

**Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito**

Iago Vieira do Nascimento Santos

A produção de jurisprudência defensiva no recurso extraordinário após a promulgação do CPC/2015: os embargos de declaração opostos contra decisão de inadmissibilidade

Brasília
2019

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

A produção de jurisprudência defensiva no recurso extraordinário após a promulgação do CPC/2015: os embargos de declaração opostos contra decisão de inadmissibilidade

Autor: Iago Vieira do Nascimento Santos

Orientador: João Costa Neto

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, ____ de _____ de ____.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Iago Vieira do Nascimento Santos

A produção de jurisprudência defensiva no recurso extraordinário após a promulgação do CPC/2015: os embargos de declaração opostos contra decisão de inadmissibilidade

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: ___ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor João Costa Neto
(Orientador – Presidente)

Professora Doutora Daniela Marques de Moraes
(Membro)

Professor Doutor José dos Santos Carvalho Filho
(Membro)

Professora Mestre Ana Luiz Nunez de Ramalho
(Suplente)

Agradecimentos

Primeiramente, à minha amada mãe, Maria do Rosário, que em todas as épocas, de alegrias e dificuldades, sempre esteve ao meu lado, me transmitindo valores e ensinamentos que hoje constituem minha essência. Seu amor e sua fé em mim foram e sempre serão fundamentais.

Agradeço também ao meu pai, Valdemir Brasileiro, que apesar da distância sempre foi um grande amigo, confidente, conselheiro e me acolheu em refúgio nos meus momentos sabáticos.

Fundamental agradecer ao meu querido irmão mais novo, Pedro Vieira. Nosso convívio me proporciona os melhores momentos, e em seus breves 11 anos de vida já ensinou mais coisas ao irmão mais velho do que pode imaginar.

Imprescindível agradecer também ao meu padrasto, Clegilvan Leite, por sempre ter me tratado verdadeiramente como um filho, com humildade, disponibilidade, generosidade e paciência.

Agradeço a todos meus amigos do Leonardo da Vinci, especialmente Rafael Rodeiro, Hilal Khaled, César Domingos, Gabriel Taira e João Pedro Martins. A fortificação do nosso laço nos últimos anos só confirma o caráter vitalício da nossa amizade.

Agradeço em especial aos meus amigos Henrique de Oliveira e Eduardo Sánchez e à minha querida amiga Luísa Junqueira por todos os momentos que estiveram presentes. A amizade que construímos é de um valor inestimável e eu espero tê-los ao meu lado pelo resto da vida.

Essencial agradecer a todos os colegas de faculdade, que estiveram comigo ao longo dessa jornada. Eu não poderia ter encontrado amigos melhores que vocês, Vitor Lintomen, João Pedro Mello, Victor Aguiar, Matheus Barra e Pedro Estrela.

Além de todos os já mencionados, faz-se necessário agradecer meus grandes amigos Fernando Pena, Ciro Barbosa, Thiago Callak, Mateus Alves e Rodrigo Barbosa que são parte indispensável de minha trajetória.

Por fim, agradeço ao meu caro orientador, Professor João Costa Neto, pela orientação, paciência, e por ter estado ao meu lado desde o início, me ajudando inclusive a escolher o tema dessa monografia.

FICHA CATALOGRÁFICA

Vieira do Nascimento Santos, Iago

A produção de jurisprudência defensiva no recurso extraordinário após a promulgação do CPC/2015: os embargos de declaração opostos contra decisão de inadmissibilidade; orientador João Costa Neto. -- Brasília, 2019.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília, 2019.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

SANTOS, Iago Vieira do Nascimento. 2019. A produção de jurisprudência defensiva no recurso extraordinário após a promulgação do CPC/2015: os embargos de declaração opostos contra decisão de inadmissibilidade. Monografia Final de Curso, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF.

Sumário

RESUMO	7
ABSTRACT	8
LISTA DE ACRÔNIMOS	9
INTRODUÇÃO	10
1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO	12
1.1. O Supremo Tribunal Federal	12
1.2. Os principais aspectos do recurso extraordinário	14
1.2.1 O controle constitucional difuso exercido no recurso extraordinário e a sistemática de repercussão geral	18
2. A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA	25
2.1 A constitucionalização do processo civil: o acesso à justiça como garantia fundamental	25
2.2 A prática da jurisprudência defensiva como forma de mitigar o congestionamento recursal nas instâncias superiores	27
2.3 A jurisprudência defensiva como fator prejudicial ao acesso à ordem jurídica justa e à instrumentalidade do processo	29
3. A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	38
3.1 A primazia do julgamento de mérito no Código de Processo Civil de 2015	38
3.2 A disciplina dos embargos de declaração no Código de Processo Civil de 2015 e a insistência do STF na aplicação da jurisprudência defensiva	41
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

RESUMO

O presente estudo parte da análise do recurso extraordinário e da sua função de aplicação da Constituição dentro da ordem jurídica processual, a partir daí será analisada a produção de jurisprudência defensiva na admissibilidade do apelo extraordinário, seus motivos e os institutos processuais maculados por essa prática. Além disso, será desenvolvido estudo a respeito da postura do Código de Processo Civil de 2015 em relação à jurisprudência defensiva e uma abordagem crítica acerca do posicionamento do STF sobre a oposição de embargos de declaração contra decisão de inadmissibilidade do recurso extraordinário à luz da legislação processual vigente e de princípios norteadores da aplicação do direito processual.

Palavras-chaves: recurso extraordinário; requisitos de admissibilidade; acesso à ordem jurídica justa; jurisprudência defensiva; Código de Processo Civil de 2015; embargos de declaração; instrumentalidade das formas

ABSTRACT

The present study starts from the analysis of the extraordinary appeal and its function of application of the Constitution in the juridical order, after that, will be analyzed the production of defensive jurisprudence in the admissibility of the extraordinary appeal, what motivates it and the juridical institutes defiled by this practice. In addition, a study on the position of the 2015 Civil Procedure Code in relation to defensive jurisprudence will be developed and a critical view of the Supreme Court's position on the opposition of embargoes against the inadmissibility of extraordinary appeals in the light of procedural law principles governing the application of procedural law

Keywords: extraordinary appeal; admissibility requirements; access to the just legal order; defensive jurisprudence; Civil Procedure Code 2015; embargoes; instrumentality of forms

LISTA DE ACRÔNIMOS

AR – Arguição de Relevância

ARE – Recurso Extraordinário com Agravo

Art. – Artigo

CF/1988 – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

RG – Repercussão Geral

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TFR – Tribunal Federal de Recursos

INTRODUÇÃO

O recurso extraordinário apresenta-se dentro do ordenamento jurídico pátrio como o instrumento mais importante de acesso à jurisdição do controle de constitucional difuso no STF¹. Assim sendo, representa um importante meio de garantia do cumprimento da Constituição dentro dos processos.

O presente estudo teve como objetivo abordar a prática de jurisprudência defensiva sob uma perspectiva crítica, à luz do Código de Processo Civil de 2015, e demonstrar as violações perpetradas por essa armadilha processual, analisando, para tal, o comportamento do Supremo Tribunal Federal ao julgar embargos declaratórios opostos contra decisão de inadmissibilidade do recurso extraordinário.

Para alcançar o referido objetivo, foi realizado, inicialmente, o estudo da evolução histórica do recurso extraordinário, suas crises e o estabelecimento, pelo legislador, de filtros processuais capazes de, ao mesmo tempo, reservar o recurso extraordinário à sua função precípua e racionalizar seu procedimento de julgamento.

Posteriormente, ficou demonstrado como o STF deixa de apreciar os recursos, criando, através de jurisprudência, requisitos ilegítimos para a (in)admissibilidade do recurso extraordinário com vistas a diminuir o congestionamento crônico de processos que acometeu a Corte.

Seguindo nessa linha, os institutos basilares do direito processual civil, como o acesso à ordem jurídica justa e a instrumentalidade do processo foram esmiuçados, uma vez que a presente monografia enxerga o recurso extraordinário, desde que livre do rigorismo excessivo em sua admissibilidade, como meio apropriado para a persecução e concretização desses institutos.

Ainda, foram demonstrados todos os esforços do Código de Processo Civil de 2015 para priorizar o julgamento de mérito das demandas em detrimento da prática de jurisprudência defensiva.

Por fim, imperioso se fez analisar a hipótese específica de oposição de embargos de declaração contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário, tendo em vista que o Novo Código, além do combate frontal à jurisprudência defensiva, solidificou os embargos de declaração como ferramenta processual apta a atacar qualquer decisão judicial. E o STF,

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo, 2017. p. 1024.

mesmo diante de todos os dispositivos do Código que priorizam a resolução satisfativa das demandas judiciais, continua a aplicar, em alguns casos, a jurisprudência defensiva.

1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO

1.1. O Supremo Tribunal Federal

A Constituição de 1824 estabelecia o Supremo Tribunal de Justiça como a mais alta Corte do Brasil. As competências desse tribunal limitavam-se ao julgamento de determinadas autoridades e à resolução de conflitos envolvendo as relações provincianas. Não possuía atribuições de corte constitucional, porquanto a guarda da Constituição pertencia ao parlamento.²

No ano de 1891 uma nova Constituição foi promulgada, inserindo o modelo Republicano no Brasil e conferindo poder político à Suprema Corte, que passou a residir na figura do Supremo Tribunal Federal. Pouco antes disso, o Decreto 848/1890, que organizou a Justiça Federal, criou recurso para o STF “quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão”, inspirando-se no *Judiciary Act* norte-americano.³ Após o fim da República Velha, nasce a Constituição de 1934, que prevê, pela primeira vez na norma maior, o recurso extraordinário propriamente dito.⁴

² MORAES, Alexandre de. et al. (organização Equipe Forense) Constituição Federal Comentada – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1688

³ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 611

⁴ Art. 76. A Corte Suprema Compete:

(...)

2) julgar:

(...)

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada.

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;

d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal;

Percebe-se um aumento, ao longo dos anos, das competências constitucionais atribuídas à Corte. Entretanto, a resolução de questões infraconstitucionais ainda ocupava papel central, conforme ensina Araken de Assis:

Eventos posteriores só acentuaram a função de ‘vigia da correta e uniforme interpretação do direito federal infraconstitucional’ do STF. O controle da supremacia da Constituição e o da compatibilidade das regras locais com a ordem nacional passaram a plano secundário. Litígios privados, regulados pela lei federal aplicada pelos tribunais locais, tomaram conta do STF. Por exemplo, a competência assumida pela União de legislar sobre direito processual, por força do art. 5.º, XIX, a, da CF/1934, diferentemente do previsto na CF/1891, incrementou a amplitude do antigo recurso extraordinário, transformando todas as questões processuais, independentemente da sua relevância e generalidade, numa questão federal passível de controle por semelhante via. A tão sofrida crise do STF nutriu-se, a nosso ver, da assimétrica competência legislativa da União.⁵

Essa multiplicidade funcional culminou num número excessivo de recursos subindo para o tribunal, uma vez que optar pela via extraordinária era possível sempre que houvesse controvérsia relativa a questão federal ou constitucional. Esse problema passou a ser conhecido como “a crise do Supremo”.⁶

Assim, em 1946 é criado o Tribunal Federal de Recursos, cujo objetivo era desafogar um pouco da demanda reprimida no Supremo. Isso não aconteceu, e em 1975 sobreveio a Emenda Regimental nº 3 de 1975, que introduziu a arguição de relevância, instituto que possui certa semelhança com a repercussão geral, como requisito para apreciação dos recursos.

