a respeitar seus súditos, dando abertura ao surgimento de Estados Déspotas.

Os Estados totalitários favorecem governantes e desprestigiam governados, levando as camadas mais numerosas da população à insatisfação e vontade de lutar por melhores condições, inclusive por direitos. E foi exatamente a busca do homem por direitos que o protegessem de atos arbitrários do Estado que fez com que vários direitos considerados fundamentais fossem perseguidos e conquistados pelos indivíduos, utilizando por vezes a política, por vezes a pressão popular, e até mesmo a força das camadas numerosas e empobrecidas. A primeira grande conquista se deu na Inglaterra, durante o reinado do Príncipe João.

No início do século XI d.C., a Inglaterra vivia o reinado do “Conquistador”, o Duque William da Normandia, que destronou o rei saxão Harold. Esse novomonarca, proveniente de terras francesas, teve como sucessores Henry I e Henri II.¹⁹

Na mesma época, as chamadas *cruzadas*, movimento cristão que buscava combater os denominados “infiéis”, em prol da absoluta hegemonia da religião obediente às leis de Cristo, encontrava-se em um de seus principais momentos, a chamada “Terceira Cruzada”.

Havia assumido o trono da Inglaterra o Rei Ricardo “Coração de Leão”, denominação recebida pelo grande número de suas conquistas e vitórias, além da coragem e voracidade de seus exércitos no campo de batalha. Um dos maiores nomes das cruzadas, o Rei Ricardo foi preso na Áustria quando retornava do combate aos Mouros na Palestina, e como condição para a sua liberdade, foi requerido um resgate em dinheiro ao seu irmão João “Sem Terra”, que, ao contrário de seu irmão recebeu essa denominação devido ao fracasso de seu governo em conquistar e manter sob o seu poder terras antes conquistadas.

O príncipe João, aproveitando-se da prisão de seu irmão, iniciou uma série de movimentos incitando a população com motivação no fato de o Rei Ricardo não mais voltar, o que não trouxe frutos a João, uma vez que o Rei foi libertado e assumiu novamente o seu trono.

Ocorre que pouco tempo depois, em uma expedição ao norte da África, o Rei Ricardo foi atingido por uma flecha e nunca mais foi encontrado, o que disseminou a crença de que sua vida chegara ao fim.²⁰

¹⁹ SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.15.

²⁰ Ricardo Coração-de-Leão (*RicardoCoer-de Lion*), filho de Henry II, que reinou no período de 1189 a 1199, participou da Terceira Cruzada, indo combater os mouros, considerados infiéis, na Palestina. Ao retornar, foi preso na Áustria, e seu resgate foi solicitado em dinheiro. Aproveitando-se da ocasião para tomar o poder, seu irmão, o príncipe *John de Anjou*, chamado de *Sem-Terra (lackjland)*, estimulou rebeliões no reino, dizendo que Ricardo jamais retornaria. Após sua libertação, Ricardo voltou a reinar a Inglaterra, mas por pouco tempo, já

Desta forma, o sonho do príncipe João se realizou, tendo este assumido o trono e despejado sobre a Inglaterra um dos governos mais tiranos que a história teve notícias, uma vez que não havia direitos que resguardassem os indivíduos nem garantias que impedissem os atos déspotas desse governante.

Não existiam limites para as crueldades do rei, nem morais, nem legais, a única proteção que o homem tinha era o próprio homem, e nem mesmo os poderosos barões, que até então apoiavam o rei porque eram comprados, tinham seus bens e vidas respeitados. Inexistia, assim, qualquer mecanismo legal de proteção do indivíduo contra os atos abusivos estatais, e pior, nem mesmo direito a um processo com um mínimo de previsibilidade, que já existia na Europa desde a Roma antiga, era assistido aos ingleses.

Com toda razão os ingleses se revoltaram contra o tirano, tendo principalmente o apoio dos barões que eram também massacrados com impostos exorbitantes, o que fez com que a reação também fosse enérgica, ficando o Rei João ameaçado de perder sua coroa.

Ao se deparar com a situação da revolta de forma bem avançada e tendo seu trono a poucos dias de ser retirado, o rei, então, em uma atitude política de salvação, celebrou um acordo com os barões. Estes lhe apresentaram uma declaração de direitos que recebeu o selo real, ou seja, foi ratificada pelo rei, que cedeu às pressões sofridas. Conforme expõe Paulo Fernando Silveira,

...esta declaração ficou conhecida como *Magna Carta de Libertatibus*, ou *Great Charter*,²¹ da qual ainda existem preservados quatro exemplares originais. Por esse documento, o Rei *John* jurou respeitar os direitos, franquias e imunidades que ali foram outorgados, como salvaguarda das liberdades dos insurretos, entre eles a cláusula do devido processo legal (*due process of law*). (SILVEIRA, 2001, P.17)

que morreu em virtude de um ferimento de flecha recebido em uma batalha (SILVEIRA, 2001, p.16).

²¹ "No man, of What Estate or Conditinon that he be, shall be put out of land or Tenement, nor takem, nor impresioned, nor put to Death, eithout being broutht in answer by due Process of Law".

No início esta carta atendia basicamente aos direitos e interesses dos barões burgueses, mas aos poucos estes foram estendidos pelo parlamento aos indivíduos ingleses²², independentemente de suas posições, sendo este o início do direito ao Devido Processo para os ingleses, e da grande revolução das chamadas garantias constitucionais do Devido Processo Legal para toda a humanidade.²³

Assim, foi a busca do “principio da supremacia da lei sobre o poder da Coroa”²⁴, alcançado pelos burgueses ingleses no século XIII que iniciou esta nova era, pois foi através da grande ascensão financeira destes, e dos problemas enfrentados pelo rei João Sem Terra, que estes conseguiram que fosse promulgado o Art.39 da Magna Carta Inglesa²⁵, que segue abaixo:

“Nenhum homem livre será detido, nem aprisionado, nem despojado de sua propriedade, de sua liberdade, ou seus livres costumes, nem posto fora da lei, nem desterrado, nem molestado de qualquer maneira; e não poremos nem permitiremos pôr a mão nele, a não ser que seja submetido a julgamento legal de seus pares e segundo a lei do país”(tradução livre).

Posteriormente o processo passou a ser estudado por vários autores, ampliado principalmente no século XVII, pelas obras de *Edwart Coke*, que entendia ser esta carta o principal solo de sustentação das leis inglesas, e no século

²² Legislaram, na época, para poucos. Mas a história se incumbiria de estender os benefícios a todos, motivo pelo qual nós também devemos pagar enorme tributo à Magna Carta. Em sua origem, um documento limitando relativamente a certos específicos direitos feudais, a Magna Carta, gradualmente, passou a ser reverenciada como fonte de um vasto conglomerado de direitos e liberdades antigas, os quais foram considerados como o nascimento do direito do povo inglês (SILVEIRA, 2001, p.17).

²³ A Magna Carta não foi uma declaração universal de direitos. Ao contrário, foi escrita durante o regime feudal para proteger os nobres e barões e assim os proteger do despotismo dos reis. Não há dúvida de que em plena idade Média valores como democracia, aliados à liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana e tantos outros direitos, não tinham espaço algum naquela conjuntura sociopolítica. Entretanto, a Magna Carta foi a primeira declaração de direitos à qual se seguiram, no sistema inglês, a *Petition of Rights*, em 1628, o *Habeas Corpus Amendment Act*, em 1679, e o *Bill of Rights*, em 1688. Todos eles deram formação, em se tratando dos Direitos Fundamentais, ao direito consuetudinário inglês e a seu regime democrático. Por isso, a Magna Carta tem importância especial na história dos Direitos Fundamentais, sendo a primeira declaração histórica dos direitos (LIMA, 2004, p.41).

²⁴ PASSOS, J.J. Calmom de Passos Apud VICENZO VIGORITI. **O devido processo e o duplo grau de jurisdição**. Rio de Janeiro: Revista Forense, Vol. 277, ano 78, p.01.

²⁵ "No free man shall be takem or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or in any way destroyed, not will we go upon hin, not will we send upon hin, except by legal judgement of his peers or by the land"

seguinte por William Blackstone, “tornando-se garantia de prevalência da *Common law*”(PASSOS, 1978, p.2).

A *Common law* é uma forma em que o direito é aplicado sem que se encontre anteriormente legislado, pois são os costumes e as decisões da corte que, ao analisar fatos concretos, acabam por decidir estes. Tais decisões formam o direito muito mais “jurisprudencial” do que positivado, o que poderá ocorrer caso o parlamento entenda necessário após reincidentes decisões sobre o mesmo assunto e no mesmo sentido.

Blackstone trouxe enorme contribuição ao estudo desta carta quando enumerou “três principais e primários artigos da liberdade inglesa: o direito de segurança pessoal, o direito de liberdade pessoal e o direito à propriedade privada”²⁶, o que nos remonta à memória ao lermos o *Caput* do art.5º da Constituição Federal brasileira de 1988.

Apesar da Importância da Carta Magna Inglesa, somente meio século depois outros dois grandes acontecimentos vieram a estabelecer e reconhecer de uma vez vários direitos e garantias fundamentais, que seriam daí por diante difundidos e respeitados por quase todos os Estados do globo. Um deles se deu nos Estados Unidos da América, que iniciaram sua colonização por ingleses protestantes refugiados em seu solo. Durante todo o processo de desenvolvimento das cidades, na hora de aplicar o direito, os imigrantes se reportavam à *Common law* de sua antiga pátria, levando os aplicadores do direito a buscar nos costumes ou em jurisprudências criadas por antigas decisões em casos análogos a resposta aos casos práticos analisados. Tal atitude era tomada distintamente em todas as treze colônias americanas, que somente passaram a ser estados livres e independentes após a Guerra da Independência contra sua antiga pátria, que culminou com o Tratado de Paris de 1778.²⁷

²⁶ Na Inglaterra dois outros grandes juristas bateram-se pelos primeiros libertários contidos na Magna Carta. O primeiro foi *Edwart Coke*, que a tinha como principal solo de sustentação das leis inglesas (“declaratory of the principal grounds of the fundamental laws of England”). O outro foi William Blackstone, para quem havia certos direitos individuais que estão, pelo menos pela razão e prática, se não pela lei escrita, acima do poder do Parlamento (SILVEIRA, 2001, p. 18).

²⁷ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed., 2001, p.23.

Após este fato, os americanos encontraram-se diante do dilema de confeccionar uma constituição forte sem acabar com a autonomia dos estados. Para sua confecção, os americanos se basearam principalmente nas idéias de John Locke²⁸ e Montesquieu.

Ao procurar descobrir as relações que as leis têm com a *natureza* e o *princípio* de cada governo, Montesquieu desenvolve uma alentada *teoria do governo* que alimenta idéias do *constitucionalismo*, pelo qual se busca distribuir a autoridade por meios legais, de modo a evitar o arbítrio e a violência. Para Montesquieu, tudo consistia na igualdade e na liberdade.

Encontra-se a liberdade política unicamente nos governos moderados. Porém, ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe nesses últimos quando se abusa do poder; mas a experiência eterna mostra eu todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites. Para que não possa abusar do poder é perigoso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.(MONTESQUIEU, 1997, p.200).

Tais idéias se encaminham para a melhor definição de *separação dos poderes*, ainda hoje uma das pedras angulares do exercício do poder democrático. Refletindo sobre o abuso do poder real, Montesquieu concluiu que “só o poder freia o poder”, daí a necessidade de cada poder – executivo, legislativo e judiciário – manter-se autônomo e constituído por pessoas diferentes.

Seguindo o modelo de Montesquieu, os americanos formaram a sua república tripartite (legislativo, judiciário e executivo), mas inovaram com a criação do Federalismo. Duas outras notáveis inovações da Constituição americana foram: 1.^a) o poder político atribuído ao Judiciário, como ramo independente, com força para anular leis elaboradas pelo Legislativo (*statutes*) ou atos internos do Executivo (*executive orders*); 2.^a) participação do povo no Judiciário

²⁸ Com Locke, la defensa de los derechos naturales a la vida, la libertad y la propiedad se convierte en el fin prioritario de la sociedad civil y en el principio legitimador básico del gobierno. Mientras que Pufendorf cifó em la dignidade humana el postulado del que deriva su sistema de derechos naturales (PERES LUNO, 1998, p.31).

(ramo não eleito) através do júri, instituído para todos os crimes e ações cíveis de elevado valor.²⁹

Ocorre que à época, como as colônias acabavam de se tornar independentes, havia um receio muito forte de que a independência junto à Inglaterra levasse a uma ditadura, o que era justificável, pois apesar do maravilhoso trabalho à luz dos direitos públicos, o texto normativo era desprovido de normas que protegessem os indivíduos contra os atos estatais que pudessem ser abusivos.

Assim, por pressão constante de importantes nomes de vários segmentos, entre os quais se destacou *Thomas Jefferson*, houve a necessidade de suprir a carência do *bill of rights*. Em conseqüência, foi submetido ao Congresso americano um conjunto de Emendas chamadas de *Bill of Rights*, sendo estas aprovadas, não da forma como pretendia Jefferson, mas sim conforme a trilogia de *Locke e Montesquieu*. A Emenda nº 5 da Constituição americana de 1787³⁰, por exemplo, expõe em seu texto a recepção ao princípio do devido processo legal. Eis o texto:

“Nenhuma pessoa será detida para responder por crime capital ou hediondo, a menos que apresentada ou indiciada por um grande Júri, exceto em casos levantados perante as forças terrestres e navais, ou milícia, quando em efetivo serviço em tempo de guerra ou perigo público; nem será pessoa alguma sujeita por duas vezes à mesma ofensa, colocando em risco sua vida ou parte do corpo; nem ser compelida em qualquer caso criminal a ser testemunha contra si mesmo, nem ser privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo; nem a propriedade privada ser tomada para uso público.”³¹

Como na linha de separação de poderes de competência para legislar no Federalismo, podem os Estados legislar tanto sobre direito processual como também elaborar normas jurídicas substanciais, a proteção prestada ao indivíduo em face do estado federal não estava claramente aplicada aos atos

²⁹ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed., 2001, p.24.

³⁰ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed., 2001, p.28.

³¹ No person shall be held to answer for a capital, or other-wise infamous crime, unless on a presentment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, whithout due process of law; nor sall private property be taken for public use, without just compensation.

dos estados federativos, o que somente ocorreu em 1868, com a aprovação dos Legislativos Estaduais e a ratificação da Emenda XIV³², que expôs que “*nenhum estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal*”(SILVEIRA, 2001, p.28).

Nesse desenvolvimento, a constituição americana acabou adotando a noção de *Law of the land*, mas os americanos recepcionaram este princípio como garantia de justiça, pois a Magna Carta Inglesa, ao pôr o *due process* como garantia de legalidade, não vinculou este ao parlamento.³³

No início do séc.XX, a Suprema Corte americana, ao apreciar uma série de antigos precedentes, passa a interpretar o *due process* como “a garantia positiva de um direito natural dos indivíduos a um processo informado por princípios superiores de justiça”³⁴.

Na lição de POUND, o *due process* não é uma expressão de uma norma abstrata e superior, absoluta e transcendental com relação ao direito positivo, mas um *standart* que guia o tribunal, aplicável com vistas a circunstâncias especiais de tempo, de lugar e de opinião pública³⁵.

Desta forma, o *due processo of law* que surgiu na Inglaterra e foi não só recepcionado, mas modificado para prestar maior garantias nos Estados

³² All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

³³ A Grande Carta do Rei John, através de suas inúmeras reinterpretações ao longo dos séculos, transformou-se no símbolo de liberdade sob a lei para o povo inglês, que o carregou consigo por toda a parte do mundo, inclusive para as colônias americanas. A sabedoria dos tempos transformou a Magna Carta num instrumento legal venerável, como força constitucional, na realidade, a força básica da Constituição não escrita do povo inglês, caracterizada basicamente por atos legislativos com força constitucional. Na América, além de servir como garantia das liberdades civis, foi com base nela que se deflagrou a Revolução de 1776, pois os colonos não admitiam a instituição de impostos por parte da Coroa inglesa, sem a autorização destes, por votação nas assembleias perante os governadores-gerais, por violar o § 12, da Magna Carta, que proibia o ato sem o consentimento geral, simplificada e referida como “no taxation without representation” (SILVEIRA, 2001, p.21).

³⁴ PASSOS, J.J. Calmon de. **O devido processo e o duplo grau de jurisdição**. Rio de Janeiro: Revista Forense, Vol. 277, ano 78, p.1.

³⁵ *Ibid*, p.1.

Unidos³⁶, passou a ser instrumento capaz de influenciar na confecção do texto dos tratados internacionais que prestasse em seu corpo garantias fundamentais e direitos individuais, sobrando exemplos de tratados internacionais que se basearam no devido processo legal anglo-saxônico, inclusive tratados ratificados pelo Brasil e de importância singular para toda a humanidade, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre os Direitos do Homem (São José da Costa Rica, 22 de novembro de 1969).³⁷

O outro acontecimento de suma importância para os Direitos e Garantias fundamentais se deu na Europa, após grandes transformações políticas, com a ascensão e declínio do poder baseado no catolicismo, com o surgimento dos senhores feudais como a força econômica e política e a posterior retomada do absolutismo monárquico com o surgimento do capitalismo, principalmente com o fortalecimento e enriquecimento dos Estados após a descoberta, colonização e exploração das colônias americanas. Este acontecimento, que ocorreu na

³⁶ O direito americano – diferentemente do inglês – constituiu um sistema híbrido, eis que além de ter Constituição escrita, rígida, só em parte recepcionou as regras do *common law* (princípios de justiça, necessidade, privilégios longamente reconhecidos como essenciais à busca da felicidade, difamação e privacidade, padrões de restrições raciais etc.) que se aplicam ao lado da lei positiva (*Statutes*), normalmente a nível local. Mas não serve mais como limitadora da ação do direito estadual, podendo ser suplantada pela lei. Modernamente, a *common law* vem perdendo força, por ser substituída pela legislação escrita, ou por estar submetida ao confronto com os direitos fundamentais estabelecidos no *bill of rights* (SILVEIRA, 2001, p.30).

³⁷ La experiencia inglesa de las Cartas o Declaraciones de derechos se prolonga, de forma especialmente relevante para el proceso de positivación de las libertades, a las colônias americanas bajo condiciones distintas. La revolución de los colonos ingleses em América, que cristaliza em el logro de su independencia, madura sobre el tronco de um viejo árbol de libertad constituido por las Cartas Inglesas; ahora bien, los textos norte-americanos (especialmente la Declaración de Independencia y el Bill of Rights del Buen Puelho de Virginia, ambos de 1776) revelan los presupuestos iusnaturalistas e individualistas que los inspiran. Los derechos recogidos em tales documentos a la libertad, a la propiedad u a la búsqueda de la facilidad corresponden a todo individuo por el mero hecho de su nacimiento; se trata de derechos, que, por tanto, no se hallan restringidos a los miembros de um estamento, ni siquiera a los de um país, sino de facultads universales, absolutas, inviolables e imprescriptibles. Son derechos emanados de las propias leyes de la naturaleza que el Derecho positivo no puede contradecir ni tampoco crear o conceder, sino que debe reconocer o declarar (de ahí que los propios textos que los positivaron se denominen Declaraciones) y garantizar (PERES LUNO, 1998, p 35)

França, no século XVIII, e fez surgir na história a era contemporânea, foi chamado de Revolução Francesa.³⁸

O Estado Francês até a revolução era monarquista absolutista, ou seja, tinha na pessoa de seu rei o soberano e chefe maior, que ocupava tal cargo por vontade divina e administrava seu estado como um verdadeiro déspota.

Nessa época a França possuía em suas classes privilegiadas o clero e a nobreza, restando para a classe formada pelos plebeus o papel de excluídos, e a quem cabia suportar todos os tributos emanados do Estado, exatamente com a finalidade de manter os privilégios das classes superiores.

Devido ao governo déspota e às pressões, humilhações e desigualdades enfrentadas pelos plebeus, sem que estes possuíssem nenhum suporte junto ao Estado na política, religião ou judiciário, começaram a se difundir pela França as idéias de Hobbes sobre a separação dos poderes, as quais influenciaram diretamente o Estado inglês. Da mesma forma, circulavam também idéias de outros pensadores do Iluminismo, como Locke e Rousseau, e, principalmente, Montesquieu. Na verdade, Montesquieu foi até a Inglaterra para estudar as idéias de Hobbes e sua aplicabilidade, formulando seus próprios conceitos sobre a tripartição dos poderes e a necessidade de se buscar, através da igualdade e da liberdade, um Estado democrático de direito, onde a virtude fosse o principal motivo ético, e onde o medo dos regimes déspotas desaparecesse.

Diante das pressões, e sem conseguir intervir ou mesmo se preocupar com a revolta popular, o Estado Francês não conseguiu resolver tais problemas no sentido de se integrar mais fortemente com a plebe, o que fatidicamente fez com que o descontentamento popular da maioria levasse à revolução.

Primeiramente a burguesia, que, apesar de possuir melhores condições, estava relacionada com a plebe, acabou se aproveitando do descontentamento da

³⁸LIMA, Carolina Alves de Souza. **O Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição**. São Paulo: Manole, 2004, p.43.

aristocracia para se unir a esta na luta contra o Governo, por mais direitos e menor repressão. Isso fez com que o monarca, diante do quadro desfavorável, reconhecesse aos aristocratas um pouco mais de poderes, no momento em que foi novamente constituída a Assembléia dos Estados gerais, que reunia representantes de todas as classes, todos com igual representatividade, para deliberação de assuntos do Estado.

No momento em que atingiu seu objetivo, a aristocracia abandonou a luta dos burgueses (plebeus), fazendo com que estes se revoltassem ainda mais. Soma-se a isso o fato de os burgueses representarem a maioria absoluta da população e possuírem representação numérica semelhante a das outras classes. Apesar de reivindicação por representações proporcionais, essa solicitação foi negada, que aceitou apenas dobrar a representação que estes já detinham.

Diante destes acontecimentos, vendo-se mais uma vez enganados e desprestigiados, os plebeus iniciaram um movimento revolucionário armado que se espalhou por todo o Estado francês, tornando impossível a defesa por parte da Coroa.

Ao explicar a importância da Revolução Francesa, Carolina Alves de Souza Lima (2004, p.48) ressalta que:

A Revolução Francesa trouxe uma nova forma de organização jurídica do Estado. Dentre as principais transformações podemos destacar: a soberania nacional passou a pertencer à nação e não ao rei. Disso decorre a representatividade da nação, que, por intermédio de seu povo, passou a designar seus representantes para governar o Estado; a fonte do Direito passou a ser a lei elaborada por representantes escolhidos pelo povo; o equilíbrio das atividades estatais passou a ser garantido pela separação dos poderes; o rei deixava de concentrar em suas mãos as atividades estatais.

Antes da aprovação de uma Constituição Francesa, com o intuito de declarar um manifesto sobre a revolução instituindo princípios a serem observados na

elaboração da constituição, foi aprovada em 1789 a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.³⁹

Com o surgimento do Estado liberal, reacende-se a expectativa de que o povo pudesse novamente sofrer com a ação dos governantes, havendo, portanto, a necessidade de se criarem regras jurídicas para proteger os direitos do indivíduo contra a atuação do Estado. Dessa preocupação surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que garante a todos direitos como o “da Igualdade, da Liberdade, da Dignidade, da Reserva Legal e da Anterioridade da Lei Penal, da presunção e Inocência e da Liberdade de Manifestação do Pensamento.” (LIMA, 2004, p.48).

A “Declaração” teve, pois, o mérito de reconhecer e garantir os direitos individuais mais elementares do homem. Ao lado da Revolução Francesa, ela repercutiu em todo o mundo e os ecos de ambas permitiram que vários Estados Europeus começassem a se livrar do controle de Regimes Déspotas e adotasse os direitos individuais em suas constituições.⁴⁰

Dessa forma, pode-se perceber que a Carta Magna Inglesa, bem como as Declarações Americana e Francesa, sempre buscaram proteger o indivíduo da atuação déspota do Estado, abrindo caminho para um primeiro grupo de direitos voltados à humanidade, os chamados direitos humanos de primeira geração, entre os quais se encontram os direitos individuais, as garantias fundamentais, e entre estas, o devido processo legal.

³⁹ Mientras la Matna Carta y lãs declaraciones posteriores corresponden a uma estructura sociopolítica estamental, a partir del Bill of Righths (1689) se advierte el avance de la burguesía que irá reclamando cambios em la vida politicosocial britânica para resguardar sus intereses económicos. Recordemos que en la Declaración de Independência de las colônias britânicas en Norteamérica se invoca al Creador y se metrôpoli. Em la Declaración francesa de 1789 vemos que se trata de expresar, solemnemente, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, y añade su finalidad: “(...) a fin de que esta Declaración estando constantemente presente, a todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y deberes ... (VERDÚ, 2001, p.531).

⁴⁰ No entanto, os princípios trazidos pela Revolução Francesa deram origem a uma nova forma de organização do Estado e de estruturação de suas instituições. A separação dos poderes foi trazida por Montesquieu, nascendo um novo modelo de Estado: caíam os Estados absolutistas e nasciam os Estados liberais. O poder judiciário passou, a partir da Revolução Francesa, a organizar-se de forma a agasalhar o Princípio do Duplo Grau de jurisdição (LIMA, 2004, P.52).

Dentre vários direitos e garantias, inclusive presentes do Devido Processo Legal, existem as decorrentes de princípios que falam do direito de defesa do requerido, como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, entre outras.

Esses princípios foram difundidos pelo globo através de tratados internacionais e constituições federais que recepcionaram os direitos e garantias fundamentais, adotando o devido processo legal anglo-saxônico. Como não poderia deixar de ser, o Brasil também foi beber nessa fonte de inspiração, como se poderá comprovar não só na recepção de nossa Carta Magna a essas garantias, como também no tratamento prestado pelo nosso direito interno.

2.3. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Parece claro que as garantias e direitos fundamentais se desenvolveram, inaugurando um conjunto de normas de proteção à pessoa humana, o que se chama atualmente de direitos humanos. Foram esses direitos humanos que passaram a ser difundidos e foram se desenvolvendo em todo o globo, principalmente através de Novas Constituições e de tratados internacionais.

Para entender-se sua difusão e recepção em nossa carta, deve-se retomar os idos da antiguidade, quando quase não se prestava valor à pessoa humana. Pode-se dizer que as primeiras normas de proteção ao indivíduo surgiram para o direito com a Magna Carta Inglesa do Rei João Sem Terra, em 1215, mas somente se consolidaram após a Declaração de Virgínia em 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 na França.⁴¹

A importância desses direitos resiste por estarem estes relacionados ao indivíduo onde quer que ele esteja, servindo a este como proteção contra a atuação estatal. Reconhecidos posteriormente como Direitos Humanos de primeira Geração, já que diretamente ligados aos direitos e liberdades civis necessários ao indivíduo no trânsito dos regimes absolutistas para os liberais,

⁴¹ DEL'OMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, , 2002, p.242

tais direitos constituem o ponto de contato entre a esfera estatal e a sociedade civil, distinção que é uma das características fundamentais da sociedade moderna.

A partir dessa divisão, pode-se estruturar o pensamento liberal e democrático sobre o qual os direitos humanos de primeira geração se desenvolveram até a ocorrência da primeira e da segunda guerras mundiais. Se, de forma negativa, essas guerras ignoraram todos os direitos humanos, também serviram positivamente para que estes retornassem com mais força no período pós-guerra.

Os direitos humanos, podem ser classificados em outras categorias, sendo mais importante, no entanto, o seu desenvolvimento.

No século XIX surgiram os denominados direito políticos, que foram apenas decorrências lógicas dos direitos civis. Mas não se pode confundir direitos civis e políticos. Enquanto os civis são considerados direitos negativos, ou seja, direitos do indivíduo contra o Estado, os direitos políticos são positivos, ou seja, aqueles que permitem uma participação ativa do indivíduo na relação com o Estado.⁴²

Além desses, há ainda os direitos humanos, relativos aos direitos econômicos, sociais e culturais, que compreendem os direitos individuais e coletivos dos trabalhadores, bem como os direitos à educação e à cultura.⁴³

Como se expôs acima, após a Segunda Guerra Mundial, principalmente pelo genocídio dos judeus e total desrespeito a todo e qualquer tipo de direito do homem, a discussão sobre direitos retornou com toda a força quando da elaboração da Carta das Nações Unidas, que resultou na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948.

⁴² BERDIM, Gilmar Antônio. **Curso de direito internacional contemporâneo**: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luis Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário, Coordenador Florisbal de Souza Del'Olmo., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.372

⁴³ DEL'OMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.246

A declaração da ONU na verdade trouxe o reconhecimento e, principalmente, a necessidade de todo o mundo se unir para a defesa e proteção da aplicação e respeito dos direitos humanos em todo o globo.

Foram reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos os direitos civis e políticos nos artigos III ao XXI, e os direitos econômicos, sociais e culturais nos artigos XXII ao XXVII. Posteriormente, em 1966, foram assinados em Nova York, o Pacto Internacional sobre direitos Civis e Políticos, considerados por muitos como Direitos Humanos de Primeira Geração, e o Pacto Internacional sobre direitos Econômicos, Sociais e Culturais, considerados como Direitos Humanos de Segunda Geração.⁴⁴

Nessa mesma classificação, e de surgimento bem mais atual, encontra-se o direito de solidariedade, ou melhor, o direito ao meio ambiente. Atualmente a questão ambiental é a que mais tem sido objeto de estudos e tratados envolvendo os Estados, dos quais podemos citar a Declaração do Rio de Janeiro Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, apelidada de ECO-92, que foi a convenção internacional que mais reuniu Estados e Chefes de Estados em todos os tempos. Outros tratados são de enorme importância, como o Protocolo de Quioto à Convenção-quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, de 1997.

Assim, a atual busca e compreensão da questão ambiental é de preocupação de todos os Estados, uma vez que não interessa quem esteja a prejudicar o meio ambiente, de qualquer forma os reflexos serão sentidos por toda a humanidade, resultando então os tratados e direitos perseguidos para a resolução desses problemas considerados como Direitos Humanos de Terceira Geração.

Correlacionando tais direitos aos direitos internos, observa-se que os direitos considerados individuais constituem os de Primeira Geração, enquanto os

⁴⁴ ARAÚJO, Luiz Ivani Amorim. **Curso de Direito internacional Público**. 10ª ed, Rio de Janeiro: Forense, Rio de Janeiro, 2003, p.51

direitos coletivos denominam-se Direitos Humanos de Segunda Geração e, finalmente, o novo e importante direito difuso, estaria classificado como Direitos Humanos de Terceira Geração.⁴⁵

Vários são os tratados assinados em âmbito global ou mesmo regional, no sentido de estabelecer ou criar normas de Direitos Humanos de quaisquer gerações a serem observadas pelos Estados que ratificarem o tratado, como por exemplo a Convenção Americana sobre direitos humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, celebrado em 1969, e do qual o Brasil é signatário desde 1992.

Assim, diante da projeção internacional dos direitos individuais e garantias fundamentais, a legislação interna de nosso Estado manteve-se receptiva a estas tendências e novos direitos do homem, atenta às mudanças e aos seus desenvolvimentos, sendo importante destacar a forma como estas são hoje tratadas dentro de nosso ordenamento jurídico a fim de melhor esclarecer a posição de nossa legislação no tocante ao direito de recorrer.

Nas Constituições Brasileiras anteriores, apesar de constarem algumas garantias, estas nunca tiveram a mesma força e recepção outorgada pela constituição de 1988 no tocante aos direitos e garantias fundamentais, principalmente com o reconhecimento expresso do devido processo legal.

Nos primeiros trezentos anos de Brasil eram as Ordenações que dispunham sobre as regras jurídicas, até a promulgação da Constituição Imperial de Dom Pedro I, em 1824, que, apesar de fundamentada na Constituição Francesa de 1791, não reconhecia expressamente direitos e garantias fundamentais, mas reconhecia certos institutos, como o direito ao procedimento criminal.⁴⁶

⁴⁵ DEL'OMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.247.

⁴⁶SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed., 2001, p.31

A constituição de 1891, baseada na proclamação dos direitos fundamentais norte-americanos, reconheceu vários desses direitos, como o *habeas corpus*, mas sem a recepção explícita ao devido processo legal.⁴⁷

Todas as outras Constituições (1934, 1937, 1967 e 1969) foram outorgadas em regimes ditatoriais, ou seja, havia a impossibilidade de garantir expressamente, ou então de prestar efetivamente, os direitos e garantias individuais. Exceção feita à Constituição de 1946, que, juntamente com a atual, foi a única promulgada em um regime democrático de direito e, apesar de não recepcionar também o devido processo legal de forma explícita, serviu para ampliar as liberdades civis, inclusive com a criação do Tribunal Federal de Recursos.⁴⁸

Assim, a melhor análise e mais importante a se fazer é a da constituição que reconheceu amplamente tais garantias e recepcionou o devido processo legal expressamente, a da atual Carta Magna de 1988, na qual, ao legislar originariamente sobre os direitos humanos, o legislador observou de forma clara as normas internacionais norteadoras do assunto.

No tocante aos direitos políticos, merece atenção o artigo 14 da CF, que prevê a participação do indivíduo de forma ativa na representatividade e atuação estatal, como é feito nos estados liberais e democráticos.

No tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais, são vários os artigos da Constituição Federal que os tratam e que possuem uma estreita relação com os tratados internacionais que anteriormente cuidavam dos assuntos. Prova disso são os artigos 6^o⁴⁹ e 7^o⁵⁰, que tratam dos direitos sociais, e o artigo 170⁵¹,

⁴⁷ TÁCITO, Caio. **Do Direito Individual ao Direito Difuso**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 157, 1984, p.1-13. (Revista de Direito Administrativo)

⁴⁸ SILVEIRA, Paulo Fernando. Op. Cit. p.42.

⁴⁹ Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.(BRASIL, Constituição, 1998)

⁵⁰ Art. 7^o São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (BRASIL, Constituição, 1998)

⁵¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III -

que trata da ordem econômica, ao quais, na verdade, mais parecem uma cópia dos Direitos reconhecidos pelo Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

No tocante aos Direitos Humanos de Primeira Geração, em particular os Direitos Civis⁵², fica evidente o respeito da constituição de 1988, aos princípios consagrados internacionalmente. No artigo 5º, por exemplo, percebe-se que o legislador prestigiou os Direitos civis, ou seja, os Direitos individuais constantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, assinado em Nova Iorque.⁵³

Já no que se refere às garantias fundamentais, o legislador foi buscar no devido processo legal anglo-saxônico sua inspiração, baseando-se também em tratados internacionais que cuidaram do assunto, muitos dos quais já citados.⁵⁴ Com isso, institucionaliza-se no Brasil, pela Constituição de 1988, a instância de um regime político democrático, o qual representa enorme avanço no tocante à recepção das garantias e direitos fundamentais.⁵⁵

função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; "IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País." Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, Constituição, 1998)

⁵² O novo popular e democrático documento político trouxe diversas e significativas inovações, numa tentativa válida e ímpar de conter a força imperial do Estado, em face das liberdades civis, que consagrou prefacialmente através de um título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, buscando encontrar o ponto de equilíbrio entre a ordem e a liberdade (SILVEIRA, 2001, p.42).

