

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**Jurisprudência defensiva do Superior Tribunal de
Justiça: sua superação pelas recentes alterações do
Código de Processo Civil**

LÍVIA CALDAS BRITO
06/89335

Brasília, julho de 2011

LÍVIA CALDAS BRITO

**Jurisprudência defensiva do Superior Tribunal de
Justiça: sua superação pelas recentes alterações
do Código de Processo Civil**

Monografia apresentada como
pré-requisito para a conclusão do
Curso de Graduação de Bacharel
em Direito, da Faculdade de
Direito da Universidade de
Brasília – UnB.
Orientador: Tarcisio Vieira de
Carvalho Neto.

Brasília, julho de 2011

Resumo

O Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição de 1988 em um contexto de crise do Poder Judiciário, como forma de se criar uma instância capaz de diminuir a carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal e de promover uma maior aproximação com o jurisdicionado. Nesse estudo será desenvolvido um exame da situação do Superior Tribunal de Justiça hoje, da prática da jurisprudência defensiva construída ao longo desses anos de atuação, em face do grande número de recursos que chegam ao tribunal. Além disso, serão estudadas também as recentes alterações do Código de Processo Civil – lei dos recursos repetitivos e Lei nº 12.322/2010, que alterou o agravo de instrumento para agravo nos próprios autos, quando esse recurso se volta contra decisão que negou seguimento a recurso especial – e o impacto que tiveram na jurisprudência defensiva do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: CRISE DO PODER JUDICIÁRIO, JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA, RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS, LEI Nº 12.322/2010, AGRAVO NOS PRÓPRIOS AUTOS, CELERIDADE PROCESSUAL, RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO, DEVIDO PROCESSO LEGAL, SEGURANÇA JURÍDICA, ORDEM JURÍDICA JUSTA, INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS.

Lista de Abreviaturas

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

NUPRE - Núcleo de Procedimentos Especiais da Presidência

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

PL – Projeto de Lei

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TFR – Tribunal Federal de Recursos

TRF – Tribunal Regional Federal

Sumário

Introdução	5
Capítulo 01 – O Superior Tribunal de Justiça e o Recurso Especial	8
1.1 A criação do Superior Tribunal de Justiça	8
1.2 A competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial	10
1.3 Principais aspectos do recurso especial	13
Capítulo 02 – Jurisprudência Defensiva	21
2.1 – O recurso especial como forma de acesso a uma ordem jurídica justa	21
2.2 – A jurisprudência defensiva no Superior Tribunal de Justiça	26
Capítulo 03 – A sistemática dos recursos especiais repetitivos e a Lei nº 12.322/2010	37
3.1 – As motivações das recentes alterações do CPC	37
3.2 – Os recursos especiais repetitivos	40
3.3 - A Lei nº 12.322/2010	48
3.4 – Conclusões acerca das alterações do CPC e perspectivas para o futuro	49
Conclusão	59
Referências Bibliográficas	62

Introdução

Muito se comenta nos dias de hoje sobre o congestionamento de processos que sofre o Poder Judiciário, o que se liga de forma direta à sua morosidade e demora na entrega da prestação jurisdicional.

Antes da criação da Constituição Federal de 1988 também se discutia a crise do Poder Judiciário, ou crise do STF, gerada pelo congestionamento e demora para que as causas alcançassem seu fim. Isso fez com que a população como um todo perdesse a confiança no poder de solução das controvérsias pelo Poder Judiciário.

Assim é que o Superior Tribunal de Justiça foi criado em um contexto de busca de uma saída para a crise. O que se verá adiante, no Capítulo 01, será o exame da necessidade existente à época da criação de uma instância como esse Tribunal para solucionar problemas tanto dos tribunais estaduais, quanto do Supremo Tribunal Federal, que se encontrava sobrecarregado.

A criação de vários empecilhos ao conhecimento dos recursos pelo Supremo Tribunal Federal àquela época, com a intenção de se desvencilhar da crise, também motiva o exame realizado nesse trabalho, uma vez que o aprendizado deve ser extraído da experiência histórica.

As circunstâncias vividas hoje pelo STJ fazem com que aqueles períodos sejam rememorados de forma crítica, de modo a impulsionar a procura por novas soluções para um problema que se repete na história.