O caráter dual do recurso extraordinário apenas foi superado com a promulgação da Constituição de 1988, que buscou estabelecer o STF enquanto uma verdadeira Corte Constitucional. Para tal, foi criado o Superior Tribunal de Justiça, que absorveu a competência de resolução das questões federais infraconstitucionais.

É nesse contexto de crise numérica de recursos no STF e de reforma do desenho institucional do país que surge a figura do recurso especial⁷, uma nítida derivação do recurso

⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 612

⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 78

⁷ 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;

extraordinário como era conhecido até então, tendo em vista a sua previsão constitucional⁸, e o próprio objeto dessa via recursal.

1.2. Os principais aspectos do recurso extraordinário

Inicialmente ressalta-se que ao discorrer especificamente sobre o recurso extraordinário será realizado também o exame do agravo em recurso extraordinário, previsto no art. 1.042 do Código de Processo Civil, uma vez que seu único objetivo é o processamento do próprio RE, quando não conhecido por decisão de segunda instância.

Relativamente à fundamentação, os recursos se dividem entre os de fundamentação livre e os de fundamentação vinculada, conforme ensina Cássio Scarpinella Bueno:

Os recursos podem ser de ‘fundamentação livre’ ou de ‘fundamentação vinculada’. Para os de fundamentação livre, basta o inconformismo do recorrente. Naqueles de fundamentação vinculada, o recorrente deve demonstrar além do (genérico) interesse recursal, um prejuízo específico, previamente valorado pela ordem jurídica, sem o que não se abre a via recursal. É o que se dá com os embargos de declaração, com os recursos especial e extraordinário.⁹

Assim, é possível afirmar que nos recursos de fundamentação livre os fundamentos jurídicos do pedido não serão óbice à admissibilidade do recurso, porquanto qualquer ponto da decisão recorrida pode ser atacado. Por outro lado, os recursos de fundamentação vinculada devem combater vícios específicos da decisão.

O objeto dos recursos de fundamentação vinculada deve ser definido por lei, de modo que ao realizar o juízo de admissibilidade, o julgador saiba com clareza as hipóteses de cabimento do recurso. A observância dos aspectos que vinculam o recurso constitui um verdadeiro requisito formal para sua interposição, de modo que o juízo de admissibilidade irá

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Alínea b com redação pela EC 45/2004.)
c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁸ Os únicos recursos previstos na Constituição de 1988 são o recurso extraordinário, o recurso especial e o recurso ordinário constitucional. Todos possuem rol taxativo de hipóteses para interposição, estando o RE e o REsp ligados, respectivamente, ao controle de constitucionalidade e de legalidade. O recurso ordinário por sua vez, está mais comumente ligado à garantia do duplo grau de jurisdição, de modo que, apesar de sua previsão constitucional, se diferencia bastante dos anteriores. (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 588)

⁹ Bueno, Cassio Scarpinella *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, 2016, p. 736

enfrentar essas questões, consideradas preliminares, para passar à análise do mérito recursal posteriormente.

O recurso extraordinário é tipicamente um recurso de fundamentação vinculada. Isso porque todas as suas hipóteses de interposição estão previstas na Constituição, com a delimitação de quais vícios constantes de uma decisão podem ser combatidos por esse instrumento.

A análise dos pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário é imprescindível, visto que estes constituem o crivo inicial para determinar se o recurso será ou não conhecido. A classificação doutrinária corriqueira elenca os pressupostos em extrínsecos e intrínsecos, sobre o tema, expõem Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni:

Os pressupostos de admissibilidade recursal reputam-se intrínsecos quando concernem à existência, ou não, do direito de recorrer. São considerados extrínsecos, ao contrário, quando atinem ao modo de exercer esse poder.¹⁰

São pressupostos intrínsecos do recurso extraordinário, o cabimento; a legitimidade recursal; o interesse recursal; e a inexistência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer. Os extrínsecos compõem-se da tempestividade; do preparo; e da regularidade formal.¹¹

Em relação ao cabimento, as únicas hipóteses de interposição do recurso extraordinário estão contidas na Constituição, no art. 102, III¹², em que a alínea “d” (a única em que o parâmetro de análise não é o texto da Constituição, mas se trata de controvérsia de

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 38-39.

¹¹ MELLO, Marco Aurélio. *Juízo de admissibilidade do recurso extraordinário no novo Código de processo civil*. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. ALVIM, Teresa Arruda (orgs). *O novo processo civil brasileiro: temas relevantes - estudos em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2, p. 199

¹² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

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

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

índole constitucional por ser uma derivação do conflito federativo) foi acrescentada pela Emenda Constitucional 45/2004.

O RE possui ainda requisitos especiais, dentre os quais destacam-se o prequestionamento, o reexame de questão constitucional, a repercussão geral (a demonstração de repercussão geral da questão constitucional citada será melhor detalhada em subtópico específico a seguir) e decisão recorrida de última ou única instância.

Nota-se que, além das características típicas dos recursos no geral¹³, o RE enumera várias condições específicas para sua apreciação. Isso se deve à natureza constitucional do recurso em questão, que acaba por impor a observância desses requisitos.

O recurso extraordinário não possui o condão de adentrar o acervo fático-probatório do processo¹⁴, limitando-se às questões de direito constitucional já suscitadas nas instâncias de origem, ou seja, que já tenham sido prequestionadas¹⁵.

Evidentemente, é possível que o acórdão recorrido permaneça omissis quanto à questão constitucional objeto do recurso, de modo que cabe ao recorrente a oposição de embargos declaratórios¹⁶, com o objetivo de cumprir o requisito do prequestionamento.

Vale chamar atenção para esse fenômeno, o denominado prequestionamento ficto. Essa prática sempre foi aceita pelo STF e ficou consolidada na jurisprudência desse tribunal. O STJ, por sua vez, entendia que o requisito do prequestionamento não se preenchia com a oposição de aclaratórios sob o ponto omissis da decisão¹⁷. Com a promulgação do CPC/2015, o prequestionamento ficto passou a ser explicitamente previsto em lei¹⁸, ampliando a garantia a uma prestação jurisdicional adequada.

¹³ “Para que um recurso seja juridicamente possível é indispensável o concurso de dois fatores, a saber: a) que o ato impugnado seja suscetível de recurso, isto é, que ele seja *recorrível*; b) que o recurso a ser interposto exista na ordem processual civil ou penal do país.” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*. 31ª ed. 2015, p. 443).

¹⁴ Súmula do STF n. 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”

¹⁵ Súmula do STF n. 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

¹⁶ Súmula do STF n. 356: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”

¹⁷ Súmula do STJ n. 211: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo”.

¹⁸ CPC, art. 1.025: Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Diante da especificidade dos requisitos para interposição, é muito comum que nos recursos de fundamentação vinculada exista uma sobreposição entre o juízo de mérito e o juízo de admissibilidade. Essa sobreposição, no entanto, não implica na ausência de distinção entre estes juízos, apesar de coincidirem em certos pontos.

No julgamento do RE 298.695, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 24.10.2003, a Suprema Corte manteve a decisão recorrida sustentando argumento constitucional diferente daquele no qual o acórdão da instância de origem tinha se estruturado.¹⁹

Após o julgamento desse recurso, surgiu a necessidade de diferenciar o juízo de admissibilidade do juízo de mérito no recurso extraordinário. Sobre o assunto, discorre Gilmar Mendes:

Nesse precedente, o STF entendeu necessário diferenciar juízo de admissibilidade do recurso extraordinário de juízo de mérito, a fim de adequar essa orientação à sua jurisprudência sobre prequestionamento. Assim, o tribunal afirmou que o juízo positivo de admissibilidade requer que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados, ao passo que o mérito envolve a verificação da compatibilidade entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário.²⁰

Em síntese, é possível afirmar que a grande preocupação do recorrente em atender os requisitos de admissibilidade é legítima, haja vista que a análise inicial do julgador será feita com a intenção de identificar sumariamente a existência de dissonância entre o acórdão recorrido e a Constituição. A partir daí, a análise de mérito poderá representar apenas uma confirmação do juízo de admissibilidade, ou poderá verificar questões constitucionais distintas daquelas suscitadas.

¹⁹ “Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário. (...)” (RE 298695, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 24.10.2003)

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo, 2017. p. 1034.

O juízo de admissibilidade do recurso extraordinário acontece em dois momentos²¹. Primeiramente, o tribunal de origem fará a análise dos requisitos. Na hipótese de o magistrado entender pelo cabimento do recurso e da não interposição simultânea de recurso especial, os autos irão diretamente para o STF. Na hipótese de interposição simultânea dos dois recursos (REsp e RE) a questão federal suscitada deverá ser apreciada antes da questão constitucional, apesar do juízo de admissibilidade na instância de origem ser conjunto.

Quando a decisão de admissibilidade denegar seguimento ao recurso extraordinário as hipóteses de irresignação estão previstas no CPC, mais especificamente no art. 1.030, §1º e §2º, que elencam as situações de interposição do agravo interno e do agravo ao tribunal superior. Esses não deveriam ser, entretanto, os únicos meios de ataque à decisão denegatória de seguimento do recurso, haja vista existir outra hipótese prevista no próprio CPC. Isso será tratado mais detalhadamente no terceiro capítulo do trabalho.

1.2.1 O controle constitucional difuso exercido no recurso extraordinário e a sistemática de repercussão geral

A via recursal extraordinária representa o instrumento mais importante para se ter acesso à jurisdição constitucional difusa do STF²². Isso é um reflexo direto do próprio objetivo do recurso, que como bem ensina Pontes de Miranda, é o de “assegurar: a inteireza positiva; a validade; a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição.”²³

A Constituição Brasileira de 1988 foi concebida com a intenção de ser uma Constituição programática. A sua “induidosa propensão dirigente”²⁴ é explicitada à medida

²¹ Inicialmente, quanto à admissibilidade, o CPC/2015 tentou conferir ao recurso extraordinário tratamento distinto do habitual, eliminando o referido juízo na instância de origem. O art. 1.030, *caput*, em sua redação original previa que “Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior.”, logo em seguida, o parágrafo único do mesmo artigo determinava que “a remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade.”. As possíveis consequências desse regime em relação ao número de recursos subindo para a Corte poderiam ser desastrosas, haja vista o problema crônico de congestionamento de processos. Diante disso, em 2016 foi promulgada a Lei n. 13.256, que promoveu algumas mudanças no Código e retomou o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário na instância originária.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo, 2017. p. 1024.

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo VIII: arts. 539 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.39.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo, 2017. p. 73.

que o texto enumera regras gerais para os mais diversos campos do direito, se preocupando não apenas com as garantias individuais formais, mas comprometida com a materialização de uma série de direitos para os jurisdicionados. Essa multiplicidade de matérias tratadas pela Constituição, inevitavelmente levaria a uma nova crise numérica do recurso extraordinário, como aconteceu.