⁵³ Lançou como objetivos fundamentais, entre outros, "construir uma sociedade livre, justa e solidária" e "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art.3º). Enfatizou, também, pela primeira vez, o princípio da igualdade, pelo qual todos são iguais perante a lei (art.5º, *caput*) (SILVEIRA, 2001, p.43)

⁵⁴ No Brasil, a Constituição de 1988, fortemente coerente, em virtude da adoção da cláusula do devido processo legal, que impede a ação do legislador em áreas sensíveis, entre as quais as das liberdades civis, elegeu, em seu texto, zonas de proibição que não poderão ser tocadas, como regra, pelo legislador ordinário. Assim, não podem ser objeto de emenda constitucional e, portanto, muito menos de lei ordinária, as seguintes matérias (cláusulas pétreas): I – a forma de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; e IV – os direitos e garantias individuais (CF, art.60, §4º.) (SILVEIRA, 2001, p.263).

⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 3ª Ed. Max Lomonad, 1997.

Atualmente o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, ou seja, da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, ao qual aderiu em 1992.

Outro aspecto interessante da Constituição Brasileira é o fato de o país seguir o modelo estrutural jurídico que se difundiu na França pós-revolução, reconhece-se no corpo da Carta Magna a existência de tribunais de recursos e do Supremo Tribunal, além, é claro, dos tribunais de primeira instância e da separação de poderes, pensada por Montesquieu.

2.4. O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

A Garantia Constitucional do Reexame é a possibilidade concedida pelo Estado, de indivíduos solicitarem que uma decisão judicial possa ser novamente analisada. Ocorre que esta garantia é por vezes confundida com o princípio do Duplo Grau de Jurisdição, uma vez que este também é defendido por alguns juristas como garantia constitucional.

Para que se possa prestar ao Direito de Reexame o status de garantia constitucional, deve-se distinguir este do princípio do duplo grau de jurisdição. Assim, necessário ao esclarecimento é a distinção entre instância e grau de jurisdição, uma vez que estas nomenclaturas, que, de certa maneira, se confundem, não são conceitualmente a mesma coisa. A palavra “instância” significa juízo ou relação processual, mas também é usada para designar grau hierárquico do órgão judiciário e seus juízes nos quadros da magistratura.⁵⁶

Fala-se em juiz de primeira instância para se referir geralmente àquele que exerce a jurisdição em primeiro grau, enquanto tribunal de segunda instância designa aqueles que exercem a jurisdição em segundo grau. Ocorre que não existe tribunal de terceira instância no âmbito do processo civil, muito menos

⁵⁶ MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**: Volume II. 9ª ed, Campinas: Millennium, 2003, p.360.

terceiro grau de jurisdição, pois o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são órgãos de instância especial e de superposição.⁵⁷

Diante das colocações seguintes, pretende-se demonstrar que o princípio do duplo grau de jurisdição é uma espécie de reexame, ou seja, como gênero, o reexame poderia ser realizado sem a ocorrência do duplo grau, mas o duplo grau (espécie do gênero reexame) jamais poderia existir sem o reexame.

Carolina Alves de Souza Lima defende que o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição é uma garantia fundamental, pois dentre as Garantias Fundamentais, encontra-se o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, decorrente do Princípio do Devido Processo Legal, do Princípio da Ampla Defesa e da Organização Constitucional dos tribunais brasileiros.⁵⁸ Ocorre que ao se entender que este é uma espécie de reexame, pode-se demonstrar que a garantia constitucional seria na verdade o direito ao reexame, pois se correria o risco de desprestigiar certos meios de impugnação, desprovendo-os de garantia ao indivíduo, caso não atendessem ao duplo grau de jurisdição.

Mas antes de considerar se este consiste ou não garantia constitucional, vale primeiramente destacar o que seria o chamado princípio do duplo grau de jurisdição.

Segundo lição de Cândido Rangel Dinamarco, o princípio do duplo grau de jurisdição, em si mesmo, resolve-se na oferta de um recurso capaz de devolver ao órgão superior toda a causa já decidida pelo inferior e todas as questões relevantes para seu julgamento – “questões de fato ou de direito, referentes ao

⁵⁷ Embora partindo de um conceito hoje inaceitável a respeito da instância, razão de sobra tinha João Mendes Júnior quando afirmava que não se deve confundir “instância com grau de jurisdição”, visto que “pode dar-se o caso de dois graus de jurisdição funcionando em uma só e mesma instância”, como, v. *gratia*, no caso dos embargos infringentes contra acórdão proferido em apelação, em que o tribunal de segunda instância exerceu a jurisdição de segundo grau, ao julgar a apelação; e vai exercer a jurisdição de terceiro grau, ao julgar o embargos infringentes. Em contraposição, o tribunal de segunda instância, no julgamento de causa de sua competência originária, exerce a jurisdição de primeiro grau (MARQUES, 2003,p.360).

⁵⁸ LIMA, Carolina Alves de Souza. **O Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição**. São Paulo: Manole, 2004, introdução, p.XIV.

mérito ou ao processo, matéria constitucional ou infraconstitucional, direito federal ou não etc".⁵⁹

Outro aspecto é prestar atenção ao conceito de alguns institutos apresentados neste estudo. Ao tratar do Duplo Grau de Jurisdição, Barbosa Moreira afirma que em termos genéricos, poder-se-ia dizer que este decorre da necessidade de "permitir-se nova apreciação da causa, por órgão situado em nível superior na hierarquia judiciária, mediante a interposição de recurso ou expediente análogo"(MOREIRA, 1998, p.236).

A exposição de Barbosa Moreira não deixa dúvidas: a necessidade primeira é permitir o reexame da causa, e, segundo, sua realização por um órgão hierarquicamente diverso, superior. No entanto, como esclarece o supracitado autor, o Duplo Grau de Jurisdição não é alcançado somente através de recursos, é possível obter-se por outros meios de impugnação.

Mais adiante serão discutidos os diversos meios para conseguir-se o reexame de matéria decidida pelo judiciário, porém antes faz-se necessário apresentar a diferença entre o Duplo Grau de Jurisdição e o Duplo Exame das decisões, esclarecendo que o princípio do Duplo Grau visa ao Duplo Exame, mas este não pode ser confundido com aquele.

Muitos autores confundem o princípio do Duplo Grau de Jurisdição com reexame da decisão proferida, uma vez que ambos visam a um novo pronunciamento sobre a matéria, mas não se trata exatamente do mesmo instituto. A primeira barreira é entender se o princípio do Duplo Grau é garantia constitucional ou não.

Para alcançar o entendimento do que seja o duplo grau de jurisdição, não é necessário querer inventar ou adivinhar teorias que o classifique, uma vez que sua própria nomenclatura o descreve, como expõe o professor Flávio Cheim Jorge:

⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**: Volume I. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 238.

Não faz parte da essência do conceito de recurso que o seu julgamento seja realizado por um órgão de hierarquia superior e distinta daquele que proferiu a decisão recorrida. A característica fundamental dos recursos é propiciar o reexame da matéria anteriormente decidida pelo judiciário, mesmo que seja feito pelo próprio prolator da decisão recorrida.(JORGE, 2003, p.7)

Da mesma forma, pode-se pensar no que diz respeito às ações autônomas de impugnação, já que a *querella nullitatis* não é interposta e julgada obrigatoriamente por instância ou grau superior, sendo possível seu julgamento na mesma instância em que se “proferiu” a decisão inexistente.

Assim, o direito de recorrer ou de ver a decisão reexaminada não pode ser confundido com o direito a um Duplo Grau de Jurisdição. Toda vez que a parte utilizar-se de um meio capaz de fazer com que aquela decisão proferida a seu contragosto possa ser novamente apreciada, podemos dizer que foi atendida a garantia constitucional da ampla defesa, exercida pela parte sem nenhum obstáculo dos “meios e recursos a ela inerentes” (art.5º LV da Constituição Federal), independentemente do órgão que fará o reexame da matéria impugnada, podendo este ser de mesma hierarquia do prolator da decisão, como até mesmo o próprio. São conhecidos,

...no processo judicial, exemplos de recursos que são julgados por órgãos de mesma hierarquia jurisdicional são os embargos de declaração, os embargos infringentes previstos na Lei de execuções Fiscais (art.34, Lei nº 6.830 de 1980) e o recurso inominado previsto nos Juizados Especiais.(JORGE, 2003, p.15)

Devido a esses posicionamentos, oportuno é demonstrar por que não se poderia tratar o Duplo Grau como garantia constitucional, apontando para isso o seu desenvolvimento histórico junto com o Reexame, bem como a sua recepção por nossa constituição federal, e os argumentos a favor e contra o seu status de garantia constitucional.

O princípio do Duplo Grau de Jurisdição pode ter o seu acolhimento percebido em determinados governos durante a história da humanidade, e principalmente no desenvolvimento do direito, mais especificamente ao direito individual.

No início os conflitos de interesse eram resolvidos pelo indivíduo ou grupo mais forte, posteriormente houve a necessidade de árbitros num primeiro momento escolhidos facultativamente e logo após obrigatoriamente, até que o Estado em seu surgimento, passou a aplicar a justiça como meio de manutenção da paz e ordem social.⁶⁰

Na Grécia antiga já se reconhecia a existência da figura do Duplo Grau quando se reconhecia o Tribunal de Heliastas e a sua competência para reexaminar determinados tipos de decisões.⁶¹

Pode-se reportar também o período da República Romana, quando surgem a estrutura administrativa nos órgãos do Senado, na Assembléia do povo e na magistratura. Naquele período, das decisões dos magistrados em matéria penal cabia apelação ao povo, ou seja, a Assembléia popular já podia reexaminar decisões no âmbito penal, principalmente nos casos em que era aplicada a pena de morte ou o exílio. Nesses casos, como para se executar a sentença que condenava ao exílio ou que autorizava o Estado a suprimir a vida de um de seus cidadãos, era óbvia a necessidade de se esperar a manifestação da Assembléia, o que evidencia um caso de apelação recebida com efeito suspensivo.⁶²

Ainda no direito romano, na época do principado, cabia aos cidadãos recorrer ao príncipe, que poderia reexaminar e modificar as decisões dos magistrados. Tal possibilidade de revisão das decisões pelos imperadores era de suma importância, uma vez que estes poderiam continuar a exercer enorme poder sobre todas as áreas do governo, bem como buscar uma aplicação do direito no sentido não só de respeitar sua vontade, controlando as decisões, mas

⁶⁰ LASPRO, Orestes Nestor de Souza. **Duplo Grau de Jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 28-29.

⁶¹ O Duplo grau de jurisdição já era encontrado no Direito Grego em algumas situações, como nos recursos endereçados ao Tribunal dos Heliastas. Pode-se, assim, com esse exemplo, verificar uma das primeiras manifestações do Duplo Grau de Jurisdição, guardadas as devidas proporções com a realidade da época e a evolução do Direito, uma vez que os gregos não desenvolveram as noções de Direitos individuais (LIMA, 2004, p. 24).

⁶² LIMA, Carolina Alves de Souza. **O Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição**. São Paulo: Manole, 2004, p.25-33.

também de garantir que esta fosse aplicada da forma mais unânime e homogênea possível.⁶³

Assim, o governo romano não só organizava seu estado demonstrando claramente a existência de órgãos recursais, como o próprio governante dispunha do “duplo grau” para continuar a governar com mão de ferro seus subalternos, modificando todas as decisões que não condissessem com seus interesses. Mesmo porque, apesar de nessa época os direitos sociais, ou seja, aqueles reconhecidos como de segunda geração, terem se desenvolvido mesmo que de forma restrita, os direitos individuais, armas de proteção do cidadão contra o estado, não receberam maiores considerações.

Já na época do direito canônico e feudal, apesar dos direitos humanos terem sido desprestigiados, conforme demonstramos, uma vez que o que os governantes buscavam era cada vez mais se manterem no poder, mesmo que a custos caros para os indivíduos, também existiram grandes conquistas, como a prevalência da forma escrita nos processos, a análise investigativa das questões e, entre outras, a existência de um sistema recursal bem organizado, no qual pode-se perceber o claro ao atendimento ao princípio do duplo grau de jurisdição.⁶⁴

Somente após o surgimento dos direitos individuais e das garantias fundamentais, conforme tratado anteriormente, é que o Duplo Grau veio a se

⁶³ Ao longo da história do Direito Romano não se vislumbra a proteção dos Direitos Individuais diante do arbítrio do Estado. O Império Romano, de acordo com as conjecturas políticas da época, tinha como prioridade o seu poder e a sua prosperidade. Os Direitos e as Garantias do Homem não estavam dentre as preocupações e conquistas dos romanos. O que se garantia eram os direitos das classes privilegiadas, como os imperadores e os patrícios. No entanto, como já se mencionado, havia a possibilidade de reexame das decisões judiciais, mediante apelação, no período da *extraordinária cognitio*. O surgimento da apelação demonstra a existência de um sistema recursal e da garantia do Duplo Grau de Jurisdição, guardadas as suas devidas proporções com a realidade da época. Todavia, convém ressaltar que a possibilidade de recurso no Direito romano visava possibilitar à autoridade superior o controle em relação a seus subalternos, e, assim, deter o controle das decisões.(LIMA, 2004, p.31).

⁶⁴ O direito na Idade Média, seja o dos povos germânicos, seja o Canônico, seja o feudal, não se preocupou com a proteção dos direitos Fundamentais do Homem. Foi um período da História no qual tanto a Igreja quanto o Estado buscavam se fortalecer politicamente. Assim, apesar da previsão do direito de recorrer das decisões judiciais, em algumas situações, o objetivo da Igreja e do Estado era centralizar o poder e, dessa forma, fortalece-lo (LIMA, 2004, p.39).

firmar como um princípio, proporcionando, assim, aos julgados a possibilidade de serem revistos por outro julgador na tentativa de prestar maior segurança e justiça às decisões.

O legislador brasileiro fez questão de, na elaboração da constituição federal de 1988, recepcionar o Devido Processo Legal anglo-americano, o que está bem claro quando se analisa seu art.5º.

Analisando as constituições pretéritas, parece que apenas a constituição nacional de 1834, mais precisamente em seu art.158, teria outorgado expressamente ao princípio do duplo grau o status de garantia constitucional. Vejamos:

"Art. 158 - Para julgar as Causas em segunda e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para comodidade dos Povos."

As demais constituições restringiram-se a informar apenas a existência de recursos e de tratar da competência recursal, deixando de forma implícita a existência ou não desta garantia.

Quando o legislador constitucional optou por confeccionar a constituição Federal de 1988 recepcionando no tocante às garantias constitucionais do art.5º o modelo do Devido Processo Legal anglo-saxônico, além dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e que possuem em seu texto a prestação de garantias fundamentais também aos indivíduos, não estabeleceu de forma expressa em seu texto a recepção ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

Ocorre que a recepção expressa a este princípio não o afastou de plano da análise dos doutrinadores constitucionais, que o reconhecem presente, mesmo de forma implícita nos casos em que a constituição reconhece a existência de tribunais e lhes atribui competência recursal, Observe-se:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

II - julgar, em recurso ordinário:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

II - julgar, em recurso ordinário:

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:

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.⁶⁵

Não bastante, uma grande parte da doutrina reconhece que, quando a constituição agasalha de forma expressa no artigo 5º, XXXV, o direito de ação ao indivíduo, bem como à ampla defesa no inciso LV, com os meios e recursos a ela inerentes, ou seja, garantias derivadas do princípio do Devido Processo Legal, que está recepcionado de forma clara no inciso LIV do supracitado artigo, estaria ai incluso, de forma implícita, o acolhimento ao princípio do Duplo Grau de Jurisdição⁶⁶. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;⁶⁷

Este posicionamento se reflete nos defensores de que o simples fato de a Constituição Federal reconhecer expressamente a garantia do princípio do Devido Processo Legal, tornaria desnecessário o reconhecimento de outros

⁶⁵ BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁶⁶ De fato, o que se pode observar é que a Constituição Federal aponta o duplo grau de jurisdição como uma diretriz a ser seguida. A previsão de tribunais estaduais e federais, assim como de tribunais superiores, sugere que o legislador infraconstitucional, ao legislar sobre a matéria, deverá observar essa orientação. Assim, apesar de não constar expressamente da CF 88 se diz corretamente que a sua presença está implícita em nossa Carta Magna (JORGE, 2003, p.186).

⁶⁷ BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

princípios e garantias, que seriam de fato derivações deste princípio maior. Estariam, portanto, aí reconhecidas, mesmo que não estejam presentes de forma explícita no corpo da Carta, garantias como o acesso à ordem jurídica justa, o juiz imparcial, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

O grande problema a este pensamento atualmente se reflete no fato de a própria legislação em alguns casos impedir o reexame da matéria decidida por órgão superior, como nos exemplos já citados, o art. 34, caput, da Lei de Execução Fiscal, e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/95).⁶⁸

Para resolver esta questão, importante é nos reportarmos ao modo pelo qual a Constituição Brasileira recepcionou o princípio do Devido Processo Legal americano. No *Common law*, a população é investida de um certo poder e controle jurisdicional na medida em que ela participa desde o julgamento das causas processadas originariamente nos juizes de primeiro grau, conforme anteriormente exposto. Sabe-se que no direito americano se tem primeiramente o poder político atribuído ao Judiciário, como ramo independente, com força para anular leis elaboradas pelo Legislativo (*statutes*) ou atos internos do Executivo (*executive orders*); da mesma forma, existe participação do povo no Judiciário (ramo não eleito) através do júri, instituído para todos os crimes e ações cíveis de elevado valor.⁶⁹

Assim, os casos em que a parte dispõe de todos os requisitos para submeter sua questão a reexame por órgãos judiciários superiores são mais reduzidos, pois a atuação da jurisdição já é praticamente completa nas primeiras instâncias, não sendo garantido pelo Devido Processo Legal americano o Duplo Grau de Jurisdição. Acredita-se que este não teria sido incorporado à Constituição nacional junto com o princípio maior, porque não constitui garantia daquele no direito americano.

⁶⁸ Flávio Jorge Cheim (2003, p.187) entende que são perfeitamente constitucionais as disposições legais que restringem o duplo grau de jurisdição.

⁶⁹ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed., 2001, p.24.

Conclui-se, portanto, que o princípio do Duplo Grau de Jurisdição não é garantia constante do Devido Processo Legal anglo-saxônico, uma vez que este é regido pelo princípio da oralidade, segundo o qual, o povo participa das decisões desde o primeiro grau de jurisdição, tendo garantido, assim, o acesso à ordem jurídica justa. Ou seja, a justiça e a ampla defesa são asseguradas já nas primeiras instâncias.

Outro aspecto levantado por alguns juristas é o fato de existirem tratados internacionais que garantiriam o Duplo Grau aos indivíduos, tratados estes devidamente ratificados pelo Brasil e incorporados em sua legislação interna.

Para melhor esclarecer este aspecto, convém mencionar a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário desde 1992, por força do decreto nº678. Esse tratado possui a seguinte redação no artigo 8º, nº2, letra h, que trata das Garantias Judiciais:

2 – Toda pessoa acusada de um delito tem o direito de a que se presume sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem o direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

.....
h – direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior

O Pacto traz de forma expressa em seu texto a garantia do “acusado de delito” a “recurso”, o primeiro questionamento a fazer seria se o Duplo Grau se confunde com o recurso, o que será oportunamente demonstrado.

É assunto vencido e comprovado que, apesar de existir uma relação forte entre o Duplo Grau e o Recurso, estes não se confundem, como, por exemplo, no caso de embargos de declaração, que se trata de recurso, mas não pode ser considerado Duplo Grau.

Vale ressaltar que o citado pacto trata de “acusado de delito”, o que leva à interpretação de que essa garantia é prestada apenas no processo penal, não

alcançando os demais casos em que a parte teria uma decisão judicial desfavorável aos seus interesses.

Por último, cabe a análise da força que se presta ao pacto, da hierarquia deste junto às normas internas do Estado e da própria Constituição Federal. Para isso, há que se entender qual seria a hierarquia dos tratados internacionais de um modo geral.

Existem duas teorias que explicam essa problemática. A primeira delas é a dualista, que insiste na separação de sistemas. De acordo com esta teoria, as normas internacionais constituem um sistema jurídico autônomo em relação ao direito interno dos Estados, não havendo, por isso mesmo, nem confusão nem choque entre normas, portanto, as normas internacionais para que passem a vigorar no âmbito interno do Estado, têm que passar a existir como norma substancial na legislação interna, ou seja, devem ser incorporadas através de processo legislativo.⁷⁰

A segunda teoria diverge da anterior, defendendo a posição de que o Direito internacional e o Direito interno não estão em sistemas jurídicos diferentes, antes, se localizam em um mesmo sistema, possuindo uma relação hierárquica e direta. Esta teoria conhecida como Monista, teve como um de seus grandes defensores o jus-filósofo alemão KELSEN.⁷¹

A teoria Monista fatalmente se subdivide em duas correntes, na medida em que se torna necessário estabelecer a ordem hierárquica entre os direitos

⁷⁰ A teoria dualista sustenta que o Direito das Gentes e o Direito Interno são dois sistemas jurídicos igualmente válidos, embora distintos, independentes. Enquanto o primeiro regulamenta as relações entre os diversos Estados da comunidade internacional, o segundo objetiva as vinculações entre os indivíduos ou entre estes e o próprio Estado. (ARAÚJO, 2003, p.45)

⁷¹ Os monistas sustentam que o Direito Internacional e o Direito Interno são dois ramos de um mesmo sistema jurídico e, em conseqüência, se colocam em dois campos opostos – uns defendem o primado do Direito Internacional e outros afirmam a primazia do Direito interno. Os que pelejam a favor da prioridade do Direito internacional se bifurcam – uns não admitem que uma norma de Direito interno vá de encontro com a um preceito Internacional, sob pena de nulidade (KELSEN), enquanto os mais moderados (VERDROSS) negam tal falta de validade, embora afirmem que tal lei constitui uma infração que o Estado lesado pode impugnar exigindo ou a sua derrogação ou a sua inaplicabilidade, responsabilizando o infrator a indenizar os prejuízos decursivos. (ARAÚJO, 2003, p.47)

internacional e interno. Pergunta-se: em caso de conflito, prevaleceria a norma internacional ou a norma constitucional? Os internacionalistas entendem que a norma internacional deve prevalecer em face da norma constitucional de um Estado. Os nacionalistas, ao contrário, defendem a supremacia da constituição dos Estados, que seria indiscutivelmente superior hierarquicamente sobre as normas do Direito Internacional, prevalecendo sobre elas no caso de conflito entre normas.⁷²

A esse respeito, vários juristas nacionais já escreveram, sendo esclarecedora a contribuição do Ministro Francisco Resek:

Para os autores dualistas – dentre os quais se destacam neste século Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, e Dionísio Anzilotti, na Itália -, o direito internacional e o direito interno de cada Estado são sistemas rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional. Os autores monistas dividiram-se em duas correntes. Uma sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas. Outra apregoa o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional repousa como uma faculdade discricionária. O monismo internacionalista teve em Hans Kelsen seu expoente maior, enquanto a vertente nacionalista encontrou adeptos avulsos na França e na Alemanha, além de haver transparecido com bastante nitidez, entre os anos vinte e os anos oitenta, na obra dos autores soviéticos. (1995, P.4-5).

O Estado Brasileiro nunca se posicionou muito bem sobre qual dessas teorias abraçaria, de fato é possível encontrar na legislação exemplos ilustrativos de sua opção por mais de uma dessas teorias.

Se é certo que pouquíssimos autores, fora do contexto soviético, comprometeram-se doutrinariamente com o monismo nacionalista, não menos certo é que essa idéia norteia as convicções judiciárias em inúmeros países do ocidente – incluídos o Brasil e os Estados Unidos da América -, quando os

⁷² A doutrina dualista considera o Direito Internacional e o Direito interno como sistemas jurídicos distintos e independentes. Seu criador foi o Alemão Heinrich Triepel, em 1899, sendo logo adotada pelo italiano Dionizio Anzilotti. A doutrina monista, por sua vez, entende haver uma unidade, formando o Direito Internacional Público e o Direito interno um conjunto de regras jurídicas intergradadas em um amplo sistema normativo. (DEL'OMO, 2002, p.27).

tribunais enfrentam o problema do conflito entre normas de direito internacional e de direito interno.⁷³

Desta forma, o que existe é a necessidade de controle das decisões emanadas do Judiciário, mas o Devido Processo Legal recepcionado pela Constituição Federal não garante o princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

Segundo o artigo 49 da Constituição Federal, é de competência exclusiva do Congresso Nacional, não exigida a sanção do Presidente, resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Tal dispositivo constitucional poderia nos revelar a tendência dualista do Estado Brasileiro devido à necessidade de os tratados internacionais passarem pela votação no Congresso Nacional e ainda posterior sanção do Presidente para que possam produzir efeitos jurídicos dentro do sistema de direito interno.

Mas ao regular os tratados relativos a direitos fundamentais, o artigo 5º da Constituição Federal dispõe o seguinte em seus parágrafos 1º, 2º e 3º (este último) introduzido pela Emenda Constitucional 45, de 2004:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.⁷⁴

§ 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Segundo o §1º, normas de direitos e garantias fundamentais, como aquelas presentes no Pacto de São José da Costa Rica, têm aplicação imediata, mas é óbvio que somente seriam aplicadas se passassem a vigorar no sistema interno.

⁷³ RESEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p.5-6.

⁷⁴ BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

Mas o Pacto de São José da Costa Rica já vigora desde 1992. Assim, o que cabe ressaltar neste momento é se o Brasil, independentemente de ser Dualista ou Monista, seria Nacionalista ou Internacionalista. Ou seja, se no ordenamento interno em vigor as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais estariam, do ponto de vista hierárquico, no mesmo nível ou abaixo da Constituição Federal.

Conforme expõe o §2º, não pode a Constituição excluir direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. Assim, poderíamos conceber a existência uma paridade entre a Constituição Federal e os Tratados Internacionais que versarem sobre direitos e garantias fundamentais. Ocorre que tais normas podem colidir entre si, como ocorreu, por exemplo, no mesmo Pacto de São José da Costa Rica, quando em seu artigo 5º, nº6 prescreve que “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”, ou seja, não poderia sofrer penas privativas de liberdade o fiel depositário de bem, quando deste se desfaz, o que não ocorre no Brasil, onde este sofre esta sanção.

Mas por que existiu a prevalência da norma interna nesse caso? E por que o Duplo Grau de Jurisdição, também presente no artigo 8º, nº2, letra h do mesmo tratado não é recepcionado como Garantia Constitucional?

O artigo 4º da Constituição Federal, inciso II, diz que o Brasil deve reger as relações exteriores sob o princípio da prevalência dos direitos humanos. Se pensarmos por este prisma, poderíamos entender que, no conflito, o Brasil deveria declarar normas internacionais de direitos humanos acima, inclusive, da Constituição, o que nos faz pensar mais ainda, porque na prática estas não têm se sobreposto hierarquicamente.

Há ainda a inovação do §3º do artigo 5º da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº45, que outorga aos tratados de Direitos Humanos, ou seja, os que versam sobre direitos e garantias fundamentais, o

status de Emenda Constitucional, mas desde que aprovados por dois terços do Congresso Nacional. Ocorre que nenhum tratado ainda foi aprovado nos termos configurados no caso em tela.

A raiz do problema se encontra no artigo 102, III, b, da Constituição Federal, que outorga ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de um tratado.

Na prática, ao outorgar essa competência ao STF, a Constituição Federal possibilitou que este exercesse o controle difuso de constitucionalidade sobre normas decorrentes de tratados internacionais. dessa forma, quando declara que deve ser mantida determinada decisão que julgou procedente a inconstitucionalidade de tratado internacional, o STF não está fazendo mais do que interpor hierarquicamente a supremacia da Constituição Federal sobre tratado internacional, através do controle difuso de constitucionalidade. Por esse motivo, na análise do sistema constitucional, entende-se que, ao final, prevalecerá a Constituição, mesmo no caso de tratados que versem sobre direitos e garantias fundamentais.

Outro aspecto é o artigo 105, II, c, da CF, que atribui ao STJ a competência de 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 contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência.

Assim, em outra análise, a Constituição Federal parece reconhecer os tratados internacionais em igualdade hierárquica com as Leis Federais, o que novamente comprovaria estarem esses tratados sujeitos à supremacia das normas constitucionais.

Mesmo distante da discussão que envolve o caráter constitucional do princípio do Duplo Grau de Jurisdição e sua presença no nosso sistema como sub-princípio do Devido Processo Legal ou até mesmo por inclusão do Pacto de

São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário desde 1992, e que prevê o direito do indiciado a recurso. Não há que se confundir Duplo Grau com Duplo Exame. Essa diferenciação esta que poderia até mesmo resolver qual destes deve ser reconhecido como garantia constitucional.

Podem ser citados os embargos de declaração e os recursos inominados nos juizados especiais como exemplo de decisões passíveis de serem reexaminadas no mesmo grau hierárquico de jurisdição e até mesmo pelo próprio prolator desta, o que configuraria reexame (nesse caso, recurso), mas não Duplo Grau. Por outro lado, o caso da remessa necessária não poderia ser considerado como recurso, uma vez que lhe falta a voluntariedade, a tipicidade, a dialeticidade, o interesse em recorrer, a tempestividade e o preparo, que são características e pressupostos de admissibilidade dos recursos. Mas este seria um caso claro de atendimento ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, uma vez que ela leva a decisão a ser reexaminada em um grau de jurisdição hierarquicamente superior.

De forma diversa à exposta, existem autores que não fazem distinção entre Duplo Exame e Duplo Grau. Veja-se, a esse respeito, o que se diz:

...consiste na possibilidade de impugnar-se judicialmente a decisão judicial, que seria reexaminada pelo mesmo ou outro órgão superior de jurisdição. Não é ilimitado, podendo a lei restringir o cabimento de recursos e suas hipóteses de incidência (NERY & NERY, 1996, p.878)

...impõe que qualquer decisão judicial, da qual possa resultar algum prejuízo jurídico para alguém, admita revisão judicial por outro órgão pertencente também ao poder judiciário (não necessariamente por órgão de maior hierarquia em relação àquele que proferiu, inicialmente, a decisão). (MARINONI & ARENHART, 2004, p.543).

Parece que a diferenciação proposta por esses autores está coerente com o sistema, já que atende ao disposto no art.5º, LV da Constituição Federal, que garante a todos o contraditório e a ampla defesa, permitindo a utilização dos meios e recursos inerentes à parte para ter reexaminada uma primeira decisão judicial que fora proferida contrariamente a seus interesses. Restam, portanto, entendimentos de que o Duplo Grau não é garantia constitucional, pois o que a

Constituição garante e é atendido pelo ordenamento é o direito da parte de possuir um meio de controlar a decisão proferida.⁷⁵

Dessa forma, é necessário compreender o desenvolvimento dos direitos e garantias fundamentais prestados ao homem, entre os quais se encontra o princípio do Duplo Grau de Jurisdição, para se entender a recepção e o tratamento prestado pela Constituição Federal de 1988 no tocante a essas garantias fundamentais.

Em suma, diante de uma diversidade de normas internacionais de proteção ao indivíduo e da crescente adoção pelos Estados, principalmente os europeus, da Teoria Kelseniana Monista Internacionalista, imprescindível é a demonstração do tratamento prestado pelo sistema jurídico brasileiro ao confrontar institutos jurídicos de garantias fundamentais, como o direito ao Devido Processo Legal, com o das normas internacionais que prestam garantias muito mais amplas, ainda não reconhecidas como garantias constitucionais no país, caso do princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

Diante dessas considerações, parece razoável prestar ao direito de reexame de decisões judiciais (independentemente do grau de jurisdição) um lugar entre as garantias fundamentais decorrentes da Constituição Federal.

Uma vez vencida essa discussão, a etapa seguinte consiste na análise dos limites do reexame pelos tribunais, principalmente no tocante às questões devolvidas para nova análise, a fim de evitar que este instrumento seja utilizado exageradamente. Ou seja, é necessário definir a extensão da garantia constitucional do reexame diante da devolução para nova análise das questões debatidas e analisadas anteriormente, mais precisamente as questões de fato e as questões de direito.

⁷⁵ Marinoni e Arenhart (2004, p. 5) entendem nem mesmo existir garantia constitucional ao reexame, quando advogam que o legislador infraconstitucional não está obrigado a estabelecer, para toda e qualquer causa, uma dupla revisão em relação ao mérito, principalmente porque a própria Constituição federal, em seu art.5º, XXXV, garante a todos o direito à tutela jurisdicional tempestiva, direito este que não pode deixar de ser levado através da instituição da “dupla revisão”.

3. AS QUESTÕES DE FATO E AS QUESTÕES DE DIREITO

3.1. O FATO E A NORMA

Reconhecido o direito ao Reexame como garantia constitucional, necessário se faz conhecer os seus limites, ou seja, as questões que poderão ser novamente analisadas, mais precisamente, diferenciar questões de fato e questões de direito. Antes, porém, deve-se demonstrar, diferenciar e classificar as categorias de fato, direito e norma jurídica.

Ao definir a acepção da palavra Direito, o professor Reale (1999, p.64) entende que as diversas tentativas anteriores levaram ao surgimento da teoria da tridimensionalidade do direito, na qual se demonstram três aspectos básicos discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica, os quais seriam: “um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça)”(REALE, 1999, p.64).⁷⁶

Com base nessa concepção de direito, emerge uma estrutura de norma jurídica na qual: *Se F é, C deve ser*, ou seja, compreendendo um complexo fático (F), para o qual é necessária a formulação da hipótese, que terá uma consequência (C).

⁷⁶ Nas últimas quatro décadas o problema da tridimensionalidade do Direito tem sido objeto de estudos sistemáticos, até culminar numa teoria, à qual penso ter dado uma feição nova, sobretudo pela demonstração de que: a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram. (REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24 edição. 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 1999, p.64-65).

Assim, fica evidenciado que a forma da regra de conduta não pode ser separada de sua base fática e de seus objetivos axiológicos:

fato, valor e forma lógica compõem-se, em suma, de maneira complementar, dando-nos, em sua plenitude, a estrutura lógico-fática-axiológica da norma de direito. Isto não impede, é claro, que, por abstração, sejam postos entre parênteses os aspectos *fático* e *valorativo*. Quando se quer, porém, ter um conceito integral da norma, é necessário estudar os três fatores em sua correlação dinâmica. (REALE, 1999, p.65)

Diante das concepções do que seja o direito e de como se estrutura sua norma de conduta, deve-se expor como ocorre a aplicação dessa norma junto a este fato para que a jurisdição seja prestada.

