

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

MESTRADO EM DIREITO

THIAGO MORAES BERTOLDI

**RECURSO ESPECIAL MEDIANTE A PROBLEMÁTICA DISTINÇÃO ENTRE
QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO**

PORTO ALEGRE

2011

THIAGO MORAES BERTOLDI

**RECURSO ESPECIAL MEDIANTE A PROBLEMÁTICA DISTINÇÃO ENTRE
QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado
da Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul,
como requisito parcial à obtenção do título de
Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Gilberto Porto

PORTO ALEGRE

2011

RESUMO

O presente estudo tem por objeto a identificação dos limites da atividade exercida em sede de Recurso Especial, pelo Superior Tribunal de Justiça, mediante a problemática dicotomia questão de fato/questão de direito. Com auxílio do método dedutivo, o tema é tratado em três segmentos. Primeiramente são ventilados aspectos mais gerais e históricos relacionados ao Recurso Especial, bem como procedida delimitação do instituto. Por seqüência, a abordagem direciona-se à problemática distinção entre questão de fato e questão de direito, através da análise de assuntos afetos ao tema e de suas principais teorias em sede de doutrina nacional e estrangeira. Por fim, já definidos os aspectos mais gerais da investigação, passa-se à análise do Recurso Especial e a dicotomia fato-direito, restando estabelecido que, sendo dificultosa a diferenciação das questões em certos casos, o problema deve ser encarado, em sede de Recurso Especial, sob o viés da preponderância, ou seja, falar-se-ão de questões predominantemente de fato e questões predominantemente de direito. Nos casos que envolvam conceitos de conteúdo vago, deve ser considerada igualmente a variável de que o Superior Tribunal de Justiça poderá analisar o Recurso Especial sob o critério da transcendência da questão levada ao seu conhecimento.

Palavras-chave: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Súmula n. 7. Questão de Fato. Questão de Direito. Conceitos de Conteúdo Vago. Conceitos Indeterminados.

ABSTRACT

This study aims to identify the limits of the activity exercised in the Special Recourse, by the Superior Court of Justice, upon the problematic dichotomy matter of fact/matter of law. With assistance of the deductive method, the theme is treated in three segments. Primarily are ventilated more general and historical aspects related to the Special Recourse, and proceeded a delimitation of the institute. By sequence, the approach routes to the problematic distinguishing between matter of fact and matter of law, through the analysis of issues related to the theme and of its main theories in the seat of national and foreign doctrine. Finally, already defined the broader aspects of the research, we pass to the analysis of the Special Recourse and the fact-law dichotomy, remaining established that, being difficult to differentiate the questions in some cases, the problem must be faced, in Special Recourse, under the prism of preponderance, in other words, there will be matters predominantly of fact and matters predominantly of law. In cases involving vague content concepts, must be also considered the variable that the Superior Court of Justice may examine the Special Recourse under the standard of transcendence of the matter brought to its knowledge.

Key-words: Superior Court of Justice. Special Recourse. Docket n. 7. Matter of Fact. Matter of Law. Vague Content Concepts. Indetermined Concepts.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B546r Bertoldi, Thiago Moraes
Recurso especial mediante a problemática distinção entre questão de fato e questão de direito. / Thiago Moraes Bertoldi. – Porto Alegre, 2011.
170 f.

Diss (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS.
Orientação: Prof. Dr. Sergio Gilberto Porto

1. Direito Processual Civil. 2. Superior Tribunal de Justiça - Brasil.
3. Recurso Especial. I. Porto, Sergio Gilberto. II. Título.

CDD 341.4655

Ficha Catalográfica elaborada por
Sabrina Vicari
CRB 10/1594

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| 1 ASPECTOS HISTÓRICOS, POLÍTICOS E DELIMITAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL | 16 |
| 1.1 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES | 16 |
| 1.2 OS MODELOS RECURSAIS DOS TRIBUNAIS DE CÚPULA | 20 |
| 1.2.1 A origem no Direito Romano | 21 |
| 1.2.2 A Cassação Francesa | 25 |
| 1.2.3 A Revisão Alemã | 37 |
| 1.2.4 Cassação e Revisão: Análise comparativa | 40 |
| 1.3 FUNÇÕES DOS RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES | 44 |
| 1.3.1 Funções clássicas | 44 |
| 1.3.1.1 Função nomofilática | 45 |
| <i>1.3.1.1.1 A nomofilaquia de Calamandrei</i> | 45 |
| <i>1.3.1.1.2 O significado contemporâneo de nomofilaquia</i> | 47 |
| 1.3.1.2 Função de uniformização jurisprudencial..... | 49 |
| 1.3.1.3 Nomofilaquia e uniformização <i>versus</i> interesse da parte recorrente..... | 52 |
| 1.3.2 Funções contemporâneas | 55 |
| 1.3.2.1 Função dikekológica..... | 55 |