Antes de discorrer sobre a crise numérica recente do RE, e o que tem sido feito nos últimos anos para tratar esse problema, é importante revisitar o histórico do STF no que concerne à adoção de critérios específicos de qualificação da relevância dos recursos.

No início do capítulo foi mencionado que no ano de 1975 foi inserida a Emenda Regimental n.3 do STF, que introduziu a arguição de relevância como requisito especial para apreciação do recurso extraordinário.

A arguição de relevância é frequentemente comparada com a repercussão geral, tendo em vista a intenção, compartilhada pelos dois institutos, de qualificar a demandas pleiteadas em sede de RE segundo sua relevância. A AR possuía uma abrangência nitidamente maior do que a repercussão geral, uma vez que o recurso extraordinário, como já exposto, englobava as questões constitucionais e de legislação federal, daí a denominação “arguição de relevância da questão federal.”²⁵

Há que se reconhecer a subjetividade do critério de “relevância”, afinal, existia uma nítida dificuldade de se determinar quais matérias seriam ou não relevantes o suficiente para apreciação em sede de recurso extraordinário. Desse modo, buscava-se no próprio Regimento Interno essa orientação.²⁶

Ainda assim, o grau de subjetividade na determinação da relevância de um pleito era alto, de modo que diversos doutrinadores passaram a estabelecer critérios para aferição dessa relevância. Evandro Lins e Silva, em artigo redigido para a Revista dos Tribunais, sustentou que “dentro de um conceito genérico, a causa é relevante quando traz em si mesma um interesse público ou encerra uma garantia fundamental do cidadão.”²⁷

Percebe-se uma inclinação ao entendimento de que as causas suficientemente relevantes a ponto de serem apreciadas pela via extraordinária não seriam aquelas de interesse

²⁵ MELLO, Vitor Tadeu Carramão. *A repercussão geral e a arguição de relevância*. Revista da PGFN, 2011, p.4.

²⁶ Art. 327, §1º: Questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal.

²⁷ LINS E SILVA, Evandro. O recurso extraordinário e a relevância da questão federal. Revista dos Tribunais, vol. 485, p. 10-15.

exclusivo das partes, mas sim aquelas cujo caso concreto expressasse questões de direito sensíveis a vários indivíduos.

Entretanto, a arguição de relevância não representava exatamente um filtro numérico para limitar a quantidade de recursos que chegavam na Corte. Sua natureza era inclusiva, recaindo sobre recursos inicialmente negados e que após o reconhecimento da alegada relevância, passariam a ser analisados. De todo modo, por mais que priorizasse as questões federais, a AR foi importante enquanto instrumento de qualificação das matérias passíveis de apreciação em RE.

Com a promulgação da Constituição de 1988 o recurso extraordinário deixou de ser o instrumento adequado para atacar os acórdãos eivados de vício relativo à legislação infraconstitucional. Para análise dessas demandas, como já mencionado anteriormente, foi criado o Recurso Especial.

Acreditava-se que a separação das questões constitucionais e federais em duas vias recursais distintas poderia resolver o problema da crise numérica e inclusive conferir um maior grau de racionalidade às decisões prolatadas para esses recursos, tendo em vista que cada Corte estaria especializada nas respectivas demandas.

Ainda, a CF/88 foi apelidada de “Constituição Cidadã”. Atribui-se essa alcunha ante o esforço do texto constitucional em materializar o usufruto de direitos e garantias fundamentais por parte dos cidadãos. Entre esses direitos pretendidos, está o acesso à justiça.

Percebeu-se uma abertura do Poder Judiciário a uma parcela da sociedade que, antes, não possuía meios adequados para exigir seus direitos, ou tampouco os conhecia. Somase o alto crescimento populacional experimentado no período e nos anos que se seguiram, e a manutenção do número de ministros no STF, e, assim, a Corte experimentou um acúmulo de processos ainda maior que os anteriores.²⁸ Sobre o tema, sustenta Gilmar Mendes:

Impõe-se observar que, sob a Constituição de 1988, agravou-se a crise numérica que, já sob o modelo anterior, incidia sobre o recurso extraordinário. Embora se afigure correta a tese segundo a qual o sistema direto passa a ter precedência ou primazia, é verdade também que é exatamente após a Constituição de 1988 que se acentua a crise numérica do Supremo Tribunal Federal. Essa crise manifesta-se de forma radical no sistema difuso, com o aumento vertiginoso de recursos extraordinários (e agravos de instrumento interpostos contra decisões indeferitórias desses recursos).²⁹

²⁸ FARIA, Márcio Carvalho. *O novo Código de Processo Civil versus a jurisprudência defensiva*. In: JATAHY, Carlos Roberto de Castro. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. AYOUB, Luiz Roberto (orgs.). *Reflexões sobre o Novo Código de Processo Civil*. FGV Editora. 2016, p. 333

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo, 2017, p. 879.

A partir disso, o STF adotou postura no sentido de promover uma maior objetivação do recurso extraordinário³⁰ para que as causas notadamente subjetivas, de mero interesse das partes envolvidas no processo, fossem deixadas de lado em prol da transformação absoluta do recurso extraordinário em instrumento de garantia da ordem constitucional objetiva. Como exemplo dessa objetivação, tem-se decisão da Corte que determinou a possibilidade de comunicação entre o controle de constitucionalidade difuso e o controle concentrado: excluiu-se a possibilidade de normas consideradas constitucionais na apreciação de recurso extraordinário serem objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade.³¹

Essa movimentação não diz respeito somente às intenções de resolução da crise numérica, mas também à forma como a Corte passou a exercer a prestação jurisdicional, de maneira mais objetiva e racional.

Em 2004, no bojo da necessidade de racionalização do modo de prestação jurisdicional do STF, foi promulgada a Emenda Constitucional n.45, que materializou a chamada “reforma do judiciário”.

A EC/45 promoveu inúmeras mudanças na estrutura do Poder Judiciário, na sua transparência, e até nos limites jurisdicionais dos órgãos desse poder, mas a inovação trazida para o ordenamento jurídico brasileiro quando da promulgação da EC/45 que mais colaborou para o processo de racionalização das decisões da Suprema Corte foi, sem dúvidas, a exigência de demonstração da repercussão geral³² da matéria a ser apreciada no recurso extraordinário. O instituto possui semelhança com o *writ of certiorari* norte-americano, como bem demonstra Luiz Fux:

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo, 2017, p. 880.

³¹ “Manteve-se a decisão agravada no sentido do indeferimento da petição inicial, com base no disposto no art. 4º da Lei 9.868/99, ante a manifesta improcedência da demanda, haja vista que a norma impugnada tivera sua constitucionalidade expressamente declarada pelo Plenário da Corte no julgamento do RE 377.457/PR (DJe de 19.12.2008) e do RE 381.964/MG (DJe de 26.9.2008). Vencidos, no mérito, os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto e Eros Grau, que proviam o recurso, ao fundamento de que precedentes versados a partir de julgamentos de recursos extraordinários não obstaculizariam uma ação cuja causa de pedir é aberta, em que o pronunciamento do Tribunal poderia levar em conta outros artigos da Constituição Federal, os quais não examinados nos processos subjetivos em que prolatadas as decisões a consubstanciarem os precedentes” (ADI 4.071 AgR/DF, rel. Min. Menezes Direito).

³² CF, art. 102, § 3º: No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Inspirado no writ of certiorari norte-americano, o instituto (repercussão geral) foi criado como ferramenta para a redução de sobrecarga de recursos submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal, cingindo-se aos casos de maior relevância jurídica, política, social e econômica. Com isso, esperava-se racionalizar e otimizar a prestação jurisdicional da Suprema Corte brasileira; objetivos esses potencializados pela sistemática de julgamento por amostragem de pretensões repetitivas (introduzida pela Lei nº 11.418/2006).³³

Na legislação infraconstitucional, a repercussão geral está disciplinada no CPC, em seu art. 1.035. Inicialmente, o §1º determina que “Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.” (eis aqui a semelhança com as definições de “relevância” estabelecidas na época do instituto da AR), os parágrafos seguintes determinam a obrigatoriedade de demonstração da RG como questão preliminar de apreciação do recurso, além de apresentar as hipóteses de repercussão geral presumida.³⁴

O artigo determina também as consequências práticas do reconhecimento e do não reconhecimento da existência de repercussão geral da matéria. O §5º preceitua que “Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.”, e o §8º que “Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.”

Da leitura dos dispositivos transcritos, é possível perceber que a sistemática de repercussão geral confere certa celeridade aos julgamentos. Reconhecendo a exatidão das demandas, o tribunal mitiga o “retrabalho” e consegue julgar questões idênticas dentro de um parâmetro seguro e eficaz.

³³ FUX, Luiz. Prefácio. In. FUX, Luiz, FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno. *Repercussão geral da questão constitucional*. Rio de Janeiro. Forense, 2014.

³⁴ § 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

(...)

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. (esse dispositivo trata especificamente da hipótese de violação da cláusula de reserva de plenário. Nos termos do art. 97 da CF, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo não pode acontecer por órgão fracionário de Tribunal, apenas pela Corte Especial).

Isto posto, afirma-se que a sistemática conseguiu desafogar ainda que parcialmente o congestionamento de processos da Corte. Segundo estudo realizado por Márcio Carvalho Faria³⁵, a Corte experimentou uma redução numérica de processos.

Essa eficiência se deve ao próprio modelo de funcionamento da RG. Nas hipóteses em que a repercussão geral da questão levantada no RE não seja reconhecida, todos os recursos de temática idêntica serão negados por ausência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, ao passo que, quando a repercussão geral do recurso for reconhecida, o STF determinará o retorno dos autos à instância de origem para que seja aplicado aquilo que foi decidido no recurso representativo da controvérsia. Isso possibilita uma maior previsibilidade das decisões e a adoção, pelas partes, de estratégias processuais que não necessariamente envolvam o litígio. Sobre a repercussão geral e sua contribuição para a racionalização do processo, discorre José dos Santos Carvalho Filho:

Em síntese, as normas concernentes à repercussão geral, principalmente as disposições do novo CPC, propiciam racionalização no modo de prestação jurisdicional. O destino do instituto depende agora essencialmente de sua gestão, na prática, pelo Supremo Tribunal Federal. Se a Suprema Corte conseguir adaptar-se à disciplina delineada no novo Código de Processo Civil, superando os desafios de julgar recursos-paradigmas no prazo de um ano e de administrar a massa de processos que receberá, sem invocar jurisprudência defensiva, as perspectivas para o futuro da repercussão geral são bastante otimistas. Por enquanto, testemunha-se momento de incerteza e de preocupação.³⁶

Pontua-se o justificado receio do autor com a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal se valer da jurisprudência defensiva para driblar o congestionamento de processos. A relação do Código de Processo Civil com a jurisprudência defensiva e a forma como o STF tem lidado com essas questões serão objetos de análise do último capítulo deste trabalho. Ademais, extrai-se da citação e dos dados anteriormente citados que a introdução da exigência da repercussão geral foi benéfica, não apenas pelos resultados positivos em relação à