De forma simplificada, para a aplicação do direito é necessário adequar uma regra “abstrata” (a norma jurídica)⁷⁷ a um fato concreto (fatos particulares), pois somente assim poderá o magistrado dizer o direito *in concreto*, prestando ao indivíduo a atividade jurisdicional buscada.

Ocorre que o que acima parece simples possui uma complexidade maior, pois essa atuação do magistrado na aplicação do direito implica uma série de atos de caráter lógico e axiológico muito mais complexos do que a aplicação da lei à estrutura de um silogismo, onde a norma legal e a enunciação do fato formam as premissas maior e menor.⁷⁸

⁷⁷ Toda norma jurídica representa um mandato hipotético: supões determinada situação (precisamente determinado conflito de interesse) e manda com respeito a ela. para individualiza-la, é necessário comprovar uma situação idêntica à situação suspeita e mandar de maneira idêntica com respeito a ela; o mandato hipotético se converte assim em mandato real. a comprovação da identidade (ou da diferença) da situação suposta pela norma e da situação suposta da lide (“causa”) é o fim do processo e o objeto do julgamento”. (CARNELUTTI, 2002, p 30).

⁷⁸ De aí que a estrutura da sentença se explique mediante a conhecida forma lógica de um silogismo, cuja premissa maior está constituída pela afirmação da situação suposta pela norma jurídica; cuja premissa menor a está pela afirmação da situação suposta na lide, e cuja conclusão a está por afirmação ou negação da aplicação da norma jurídica à situação suposta na lide (com base na comprovada identidade ou diferença da situação suposta pela norma e a situação suposta na lide). (CARNELUTTI, 2002, p 30).

À Duplicidade das premissas correspondente o duplo tema da atividade do juiz: posição da norma jurídica e posição da situação de fato; ou como se diz na linguagem usual: questão de direito (Rechtsfrage) e questão de fato (Thatfrage). (CARNELUTTI, 2002, p 30).

Essa complexidade pode ser vislumbrada inicialmente na determinação prévia da norma aplicável à espécie, pois logo no início dos atos é necessário escolher previamente uma norma que já possui relação com a base fática para ser aplicada, havendo o magistrado posteriormente que percorrer as relações entre esses fatos já mais consolidados e a norma prescrita, para ver se guardam adequação entre si, ou se existem outras que se aperfeiçoam ao fato.

É importante, ainda trazer outras considerações a respeito da norma e do fato. Discorrendo a respeito da norma, Hans Kelsen observou que o fato externo constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito) quando em conformidade com seu significado objetivo. Assim, ao se processar no espaço e no tempo, este é um evento sensorialmente perceptível, determinado pela lei da causalidade, como uma parcela da natureza. Por esse motivo, a transformação do fato em ato jurídico não ocorre através da sua facticidade, seu ser natural, nem seu ser determinado pela lei da causalidade, mas sim através do sentido objetivo que está ligado a esse ato⁷⁹. Afirma Kelsen:

O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que, a ele se refere com o seu contido, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. Mas também na visualização que o apresenta como um acontecer natural apenas se exprime uma determinada interpretação, diferente da interpretação normativa: a interpretação causal. A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma.(KELSEN, 1999, p.4)

Ato jurídico ou ato lícito, no sentido amplo, abrange o ato jurídico no sentido estrito, “se tiver por escopo a mera realização da vontade do agente, gerando conseqüências jurídicas previstas em lei, não havendo regulamentação da autonomia privada”(DINIZ, 1995, p.84) e o negócio jurídico, “se procurar criar norma para regular interesses das partes”(DINIZ, 1995, p.92). A finalidade do

⁷⁹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução João Batista Machado. 6ª ed, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.4.

ato jurídico seria a aquisição de direitos, a defesa dos direitos, a modificação dos direitos e a extinção dos direitos.⁸⁰

O ato ilícito é aquele praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Havendo violação do direito objetivo por ato omissivo ou comissivo, surge o direito de o titular pleitear do Estado uma prestação jurisdicional para assegurá-lo, ou seja, este deverá ser protegido por uma ação judicial.⁸¹

Claro está que norma e juízo de valor estão relacionados quando se trata de definir parâmetros para a ordem jurídica. Examinando a questão das condutas em função do valor a elas atribuído, Kelsen relaciona causa e efeito das normas, esclarecendo o seguinte:

O juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com uma norma objetivamente válida, é um juízo de valor, e, neste caso, um juízo de valor positivo. Significa que a conduta real é “boa”. O juízo, segundo o qual uma conduta real não é tal como, de acordo com uma norma válida, deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma, é um juízo de valor negativo. Significa que a conduta real é “má”. Uma norma objetivamente validada que visa uma conduta como devida, constitui um valor positivo ou negativo. A conduta que corresponde à norma tem um valor positivo, a conduta que contraria a norma tem um valor negativo. (KELSEN, 1999, p.19)

Dessa forma, quando o juízo de valor se referir a uma conduta real que constitui o objeto da valoração, essa conduta é um fato da ordem do ser, um

⁸⁰ O ato lícito tem por objeto: a) a aquisição de direitos, pois é idôneo para criar direitos, já que o ilícito relativamente ao agente, só impõe deveres; b) a defesa dos direitos, uma vez que, para resguardar seus direitos, o titular deverá praticar atos conservatórios, como protesto, retenção, arresto, seqüestro, caução real ou fidejussória, interpelação judicial etc., e, para proteger seu direito ameaçado ou violado, deverá mover ação judicial. E além, disso, o titular, para defender seu direito, está, ainda, provido de instrumentos de defesa preventiva, para impedir a sua violação; c) a modificação dos direitos, pois, sem que haja alteração em sua substância, os direitos podem sofrer modificação em seu conteúdo e em seu titular; logo poder-se-á ter: modificação objetiva, quando atingir a qualidade ou a quantidade do objeto da relação jurídica, ou modificação subjetiva, se pertinente ao titular, subsistindo a relação jurídica, caso em que se poderá ter a substituição do sujeito de direito por ato *inter vivos* ou *causa mortis*; e d) a extinção de direitos, nos casos previstos em lei (DINIZ, 1995, p.92).

⁸¹ Ação é o meio que o titular do direito tem para obter a atuação do Judiciário, no sentido de solucionar litígios relativos a interesses jurídicos. Se inexistisse esse modo de assegurar o direito ameaçado ou violado, seu titular teria de fazer justiça com as próprias mãos, se não quisesse a impunidade do que praticou a ilicitude, o que está vedado em nosso direito (DINIZ, 1995, p.86).

elemento da realidade existente no tempo e no espaço que terá um valor negativo ou positivo, podendo ser um fato valioso se for positivo, ou seja, de acordo com a norma válida, ou podendo ser um fato desvalioso se for negativo, se for contrário à norma válida.

Existe ainda a necessidade de se falar das normas justas e injustas, pois, segundo Kelsen, o valor de justiça do ato normativo deve ser distinguido do valor jurídico constituído pelas normas de direito positivo, pois a justiça é a qualidade de uma conduta humana específica, que é um fato da ordem do ser existente no tempo e no espaço, a qual é valorizada segundo o tratamento dado a outros homens. É ainda Kelsen que afirma:

O resultado é um juízo exprimido que a conduta é tal como – segundo a norma de justiça – deve ser, isto é, que a conduta é valiosa, tem um valor de justiça positivo, ou que a conduta não é como – segundo a norma de justiça – deveria ser, porque é o contrário do que deveria ser, isto é, que a conduta é desvaliosa, tem um valor de justiça negativo.(KELSEN, 1999, p.5).

Se a estatuição da norma de direito positivo corresponde à norma de justiça, então o valor jurídico constituído por aquela coincide com o valor de justiça constituído por esta. Diz-se, neste caso, que a norma do direito positivo contraria a norma de justiça, valor de justiça e valor jurídico não coincidem; diz-se então que a norma do direito é injusta. No entanto, a justiça e a injustiça, que são afirmadas como qualidades de uma norma jurídica positiva cuja validade é independente desta sua justiça ou injustiça, não são – ou não são imediatamente, pelo menos – qualidades desta norma, mas qualidades do ato pelo qual ela é posta, do ato de que ela é o sentido.(KELSEN, 1999, p.8)

Ao tratar do problema da justiça, o ilustre jurista Norberto Bobbio (2003, p.46) entende que esta questão, além de ser uma valoração imprescindível, deve ser estudada à parte para se estabelecer uma teoria de norma jurídica com fundamentos sólidos. Seu pensamento a respeito dessa questão de valor é o seguinte.

O problema da justiça é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico. Não tocamos aqui na questão se existe um ideal de bem comum idêntico para todos os tempos e para todos os lugares. Para nós, basta constatar que todo ordenamento jurídico persegue certos fins, e convir que sobre o fato de que estes fins representam os valores a cuja realização o legislador, mais ou menos conscientemente, mais ou menos adequadamente, dirige sua própria obra. No caso de se considerar que existam valores supremos,

objetivamente evidentes, a pergunta se uma norma é justa ou injusta equivale a perguntar se é apta ou não a realizar os valores históricos que inspiram certo ordenamento jurídico concreto e historicamente determinado. O problema se uma norma é justa ou não é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é :norma justa é aquela que deve ser; norma injusta é aquela que não deveria ser. Pensar sobre o problema da justiça ou não de uma norma equivale a pensar sobre o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal. Por isso, o problema da justiça se denomina comumente de problema deontológico do direito.(BOBBIO, 2003, p.46)⁸²

Não se pode tratar dessas premissas sem rapidamente falar-se da efetividade do processo, ou seja, é necessário pensar na sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, além de eliminar certos óbices que prejudicam a qualidade do produto final, os quais também são chamados de pontos sensíveis. Confira-se⁸³:

a) a admissão ao processo (ingresso em juízo). É preciso eliminar as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem as pessoas de litigar ou dificultem o oferecimento de defesa adequada. A oferta constitucional de *assistência jurídica integral e gratuita* (art.5º, inc.LXXIV) há de ser cumprida, seja quanto ao juízo civil como ao criminal, de modo que ninguém fique privado de ser convenientemente ouvido pelo juiz, por falta de recursos. A justiça não deve ser tão cara que o seu custo deixe de guardar proporção com os benefícios pretendidos. É preciso também eliminar o óbice jurídico representado pelo impedimento de também litigar para a defesa de interesses supra-individuais (difusos e coletivos); a regra individualista segundo a qual cada qual só pode litigar para a defesa de seus próprios direitos (CPC, art.6º) está sendo abalada pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24.7.85), que permite ao Ministério Público e às associações pleitear judicialmente em prol de interesses coletivos ou difusos, assim como, *v.g.*, pela garantia constitucional do *mandado de segurança coletivo*, que permite partidos políticos e entidades associativas a defender os direitos homogêneos de toda uma categoria, mediante uma só iniciativa em juízo (art.5º, inc.LXX; *v.* também inc. XXI – *v. infra*, n.158);

b) o modo-de-ser do processo. No desenrolar de todo o processo (civil, penal, trabalhista) é preciso que a ordem legal de seus atos seja observada (*devido processo legal*), que as partes tenham oportunidade de participar em diálogo como o juiz (*contraditório*), que este seja adequadamente participativo na busca de elementos para sua própria instrução. O juiz não deve ser mero espectador dos atos processuais das partes, mas um protagonista ativo de todo o drama processual;

c) a justiça das decisões. O juiz deve pautar-se pelo critério de justiça, seja (a) ao apreciar a prova, (b) ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas ou (c) ao interpretar os textos de direito positivo. Não deve exigir uma prova tão precisa e exaustiva dos fatos,

⁸² BOBBIO, Noberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti, 2ª edição, São Paulo, Editora Edipro. São Paulo, 2003, pág.46.

⁸³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do processo. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.34-35.

que torne impossível a demonstração destes e impeça o exercício do direito material pela parte. Entre duas interpretações aceitáveis, deve pender por aquela que conduza a um resultado mais justo, ainda que aparentemente a vontade do legislador seja em sentido contrário (a *mens legis* nem sempre corresponde à *mens legislatoris*); deve “*pensar duas vezes antes de fazer uma injustiça*” e só mesmo diante de um texto absolutamente sem possibilidade de interpretação em prol da justiça é que deve conformar-se;

d) a utilidade das decisões. Todo o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro slogan dos modernos movimentos em prol da efetividade do processo e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.(CINTRA, 2000, p.34-35)

Tratando sobre o processo justo, Augusto Morello arremata afirmando que “debe ser (no lo es en el presente) el medio especificamente idóneo para hacer justicia a las partes, lo que requiere no encerrarse sobre si mismo, aislándose de su finalidad u de las consecuencias que de él deben seguirse.”(MORELLO, 1994, p.646).

Ao citar uma variedade de doutrinas e doutrinadores, o professor Miguel Reale ensina que estas “demonstram, à sociedade, que a aplicação do Direito não se reduz a uma questão de lógica formal”.(REALE, 1999, p.304)

Para Reale, é “uma questão complexa, na qual fatores lógicos, axiológicos e fáticos se correlacionam, segundo exigências de uma unidade dialética, desenvolvida ao nível da experiência, à luz dos fatos e de sua prova.”(REALE, 1999, p.304).

Assim, deve-se entender que o direito se origina do fato, porque sem que haja um acontecimento ou evento, não há base para que estabeleça um vínculo de significação jurídica. Isto, porém, não implica a redução do Direito ao *fato*, tampouco em pensar que o fato seja mero *fato bruto*, pois os fatos, dos quais se origina o Direito, são fatos humanos ou fatos naturais objeto, de valoração humanas.⁸⁴

⁸⁴.REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24 edição. 2ª tiragem, São Paulo:Saraiva, 1999, p.200.

Não se deve confundir *fato* com *fato jurídico*, pois este não é algo anterior ou exterior ao direito, pois sim, “um fato juridicamente qualificado, um evento ao qual as normas jurídicas já atribuíram determinadas conseqüências, configurando-o e tipificando-o objetivamente”.(REALE, 1999, p.200)

Nesta consideração, fato jurídico é todo e qualquer fato que, na vida social, venha a corresponder ao modelo de comportamento ou de organização configurado por uma ou mais norma de direito.⁸⁵

Maria Helena Diniz expõe sua noção de fato jurídico no sentido amplo, *lato sensu*, como determinante na criação de relação jurídica, estribado no direito objetivo⁸⁶, fazendo surgir um poder de determinado sujeito, denominado de direito subjetivo.⁸⁷

Outrossim, o fato primeiramente se apresenta como espécie de fato vista na norma, e posteriormente, como efeito juridicamente qualificado, como a correspondência do fato concreto ao fato-tipo genericamente modelado na regra do direito, como melhor explica Miguel Reale (1999, p.201), “desse modo, o fato está no início e no fim do processo normativo, como *fato-tipo*, previsto na regra, e como *fato concreto*, no momento de sua aplicação”.

O *fato* por conseguinte, pode ser visto como *elemento de mediação* entre os dois elementos que compõem a regra de direito: entre a previsão que há nesta de um *fato-tipo*, e o *efeito* que ela atribui à ocorrência ou não do fato genericamente previsto.”(REALE, 1999, p.202).

⁸⁵.Ibid, p.201.

⁸⁶ Direito objetivo é o complexo de normas jurídicas que regem o comportamento humano, de modo obrigatório, prescrevendo uma sanção no caso de sua violação, enquanto o direito subjetivo é a permissão dada por meio de norma jurídica, para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não algo, ou, ainda, a autorização para exigir, por meio dos órgãos competentes do poder público ou por meio de processos legais, em casos de prejuízo causado por violação da norma, o cumprimento da norma infringida ou a reparação do mal sofrido (DINIZ, 1993, p. 8 e 9).

⁸⁷ O fato *lato sensu*, estribado no direito objetivo, possibilita a criação de relação jurídica, que submete certo objeto ao poder de determinado sujeito. A esse poder se denomina direito subjetivo. Assim fatos jurídicos seriam os acontecimentos, previstos em norma de direito, em razão dos quais nascem, se modificam, subsistem e se extinguem as relações jurídicas (DINIZ, 1995, p.84).

Ao arrematar seus pensamentos sobre o *fato bruto* e o *fato jurídico*, expôs de forma brilhante o ilustre professor Reale:

Donde se conclui, de acordo com o princípio fundamental, referido no início dessa aula, que não se pode falar em *fato jurídico* senão na medida e enquanto esteja inserido numa estrutura normativa. Pelas mesmas razões, só são *atos*, do ponto de vista jurídico, o evento ou comportamento que sejam *atos jurídicos possíveis*. É o motivo pelo qual não há, em Direito, fato bruto, pois o fato já deve conter algumas das notas valorativas que permitam a sua correspondência ao fato-tipo previsto na regra de direito. Em última análise, o fato-tipo é um módulo de valoração do fato possível na vida concreta, o que exclui que entre o fato e o fato jurídico possa existir um nexo de causalidade. O que se poderá dizer é que entre eles existe um liame de "causalidade motivacional", para empregarmos feliz expressão de Husserl, pondo em realce a natureza axiológica de todo fato social ou histórico.(REALE, 1999, p.202-203)

Diante dessas colocações, vale agora esclarecer que a qualificação do fato e a incidência da norma são questões que deve o magistrado resolver antes de prestar efetivamente a tutela jurisdicional, e que no fim, influenciam na justiça, validade e eficácia da norma aplicável.

Mas deve-se ressaltar que, apesar das questões de fato e de direito serem diferentes, possuem estreita relação, pois se a norma sofrer uma interpretação autônoma abstrata, indiferente ao caso apresentado, para posteriormente ser aplicada sem atenção aos problemas e justificativas da lide, a possibilidade de uma injustiça e principalmente de se engessar a atividade do magistrado é muito grande, "pois o sentido normativo-jurídico da norma apenas se consuma no juízo e pelo juízo, só no juízo e pelo juízo a sua normatividade, sempre de uma aberta indeterminação em abstracto, se vai concretamente determinando" (NEVES, 2003, P.345).⁸⁸

Segundo o Professor Miguel Reale (1999, p.209), a análise dessa distinção é importantíssima, "pois, se não houvesse distinção entre *questão de direito (direito em tese)* e *questão de fato*, ruiria toda a construção relativa ao sistema vigente no Brasil para a formalização da jurisprudência." E completa:

⁸⁸ A norma, com a sua normatividade que a interpretação determine como critério normativo-jurídico julgado, não é uma entidade de sentido normativo absoluto e invariável, sempre e em todos os casos o mesmo, mas antes uma variável normativa em função do problema judicativo-decisório que a convoca, a interroga problemáticamente e a vai determinando na sua normatividade judicativamente assimilada. (NEVES, 2003, p.345)

Tudo está em situar o assunto em dois momentos distintos. Para que haja “questão de fato” não é essencial que não se considerem problemas de direito, pois vimos que isto seria inviável. Questão de fato é atinente ao fato na sua existência (sobre o fato F efetivamente se deu) e se o mesmo apresenta, à luz da prova produzida pelas partes, a configuração de C, isto é, com tais ou quais elementos constitutivos. O reconhecimento de que o fato, que interessa ao Direito, não se explica segundo nexos causais não altera os dados do problema.(REALE, 1999, p.210).

Veja-se de melhor forma o que são as questões de fato e as questões de direito e a sua importância.

3.2. QUESTÕES DE FATO E QUESTÕES DE DIREITO

Após o reconhecimento da Garantia Constitucional do Reexame e do que seria o fato e a norma, é necessário esclarecer o que são questões de fato e de direito, a fim de se entender o limite da análise dessas questões quando a decisão for objeto de reexame.

Quando se ajuíza uma demanda, coloca-se ante o juiz a necessidade de conhecer diversos temas relacionados à relação jurídica processual e à relação jurídica de direito material.

O procedimento representa a seqüência de atos, por meio dos quais o magistrado conhece as peculiaridades e circunstâncias específicas da relação processual que foi instaurada por meio da demanda e da relação material alegada em seu conteúdo.

Tendo-se como verdade o que foi dito, pode-se asseverar que à medida que o processo se desenvolve, a partir de seu primeiro desenrolar, surge, para o juiz, um grande número de alegações relacionadas tanto à relação processual como à material.

É assim quando se afirma que a) o juiz é incompetente; b) há coisa julgada; c) a citação foi feita sem o respeito a alguns requisitos. Todas essas alegações referem-se à relação processual. São pontos processuais. Quando sobre essas

alegações surge uma controvérsia, dize-se que geram questões. Dessa forma, questão significa uma alegação controvertida.

Para se ter uma idéia a respeito do que seja questão, deve-se lembrar as palavras de Carnelutti, ao afirmar que “quando uma afirmação compreendida na razão (da pretensão ou da discussão) possa engendrar dúvidas, e, portanto, tenha de ser verificada, converte-se numa questão.”(CARNELUTTI, 200, p.39). A questão pode-se definir, pois, como um ponto duvidoso, de fato ou de direito, e sua noção é correlativa da afirmação.

Questão seria algo a ser esclarecido, pois seja por não estar claro dentro dos autos a relevância e veracidade de certos pontos alegados pelo autor, ou porque estes pontos foram negados ou até mesmo modificados quando do exercício de defesa por parte do réu, é necessário ao julgador resolver esta controvérsia, ou seja, decidir a certa desta questão, para que possa continuar seu exercício de convicção. Neste sentido, ensina Cândido Rangel Dinamarco que:

Para preparar a sentença de mérito e afinal definir seu teor, o juiz tem a necessidade de abrir caminho para as controvérsias dos litigantes em torno dos pontos de fatos e de direitos dos quais dependa o julgamento a ser proferido em favor de uma delas ou da outra. Ele precisa ser instruído, especialmente no que diz respeito a questão de fato, ou seja, à ocorrência ou não-ocorrência dos fatos alegados por uma das partes e negados pelo adversário. Sem se inteirar suficientemente do que aconteceu ou está acontecendo, ou do que existe ou deixa de existir, ele não estará apto a decidir segundo o direito.(DINAMARCO, 2003, p.33)

Controvérsia é, em direito processual civil, o *conflito entre alegações incompatíveis entre si* (Carnelutti). O autor afirma na inicial a ocorrência dos fatos constitutivos de seu alegado direito, com a finalidade de demonstrar ao juiz que esse direito existe, e portanto, ele tem direito à tutela jurisdicional que veio pedir. Opondo-se a elas, o réu faz afirmações contrárias às do autor, com as quais leva *dúvidas* ao espírito do juiz sobre a verdade dos fatos. E este, que não tem motivos para crer no que disse um ou no que disse o outro, necessita

da *prova*, como meio técnico predisposto ao esclarecimento das dúvidas de fato, ou *questões de fato*.⁸⁹

Sempre que existirem pontos controvertidos ou duvidosos a respeito dos fatos constitutivos do direito do autor contestados pelo réu, estar-se diante de questões. “Tais questões são denominadas de *quaestio facti*, se recaem sobre os fundamentos de fato do pedido do autor. São outras denominadas *quaestio iuris* se recaem sobre os fundamentos jurídicos do pedido do autor”.(RODRIGUES, 2000, p.267).

Ao elucidar a diferença entre questão e litígio, Carnelutti afirma que a questão consiste em um conflito, não de interesses, mas de opiniões, pois a decisão do litígio, segundo esse autor, se obtém resolvendo as questões, as questões resolvidas convertem-se em razões da discussão, guardando os conceitos de razão e de questão estreita relação, transformando-se as razões da pretensão em questões do processo que se traduzem em razão da decisão.⁹⁰

Quando as questões são de natureza processual, devido ao regime publicista das normas que determinam a organização da atividade jurisdicional (normas processuais), tem-se que o magistrado pode conhecê-las sem ser provocado. Diz-se que tais problemas ou questões podem ser conhecidos de ofício, sem necessidade de provocação, já que dizem respeito à regulamentação da atividade que o magistrado exerce, a jurisdicional.

Nesse diapasão, vê-se que as questões processuais observam um regime todo peculiar, graças à sua natureza. Em primeiro lugar, não necessitam surgir da alegação de uma das partes, salvo exceções⁹¹. Em segundo lugar, como consequência, podem ser geradas pelo próprio magistrado.

⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**: Volume II. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 528.

⁹⁰CARNELUTTI, Francesco. **Sistemas de Direito Processual Civil**, Vol.II. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira, 1 ed., São Paulo: Classic Book, 2000. p.39.

⁹¹ Competência relativa, nulidade da cláusula de eleição de foro, compromisso arbitral, cláusula ,etc...

As questões processuais, no entanto, devem representar o menor dos problemas que são postos à cognição do juiz, visto que dizem respeito à forma, que nada mais é do que o conjunto de garantias postas à tutela do direito. Como garantias que são, não representam a finalidade do processo, mas tão somente sua estrutura.

Assim dizendo, concluí-se que as principais discussões que devem permear o processo, sempre que vencidas as anteriores, são aquelas que dizem respeito à relação de direito material que se quer apreciar. Os pontos mais importantes do processo e, conseqüentemente, as questões, devem dizer respeito ao direito material em debate.

Por conta disso, é interessante que, antes de tratar-se especificamente desses pontos e questões, se possa mostrar um breve panorama do direito material em debate no processo e as conseqüências de suas características.

A base moderna para o estudo do direito material é o direito civil, cujo surgimento organizado se deve ao gênio pratico romano. De Roma ao século XVIII, o direito material – sempre fortemente identificado com o direito civil – manteve uma premente característica: sua disponibilidade. Como as normas não penais tratam das conseqüências patrimoniais dos atos sociais, e o patrimônio, a propriedade, em quase todo o correr da história, foi vista como uma prerrogativa do indivíduo, de fruir, usar e abusar de um bem, é lógico pensar que o processo, método para sua discussão, assumisse também essa concepção.

Sabe-se também que, principalmente após a Revolução Francesa, instaurou-se, institucionalizou-se uma premissa de organização do Estado: a de que ele deveria ser mínimo, interferindo o quanto menos possível nas relações jurídicas privadas. Por ser o processo civil o método de exercício de uma das funções do Estado, por óbvio que assumiu a sua característica maior, sendo um instrumento menos ativo e posto, com mais liberdade, à disposição das partes.

Somando todas essas referências históricas, obtém-se uma primeira premissa que hoje é utilizada como, no mínimo, regra de conduta processual: o juiz não pode conhecer, de ofício, problemas relacionados à relação de direito material em discussão. Tanto por peculiaridades históricas na formação do direito material, como por particularidades atinentes ao processo, é que o estudo moderno do direito processual parte dessa premissa: o magistrado não deve conhecer, de ofício, dos problemas relacionados à relação de direito material. Assim é que as controvérsias ou questões relacionadas ao direito material não podem ser, em regra, conhecidas de ofício. A prescrição (salvo CC 194), o pagamento, a novação, são todos pontos ou alegações que dependem das partes para serem conhecidos pelo juiz.

Uma premissa que, se ainda é usada, não pode mais sê-lo de maneira absoluta, pois a forma de agir do Estado moderno enquadra-o em uma fisionomia mais atuante em prol da sociedade. Por isso que questões atinentes à relação de consumo já fogem dessa regra, visto que o diploma que as rege – Lei 8.078/90 – insere-se em uma perspectiva moderna de Estado – pós Constituição Federal de 1988.

Uma vez estabelecida a primeira premissa acerca das alegações feitas sobre a relação de direito material, chega-se a um segundo estágio, aquele que realmente interessa e este estudo: é possível classificar tais alegações, pontos que se ligam ao tema de direito material discutido?

Para fins de tutela jurisdicional da relação de direito material, há, sim, uma classificação de grande interesse e relevo prático, que diz respeito ao tipo de alegação e, conseqüentemente, de questão acerca da relação de direito material. Tal classificação abrange dois grupos distintos:

- a) alegações e questões de fato;
- b) alegações e questões de direito.

Assim são divididas as alegações e, por conseqüência as questões que a partir delas serão geradas, pois o fato e o direito são os elementos componentes do direito subjetivo que se quer afirmar existente por meio do processo de

conhecimento. Com efeitos, o direito subjetivo nada mais é do que a concretização de uma hipótese prevista em abstrato em uma norma jurídica, ou seja, é a coligação de um fato da vida a uma hipótese que a norma previu de maneira ampla.⁹²

A título de exemplo, poder-se-ia dizer que: se Caio bate no carro de Tício, causando a este danos em seu veículo, surge para o último o direito de indenizar-se dos danos. Como é que se poderia aferir a existência desse direito? Comparando-se a situação que aconteceu na vida com o padrão genérico existente em uma norma jurídica. O trabalho do magistrado consistirá, então, em uma dupla análise:

- a) saber qual foi realmente a situação social ocorrida;
- b) saber se essa situação social confere alguma posição de vantagem na medida em que se encaixa em uma previsão normativa.

Como o magistrado, no processo de conhecimento, resolve sobre a existência ou não de uma relação de direito material, é óbvio que sempre terá que analisar os seus dois elementos: o fático, que correlaciona sujeitos a fatos da vida; e o jurídico, que representa o enquadramento da situação social nas previsões abstratas da norma.

Caso, em sua atividade cognitiva, ele chegue à conclusão de que não há fato ou que esse não possui proteção no ordenamento, não confere o direito subjetivo (produto dessa união), a quem o requereu e em face do requerido⁹³.

⁹² Quanto à posição da norma jurídica, o juiz deve sujeitar-se estritamente à realidade (de ordem jurídica): não pode pôr uma norma que não exista, ainda que as partes a afirmem, nem pode omitir uma norma que exista, ainda que elas a calem. Assim, pois, este aspecto de sua atividade se reduz a um problema de conhecimento de ordem jurídica e à sua solução encaminham-se múltiplas providências, que se estendem desde a comprovação (análise) da adequada cultura jurídica do magistrado, até a provisão dos meios materiais que lhe permitam conservar ou acrescentar a cultura propriamente dita. O que se pede ao juiz é a posição da norma existente e não determinado processo para conseguir seu conhecimento. São, portanto, indiferentes os meios que o juiz utilize para conhece-la; é indiferente, particularmente, que o juiz obtenha conhecimento dela através dos elementos que lhe provenham as partes ou das que lhe proporcione sua cultura pessoal ou sua investigação pessoal. (CARNELUTTI, 2002, p 31)

⁹³ Sabendo-se que falamos em proteção para o requerente em face do requerido, assumindo uma hipótese de legitimidade ordinária.

Em síntese, o direito material alegado em juízo se compõe de dois elementos: um fático e outro jurídico. O fático consiste em saber se, no cotidiano social, verificou-se a situação alegada (se não se construiu o muro, se não houve o pagamento, se o motorista estava bêbado); o jurídico se circunscreve ao tema do enquadramento jurídico do fato, ou seja, da qualidade jurídica da situação ocorrida na vida (o fato ocorrido não caracteriza dano; a atitude do sujeito não pode ser qualificada como legítima defesa; a atitude do médico é considerada culposa, etc).

Quando alguém ajuíza uma demanda, apresenta ao magistrado tanto alegações de fato como de direito, no sentido acima posto. Quando surge uma discussão sobre seu acerto ou não, geram-se as questões de fato e de direito. Questão de fato, pois, é a alegação de uma situação social que foi controvertida, em regra pela parte contrária (dado o genérico caráter disponível do direito material), ou pelo juiz e MP, excepcionalmente.

Para o professor Candido Rangel Dinamarco, ao comentar sobre os fatos constitutivos do direito do autor, o réu pode assumir uma das três posturas: ou os admite, *confessando-os* (art.348), ou *silencia* a seu respeito (art.302), ou os *nega*. Nas duas primeiras hipóteses, as alegações feitas pelo autor permanecem incontroversas, fora, portanto, do objeto da prova, e ele não tem o ônus de comprová-las (art.334, incs.II-III). Se o réu nega os fatos⁹⁴ afirmados

⁹⁴ A afirmação de um fato é a posição deste como motivo da petição dirigida ao juiz. Quando o ato cuja realização seja pedida ao juiz pressuponha a existência de determinado fato, a petição do próprio ato implica necessariamente a afirmação do mesmo: afirmação se entende, de sua existência material.(CARNELUTTI, 2002, p 34)

A afirmação de um fato por parte de um litigante pode corresponder à formação do mesmo fato por parte do outro, isso sucede sempre que este outro também coloque aquele fato com motivo da sua petição ao juiz. (CARNELUTTI), 2002, p 34)

A afirmação de um fato já afirmado pela parte contrária se chama admissão, cuja noção, portanto, se particulariza nestes termos: posição como motivo da petição, de um fato já pressuposta na petição contrária. A afirmação unilateral (discorde) de um fato é condição necessária para a sua posição na sentença; a afirmação bilateral (concorde) é por fim condição suficiente. Os fatos não afirmados não podem ser postos; os fatos afirmados de comum acordo têm que ser postos.(CARNELUTTI, 2002, p 35)

Entre os fatos não afirmados por nenhuma das partes, fatos que não existirem para o juiz, e os fatos formados por todas as partes, que para ele simplesmente existem, encontra-se a área neutra dos fatos afirmados tão somente por uma ou alguma das partes, ou seja, fatos afirmados porém não admitidos, que podem existir ou não. São chamados fatos controvertidos, que constituem a regra em matéria de prova. O juiz encontra-se aqui frente a afirmação de uma parte e a negação da outra, ou seja, diante da discussão de um fato: é necessário proporcionar-lhe o meio ou indicar-lhe a via para resolver a discussão, ou seja para determinar

na demanda inicial, esse *ponto* transforma-se em *questão* e o autor terá encargo de provar o que alegou, sob pena de o fato ser tomado por inexistente. Tal é uma defesa *substancial*, porque vai ao direito material alegado pelo autor, e *direta*, porque feita mediante questionamento aos próprios fundamentos.⁹⁵

As dúvidas que o réu institui no processo ao afirmar fatos incompatíveis com os afirmados pelo autor chamam-se *questões de fato*. Lembrando que questão é o *ponto controvertido de fato ou de direito*, ponto é o antecedente lógico da questão. É fundamento posto por uma das partes e controvertido pela outra. A questão de fato, porque *dúvida*, exige prova que a desfaça. O mero ponto, porque inatacado por dúvidas, independe dela.⁹⁶

Questão de direito é a controvérsia acerca do enquadramento jurídico das alegações fáticas feitas. Para que haja direito subjetivo⁹⁷, não adianta um só dos elementos: mas, sim, a conjugação de ambos.

Conforme já exposto, no exercício das amplas possibilidades de defesa admissíveis, é lícito ao réu adotar esses quatro comportamentos, ou só um deles, ou alguns: a) negar os fatos alegados pelo autor, b) negar a eficácia jurídica desses fatos, c) alegar fatos novos, relevantes para o julgamento do mérito e d) alegar fatos e fundamentos jurídicos novos, de eficácia processual.⁹⁸

Quando o réu decide por alegar fatos e fundamentos jurídicos novos, de eficácia processual, se ele pretende a negação da eficácia jurídico-substancial

na sentença o fato não determinado pelas partes. Se esta é a da busca da verdade ou, em outras palavras, do conhecimento do fato controvertido, haveremos realizado para a posição do fato um sistema idêntico ao estabelecido para a posição do direito, ainda que dentro de limites mais restritos, e tudo se reduzirá a um problema lógico de conhecimento do fato controvertido, por parte do juiz. (CARNELUTTI, 2002, p 42-44)

⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**: Volume III. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 464.

⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**: Volume III. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p.529.

⁹⁷ Direito Subjetivo é faculdade. Quando se diz que alguém tem direito a alguma coisa, está-se referindo a direito subjetivo seu, a faculdade que possui. Logicamente, os direitos subjetivos encontram proteção na norma, do Direito Objetivo. É este que os garante. Em outras palavras, é o Direito Objetivo que confere às pessoas direitos subjetivos (FIUZA, 2003, p.14).

⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**: Volume III. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 463

dos fatos, esta alegação é uma “defesa *direta*, porque combate as premissas jurídicas da demanda inicial; assim como o autor tem o ônus de indicar os *fundamentos jurídicos do pedido*, tem o réu a faculdade e ônus de negar fundamentos alegados pelo autor. É *substancial* essa defesa, porque visa obter sentença favorável, pelo mérito (improcedência da demanda). Ao suscitá-la, o réu instala no processo uma ou várias *questões de direito*, que o juiz decidirá mediante sua própria interpretação da ordem jurídica positiva.⁹⁹

Ao tratar sobre as questões de fato, Miguel Reale expõe o que segue:

No fundo “questão de fato” equivale à “questão atinente à prova do fato que se deu”, nada havendo de estranho que, para a sua determinação o juiz efetue juízo de valor, em função das normas aplicáveis à espécie, pois o que ele qualifica é uma situação de fato irreversível. Em verdade, a questão de fato versa sobre o que já foi feito ou já ocorreu, e que, como tal, se acha circunscrito, definitivamente, no espaço e no tempo. É a razão pela qual o fato não pode ter senão o “significado” correspondente aos *elementos que ficaram delimitados em sua estrutura espaço-temporal, com a sua objetiva e intocável “configuração histórica”*. A finalidade da prova é reconstituir o fato, assim entendido, mas, muito embora sobre os “elementos fatuais” ou subjacentes não haja divergência, pode haver enforques jurídicos diversos.(REALE, 1999, p.210).

Na seqüência o mesmo jurista arremata seu pensamento, tecendo considerações sobre questões de direito.

A “questão de direito”, ou “direito em tese”, surge, propriamente, quando juízes diferentes, para resolver a mesma questão de fato, invocam normas jurídicas sobre cujo significado e alcance dão entendimentos diversos: a divergência não se desenvolve, pois, no plano fático ou da prova, mas no plano da “compreensão normativa”, envolvendo pressupostos doutrinários e princípios. Daí fala-se em “direito em tese”.(REALE, 1999, p.210)

Deve-se notar que às vezes a determinação jurídica do fato, para saber se estamos perante o fato exterior ao processo ou o fato jurídico¹⁰⁰, pode suscitar

⁹⁹ Ibid, p.465

¹⁰⁰ Fato é todo o acontecimento. Há fatos que não repercutem no mundo do Direito; não criam relações jurídicas, como um trovão, um cometa que passa, o vôo de um passarinho. Fato jurídico é, pois, todo o evento natural, ou toda ação ou omissão do homem que cria, modifica ou extingue relações ou situações jurídicas (FIUZA, 2003, p.158-159).

questões de direito que condicionam, previamente, a determinação probatória.¹⁰¹

Quer seja prévia, quer seja posterior, em relação à certificação probatória, parece existir sempre a possibilidade de distinguir a questão de direito, a qual pode ser posta com abstração do fato, cuja estrutura se discute; ou então para saber, em tese, quais os requisitos que deve reunir um fato para ter ou não a qualificação pretendida pelas partes.¹⁰²

Nesse sentido, mesmo entendendo os riscos de interpretar a norma de forma jurídico-abstrata, sem recorrer a caso concreto, é importante lembrar as considerações de Castanheira Neves:

O problema da interpretação jurídica, como problema normativo, acaba assim por ser o problema da concreta realização normativa do direito, E se o direito não é, na sua efectiva normatividade em contínua reconstituição normativa, senão nessa sua realização –“o direito existe para a sua realização; a realização é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito (IHERING)-, então haverá de dizer-se que a interpretação normativa é o próprio núcleo da concreta manifestação do direito e o direito assim, verdadeiramente, “*an interpretive concept*” – para o dizermos com DWORGIN - uma prática interpretativa, uma prática normativamente interpretativo-judicativa.(NEVES, 2003, p.346)

Torna-se clara a importância da resolução das questões de fato e de direito, havendo a necessidade de estas serem suscitadas, contraditas, discutidas e decididas, e a partir daí, transformarem-se em objeto de novo exame por órgão competente para pronunciar novo julgamento.

É exatamente na busca de solucionar essas questões que aparece o objeto do processo e o objeto da prova, onde o primeiro tem por finalidade dizer o direito que posteriormente poderia ser reexaminado, enquanto o segundo, possui a finalidade de apaziguar estas questões.¹⁰³

¹⁰¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24 edição. 2ª tiragem, São Paulo:Saraiva, 1999, p.210.

¹⁰² Ibid, p.211.

¹⁰³ Entre a posição da norma de direito e a posição da situação de fato existiria, pois, esta única diferença fundamental: a de que a posição da norma deve efetuar-se sempre de acordo com a realidade, enquanto que a posição do fato deve realizar-se de acordo com a realidade unicamente quando falte a disposição concorde das partes (não afirmação concorde).

Assim, é relevante o ponto de importância do objeto do processo e do objeto da prova, mas que não possui espaço nos presentes autos para maior aprofundamento, pois todo o processo tem seu objeto, que é a pretensão trazida pelo demandante ao juiz em busca de satisfação. Essa pretensão, caracterizada como expressão de uma aspiração ou desejo e acompanhada do pedido de um ato jurisdicional que a satisfaça, constituirá o alvo central das atividades de todos os sujeitos processuais, e particularmente, do provimento que o juiz emitirá ao fim. É em relação a ela que a jurisdição se exerce e a tutela jurisdicional deve ser outorgada àquele que tiver razão. Objeto do processo é o que ordinariamente se chama de mérito e tanto existe no processo de conhecimento quanto no executivo, no monitório ou no cautelar.¹⁰⁴

Para exercer a jurisdição de modo correto e útil, o juiz precisa lançar mão de certos elementos exteriores ao processo, que constituem os meios sem os quais seria impossível chegar aos resultados desejados.¹⁰⁵

Um desses meios é a prova, que é a “demonstração da veracidade de uma alegação quanto aos fatos relevantes para o julgamento” (DINAMARCO, 2003, p.304). “Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo” (CHIOVENDA, 2002, p.109).

O objeto da prova são os fatos que não sejam reconhecidos e notórios, porquanto os fatos que não se possam negar “*sine tergiversatione*” dispensam prova. As normas jurídicas, visto que devem ser conhecidas do juiz, não representam objeto de prova no sentido de que a falta de prova delas possa

Entretanto, para a posição da situação de fato o regulamento jurídico não só limita o campo dos fatos a conhecer, como também regula o processo de conhecimento do juiz. O conjunto de regras relativas à percepção e à dedução dos fatos por parte do juiz, constitui o sistema ou a teoria chamada da prova legal. (CARNELUTTI, 2002, p 44-45)

Assim, pois, quando o para a posição dos fatos controvertidos o processo esteja juridicamente regulamentado nessa forma, a posição do fato difere da posição da norma jurídica não somente porque não tem lugar mediante atividade do juiz, salvo quando falte a disposição concorde das partes, senão também porque a atividade do juiz encaminha-se não ao conhecimento do fato controvertido, ou seja, a sua posição conforme a realidade, senão à sua determinação ou fixação formal. (CARNELUTTI, 2002, p. 49)

¹⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**: Volume I. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p.300.

¹⁰⁵ *Ibid*, p.304.

prejudicar qualquer das partes. Da mesma forma, as “regras de experiência”. Faz-se exceção, todavia, quanto às normas que ao juiz cumpra, de fato, aplicar, no caso de provadas, as que não é obrigado a conhecer, ou seja, as normas de direito consuetudinário, e as normas de direito estrangeiro.¹⁰⁶

Assim, fica clara a necessidade de se qualificar o fato a fim de prestar a este a correta incidência da norma válida, justa e eficaz, para se ter uma sentença que efetivamente atenda à pretensão postulada em juízo.

Algumas situações a respeito das questões de fato e de direito que fogem do andar natural do processo podem ser perfeitamente observadas no código de processo civil, como ocorre por exemplo nos artigos 330, I, 335, 273 §6º e 515 §3º.

O artigo 330, I do CPC, cuida do julgamento antecipado da lide, quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência. Questão exclusivamente de direito é aquela apresentada quando os fatos se tornam incontroversos, o que pode acontecer quando o réu confessa os fatos de forma expressa ou não se contrapõe a esses, reconhecendo-os de forma tácita. Nesse caso, como não há fatos controversos, não existe questão de fato, não havendo necessidade de se produzir provas, tendo o magistrado autorização para julgar antecipadamente a lide.

Deve-se atentar para o fato de que podem ocorrer outras situações no caso em tela, como no caso do réu que concorda ou se cala sobre os fatos do autor, mas alega outros que podem ter eficácia impeditiva, extintiva ou modificativa do direito do demandante, em que, apesar de não existirem mais fatos controversos da alegação do autor, existem fatos controversos no processo, alegados pelo réu, o que não autorizaria um julgamento antecipado da lide.

¹⁰⁶CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, Vol.III. Tradução de Paolo Capitaneo, 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p.113.

Outro caso interessante é quando o demandado reconhece apenas parte dos fatos, ou seja, uma parte dos fatos tornam-se incontroversos, mas ainda existem fatos controversos a serem comprovados. Como a sentença é um ato único, em que se decide toda a lide, não há como se falar em julgamento parcial antecipado da lide, mas não é justo que a parte autora ainda suporte o ônus do tempo do processo uma vez que sobre determinados fatos não há mais controvérsia. Para isso, o julgador está autorizado a antecipar parcialmente os efeitos da tutela (art.273, §6º), deferindo em favor do demandante os pedidos relacionados exclusivamente aos fatos incontroversos, desde que preenchidos os requisitos do artigo 273 do CPC.

Exemplificando, se o demandante afirma que o seu nome foi inscrito indevidamente em órgão de proteção ao crédito e que ele também sofreu danos morais, se o demandado somente se manifestar sobre os danos morais, o juiz não poderá julgar nesse momento, havendo a necessidade de produzir provas testemunhais, principalmente no que diz respeito a extensão do dano. Mas sobre o pedido de retirada do nome do órgão de proteção ao crédito, pode o magistrado antecipar parcialmente os efeitos da tutela por ser este incontroverso.

A outra hipótese do julgamento antecipado da lide ocorre quando não existe a necessidade de se fazer a instrução quando sendo a questão de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência. Isso pode ocorrer quando as provas forem exclusivamente documentais e já estiverem presentes no processo, pois as questões de fato e de direito ainda são controversas, mas não há mais necessidade de se produzir provas. A esse respeito, escreve Calmom de Passos:

Existindo fatos controvertidos, a necessidade de prova a respeito deles exige, ainda, que esses fatos controvertidos sejam, pertinentes e relevantes. Fato pertinente é o que diz respeito à causa, o que não lhe é estranho. Fato relevante, aquele que, sendo pertinente, é também capaz de influir na decisão da causa. Se o fato, apesar de controvertido (questão de fato) não é pertinente, ou se, apesar de pertinente, é irrelevante, a necessidade de produção de provas a respeito dele inexistente, pelo que a instrução em audiência seria pura perda de tempo, com prejuízo para a celeridade do processo,

tornando-se imperativo, nesse caso, o julgamento antecipado da lide.(PASSOS, 2004, 463)

Outro caso é o apresentado no artigo 335 do CPC, que expõe que, em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum, que “é a experiência de vida, no sentido mais amplo, ou seja, o conhecimento adquirido pela prática e pela observação no cotidiano”(CINTRA, 2004, p.32), e ainda, as regras de experiência técnica, que é o conhecimento que as pessoas adquirem com o estudo científico de determinados assuntos, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

Exemplo em que se encaixa tal dispositivo perfeitamente é se determinado indivíduo alega que sofreu um prejuízo de outro em função de raios lançados pelos olhos, mesmo que o demandado não se manifeste e os fatos juridicamente se tornem incontroversos, o magistrado, ao julgar, deverá utilizar das regras de experiência comum, que lhe dão certeza da inexistência desse ato que levou ao dano.

Por último, pode-se ler o disposto no artigo 515 §3º do CPC, que autoriza o tribunal a julgar a lide, nos processos extintos sem julgamento de mérito, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

Novamente se encontra a expressão “questão exclusivamente de direito”, que possui nesse ponto o mesmo significado do artigo 330, I do CPC, ou seja, os autos entregues ao tribunal devem estar instruídos de forma que possibilitem seu julgamento, sendo obrigatório a inexistência de fatos controversos (questões de fato).

3.3. O PAPEL DOS TRIBUNAIS

O Judiciário, para exercer a tutela jurídica, precisa conhecer o direito subjetivo por meio do processo de conhecimento. Para isso, necessita analisar questões de fato e de direito. Ocorre que, se, durante todo o trâmite procedimental, tais

questões pudessem ser trazidas a esmo e analisadas, o procedimento seria mais lento do que é, talvez infundo. Por isso são postas algumas barreiras à análise das questões nos diversos graus de jurisdição.

Existe impedimento em primeiro grau (preclusão para o surgimento e alegações de questões fáticas) e em grau recursal. Para os propósitos desta discussão, serão abordados preferencialmente esses impedimentos, que não passam de técnicas processuais cuja finalidade é a organização da atividade jurisdicional, em grau recursal.

Tal escolha foi motivada pelas enormes dificuldades práticas que a técnica processual de cognição das questões fáticas e jurídicas geram em sede recursal.

Tais dificuldades crescem à medida que se avança na estrutura judiciária, havendo grande vedação cognitiva em sede de recursos de estrito direito, que são o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário. Por isso, nosso foco maior se dirigirá aos dois últimos.

Mas antes de entender tais vedações, isto é, os limites impostos ao reexame das questões de fato e de direito em sede recursal, é necessário compreender o papel dos Tribunais ao prestar o reexame.

Sempre que a pretensão resistida que originou o conflito de interesses necessitar de solução pelo poder estatal, vale-se o interessado da Garantia Constitucional do Acesso a Justiça, exercitando, assim, o seu Direito de Ação.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Surgido entre duas pessoas um conflito de interesses, se uma delas considerar que seu interesse não foi satisfeito, apesar de estar protegido pelo direito, pode levar a controvérsia perante o poder judiciário para que a julgue e, impondo a atuação do que a lei manda, dê àquele interesse a devida satisfação. A lei estabelece, porém, algumas regras, cuja observância é necessária para que o processo se realize com as devidas garantias de imparcialidade, eficiência, ordem, respeito ao direito dos terceiros e assim por diante. A inobservância dessas regras produz a impossibilidade do julgamento da controvérsia. Podemos dizer, em geral, que o pedido deve ser formulado pelo autor de modo a ser adequado ao conflito existente entre as partes, e que o processo deve ser por sua vez instaurado de modo a ser adequado ao conflito existente entre as partes; por último o processo deve ser proposto e

Segundo Bedaque (2003, p.59), só se chega à tutela jurisdicional mediante o exercício do direito processual de ação, conferindo-se ao direito processual sua verdadeira dimensão de instrumento voltado para fora do sistema, pois tem o escopo de conferir eficácia ao direito material.

Ao ser provocado, surge a necessidade de o Estado Juiz dizer o direito, ou seja, solucionar a lide. Nesse momento ele precisa qualificar o fato, depois fazer a adequação deste com a norma incidente, de onde ele subtrairá a sanção. Para aperfeiçoar este trabalho, ele necessita de um instrumento, repleto de regras a serem seguidas, ou seja, do processo.

Para Couture (2003, p.45), o processo é um instrumento de produção jurídica e uma interessante forma de realização do direito; este se realiza positivamente nas sentenças judiciais. A estas somente se chega por meio do processo.

Surge, assim, a necessidade de o magistrado conhecer primeiramente os fatos, para que possa qualificá-los, seja como típico, atípico, lícito ou ilícito, mas até o momento ele apenas dispõe das alegações autorais e documentos que por ventura tenham sido julgados.¹⁰⁸

Enquanto tenta resolver o conflito, o Estado Juiz presta às partes envolvidas uma série de garantias fundamentais outorgadas pela Carta Magna, onde se respeita o princípio do Devido Processo Legal. E é no exercício desses direitos

conduzido com a observância de uma série de regras de caráter formal que condiciona sua validade e sua capacidade de progressão. (LIEBMAN, 2004, p. 93).

¹⁰⁸ O escopo do processo é jurídico, não obstante deva o juiz atuar a vontade concreta da norma de direito material de modo a adequá-la à realidade social, atingindo, assim, o escopo social do processo. No escopo jurídico da atuação da vontade concreta da lei estão compreendidos os escopos social e político, que parecem muito mais ligados ao próprio direito material a ser atuado pelo juiz. Deve ele ser um canal de comunicação entre a regra e a sociedade, a fim de adequá-la ao seu tempo. Esse escopo social, todavia, configura fenômeno mais próximo do direito material. Resulta da interpretação a ser dada pelo juiz. (BEDAQUE, 2003, p. 60)

que o réu tem direito à informação da existência da demanda em seu desfavor, para que possa reagir às alegações do autor.¹⁰⁹

Nesse exercício efetivo do contraditório, o demandado pode defender-se por vários meios, mas é importante que a defesa contradite os fatos alegados pelo autor na inicial. Se não forem contraditados, encontra-se o magistrado no dever de reconhecer como verdadeiros os fatos alegados pelo autor, caso contrário, deve ele buscar a verdade dos fatos. Ou seja, quando surgem questões fáticas, estas devem ser resolvidas, e para isso é que serve a prova.

Após a parte probatória, conseguindo esta satisfazer o seu objeto, está maduro o processo para que o Estado Juiz possa qualificar os fatos apresentados no momento em que resolve seus pontos controvertidos, ou seja, soluciona as questões de fato.

Solucionadas as questões de fato, deve então o magistrado buscar no ordenamento jurídico qual a norma que incide sobre o resultado fático, e é nessa busca sobre a norma, dentre várias, que se aplica ao caso concreto, que surge uma nova questão, dessa vez de direito.

Segundo Enrico Tullio Liebman, o conflito de pedidos, que se manifesta no processo quase sempre de forma efetiva, é, no mínimo, virtual, porque o juiz tem obrigação de julgar em conformidade com os resultados da instrução e do exame da causa.¹¹⁰ Da mesma forma, ele deve proceder à perfeita adequação da norma ao fato, a fim de determinar o direito. É solucionando essas questões que o juiz consegue subtrair a sanção a ser aplicada na solução do conflito.

Em síntese, ao estabelecer o direito, o magistrado o faz na sentença, e esta está sujeita a alguns controles, como, por exemplo, o que é feito pelos recursos

¹⁰⁹ Não basta a previsão de tutela jurisdicional para determinada situação da vida. É necessário que o titular dessa situação de vantagem, e que precise da intervenção jurisdicional para assegurar-la, possa valer-se dela e ver satisfeito seu direito. (BEDAQUE, 2003, p 64)

¹¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 93.

e até mesmo pelos meios autônomos de impugnação, nos quais os interessados fazem valer sua garantia ao reexame da decisão.

O recurso é o meio hábil à invalidação ou reforma de uma decisão dentro de um mesmo processo. De ordinário, os fundamentos aptos à desconstituição de decisões judiciais devem ser articulados pela via endoprocessual do recurso. Excepcionalmente, o sistema permite que as decisões sejam revistas mediante instauração de um novo processo, cujo objeto é precisamente o de controlar a legalidade ou justiça de uma decisão exarada em relação jurídica diversa.¹¹¹

Isso ocorre de certa forma porque o magistrado, como ser humano, é passível de falhas, e pode tanto incorrer em interpretação diversa no tocante aos fatos trazidos aos autos, como, principalmente, equivocarse no momento da correta adequação e incidência da norma ao fato.

Em outras palavras, tanto as questões de fato como as de direito podem ser resolvidas de forma equivocada pelo magistrado, que, como ser humano, está sujeito a situações complexas de estresse diário que podem influenciar momentaneamente em seu comportamento e raciocínio, ou, mesmo em condições psicológicas favoráveis, corre o risco de interpretar de forma diversa os acontecimentos, que podem culminar seja na aplicação de norma que não tem relação com o caso, seja na sua interpretação de forma discrepante daquela pretendida pelo legislador.

Em vista disso, e até para atender a uma questão psicológica das partes, que diante de uma resposta desfavorável do judiciário, dificilmente aceitam de pronto uma primeira decisão, existe a garantia constitucional do direito ao reexame da causa, conforme anteriormente explanado.

Dentre essas garantias, encontra-se a atuação dos tribunais, que são responsáveis por reexaminar as questões – de fato ou de direito - decididas em juízo, no sentido de prestar justiça à decisão, ou de reexaminar somente as

¹¹¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo, Atlas, 1999, p.150

questões de direito, ou seja, de aplicação da norma e o reconhecimento ou não de sua validade, como a prestada pelos recursos especial e extraordinário,

Desta forma, se faz necessário entender qual o limite de atuação dos tribunais no momento do reexame das questões a eles submetidas, ou seja, quando as questões de fato e a sua qualificação serão objeto de nova apreciação juntamente com as questões de direito, e quando o judiciário se reserva apenas a analisar novamente a solução da questão de direito, ou seja, sobre a validade da norma e sua perfeita adequação ao fato apresentado, buscando assim, aplicar a maior carga de efetividade¹¹² e justiça¹¹³ possível à decisão.

Para isso é necessário conhecer alguns recursos e seus efeitos, numa tentativa de delimitar o reexame de cada um desses no tocante à resolução das questões impugnadas.

¹¹² De qualquer forma, a efetividade do processo depende fundamentalmente da correspondência entre a forma e a realidade. A principal crítica dirigida ao Código de Processo Civil de 1973 consiste exatamente no “divórcio entre o modelo e a realidade” verificado em determinados aspectos desse importante corpo de regras processuais, resultado de indiscutível avanço técnico. Para adequá-lo à realidade, esforços vêm sendo feitos no sentido de alterar alguns de seus dispositivos, conferindo-lhes a natureza de verdadeiras regras instrumentais a serviço de um objeto exterior. (BEDAQUE, 2003, p. 69-70)

A partir do momento em que tivermos normas processuais adequadas à realidade substancial e interpretadas em consonância com a sua natureza instrumental, certamente estaremos muito perto do objetivo tão almejado pela ciência processual: efetividade da tutela jurisdicional. (BEDAQUE, 2003, p. 75)

¹¹³ No entender de Couture (2003, P. 57-58), somente haverá processo justo se forem respeitados dois princípios, o da independência, para que suas decisões não sejam uma consequência da fome ou do medo; o da autoridade, para que suas decisões não sejam simples conselhos, divagações acadêmicas, que o Poder Executivo possa desatender por sua vontade; e o da responsabilidade, para que a sentença não seja um ímpeto da ambição, do orgulho ou da soberba, mas da consciência vigilante do homem diante de seu próprio destino. A sentença poderá justa ou injusta, porque os homens necessariamente se equivocam. Não se inventou ainda uma máquina de fazer sentenças. O dia em eu for possível decidir os casos judiciais como se decidem as corridas de cavalos, por meio de um instrumento ótico que registra fisicamente a vitória ou a derrota, a concepção constitutiva do processo carecerá de sentido e a sentença será uma pura declaração, como queria Montesquieu. Mas enquanto não se possa obter essa máquina de fazer sentenças, o conteúdo humano, profundo e entranhável do direito não poderá ser desatendido nem desobedecido e as sentenças valerão o que valem os homens que as tenham ditado.

4. MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

4.1. RECURSOS

Como explanado anteriormente, não fica o poder das decisões judiciais restrito a uma única análise de um único indivíduo, havendo, assim, a possibilidade de dois ou mais exames sucessivos da mesma matéria a fim de controlar a justiça das decisões. Obviamente essa revisão não poderia ser utilizada de forma descontrolada, pois existe a necessidade de segurança, que não pode ser sacrificada, o que autorizando, assim, uma limitação ao número de revisões.

Barbosa Moreira ensina que o exercício do direito de impugnação pode atuar em duas classes, primeiramente a classe dos chamados recursos, nos casos em que o processo existente tem sua competência deslocada do órgão que profere a decisão para o órgão reexaminador, ou seja, exercício dentro do próprio processo. A outra classe funciona quando em regra a decisão é irrecorrível no mesmo processo, havendo a necessidade de se buscar a tutela em outro processo que não aquele em que se proferiu a decisão, capaz inclusive de interferir no resultado daquele processo já finalizado, impugnando até mesmo o seu mérito, mesmo que já transitado em julgado, como é o caso da ação Rescisória.¹¹⁴

Uma das formas de se entender sobre os meios de impugnação é esclarecer que o recurso sempre se presta a uma impugnação, no sentido de alguém se encontrar inconformado com determinada decisão proferida pelo órgão competente e desejar ver esta reexaminada. Mas nem todos os tipos de impugnação podem ser considerados recursos; vale, assim, distinguir recursos de “expedientes análogos”.¹¹⁵

¹¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 23ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.114.

¹¹⁵ A Variável extensão da matéria impugnada permite distinguir entre recursos total e parcial. Deve considerar-se total o recurso que abrange todo o conteúdo impugnável da decisão recorrida (não necessariamente o seu conteúdo integral); Assim, v.g., serão totais os embargos infringentes relativos a tudo aquilo em que se verificou no dissídio no julgamento da apelação ou da ação rescisória, nada importando que não digam respeito a outra(s) matéria(s),

Ressalta-se que, no tocante à desconstituição de decisões judiciais, existem casos em que o mesmo processo se presta a esse fim, enquanto, em outros, é necessário um novo processo.¹¹⁶

O recurso é o poder conferido à parte interessada de invocar nova decisão judicial que altere a decisão anterior objeto da impugnação dentro da mesma relação processual. Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2004, p.543), os recursos, assim como os outros meios de impugnação, visam um reexame da decisão, mas a voluntariedade e a impugnação dentro da mesma relação processual são os requisitos que diferenciam os recursos dos outros meios de impugnação, definindo assim os recursos como “os meios de impugnação de decisões judiciais, voluntários, internos à relação jurídica processual em que se forma o ato judicial atacado, aptos a obter desde a anulação, a reforma ou o aprimoramento.”(MARINONI & ARENHART, 2004, p.543).

Dessa forma, é imprescindível ter conhecimento de que “o recurso é o principal meio utilizado para a impugnação das decisões judiciais” (JORGE, 2003, p.4). Sendo este também “um remédio dentro da mesma relação processual que dispõem a parte, o Ministério Público e os terceiros prejudicados, para obter a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de uma decisão judicial” (JORGE, 2003, p.7).

O mesmo autor arremata dizendo que é possível citar como suas características principais: a) O prolongamento da mesma relação processual e a finalidade de impugnar a decisão; b) propiciar o reexame da matéria anteriormente decidida pelo judiciário, mesmo que seja feito pelo próprio prolator da sentença; c) a voluntariedade e a obtenção do novo julgamento por parte do judiciário, sem que esteja relacionado a graus de jurisdição.

julgada(s) no mesmo acórdão, mas por deliberação unânime e, em consequência, fora de alcance dos embargos. Classificar-se-á como parcial o recurso que, em virtude de limitação voluntária, não compreenda a totalidade do conteúdo impugnável da decisão (MOREIRA, 2005, p.114)

¹¹⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo, Atlas, 1999, p.151

Como ocorre em vários ramos do direito, dentro do parte recursal do direito processual civil existem certos princípios que são de relevante observação. O primeiro deles, princípio do Duplo Grau de Jurisdição, já foi objeto de anterior análise. Apesar de sua discutível condição de garantia constitucional ou não, não deixa de ter *status* de princípio, mesmo que a garantia constitucional seja a do reexame das decisões, independentemente do grau de jurisdição do revisor.

Um outro princípio é o da taxatividade, que reconhece como recursos somente aqueles que estão expressamente determinados e regidos por lei federal, pois é somente esta que pode legislar sobre matéria recursal, ficando vedada essa possibilidade a outras instâncias legislativas ou administrativas.

Assim, à luz desse princípio, constituiriam recursos apenas aqueles discriminados no artigo 496 do CPC¹¹⁷ e outros também previstos em lei federal, como os embargos infringentes (art.34, lei 8.830\80), o recurso inominado dos juizados especiais (art.41 a 43 da lei 9.099\95), ou ainda o recurso de agravo inominado, disciplinado, entre outros, pelo art.4º da lei 8.437\92.¹¹⁸

Existe ainda o princípio da unirrecorribilidade, ou unicidade, ou singularidade. “Esse princípio decorre, propriamente, da existência e conjugação de dois fatores, quais sejam, a incidência das decisões monocráticas e a ocorrência da preclusão consumativa”(JORGE, 2003, p.180). Assim, esse princípio indica que, para cada ato judicial de que se deseja recorrer é cabível apenas um recurso.¹¹⁹

¹¹⁷ Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo; III - embargos infringentes; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

¹¹⁸MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3ª ED. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p.545.

¹¹⁹ É verdade que casos permitem a interposição, contra uma mesma decisão judicial, de mais de uma espécie de recursal. Todavia, não se deve esquecer que cada um dos recursos cabíveis contra tais decisões tem função específica, que não se confunde com a finalidade prevista para outra espécie recursal. Assim, compreendendo que o princípio da unicidade preconiza que , para certa finalidade, contra certo ato judicial deve ser cabível apenas uma

Segundo os princípios da taxatividade e da unirrecorribilidade, a parte deve interpor o recurso correto para atender ao reexame de que necessita e a decisão que foi proferida, sob pena de torna-lo inadmissível. Ocorre que, por vezes, o indivíduo pode acabar por interpor um recurso que não o necessário, não por erro grosseiro nem má-fé, mas, sim, porque a própria situação, do fato ou da norma, levou o indivíduo a incorrer na chamada dúvida objetiva. Ou seja, ele realmente tinha uma dúvida que a lei não sanou, não podendo ser prejudicado por isso. E é nesse momento que o judiciário pode receber este recurso e admiti-lo, usando do princípio da fungibilidade¹²⁰.

Os recursos, como todo ato postulatório, estão sujeitos a dois exames distintos do poder judiciário, o primeiro para perceber se estão ou não presentes as condições que autorizem o seu julgamento, chamado de juízo de admissibilidade.¹²¹ Enquanto o segundo só se opera se o primeiro for admitido, sendo este o verdadeiro exame do mérito, ou juízo de mérito, em que será julgada a impugnação, acolhendo-a, se houver fundamento, ou, na falta deste, rejeitando-a.¹²²

modalidade recursal, parece ser correto concluir que o princípio tem plena aceitação no direito brasileiro (MARINONI & ARENHART, 2004, p.546)

¹²⁰ Se, como visto, somente deve ser cabível um único recurso contra cada espécie de decisão judicial, a escolha desse meio recursal assume importância ímpar. A utilização do recurso equivocado, em princípio, não deve ser admissível, sob pena de violar-se a taxatividade enumerada em lei, o princípio da unirrecorribilidade e, ainda, as regras específicas que disciplinam o recurso. Porém, situações podem ocorrer em que não se tenha certeza sobre qual o recurso é adequado para enfrentar certo ato judicial. O princípio da fungibilidade presta-se exatamente, para não prejudicar a parte que, diante de dúvida objetiva, interpõe recurso que pode não ser considerado cabível. Nesses casos, autoriza-se que o recurso incorretamente interposto seja tomado como o adequado, sob determinadas circunstâncias (MARINONI & ARENHART, 2004, p.546)

¹²¹ O exercício do direito de ação pode atuar de dois modos diferentes. No comum dos casos, ele tem como consequência fazer prosseguir o processo que até então vinha correndo, em geral com deslocamento da competência: do órgão que proferiu a decisão (*órgão a quo*) passa o feito àquele que incube o reexame (*órgão ad quem*). Chamam-se recursos os meios de impugnação que assim atuam. Como, entretanto, o processo deve necessariamente terminar mais cedo ou mais tarde, são limitadas as possibilidades de impugnação por essa via. A lei trata de circunscrever o número de recursos cabíveis, subordinando-os ademais, a determinados requisitos de admissibilidade (MOREIRA, 2005, p.114).

¹²² O juízo de admissibilidade é, sempre e necessariamente, preliminar ao juízo de mérito. Negada a admissibilidade do recurso, não há que investigar se ele é fundado ou não. Por outro lado, se o órgão *ad quem* apreciou o conteúdo da impugnação, quer lhe haja reconhecido fundamento, quer não, terá julgado o recurso no mérito (MOREIRA, 2005, p.116).

No juízo de admissibilidade, o juiz deve analisar se estão presentes os requisitos para que o mérito do recurso seja analisado. Parte da doutrina entende que a classificação deve ser feita entre os requisitos objetivos, que seriam a legitimidade e o interesse de recorrer, e de outro lado os requisitos subjetivos, que seriam a adequação, tempestividade, preparo e motivação¹²³. Uma outra parte da doutrina faz uma análise um pouco mais didática, entendendo que esses requisitos podem ser classificados em dois tipos: os requisitos *intrínsecos*, que seriam o cabimento, a legitimação para recorrer, o interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; e os requisitos *extrínsecos*, que seriam tempestividade, regularidade formal, preparo.¹²⁴

Em síntese, Os requisitos intrínsecos são atinentes à existência do direito de recorrer, enquanto os extrínsecos são atinentes ao exercício do direito de recorrer. Tais requisitos são apresentados a seguir.

Para ser cabível o recurso, é preciso que o ato impugnado seja, em tese, suscetível de ataque por meio dele: Existem atos judiciais que não podem ser objeto de recurso. Por outro lado, para aqueles que admitem, recurso, deve se observado o tipo prescrito no código, conforme o princípio da unicidade.¹²⁵

Além do cabimento, dentre os outros requisitos, está a legitimidade. São legítimos para interpor recurso a parte interessada¹²⁶, o terceiro prejudicado¹²⁷ e o Ministério Público.

¹²³ Nesse sentido José Frederico Marques . Instituições de Direito Processual Civil, Vol.IV, pág.53; Vicente Greco Filho. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol.II, p.272.

¹²⁴ Nesse sentido, ver Moreira, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento). 23ª edição revista e atualizada. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, pág.116; Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. Manula do processo de conhecimento. Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, São Paulo-SP, 2004, pág.551; Flávio Cheim Jorge. Teoria geral do recursos. Editora Forense, Rio de Janeiro-RJ, 2003, pg.79.

¹²⁵ O primeiro requisito de admissibilidade é o cabimento. Este requisito está ligado intrinsecamente a duas circunstâncias: a primeira, concernente à necessidade de o pronunciamento judicial ser recorrível e a segunda deriva do fato de o recurso utilizado ser o correto para o reexame da decisão (JORGE, 2003, p.79).