| | |
|---|------------|
| 1.3.2.2 Função paradigmática..... | 56 |
| 1.4 O MODELO BRASILEIRO | 57 |
| 1.4.1 Origem do recurso especial, a “crise do supremo” e a criação do Superior Tribunal de Justiça | 57 |
| 1.4.2 Modelo sui generis | 61 |
| 1.4.3 O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial, não constitui um terceiro grau de jurisdição. Função do recurso | 63 |
| 1.4.4 A dicotomia questão de fato/questão de direito e sua relevância para a definição dos limites da atividade do juiz no recurso especial..... | 65 |
| | |
| 2 A DICOTOMIA QUESTÃO DE FATO/QUESTÃO DE DIREITO | 68 |
| 2.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A SEPARAÇÃO ENTRE QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO. SUBSUNÇÃO DOS FATOS À NORMA | 68 |
| 2.2 A SUBSUNÇÃO NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO..... | 70 |
| 2.3 NORMAS DE CONTEÚDO VAGO | 76 |
| 2.4 PRINCIPAIS TEORIAS ACERCA DA DICOTOMIA FATO-DIREITO..... | 81 |
| 2.4.1 As teorias relacionadas à delimitação do acesso à Cassação/Revisão..... | 82 |
| 2.4.1.1 A teoria tradicional | 82 |
| 2.4.1.2 A teoria teleológica..... | 89 |
| 2.4.1.3 A teoria do rendimento | 91 |
| 2.4.1.4 A teoria mista | 93 |
| 2.4.2 A teoria da impossibilidade da distinção entre questão de fato e questão de direito..... | 95 |
| 2.4.3 A teoria das mixed questions no modelo norte-americano..... | 104 |
| 2.4.3.1 A importância da diferenciação no modelo norte-americano e os limites do reexame da decisão recorrida pelo Tribunal de Apelação | 104 |
| 2.4.3.2 Definição de <i>mixed question</i> | 108 |
| 2.4.3.3 O conflito entre as teorias das <i>mixed questions</i> | 110 |

| | |
|--|------------|
| 2.4.3.3.1 A teoria que equipara a mixed question a uma questão de fato. Utilização do standard clearly erroneous para revisão da questão mista | 110 |
| 2.4.3.3.2 A teoria que considera a mixed question uma questão de direito. Revisão “de novo” da questão mista | 113 |
| 2.4.3.3.3 A teoria que procura definir em cada caso se a mixed question configura uma questão de fato ou de direito. Utilização de um standard variável..... | 115 |
| 2.4.3.3.4 As decisões que não seguem um padrão identificável em relação à mixed question..... | 116 |
| 2.4.4 A teoria tricotômica..... | 117 |
| 2.4.5 A teoria da preponderância da questão de fato ou da questão de direito | 120 |
| | |
| 3 RECURSO ESPECIAL MEDIANTE A PROBLEMÁTICA DISTINÇÃO ENTRE QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO | 123 |
| 3.1 DA SUPOSTA VEDAÇÃO AO CONTROLE DA CONSTATAÇÃO DOS FATOS E A RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL | 123 |
| 3.2 QUESTÃO DE FATO E QUESTÃO DE DIREITO NO RECURSO ESPECIAL. PREDOMINÂNCIA DO ELEMENTO PRINCIPAL DA QUESTÃO | 127 |
| 3.3 SÚMULA 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA..... | 137 |
| 3.4 CONTROLE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS | 138 |
| 3.5 REEXAME E REVALORAÇÃO DA PROVA | 140 |
| 3.6 CONTROLE DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS | 144 |
| 3.6.1 O controle do conceito vago pela via do recurso especial | 148 |
| | |
| CONCLUSÃO..... | 158 |
| | |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 163 |