³⁵ “Tomando em conta somente o número de causas distribuídas no STF, de 1990 a 2006, o número de causas distribuídas por ano naquele Tribunal subiu assustadores 716,23%. Segundo dados retirados de www.stf.jus.br, em 1990 foram distribuídas 16.226 novas causas, enquanto, em 2006, esse número chegou a 116.216. A título de curiosidade, e para mostrar a eficiência do filtro da repercussão geral, desde a sua entrada em vigor, em 3 de maio de 2007 (ver Questão de Ordem decidida no AI 664.567, rel. Min. Sepúlveda Pertence), o número de processos no STF vem caindo consideravelmente, sendo certo que em 2013, por exemplo, chegaram àquela Corte “apenas” 27.528 novas causas, o que significa uma redução de mais de 76%” (FARIA, Márcio Carvalho. *O novo Código de Processo Civil versus a jurisprudência defensiva*. In: JATAHY, Carlos Roberto de Castro. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. AYOUB, Luiz Roberto (orgs.). *Reflexões sobre o Novo Código de Processo Civil*. FGV Editora. 2016, p. 333)

³⁶ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Repercussão geral: balanço e perspectivas*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 98.

crise numérica, mas também por atribuir à corte suprema sua função típica que é a de “garantir o respeito uniforme à lei, através de decisões ‘generalizáveis’ e projetadas para o futuro.”³⁷

É fato que a repercussão geral possui outras características e pode ser analisada sob diversas perspectivas. O presente estudo, no entanto, presta-se a analisar a legitimidade dos filtros impostos para apreciação do recurso extraordinário dentro do processo de objetivação e racionalização da via recursal extraordinária, de modo que é suficiente a análise já realizada acerca do instituto.

³⁷ TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>/> acesso em 20.10.2019.

2. A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

2.1 A constitucionalização do processo civil: o acesso à justiça como garantia fundamental

O direito processual civil brasileiro está em constante processo de constitucionalização. O capítulo anterior fez uma exposição do histórico e dos aspectos do recurso extraordinário, instrumento processual inspirado no *writ of certiorari* norte-americano e meio apto a provocar a Corte Suprema para que revise o acórdão sob o parâmetro constitucional. Sobre o tema, disserta Hermes Zanetti Júnior:

Em 1891, na Constituição Republicana, o Brasil, como República Federativa dos Estados Unidos do Brasil, recepcionou, como a grande parte dos países latino-americanos, e por influência direta de Rui Barbosa, o direito constitucional norte-americano. *Ocorreu então uma revolução copernicana em nossas instituições jurídicas, que ainda hoje desenvolve suas potencialidades democratizantes.* Entre tantas consequências, faz-se referência à Constituição escrita e rígida e à garantia da *judicial review* que dela naturalmente decorre no modelo norte-americano, ou seja, *a garantia de adequação dos atos de poder e dos atos particulares ao que está preceituado no texto constitucional. O Poder Judiciário – nesse quadro – representa o espaço privilegiado para fazer valer os direitos fundamentais* (democracia de direitos), reconhecê-los e dar-lhes efetividade.³⁸

Pontua-se que embora o recurso extraordinário seja um dos objetos de análise do presente trabalho, sua inserção no ordenamento brasileiro é apenas um dos vários fatores indicativos do caráter constitucional que o processo vem adquirindo ao longo dos anos. Assim, a constitucionalização do processo pode ser percebida inicialmente por duas tendências primárias: (i) a possibilidade de revisão dos atos judiciais segundo o parâmetro constitucional; (ii) o processo enquanto meio apto a concretizar a efetividade dos direitos fundamentais.

Acerca da possibilidade de revisão dos atos judiciais à luz da Constituição, já foi analisado o meio adequado e os requisitos formais de admissão do pedido para que essa revisão seja feita pelo Poder Judiciário.

Em relação ao processo enquanto meio apto à concretização dos direitos individuais, as garantias processuais podem ser vistas sob duas óticas. Primeiro enquanto ferramentas existentes no processo para impedir que no seu curso o jurisdicionado não tenha seus direitos mais importantes violados, mas sim, aplicados, e também enquanto direitos

³⁸ JÚNIOR, Hermes Zanetti. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2014, p. 13.

fundamentais propriamente ditos, que se concretizam com a própria instalação do processo e sua ocorrência, desde que exista o respeito à norma legal.

Essa busca processual pela concretização dos direitos seria impossível sem um meio adequado para sua postulação em juízo. Assim, o direito de acesso à justiça possui papel fundamental na efetivação dos direitos. Sobre o tema:

Esse direito de acesso à justiça tem sido progressivamente reconhecido como de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, se não houver mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça, pois, pode ser encarado como o mais básico dos direitos humanos, pressuposto de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir – e não apenas proclamar – os direitos de todos³⁹

Dentro desse prisma, o acesso à justiça se apresenta como um direito fundamental extremamente valioso, tendo em vista que constitui tanto um direito em si, uma garantia que o cidadão possui de que poderá levar a lesão ao seu direito à apreciação de um judiciário imparcial, quanto uma certeza de que a cada ato processual e a cada novo acontecimento no decorrer do processo seus recursos e manifestações no geral poderão ser apreciados, funcionando como uma espécie de ferramenta de legitimação contínua do processo.

A celeridade processual também é uma garantia importante⁴⁰. O cidadão possui a justa expectativa de obter uma resposta rápida da jurisdição. Entretanto, a crise numérica mencionada no capítulo anterior representa muitas vezes um obstáculo à garantia de uma resolução rápida dos processos.

Mas, o acesso à justiça não deve ser enxergado como um entrave à celeridade processual. A noção de acesso à justiça é mais ampla e pode abarcar formas alternativas de resolução de conflitos. Já a celeridade processual diz respeito ao próprio procedimento litigioso. Assim, a materialização do acesso à justiça passa pela democratização do processo:

A democratização do Poder Judiciário e do sistema de justiça, como um todo, é fundamental para a efetividade dos direitos e, por isso, é importante que se aprofunde o diálogo entre o próprio judiciário e os cidadãos e que sejam acrescentados novos olhares sobre o aparelho jurídico e judicial instituído, para que se busquem novos

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. NORTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 11-12, *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Os impactos da repercussão geral do recurso extraordinário na jurisdição constitucional brasileira: promoção do acesso à justiça, redefinição de competências e consolidação do sistema eclético de controle de constitucionalidade*. Tese (Mestrado) - Instituto Brasiliense de Direito Público, 2011, p. 63

⁴⁰ CF, art. 5º LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação

preceitos de solução de conflitos que contemplem interesses diversos, interesses plurais.

Nesta perspectiva, as reformas devem favorecer os indivíduos, principalmente os que sempre enfrentaram dificuldades de acesso à justiça, em seu sentido mais amplo, que é o de reconhecer seus direitos e os mecanismos de concretizá-lo, conseguir ingressar no judiciário e conquistar, seja pelo modelo tradicional, seja pela propositura de novas técnicas, as tutelas jurídicas de modo efetivo.

Não é por outra razão que a bandeira do acesso à justiça se levanta em prol da redução dos custos econômicos, culturais e sociais, procurando compreender a democratização do Poder Judiciário por uma visão mais ampla, contrapondo-se ao olhar simplista de eliminação de obstáculos, tal como a morosidade.⁴¹

É certo que o presente trabalho tem como objetivo analisar o respeito a essas garantias na via recursal extraordinária. Entretanto, essas breves considerações acerca do acesso à justiça em um sentido mais amplo são fundamentais para compreender que a preocupação com esse direito não implica na inobservância dos problemas de morosidade que acometem os órgãos do judiciário, mas sim na materialização de todos os outros direitos através dos instrumentos disponíveis no ordenamento.

2.2 A prática da jurisprudência defensiva como forma de mitigar o congestionamento recursal nas instâncias superiores

No capítulo anterior foi explanada a crise numérica do Supremo, as possíveis razões que levaram o tribunal a essa crise e a consequente necessidade de adoção de medidas que reservassem o RE à sua função precípua e garantissem uma atuação mais célere e justa por parte do STF.

Agora, será demonstrado que, ao se deparar com uma crise, a postura adotada pela Suprema Corte ao longo desses anos nem sempre coincidiu com a ideia de oferecer uma prestação jurisdicional racionalmente adequada.

A banalização das matérias levadas ao STF pela via recursal extraordinária e o crescimento exponencial do número de processos levou o tribunal à produção de jurisprudência com a finalidade única de barrar recursos, a chamada “jurisprudência defensiva”. Sobre o tema, discorre Marco Aurélio Mello:

Ante a avalanche de processos, teve o legislador processual presente a jurisprudência, condenável, chamada de defensiva. Deu-se preponderância a mecanismos

⁴¹ MORAES, Daniela Marques de. *A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça: uma análise sobre o direito processual civil, o poder judiciário e o observatório da justiça brasileira*. – Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2014, p.74.

direcionados ao julgamento de mérito. As normas instrumentais visam à segurança jurídica, saber o que pode ou não ocorrer na tramitação processual, descabendo surpreender a parte.

O acesso ao Supremo pela via recursal extraordinária exige realmente mecanismos de filtragem, mas nada justifica a postura defensiva por parte do órgão julgador.⁴²

A jurisprudência defensiva, então, é uma prática que se desenvolveu nos Tribunais Superiores em que restrições ao conhecimento dos recursos são criadas através de decisões dessas Cortes. Essas restrições não encontram apoio no arcabouço legal e são sustentadas pelos Tribunais apenas para controlar o acervo de processos.

A intenção aqui não é a de condenar o grau de especificidade dos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, mas sim apontar os problemas da criação de normas de não apreciação dos recursos por meio de jurisprudência. A atividade dos tribunais, sobretudo das Cortes Superiores deve se guiar sempre no sentido de expandir a efetivação dos direitos, nunca de restringi-las. Sobre o tema:

A subordinação do procedimento à lei e a imposição de fatos impeditivos à formação ou ao desenvolvimento válido do processo têm de ser concretamente justificadas na necessidade de proteção de algum direito fundamental, sob pena de incompatibilidade com a garantia do amplo acesso à tutela jurisdicional. Toda exigência formal, mesmo na instância recursal, tem de ser justificada e proporcionada (juízo de razoabilidade) às finalidades para as quais é estabelecida.⁴³

Dado o caráter de Corte Constitucional atribuído ao STF, é natural que a maioria das decisões prolatadas pelo tribunal versem sobre direitos fundamentais. Aqui reside um dos perigos da prática de jurisprudência defensiva: a possibilidade de restrição de direitos em consequência do aumento dos óbices formais para apreciação dos recursos.

Ainda, foi exposto anteriormente que o acesso à justiça não é apenas um direito em si, mas uma forma de materializar todos os outros direitos que venham a ser discutidos em juízo. É certo que a celeridade processual também é garantida ao jurisdicionado, mas a criação de requisitos extralegais para a apreciação dos recursos, em especial do recurso extraordinário enfraquece o principal instrumento de revisão constitucional das decisões prolatadas por todos os outros órgãos do judiciário.