¹²⁶ Entendendo-se como tal o autor ou o réu, ou qualquer dos litigantes, bem como o interveniente (que desde a intervenção, se tornou parte), inclusive o assistente, litisconsorcial ou simples – ressalvado, quanto a este, o disposto no art.53-, e ainda no processo de execução, quem quer que haja assumido posição postulatória em algum incidente a que

Quanto ao interesse em recorrer, este está presente sempre que o indivíduo precise usar das vias recursais e esta utilização possa trazer-lhe benefícios práticos em relação à decisão impugnada¹²⁸, estando, assim, presentes a utilidade e a necessidade do recurso. Verifica-se o requisito utilidade se o interessado tiver sofrido algum prejuízo jurídico em decorrência da decisão judicial ou se esta não tiver satisfeito plenamente sua pretensão. Já a necessidade decorre da impossibilidade de se resolver a questão por um outro modo que não o recurso.¹²⁹

Necessária ainda é a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, ou seja, não pode quem produz o ato do qual diretamente haja resultado a decisão desfavorável querer impugná-la¹³⁰. Bem como os fatos extintivos, que são a renúncia ao direito de recorrer e a aceitação ou aquiescência da decisão.¹³¹

respeite o pronunciamento (v.g.,o arrematante, com referência à decisão que anule a arrematação) (MOREIRA, 2005, p.117).

¹²⁷ A caracterização do terceiro que efetivamente é prejudicado é dada pelo art.499, §1º., que exige a este terceiro a demonstração do “nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial” (MARINONI & ARENHART, 2004, p.553).

¹²⁸ Em relação à parte, alude o art.499 à circunstância de ter ela ficada “vencida” (sucumbência, conforme se costuma dizer em doutrina); o adjetivo deve ser entendido como abrangente de quaisquer hipóteses em que a decisão não tenha proporcionado à parte, ao ângulo prático, tudo que lhe era lícito esperar, pressuposta a existência do feito (MOREIRA, 2005, p.117).

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3ª ED. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.552.

¹³⁰ São exemplos que configuram essa circunstância: as sentenças homologatórias de desistência da ação, do reconhecimento jurídico do pedido, da renúncia ao direito sobre qual se funda a ação ou da transação. Em todos esses casos o processo foi extinto por atos praticados pelas próprias partes. Dessa forma, a parte que provocou a sentença fica impedida de impugná-la. É inconcebível, do ponto de vista lógico, a possibilidade da interposição de recurso para atacar a conclusão da sentença pleiteada pelo próprio recorrente (JORGE, 2003, p.120).

¹³¹ São fatos extintivos a renúncia ao direito de recorrer e a aceitação da decisão (ou aquiescência). Consiste a primeira no ato pelo qual uma pessoa manifesta a vontade de não interpor o recurso de que poderia valer-se contra determinada decisão; a segunda, no ato por que alguém manifesta a vontade de conformar-se com a decisão proferida. Os efeitos práticos são, numa e noutra, idênticos, embora varie a direção da vontade manifestada. Ambas são atos unilaterais, não se condicionam ao assentimento da parte contrária (v., quando à renúncia, a norma expressa do art.502) e produzem efeitos independentemente da lavratura de termo e da homologação pelo órgão judicial (ar.ex. art.158). Ambas, igualmente pressupõem publicada a decisão; mas, enquanto a renúncia há de ser anterior à interposição do recurso (no que se distingue da desistência, v.infra, §17, nºII,3), a aquiescência pode ser manifestada mesmo na pendência dele (MOREIRA, 2005, p.118).

Dentre os requisitos extrínsecos, encontramos a tempestividade, que seria a necessidade do recurso ser interposto no tempo prescrito pela norma legal, exatamente para que não ocorra a chamada última preclusão processual, pois conforme o art.183 do CPC, decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar o ato.

Todos os atos processuais exigem certos gastos do Estado, e da parte, que, em regra, deverá prestar certos valores a fim de ver a máquina judicial trabalhando em prol da solução de seu conflito. O mesmo ocorre no caso de recursos. O art.511 do CPC exige no ato da interposição do recurso o pagamento das custas que porventura a lei obrigue, devendo o pagamento ser feito e comprovado sob pena de deserção. Esse requisito é o chamado “preparo”.¹³²

O último dos requisitos é a “regularidade formal. Como o recurso é um ato processual, a sua interposição deverá observar determinados preceitos de forma, que variam dependendo da figura recursal. Contudo são obrigatórios a forma escrita (exceção do art.523,§3º, Lei 9.139, o agravo retido), a devida representação em juízo, e a fundamentação do recurso na petição de interposição, entre outros.¹³³ Não havendo estipulações específicas, se aplicam as regras gerais ao recurso.¹³⁴

¹³² Nem todos se submetem à regra do preparo. Conforme assevera a regra do art.511, §1º., do CPC, “são dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal”. Também algumas espécies recursais independem de preparo, tal como ocorre com o agravo retido (art.522, parágrafo único, do CPC) e os embargos de declaração (art.536 do CPC) (MARINONI & ARENHART, 2004, pg.555).

¹³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 23ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 119.

¹³⁴ Aos recursos que não possuem estipulações específicas se aplicam regras gerais, podendo, no entanto, o sistema impor regras especiais em relação a alguns, como por exemplo, o agravo retido que pode ser interposto na forma oral e o agravo de instrumento que deve ser instruído com documentos específicos; ou ainda, o recurso especial fundado na divergência jurisprudencial que deve ser interposto com cópia autenticada ou citação do repertório de jurisprudência oficial, relativamente à decisão citada como paradigma (JORGE, 2003, p.149).

4.2. OUTROS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO

Além dos recursos, existem outros meios de impugnação, dentre os quais podemos citar os sucedâneos recursais e as ações autônomas de impugnação.

135

Os sucedâneos recursais são os remédios existentes, que por absoluta falta de previsão legal, não são considerados como recursos, mas, tendo em vista a finalidade para a qual foram criados, fazem às vezes destes e, por essa razão, são reputados como seus sucedâneos, como o são o pedido de reconsideração, a correição parcial e a remessa obrigatória.¹³⁶

Já as ações autônomas de impugnação, em regra, são aquelas utilizadas como uma nova ação que tem o objetivo de impugnar decisão que foi atingida pela coisa julgada, como a ação rescisória (que visa primeiramente desconstituir a coisa julgada para posteriormente discutir a decisão impugnada), a *querella nullitatis* ou ação declaratória de inexistência de relação jurídica (utilizada como a ação própria para se obter a declaração de que determinada sentença é inexistente, que parte da doutrina entende não ser acobertada pelo dogma da coisa julgada) e a ação anulatória (trata-se de ação constitutiva-negativa para impugnar ato realizado pelas partes ou terceiro interessado).¹³⁷

Diz-se, “em regra”, pois o mandado de segurança, apesar de ser uma ação autônoma que pode ser utilizada para impugnar determinadas decisões

¹³⁵ Os meios de impugnação dividem-se, pois, em duas grandes classes: a dos recursos – assim chamados os que se podem exercitar dentro do processo em que surgiu a decisão impugnada – e o das ações impugnativas autônomas, cujo exercício, em regra, pressupõe a irrecorribilidade da decisão. No direito brasileiro, protótipo da segunda classe é a ação rescisória, eventualmente cabível para impugnar sentenças (de mérito) já transitadas em julgado (art.485, *caput*) (MOREIRA, 2005, p.114).

¹³⁶ As demais formas de impugnação de decisão judicial, que não se encaixam na definição de recurso, são comumente chamadas de sucedâneos recursais, e podem constituir-se em ações próprias (ações impugnativas autônomas, como é o caso do mandado de segurança, dos embargos do executado, da ação rescisória) ou em meros incidentes do processo, como ocorre com o incidente de uniformização de jurisprudência (MARINONI & ARENHART, 2004, p.542).

¹³⁷ A título excepcional, em hipóteses taxativamente previstas, admite o ordenamento que se impugnem decisões por outros meios. Aqui, porém, o oferecimento da impugnação não fará prosseguir o mesmo processo em que se proferira a decisão impugnada: dará lugar à instauração de outro processo, capaz, embora, conforme o seu resultado, de influir no do primeiro (MOREIRA, 2005, p.114).

judiciais, só pode ser utilizado se a decisão ainda não tiver transitado em julgado. O atual entendimento é o de que o mandado de segurança contra ato judicial tem cabimento quando o ato atacado puder causar lesão ao direito do impetrante, em virtude da potencial lesão do ato e da inexistência de outro recurso apto a sanar tal mal.

5. EFEITOS DOS RECURSOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Para se entender o papel do reexame no seu principal instrumento, os recursos, imprescindível o estudo dos efeitos destes, principalmente para se entender o limite da atuação do órgão revisor ao reanalisar as questões de fato e as questões de direito pertinentes ao caso.

Todos os efeitos recursais possuem sua importância no âmbito recursal, o que impede que estes sejam afastados de quaisquer estudos direcionados para o reexame das decisões judiciais. Mas para se entender o limite deste reexame, um efeito se destaca entre os outros, o efeito devolutivo, que é exatamente o responsável por delimitar o que será propriamente devolvido para nova análise do poder judiciário, bem como o que já não faz mais parte dessa devolutividade.

Como visto, a maioria das decisões judiciais são passíveis de serem atacadas por recurso. Existem diversos tipos de recursos disponibilizados em nossa legislação e a interposição de qualquer um destes faz com que o processo sofra consequências naturais, pois algo novo passa a agregar-se a algo já existente.

Para ser conhecido, é necessário que possua certos requisitos, tais como cabimento, legitimidade da parte para recorrer, interesse, inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do poder de recorrer, tempestividade, regularidade formal, preparo, sob pena do não conhecimento deste pelo órgão julgador.

Presentes os requisitos e conhecido o recurso, estes possuem efeitos que podem se destinar às várias facetas de sua natureza. Três desses efeitos possuem um certo destaque, sendo quase sempre aceitos pela doutrina majoritária.

O primeiro dos efeitos dos recursos que merece registro, - Chamado pela doutrina de efeito obstativo - é o que obsta ao trânsito em julgado ou preclusão a partir do momento de sua interposição.

O segundo efeito é o devolutivo, que seria a devolução da matéria que o órgão “*a quo*” tinha a sua disposição no momento que proferiu a decisão, para que todo esse material seja objeto de análise do órgão “*ad quem*”.

O terceiro efeito, que encerra os três efeitos dos recursos apontados pela doutrina majoritária, seria o efeito suspensivo, que tem o condão não só de suspender ou de obstar o início de uma execução, mas sim, de forma mais ampla, é o que tem o escopo de obstar que a sentença e a ordem emanada desta possam produzir efeitos imediatos.

Alguns desses efeitos vêm sendo objeto de muitos estudos, isto porque ocorreram algumas alterações recentes no Código de Processo Civil, uma das quais ampliou o leque de atuação do órgão *ad quem*.

Ao falar sobre os efeitos dos recursos, Flávio Cheim Jorge recorre às lições de Renzo Provincialli (*Delle Impugnazioni in Generale*, p.212) para fazer a seguinte classificação:

Efeitos Genéricos: advém do natural desenvolvimento do direito de agir ou contrariar, os quais correspondem aos efeitos do direito processual e substancial da demanda e da defesa, os quais, no âmbito próprio da impugnação constituem a sua perpetuação.

Efeitos Específicos: consiste na sujeição do provimento impugnado àquela particular situação jurídica que constitui consequência específica da propositura da impugnação e o tratamento relativo, quais sejam, suspensão, reexame, anulação, reforma etc.(PROVINCIALLI apud JORGE, 2003, p.247).

É corrente a afirmação de que os recursos são dotados dos efeitos obstativo, devolutivo e suspensivo, enquanto outros como o expansivo¹³⁸, substitutivo¹³⁹,

¹³⁸ O efeito expansivo tem nítida vinculação com a própria noção dos atos processuais e do tema das nulidades no processo civil. Como se sabe, é característica natural do ato processual sua interdependência. Vale dizer que um ato processual é praticado no processo por decorrência de outro, anteriormente praticado, determinando a realização de outros, que lhe seguem formando o procedimento. Por conta dessa vinculação necessária entre os atos do

possuem sua existência autônoma e aplicação debatida quando se fala sobre os efeitos dos recursos, sendo que os doutrinadores que não os reconhecem também não os ignoram, tratando desses “efeitos” em suas obras.

Outros efeitos ainda são encontrados nas obras a respeito do assunto como o efeito regresso¹⁴⁰ e o efeito diferido¹⁴¹.

Resta o efeito translativo, que é ligado à matéria da qual o judiciário pode conhecer em qualquer grau de jurisdição e em qualquer tempo, mesmo que de ofício, sem a necessidade na manifestação expressa da parte contrária. Vários autores defendem que este estaria já presente no efeito devolutivo, sendo sua conseqüência lógica. Mas pela máxima romana do “*tantum devolutum quanto appellatum*” operada no efeito devolutivo, este efeito translativo, por poder ser conhecido sem pedido expresso nas impugnações, não se confundiria com o efeito devolutivo.¹⁴²

processo, o Código de Processo Civil, ao tratar da matéria das nulidades, deixa evidenciado que os atos dependentes do ato nulo também se reputam de nenhum efeito (art.248 e 249 do CPC). Se assim acontece no exame horizontal dos atos processuais, naturalmente essa interdependência deve mostrar-se também em matéria de recursos. Assim, a modificação ou mesmo a anulação de uma decisão judicial que admitia, para fins civis, a interceptação telefônica, certamente essa decisão contaminará a prova colhida com base nessa interceptação e, ainda, a eventual sentença prolatada com fulcro nessa prova. Enfim, todos os atos judiciais que dependam do ato judicial atacado no recurso (e que tenha sido modificado ou anulado em decorrência desse recurso) podem ter sua eficácia também cassada ou ao menos alterada (MARINONI & ARENHART, 2004, p.563).

¹³⁹ Faz com que a decisão do juízo ad quem, qualquer que seja ela, substitua a decisão recorrida. O efeito vem expressamente previsto pelo art.512 do CPC, que prevê que “o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida, no que tiver sido objeto de recurso”. Assim, ainda que a decisão do tribunal confirme a decisão recorrida sem nada alterar em sua essência, por esse efeito, uma vez julgado o recurso, não mais existirá a decisão recorrida, mas apenas a do tribunal (MARINONI & ARENHART, 2004, p.562).

¹⁴⁰ É a possibilidade que se dá ao órgão judicial responsável pela decisão recorrida de se retratar, ou seja, dar nova decisão para substituir a primeira, o fazendo por meio de uma devolutividade atípica que é a devolução da matéria para o mesmo representante do Estado-Juiz. (MAZZEI, 2002, p.146).

¹⁴¹ É o fenômeno pelo qual um recurso depende de um posterior recursos interposto contra outra decisão, a fim de que o conteúdo de sua impugnação seja remetido e apreciado pelo órgão recursal competente, juntamente com a impugnação do segundo recurso. (MAZZEI, 2002, p.149).

¹⁴² É incorreto, portanto, vincular e associar o denominado efeito devolutivo unicamente ao princípio dispositivo. Também aqui tem incidência o princípio inquisitório, só que a sua manifestação ocorre de forma particular, unicamente em relação às questões que podem ser conhecidas de ofício, tais como, por exemplo, as nulidades processuais, às quais compete ao Judiciário conhecer de ofício e em qualquer tempo e grau de jurisdição (JORGE, 2003, p.247).

5.1 - DO EFEITO DEVOLUTIVO

Para melhor compreensão do limite dos tribunais no reexame das questões de fato e de direito, o recurso devolutivo merece uma boa compreensão e abordagem, uma vez que este é o responsável pelo conteúdo que será objeto de devolução para nova análise do judiciário.

O efeito devolutivo é manifestação do princípio dispositivo, em que é a parte interessada quem deve socorrer ao tribunal para reexame do que entende ter sido decidido injusta ou erroneamente em seu desfavor, operando-se, assim, a devolução, que deve ser entendida em face do Poder Judiciário, em sua estrutura e unidade, a fim de que este possa novamente, gozando de toda a matéria devolvida, ou seja, o objeto de recurso, pronunciar nova decisão. Estará garantida, assim, a obediência ao *tantum devolutum quanto appellatum*, somente se for devolvida ao conhecimento do judiciário a matéria contra a qual se insurgiu o recorrente. E Se Esta devolução compreender apenas parte da decisão, a outra não atacada transitará em julgado automaticamente. A esse respeito, Código de Processo Civil:

Art.505 – a sentença pode ser impugnada no todo ou em parte.

Art.515 – a sentença devolverá ao tribunal somente o conhecimento da matéria impugnada.

Art.512 – o julgamento do tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.

Explicitando o modo como deve ser analisado o efeito devolutivo, Araken de Assis aponta duas perspectivas, que, apesar de diferentes, são complementares. Segundo esse autor, deve-se analisar primeiramente a extensão do efeito devolutivo, isto é, se faz uma verificação no plano horizontal, “cabendo estabelecer se o pronunciamento do Tribunal cobrirá área igual ou não àquela percorrida pelo órgão *a quo*” (ASSIS, 2002, p.67). A etapa seguinte será uma análise da profundidade do efeito devolutivo, isto é, a verificação no seu plano vertical, “tocando identificar nos fundamentos da sentença, quais as questões decididas e se todas, e ainda outras, ainda que não decididas, devem ser ponderadas pelo tribunal”. (ASSIS, 2002, p.67)

A extensão do efeito devolutivo é efeito direto da aplicação do princípio dispositivo, juntamente com o princípio da adstrição, tendo importância no momento de examinar se a decisão impugnada “irá agasalhar a mesma extensão (ou não) do ato judicial recorrido do qual se busca sanção (parcial ou total). Ou, em outras palavras, se a dicção do órgão recursal alcançará área igual ou inferior ao que foi preenchido pela decisão”(MAZZEI, 2002, p.153).

No tocante à profundidade do efeito devolutivo, esta “não se relaciona à possibilidade de o tribunal mirar para trás, mas, diante da mesma classe de questões, perscrutar-lhe as inexploradas profundezas, por assim dizer, olhando para baixo” (ASSIS, 2002, 67). Assim, se submete o exame do conteúdo “das questões decididas , revelando o material jurídico e fático que a devolutividade está enviando ao Estado-Juiz para reexame.”(MAZZEI, 2002, p.154).

A profundidade do efeito devolutivo, especificamente dos recursos ordinários, é regulamentada pelos §§ 1º e 2º do art.515, os quais, apesar de se encontrarem no capítulo de apelação, a todos eles são, integralmente, aplicados. Confira-se:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

Esta profundidade refere-se ao fato de o tribunal, após compreender a extensão do efeito devolutivo, deve receber os autos e deles prover a mesma situação que possuía o magistrado de piso ao analisar o processo e formular seu convencimento e fundamentar sua decisão, podendo até mesmo apreciar questões não apreciadas ou não acolhidas pelo juízo “*a quo*”.

Assim, se o tribunal fica vinculado aos pedidos constantes na impugnação, para decidi-los poderá analisar todos os fundamentos constantes nos autos, ou seja, de todas as questões debatidas ou esquecidas, mesmo que não tenham sido objeto de impugnação. É essa atuação do tribunal, que, inclusive, lhe

permite nova análise das questões de fato e de direito quando fundamentos do processo para o qual fora efetuado pedido de revisão, que chamamos de profundidade do efeito devolutivo.¹⁴³

No tocante à extensão subjetiva do efeito devolutivo, conforme entendimento doutrinário do que dispõe o art.509, § único, este seria o efeito decorrente do aproveitamento de recurso interposto por um litisconsorte pelo outro que, apesar de não ter manifestado ao judiciário seu inconformismo, se beneficiará.¹⁴⁴

São exatamente a extensão e a profundidade do efeito devolutivo que determinarão as questões que novamente serão reexaminadas pelo tribunal, daí a sua importância para as questões de fato e de direito e a possibilidade de essas serem devolvidas e submetidas a uma nova manifestação jurisdicional.

Outra análise necessária ao presente estudo consiste na verificação da devolutividade dentro do campo dos fundamentos que poderão ser utilizados pelo recorrente, pois a legislação pode criar alguns limites para a fundamentação em alguns institutos recursais. No intuito de classificar essa devolutividade, deve-se analisá-las juntamente aos recursos de fundamentação

¹⁴³ Nem sempre, porém, essa ampliação quanto ao fundamento será legítima. Vale dizer; é necessário que o exame do tribunal se faça sobre questões que foram (ou poderiam ter sido) apreciadas pelo juízo *a quo*. Por isso, se a sentença é terminativa (extingue o processo sem examinar o mérito), poderá o tribunal, por ocasião da apelação, conhecer de todas as matérias que conduziram ao mesmo resultado (poderá, então, examinar todas as preliminares, previstas no art.301 e apresentadas pelo art. 267 do CPC). Não poderia, porém, e em princípio, afastando todas as preliminares aduzidas, ingressar no exame do mérito da controvérsia. Frise-se, porém, que o novo §3º do art. 515 do CPC permite que o tribunal julgue o pedido ainda que o juízo de primeiro grau tenha decidido pela extinção do processo sem esse julgamento. Isso será possível quando as partes não mais tiverem provas para produzir em primeiro grau de jurisdição (MARINONI & ARENHART, 2004, p.559).

¹⁴⁴ Nos casos de extensão subjetiva, a interposição tempestiva de recurso, por qualquer dos litisconsortes, é eficaz para todos os outros, inclusive para aqueles que tenham desistido do recurso interposto, ou em relação aos quais haja ocorrido fatos ordinariamente idôneos a tornar-lhes inadmissível a impugnação (escoamento inaproveitado do prazo recursal, renúncia ao direito de recorrer, aquiescência à decisão). Se não coincidem os prazos dos diversos co-litigantes, porque as intimações não se fizeram na mesma data, a tempestiva interposição por um produz efeitos desde logo para os que já tenham deixado esgotar-se *in albis* os seus próprios prazos, e passa a produzi-los para os restantes, a partir do termo final dos prazos respectivos, porventura não aproveitados; nesse ínterim, é claro, subsiste para os que ainda disponham de prazo a possibilidade de, por sua vez, recorrerem (MOREIRA, 2005, p.124).

livre e de fundamentação vinculada, conforme expõe Rodrigo Reis Mazzei (2002, p.155).

Os recursos de fundamentação livre são aqueles que possuem efeito devolutivo amplo, sem qualquer restrição quanto às matérias de fato e de direito que podem ser abordadas. O legislador não se preocupou em criar um espectro fechado na devolutividade de tais recursos, dando ao recorrente um campo aberto para a fundamentação destes.

No que se refere aos recursos com devolutividade restrita, ou seja, de fundamentação vinculada, estes terão sua veiculação limitada a determinadas hipóteses que o legislador previamente arrolou. A expressão mais pronunciada é “os recursos de fundamentação vinculada”, não se descartando a estampa “recursos de efeito devolutivo restrito”, também muito utilizada.

Nessa análise, os recursos de devolutividade restrita não devolveriam em regra toda a matéria delimitada pelo recorrente, pois seu cabimento não é ilimitado no tocante às questões apresentadas, a exemplo dos recursos excepcionais, que possuem o direito objetivo federal no âmbito da devolutividade. Assim, as questões atacadas deverão ser as previstas na legislação, o que resulta de certa forma na diminuição do conteúdo da profundidade do efeito devolutivo, uma vez que a matéria objeto de impugnação na decisão recorrida dificilmente será toda devolvida, tendo em vista que nos recursos de devolutividade restrita, o princípio dispositivo se aplica de forma atenuada.¹⁴⁵

No sistema adotado pelo legislador antes da reforma, o efeito devolutivo da apelação, quanto à extensão, estava rigidamente limitado ao efetivamente decidido e impugnado. A apelação não devolvia ao tribunal matéria estranha ao conteúdo da sentença.

A edição da lei nº.10.352 de 2001, com a introdução do §3º. No art.515, possibilitou que no julgamento do recurso de apelação (ordinário), que o tribunal possa estender sua análise a uma abrangência muito maior do que o magistrado que prolatou a decisão, podendo, em alguns casos, julgar até mesmo o mérito da causa, mesmo que o juiz “*a quo*” não o tenha feito, como no caso do processo extinto sem julgamento de mérito.

¹⁴⁵ MAZZEI, Rodrigo Reis. Dos recursos , Vol.I, Instituto Capixaba de Estudos – ICE, 2002, Vitória-ES.

Esta modificação trouxe vários questionamentos a respeito da extensão do efeito devolutivo, bem como de situações como a *refomatio in pejus* e a supressão de instâncias, o que merece estudo especial e será tratado quando da abordagem dos recursos ordinários, mais precisamente do recurso de apelação.

5.2 - EFEITO SUSPENSIVO

O efeito suspensivo é uma qualidade do recurso que adia a produção dos efeitos da decisão impugnada assim que interposto o recurso, qualidade essa que perdura até que transite em julgado a decisão sobre o recurso.¹⁴⁶

O efeito suspensivo prima muito mais pela segurança do que pela efetividade do processo, entendidas como as duas técnicas principais observadas pelo processo. Quando o legislador entende pela não eficácia imediata de determinadas decisões, este está primando pela segurança, como no caso do art. 520. Pauta-se na técnica da efetividade, por exemplo, quando restringe alguns casos no mesmo artigo 520 do CPC, em que as decisões são dotadas de eficácia imediata, não sendo o recurso recebido em seu efeito suspensivo.

147

Quando se outorga a determinado recurso o efeito suspensivo, evita-se que decisões recorridas ou ainda sujeitas a recurso possam produzir seus efeitos, podendo apenas produzi-los quando terminado o prazo para recurso sem a

¹⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos: Recursos no Processo Civil**, Vol.1 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.445.

¹⁴⁷ É preciso notar que o chamado efeito suspensivo deve ser pensado como algo que deve conciliar dois pólos: o da segurança – evitando que a decisão impugnada produza efeitos na pendência de recurso que pode revertê-la, e o da tempestividade – que objetiva impedir que o tempo do processo prejudique a parte que tem razão, e assim estimular a interposição de recursos sem qualquer fundamento. Se o efeito suspensivo privilegia a segurança, sua não previsão serve para dar ênfase à necessidade de tempestividade. São as circunstâncias de direito substancial que devem iluminar a eventual dispensa do efeito suspensivo. Porém, como muitas vezes é necessário considerar as particularidades do caso concreto, costuma-se também deixar ao juiz a possibilidade de conferir efeitos suspensivo ao recurso. Nesse caso, o efeito suspensivo é denominado *ope iudicis* (por exemplo, a possibilidade de o juiz dar efeito suspensivo ao agravo – art.558, do CPC), em oposição ao efeito suspensivo que é atribuído pela lei a determinado recurso (efeito suspensivo *ex lege*; por exemplo o efeito suspensivo atribuído ao recurso de apelação – art.520, CPC) (MARINONI & ARENHART, 2004, p.561).

interposição deste, ou quando a parte aceitar a decisão ou renunciar ao direito de recorrer desta.¹⁴⁸

Já a prescrição do art.558 e seu § único, permitiu que o relator conceda efeito suspensivo ao agravo de instrumento e que o juiz (ou relator) atribua efeito suspensivo à apelação naquelas hipóteses em que por lei a mesma não é dotada de tanto.

Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Assim, passa a existir a concessão de efeito suspensivo “*ope judicis*”, tendo pertinência somente em dois casos: quanto à sentença, naquelas situações em que o legislador determina a inexistência de efeito suspensivo; quanto ao agravo de instrumento, quando se possibilita a atribuição do efeito suspensivo.

Dessa forma, inicia-se a importância da atuação do juiz no tocante à concessão dos efeitos que o recurso deve ter recebido, bem como se este deve permanecer inerte ou pode atuar de ofício.

O importante papel do juiz, nesse passo, é controlar a efetividade da tutela e a satisfação do direito reconhecido no pronunciamento jurisdicional proferido. Por ser matéria de ordem pública, o juiz terá ampla liberdade, sem qualquer provação das partes, para reconhecer a existência ou não do efeito suspensivo.

A situação é apresentada de forma diversa, apenas quando incidente o critério *ope judicis* na atribuição do efeito suspensivo, havendo, nesse caso, a necessidade de requerimento exposto por parte do recorrente.

¹⁴⁸ A regra é a de que os recursos são dotados de efeito suspensivo. Enquanto sujeita a recurso, a decisão, em princípio, não produz efeitos. Excepcionalmente, a lei, negando suspensividade ao recurso, permite que a decisão se torne eficaz antes de transitar em julgado. Essa antecipação pode concernir a toda a eficácia, ou só a alguns efeitos da decisão. Resulta necessariamente de texto legal exposto, ou de categórica imposição sistemática. No silêncio da lei, deve-se normalmente entender que o recurso tem efeito suspensivo; assim, v.g., quanto aos embargos infringentes (MOREIRA, 2005, p.123).

Na verdade, tal circunstância decorre da ligação entre o juízo de admissibilidade e os efeitos recursais, pois para Nelson Nery (2004, p.387), são parte integrante do juízo de admissibilidade as decisões sobre os efeitos em que o recurso é recebido, podendo o juiz pronunciar-se assim, ex officio, sobre os efeitos em que está recebendo o recurso no momento em que proferir a decisão de recebimento ou indeferimento do recurso.

Contrariamente, Flávio Cheim Jorge (2003, p.291) não acredita que a atuação de ofício do juiz quanto aos efeitos dos recursos possa ser atribuída a uma possível relação daqueles com o juízo de admissibilidade, uma vez que os efeitos recursais não integram o juízo de admissibilidade, donde se leva a crer que a atuação oficiosa do juiz advém de fator completamente distinto, qual seja, a efetividade da tutela jurisdicional.

5.3 - O EFEITO OBSTATIVO

Este seria o primeiro efeito digno de registro, pois é este quem impossibilita que transite em julgado no caso de sentença, ou que ocorra a preclusão, no caso de decisão interlocutória.

O efeito obstativo serve para evitar que ocorra o trânsito em julgado, mas uma vez ocorrido o trânsito em julgado de uma sentença, a sua desconstituição somente se processa mediante a ação revisória.

Segundo Barbosa Moreira ¹⁴⁹, “Efeito comum e constante de todos os recursos, desde que admissíveis, é o de obstar, uma vez interpostos, ao trânsito em julgado da decisão”.

Entende-se que este é o efeito normal de todos os recursos, não se confundindo com o efeito suspensivo, uma vez que o efeito suspensivo diz

¹⁴⁹ Moreira, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento). 23ª edição revista e atualizada. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, pág.12).

respeito à suspensão da eficácia da decisão impugnada, enquanto o obstativo em nada influencia na eficácia quando está incidindo, mas sim obsta que a decisão transite em julgado ou ocorra à preclusão. Outro diferencial é o fato do efeito obstativo se encontrar em todos os recursos, o que não ocorre com o efeito suspensivo.¹⁵⁰

¹⁵⁰ No direito brasileiro, a coisa julgada (material ou simplesmente formal – ao contrário do que pode parecer à vista do teor literal do art.467, que só àquele se refere) jamais se constitui enquanto a decisão comporte algum recurso, seja qual for. Esse ponto é importante para a determinação da natureza da execução instaurável, por força de autorização legal, na pendência de recurso, inclusive do extraordinário. Tal execução é sempre provisória (MOREIRA, 2005, p.122).

6. FATOS NOVOS E SUPERVENIENTES

Antes de estudar os recursos em espécie e a devolutividade das questões de fato e das questões de direito inerente a estes, é necessário tratar dos fatos que poderiam ter repercussão após o julgamento da lide, ou seja, quando o magistrado já tivesse decidido acerca das questões de fato. Tais fatos poderiam ser responsáveis por modificar a solução prestada pelo magistrado no momento de resolver essas questões, ou mesmo no momento de qualificá-las em relação à norma jurídica aplicável, tendo repercussão nas questões de fato e nas questões de direito por ele anteriormente decididas.

Uma primeira situação a ser enfrentada é o surgimento de fatos novos e supervenientes. Pode acontecer de alguns fatos que não foram conhecidos e discutidos como questão no processo junto ao juízo de piso, sejam levados à análise pela primeira vez ao juízo recursal. Para que isto seja possível, uma vez que constitui exceção à regra (a falta da alegação desses fatos não configura preclusão quanto a sua alegação) por serem os fatos pela primeira vez alegados em seara de reexame, a parte deve comprovar serem estes supervenientes ou novos, ou seja, que era impossível submetê-los ao conhecimento do magistrado que primeiramente decidira a causa.¹⁵¹

Fato superveniente¹⁵² é aquele de existência recente, devendo sempre constituir objeto de cognição espontânea pelo órgão colegiado de segundo grau. É suficiente a sua comprovação para que se admita a respectiva arguição. Assim, o direito superveniente deve ser alegado na apelação, devendo ser considerado pelo tribunal.

¹⁵¹ Se existem órgãos com hierarquia diferente, e o segundo somente reexamina as questões já julgadas pelo primeiro, aquele não poderá conhecer de qualquer matéria que não tenha passado pelo crivo deste, a não ser, é claro, quando o próprio sistema permite como na hipótese consagrada no art.517 do CPC, no qual se possibilita que o recorrente alegue matéria nova, não proposta no juízo inferior, no seu recurso de apelação, nas hipóteses de força maior.(JORGE, 2003, p.188).

¹⁵² O *jus supervenies* pode constituir no advento de fato ou direito que possa influir no julgamento da lide. Deve ser levado em consideração pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte ou interessado, independente de quem possa ser com ele beneficiado no processo. Não se pode, a pretexto de pretender a incidência do *jus supervenies*, alterar a causa de pedir ou o pedido. (MERY JUNIOR, ANDRADE NERY, 1996, p.832).

Fato novo reside na circunstância de este ser velho, mas de conhecimento novo. Assim, segundo a regra do art.517 do CPC (As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior), estes poderão ser suscitados em apelação, mas somente excepcionalmente diante da existência de força maior¹⁵³, ou seja, a parte deve provar que não tinha conhecimento do fato. Importante é salientar que a parte não pode inovar, sendo defeso modificar a causa de pedir ou o pedido.

Assim, também é vedado que o tribunal admita matéria nova alegada em apelação, sem que se demonstre que não houve inércia da parte, ou seja, que ela realmente não alegou a matéria anteriormente por motivo de força maior, sendo inclusive nesse sentido também proibida a prova não produzida por inércia da parte contrária.

Não interessa quem serão os beneficiários dos fatos novos ou supervenientes, devendo tais fatos serem levados em consideração pelo judiciário quando oportunamente conhecidos.

O tratamento prestado aos fatos novos e supervenientes, ou seja, a possibilidade do tribunal reconhecê-los, é uma particularidade dos recursos ordinários, mais precisamente do recurso de apelação, sendo impossível seu conhecimento pelos tribunais superiores em sede de recurso especial e extraordinário.