No caso desse estudo acadêmico, entende-se que os recursos especiais repetitivos e o agravo nos próprios autos, em lugar do agravo de instrumento, são ferramentas que já hoje demonstram seus efeitos positivos na prática, de modo que, ao fim, essa tese restará demonstrada.

Este trabalho tem como proposta examinar a prática da jurisprudência defensiva pelo Superior Tribunal de Justiça e sua desnecessidade em face das mais recentes significativas modificações feitas no Código de Processo Civil, defendendo-se o argumento de que a inserção de novas figuras processuais – recursos especiais repetitivos e agravo nos próprios autos - pode gerar uma alteração no sentido dessas decisões.

O que se entende aqui por jurisprudência defensiva é a prática sistemática do não conhecimento de recursos em decorrência de apego formal

excessivo, consolidando prática que visa à diminuição do número de recursos que aguardam solução pelo STJ. O termo, portanto, compreende série de decisões que de forma não legítima, em desrespeito a princípios constitucionais, deixa de julgar o mérito dos recursos em busca de uma suposta celeridade processual.

Exemplos de decisões que demonstram a prática da jurisprudência defensiva no âmbito do STJ, a definição desse conceito e o conseqüente desrespeito a princípios constitucionais serão examinados no Capítulo 02 desse estudo.

O objetivo a ser alcançado com esse estudo, portanto, é uma abordagem crítica da jurisprudência defensiva, demonstrando-se a necessidade de superação dessa prática e como o legislador tem atuado no sentido de fornecer ferramentas ao Superior Tribunal de Justiça para que esse Tribunal passe a exercer de forma mais fortalecida o papel de fixação de precedentes.

O Capítulo 01 avança no estudo sobre a função que foi então atribuída ao STJ pela Constituição Federal de 1988 e sobre o estudo de uma de suas principais competências hoje: o julgamento do recurso especial. Em razão de a Constituição Federal regular também as hipóteses de cabimento desse recurso, sem que se permita a alteração dessa regulamentação por lei ordinária, é que os exames dessas hipóteses também são feitas nesse mesmo capítulo.

Prosseguindo no tema proposto, o Capítulo 02 expõe de que forma no julgamento do recurso especial e do agravo de instrumento, que busca dar seguimento a esse recurso, o STJ vem adotando uma postura indesejável diante do papel que deve exercer junto aos cidadãos.

O Superior Tribunal de Justiça formou sua jurisprudência defensiva em razão do grande número de recursos que chegavam a esse Tribunal, e que continuam a chegar, adotando prática que além de deixar de observar princípios gerais do direito, não condiz com a tarefa que lhe foi atribuída na origem de sua criação.

Apesar da jurisprudência defensiva ser uma tentativa de atendimento ao princípio da duração razoável do processo, não se pode privilegiar um princípio em total prejuízo a outros princípios. Como será bem delineado no estudo aqui desenvolvido, embora, em alguns momentos, os princípios possam

estar em conflito, eles devem se harmonizar da melhor maneira possível para o melhor atendimento ao jurisdicionado.

O Capítulo 02, portanto, delinea os parâmetros da jurisprudência defensiva, como já dito, procedendo ao exame de julgados, analisados sob uma perspectiva principiológica do direito processual.

Por fim, o Capítulo 03 apresenta a sistemática de julgamento dos recursos especiais repetitivos, criada com a intenção de oferecer ao Superior Tribunal de Justiça uma alternativa para que questões já pacificadas no âmbito do Tribunal fossem solucionadas de forma mais rápida, atuando em duas frentes: aumento da celeridade na prestação jurisdicional e diminuição da sobrecarga processual.

Além dessa recém-criada forma de atuação do Superior Tribunal de Justiça, também é delineada no capítulo terceiro a novidade do agravo nos próprios autos, em substituição ao agravo de instrumento, trazida pela Lei nº 12.322/2010.

Após o exame dessas duas ferramentas processuais, o Capítulo 03 expõe as conclusões acerca dos impactos que vêm sendo gerados na jurisprudência do STJ, em especial, na reconsideração de alguns posicionamentos classificados no capítulo anterior como pertencentes ao quadro geral da jurisprudência defensiva.