⁴² MELLO, Marco Aurélio. *Juízo de admissibilidade do recurso extraordinário no novo Código de processo civil*. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. ALVIM, Teresa Arruda (orgs). *O novo processo civil brasileiro: temas relevantes - estudos em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2, p. 204.

⁴³ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, 2002. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/nej/article/viewFile/1/2>.

Além disso, a prática de jurisprudência defensiva desvia o Tribunal da sua principal função, que é a análise do mérito das questões. Sobre o tema, explica José Miguel Medina:

Os tribunais superiores têm a grande função de apontar o rumo correto a ser seguido na interpretação e aplicação da Constituição e da lei federal. Devem, pois, ser tomados como exemplos do cuidado com que a norma jurídica deve ser interpretada e aplicada. A criação de requisitos recursais à margem da lei definitivamente não corresponde ao papel que deve ser desempenhado pelos tribunais. Esse, a meu ver, é o maior problema da jurisprudência defensiva. Os tribunais — e, no que respeita ao tema, especialmente os tribunais superiores — devem atuar com retidão, ao aplicar a lei. A criação de ‘entraves e pretextos’ não previstos na norma jurídica ‘para impedir a chegada e o conhecimento de recursos’ mancha a imagem daqueles tribunais que deveriam servir de guias na interpretação da própria lei.⁴⁴

Assim, entende-se que o tribunal deve se ater à análise dos casos, à primazia do mérito. É indiscutível a necessidade de se obedecer às formalidades necessárias para se ingressar com uma ação ou para recorrer em juízo. Entretanto, reitera-se que esses requisitos formais devem servir para delimitar a esfera de incidência dos instrumentos processuais, com o objetivo de concretizar direitos por meio do processo, e não para manejar crises numéricas.

2.3 A jurisprudência defensiva como fator prejudicial ao acesso à ordem jurídica justa e à instrumentalidade do processo

Considerando as disposições acerca da constitucionalização do processo levantadas anteriormente, o acesso à justiça, da forma como foi inserido na Constituição Cidadã, é amplo e irrestrito, de modo que o judiciário não pode se eximir de apreciar questão relativa a ameaça ou lesão a direito.⁴⁵

Há que se observar, ainda, que a mera exposição da demanda ao juízo não satisfaz o dever da prestação jurisdicional, e, por conseguinte, não satisfaz a idealização pretendida ao instituto do acesso à justiça. O próprio artigo 4º do CPC/2015 preceitua que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

⁴⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>.

⁴⁵ CF/1988, Art. 5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; CPC/2015, Art. 3º: Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

Assim, é possível perceber que a simples ideia de um órgão jurisdicional estático, passível de ouvir as demandas dos jurisdicionados, muitas vezes por mera formalidade, não atende aos anseios da população para com o direito. O acesso à justiça precisa ser mais efetivo.

Nesse sentido, Kazuo Watanabe cunhou a denominação “acesso à ordem jurídica justa” que, segundo ele, consiste no conceito atualizado de acesso à justiça. Sobre o tema:

A política judiciária adotada pela Resolução CNJ-125/2010 trouxe profunda mudança no paradigma dos serviços judiciários, e, por via de consequência, atualizou o conceito de acesso à justiça, tornando-o muito mais acesso à ordem jurídica justa, e não mero acesso aos órgãos judiciários para a obtenção de solução adjudicada por meio de sentença.⁴⁶

A ideia do acesso à ordem jurídica justa exige que o pensamento crítico acerca da prestação jurisdicional seja realizado pela perspectiva do usuário do sistema de justiça, de modo que seja exigida uma nova “*postura mental*” dos operadores do direito.⁴⁷

Partindo desse pressuposto, é razoável afirmar que o acesso à ordem jurídica justa só se concretizará com a certeza da preservação, no decorrer do processo, das garantias processuais constitucionais e dos direitos fundamentais da parte.

Tem-se ainda a preocupação com o direito *substancial*, que deve, obrigatoriamente ser ajustado à realidade social, e, a partir daí, aplicar o direito da melhor forma. A realidade social brasileira conjuga inúmeras contradições econômicas, sociais, políticas e regionais, de modo que inúmeros conflitos são levados ao judiciário.⁴⁸

Assim, mesmo considerando as disposições do Capítulo 1 acerca da utilização do recurso extraordinário como instrumento de unificação da interpretação constitucional, é através da via extraordinária que a parte tem a possibilidade de expor eventuais violações ao texto constitucional que tenham ocorrido no curso de seu processo. Desse modo, o recurso extraordinário deve servir não apenas à sua função de vigilância da aplicação correta da Constituição, mas também como uma ferramenta de acessibilidade à ordem jurídica justa.

⁴⁶ WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*; prefácio Min. Ellen Gracie Northfleet; apresentação Prof. Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 100

⁴⁷ WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*; prefácio Min. Ellen Gracie Northfleet; apresentação Prof. Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 3

⁴⁸ WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*; prefácio Min. Ellen Gracie Northfleet; apresentação Prof. Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 4-5

Para a concretização do direito de acesso à ordem jurídica justa, Kazuo Watanabe elenca a presença de alguns elementos imprescindíveis quando da prestação jurisdicional por parte do Estado, quais sejam: “(1) o *direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente* a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; (2) *direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa*; (3) *direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos*; (4) *direito à remoção de todos os obstáculos* que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características.”⁴⁹

Das quatro diretrizes elencadas por Watanabe para a efetivação do direito de acesso à ordem jurídica justa é possível afirmar que a prática de jurisprudência defensiva viola pelo menos três delas.

De pronto é possível observar que o “*direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial*” resta prejudicado, porquanto a jurisprudência defensiva é aplicada em detrimento da análise de mérito, de modo que o direito substancial envolvido deixa de ser apreciado.

Posteriormente, verifica-se que o “*direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos*” fica completamente maculado pela prática de jurisprudência defensiva, uma vez que essa atividade consiste na criação de restrições processuais ilegítimas, não preordenadas pelo legislador, que prejudicam frontalmente a efetiva concessão da tutela jurisdicional, mostrando-se um instrumento processual incapaz de promover a efetiva tutela de direitos.

Por fim, tem-se o “*direito à remoção de todos os obstáculos*” severamente violado pelo fato de a jurisprudência defensiva ser, essencialmente, um obstáculo ao conhecimento do recurso. A obstrução indevida do acesso à ordem jurídica justa é uma consequência prática da jurisprudência defensiva.

Não se pode deixar de lado também o consagrado instituto processual da instrumentalidade das formas (considerado inclusive nas diretrizes de concretização do direito

⁴⁹ WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*; prefácio Min. Ellen Gracie Northfleet; apresentação Prof. Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 10

de acesso à ordem jurídica justa) na ponderação acerca da (i)legitimidade da utilização de jurisprudência defensiva.

Na realização dos atos de jurisdição, o Estado exerce seu poder, refletido na prolação das decisões judiciais, por meio de um processo. Esse ato de poder não pode, no entanto, ser realizado com a intenção de atender alguma subjetividade do julgador ou de quem quer que seja. O exercício da jurisdição deve ser pautado na legitimidade conferida pelo ordenamento jurídico, e tem como objetivo principal a pacificação social. Assim sendo, é possível enxergar o processo enquanto um “instrumento a serviço da paz social.”⁵⁰ Sobre essa visão do processo, tem-se a lição de Cândido Dinamarco:

Por outro lado, a instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele *aspecto positivo* da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas, dos grupos e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídicos. Falar da instrumentalidade nesse *sentido positivo* é portanto alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ordem jurídica justa.

(...)

Fala-se da instrumentalidade do processo, ainda, pelo seu *aspecto negativo*. Tal é a tradicional postura (legítima também) consistente em alertar para o fato de que ele não é um fim em si mesmo e não deve, na prática cotidiana, ser guindado à condição de fonte geradora de direitos. Os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento.

(...)

Uma projeção desse *aspecto negativo* da instrumentalidade do processo é o princípio da *instrumentalidade das formas*, segundo o qual *as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas à risca, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados.*⁵¹

Assim, tem-se que a prática de jurisprudência defensiva viola a noção de instrumentalidade do processo em suas diversas dimensões.

Primeiramente, Dinamarco explicita o fato de o processo consistir num instrumento apto a concretizar o acesso à ordem jurídica justa. Quando o tribunal pratica a jurisprudência defensiva, essa utilidade instrumental se perde, como já foi visto no início da presente subepígrafe.

⁵⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*. 31ª ed. 2015, p. 64

⁵¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*. 31ª ed. 2015, p. 65

Por outro lado, o processo não representa um fim em si mesmo, de modo que não tem o condão de gerar ou restringir direitos, mas apenas de ser um meio adequado para o seu usufruto.

Agora, a título de exemplo, será realizada a análise de um tipo específico de jurisprudência defensiva praticada no STF através do exame de ementas e fundamentações de alguns acórdãos da Corte. Trata-se da exigência do momento de apresentação da comprovação de feriado local para o cálculo do prazo de interposição do recurso:

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 2. *A tempestividade do recurso em virtude de feriado local ou de suspensão dos prazos processuais pelo Tribunal a quo que não sejam de conhecimento obrigatório da instância ad quem deve ser comprovada no momento de sua interposição.* Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.⁵²

Cuida-se de embargos declaratórios opostos contra decisão monocrática que não conheceu do agravo de instrumento em recurso extraordinário sob a alegação de que o agravo fora protocolado intempestivamente. Após a prolação da decisão que acusava a intempestividade do recurso, a parte juntou o comprovante da ocorrência de feriado local, o que deslocaria o prazo fatal para data posterior, tornando a interposição tempestiva. O STF não acatou o pleito e determinou que a comprovação de feriado local deveria ser realizada no momento de interposição do recurso. A relatora do acórdão foi a Ministra Ellen Gracie.

Entendimento diverso desse foi adotado em acórdão de relatoria do Ministro Cezar Peluso, datado de 22.03.2012, quase quatro anos após a prolação do acórdão da Min. Ellen Gracie, de 16.05.2008. Transcreve-se a ementa:

RECURSO. Extraordinário. Prazo. Cômputo. Intercorrência de causa legal de prorrogação. Termo final diferido. Suspensão legal do expediente forense no juízo de origem. Interposição do recurso no termo prorrogado. *Prova da causa de prorrogação só juntada em agravo regimental. Admissibilidade. Presunção de boa-fé do recorrente. Tempestividade reconhecida.* Mudança de entendimento do Plenário da Corte. Agravo regimental provido. Voto vencido. *Pode a parte fazer eficazmente, perante o Supremo, em agravo regimental, prova de causa local de prorrogação do prazo de interposição e da consequente tempestividade de recurso extraordinário.*⁵³

Da leitura da ementa depreende-se que o relator flexibilizou o momento de apresentação da comprovação de feriado local presumindo a boa-fé do recorrente. Se for

⁵² AI 681384 ED, Rel. Min. Ellen Gracie (Presidente), Tribunal Pleno, DJe 16.05.2008

⁵³ RE 626358 AgR, Rel. Min. CEZAR PELUSO (Presidente), Tribunal Pleno, DJe 23.08.2012

analisada a fundamentação jurídica do voto do relator, será perceptível que ele se munuiu de institutos caros ao direito processual para embasar seu entendimento:

Tenho que a prova pode ser feita em agravo contra decisão de não conhecimento fundada na intempestividade aparente. É que *a parte interpôs o recurso extraordinário congruo tempore, porque, na instância local, houve, na espécie, causa legal de suspensão do prazo, cujo termo final foi prorrogado à conta da inexistência regular de expediente forense*, suspenso mediante portaria do tribunal de justiça, nesse dia. Numa palavra, o recurso é tempestivo.