Necessário é esclarecer que estes não se confundem com o “documento novo”¹⁵⁴, que é tratado nas ações rescisórias, pois documento novo é aquele documento que “já existia quando da prolação da sentença, mas cuja existência era ignorada pelo autor da rescisória, ou que dele não pôde fazer

¹⁵³ A norma abre exceção e permite que se aleguem novas questões de fato, não propostas no juízo inferior, desde que a parte deixou de fazê-lo por motivo de força maior. A existência ou não de força maior autorizadora da exceção será avaliada pelo tribunal em cada caso concreto (NERY JUNIOR, ANDRADE NERY, 1996, p.832).

¹⁵⁴ Documento novo deve ser de tal ordem que, sozinho, seja capaz de alterar o resultado da sentença rescindenda, favorecendo o autor da rescisória, sob pena de não ser idôneo para o decreto de rescisão (NERY JUNIOR, ANDRADE NERY, 1996, p.865).

uso” (NERY JUNIOR, ANDRADE NERY, 1996, p.864). Vale notar que na ação rescisória, cuja interposição é autorizada por casos como o supracitado, trata-se de uma situação diferente daquela dos recursos, mas que pode levar ao mesmo objetivo, ou seja, à modificação do julgado.

Conforme exposto em capítulos anteriores, além dos recursos, existem outros meios autônomos de impugnação, do qual faz parte a ação rescisória, que visa rescindir a sentença de mérito transitada em julgado (CPC 485). Isto significa que, quando determinada decisão de mérito transitar em julgado, não caberá mais nenhum recurso, mas esta poderá ainda ser atacada via ação rescisória.

A discussão em torno da rescisória é se esta serviria ou não para corrigir a injustiça de determinada decisão, reexaminando provas e questões de direito.

Nessa questão, tem-se corrente doutrinária no sentido de que a ação rescisória “não se presta para correção de injustiça da sentença nem para reexame da prova (RT 541/236). É medida excepcional que só pode fundar-se nas hipóteses taxativamente enumeradas na lei” (NERY JUNIOR, ANDRADE NERY, 1996, p.863). Importante é a conclusão de Teresa Arruda Alvim Wambier (2002, p.403), para quem o desrespeito a um princípio é pior para o sistema jurídico do que simplesmente o desrespeito a uma norma jurídica isolada, o que dessa forma autorizaria a ação rescisória com base no art.485, V do CPC para demonstrar a existência desse tipo de violação¹⁵⁵. O posicionamento do autor nesse sentido é de que é amplo o termo “questão de direito” nas ações rescisórias, e “a simples existência do juízo *rescissorium* já levaria, por si só, a essa conclusão. O re julgamento da causa pode fazer-se com o reexame do material probatório produzido”(WAMBIER, 2002, p.403). Ela concluiu:

Também a ação rescisória tem, pelo menos em parte, a função de corrigir decisões. Interessa-nos fixar o sentido do art.485, V, do CPC: que seria violar literal disposição de lei. Pensamos que a expressão

¹⁵⁵ A violação ou desrespeito a um princípio sempre se verificará em fundação de uma subsunção mal feita, já que, não há violação, em tese, de princípio. O princípio terá sido violado quando deveria ter incidido e o julgador o tenha afastado, ou quando tenha incidido em caso que não comportaria essa incidência (WAMBIER, 2002, p.403).

literal não justifica a existência da Súmula 3432 e que não significa tampouco violação à interpretação literal de lei. Quer-se, com a expressão literal, significar pura e simplesmente que não há de ser qualquer infração à lei. Ou seja, há de ser uma infração relevante (WAMBIER, 2002, p.403).

Assim, o entendimento é de que mesmo nas ações rescisórias, ao se fazer o pedido de rescisão do julgado, muitas vezes é necessário retornar aos autos e rever as questões de fato e de direito decididas, no sentido de se concluir pela anulação ou não do julgado.

Feita essa breve explanação sobre a rescisória, deve-se retomar os fatos novos e supervenientes que podem ser suscitados em apelação, e, principalmente, a possibilidade de desconstituição de decisões transitadas em julgado. Nesse contexto, um questionamento plausível refere-se ao ferimento ou não do princípio da segurança jurídica.

A respeito do que seria o valor segurança jurídica, ensina William Couto Gonçalves:

A linha reflexionante que melhor alberga o valor segurança jurídica é aquela que não a identifica apenas como decorrência do ordenamento jurídico positivo da vertente Kelseniana; mas também como decorrência da atividade jurisdicional que, *a priori*, faz valer o ordenamento jurídico positivo na sua concepção mais restrita, se se pretende tê-lo apenas como o conjunto de leis que regem uma sociedade, em dado lugar e em dado momento; ou na sua concepção mais abrangente, se se pretende tê-lo, outrossim, compreendendo o costume, a doutrina, a jurisprudência, a analogia, e os princípios gerais do direito. Quer numa quer noutra concepção, é impossível menoscar o significado maior do trato com a equidade (GONÇALVES, 2004, p.71).

Nesse sentido, a segurança jurídica estaria no “plano finalístico do Processo Judicial de Solução de Conflitos em especial pela jurisdição que nele e por ele se presta, por isso é um fim do Estado Constitucional e de Direito”(GONÇALVES, 2004, P.71).

No tocante à segurança jurídica em confronto com os fatos novos e supervenientes, não há maiores dificuldades, tendo em vista que o processo ainda não atingiu o seu fim, não existindo ainda decisão transitada em julgado.

Ocorre que para um mínimo de segurança, é necessário, como acima se expôs, a comprovação por parte do interessado de que realmente a questão é nova ou superveniente, ou seja, esta não foi suscitada até o memento por força maior.

Já no sentido de explicar como se trata o valor segurança jurídica, quando se possibilita a desconstituição da coisa julgada em sentença de mérito, deve-se atentar também para o valor justiça, e confrontar os princípios. Diz o jurista:

Consoante o direito constitucional de ação (art.5º. n. XXXV, CF), busca-se pelo processo a tutela jurisdicional adequada e justa. A sentença justa é o ideal – utópico – maior do processo. Outro valor não menos importante para essa busca é a segurança das relações sociais e jurídicas. Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas) o sistema constitucional brasileiro resolve o choque, optando pelo valor segurança (coisa julgada), que deve prevalecer em relação à justiça, que será sacrificada (*Veropferungstheorie*). Essa é a razão pela qual, por exemplo, não se admite ação rescisória para corrigir injustiça da sentença. A opção é política: O Estado brasileiro é democrático de direito, fundado no respeito à segurança jurídica pela observância da coisa julgada. A má utilização do instituto pode servir de instrumento de totalitarismo e de abuso de poder pelos governantes do momento, em detrimento do estado democrático de direito (NERY JUNIOR, 2004, P.49).

Concluindo seu posicionamento, Nelson Nery Junior diz que “a julgada não pode ser modificada nem por emenda constitucional (art.1º. *caput* e 60 § 4º, n. I e IV, CF), nem pela lei (art.5º, n.XXXVI, CF)”(NERY JUNIOR, 2004, p.50).

Dessa forma, a coisa julgada somente poderá ser atacada via ação rescisória, que, mesmo parecendo inconstitucional, não o é, pois decorre do princípio da proporcionalidade, buscando autorizar o valor justiça acima da segurança jurídica apenas para os casos de extrema gravidade taxativamente arrolados no art.485 do CPC. Realmente há desprestígio do princípio da segurança jurídica na relação com a justiça das decisões quando nos casos autorizadores da ação rescisória, que forma um rol de situações gravíssimas e taxativas que recebem tal autorização devido ao princípio da proporcionalidade. Mas fora essa esfera, não existe possibilidade atual de nenhuma garantia ou princípio que se sobreponha ao da segurança jurídica.

7. OS RECURSOS E AS QUESTÕES DE FATO E DE DIREITO

7.1. RECURSOS ORDINÁRIOS E EXTRAORDINÁRIOS

A doutrina costuma classificar os recursos em dois gêneros distintos: a) os recursos ordinários, cujas espécies são a apelação, o agravo retido e o de instrumento, os embargos de declaração e os infringentes, e o recurso ordinário constitucional; b) os recursos extraordinários, tendo como espécies o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e o Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

O ponto chave para a classificação dos recursos, tanto em ordinários como em extraordinários, segundo a majoritária e respeitada doutrina, foi a criação do Superior Tribunal de Justiça e do recurso especial pela Constituição Federal de 1988. Isto porque antes dessa modificação, ao tratar dos recursos e da competência do Supremo Tribunal Federal, listava a competência deste. Confira-se:

Art.119, II, a) :julgar em recurso ordinário as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismos internacionais de um lado, e, de outro, município ou pessoa domiciliada ou residente no país;

Art.119, III, a) a d) :julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da própria Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato do governo Constituição ou de lei federal; ou der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

Ao Criar o Superior Tribunal de Justiça, o constituinte de 1988 redistribuiu algumas competências antes exclusivas do STF, o que gerou enorme mudança, nascendo, assim, a necessidade de separação na classificação entre recursos ordinários e extraordinários. Com efeito, o fundamento dessa classificação toma como “ponto central o objetivo imediato tutelado pelo recurso. Enquanto os recursos extraordinários tutelam o direito objetivo, os

recursos ordinários visam proteger imediatamente o direito subjetivo.”(JORGE, 2003, p.18).

É necessário tentar demonstrar o limite do efeito devolutivo no tocante à análise das questões de fato e das questões de direito existentes dentro dos processos judiciais analisados em grau de recurso, com uma ênfase nos recursos constitucionais, ou seja, aqueles reconhecidos de forma expressa pela Constituição Federal, o recurso ordinário constitucional e, principalmente, os recursos extraordinário e especial.

No intuito de aumentar a abrangência e facilitar o entendimento dos recursos e seu reexame, vale ressaltar os principais aspectos dos recursos ordinários em espécie, antes de se apreciar os recursos constitucionais, principalmente no tocante aos efeitos destes e, conseqüentemente, ao reexame das questões de fato e das questões de direito.

Certo é que não se pode confundir as nomenclaturas, pois existe o gênero “recursos ordinários”, que abrange um grande número de recursos, como a apelação, o agravo, os embargos infringentes e os de declaração, e por fim, os recursos ordinários constitucionais, os quais, além de serem reconhecidos como tais estão enumerados no art.539 do CPC¹⁵⁶ e nos arts.102, II¹⁵⁷ e 105, II¹⁵⁸ da Constituição Federal.

¹⁵⁶ **Art. 539.** Serão julgados em recurso ordinário: I - pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados de segurança, os habeas data e os mandados de injunção decididos em única instância pelos Tribunais superiores, quando denegatória a decisão; II - pelo Superior Tribunal de Justiça: a) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; b) as causas em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

¹⁵⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: II - julgar, em recurso ordinário: b) o crime político; a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; 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.

¹⁵⁸ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: II - julgar, em recurso ordinário: a) os "habeas-corpus" decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional,

7.2 - DOS RECURSOS ORDINÁRIOS

Os recursos ordinários são classificados pela doutrina como aqueles aptos a resolver injustiças presentes nas decisões judiciais, como bem expõe o professor Flávio Cheim Jorge:

“A correção da decisão, no que tange, especificamente, à incidência correta da lei em questão, somente é alcançada mediatamente. Basta, para o cabimento desses recursos, que seja alegada a injustiça da decisão. De um modo geral, é também permitida uma ampla revisão da matéria fática e probatória, sem que haja exigência da necessidade de se demonstrar a aplicação específica de um determinado texto legal. (JORGE, 2003, p.19).

Como se pode concluir da exposição, não existem grandes mistérios no tocante a atuação dos recursos ordinários no reexame das questões de fato, pois, respeitados os limites da *tantum devolutum quanto appellatum*, toda matéria fática devolvida ao tribunal poderá ser por este reexaminada. Tem, portanto, influência a manifestação do tribunal em toda a parte probatória do processo, motivo pelo qual nos recursos ordinários o reexame das questões de fato e de direito se dá de forma completa pelo órgão julgador, podendo este conhecer, inclusive, questões suscitadas mas que não foram objeto de manifestação pelo magistrado prolator da decisão.¹⁵⁹

Assim, deve-se analisar, na verdade, o efeito devolutivo em sua profundidade e, principalmente, a sua extensão para entender o objeto de reexame de cada um, o que ocorre mais claramente quando se leva em conta os recursos em espécie. Mas sua devolução para novo pronunciamento certamente não traz nenhum óbice ao reexame das questões de fato ou de direito, sendo a regra geral sobre o efeito devolutivo a mesma aplicada ao recurso de apelação.

de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País; 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 válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

¹⁵⁹ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral do recursos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.19.

Desta forma, dentre os recursos em espécie tratados a seguir, a apelação merece uma abordagem ampla e especial, principalmente por espelhar como é a incidência do efeito devolutivo nos outros recursos ordinários.

7.2.1. Apelação

A apelação é o recurso cabível para impugnar sentenças, independentemente de seu conteúdo e da natureza do processo em que foi deferida, sendo o primeiro recurso constante do Código Civil Brasileiro, e sua disciplina é uma das mais utilizadas, tendo cabimento em vários outros recursos ordinários.

Ao tratar brevemente do histórico da apelação, o ilustre professor Barbosa Moreira ensina:

Sem embargo das controvérsias relativas à sua exata origem, é fora de dúvida que a *appellatio* veio a firmar-se no ordenamento romano, já no período da *cognitio extra ordinem*, com a oficialização da máquina judiciária e a inserção dos juízes na pirâmide burocrática cujo vértice era ocupado pelo Imperador. Interponível apenas contra a *sententia*, não contra as *interlocutiones*, ela constituía, precipuamente, meio de obter o reexame de decisões com base em supostos *errores in iudicando*, embora tenha sido usada, em certos casos, para a denúncia da *invalidade*, e não da *injustiça* da sentença. Podiam utilizá-la assim as partes como terceiros prejudicados. (MOREIRA, 1998, p.406)

Ao tratar do efeito suspensivo no recurso de apelação, o legislador preferiu a segurança à efetividade. Conforme exposto no art.520, a apelação passou a ser dotada de efeito devolutivo e suspensivo, ou seja, os seus efeitos não têm eficácia imediata, pois em regra a sentença só produzirá efeitos após seu trânsito em julgado.

Claro é que nos casos em que a sentença não for impugnada no prazo previsto em lei, ou quando o recurso não for conhecido pelo órgão julgador, ocorrerá o trânsito em julgado da sentença, vindo esta a produzir seus efeitos, uma vez que a segurança jurídica já está prestada na imutabilidade da decisão e dos possíveis efeitos exteriores ao processo.

Outro aspecto do recurso de apelação é a substituição da sentença, pois, fora os casos em que o recurso não é conhecido, esta será substituída por decisão

proveniente do órgão julgador superior através de acórdão, que será quem projetará seus efeitos, sua eficácia. Por esse motivo, alguns doutrinadores falam no efeito substitutivo do recurso, que nada mais seria do que a substituição de uma decisão por outra, o que, à luz da maioria dos doutrinadores, nada mais seria do que uma decorrência como do efeito devolutivo.

Mas as exceções à regra de que toda apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo, quando esta for tempestiva e for conhecida pelo tribunal, se encontra inclusa art. 520 do CPC¹⁶⁰.

Outros também são os casos em que o Código de Processo Civil prescreve que a apelação será recebida apenas em seu efeito devolutivo, como as ações interpostas contra sentenças que decretam a interdição (art.1184)¹⁶¹, as que julgam as possessórias, as ações de Despejo¹⁶², a Ação Civil Pública¹⁶³, Mandado de Segurança, Juizados Especiais e etc.

Assim, nos casos em que existir o efeito suspensivo, a sentença não poderá produzir os seus efeitos, mas sendo esta recebida só no efeito devolutivo, poderá ser iniciada sua execução provisória, tratada no art.588 do CPC. “A

¹⁶⁰ Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: I - homologar a divisão ou a demarcação; II - condenar à prestação de alimentos; III - julgar a liquidação de sentença; IV - decidir o processo cautelar; V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem. VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;

¹⁶¹ Art. 1.184. A sentença de interdição produz efeito desde logo, embora sujeita a apelação. Será inscrita no Registro de Pessoas Naturais e publicada pela imprensa local e pelo órgão oficial por três vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição e os limites da curatela.

¹⁶² **Art. 58.** Ressalvados os casos previstos no parágrafo único do art. 1º, nas ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório da locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação, observar-se-á o seguinte: **III** - o valor da causa corresponderá a doze meses de aluguel, ou, na hipótese do inciso II do art. 47, a três salários vigentes por ocasião do ajuizamento;

¹⁶³ Ação Civil Pública (art.14 da Lei nº.7347/85): Art. 14. O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte. Mandado de segurança (art.12, parágrafo único, da Lei nº.1533/51): Art. 12 - Da sentença, negando ou concedendo o mandato cabe apelação Parágrafo único. A sentença, que conceder o mandato, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente. Nos juizados especiais (art.43 da Lei 9099/95): Art. 43. O recurso terá somente efeito devolutivo, podendo o Juiz dar-lhe efeito suspensivo, para evitar dano irreparável para a parte.

execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios”.

Conforme exposto, o recurso de apelação pode ser recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo, devendo este último ser analisado tanto no tocante à sua extensão quanto à sua profundidade,

É obrigação do apelante apontar dentro dos pontos da sentença quais foram aqueles desfavoráveis à sua pretensão, e quais destes ele entende por merecer reforma, devolvendo apenas estes ao tribunal, e devendo o tribunal, ao analisar o recurso de apelação, em regra, restringir seu reexame apenas à matéria impugnada pela parte. Diz o artigo. 515, caput, do CPC: “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”.

Resta claro que o apelante não tem obrigação de apelar de todos os pontos objetos da sentença, mas somente daqueles que, além de desfavoráveis a ele, não foram aceitos. Visto que essa impugnação pode ser parcial ou total, a devolução feita ao tribunal tem que respeitar a extensão dos pontos que foram impugnados, não podendo estender sua análise além destes. Em suma, deve ser considerada, portanto, extensão do efeito devolutivo. Diz a doutrina: “Delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar com que material há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar”. (MOREIRA, 1998, p.424).

Ocorre que a lei n. 10.352, de 26.12.01, introduziu o § 3º do art. 515, que trouxe novas possibilidades e ampliou o leque de atuação do tribunal. A nova redação autoriza o tribunal a julgar diretamente o mérito da causa quando, no julgamento da apelação, afasta a sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC 267) ainda, e quando a causa versar sobre matéria exclusivamente de direito ou, sendo de direito e de fato, encontrar-se devidamente instruída.

Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

Até a vigência do §3º do artigo 515 do CPC, alterado pela edição da lei n. 10.352, cabia exclusivamente ao apelante a fixação do limite, podendo atualmente o tribunal, desde que presentes os requisitos, examinar matéria de mérito ainda que não seja argüida em apelação. Ou seja, ao afastar a sentença de extinção do processo sem o julgamento do mérito, o tribunal não precisa remetê-lo este ao juízo *a quo*, podendo decidir o litígio se presentes as condições autorizadas pelo §3º do artigo 515 do CPC.

Barbosa Moreira (1998, p.425) observa que, como o apelante só pode impugnar o que fora efetivamente decidido na sentença, a devolução operada pela apelação estava restrita ao objeto do julgamento pelo juiz *a quo*: No sistema originário do Código:

se se tratasse de sentença terminativa – isto é, de decisão que pusera fim ao procedimento de primeiro grau sem julgar o mérito -, não era lícito ao órgão ad quem passar incontinenti ao exame deste, na hipótese de ser provida a apelação. Seria infringir o princípio do duplo grau, tal como se configurava pela conjugação do art. 515, caput, com o art. 463, do qual resultava que, não se tendo pronunciado de meritos, o juiz *a quo* não chegara a “cumprir e acabar o ofício jurisdicional”. O provimento da apelação, nesse caso, acarretaria a restituição dos autos ao órgão inferior, para que desse prosseguimento ao processo.(MOREIRA, 1998, p;425).

Para parte da doutrina, endossada por Flávio Cheim Jorge e Cleanto Guimarães, não se pode admitir que o tribunal examine o mérito, se isto não for requerido pelo apelante, uma vez que se deve interpretar o §3º concomitantemente com o CAPUT do art.515, sob pena de violar o princípio da voluntariedade e até mesmo de uma *reformatio in pejus*.¹⁶⁴

Em posição diversa, encontra-se Ricardo Procópio Bandeira Melo, que no tocante à supressão de instância, diz o seguinte:

¹⁶⁴ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral do recursos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.247

Ante as exigências estabelecidas no dispositivo legal em estudo, haverá processamento da causa no juízo *a quo* que, proferindo sentença terminativa, poderá render ensejo ao julgamento do mérito pelo juízo *ad quem*, desde que, interposta a apelação, a tempo e modo e, não enxergando o tribunal o(s) obstáculos percebido(s) pelo juiz ao conhecimento do mérito, esteja madura a causa. A ação terá sido iniciada no juízo de primeira instância, será ali processada para, só então, receber o julgamento do mérito diretamente da segunda instância, por estarem presentes, em situação excepcionalmente prevista na lei, os elementos ensejadores desse salto de juízo, a fim de atender a uma premente necessidade de adequação da atividade jurisdicional à realidade (2005, p.683).

Com relação à *reformatio in peius*, pode-se dizer que esta não ocorreria, pois mesmo que, ao julgar o mérito, o tribunal o fizesse em desfavor do autor, a parte não estaria diante de um julgamento de mérito que piorasse sua situação, uma vez que não se modificaria nenhuma situação em que o autor tivesse vencido em primeiro grau. Não houve julgamento de primeiro grau, “de modo que o julgamento do tribunal, na hipótese do §3º do art.515, é do mérito da ação em primeiro grau, isto é, caberá ao tribunal acolher ou desacolher o pedido feito à inicial” (BANDEIRA DE MELO, 2005, p.687). Não haveria, pois, violação a este princípio, na medida em que o “julgamento de mérito decorre da aplicação de matéria de ordem pública, qual seja competência funcional atribuída ao órgão ad quem, por meio do recurso de apelação, para a decisão sobre o *meritum causae*.”(BARONI, 2005, p.719).

Dessa forma o legislador continua sua luta por prestar maior efetividade ao processo, mesmo que diminuindo a incidência do princípio do duplo grau de jurisdição, autorizando o tribunal a decidir o mérito de questões em única instância, atribuindo assim uma maior extensão ao efeito devolutivo ex officio, prestando a esta regra a mesma abrangência do art.330, inciso I do CPC:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

Mesmo antes da supracitada reforma que introduziu o §3º no artigo 515 do CPC, alguns já defendiam a existência dessa possibilidade pela análise do §1º do mesmo dispositivo. Ocorre que essa posição nunca prosperou, só sendo aceita de forma maciça após a introdução da lei 10.352. No caso em tela,

“Deixa de ter natureza de *revisio prioris instaurantiae* e passa a ser concebida com um *novum iudicium*, no qual ao órgão jurisdicional superior é lícito o mais amplo reexame da causa, em todos os seus aspectos de fato e de direito”(TUCCI, 2000, p.99).

7.2.2. Agravo

O recurso de Agravo teria surgido no direito português como “reação à prática judiciária ante a restrição imposta por Afonso IV à faculdade de apelar contra as interlocutórias” (MOREIRA, 1998, p.477).

Segundo o Ilustre professor Barbosa Moreira:

“As Ordenações Manuelinas consagraram o agravo como recurso típico das decisões interlocutórias simples, e regularam duas modalidades: quando o órgão *ad quem* ficasse sediado no mesmo lugar do órgão *a quo*, o agravo subia *por petição*; na hipótese contrária, por instrumento. Mais tarde, fixou-se uma distância limite (cinco léguas) entre as sedes dos dois juízos; abaixo dela, o agravo seria de petição, e acima, de instrumento. A essas duas modalidades vieram a acrescentar-se três outras: o agravo ordinário (anteriormente denominado suplicação), o agravo de ordenação não guardada e o agravo no auto do processo, cuja instituição como figura autônoma se costuma atribuir à Carta Régia de D. João III, de 1526, mas que, conforme recente e acurada investigação, remota à segunda publicação das Ordenações Manuleninas (1521).(MOREIRA, 1998, p.477-478).

O direito brasileiro reconheceu este agravo no auto do processo juntamente com o de instrumento, sendo também reconhecido pelo Código de Processo Civil, de 1973, o agravo de petição.

O Código de Processo Civil brasileiro destacou o recurso de agravo para ser aquele responsável por impugnar as decisões interlocutórias. Ocorre que este agravo é aquele previsto nos artigos 522 e ss., não tendo relação com outros recursos que a legislação nacional denomina de agravo. Foram reconhecidos pelo Código basicamente dois tipos: o agravo de instrumento e o agravo retido, prestando características um pouco diferentes na atuação de cada um.

7.2.2.1. Agravo de Instrumento

O agravo de instrumento é um recurso a ser interposto contra decisões interlocutórias, nos termos do art.524¹⁶⁵ e seguintes do CPC, e que, naturalmente, não possuía efeito suspensivo e não permitia que o magistrado o atribuísse em qualquer hipótese, sendo que sua interposição não obsta ao andamento do processo, ressalvados os casos do art.558 .

Como as decisões interlocutórias são aquelas em que o juiz decide questões incidentais, ou seja, decisões de mérito que não põem termo ao processo, estas possuem eficácia imediata, principalmente quando são aquelas em que os magistrados antecipam os efeitos da tutela requerida antes da prolação da sentença, impossibilitando, nesses casos, que até mesmo a apelação que impugne sentença confirmando essa decisão interlocutória possa ser recebida no efeito suspensivo.¹⁶⁶

Com a possibilidade de o juiz poder antecipar os efeitos da tutela, surge também o risco de que decisões injustas pudessem causar danos de difícil reparação, nos casos de a sentença ser julgada em desfavor do beneficiado com a medida. Assim, o legislador se viu obrigado a atribuir ao recurso de agravo de instrumento a possibilidade de ser recebido com efeito suspensivo, para evitar que a decisão produzisse seus efeitos enquanto estivesse pendente o julgamento do recurso.

Outro motivo que fez com que o legislador buscasse prover o recurso de agravo de instrumento do efeito suspensivo é o fato de os manuseadores do

¹⁶⁵ Art. 524. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos: I - a exposição do fato e do direito; II - as razões do pedido de reforma da decisão; III - o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei.

¹⁶⁶ O Código de processo Civil contém regras jurídicas pré-excludentes da interposição do agravo de instrumento. Ela é vedada contra as decisões proferidas no procedimento comum sumário, seja em audiência, seja com respeito a provas. Da mesma forma, não é possível interpor-se o recurso de agravo nessa modalidade contra decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, salvo nos casos de dano de difícil e incerta reparação, nos de inadmissão de apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida (MARQUES, 2003, p.421).

direito entupirem os tribunais com mandados de segurança, buscando impedir a produção dos efeitos dessas decisões, que possuíam como autoridade coatora o magistrado e a decisão, como violação ao direito líquido e certo.

Assim, o art.558 do CPC hoje é redigido de molde a tornar muito mais ampla a exceção contida na redação revogada, ou seja, nos casos em que se deve prestar efeito suspensivo ao agravo de instrumento, apesar de este continuar a ser um recurso que não tem efeito suspensivo de regra, ou seja, apesar de interposto, a decisão impugnada continua a produzir seus efeitos.

Desse modo, a nova legislação veio a acolher a pretensão que já era prevista no artigo 558, mas ainda encontra grande resistência. Hoje, em determinados casos, principalmente quando comprovado o risco de lesão, o legislador pode receber o recurso, atribuindo-lhe o efeito suspensivo, não só no sentido da decisão não produzir seus efeitos, mas também para que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela seja deferido, nos casos em que o juiz o nega.

Enfim, embora seja uma exceção, o art. 558 é meramente exemplificativo, podendo ser concedido, pelo relator, efeito suspensivo ao agravo, desde que a parte demonstre convincentemente o *fumus boni iuris*. Muito provavelmente quando vier a decisão do agravo em seu favor, esta já será inútil, uma vez não suspensos os efeitos da decisão recorrida.

O agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória de recurso especial ou extraordinário (art.544) não possui efeito suspensivo. Isto porque a decisão atacada por este recurso será sempre negativa, não produzindo por si só, a ocorrência de fatos que possam justificar a atribuição do efeito suspensivo.

O *chamado agravo retido* independe de preparo e pode ser interposto oralmente, além do que não existe a necessidade de instruir a peça, devendo apenas constar na petição dirigida ao juiz da causa os pedidos e sua fundamentação, além, é claro, dos sujeitos do recurso.

O agravo retido não possui efeito suspensivo, pois este quando não levar o juiz a retratar-se de sua decisão, ficará retido nos autos, e somente o tribunal poderá conhecê-lo, desde que conste pedido expresso nas razões ou contra-razões do recurso de apelação. É, pois, impossível pensar em efeito suspensivo neste tipo de impugnação, mesmo porque a idéia de *periculum in mora e fumus boni iuris* nunca está presente nas decisões interlocutórias impugnadas pelo agravo retido.

Assim, como esse recurso somente é julgado juntamente com a apelação, existindo qualquer necessidade de uma tutela de urgência, deverá a parte interpor o agravo de instrumento.

No tocante ao efeito devolutivo, em regra o agravo de instrumento possui apenas esse efeito, como visto acima, pois seu âmbito de devolutividade é total, abrangendo todas as questões suscitadas e que foram objeto da decisão interlocutória recorrida.

7.2.3. Embargos de Declaração

Este tipo de recurso¹⁶⁷ tem por finalidade corrigir decisões proferidas ensejadas de obscuridade, contradição ou omissão, tendo sua existência fundamentada no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, sendo meio de impugnação possível em todos os pronunciamentos jurisdicionais.¹⁶⁸

Sobre o efeito suspensivo, grande parte da doutrina entende que por não terem sido citados no artigo 497 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração poderiam prestar efeito suspensivo à decisão recorrida. Por

¹⁶⁷ Trata-se de procedimento recursal, porque existe, nos embargos de declaração, “pedido de reparação de gravame” resultante de obscuridade, contradição ou omissão. Não houvesse tal gravame e interesse inexistiria, igualmente, para ser pedido o reexame do acórdão (MARQUES, 2003, p.427).

¹⁶⁸ Os embargos de declaração devem ser opostos no prazo de cinco dias da data da publicação do acórdão ou da sentença, em petição dirigida ao juiz ou relator, na qual será indicado o ponto obscuro, contraditório ou omissivo. Cuidando-se, como se cuida, de juízo de retratação, o órgão competente é o juiz ou a turma julgadora do acórdão embargado (MARQUES, 2003, p.421).

exemplo, Cássio Scarpinella Bueno (2001, p.45) entende que possuem esses embargos o efeito suspensivo, pois “não se poderia entender como jurídica a produção de efeitos de uma decisão que padeça dos vícios encartados no art.535 do Código de Processo Civil”.

Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:
 I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição
 II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal

Existem os que entendem a questão de forma contrária, defendendo o efeito suspensivo não só nos embargos, mas também nas sentenças proferidas em processos cautelares, advogando que “interlocutórias produzirão efeito, assim como os acórdãos objeto dos recursos especial e extraordinário. Os embargos quando manejados contra esses pronunciamentos não terão o condão de impedir a eficácia.”(JORGE, 2003, p.297).

Outro dos efeitos dos embargos de declaração é o de obstar à coisa julgada, além, é claro, do efeito devolutivo, pois a decisão objeto dos embargos de declaração devolve toda a matéria ao poder judiciário para reexame. Assim, mesmo que o órgão a analisar o recurso seja o mesmo prolator da decisão, não está impedida a ocorrência do efeito devolutivo, pois este órgão teria em tese terminado com suas funções no processo, e estaria novamente de posse de toda a situação para novo pronunciamento.

7.2.4 - Embargos Infringentes

Conforme expõe com propriedade o professor Barbosa Moreira ao tratar do surgimento deste instituto:

Figura peculiar ao direito luso-brasileiro, envolveram os embargos a partir do simples pedido de reconsideração ao órgão que decidira. Durante muito tempo, eram oponíveis apenas à *execução* da sentença, como os atuais embargos do devedor, não tendo, assim, o caráter de *recurso*. A partir de determinada época, passaram a coexistir as duas modalidades, que o direito brasileiro acolheu. Tivemos, desde então, embargos contra decisões judiciais ainda não transitadas em julgado(*recurso*) e embargos à *execução*. No ordenamento português o recurso de embargo desapareceu com o Código de processo Civil de 1939; entre nós, subsistiu a dualidade, que o vigente estatuto manteve.(MOREIRA, 1998, p.506)

Os embargos infringentes são o recurso cabível sempre que em determinada votação que resultará em acórdão, um dos votantes discorda dos demais, tendo assim este recurso o objetivo de submeter aquele voto vencido do colegiado a nova análise, pois este ao final pode ser quem detinha a razão.¹⁶⁹

Os embargos infringentes possuem efeito suspensivo. A interposição destes faz com que a situação existente antes de proferido o acórdão seja mantida, evitando-se, assim, que ocorram alterações quanto à eficácia e aos efeitos do acórdão recorrido, e, da mesma forma, não produzem nenhum efeito nas decisões anteriores ao acórdão.

Quanto ao efeito devolutivo, entende-se que este existiria, mas em certos casos seria um tanto quanto restrito, uma vez que o objeto de nova análise é decidir se o voto vencido estaria ou não correta no caso apontado. Assim a devolutividade se daria no âmbito desse voto, cuja declaração é obrigatória. Não declaração poderia ensejar até embargos de declaração com esse objetivo.

Excluindo-se este caso, se os embargos não versarem sobre um voto vencido “declarado”, entende-se devolvida toda a matéria que fora anteriormente abraçado pelo órgão julgador pelo efeito devolutivo, proveniente, por exemplo, da apelação ou da ação rescisória.

¹⁶⁹ Os embargos infringentes, até 15 dias a contar da publicação e intimação do acórdão embargado, serão deduzidos por petição fundamentada e entregues no protocolo do tribunal. A secretaria, juntando a petição aos autos, abrirá vista ao recorrido para contra-razões e, em seguida, o relator do acórdão embargado apreciará a admissibilidade do recurso (art.531). Não admitidos os embargos, caberá agravo, em cinco dias, “para o órgão competente para o julgamento do recurso”(art.532). Uma vez admitidos, proceder-se-á ao sorteio do novo relator na forma que dispuser o regimento interno do tribunal, que haverá, também, de determinar a forma pela qual será realizado o julgamento do recurso (MARQUES, 2003, p.427).

7.2.5 - Recurso Ordinário Constitucional

Considerando-se as hipóteses de cabimento, o recurso ordinário constitucional¹⁷⁰, assim como os recursos especial e extraordinário, é aquele “que não detém uma característica própria, tendo cabimento em situações fático-jurídicas distintas entre si, sendo também julgado por tribunais diferentes” (JORGE, 2003, p.298), este recurso “é dirigido a tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça), mas em matérias civis geralmente designadas à competência originária de tribunais”. (MARINONI & ARENHART, 2004, p.597).

Discorrendo sobre o recurso ordinário constitucional, ensina o professor Nelson Nery, que este é cabível de algumas decisões de única instância dos tribunais regionais federais e tribunais estaduais. Tanto para o STF (CF 102 II) quanto para o STJ (CF 105 II), “o recurso ordinário constitucional assemelha-se ao recurso de apelação, sendo pertinente aqui o que foi dito sobre o efeito devolutivo da apelação.”(NERY JUNIOR, 2004, p.444).