O detalhamento dos efeitos da sistemática dos recursos especiais repetitivos e do agravo nos próprios autos traz à lume a função que passa a ser assumida cada vez mais pelo Superior Tribunal de Justiça, de órgão de função central no Poder Judiciário em que são estabelecidos precedentes importantes, que servem de guia para a atuação das demais instâncias judiciais.

Sobre essa nova tendência, o estudo avança ainda sobre a Proposta de Emenda Constitucional, conhecida como “PEC dos Recursos”, em que se propõe a consolidação definitiva do fortalecimento do aspecto formador de precedentes.

Capítulo 01 – O Superior Tribunal de Justiça e o Recurso Especial

1.1 A criação do Superior Tribunal de Justiça

A crise do STF, ou crise do recurso extraordinário, como ficou conhecido o momento pelo qual passava essa Corte, já se encontrava em debate em 1940. Por ocasião da Constituição de 1946, foi criado o TFR, com o objetivo de solucionar os problemas em que estava imerso o STF.

Após 40 anos o TFR não só não solucionou a crise, como também imergiu nela, de modo que novas medidas se tornaram necessárias para revitalizar a imagem e as funções do STF e do TFR. Parte da doutrina atribui o desgaste do STF aos poucos ajustes que sofreu durante um grande espaço de tempo, o que revela uma baixa capacidade de adaptação à mudança dos tempos.

Calmon de Passos¹ afirma, em síntese, que a diminuição do quórum de Ministros que compunham o STF, “já que, contando em 1891 com quinze ministros, teve seu corpo de juízes reduzido para onze em 1931, número que se mantém até hoje (...)”², e o constante aumento de sua competência, com a ampliação das hipóteses de cabimento do apelo extremo, fez com que a demanda se tornasse desproporcional à capacidade de resposta da Corte.

Aliado a isso, o fato de que a sociedade se encontrava em plena transformação, com a industrialização do país e o conseqüente aquecimento da economia, contribuiu para o congestionamento do Poder Judiciário como um todo e, de forma mais grave ainda, do STF.

A discussão promovida naquele momento, tanto no meio acadêmico quanto no político, ponderava acerca da crise do Poder Judiciário, concentrando-se, precipuamente, no STF. Ora, natural que a Corte Constitucional fosse o alvo fundamental das reflexões e das críticas, uma vez que todas as atenções normalmente se voltam para o foco das decisões de maior repercussão dentro do sistema judicial. E, para além disso, também é possível

¹ PASSOS, Calmon de, Revista de Processo, ano II, 5:44 *apud* GALVÃO, Ilmar Nascimento, Poder Judiciário. Reforma de 1988. O recurso especial no Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 83.

² GALVÃO, Ilmar Nascimento, Poder Judiciário. Reforma de 1988. O recurso especial no Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 83.

que se considerasse o STF como emblemático na chamada crise em razão da posição central que esse órgão ocupava e que hoje ainda ocupa, em conjunto com o STJ.

Assim, gradativamente a população perdia a confiança na capacidade de o Poder Judiciário solucionar as controvérsias, e essa desconfiança se fortalecia muitas vezes pela presença, no Brasil, de poderes locais, fazendo com que se afigurasse necessária uma instância de superposição que promovesse a unificação da jurisprudência nacional. De acordo com Miguel Reale:

“(..) na imensidão do território brasileiro, com desequilíbrios culturais manifestos e bolsões anômalos de poder, um julgamento de terceira instância não pode ter caráter excepcional, ficando a Suprema Corte com a faculdade de julgá-lo cabível ou não, mediante um juízo de caráter sumário.”³

É preciso se ter em mente que quando se cogita sobre negação de um julgamento de caráter excepcional não se quer dizer que o STF deveria rejulgar a causa como se tribunal de segunda instância fosse, mas que deveria constituir verdadeira via de acesso a uma ordem jurídica justa⁴.

Ainda de acordo com Ilmar Galvão foram instituídos, de forma gradativa, pressupostos regimentais, que “*configuravam causa de exclusão de admissibilidade do recurso extraordinário, com o que se constituiu, no dizer de José Guilherme Villela, um verdadeiro campo minado entre a Nação e o Supremo.*”⁵

Foram feitas alterações regimentais para incluir a arguição de relevância da questão federal, que deveria ser acolhida para que fosse conhecido o recurso extraordinário, funcionando como filtro que restringia as hipóteses de seu cabimento. Além disso, outra condição para o conhecimento do recurso era a ocorrência do prequestionamento da questão federal.