(...)

São estas, a meu juízo, *data venia*, as curtas mas decisivas razões por que não parece conforme aos princípios fixar orientação jurisprudencial de inadmissibilidade da prova ulterior da tempestividade, descuidando o fato objetivo e incontroverso de ter sido o recurso extraordinário interposto oportunamente, *quando a indiscutível boa-fé do recorrente lhe não impunha o ônus excessivo de excogitar e prevenir dúvida sequer aventada pelo juízo a quo*, competente para aferição primeira, conquanto provisória, da existência do requisito. É o que proponho à deliberação da Corte, a título de mudança radical de orientação, em homenagem também à instrumentalidade do processo.⁵⁴

Percebe-se que em nome da boa-fé do recorrente e da *instrumentalidade do processo*, o relator entendeu que o recurso deveria ser admitido, uma vez que ele efetivamente fora protocolado dentro do prazo, tendo sua tempestividade inclusive reconhecida no juízo de admissibilidade *a quo*, não conhecer do recurso pela ausência de comprovação do feriado local no ato da interposição representaria um rigorismo descabido.

Passando adiante será exposto como o tribunal se comportou em dois julgados distintos, alguns anos depois do julgamento dos precedentes acima citados:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTEMPESTIVO. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO POSTERIOR. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OMISSÃO VERIFICADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.⁵⁵

Da simples leitura da ementa depreende-se que os embargos foram acolhidos e que o momento de apresentação da comprovação do feriado local foi flexibilizado. Olhando para a fundamentação do acórdão percebe-se que, além disso, foi feita referência direta ao precedente firmado em 22.03.2012 pelo Min. Cezar Peluso citado anteriormente:

⁵⁴ RE 626358 AgR, Rel. Min. CEZAR PELUSO (Presidente), Tribunal Pleno, DJe 23.08.2012, p. 5-7 –

⁵⁵ AI 797795 AgR-ED-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia (Presidente), Tribunal Pleno DJe 03.11.2016

Em 22.3.2012, no julgamento do RE n. 626.358-AgR, Relator o Ministro Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal assentou que ‘pode a parte fazer eficazmente, perante o Supremo, em agravo regimental, prova de causa local de prorrogação do prazo de interposição e da consequente tempestividade de recurso extraordinário’.

(...)

Pelo exposto, acolho os presentes embargos de declaração para dar provimento ao agravo regimental e reconsiderar a decisão agravada, afastando a intempestividade do agravo de instrumento, determinando à Secretaria Judiciária proceder ao regular trâmite do processo.⁵⁶

Assim, tem-se que a orientação firmada pelo Min. Cezar Peluso em 22.03.2012 foi reaplicada anos depois, de modo a firmar-se no arcabouço jurisprudencial da Corte. Analisa-se agora mais uma ementa, relativa a recurso extraordinário com agravo de relatoria do Ministro Barroso:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTEMPESTIVO. 1. O recurso extraordinário é manifestamente inadmissível, por ser intempestivo. 2. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a tempestividade do recurso em virtude de feriado local ou de suspensão dos prazos processuais pelo Tribunal a quo que não sejam de conhecimento obrigatório da instância ad quem deve ser comprovada no momento de sua interposição.* Precedente. 3. Agravo interno a que se nega provimento.⁵⁷

Observe-se que o acórdão colacionado acima apregoa que a comprovação de existência de feriado local apto a dilatar o prazo de interposição do recurso deve ser obrigatoriamente realizada no ato de interposição. Além disso, estrutura seu posicionamento na jurisprudência do tribunal. O precedente referenciado no acórdão é justamente aquele citado anteriormente, o Agravo de Instrumento de relatoria da Ministra Ellen Gracie, publicado em 16.05.2008.

A partir das decisões transcritas é possível fazer algumas considerações. Primeiramente tem-se a constatação de que os últimos dois acórdãos foram publicados com apenas seis dias de diferença. O da Ministra Carmén Lúcia em 03.11.2016 e o do Ministro Barroso em 28.10.2016.

Excluída a hipótese de virada jurisprudencial, não se justifica a divergência de orientação da Suprema Corte em relação a uma questão específica dentro de um período de apenas seis dias. Afinal, é um dos fatores de indicação do respeito à segurança jurídica por parte do tribunal, a solidificação dos precedentes.

⁵⁶ AI 797795 AgR-ED-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia (Presidente), Tribunal Pleno DJe 03.11.2016, p.4-5

⁵⁷ ARE 930570 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 28.10.2016

Entretanto não aconteceu virada jurisprudencial alguma. A comparação dos precedentes em tela permite a conclusão de que o Tribunal aplica a jurisprudência de acordo com a conveniência ou o entendimento subjetivo de um magistrado. Ora, os precedentes antigos que serviram de base para a fundamentação dos julgados mais recentes datam de 16.05.2008 e 23.03.2012, uma diferença considerável.

É certo admitir que a ausência de comprovação de feriado local para efeitos de tempestividade constitui um vício que poderia ser facilmente sanado em outro momento, em nome da primazia de mérito. Ao adotar um posicionamento excessivamente formalista para análise desse requisito de admissibilidade nega-se a oportunidade de conhecer recursos que eram na verdade tempestivos, e, portanto, cabíveis.

O art. 76 do CPC/2015 apregoa que “Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.” Percebe-se que o referido dispositivo vai de encontro à ideia de instrumentalidade das formas abordada anteriormente, destacando uma incongruência da prática de jurisprudência defensiva em relação à legislação processual vigente. Ainda que se considere o fato do da Min. Ellen Gracie ter sido julgado à luz do CPC/1973, o desrespeito à instrumentalidade do processo não se justifica.⁵⁸

Por outro lado, o acórdão do Min. Cezar Peluso usou como base em sua fundamentação a presunção de boa-fé do recorrente, e a própria instrumentalidade do processo. Afinal, é certo admitir que o excesso de rigor nesse caso apenas prejudica a concretização do acesso à ordem jurídica justa, tendo em vista que um recurso apreciável deixará de ser apreciado.

Tem-se ainda o fato de que o acórdão da Min. Ellen Gracie foi utilizado de forma completamente casuística. O magistrado que decidir adotar uma posição formalista tem a jurisprudência defensiva ao seu dispor, já aquele que enxergar o processo como instrumento para a persecução de direitos irá seguir a orientação diversa.

Nota-se que a jurisprudência defensiva nesse caso representa um fator de tremenda insegurança jurídica, retira a força dos precedentes dotados de argumentação sólida e atenta aos institutos que devem guiar o processo, e apresenta-se como um caminho para uma economia desnecessária e prejudicial à ordem jurídica como um todo.

⁵⁸ O Código de Processo Civil de 1973 possuía dispositivo quase idêntico. Seu art. 13, *caput* determinava que “verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito”.

Assim, considerando a hipótese acima narrada, é possível perceber claramente o dano à instrumentalidade do processo e, conseqüentemente, ao acesso à ordem jurídica justa ocasionado pela prática de jurisprudência defensiva.

É fato que o CPC/2015 traz na redação do art. 1.003, §6º a determinação de que “o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso.” Todavia, a interpretação sistêmica da legislação processual, considerando especialmente o art. 76 do CPC, leva ao entendimento de que o art. 1.003, §6º não deve ser aplicado de maneira restritiva, sob pena de macular a instrumentalidade do processo e o acesso à ordem jurídica justa. Ainda que o intérprete considere a intempestividade um vício de alta gravidade, imperiosa se faz a separação entre tempestividade e comprovação da tempestividade.⁵⁹

Ademais, é perceptível que o Código de 2015 foi sistematizado para dar primazia ao julgamento do mérito em detrimento do formalismo excessivo, conforme será aferido no capítulo seguinte.

⁵⁹ MAZZOLA, Marcelo. *Jurisprudência defensiva dos tribunais: versão “CPC/15”*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI284052,41046-Jurisprudencia+defensiva+dos+tribunais+versao+CPC15>. Acesso em: 01.11.2019

3. A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

3.1 A primazia do julgamento de mérito no Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe inúmeras mudanças ao direito processual nacional. Os impactos trazidos por esse diploma legal na cultura processual brasileira ainda não foram totalmente digeridos pelos operadores do direito.

Fato é que, o Código foi idealizado com o intuito de oferecer uma justiça mais próxima do jurisdicionado, que pudesse concretizar o acesso à ordem jurídica justa. É imprescindível que nesse momento sejam analisados os principais objetivos do legislador ao promulgar um Novo Código de Processo Civil:

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) *simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal*; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.⁶⁰

Uma observação inicial da exposição de motivos do Código já evidencia a preocupação com a desnecessária complexidade do sistema recursal até então vigente.

Como vimos nos capítulos anteriores, a jurisprudência defensiva desempenha papel central nessa inefetividade do sistema recursal. Nesse sentido:

A jurisprudência defensiva é basicamente um subterfúgio jurisdicional utilizado especialmente para furtar-se a análise do mérito, em especial na fase recursal, sendo que, tais pronunciamentos muitas vezes são fundamentados em razões superficiais, associados a uma lógica equivocada, e até mesmo em fundamentos subversivos implícitos, tais como a redução do volume de recursos, levando ao não conhecimento e extinção prematura do processo.⁶¹

⁶⁰Exposição de motivos do Novo CPC, p. 28. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf> - .

⁶¹ BRIZOLA, Fernando César Nunes. JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA: uma abordagem sob a ótica Constitucional e do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/158823/001022572.pdf?sequence=1>

Mais uma vez denota-se o caráter prejudicial da jurisprudência defensiva para a resolução do mérito da demanda, em completa dissonância com o Código de Processo Civil de 2015.

Como bem observa Márcio Carvalho Faria “desde o texto original, passando por todas as suas versões, o combate à jurisprudência defensiva se fez presente e, sobretudo, mostrou-se como uma das prioridades do legislador.”⁶²

Isso pode ser facilmente notado ao se observar as diretrizes gerais do Código, elencadas por meio de alguns de seus dispositivos, quais sejam:

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

(...)

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

(...)

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.⁶³

Percebe-se que o Código inicia suas disposições discorrendo acerca da primazia da observância do mérito nas demandas processuais, e da preocupação com a efetividade do processo no atendimento ao interesse das partes. A jurisprudência defensiva limita a quantidade de processos julgados em seu mérito, ensejando numa redução de eficácia do instrumento processual.

Ainda, além dos dispositivos já citados nesse capítulo e no anterior, que estabelecem regras gerais para a primazia de mérito, o art. 1.029, §3º do CPC determina que “O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.”