INTRODUÇÃO

Cada ordenamento jurídico, ao moldar seus recursos aos Tribunais Superiores, deve optar “entre el principio de la selección de las causas cassacionables y el de la tutela jurídica amplia por la cual se concede acceso generoso al tribunal supremo”¹. A opção entre favorecer a tutela jurídica ampla ou a unidade do direito em sentido mais estrito é um dilema que afeta diretamente a carga de trabalho do tribunal superior. Ao interesse da parte corresponde a pretensão de que se reexaminem todas as conclusões subsuntivas, o que implica a conseqüente hipertrofia da atividade do julgador face o aumento do número de recursos, tudo em prejuízo ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Ao interesse do Estado, corresponde à unidade do direito e a uniformização da jurisprudência, função que é melhor desempenhada quando reduzido o número de recursos excepcionais.²

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial, compara-se às Cortes de Cassação, não concebidas como terceiras instâncias. Sua função precípua é a de garantir o império e a unidade da lei federal³, bem como unificar sua interpretação em todo o país. Isto porque, por suas reduzidas possibilidades, a Corte Superior não poderia conferir às partes acesso irrestrito aos seus domínios, pois, quanto mais se dedicasse a atender aos anseios das partes, tanto menos lograria êxito em cumprir sua finalidade maior, face à sobrecarga de trabalho.

¹ Tradução livre: “entre o princípio da seleção das causas cassacionáveis e o da tutela jurídica ampla pela qual se concede acesso generoso ao tribunal supremo”. HENKE, Horst-Eberhard. **La cuestión de hecho**: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad. Trad. T. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1979, p. 214.

² HENKE, Horst-Eberhard **La cuestión de hecho**: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad. Trad. T. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1979, p. 214-215.

³ Função esta denominada por CALAMANDREI, Piero. **La casación civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 2007, como “nomofilática”, consubstanciada na proteção e guarda das leis e cujo conteúdo será abordado oportunamente neste trabalho.

Nesse contexto, a redação do art. 105, III⁴ da Constituição da República Federativa do Brasil, aliada à da Súmula 7⁵ do Superior Tribunal de Justiça revelam uma característica expressiva e relacionada aos limites da atividade do juiz no Recurso Especial: a Corte Superior repele a revisão das questões de fato, cuja apreciação, derivada de circunstâncias intimamente relacionadas à relação singular controvertida, não possuiria o condão de repercutir em outros feitos ou servir de paradigma para a solução de casos futuros.⁶

Assim, costuma-se dizer, que apenas a *quaestio juris* pode ser apreciada pelos Tribunais Superiores, restando excluída a *quaestio facti*, a qual jamais encerraria tese propriamente jurídica. As instâncias ordinárias seriam soberanas no que concerne à resolução da matéria fática, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça a apreciação de questões de direito relacionadas ao direito federal infraconstitucional. A partir de tal assertiva, doutrina e jurisprudência costumam afirmar o seguinte: os limites entre a questão de fato e a questão de direito demarcam igualmente os limites da atividade do Superior Tribunal de Justiça.⁷

No entanto, nem sempre é fácil estabelecer a diferenciação entre o que seja questão de fato e questão de direito.⁸ A distinção, aparentemente simples no plano abstrato, revela-se mais intrincada na prática, a saber, quando deva ser operada no caso concreto.

E a importância do tema salta aos olhos, pois as incertezas que decorrem da utilização de um critério pouco operativo, sob o ponto de vista pragmático, esbarram em diversas aspirações processuais, mormente na efetividade da tutela jurisdicional, que deve considerar, para o seu desiderato, as normas que procuram definir como a função jurídica dos Tribunais Superiores é desempenhada. O estabelecimento de critérios precisos para a

⁴ Art. 105 - Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

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

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁵ Estabelece a Súmula 7 que: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

⁶ CALAMANDREI, Piero. **La casación civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, t. III, 2007, p. 93-94.

⁷ Tal constatação foi repelida por NEVES, Antônio Castanheira. **Questão-de-fato – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**. Coimbra: Almedina 1967, p. 18: “Traduz isto, decerto, o peso de uma larga tradição doutrinal, o peso daquela orientação da doutrina, indiscutida ao longo de muitas e sucessivas décadas, que via na teoria desse recurso como que a sede natural do problema da distinção e tinha de tal modo associado este àquele, que curar do recurso de revista seria considerar pura e simplesmente o problema da distinção: do que fundamentalmente se trataria do recurso de revista era a distinção, como seu critério delimitativo, e por ela se identificaria no próprio problema daquele recurso”.