Com isso, se agravava, então, o problema do estreitamento das vias de acesso às instâncias de superposição, fazendo com que as causas fossem,

³ REALE, Folha de São Paulo, 9 out. 1986, *apud* GALVÃO, Ilmar Nascimento, Poder Judiciário. Reforma de 1988. O recurso especial no Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 85.

⁴ WATANABE, Kazuo, Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.) **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

⁵ GALVÃO, Ilmar Nascimento, *Opt. cit.* p. 85.

em sua maioria, solucionadas pelos destacamentos locais do Judiciário que, como já mencionado, não continham o desejado distanciamento das influências locais.

Foi nesse contexto que a Constituição Federal de 1988, com a finalidade de dar nova solução à crise que não se resolveu com as modificações da Constituição de 1946, previu a criação do STJ, sendo promovida sua efetiva instalação em abril de 1989.

A criação do STJ, portanto, decorreu de uma série de debates promovidos em razão da conjuntura judiciária do país, em especial do congestionamento pelo qual passava o STF naquele momento histórico. Assim, o TFR deixou de existir, dando lugar ao STJ, além de 5 TRFs, como parte do objetivo de desafogar o STF. Segundo Ilmar Galvão:

“A Constituição de 1988, como é sabido, limitou o Supremo Tribunal Federal (STF), praticamente, às atribuições jurídico-políticas de uma Corte Constitucional, conferindo a novo Tribunal, que é o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o julgamento, em recurso especial, do contencioso da lei federal.”⁶

Assim, o que se nota é que a competência de decidir sobre a questão federal deixou de ser do STF e passou a ser atribuída ao STJ, reservando ao STF a guarda da CF.

O recurso especial, portanto, tem origem no recurso extraordinário e dele herdou, em linhas gerais, suas hipóteses de cabimento e a tarefa precípua de controle de legalidade na aplicação da legislação federal.

1.2 A competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 105⁷, as atribuições do STJ, que incluem o julgamento dos conflitos de competência

⁶ GALVÃO, Ilmar Nascimento. Poder Judiciário. Reforma de 1988. O recurso especial no Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 83.

⁷ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

b) os mandados de segurança e os **habeas data** contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;

entre tribunais, tribunais e juízes, ou entre juízes vinculados a tribunais diversos; e o julgamento de recurso ordinário, nos casos especificados no inciso II, do art. 105, da CF, dentre outras hipóteses especificadas no dispositivo em comento.

Será destacada neste trabalho a competência precípua atribuída ao STJ, descrita no art. 105, III, da CF, que realiza a função constitucional segundo a qual compete a esse tribunal “(...) **julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.**”

Importante ressaltar que, ao se tratar especificamente do recurso especial, também será aqui igualmente estudado o recurso de agravo de instrumento⁸ previsto no art. 544, do Código de Processo Civil (“CPC”), decorrência direta do recurso especial, em razão de se voltar contra decisão de segunda instância que lhe nega processamento.

c) os **habeas corpus**, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;

II - julgar, em recurso ordinário:

a) os "habeas-corpus" decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

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

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

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

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

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

⁸ O antigo recurso de agravo de instrumento encontrava previsão no art. 544 do CPC, alterado pela Lei nº 11.322/2010, que transformou esse recurso em agravo nos próprios autos.

É possível notar, portanto, que foi atribuída constitucionalmente ao STJ a competência para julgar o recurso especial, que permite ao tribunal (a) defender a supremacia da legislação federal infraconstitucional sobre legislações a nível local, competência que antes pertencia ao STF; (b) julgar a validade de ato de governo local, sob a ótica da legislação federal; (c) uniformizar as diversas interpretações dadas pelos tribunais estaduais ou federais a determinada lei federal.

Quanto à sistemática de instâncias extraordinárias, ao longo da história do direito, dois modelos se desenvolveram: o cassacional e o revisional.

De forma simplificada, o modelo cassacional se caracteriza pela revisão de erro formal, sem juízo material, ou seja, o órgão realiza unicamente função de controle, anulando a decisão em razão do vício contido e reenviando a causa para que seja novamente julgada pelo órgão que prolatou a decisão anulada. Aqui, realiza-se um controle da lei em abstrato, já que o próprio modelo prevê um distanciamento das circunstâncias de fato do caso concreto.