Deve-se atentar para a nomenclatura deste recurso para evitar confusões, pois existe o gênero “recursos ordinários”, que abrange um grande número de recursos, como a apelação, o agravo, os embargos infringentes e os de declaração, e por fim, os recursos ordinários constitucionais que, além de serem reconhecidos como tais, estão enumerados no art.539 do CPC e nos arts.102, II¹⁷¹ e 105, II¹⁷² da Constituição Federal.

¹⁷⁰ Chamou-o Alcides de Mendonça Lima, com muito acerto, de recurso ordinário constitucional. Se foi a Constituição que o criou, para dar, no caso, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, atribuição jurisdicional que só ela lhes podia conferir, adequada é a denominação de recurso ordinário constitucional. Tratando-se, embora de “recurso que coubesse, dentre os ordinários, previstos na legislação processual”, a peculiaridade de interposição direta para o Supremo Tribunal ou para o Superior Tribunal de Justiça justifica a qualificação de recurso constitucional, não para dele fazer-se uma “figura recursal per se”, mas, sim, para sublinhar a circunstância de ser um recurso que só existe em razão de estar previsto constitucionalmente, como também ocorre com o recurso extraordinário. De igual forma quanto ao recurso especial (MARQUES, 2003, p.444).

¹⁷¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: II - julgar, em recurso ordinário: a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político;

Ao analisar este recurso, é interessante saber que se encontra classificado entre os recursos ordinários e não excepcionais, porque tem como objeto a “tutela de direito subjetivo das partes, não se submetendo às regras rígidas no que tange ao efeito devolutivo dos recursos extraordinários. Daí a correlação estipulada, pelo legislador, com os recursos de apelação e de agravo.”(JORGE, 2003, p.299).

Ao tratar da admissibilidade¹⁷³ do recurso ordinário constitucional, lembra Barbosa Moreira (2005, p.158) que, dentre tantos, interessam particularmente no Processo Civil os dispostos no art.102, II, a), (com exceção do *habeas corpus*), e no art.105, II, b e c, sendo o prazo para interposição desse recurso de 15 (quinze) dias, não importando o órgão recursal, além disso, incidem sobre esses recursos as regras comuns no tocante a contagem, prorrogação, suspensão e interrupção. Ainda no tocante à admissibilidade do recurso ordinário, expõe o mesmo professor:

No que tange aos outros requisitos de admissibilidade, o art. 540 do Código, na redação da Lei nº. 8.950, remete às normas contidas nos Capítulos II e III do Título “Dos recursos”. A remissão não se afigura inteiramente precisa: há normas sobre matéria localizadas alhures e aplicáveis ao recurso ordinário constitucional, em qualquer de suas modalidades (exemplo:art. 499). Pode-se dizer que nenhuma peculiaridade ocorre aqui no tocante à legitimidade, ao interesse em recorrer, à inexistência de fato impeditivo ou extintivo.(MOREIRA, 2005, p.158).

O recurso ordinário constitucional também produz seus efeitos quando recebido, efeitos estes similares aos dos recursos ordinários em geral, dos quais faz parte. Não guarda nenhuma relação com a rigidez dos outros recursos constitucionais, o extraordinário e o especial.

¹⁷² Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: II - julgar, em recurso ordinário: a) os “habeas-corpus” decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

¹⁷³ Aos recursos ordinários constitucionais aplica-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento no juízo de origem, o disposto nos arts. 513 a 521 do Código de Processo Civil.

No tocante ao efeito suspensivo, se reconhece que via de regra o recurso ordinário deve tê-lo, pois como se assemelha à apelação, é natural que os seus efeitos sejam os mesmos. Está previsto que “ao recurso ordinário deve ser aplicado todo o normativo constante do art.520 do CPC, destinado ao recurso de apelação.” (JORGE, 2003, p.302).

Com relação ao efeito devolutivo, ou seja, quais são as matérias que podem ser analisadas em grau de recurso, ao se reconhecer que este recurso é semelhante à apelação, entende-se que em regra, ele possui efeito “devolutivo amplo”, ou seja, “a devolutividade do recurso ordinário é total, não estando ele sujeito às limitações do recurso especial.”(NERY JUNIOR, 2004, p.444)
Vejam os:

Devolve o recurso ordinário ao órgão *ad quem* “o conhecimento da matéria impugnada”(art. 515, *caput*, aplicável por analogia). Ao contrário do que ocorre no recurso especial e no extraordinário, a devolução não se limita às questões de direito, mas abrange também as de fato.(MOREIRA, 2005, p.158).

Assim, no tocante à profundidade do efeito devolutivo, é desejável que o tribunal conheça todos os fundamentos atinentes à matéria, ou seja, todas as questões de fato e as questões de direito, exatamente conforme ocorre com a apelação. Existe a restrição apenas no tocante ao efeito extensivo: limitando-se ao que foi objeto de impugnação pelo recurso, podendo até mesmo serem demonstrados fatos novos, mas somente em casos excepcionais.

7.3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

7.3.1. Características e Efeitos

Nada melhor para sintetizar o agora objeto de pensamento do que a abordagem introdutiva de José Jesus Cazetta Júnior.

Conforme uma tese bem conhecida, o exercício da função jurisdicional por órgãos múltiplos requer a existência de um tribunal Supremo, para evitar o caos na jurisprudência, propiciar a segurança jurídica e garantir o perene respeito ao princípio da igualdade. Esse tribunal normalmente é descrito como situado no ápice dos órgãos judiciais – acima, portanto, dos tribunais comuns -, com a missão específica de preservar a coerência do sistema jurídico e dar unidade à aplicação judicial do Direito. Para atingir essa finalidade, forma sendo construídos, em cada ordenamento, meios diferentes. Ao modelá-los, a principal dificuldade, de índole política, sempre foi a de fixar o campo de atuação da Corte Suprema: em poucas palavras, se ela deve, havendo recurso, reapreciar livremente, toda a causa ou, apenas, as questões de direito, com preclusão das questões de fato. Na primeira hipótese, como é intuitivo, a corte funciona como mais uma instância de julgamento (geralmente, a terceira); na segunda, há uma conciliação entre o interesse pó particular e o do Estado, mas seu objetivo não é tanto o prejuízo sofrido pelo particular, mas, som, o interesse público em tolher práticas judiciais abusivas e garantir a aplicação geral e uniforme da lei. (apud TUCCI & BEDAQUE, 2002, p.247).

O Recurso Extraordinário e o Recurso Especial fazem parte dos chamados Recursos Excepcionais¹⁷⁴, sendo ambos reconhecidos expressamente em nossa Constituição Federal. Deve-se perceber que, ao contrário dos Recursos Ordinários, o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário são de

¹⁷⁴ De todo modo, uma vez chegados à classe dos recursos, a subdivisão desejável deve ser aquela que considere certas circunstâncias procedimentais bem visíveis: alguns recursos têm uma forma menos rígida; são dirigidos a Tribunais locais ou regionais; não apresentam exigências específicas quanto à sua admissibilidade; comportam discussão de matéria de fato e de direito; e a mera sucumbência (=o fato objetivo da derrota) basta para deflagrar o interesse na sua interposição. A esses podemos chamar “comuns, normais ou ordinários”, conforme a terminologia que se prefira. Naturalmente, os outros recursos que, ao contrário desses, apresentam uma rigidez formal de procedibilidade; são restritos às *quaestiones jûris*; dirigem-se aos tribunais da cúpula judiciária; não são vocacionados à correção da mera “injustiça” da decisão e apresentam, como diz Frederico Marques, a particularidade de exigirem “a sucumbência e um plus que a lei processual determina e especifica”, esses ficam bem sob a rubrica de “especiais, excepcionais ou extraordinários” (MANCUSO, 2003, p.101) .

fundamentação vinculada¹⁷⁵, pois encontram-se expressamente previstas em lei as espécies de fundamentação ou de críticas que podem ser dirigidas à decisão impugnada através desses recursos.¹⁷⁶

Conforme o art.105, III, da Constituição Federal, todos os acórdãos prolatados em única ou última instância pelos Tribunais são passíveis de serem impugnados por recurso especial, cujo objetivo é preservar a aplicação e interpretação da legislação infraconstitucional.

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 válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Conforme se percebe da leitura do artigo 105, III da CF, todas as hipóteses de cabimento do recurso especial têm em comum que este será cabível somente quando as causas decididas em última ou única instância ofenderem à lei infraconstitucional, hipóteses estas detalhadas pelas letras do inciso.¹⁷⁷

¹⁷⁵ O recurso é de fundamentação vinculada quando a lei exige a presença de determinados tipos de vícios ou defeitos na decisão para que tenha cabimento. Assim, não basta a existência de uma determinada decisão, para que o recurso tenha cabimento. Se exige algo mais, exatamente o vício ou defeito específico. Para que tenha cabimento o recurso especial, não é suficiente a existência de um acórdão. Imprescindível também a presença da violação à lei federal. Da mesma forma, ocorre com os embargos de declaração, onde se torna imprescindível a existência de omissão, obscuridade ou contradição na decisão impugnada. Em nosso sistema, os recursos de fundamentação vinculada são o especial, o extraordinário e os embargos de declaração (JORGE, 2003, p.20)

¹⁷⁶ O reexame da decisão, por outro órgão (inclusive o Tribunal Supremo), não implica, propriamente, uma função superior, mas apenas, diversa, que não pode aliás, ser exercida de ofício: somente por iniciativa de quem tenha interesse no julgamento. Bem por isso, até mesmo o Tribunal Supremo se coloca, quanto ao exercício de sua atividade, na mesma situação do juiz de primeiro grau antes de ser proposta, perante ele, a demanda: está, pois, quanto à sua missão específica (o exame de questões de direito), vinculado ao *principio ne procedat iudex ex officio*. Este não significa, simplesmente, que basta o recurso: é indispensável que haja impugnação específica do critério adotado pelo órgão *a quo*. E assim se dá para proteção da independência judicial, considerada sob o seu particular aspecto de “independência interna”. Do contrário, toda a jurisdição se concentraria, virtualmente, no órgão de cúpula, com grave risco para liberdade individual e para o Estado de Direito (TUCCI & BEDAQUE, 2002, p.257).

¹⁷⁷ Tanto quanto nos países europeus em que há juízos de cassação e revisão, parte o nosso sistema jurídico de que, para a satisfação dos anseios dos litigantes, são suficientes dois graus de jurisdição: sentença de primeira instância e julgamento do Tribunal. Por isso, ao apreciar o recurso especial, o STJ, mais que o exame do direito das partes, estará a exercer o controle da legalidade do julgado proferido pelo Tribunal *a quo* (REBEIRO, Nº47, p.51).

Vale atentar para o sentido das expressões “contrariar”, “negar vigência” e “julgar válida”, constantes no art.105, supracitado, cujo sentido é precisado pelo jurista Nelson Luiz Pinto (2000, p.194-201):

“Contrariar” supõe toda e qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplicá-lo às hipóteses que a ele devem se subsumir-se, quer aplicando-o de forma errônea ou, ainda, interpretando-o de modo não adequado e diferente da interpretação correta, no sentir do órgão responsável pelo controle ao respeito e pela uniformização do direito federal, que é o STJ.

“Negar vigência” é a não aplicação, de forma expressa, de determinada lei ao caso concreto dos autos, a ignorância da existência do preceito legal ou, ainda, a sua interpretação de modo totalmente absurdo e contrário ao seu texto expresso.

“Julgar válida” é quando há ofensa á lei federal em razão da aplicação de lei ou ato de governo local.

Já o recurso extraordinário é aquele destinado a reformar/anular decisões finais, em última ou única instância, que afrontem a Constituição Federal.

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.

O Supremo Tribunal Federal é o tribunal responsável por interpretar a norma constitucional, sendo assim o único tribunal competente para julgar, em grau de recurso extraordinário, as causas decididas pelos tribunais inferiores que contrariarem dispositivo da Constituição Federal; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da CF (CF 102 III). “Ao Pretório excelso cabe, portanto, a última palavra sobre a interpretação da CF.”(NERY JUNIOR, 2004, p.445).

Importante é salientar a súmula 400 do STF e sua atual situação, pois esta expõe que “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a

melhor, não autoriza recurso extraordinário, pela letra a do art.101, III da Constituição Federal”.

Sobre essa súmula, o STF já decidiu que como este é o guardião da constituição, e principalmente por esta ser a carta maior, não existe espaço para razoável interpretação, pois “Ou bem a decisão mostra-se harmônica com a Constituição Federal, ou a contrária, não havendo campo propício a enfoque intermediário (RTJ 145\303)”(MANCUSO, 2003, p.211). Assim, para o STF, não se pode inadmitir recurso extraordinário com base na Súmula 400.

Os Recursos Extraordinários são considerados recursos de estrito direito ou mesmo excepcionais. Não buscam a correção da injustiça da decisão. Visam tão somente averiguar se a lei foi corretamente aplicada ao caso vertente¹⁷⁸. Assim, sua principal função é a de conservar a correta interpretação da Constituição e das leis federais.¹⁷⁹

¹⁷⁸ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral do recursos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.18

¹⁷⁹ A primeira observação é que o domínio dos chamados recursos excepcionais tem de ser encarado com excepcionalidade, porque essa instância não se orienta pela filosofia ou pelo regime dos recursos ordinários, nem pela sua racionalidade e muito menos pela sua finalidade. Ao contrário do que a muitos parece, tanto o recurso especial como o recurso extraordinário servem a propósito sistematicamente definido e próprio. É que nas instâncias ordinárias o sistema processual busca proteger ou garantir a oportunidade de o vencido obter uma nova apreciação de sua pretensão com reexame das provas e das alegações das partes, o que, nas instâncias especial e extraordinária, não acontece (e não pode acontecer), já que a finalidade dos ditos recursos é a de, respectivamente, a correta aplicação das leis federais e da constituição. Em outras palavras, quando a parte apela da sentença, busca proteção par o seu direito pessoal violado; mas, quando interpõe o recurso especial ou extraordinário, está pedindo aos tribunais que impeçam uma violação da Constituição ou da lei federal, ou promovam a correta aplicação delas. Há, aí, uma profunda diferença de natureza entre as pretensões deduzidas, do que resulta lógico que a interpretação que se vai emprestar aos institutos respectivos tem de ser, na mesma medida, rigorosa no que respeita às formas requisitos, devendo ser minimizado o interesse das partes exatamente porque se deve privilegiar a melhor inteligência constitucional e legal, e não o interesse dos recorrentes. Essa ilação parece tão mais evidente quando se percebe que o rigor na admissão dos recursos excepcionais nada mais é do que, reversamente, a valorização das instâncias ordinárias, justamente porque são as instância instrutórias e de proximidade com o cidadão como porque são os Juízes de 1º e 2º graus os que cuidam da solução concreta das lides, da produção das provas e da distribuição de justiça enquanto as instâncias excepcionais se dedicam exclusivamente ao controle da legalidade e da constitucionalidade. Também por essa razão, convém não perder de vista que os Tribunais Superiores, ao tratarem com extremo rigor o processamento dos recursos excepcionais e os agravos destinados a fazê-los subir, não estão fazendo mais do que dar curso a essa ontologia dos recursos excepcionais (CASTILHO, 2001, p.19).

Pode em alguns casos, a parte necessitar da utilização de ambos os recursos. Configurando-se tal hipótese, o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial devem ser interpostos simultaneamente, sendo que o prazo é comum.

Assim, havendo decisão sobre questão constitucional e federal no acórdão, a parte deverá, desde logo, interpor simultaneamente o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial, no prazo comum de 15 dias. Interposto apenas o Recurso Especial, não é mais admissível o Recurso Extraordinário depois do julgamento do Recurso Especial para impugnar matéria preexistente, decidida no acórdão que fora impugnado somente pelo Recurso Especial. (JSTF 186\210).

Vale observar a respeito da súmula 400 a colocação do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro¹⁸⁰, pois o entendimento da presente súmula é que esta trataria apenas de lei (federal) e não atingiria a Constituição Federal. Sendo assim, para ele, o princípio exposto no art.400 estaria correto, como se deduz:

Se não se trata de alegação de ofensa ou de negativa de vigência da lei federal, mas de divergência quanto à sua interpretação, o recurso extraordinário (hoje especial no que tange à matéria infraconstitucional) há de fundar-se na letra d e não na letra a do permissivo constitucional (a letra d, hoje, corresponde à letra c do inc.III do art.105).

Antes de analisar os outros aspectos dos recursos excepcionais e as questões por esses reexaminadas, é importante esclarecer como funcionam os efeitos desses recursos, principalmente o devolutivo, tendo em vista que para o foco apresentado, apesar de não ser menos importante, o efeito suspensivo não tem grande influência no assunto em debate.

De grande importância para o presente estudo, pode-se resumir o efeito devolutivo dos recursos extraordinário e especial nos dizeres de Flávio Cheim Jorge, “pois como se tem por objeto aferir se determinado preceito legal (ou constitucional) foi violado, torna-se imprescindível delimitar a lesão, identificando-se a sua extensão e profundidade”. Vejamos:

¹⁸⁰ Antônio de Pádua Ribeiro. Do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça – Revista da Associação de Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIR). Nº 47, pág. 48.

Não se permite assim que os planos da horizontalidade (extensão) e da verticalidade (profundidade) tenham tratamento distinto. Essa distinção somente pode ser concebida diante de recursos ordinários. Nos extraordinários a fundamentação não atacada especificamente pelo recorrente não é levada ao conhecimento do Tribunal superior respectivo, operando-se em relação a ela a preclusão. (JORGE, 2003, p.284)

Assim, independente dos fundamentos utilizados pelo acórdão objeto do recurso especial ou extraordinário, o Tribunal somente analisará o especificamente atacado pelo recorrente, e no tocante aos demais ocorrerá o trânsito em julgado.

É matéria sujeita a julgamento em recurso extraordinário apenas a mencionada no dispositivo constitucional, o que somente confirma que “O recurso extraordinário tem escopo semelhante ao recurso especial, sendo válido o que ali dissemos sobre o efeito devolutivo.”(NERY JUNIOR, 2004, p.445).

A regra é a de que não se devolve ao tribunal superior, a análise das questões de fato, pois não é função desses a análise dessas questões, mas sim as questões de direito. No tocante a questões de ordem pública, estas não podem ser levantadas nos Recursos Especial e Extraordinário independentemente de prequestionamento, pois estes são recursos de fundamentação vinculada, e para se atacar questões de ordem pública, requer-se pedido neste sentido, prequestionado.

Assim, como são recursos de fundamentação vinculada, estes são recursos de efeito devolutivo restrito, pois como tratamos anteriormente no efeito devolutivo, esses recursos não possuem um campo de devolutividade amplo, pois terão sua veiculação limitada a certas hipóteses previstas pelo legislador, o que faz com que existindo limite na análise da extensão o efeito devolutivo, também seja restrita a devolução da matéria no sentido da profundidade, cujo o exemplo é a vedação do reexame das questões de fato.

O efeito suspensivo deve ter o mesmo tratamento em ambos os recursos, conforme expõe o art.497 do Código de Processo Civil, não se lhes atribuindo, em regra, o efeito suspensivo (art.542,§2º do CPC).

7.3.2. Prequestionamento

Ainda com referência aos Recursos Especial e Extraordinário, outra questão a ser tratada é o prequestionamento. De acordo com o professor José Miguel Garcia Medina,

pode-se conceituar prequestionamento como sendo a atividade postulatória das partes, decorrente do princípio dispositivo, tendente a provocar a manifestação do órgão julgador (juiz ou tribunal) acerca da questão constitucional ou federal determinada em suas razões, em virtude da qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão prequestionada. (MEDINA, 2005, p.157).

O prequestionamento não é mero requisito para a interposição dos recursos extraordinário e especial; é, na verdade, mera decorrência do princípio dispositivo e do efeito devolutivo, em relação ao recurso que provoca a manifestação do Tribunal *a quo*, acerca de questão constitucional ou federal.

181

Questão Constitucional e questão federal nada mais são do que as questões que ensejam a interposição dos recursos extraordinário e especial, pois são “questões de direito que correspondem a dúvida quanto à pertinência de alguma norma (federal ou constitucional), à interpretação de seu texto, ou de sua legitimidade perante norma hierarquicamente superior num caso concreto”. (MEDINA, 2005, p. 434).

¹⁸¹ Também se exige o prequestionamento. A fim de que seja cabível, seja o recurso especial, seja o recurso extraordinário, é necessário que a questão legal ou constitucional já esteja presente nos autos, tendo sido decidida pelo tribunal (ou juízo, no caso de recurso extraordinário) *a quo*, ou ao menos debatida pelas partes e submetida ao crivo judicial anteriormente à interposição do recurso (Súmula 282 do STF e 211 do STJ). Essa exigência, pacífica na jurisprudência dos tribunais superiores nacionais, decorre da exigência, estabelecida nos arts.102, III, e 105, III, da CF, de que as causas tenham sido “decididas” na instância inferior, tendo essa decisão gerado o exame da lei federal ou da Constituição Federal (MARINONI & ARENHART, 2004, p.603).

Ao tratar do prequestionamento, é necessário para melhor compreensão, entender o que é conhecido como prequestionamento implícito e a diferença deste para o prequestionamento explícito. Existe prequestionamento implícito quando o tribunal deve se manifestar a respeito de uma matéria que não tenha sido ventilada pelo recorrente, como, por exemplo, as matérias que a lei diz que o juiz deve conhecer de ofício.

Já o prequestionamento explícito¹⁸² é a atividade anterior, realizada pelas partes, no sentido de ensejar a manifestação do órgão julgante a respeito do tema, tendo, assim, o órgão judiciário se manifestado expressamente a respeito da questão constitucional ou federal, objeto do recurso extraordinário ou especial.

A decisão em relação à questão tida por violada pode surgir no Acórdão recorrido. Pois a parte pode recorrer da ocorrência de dissídio jurisprudencial, devendo demonstrar em suas razões de recurso onde reside a divergência, e transcrever os trechos do acórdão recorrido e do paradigma onde está a divergência.

Para efeito de cabimento dos recursos excepcionais, a interposição de embargos de declaração não é obrigatória. Tendo o tribunal se manifestado expressamente a respeito do ponto controvertido em acórdão, o embargo de declaração perde o sentido, já que só serve para suprir omissões. Se estas não existem, não há necessidade de sua interposição.

Mas quando necessária a utilização dos embargos de declaração, sua simples interposição não significa que o “requisito” do prequestionamento já se encontra presente e na verdade, através dos embargos de declaração não é possível realizar-se o prequestionamento, uma vez que, a rigor, o prequestionamento eminentemente necessário já deve ter sido realizado quando da apresentação das razões recursais. Os embargos declaratórios

¹⁸² *Explícito* é o tratamento que o acórdão atacado dá à questão quando a aborda diretamente, examinando-lhe os termos e disposições, inclusive com a referência clara e expressa aos artigos de lei ou da Constituição que aplica ou interpreta para decidir a causa (CASTILHO, 2001, p.20).

prestar-se-iam, apenas, e quando muito, a incitar o órgão julgador a suprir determinada omissão, e nesse suprimento talvez fique demonstrada a existência de violação a disposição federal. E ainda, mesmo interpostos os embargos de declaração, o tribunal, ao decidir, pode continuar omissos em relação àquela matéria. Várias são as súmulas nesse sentido, como se vê a seguir:

Súmula 98 do STJ: Embargos de Declaração Manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.
Súmula 211 do STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da interposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.

Súmula 282 do STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Súmula 356 do STF: O ponto omissos da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Certo é que o prequestionamento é imprescindível para a admissão dos recursos Especial e Extraordinário, e os Embargos de declaração são o instrumento necessário a suprir a omissão de determinado acórdão no tocante à apreciação da questão constitucional ou federal.

O Superior Tribunal de Justiça¹⁸³ somente tem admitido recursos especiais onde o prequestionamento é explícito, sendo que, mesmo após a utilização dos embargos de declaração, se não suprida a omissão, não será admitido o recurso especial. Já o Supremo Tribunal Federal¹⁸⁴ tem admitido recursos extraordinários onde a matéria não tenha sido prequestionada explicitamente no acórdão, entendendo que a interposição dos embargos de declaração para

¹⁸³ No STJ, quando o tribunal não acolhe os embargos declaratórios para fins de prequestionamento, cabe à parte interpor o recurso especial por negativa de vigência ao art. 535, II, do CPC ou 619 do CPP, pendido na cassação do acórdão para que outro seja proferido com análise da questão suscitada. Outrossim, em decorrência do princípio da eventualidade, a parte após pedir a cassação do acórdão recorrido deve veicular a tese jurídica que pretende ver apreciada na instância superior, haja vista que o STJ pode entender que a matéria já estava prequestionada no acórdão embargado (SANTOS, 2002, p.78).

¹⁸⁴ No STF, a 1ª e a 2ª Turmas tem entendimentos divergentes sobre a matéria. A 1ª Turma consolidou o entendimento de que a mera oposição dos embargos de declaração supre o requisito do prequestionamento, mesmo que esses sejam rejeitados. A 2ª Turma, entretanto, tem entendido que a oposição dos embargos de declaração não supre o requisito do prequestionamento se a questão suscitada no recurso extraordinário não foi efetivamente debatida no acórdão que julgou os embargos. No julgamento do RE 208639, em 06.04.99, pareceu que a 2ª Turma havia revisto este entendimento. Porém, em julgados posteriores, a Turma continuou exigindo o debate da matéria no acórdão recorrido para que estivesse atendido o requisito do prequestionamento (SANTOS, 2002, p.78).

prequestionamento já é suficiente para a admissão do recurso extraordinário, independente de suprida ou não a omissão no acórdão.

Deve-se esclarecer que, mesmo diante de todo o material jurisprudencial e doutrinário a respeito do prequestionamento, ainda não existe um consenso do que é e como se dá prequestionamento, conforme expõe Cássio Scarpinella Bueno, numa reflexão sobre este problema:

O que é de ser destacado aqui e agora é que, enquanto não houver um consenso a respeito do que é prequestionamento, como ele se manifesta perante os jurisdicionados e qual o papel dos embargos de declaração para a fase recursal extraordinária e especial, o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça resta seriamente comprometido. Enquanto for difícil responder à questão “o que é e como se dá o prequestionamento?”, enquanto não houver uma segura uniformidade de entendimentos acerca deste tema, o acesso àqueles dois tribunais é mais ilusório do que real. É mais declaração de direito do que uma efetiva garantia de direitos constitucionalmente prevista. Trata-se inegavelmente, de um caso em que a forma parece estar suplantando – e muito – o conteúdo. (2005, p.65-66).

7.3.3. O Limite no Reexame das Questões de Fato e de Direito.

Estudados os recursos ordinários e os limites dos tribunais ao reexaminá-los, no tocante ao conhecimento das questões de fato e de direito, onde se percebe que a devolutividade é praticamente plena, deve-se agora entender a devolutividade das questões de fato e de direito quanto da análise dos recursos excepcionais pelos tribunais superiores, uma vez que já se demonstrou que a devolutividade aqui não é total ou plena, como se percebe nos recursos ordinários.

Quanto à finalidade dos recursos excepcionais na análise das questões de fato e das questões de direito, vale lembrar as palavras de Barbosa Moreira (2005, p.235), ao afirmar que “entende-se como questão de fato a respeitante à reconstituição dos acontecimentos relevantes para o julgamento do litígio”.

Tradicionalmente “o julgamento do recurso extraordinário se caracteriza por um alto grau de abstração: tem por objeto, apenas, uma questão de direito, para cuja análise o caso concreto é, em si mesmo, irrelevante” (TUCCI & BEDAUQUE, 2002, p.247). Estaria aí, conforme muitos advogam, a diferença entre a jurisdição constitucional e a ordinária, pois o Supremo, ao efetuar a primeira apenas relataria mas não apreciaria as questões de fato. Entende-se que

esse recurso só pode versar sobre a aplicabilidade, em tese, do direito objetivo à relação jurídica em litígio, e não sobre os efeitos de sua aplicação aos fatos apurados em juízo, sendo admissível, tão-somente, quando a sentença tenha sido dada contra a norma e não contra o direito do litigante, o que o torna obviamente inidôneo para apreciar provas, ou, de modo geral, para corrigir as questões de fato.(TUCCI & BEDAUQUE, 2002, p.150).

Sua finalidade sistemática não é mais a de discutir as chamadas questões de fato. Assim devem ser entendidas as súmulas 7 do STJ e 279, do STF. Quando se chega a essa altura do procedimento, não se pode mais discutir se ocorreu ou não dada situação na vida. O que se quer é simplesmente discutir qual a qualidade jurídica que se deve dar àquela situação, não mais importando se o que ocorreu na vida se deu dessa ou daquela maneira.¹⁸⁵

E isso ocorre porque os Recursos Especial e Extraordinário tutelam, primordialmente, a firmeza do ordenamento jurídico em situações semelhantes, visando a garantir uma homogeneidade da interpretação e aplicação da norma em hipóteses semelhantes.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Compreende-se que os recursos excepcionais não sejam vocacionados à mera revisão da matéria de fato: é que a indigitada injustiça daí defluente teria por causa uma afirmada má subsunção do fato à norma, erronia essa, todavia, corrigível pelos recursos comuns, mormente a apelação, que se caracteriza pela amplitude do efeito devolutivo; ao passo que o móvel dos recursos extraordinário e especial se restringe à readequação do julgado recorrido aos parâmetros constitucionais ou do direito federal, comum, respectivamente, portanto remanescendo no plano do *direito estrito* (MANCUSO, 2003, p.101).

¹⁸⁶ Ao julgar o recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal não atua como mais um Tribunal de Apelação, isto é, como mero órgão de terceira instância, e sim no cumprimento de uma função eminentemente política, para eliminar um perigo, “cuja repercussão transcende os limites do caso individual”, procurando, assim, evitar que o critério incorreto crie precedentes. Vale-se, para isso, de um instrumento especialíssimo, que não visa, diretamente, à remoção de injustiça, nem tem como objeto imediato o direito subjetivo do recorrente (TUCCI & BEDAUQUE, 2002, p.259)

Na verdade, já se está muito longe do fato, que foi discutido e conhecido em um momento bastante pretérito, em regra por meio da oralidade, para que se continue a discuti-lo. Faltaria até legitimidade dos órgãos superiores para tanto. Por isso é que se resumem a tratar das questões de direito, ou seja, da interpretação jurídica desses fatos, que não mais devem ser postos à prova.

Em suma, como a prova é o meio de que dispõe o magistrado para conhecer os fatos, e dirimir as dúvidas sobre eles (questões de fato) e está vedada a análise das questões fáticas em sede de recursos excepcionais, é claro que o que dizem as súmulas 7 e 279 do STJ e STF se impõe. Confirme-se:

“STJ. Súmula 7: a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

“STF. Súmula 279: para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Simple reexame da prova corresponde, em verdade, a dizer “simple reexame do fato”, já que a prova é o meio de que dispõe o magistrado para conhecê-lo, reconstruí-lo processualmente. E isso, já foi dito, não é permitido em sede de Recurso Especial e Recurso Extraordinário¹⁸⁷.

Esse mesmo raciocínio está presente na vedação de simple interpretação de cláusulas contratuais em recurso extraordinário por força da súmula 454 do STF (simple interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário), e em recurso especial, conforme súmula 5 do STJ (a simple interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial).

No tocante a estas vedações, a análise das provas (súmula 7 do STJ e 279, do STF) e de simple interpretação de cláusulas contratuais (súmula 5 do STJ e 454, do STF), ambas surgem no sentido de entender que estas seriam

¹⁸⁷ Corolário do ora exposto é a Súmula 454 do STF: “Simple interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário”. É que, ao interpretar o contrato, o juiz, atendo-se ao art. 112 do Código Civil (Lei 10.406,2002) haverá que consultar a intenção das partes que, por aquele dispositivo, prevalece sobre o “sentido literal da linguagem”. Mas, ao fazê-lo irá laborar no plano dos fatos. Se fosse admissível o recurso nesses casos, teríamos o STF a reconsultar o *animus* das partes contratantes, buscando atinar seu sentido último, e, com isso, revendo a matéria de fato (MANCUSO, 2003, p.101).

questões de fato e não questões de direito, o que seria diferente no caso de incidência da norma em face destas questões sobre a prova e sobre o contrato.

Como precedente da súmula 279 do STF, podemos citar o agravo de instrumento nº29710 (DJ de 17.12.63), em que o Ministro Evandro Lins esclarece em seu voto p fato de que “toda matéria discutida girou em torno das provas dos autos, a própria petição do agravante, evidencia que o que se pretende, através do recurso extraordinário, é o reexame de matéria de fato”, entendendo que houve aplicação da lei em face das normas dentro das atribuições da justiça local. Também na Carta Testemunhável 3713 (DJ 09.04.1924), informa não caber recurso extraordinário, “tendo se limitado à apreciação de provas de factos e á aplicação aos factos provados das disposições de lei, que o regiam, do accordam recorrido”.

Analisando os precedentes da súmula 454 do STF, encontram-se decisões em agravo de instrumento sobre decisão de inadmissibilidade do recuso extraordinário, negando o recurso extraordinário: “toda questão versa sobre inexecução de cláusula contratual”(AI 26521 17.10.73), “pura questão de prova, estranha portanto ao âmbito do recurso extraordinário” (AI 28402 14.06.63), “simples interpretação de contrato e apreciação de prova não enseja o recurso extraordinário”(AI 29259 05.09.63),

Ainda em comparação com o exposto acima, percebe-se como um dos primeiros precedentes da súmula 5 do STJ, menção direta às do STF sobre o mesmo assunto, a exposição feita pelo Ministro Fontes de Alencar de que a “decisão recorrida assentando suas conclusões na interpretação de cláusula contratual conjugada aos elementos de prova, obsta o reconhecimento do recurso nos termos das súmulas 279 e 454”(RESP 1162 GO 001116-7 DJ 11.12.1989), e possui como um dos mais recente precedentes o voto do Ministro Cláudio Santos, que se manifesta em contrato de locação interpretado por tribunal de segundo grau, e expõe que isto “nunca deu lugar a recurso extraordinário (súmula 454 do STF) nem enseja o recurso especial, pelas mesmas razões, basicamente porque o STJ não é terceira instância (RESP 1811 RJ 0013074 DJ 26.03.90)”.