⁸ Sobre a dificuldade em separar as questões de fato das questões de direito, ver NEVES, Antônio Castanheira. **Questão-de-fato – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**. Coimbra: Almedina 1967.

definição do que pode e o que não pode ser revisto pelo Superior Tribunal de Justiça contribui para a evolução da ciência processual e o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, principalmente nesta perspectiva contemporânea de adequação e efetividade do processo, cada vez mais dependente da atuação dos Tribunais Superiores.

Com efeito, quais seriam os limites entre a *quaestio facti* e *quaestio juris* no âmbito do Recurso Especial? Seria possível separar a questão de fato da questão de direito em sede de recursos aos Tribunais Superiores? Qual critério a ser utilizado, mormente sob o aspecto pragmático, que possibilite definir os limites do controle realizado pelo Superior Tribunal de Justiça?

A jurisprudência é pacífica no sentido de que a moldura fática do aresto é irretocável e inalterável pela via do Recurso Especial, sendo inviável “ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados”⁹.

E em grande parte dos casos a distinção ocorre sem maiores problemas. Se o Tribunal conclui que determinada empresa lançou dejetos oriundos de sua atividade industrial diretamente na atmosfera, ninguém duvidará que tal constatação configura uma questão de fato, não revisível pelo Superior Tribunal de Justiça. No entanto, se o questionamento for direcionado a saber se a conduta da empresa causou “significativa degradação do meio ambiente”, a conclusão não se afigura tão simples, pois a situação fática somente pode ser compreendida se vinculada a uma valoração jurídica relacionada ao referido conceito de conteúdo vago. A solução demanda outros desenvolvimentos para além da simples diferenciação lógica entre as duas questões.

Neste contexto insere-se o presente estudo, relacionado a um dos pontos mais espinhosos e controversos na metodologia do direito e no direito processual civil, e que tem por objeto a identificação dos limites da atividade realizada pelo Superior Tribunal de Justiça pela via do Recurso Especial mediante a dicotomia questão de fato/questão de direito. Para tanto, o trabalho está dividido em três segmentos.

Inicialmente busca-se a análise dos aspectos históricos e políticos do Recurso Especial, bem como a delimitação do instituto. Nesse momento resta analisado o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e sua relação com a função dos Tribunais Superiores na prestação da tutela jurisdicional, os modelos recursais aos Tribunais Superiores notados no direito comparado e sua evolução histórica, com a posterior análise das funções destes

⁹ AEREsp. N. 134.108-DF, Min. Rel. Eduardo Riberito.

recursos. A delimitação do modelo brasileiro ocorre com a verificação da origem do Recurso Especial e suas características positivas.

Por seqüência, resta analisada a dicotomia questão de fato/questão de direito com a apresentação de um breve histórico sobre a separação entre as questões, a verificação do significado da subsunção no contexto contemporâneo, bem como das normas de conteúdo vago, de maneira a permitir a apreciação das principais teorias acerca da mencionada dicotomia, em sede de direito comparado e na doutrina brasileira.

Por derradeiro, o trabalho estabelece os limites de atuação do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial com base na teoria da predominância do elemento principal da questão, bem como oferece critérios para o controle de normas de conteúdo vago, considerando inclusive a variável relacionada à função paradigmática dos Tribunais Superiores.

Assim, observa-se que neste estudo, mais do que verificar a problemática dicotomia fato-direito sob um enfoque metodológico, busca-se o estabelecimento de critérios mais seguros e precisos para a definição do que pode e o que não pode ser revisto no Recurso Especial mediante a referida problemática, cuja temática, tanto na doutrina como jurisprudência, é paradoxalmente tão desenvolvida quanto incerta.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou analisar a atividade realizada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial, mediante a dicotomia questão de fato/questão de direito, bem como o estabelecimento de critérios precisos para o controle exercido pelo Tribunal. Ao longo do estudo, diversas conclusões restaram assentadas:

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva implica a necessidade de analisar o caso concreto, para, a partir daí, possibilitar a estruturação do provimento adequado à situação submetida à apreciação do juiz. Em favor de um processo efetivo, que sucumbe com a morosidade, não cumpre aos Tribunais Superiores o exame de todas as questões que lhes são apresentadas, mas apenas aquelas que guardem maior importância para a função jurisdicional;

Em sede de direito comparado, são dois os modelos recursais relacionados aos Tribunais de Cúpula: a cassação e a revisão, cada qual com características próprias e diferenciadoras. Tais modelos seriam as raízes dos recursos de estrito direito, conexos à ideia de que, em instância extraordinária, se devolve apenas matéria de direito;

O recurso de cassação originou-se da luta entre a monarquia, que pretendia a manutenção de sua soberania absolutista, e os Parlamentos da França, que através de suas atribuições originariamente jurisdicionais, procuravam exercer um controle sobre o poder do monarca. Surge a cassação no *Ancien Regime*, inicialmente para anular as decisões do Parlamento que afrontassem as prerrogativas subjetivas do soberano. Posteriormente à Revolução Francesa, serviu para manter a pureza da lei ao impedir que os juizes invadissem o campo reservado ao Poder Legislativo. A decisão era cassada e reenviada à instância inferior para que novo julgamento fosse proferido. O tribunal, portanto, não julga o mérito da demanda, mas sim anula a decisão e procede o reenvio, quando verificada afronta ao direito

objetivo (não servia para a apreciação o erro de fato). Com a evolução do instituto, o Tribunal de Cassação tornou-se responsável não apenas pela manutenção a pureza da lei, mas igualmente pela unificação da jurisprudência;

O recurso de revisão, ao contrário da cassação, não se restringe a anular a decisão, sendo-lhe permitido resolver o mérito do recurso, rejugando a causa trazida ao seu conhecimento. Constitui um remédio posto nas mãos dos litigantes para atacar decisões proferidas em sede de apelação, mas cuja violação tenha ocorrido em relação a uma norma jurídica;

Os recursos aos Tribunais Superiores possuem diversas funções: as clássicas correspondem à função nomofilática, que se traduz na busca pela correta interpretação do direito, e à função de uniformização jurisprudencial, no intuito de unificar a jurisprudência emanada pelas diversas cortes do Estado; as funções contemporâneas são a dikelógica, que significa buscar a solução mais justa e adequada ao caso concreto, e a função paradigmática, consubstancia-se na influência que os precedentes têm sobre o ordenamento jurídico;

No Brasil, o Recurso Especial surgiu com a criação do Superior Tribunal de Justiça em 1988, devendo julgar, nos termos do art. 105 da Constituição, as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios ou Regionais Federais, 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 haja atribuído outro Tribunal”. Trata-se de um modelo recursal híbrido, pois possui características da revisão, face à possibilidade de enfrentamento do mérito sem a necessidade de reenvio, mais igualmente guarda relação com a cassação, pois pode anular a decisão recorrida e reenviar o recurso para julgamento pelo Tribunal de origem;

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial, não constitui um terceiro grau de jurisdição, pois não serve para resolver injustiças, mas sim para garantir a boa aplicação da lei federal e unificar sua interpretação em todo o país. Tal recurso está afeto somente às questões de direito, não cabendo discutir a respeito da verdade fática assentada nas instâncias inferiores. Nesta seara, de suma importância a identificação das duas questões;

No que concerne aos aspectos históricos da separação entre questão de fato e questão de direito, tal diferenciação já era notada desde o direito romano, em que o juiz devia estabelecer a certeza do fato concreto (premissa menor) e da norma de direito (premissa maior). A utilização de premissas, através do método silogístico, muito embora não reproduza

com fidelidade a atividade realizada pelo juiz, permite compreender com maior facilidade o juízo de concreção da norma ao fato, bem como a verificação dos erros da atividade judicial, o que facilita o manejo do Recurso Especial;

Os conceitos vagos ou indeterminados, que permitem adaptar o pronunciamento judicial às peculiaridades do caso concreto em razão da sua vagueza, guardam relação com o problema da diferenciação da questão de fato e da questão de direito. A identificação do conceito vago, como uma questão de fato ou direito, permite verificar o Superior Tribunal de Justiça poderá ou não revisar em sede de Recurso Especial;