Já no modelo revisional, o órgão julgador está autorizado a promover novo julgamento da matéria, atuando de forma concreta, o que permite o exame das questões fáticas do caso.

O modelo brasileiro não se adequa a nenhum dos dois anteriormente descritos. Segundo Danilo Knijnik:

“[O] Recurso Especial aproxima-se da revisão, mas pode, e não raro opera, como uma verdadeira cassação, especialmente quando exercita sua função disciplinar. Nesse caso, o Tribunal anula a decisão e reenvia ao Tribunal Estadual, para que este prossiga no julgamento. Tal ocorre, sobretudo, nos casos de *erros in procedendo*.”⁹

Apesar de possuir um modelo de atuação próprio, o STJ, no exame do recurso especial, está circunscrito ao exame da matéria de direito, não sendo permitido o exame de matéria fático-probatória. Ademais, conforme exposto por Antônio de Pádua Ribeiro¹⁰, essa filosofia tem por base o fato de que o STJ, na condição de instância extraordinária de superposição, julga causas que possam conter repercussão que transcendam os direitos das partes.

⁹ KNIJNIK, *apud* COSTA, Henrique Araújo. **Reexame de prova em recurso especial: A Súmula 7 do STJ**. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 206.

¹⁰ RIBEIRO, Antônio de Pádua. Do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 83.

Sob essa ótica, o erro de fato é menos nocivo que o erro de direito, pois esse último é mais relevante sob a ótica coletiva da esfera de atuação dos demais juízes.

Além disso, o erro de direito vai também ao encontro da uniformização da interpretação das leis federais que pretende produzir o STJ, por meio do julgamento dos recursos especiais. Define Pádua Ribeiro:

“Em suma, a função do recurso especial é tutelar a *autoridade e unidade* da lei federal. E essa função é exercida, segundo ensinamentos de Pontes de Miranda, assegurando a sua *inteireza* positiva (art. 105, III, *a*), a sua *autoridade* (art. 105, III, *b*) e sua *uniformidade de interpretação* (art. 105, III, *c*).”¹¹

Assim, a tarefa essencial do STJ, na condição de instância extraordinária, é a de assegurar a boa aplicação do direito objetivo, sempre preponderante, nesses casos, em relação ao direito subjetivo das partes.

1.3 Principais aspectos do recurso especial

Estabelecidas as hipóteses constitucionais de cabimento do recurso especial para o STJ – art. 105, III, da Constituição Federal – passa-se ao exame mais aprofundado desse recurso e de seus pressupostos específicos de admissibilidade.

“Os pressupostos gerais do recurso especial são os mesmos atinentes aos outros recursos. Todavia, adicionam-se a eles pressupostos específicos, quais sejam:

- a) Existência de causa decidida em única ou última instância por Tribunais;
- b) Que a decisão, a ser impugnada através dele, seja definitiva;
- c) Existência de questão federal enquadrável nas alíneas do inc. III do art. 105 da Constituição.”¹²

Inicialmente, cabe esclarecer que o recurso especial, por se destinar à uniformização da aplicação e interpretação do direito federal, possui âmbito de conhecimento mais estreito do que os recursos ordinários, não sendo possível aqui, como já especificado anteriormente, o reexame de fatos e provas.

Devido a essa função diferenciada exercida pelo STJ é que o recurso especial, meio pelo qual as partes podem levar a causa a julgamento

¹¹ RIBEIRO, Antônio de Pádua. op. cit., p. 52.

¹² RIBEIRO, Antônio de Pádua. op. cit., p. 52

nesse tribunal, pode ser classificado como um recurso de fundamentação vinculada, em que unicamente a indignação da parte com a aplicação do direito à espécie não é suficiente para que o recurso seja conhecido e julgado. É o que leciona Cássio Scarpinella Bueno:

“Os ‘recursos de fundamentação *vinculada*’, por seu turno, impõem que o recorrente demonstre, além do interesse recursal, um prejuízo específico, previamente valorado pelo legislador, sem o que não se abre a via recursal. São recursos que, por assim dizer, têm como finalidade a correção de específicos vícios de atividade ou de julgamento, os quais, se ausentes, não dão margem ao contraste da decisão.”¹³

No caso do recurso especial, os vícios específicos previstos pelo legislador, que vinculam sua fundamentação, são justamente aqueles estabelecidos nas alíneas do art. 105, III, da CF.