A Súmula 7 do STJ teve como precedente principal a súmula 279 relativa ao mesmo assunto do STF, ocorrendo o mesmo que se notou acima, quando a súmula 5 do STJ fundamentou-se na súmula 454 do STF. Teve a súmula 7 como um dos primeiros precedentes o Voto do Ministro Carlos Veloso, que assim o justifica: “não sendo possível na instância extraordinária, especial, a revisão de matéria fática, que é examinada, soberanamente, pela instância ordinária (RESP 482 SP 0009240-5 DJ 11.09.98)”; e como um dos últimos precedentes, o Voto do Ministro José Cândido, que comenta o esforço do patrono do agravante em demonstra que a questão era sobre valoração da prova, não tendo obtido sucesso, pois “verifica-se que a impossibilidade do reexame da prova ergue-se como óbice intransponível à admissibilidade do recurso (AgRg no AG 1232 PR 0012100-6 DJ 12.03.90)

Diante do exposto sobre a vedação do reexame das questões de fato, vale salientar que tais explanações não estariam completas se não fosse citado o raciocínio inovador que tem advogado José Rogério Cruz e Tucci a respeito das questões de fato nos recursos Excepcionais. Conforme seu entendimento, não interessa para os Recursos Excepcionais apenas a questão de direito, pois esta apenas demonstraria *in concreto* a contrariedade à Constituição ou a lei federal, que “constituem, respectivamente, a *causa petendi* do recurso extraordinário e do recurso especial. Sujeitam-se, assim, à mesma disciplina legal estabelecida para essa classe de questões – *quaestiones facti*” (TUCCI & BEDAQUE, 2002, p.246), que não pode ser examinada *ex officio*, cabendo à parte escolher os fundamentos da demanda. Vejamos:

Tem-se escrito que os tribunais superiores apenas conhecem da matéria jurídica bem delineada, não se adequando a eles as regras *iura novit curia* e da *mihi factum, dabo tibi ius*, próprias dos juízos monocráticos e colegiados de segundo grau, que conhecem da matéria jurídica e fática. É evidente o equívoco! Aos recursos extraordinário e especial também se aplicam tais regramentos, uma vez que os tribunais superiores não ficam subordinados à iniciativa do recorrente na identificação do permissivo do recurso. Despensa-se, destarte, a indicação deste dispositivo, mas não daquele do qual emerge a *questão constitucional ou a questão federal*. E é exatamente por esse motivo que se impõe, à luz da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal, o *prequestionamento* da questão objeto do recurso.(TUCCI & BEDAQUE, 2002, p.246).

De certa forma, realmente existe um ponto de confusão sobre a análise das questões de fato nos recursos excepcionais, pois nem sempre é possível se distinguir as questões de fato das questões de direito com perfeita nitidez, como emerge do comentário a seguir:

Em regra geral se considera de direito a questão relativa à qualificação jurídica do(s) fato(s), de modo que o tribunal *ad quem*, 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 ordem a extrair deles conseqüências jurídicas também deferentes”.(BARBOSA MOREIRA, 2005, p.580-581).

Nota-se, assim, que o assunto não é pacificado e imune a exceções na doutrina, pois outras são as questões que merecem serem observadas pela nova orientação e discussão a respeito do tema que vem confrontando situações anteriormente pacificadas, como a possibilidade do conhecimento das questões de ordem pública de ofício e da análise do valor do dano moral.

7.3.4. Questões de Ordem Pública e o Dano Moral.

Embora parte da doutrina critique a classificação dos recursos em ordinários e extraordinários, por considerá-la pouco útil, é bem verdade que a legislação processual civil a adotou (CPC 267) e parte significativa da doutrina a endossou.

E, de certo modo, resulta essa divisão ser importante na prática forense, já que há nítidas diferenças entre os regimes jurídicos dos chamados recursos ordinários (a apelação é seu melhor exemplo) e dos recursos extraordinários.

Tais diferenças são decorrência lógica da destinação de cada uma dessas espécies recursais. Os recursos extraordinários – os quais são espécie o Recurso Extraordinário e o Especial, visam à tutela do direito objetivo, constitucional e infra-constitucional (federal), o que significa dizer que sua finalidade é tornar homogênea a aplicação das normas abstratas em situações semelhantes, mantendo-se, dessa forma, a coesão do ordenamento jurídico.

Já os recursos ordinários visam à tutela do direito subjetivo, o que significa que sua finalidade é reavaliar tanto o aspecto fático quanto o jurídico, os quais envolvem o direito alegado e discutido em sede jurisdicional, no processo de conhecimento. Possuem, portanto, uma amplitude cognitiva maior.

A menor amplitude cognitiva dos recursos extraordinários, que é o tema que aqui interessa com mais contundência, é uma decorrência da finalidade desses recursos e de sua inserção no sistema jurisdicional. Tomando o que acima foi dito acerca da destinação dos recursos extraordinários, que é a tutela do direito objetivo, é até intuitivo asseverar que as questões fáticas não devam ser objeto de revisão nessa sede. Daí decorrerem os enunciados contidos nas súmulas 279 do STF e 7 do STJ, que vedam a simples apreciação da prova, o que representa dizer que a reanálise do fato está fora dos limites cognitivos desse tipo de recurso.

O que não decorre tão diretamente dessa finalidade dos recursos extraordinários é a vedação, aceita pela maioria absoluta da jurisprudência dos tribunais superiores, da análise das questões de ordem pública de ofício.

Para enquadrar esse tema nos limites deste estudo, é preciso dizer, em primeiro lugar, que essa impossibilidade, acima constatada, incide sobre a análise de questões de direito. Em segundo lugar, é preciso identificá-las. As questões de ordem pública são associadas, no mais das vezes, às condições da ação e aos pressupostos processuais.

Tal postura é devida, em grande parte, ao posicionamento doutrinário do autor do anteprojeto do vigente CPC, Alfredo Buzaid, que, em obra clássica, definiu as condições da ação, os pressupostos processuais e o mérito como a tríade de matérias levadas à cognição do órgão jurisdicional.

Identificadas as chamadas questões de ordem pública, é importante tratar o tema de sua análise à luz do direito positivo e da jurisprudência do STJ e do STF.

Uma leitura dos artigos 267, par. 3º e 301, par. 4º, incute no hermeneuta a idéia de que as questões de ordem pública – que se identificam com as condições da ação e com os pressupostos processuais, podem ser analisadas de ofício até mesmo em sede de recurso especial e extraordinário (a terminologia “em qualquer grau de jurisdição” transmite essa idéia).

No entanto, não é esse o entendimento que se vê predominar quando se trata da prática cotidiana dos Recursos Especial e Extraordinário. Posto está, portanto, um problema que deve ser sanado, que é o do aparente conflito entre o direito objetivo (os dois enunciados acima citados, contidos no CPC) e a jurisprudência do STJ e STF.

Acredita-se que a resposta novamente esteja na destinação das duas espécies de recursos identificados, os ordinários e os extraordinários. É bom que se proceda logo a análise dos últimos.

A finalidade dos recursos extraordinários, que estão atrelados também ao princípio da demanda que rege nosso processo civil em situações genéricas, é a de fazer homogênea a aplicação do direito constitucional (STF) e federal (STJ) em casos cuja problemática jurídica seja semelhante. É para isso que são instados o STJ e o STF. É para isso que as partes, por meio de sua atuação, retiram tais órgãos jurisdicionais da inércia, para que exerçam seu papel, constitucionalmente definido.

Assim sendo, podados por sua finalidade constitucional e pelo princípio da demanda, é que os recursos extraordinários somente podem resolver o conflito de incidência normativa para o qual foram gerados. De forma mais específica, é possível dizer que o recurso extraordinário deve resolver o conflito acerca da correta aplicação e respeito de normas constitucionais trazido a lume nas razões recursais, bem como o Recurso Especial deve resolver o conflito sobre a correta aplicação da norma federal postulado pelo recorrente.

Quando se impugna uma decisão judicial que tramitou, em última instância, perante os tribunais estaduais ou federais, por meio do Recurso Especial, o

que se quer do STJ é que sane a dúvida acerca da correta aplicação de uma norma federal. Para que o pedido ou pretensão recursal seja “certa e determinada”, e para que existam fundamentos para o recurso, elementos que compõem o requisito de admissibilidade dos recursos denominado “regularidade formal”, deve-se estipular qual a norma federal cuja interpretação e aplicação quer-se discutir. Aqui está a limitação ao efeito devolutivo do recurso. Tudo, como fica claro, é simples decorrência lógica da essência do Recurso Especial, utilizado no exemplo, e do Recurso Extraordinário.

Por isso seria uma fuga aos seus limites de cognição analisar de ofício questões de ordem pública, que não foram objeto de impugnação específica. Seria um vilipêndio à finalidade desses tipos de recurso e ao princípio dispositivo, que não foi excepcionado para tais recursos, como o foi para a apelação, por meio da norma contida no art. 515 do CPC, que grande parte da doutrina estende a todos os recursos ordinários.

Por isso concordamos com o entendimento majoritário do STJ e do STF, embora deva se registrar uma importante dissensão, que é a da prestigiada ministra Eliana Calmon, reconhecida processualista, que, em duas oportunidades, em meados do ano de 2004, decidiu pela possibilidade de apreciação de ofício das chamadas questões de ordem pública, desde que atinentes ao conflito cuja incidência normativa se rediscute em sede de Recurso Especial.

O entendimento da eminente ministra assemelha, pelo menos nesse ponto, os recursos ordinários e os extraordinários, já que os primeiros permitem, nos limites postos pela ilustre magistrada, a aferição desse tipo de questões¹⁸⁸.

Outro ponto que levanta discussões a respeito da limitação à cognição das questões de fato, em sede de recursos extraordinários, parece ceder espaço

¹⁸⁸ A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas ex officio, por ser matéria de ordem pública. Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula 456/STF). (AgRg no Resp 474998 SP 2002 0133094-1, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ 22.11.2004)

quando se trata da vasta coleção de decisões do STJ em que o *quantum* do dano moral foi reavaliado e, em grande parte dos casos, reduzido¹⁸⁹.

O *quantum* do dano moral representa a quantia por meio da qual se quer aliviar a dor daquele que sofreu uma investida indevida contra sua honra, estima social, tranqüilidade, que são valores extra-patrimoniais mas que são protegidos pecuniariamente por sua importância para a sociedade e pela deficiência genérica de outros meios hábeis a gerar um conforto pela situação gerada.

Na descrição acima feita já o *quantum* do dano moral é uma questão, um ponto controvertido, nos dizeres de Carnelutti, ligado intrinsecamente ao evento social ocorrido e à sua amplitude entre os seres de uma dada comunidade. Parece, portanto, questão de fato, conforme a dicotomia adotada *supra*. Saber a extensão da dor, para depois poder valorá-la, é nitidamente uma questão atinente ao que ocorreu no mundo social.

É certo existir uma dificuldade maior em considerar questão de fato o *quantum* do dano moral do que o do dano material, já que, para o segundo, geralmente a análise se baseia em material probatório, que nos diz quanto se despendeu para o conserto do veículo abalroado; quanto custou o inadimplemento do contrato, etc. Daí se buscar entender se a quantidade da condenação é matéria de fato, pois corresponde à demonstração do alcance lesivo do fato social sobre o patrimônio de quem se arvora na condição de ofendido. Provado o valor dos prejuízos, incide a norma jurídica determinando a sua recomposição.

O mesmo se dá em relação ao dano moral. Por conta da análise feita é que surge a aparente incongruência de que se gostaria de tratar, que é a seguinte: se o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, somente analisa as questões de direito de incidência normativa, por que a reavaliação do *quantum* do dano moral parece ser questão de fato e como a revisão do

¹⁸⁹O valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça" (REsp n. 53.321/RJ, Min. Nilson Naves). Redução da condenação a patamares razoáveis, considerando as peculiaridades da espécie. (RESP 710397 RJ 2004 0177013-5, 4ª TURMA, Min. César Asfor Rocha, DJ 19.09.2005)..

quantum do dano material é objeto de recorrentes decisões do pretório superior, em aparente antagonia com suas premissas jurisprudenciais e até mesmo, pode-se dizer, históricas?

Antes de expressar qualquer concordância ou discordância com tal posicionamento, é necessário frisar que essa postura do STJ nasceu de situação excepcional, que foi a constatação da existência de uma certa “indústria do dano moral” no território nacional.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o dano moral foi reconhecido pela legislação maior do país, pacificando uma antiga discussão acerca de sua existência jurídica ou não. De certo uma postura que criou um freio aos exageros verborrágicos de muitos, criou freios à imprensa e, de um modo geral, uma postura mais vigilante da sociedade em relação aos efeitos que seus atos podem causar em relação a valores extra-patrimoniais de terceiros. Associados aos efeitos benéficos do reconhecimento da categoria dos danos morais vieram os efeitos malignos, como a condenação escorchante a esse título, o que gerou “danos morais”, de muito milhões e milhares de milhões, uma distorção que começou a afetar a vida do país, acarretando em desconfiança para com a atividade judiciária, o que é maléfico para toda a vida nacional e para o direito nacional, conseqüentemente. A continuar a situação que havia se instaurado, ter-se-ia uma insustentável insegurança jurídica, com desrespeito a valores e bens constitucional e infraconstitucionalmente protegidos, como a propriedade.

E todo esse problema estava fora do alcance da análise dos tribunais superiores, por conta da vedação cognitiva auto-imposta em sede de recurso especial e extraordinário, por conta de sua finalidade de tutela do direito objetivo.

No entanto, se considerada questão de fato a análise do *quantum* do dano moral, andaram bem os tribunais superiores ao *excepcionar* sua conduta, revendo matéria que seria fática, para o fim de reduzi-lo em situações em que não se o tenha valorado de forma razoável, de acordo com as peculiaridades

da causa, da potência econômica dos envolvidos, da abrangência do dano, dentre outros critérios jurisprudencialmente erigidos¹⁹⁰.

Ao agir dessa forma, os tribunais superiores não se desvirtuaram de sua função. Pelo contrário, exerceram-na em seu âmago, na origem de sua idéia. De certo modo, mais do que acrescentar que os recursos extraordinários são instrumentos de tutela do direito objetivo, seria certo dizer que são instrumentos voltados à manutenção da integridade do Estado de Direito brasileiro. Possuem uma função importantíssima no equilíbrio da democracia e dos valores que ela representa. E esse função está muito bem representada por meio de seus dois mais visíveis instrumentos de atuação, que são o Recurso Especial e Extraordinário. É por meio deles que os problemas mais difundidos e recorrentes da população brasileira chegam à cúpula daquele Poder do Estado, que termina por ser a válvula de escape dos cidadãos contra os desmandos do próprio Estado (incluam-se nesses desmandos também os que decorrem de atividade jurisdicional) e de outros entes sociais, ou de uns e outros em comunhão.

Vedar aos tribunais superiores essa função suprema, em um caso tão frondoso como o da propalada “indústria do dano moral”, pelo motivo de manutenção de seu objetivo geral, que é o da tutela do direito objetivo, seria ferir um ensinamento milenar de Aristóteles, tantas vezes repetido, acerca do princípio da isonomia, constitucionalmente albergado, que a assimila à busca por um tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.

Quando, em sede de recursos extraordinários, faz-se coisa como a análise do *quantum* do dano moral, garante-se a integridade do ordenamento jurídico, dos direitos por ele garantidos, no caso concreto o direito de propriedade, contra investidas de entes sociais despreocupados com a correta convivência social. Temos então, na situação enfrentada no presente tópico, uma possível

¹⁹⁰Esta Corte, consoante entendimento pacífico, tem admitido a alteração do valor indenizatório de danos morais, para ajustá-lo aos limites do razoável, quando patente, como sucede na espécie, a sua desmesura. Em casos similares ao dos autos, de inscrição indevida do nome do pretenso devedor em cadastro de inadimplentes, a Quarta Turma tem fixado a indenização por danos morais em valor equivalente a cinquenta salários mínimos.(RESP 750002 PE 2005 008012-6, Min.Fernando Gonçalves, 4ª Turma, DJ 26.09.2005)

exceção à regra dos limites cognitivos dos recursos extraordinários ou excepcionais no que tange às questões de fato, justificada pelos valores protegidos pelo STJ e STF por meio de sua atuação.

Observadas essas colocações, tem-se que a doutrina e a jurisprudência são quase unânimes no posicionamento de que não há reexame de questões de fato em sede de recursos excepcionais, pois se conhece e se analisa não mais as questões de fato que teriam como fonte de resolução a prova. Nesse caso, deve o tribunal conhecer já do fato decidido e imutável, isto é, fato que não seja mais controvertido, não existindo questão. Partindo da premissa de que direito é fato, valor e norma, desde sua simples aplicação até a análise das questões constitucionais ou federais, é necessário conhecer dos fatos incontroversos (não mais questões de fato) para poder se verificar a situação na norma aplicável.

Ressalte-se ainda que a matéria de fato e as questões relativas à prova podem ensejar a utilização dos recursos extraordinários, mas deve-se ter o cuidado de a análise dos órgãos especiais não influir em novo reexame das questões de fato, que, ao final, não são mais objeto de reexame, já estão incontroversas, estando presentes na devolutividade apenas as questões de direito.¹⁹¹

Assim, como poderia o tribunal ser firme em seu posicionamento acerca da impossibilidade de rever questões de fato e, ao mesmo tempo, alterar o quantum das indenizações por danos morais? Isso seria ou não análise de questão de fato?

Importante é entender que podem surgir situações que dificultem a diferenciação entre uma questão de fato e uma questão de direito,

¹⁹¹ A matéria de fato pode render ensejo ao recurso extraordinário quando se admite critério contrário à letra da lei; quando se trata de fixar o princípio legal regulador da prova; quando, na apreciação da prova não foram atendidas as formalidades ou condições estatuídas para a eficácia do valor probante; quando se trata do valor abstrato da prova, de sua admissibilidade, dos meios de prova admitidos em Direito; quando o Juiz se afasta das diretrizes da lei quanto à eficácia, em tese, de determinada prova; se se trata enfim, de questão legal do ônus da prova ou da sua admissibilidade; mesmo porque, a rigor, quando incide a discussão em torno da prova jurídica, da classificação legal prova, da admissibilidade legal da prova, a controvérsia é de direito e não de fato. (João Claudino de Oliveira Filho)

principalmente quando o estreitamento e a vinculação forem tão intensos a ponto de uma exigir a outra. Quando isso ocorre, “é sinal que existe algo a ser esclarecido em tese, sendo aconselhável o julgamento prévio do Tribunal, ou a admissão do recurso extraordinário”.(REALE, 1999, p. 211).

Mas nos presente caso, para entender a orientação do STJ, deve-se analisar seus julgados a respeito da matéria, pois na verdade, este entende a análise do *quantum* do dano moral como uma questão de direito, que existiria quando houvesse pelo juiz *a quo* uma condenação com valor irrisório ou absurdamente elevado. Isso autorizaria modificação, por parte do STJ, com fundamento no princípio da razoabilidade, sendo que a análise do quantum seria questão de direito, ou seja, da qualificação prestada aos fatos, que nesse ponto, já seriam incontroversos.

Mesmo com esse raciocínio, o STJ não diz expressamente que a análise do *quantum* do dano moral é questão de direito, mas se limita a afirmar que esta pode ser objeto do recurso especial nos casos de valores abusivos ou irrisórios, tratando ainda na mesma decisão de assuntos similares e que não podem ser objeto de reexame, por entender o referido órgão que sua análise seria questão de direito, como o valor do *quantum* dos honorários advocatícios e de indenizações por dano material, restando ainda as dúvidas quanto ao seu verdadeiro posicionamento. A esse respeito, o Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, assim se pronunciou:

A questão relacionada com o quantum dos honorários advocatícios, como se sabe, está normalmente envolta com os fatos da causa, pelo que seria inapreciável no âmbito do recurso especial. Apenas quando se trata de questões de direito ou quando a estipulação feita nas instâncias ordinárias desborda dos critérios estipulados em lei, seja porque se distanciam do juízo de equidade, seja porque desautorizam aos limites previstos, esta Turma tem conhecido dos apelos visando à alteração do quantitativo escolhido, para elevá-los ou reduzi-lo.

É de assinalar-se, inicialmente, consoante se tem proclamado neste Tribunal, que “o valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça”(dentre vários outros, REsp n. 215.607- RJ, DJ 13.9.99). Esse entendimento, aliás, foi firmado em face dos manifestos e freqüentes abusos na fixação do quantum indenizatório, no responsabilidade civil, com maior ênfase em se tratando de danos morais, pelo que se entendeu ser lícito ao Superior Tribunal de Justiça exercer o respectivo controle.

(REsp 245727 / SE Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA T4 - QUARTA TURMA28/03/2000 DJ 05.06.2000 p. 174)¹⁹²

Outros são os julgados em que se afirma que “ O Superior Tribunal de Justiça pode e deve intervir para modificar o valor da indenização por danos morais tão-somente quando caracterizado um despropósito, uma exorbitância ou quando insignificante a importância arbitrada” (REsp 575696 PR / Ministro Antônio De Pádua Ribeiro (280) T3 - Terceira Turma 12/04/2005 DJ 16.05.2005 p. 3451); que “Excepcionalmente, pela via do especial, o STJ pode modificar o quantum da indenização por danos morais, quando fixado o valor de forma abusiva ou irrisória, hipótese inócua, in casu” (AgRg no Ag 563654 Relator(a) Ministro Fernando Gonçalves T4 - Quarta Turma 29/11/2005 DJ 19.12.2005 p. 414).¹⁹³

De importância fundamental para análise do juízo de mérito dos Recursos Extraordinário e Especial, principalmente buscando esclarecer a posição do STJ no sentido de poder conhecer dos fatos para qualificar, o que seria questão de direito, podemos citar a Súmula 456 do STF que estabelece que. “o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”. Diz José Miguel Garcia Medina:

¹⁹² - O valor da indenização por **dano moral** sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que a indenização a esse título deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato. II - No caso, diante de suas circunstâncias, não se vislumbra exagero na condenação. III - A questão relacionada com o quantum dos honorários advocatícios está normalmente envolta com os fatos da causa, pelo que seria inapreciável no âmbito do recurso especial, salvo quando se tratar de **questões de direito** ou quando a estipulação feita nas instâncias ordinárias desborda dos critérios estipulados em lei, o que inócua na espécie. (REsp 245727 / SE Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA T4 - QUARTA TURMA28/03/2000 DJ 05.06.2000 p. 174).

¹⁹³ Tendo constado do aresto que o jornal que publicou a matéria ofensiva à honra da vítima abusou do direito de narrar os fatos, não há como reexaminar a hipótese nesta instância, por envolver análise das provas, vedada nos termos do enunciado n. 7 da súmula/STJ. II – A responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988, não se podendo admitir, no tema, a interpretação da lei conforme a Constituição. III - O valor por dano moral sujeita-se ao controle por via de recurso especial e deve ser reduzido quando for arbitrado fora dos parâmetros fixados por esta Corte em casos semelhantes (REsp 513057 / SP Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira T4 - Quarta 18/09/2003 turma Dj 19.12.2003 P. 484 Rstj Vol. 177 P. 52).

É interessante observar que os Tribunais Superiores, ao “aplicar o direito à espécie”, não revolvem os fatos e as provas produzidas, tal como poderia suceder no julgamento de apelação. Com efeito, os fatos serão reexaminados na medida em que estiverem descritos na decisão recorrida. Neste caso, o Tribunal Superior não analisará os fatos com o intuito de conferir se eles ocorreram ou não do modo estabelecido pelo juízo *a quo*, mas apenas para extrair as respectivas conseqüências jurídicas dos referidos fatos. (MEDINA, 2005, p.163).

Assim, é certo a impossibilidade do reexame das questões de fato em sede de Recurso Especial e Extraordinário, mas as questões surgidas na valoração dos fatos e das provas não deixariam de ser observadas nesses recursos, por se tratarem de matéria de direito, conforme bem esclarecido em decisões do Supremo Tribunal Federal¹⁹⁴ e do Superior Tribunal de Justiça¹⁹⁵.

Tanto a questão federal quanto a questão constitucional constituem questões de direito, sendo objeto de análise por esses recursos apenas as questões de direito, a qualificação jurídica de um fato. Assim, quando se perquire se houve aplicação correta da lei enquadrando-se um fato num determinado preceito legal, não se trata de questão de fato, mas sim de questão de direito, que pode e deve ser objeto de recursos excepcionais.¹⁹⁶

Em síntese, sendo as questões de fato aquelas decorrentes da atividade do juiz na apuração dos acontecimentos fáticos relacionados à controvérsia, e tendo os tribunais superiores apenas a função de assegurar a correta aplicação

¹⁹⁴ Diz-se do enquadramento do recurso extraordinário em um dos permissivos constitucionais que lhe são próprios pressupõe, sempre, a consideração de certas premissas fáticas. Descabe confundir enquadramento jurídico-constitucional dos parâmetros da controvérsia, tais como retratados, soberanamente, no acórdão impugnado via excepcional do extraordinário, com o revolvimento da prova coligida. Mister se faz a fuga às generalizações, tão comuns no afã de economizar tempo e emprestar ao judiciário a celebridade reclamada pelos jurisdicionados. O Supremo Tribunal Federal, ao julga o extraordinário, já na fase de conhecimento perquire o acerto, ou o desacerço, sob o ângulo constitucional, da decisão atacada. Tendo em vista a ordem natural das coisas, procede a partir de fatos e esses são os do acórdão que se pretende alvejado (RE 140.270-MG, rel. Min. Marco Aurélio, j.10.06.96, v.u., RTJ vol. 164, abr.98, p.308-309)

¹⁹⁵ A valoração da prova refere-se ao valor jurídico desta, sua admissão ou não em face da lei que a disciplina, podendo ser ainda a contrariedade a princípio ou regra jurídica do campo probatório, questão unicamente de direito, passível de exame nesta Corte. O reexame da prova implica a reapreciação dos elementos probatórios para concluir-se se eles foram ou não bem interpretados, constituindo matéria de fato, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias, insuscetível de revisão no recurso especial (AGREsp 420.217-SC, rel. Min. Eliana Calmon, 2. T, j. 04.06.2002, v.u., DJU 16.12.2002, p.301).

¹⁹⁶MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 3ªed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p 256.

do ordenamento jurídico federal e não de verificar injustiças decorrentes das decisões, ocorre a limitação da devolutividade dos seus recursos aos temas jurídicos federais debatidos no acórdão recorrido. Não há, dessa forma, devolutividade das questões de fato relativas à apuração da verdade fática da causa. Mas não se desconsidera no exame dos recursos excepcionais os fatos da causa, que já no papel de incontroversos, são elementos jurídicos necessários à justa prestação da tutela jurisdicional.¹⁹⁷

¹⁹⁷ SARAIVA, José. Dos Recursos - Breves Apontamentos sobre o Recurso Especial. VoL.II, 2002, Vitória-ES, p.504-505

8. CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 recepcionou, no tocante às garantias fundamentais, o Devido Processo Legal anglo-saxônico, reconhecendo, assim, uma série de garantias conquistadas durante décadas, no sentido de proteger o indivíduo da atuação estatal equívoca, as quais são imprescindíveis mesmo que em parte, para a afirmação e funcionamento do estado democrático de direito.

Dentre as garantias reconhecidas, destaca-se no tocante aos meios de impugnação das decisões judiciais, a garantia constitucional do Direito ao Reexame, que assegura ao indivíduo o direito de requerer que uma primeira decisão em seu desfavor seja objeto de novo julgamento pelo poder judiciário.

O princípio do Duplo Grau de Jurisdição não tem *status* de garantia constitucional, de vez que não é recepcionado nem explícita nem implicitamente pela Constituição de 1988. Na verdade, trata-se apenas de uma espécie do gênero reexame, um dos meios de que se pode lançar mão para pleitear o reexame das decisões judiciais.

Se o sistema jurídico traduz em preceitos legais as necessidades que vão emergindo do avanço da sociedade, também regulamenta seu *modus operandi*. No caso especial do reexame de decisões judiciais, forma estabelecidos como instrumentos principais, entre os diversos meios de impugnação, os recursos. Há recursos ordinários e excepcionais, cada qual com suas peculiaridades.

Um aspecto importante dos recursos diz respeito aos seus efeitos. Um dos seus principais efeitos é o devolutivo, que é responsável por determinar qual a matéria disponível para ser objeto de apreciação e decisão do julgamento.

Dentre as matérias que podem ser objeto de nova apreciação, encontram-se as questões (que são pontos controvertidos) de fato e de direito. As primeiras referem-se os pontos controvertidos relativos às alegações fáticas feitas pelas partes no processo, as quais necessitam ser resolvidos, sendo a prova o principal meio de que o magistrado dispõe para solucioná-los. As segundas consistem na análise do magistrado para entender qual a norma jurídica deve incidir no caso apresentado. Isto significa que, após o magistrado identificar os fatos (questões de fato), este deve adequá-los à norma jurídica (questões de direito).

Por existir a necessidade de o processo atingir sua finalidade em tempo razoável, ou seja, ser eficaz, além de que cada tribunal possuir atuação diferenciada na proteção às injustiças e às normas jurídicas, existem limites ao conhecimento das questões de fato e de direito no exercício da garantia constitucional do reexame.

Nos recursos ordinários, evidencia-se a dimensão maior do efeito devolutivo, sendo possível ao tribunal conhecer e analisar de todas as matérias expostas em primeiro grau, sejam as questões de fato ou as de direito.

Já no recurso extraordinário e no recurso especial, não serão discutidas novamente as questões de fato, nem as suscitadas nem as decididas, pois como as questões dizem respeito a dúvida ou controvérsia, já são tidos como incontroversos os fatos nesses momentos. Não se faz, portanto, nenhuma nova análise, pois o que vale para esses recursos é resguardar a lei constitucional e a lei federal, e para isto, basta analisar se estas estão sendo ou não aplicadas, respeitadas e interpretadas de forma correta no momento de aplicar-se a norma (questão de direito) ao fato concreto, já incontroverso (o fato).

Assim, a regra é que o processo levado a nova análise pelos tribunais superiores, isto é, em grau de recurso extraordinário ou especial, não pode ser

objeto de reapreciação em suas questões de fato, pois os pontos fáticos alegados e controvertidos já devem ter sido objeto de apreciação. Portanto, encontram-se nesse momento incontroversos, por não haver mais questão de fato controvertida, pois os recursos excepcionais só poderão ser utilizados após esgotados todos os recursos ordinários, e nestes, sim, cabe conhecer e reapreciar os pontos controvertidos e duvidosos, ou seja, as questões de fato.

Nesse contexto, não se pode olvidar dos novos posicionamentos, ainda que minoritários, como o conhecimento de ofício das questões de ordem pública e a ingerência dos Tribunais Superiores na modificação do *quantum* do dano moral, para se classificar como questão de fato conhecida como exceção, ou questão de direito, o que estaria dentro do limite de análise desses tribunais, mesmo em se tratando de recursos especiais.

9. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Ivani Amorim. **Curso de Direito internacional Público**. 10ª ed, Rio de Janeiro: Forense, Rio de Janeiro, 2003.

ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 1999,

Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais, Vol.VIII. Coord. Nelson Nery Jr, e Teresa Arruda Alvim Wambier. Vários Outros colaboradores. São Paulo: RT, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influencia do direito material sobre o processo**. 3ª Ed., Revista e Ampliada, São Paulo: Malheiros, 2003.

BERDIM, Gilmar Antônio. **Curso de direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luis Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário**, Coordenador Florisbal de Souza Del'Olmo., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti, 2ª edição, São Paulo: Edipro. 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistemas de Direito Processual Civil**, Vol.II. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira, 1 ed., São Paulo: Classic Book, 2000.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. **Notas sobre o processamento do juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários.** Revista Jurídica. Ano 48, Março de 2001, nº281. (Revista Jurídica)

CHEIM JORGE, Flávio. **Teoria geral do recursos.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Apelação Cível: teoria Geral e admissibilidade.** 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, Vol.III. Tradução de Paolo Capitaneo, 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do processo.** 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

COUTURE, Eduardo J. **Clássicos do direito:** Introdução ao estudo do processo civil: discursos, ensaios e conferências. Tradução De Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

DEL'OMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Público.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil:** Volume I. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____ **Instituições de Direito Processual Civil:** Volume II. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____ **Instituições de Direito Processual Civil:** Volume III. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Curso de Direito Civil brasileiro**: teoria Geral do Direito Civil, 1º volume. São Paulo: Saraiva, 1993.

DOS RECURSOS, Temas Obrigatórios e Atuais, Vol.I, Coord. Rodrigo Reis Mazzei. Vários colaboradores. Vitória-ES, 2001

DOS RECURSOS, Temas Obrigatórios e Atuais, Vol.II, Coord. Rodrigo Reis Mazzei. Vários colaboradores. Vitória-ES, 2002

FIUZA, César. **Novo Direito Civil**: Curso Completo. 6ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual civil brasileiro**. 11, ed. São Paulo, Saraiva, 1996.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 31ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 6ª ed, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LASPRO, Orestes Nestor de Souza. **Duplo Grau de Jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Bestbook, 2004.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **O Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição**. São Paulo: Manole, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias.** 2ª edição. São Paulo:Max Limonad, 2002,

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recursos no Processo Civil:** Recurso Extraordinário e Recursos Especial. 8ª ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo, RT, 2003

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento.** 3ª ED. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil:** Volume II. 9ª ed, Campinas: Millennium, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial.** 3ªed, São Paulo: Revista dos tribunais, 2005

MORELLO, Anotinio M. **El proceso justo.** Buenos Aires, Argentina, Platense, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro:** exposição sistemática do procedimento. 23ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Comentários ao código de processo civil:** Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol.V, arts.476 s 565. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentada.** 2.ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos:** Recursos no Processo Civil, Vol.1 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, A. Castanheiras. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica.** Coimbra Editora, 2003.

PÁDUA, Antônio de Pádua Ribeiro. **Do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça**: Revista da Associação de Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIR). Nº 47. (AJURIR)

PASSOS, J.J. Calmon de. **O devido processo e o duplo grau de jurisdição**. Rio de Janeiro: Revista Forense, Vol. 277, ano 78. (Revista Forense)

PERES LUNÕ, Antônio E. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1998.

PINTO, Nelson Luiz. Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça: Teoria Geral e Admissibilidade, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **MANUAL DOS RECURSOS CÍVEIS**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

RADAMÉS DE SÁ, Djanira Maria. **Duplo grau de jurisdição**: Conteúdo e Alcance Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24 edição. 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 1999.

RESEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 5ª ed, São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos do Direito Processual Civil**. Vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS Alexandre Moreira Tavares dos. **Prequestionamento**. Revista Jurídica, ano 50, Maio de 2002, nº 295, pág.78. (Revista Jurídica)

SCARPINELLA BUENO, Cássio. **Execução Provisória e Antecipação de Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____, **Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed., 2001.

SOUZA LASPRO, **Orestes Nestor**. **Duplo Grau de Jurisdição no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____, **Garantias Constitucionais do Processo Civil**: Garantia do Duplo Grau de Jurisdição, Coordenação José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TÁCITO, Caio. **Do Direito Individual ao Direito Difuso**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 157,1984, p.1-13. (Revista de Direito Administrativo).

TUCCI, José Rogério Cruz e, BEDAQUE. **Causa de pedir e pedido no processo civil**: questões polêmicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Los Derechos Humanos como A Religión Civil**. Derechos Humanos y Concepción del Mundo y de la Vida. Sus Desafíos Presentes. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional**. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros. 2001, pág.531

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo, Atlas, 1999.