Diversas teorias surgiram no escopo de definir a possibilidade ou não de diferenciar a questão de fato da questão de direito para fins de definir a atividade dos Tribunais Superiores. Em sede de direito continental europeu, são quatro as teorias que procuraram delimitar o acesso à corte de cassação/revisão: a lógico-conceitual, que tentará resolver a questão com base em conceitos, levando-os às últimas conseqüências; a do rendimento que procura ajustar o que o tribunal pode realizar de acordo com suas possibilidades de cognição; a teleológica, com base nas finalidades do recurso de cassação/revisão; e a mista, a partir de uma combinação entre diferentes critérios;

Há também a teoria da impossibilidade da distinção entre questão de fato e questão de direito, defendida por muitos autores, os quais colocam em xeque o silogismo judicial. Segundo eles, o fato não teria existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, da mesma forma que o direito não tem interesse senão no momento em que deve incidir sobre o fato. A diferenciação até seria possível em alguns casos, mas em outros tantos a separação lógico-conceitual não seria possível;

Na *common-law*, o problema das questões em que não se vislumbra uma fácil diferenciação é tratado através da criação de uma terceira categoria, as chamadas *mixed questions*, questões nas quais os fatos são admitidos ou estabelecidos, a norma de direito é incontroversa, e a questão é a de saber se os fatos satisfazem o *standard* legal. A teoria encontrou adeptos no Brasil, entre eles Danilo Knijnik, que defende a aplicação da teoria das questões mistas no Recurso Especial;

Outra doutrina difundida é a chamada teoria da preponderância, que reconhece a dificuldade na separação estanque entre as questões, no entanto, defende não ser necessária a criação de uma terceira categoria (questão mista) para definir o que pode ser revisado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial. A resolução do problema passaria pelo critério da predominância do elemento principal da questão, pois, embora o fenômeno

jurídico envolva fato/direito, o aspecto problemático daquele pode estar lá ou cá. Fala-se, neste caso, de questões que sejam predominantemente de fato e questões que sejam predominantemente de direito;

Para fins de Recurso Especial, que repele a análise de questões fáticas em razão da Súmula 7, restou verificada a possibilidade de utilização da teoria da preponderância, pois mantida a polarização fato-direito, muito embora sob o viés da predominância. Para tanto, afigura-se necessária a utilização de dois critérios: o ontológico, que diz respeito à natureza, à própria essência das questões; e o critério técnico processual, que se relaciona à possibilidade de reexame mediante recursos de estrito direito. Segundo o critério técnico processual, a questão será predominantemente fática, se, para a apreciação do Recurso Especial, seja necessário o reexame de provas;

A discussão envolvendo cláusulas contratuais pode configurar uma questão de direito, de maneira a abarcar a pretensão especial. Se o foco do julgador estiver sobre o enquadramento legal de fatos incontroversos, trata-se de uma questão predominantemente de direito;

O exame da prova, efetuado pelo tribunal *a quo* de maneira ampla e sem restrições quanto à devolutividade, não pode ser reavaliado pela instância extraordinária, pois esta somente recebe os fatos tais como retratados na decisão recorrida. A valoração da prova, ao contrário, resta permitida na seara especial, quando presente afronta à norma que estabelece o valor que determinada prova tem, em função do caso concreto;

O problema relacionado à identificação do fato e do direito em sede de Recurso Especial exsurge com intensidade quando envolve os chamados conceitos de conteúdo vago ou indeterminado. A correção da aplicação de normas que contenham conceitos vagos, pela via do Recurso Especial, conta com limitações de ordem técnica. Para o enfrentamento do problema, deve ser utilizado, mais uma vez, do critério técnico processual, pois, se a questão que envolve a aplicação de conceito vago for predominantemente de fato, a questão não será analisada pelo Superior Tribunal de Justiça; sendo predominantemente de direito, o recurso terá cabimento;

O controle dos conceitos de conteúdo vago também ocorre mediante o critério da transcendência, na medida em que o Superior Tribunal de Justiça poderá controlar tais conceitos, corrigindo a “margem de decisão”, para fins de desenvolver o direito, ao estabelecer limites de atuação para a zona de penumbra, em casos futuros. Após o preenchimento do significado do conceito vago e os limites de atuação na “zona de

penumbra”, pelo Superior Tribunal de Justiça, tal questão será considerada como se de conteúdo determinado e de direito fosse.