Nas palavras de Teresa Arruda Alvim “Essa é uma grande novidade do NCPC que tem em vista desestimular a jurisprudência defensiva e está em perfeita consonância com

⁶² FARIA, Márcio Carvalho. *O novo Código de Processo Civil versus a jurisprudência defensiva*. In: JATAHY, Carlos Roberto de Castro. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. AYOUB, Luiz Roberto (orgs.). *Reflexões sobre o Novo Código de Processo Civil*. FGV Editora. 2016, p. 339

⁶³ Artigos do Código de Processo Civil de 2015.

uma das linhas mestras do novo código, que é a de que haja relevação ou sanção de vícios, para que o mérito seja julgado”⁶⁴

Além dos dispositivos que estabelecem diretrizes gerais para a mitigação da prática de jurisprudência defensiva, é possível perceber, no Código, a presença de inúmeras disposições específicas cujo objetivo foi o de combater a referida armadilha processual da maneira como vinha sendo formulada pelos tribunais.

Entre as referidas medidas específicas podemos ressaltar algumas, para demonstrar os esforços do Código em conferir uma ordem processual mais justa e moderna ao jurisdicionado:

- i) guia de custas preenchida incorretamente, O STF, rotineiramente, penalizava com deserção⁶⁵ eventual falha no preparo. O art. 1.007, §7º prevê que “o equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação de pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias”;
- ii) vícios presentes nos agravos⁶⁶ ensejavam a negativa de provimento do recurso extraordinário, conforme se depreende da Súmula 288 do STF⁶⁷. O art. 1.017, §3º do CPC determina que “Na falta de cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único”;
- iii) as jurisprudências do STF e do STJ sempre foram claras em não reconhecer a fungibilidade entre os recursos especial e extraordinário⁶⁸.

⁶⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO; Leonardo Ferres da Silva; e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. p. 1658.

⁶⁵ ARE 776855/RS. Rel. Min. Rosa Weber. DJ: 11.12.2013

⁶⁶ Até 2010, o recurso cabível contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário era o Agravo de Instrumento. A partir da promulgação da Lei n. 12.322/2010, passou a ser o Agravo específico para recurso extraordinário.

⁶⁷ Súmula do STF n. 288: Nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia

⁶⁸ STJ: AgRg no AREsp 418395/RS. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. DJ 10.12.2013; STF: ARE 769536 AgR/RR. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJ 10.12.2013.

O art. 1.032, *caput*, do CPC prevê que “Se o relator , no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência da repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único: Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça”, e o art. 1.033 que “Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”.

Essa última disposição representa clara homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, que possui relação direta com a instrumentalidade das formas.

É notável o esforço do Código em concretizar, por meio da primazia da análise do mérito e do combate à jurisprudência defensiva, um processo efetivo para que o jurisdicionado tenha consumado o acesso à ordem jurídica justa. Em suma, “o novo Código de Processo Civil trouxe mudanças com o propósito de afastar o formalismo excessivo.”⁶⁹

3.2 A disciplina dos embargos de declaração no Código de Processo Civil de 2015 e a insistência do STF na aplicação da jurisprudência defensiva

O recurso de embargos de declaração está previsto no art. 994, IV do Código de Processo Civil e, assim como o recurso extraordinário, é de fundamentação vinculada, de modo que, como já explanado anteriormente, combate vícios específicos da decisão, quais sejam: omissão, obscuridade, contradição e erro material. Nas palavras de Araken de Assis “os embargos de declaração, no direito pátrio, representam o recurso que visa à aclaração ou à

⁶⁹ MELLO, Marco Aurélio. *Juízo de admissibilidade do recurso extraordinário no novo Código de processo civil*. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. ALVIM, Teresa Arruda (orgs). *O novo processo civil brasileiro: temas relevantes - estudos em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2, p. 205

integração do ato decisório embargado.”⁷⁰ Por isso mesmo, comumente são chamados de “aclaratórios”.

Na vigência do Código de Processo Civil anterior haviam muitas dúvidas acerca do cabimento dos embargos de declaração. Não existia uma determinação clara se o recurso poderia ser oposto apenas contra decisões terminativas de mérito (sentenças e acórdãos) ou se também poderia ser oposto contra decisões interlocutórias, de modo que esses entendimentos foram construídos jurisprudencialmente pelas cortes ao longo dos anos.

No início do presente capítulo foi demonstrado que o Novo Código de Processo Civil nasceu com a proposta de conferir ao jurisdicionado um direito processual mais moderno, focado na resolução do mérito das demandas e com menos armadilhas processuais.

Em relação à disciplina dos embargos de declaração não foi diferente. O artigo 1.022 do Código de Processo Civil é cristalino ao afirmar o objeto e as hipóteses de cabimento dos aclaratórios. Por oportuno, transcreva-se:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:
I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;
II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;
III - corrigir erro material.

Da leitura do artigo e considerando que a parte deve ter ao seu dispor todos os meios processuais legítimos para a persecução da justiça, a única interpretação possível de aplicação do dispositivo citado é justamente a literalidade do mesmo: qualquer decisão que contenha obscuridade, contradição, omissão ou erro material, seja ela interlocutória, terminativa de mérito ou mesmo de admissibilidade, é passível de ataque por meio dos embargos de declaração.

Antes de verificar a aplicação desse dispositivo por parte do Supremo Tribunal Federal, será levantada uma hipótese curiosa de embargos, construída por meio de jurisprudência na vigência do Código anterior e positivada no texto do CPC/2015.

Trata-se da hipótese do art. 1.024, §3º do CPC, que também merece transcrição:

Art. 1.024. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias.
§ 1º Nos tribunais, o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto, e, não havendo julgamento nessa sessão, será o recurso incluído em pauta automaticamente.

⁷⁰ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 529.

§ 2º Quando os embargos de declaração forem opostos contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal, o órgão prolator da decisão embargada decidi-los-á monocraticamente.

§ 3º *O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível*, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º .

Percebe-se que, ao receber o recurso de embargos, caso assim entenda, o relator poderá convertê-lo em Agravo Interno e passar ao julgamento deste. A disposição expressa no Código, entretanto, não era necessária anteriormente para que esse entendimento fosse aplicado. Observe-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. TAXA PARA A EMISSÃO DE ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA – ART. VALIDADE DE EXIGÊNCIA. LEI 6.994/1982. AGRAVO REGIMENTAL. INSURGÊNCIA VEICULADA CONTRA A APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL – RE 838.284-RG/SC (ARTS. 543-B DO CPC E 328 DO RISTF). ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 26.6.2013. 1. *A jurisprudência desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que incabíveis embargos de declaração opostos em face de decisão monocrática. Recebimento como agravo regimental com fundamento no princípio da fungibilidade.* 2. Exaustivamente examinados os argumentos veiculados no agravo regimental, porque adequada à espécie, merece manutenção a sistemática da repercussão geral aplicada no RE 838.284-RG/SC (arts. 543-B do CPC e 328 do RISTF). 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.⁷¹

O referido acórdão foi prolatado sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, e de sua leitura depreende-se que a jurisprudência do Tribunal (nesse caso de maneira acertada) formou-se no sentido de permitir a conversão dos embargos de declaração em agravo interno em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal.

Existem condições para a aplicação do princípio da fungibilidade. Araken de Assis, citando o entendimento firmado pelo STJ, elenca tais condições:

A adoção do princípio da fungibilidade exige sejam presentes: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro, que se dá quando se interpõe recurso errado quando o correto encontra-se expressamente indicado na lei e sobre o qual não se opõe nenhuma dúvida; c) que o recurso erroneamente interposto tenha sido agitado no prazo do que se pretende transformá-lo”. Há quem reduza tais requisitos à dúvida objetiva⁷²

⁷¹ ARE 891045 ED, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 10.09.2015

⁷² ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 69

Percebe-se que para a aplicação apropriada da fungibilidade a dúvida acerca do cabimento do recurso deve ser plausível, de modo que não se permite o erro grosseiro, como por exemplo “agravo de instrumento interposto contra a sentença que julga integralmente os pedidos no processo de conhecimento.”⁷³

Nota-se ainda que a fungibilidade recursal é uma nítida derivação da instrumentalidade das formas, concepção na qual o formalismo só deve ser seguido à risca à medida que isso seja necessário para alcançar o resultado desejado.

Imagine-se a seguinte hipótese: a parte derrotada dentro de um processo enxerga violação direta ao texto constitucional no acórdão prolatado pelo órgão colegiado que julgou sua demanda. Após isso, interpõe recurso extraordinário aspirando sanar o vício constitucional percebido. O juízo *a quo* inadmitte o recurso na decisão de admissibilidade. Identificando algum dos vícios passíveis de ataque pelos aclaratórios, a parte opõe os referidos embargos. O que ocorre daí em diante é a prática indesejada do STF.

Existe, na jurisprudência consolidada do STF, o entendimento de que a oposição de embargos declaratórios contra o juízo negativo de admissibilidade *a quo* é incabível, porquanto o recurso apropriado seria o agravo nos próprios autos. Esse entendimento foi formulado sob a égide do CPC/1973 e é aplicado até os dias de hoje:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS CONTRA DECISÃO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL QUE NÃO ADMITIU RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ERRO GROSSEIRO. NÃO CONHECIMENTO DO APELO EXTREMO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - *É entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal que a ocorrência de erro grosseiro impede a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.* II - “A oposição de embargos de declaração contra a decisão do Presidente do Tribunal de origem que não admitiu o recurso extraordinário, por serem incabíveis, não suspende ou interrompe o prazo para a interposição do agravo de instrumento” (AI 637.038- AgR/RN, Rel. Min. Dias Toffoli). III – Agravo regimental a que se nega provimento.⁷⁴

Ainda, analisando os fundamentos jurídicos explorados pelo Ministro Lewandowski em sua decisão, veremos que o magistrado se pautou em diversos julgados, todos realizados sob a vigência do Código de 1973:

Na espécie, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a oposição de embargos de declaração contra decisão do Presidente do Tribunal de origem que não

⁷³ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 69.

⁷⁴ ARE 1112507 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 19.09.2018

admitiu o recurso extraordinário, por serem incabíveis, não suspende ou interrompe o prazo para a interposição do agravo de instrumento. Nesse sentido, menciono decisões de ambas as Turmas desta Corte:

(...)

‘Agravo regimental não provido’ (AI 637.038- AgR/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma).

(...)

No mesmo sentido, confira-se o ARE 688.776/RS e ARE 685.997/RS, ambos de relatoria do Ministro Dias Toffoli.⁷⁵

Observando também a decisão monocrática que foi objeto do agravo interno mencionado acima, percebe-se que não há dúvidas quanto à lei vigente sob a qual foi processado o presente recurso, qual seja, o CPC/2015:

Bem examinados os autos, verifico que o recurso não merece prosperar.

Isso porque, contra a decisão que não admite recurso extraordinário é cabível o recurso de agravo, nos termos do art. 1.030, V e § 1º do Código de Processo Civil, litteris:

‘Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

[...]

V - realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que:

- a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos;
- b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou
- c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.

§ 1º Da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042.⁷⁶

Ainda, no mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS CONTRA DECISÃO DO PRESIDENTE DO A QUO QUE NÃO ADMITIU O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO INCABÍVEL. NÃO INTERRUÇÃO OU SUSPENSÃO DO PRAZO RECURSAL. RECURSO INTEMPESTIVO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I - *A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a oposição de embargos de declaração contra a decisão do Presidente do Tribunal de origem que não admite o recurso extraordinário, por serem incabíveis, não suspende ou interrompe o prazo para a interposição do agravo.* II - *Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa (art. 1.021, § 4º, do CPC).*⁷⁷

⁷⁵ ARE 1112507 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 19.09.2018, p. 7.

⁷⁶ ARE 1112507, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 26.03.2018

⁷⁷ ARE 1177142 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma DJe 06.08.2019

O argumento de erro grosseiro diante da situação de oposição de embargos de declaração até poderia prosperar no Código de 1973, quando a hipótese recursal de combate à decisão de admissibilidade era una, o agravo nos próprios autos.

O Código de 2015, entretanto, e como já foi exposto, admite a oposição de embargos de declaração contra qualquer decisão judicial. Sobre o tema, disserta Teresa Arruda Alvim:

O caput do art. 1.022, CPC/15, esclarece a dúvida que chegou a existir à luz do CPC/73 e diz claramente serem cabíveis embargos de declaração contra todo e qualquer pronunciamento do juiz, seja decisão interlocutória, sentença, decisão de relator, de órgão colegiado, etc. Pode-se afirmar ser recurso interponível até mesmo de pronunciamento desprovido de conteúdo relevantemente decisório.

O legislador de 2015, assim, corrigiu imperfeição do art. 535, inciso I, CPC/73, que se refere tão somente à sentença ou ao acórdão, como pronunciamentos suscetíveis de serem impugnados por meio dos embargos de declaração.⁷⁸

O Código vigente é claro em admitir a oposição de embargos contra qualquer decisão. Esse dispositivo resolve, inclusive, antiga discussão acerca da aplicação dos embargos.

Ora, não há dúvidas acerca da aplicabilidade da fungibilidade recursal na hipótese narrada. Ainda que não exista no Código dispositivo expresso de fungibilidade como no caso dos embargos convertidos em agravo interno, há disposição expressa sobre o cabimento dos embargos, e, suscitada a dúvida, a interpretação sistêmica do CPC/2015 e a consideração dos institutos processuais que visam garantir um processo justo e efetivo levam à aplicação inevitável da fungibilidade recursal.

Ainda, ao longo de todo o trabalho foram demonstradas medidas tomadas pelo legislador para objetivar e racionalizar a apreciação do recurso extraordinário. Indo além, inúmeras foram as disposições do Código de Processo Civil de 2015 aptas a combater a jurisprudência defensiva criada no âmbito da Suprema Corte e possibilitar ao jurisdicionado o acesso à ordem jurídica justa.

Ao deixar de apreciar o recurso extraordinário porque no juízo *a quo* atravessou-se embargos de declaração em detrimento do agravo nos próprios autos, e ignorar não apenas a disposição expressa contida no CPC de 2015 de que cabem embargos de declaração contra qualquer decisão, mas também toda a interpretação sistêmica do Código, sua consagração à primazia de mérito e à instrumentalidade das formas, o tribunal não está exercendo a atividade

⁷⁸ ALVIM, Teresa Arruda. In: *Código de Processo Civil Anotado*, p. 1712. Disponível em: https://aaspsite.blob.core.windows.net/aaspsite/2019/02/CPC_annotado25.2.2019_atual.pdf. Acesso em: 05.11.2019.

judicante que lhe foi incumbida, mas sim a prática da jurisprudência defensiva, extremamente criticada pelo presente trabalho.

CONCLUSÃO

Analisando o recurso extraordinário na sua concepção histórica, o presente trabalho procurou demonstrá-lo como uma ferramenta de garantia da ordem constitucional no interesse subjetivo das partes.

As inevitáveis crises numéricas do recurso extraordinário promoveram mudanças na ordem jurídica. Algumas delas positivas, como a separação do recurso em extraordinário e especial, reservando à via extraordinária o tratamento das questões constitucionais e aumentando seu grau de especificidade.

O Capítulo 1 foi desenvolvido no sentido de demonstrar o surgimento dessas crises e as medidas tomadas para conferir uma maior racionalidade no julgamento dos recursos extraordinários.

Entretanto, o recurso extraordinário não ficou isento de filtros indesejados e prejudiciais ao cumprimento da sua função precípua, qual seja: garantir a uniformidade da interpretação da Constituição em sede de controle difuso.

O Capítulo 2 destacou inicialmente a constitucionalização do processo para descrever a garantia constitucional de acesso à justiça. Ainda, descreveu e exemplificou a jurisprudência defensiva, meio utilizado pela Corte que consiste na aplicação de requisitos ilegítimos de apreciação do recurso que visam apenas a redução da quantidade do acervo de processos em detrimento da análise de mérito.

Como forma de atestar a ilegitimidade dessa jurisprudência defensiva, foram explorados institutos caros ao direito processual civil: o acesso à ordem jurídica justa e a instrumentalidade do processo.

A prática de jurisprudência defensiva viola seriamente esses institutos, uma vez que, como foi demonstrado, esse tipo de armadilha processual sacrifica as garantias mais fundamentais do jurisdicionado no curso do processo e ainda retira a eficácia máxima do recurso extraordinário no que tange à reforma de acórdãos eivados de inconstitucionalidade.

Foi demonstrado, ainda, que a jurisprudência defensiva pode ser usada como uma espécie de “precedente surpresa” para o magistrado que quiser simplesmente negar a apreciação do recurso, ignorando inclusive outros precedentes da corte, mais voltados à resolução do mérito.

No Capítulo 3 foi realizada uma análise acerca da postura adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 diante do formalismo excessivo e da jurisprudência defensiva praticada pelas Cortes Superiores.

Notou-se que o referido diploma legal se empenhou em prever normas gerais para direito processual que induzissem o processo à sua função instrumental de satisfazer os anseios dos jurisdicionados por meio da resolução efetiva do mérito das demandas, ainda, inúmeros dispositivos do Código combateram frontalmente alguns entendimentos firmados em sede de jurisprudência defensiva.

Entretanto, apesar dos esforços do Código em priorizar a análise de mérito em detrimento do rigorismo excessivo, foi demonstrada hipótese nefasta de criação de nova jurisprudência defensiva à luz do CPC/2015.

Para tal, foi introduzido o conceito da fungibilidade recursal, que consiste na admissão do recebimento de espécie recursal diversa daquela direcionada para a questão atravessada no caso específico. A fungibilidade recursal deriva diretamente da ideia da instrumentalidade das formas de que as formalidades do processo só devem ser atendidas de maneira inflexível se isso for imprescindível à consecução do seu objeto: a garantia de direito à ordem jurídica justa.

Nesse prisma, foi demonstrado que as possibilidades de oposição de embargos de declaração restaram ampliadas no novo Código para abarcar todas as decisões judiciais, e não apenas as terminativas de mérito.

Ignorando completamente as diretrizes do Código, e a disposição expressa do art. 1.022 do CPC/2015, o STF continuou a aplicar a jurisprudência que enxerga os embargos opostos contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinários como incabíveis, ante o suposto “erro grosseiro”.

Essa visão não se justifica na ordem processual vigente, de modo que o presente trabalho chega à conclusão de que a manutenção da aplicação desse entendimento em detrimento da fungibilidade recursal sob a vigência do Código atual constitui, na verdade, em pura jurisprudência defensiva, que como foi visto, viola frontalmente a instrumentalidade do processo e impede a concretização do acesso à ordem jurídica justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A crise no sistema recursal brasileiro e o novo Código de Processo Civil*. In: JATAHY, Carlos Roberto de Castro. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. AYOUB, Luiz Roberto (orgs.). *Reflexões sobre o Novo Código de Processo Civil*. FGV Editora. 2016, p. 315-330

ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. *Embargos de declaração contra decisão monocrática em tribunal*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI259245,51045-Embargos+de+declaracao+contra+decisao+monocratica+em+tribunal>. Acesso em: 05.11.2019.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRIZOLA, Fernando César Nunes. JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA: uma abordagem sob a ótica Constitucional e do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/158823/001022572.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20.11.2019

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, 2016

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. NORTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Os impactos da repercussão geral do recurso extraordinário na jurisdição constitucional brasileira: promoção do acesso à justiça, redefinição de competências e consolidação do sistema eclético de controle de constitucionalidade*. Tese (Mestrado) - Instituto Brasiliense de Direito Público, 2011.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Repercussão geral: balanço e perspectivas*. São Paulo: Almedina, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*. 31ª ed. 2015

Código de Processo Civil Anotado. Disponível em: https://aaspsite.blob.core.windows.net/aaspsite/2019/02/CPC_annotado25.2.2019_atual.pdf. Acesso em: 05.11.2019.

FARIA, Márcio Carvalho. *O novo Código de Processo Civil versus a jurisprudência defensiva*. In: JATAHY, Carlos Roberto de Castro. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. AYOUB, Luiz Roberto (orgs.). *Reflexões sobre o Novo Código de Processo Civil*. FGV Editora. 2016, p. 333-364

FUX, Luiz, FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno. *Repercussão geral da questão constitucional*. Rio de Janeiro. Forense, 2014.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, 2002. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/nej/article/viewFile/1/2>. Acesso em: 20.11.2019.

MACHADO, Eduardo Montalvão. *Jurisprudência defensiva: embargos de declaração contra decisão do tribunal de origem, que inadmite recurso especial e recurso extraordinário*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI292506,91041-Jurisprudencia+defensiva+embargos+de+declaracao+contra+decisao+do>

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 78

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 38-39.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Zona de penumbra entre o STJ e o STF: A função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário*. 1. Ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MAZZOLA, Marcelo. *Jurisprudência defensiva dos tribunais: versão “CPC/15”*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI284052,41046-Jurisprudencia+defensiva+dos+tribunais+versao+CPC15>. Acesso em: 01.11.2019

MEDINA, José Miguel Garcia. *Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>. Acesso em: 20.10.2019.

MELLO, Marco Aurélio. *Juízo de admissibilidade do recurso extraordinário no novo Código de processo civil*. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. ALVIM, Teresa Arruda (orgs). *O novo processo civil brasileiro: temas relevantes - estudos em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2, p. 199-213.

MELLO, Vitor Tadeu Carramão. *A repercussão geral e a arguição de relevância*. Revista da PGFN, 2011. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/revista-pgfn/ano-i-numero-ii-2011/013.pdf>> Acesso em 15.10.2019

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo, 2017

MORAES, Alexandre de. et al. (organização Equipe Forense) *Constituição Federal Comentada* – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MORAES, Daniela Marques de. *A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça: uma análise sobre o direito processual civil, o poder judiciário e o observatório da justiça brasileira*. – Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2014.

PACANARO, Armando Wesley. *A jurisprudência defensiva como violação direta ao princípio da primazia do julgamento de mérito*. Revista dos Tribunais. Revista de Processo/ vol. 263/2017, p. 143 – 168

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo VIII: arts. 539 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.39

TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>> acesso em 20.10.2019

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO; Leonardo Ferres da Silva; e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*; prefácio Min. Ellen Gracie Northfleet; apresentação Prof. Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2019

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2014.