Em se tratando do recurso especial, o juízo de admissibilidade envolve a verificação sumária da existência de algum dos vícios inclusos nas alíneas do art. 105, III, da CF, além das exigências contidas no *caput* desse artigo e da inexistência de nenhum outro vício formal no recurso. O juízo de mérito, por sua vez, envolve o reconhecimento de que merece provimento o recurso, pelas razões nele expostas, isto é, pela razoabilidade dos argumentos desenvolvidos, demonstrando de forma cabal a melhor interpretação do direito federal.

Nos recursos de fundamentação vinculada comumente é possível notar, em alguns aspectos, certa coincidência entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito. É o que acontece, por exemplo, ao se examinar a existência ou não de violação a dispositivo de lei federal, que além de constituir condição de admissibilidade do recurso, normalmente se confunde com a própria fundamentação de mérito das razões de recurso especial. Sobre o tema:

“Sugestão irrepreensível nos fornece Barbosa Moreira, no sentido de considerar que as letras *a* dos arts. 102, III e 105, III, da Constituição Federal deveriam ser lidas: é cabível recurso especial (ou extraordinário) *quando se afirmar que a decisão recorrida teria contrariado dispositivo da lei federal ou da Constituição*”

¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12.

*Federal, e não quando se verificar ter havido a alegada contrariedade, já que aí se estará diante de matéria de mérito.”*¹⁴

Embora Barbosa Moreira busque realizar essa distinção entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito do recurso especial, a jurisprudência do STJ tem admitido a existência dessa sobreposição entre esses juízos, sem que eles sejam confundidos entre si, em razão de o exame da admissibilidade do recurso especial pela alínea *a* envolver, em certa medida, o mérito da controvérsia.

Em síntese, o que se pode entender é que o juízo de admissibilidade não envolve uma cognição exauriente das razões recursais, mas uma cognição sumária sobre o atendimento aos pressupostos de admissibilidade do recurso. Tereza Arruda Alvim Wambier ressalta que o juízo de inadmissibilidade é que envolve essa certeza da cognição exauriente, uma vez que constitui um juízo definitivo quanto à inviabilidade daquele recurso¹⁵.

Parece ficar claro que o entendimento de Barbosa Moreira não merece prosperar, posto que, em se tratando de um recurso de fundamentação vinculada, suas razões propriamente ditas serão voltadas precipuamente ao atendimento do requisito de admissibilidade, qual seja, demonstrar a violação à questão federal quando da solução da controvérsia na instância ordinária. Sendo assim, não é possível pretender uma distinção radical entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito, entendendo-se que bastaria a mera alegação de violação à legislação federal.

Embora os juízos de admissibilidade e de mérito não sejam exatamente coincidentes, essa delimitação, muitas vezes, não é nítida, de modo que parece correto o entendimento do STJ de que é possível uma coincidência em parte entre esses juízos, embora exista, sim, distinção entre eles.

O juízo de admissibilidade do recurso especial é feito, inicialmente, pelo presidente do tribunal de origem, em segunda instância. Caso esse juízo seja positivo, admite-se o processamento do recurso especial e os autos são enviados ao STJ, onde o presidente do órgão realiza novo juízo de

¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 252.

¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, op. cit., p. 248

admissibilidade do recurso, sem qualquer vinculação com aquele juízo feito anteriormente¹⁶. Ainda o Ministro Relator do recurso terá liberdade para conhecer ou não do recurso especial a depender do atendimento aos requisitos de admissibilidade.

Quando o Tribunal *a quo* nega seguimento ao recurso especial ao examinar a admissibilidade do recurso, é cabível a interposição de recurso de agravo diretamente ao STJ, expondo as razões pelas quais o recorrente entende merecer reforma a decisão que inadmitiu o recurso.

O recurso de agravo contra decisão denegatória de seguimento de recurso especial encontra previsão no art. 544¹⁷, do CPC, recentemente alterado pela Lei nº 12.322/2010, que modificou o agravo na modalidade de instrumento para agravo nos próprios autos. As implicações da nova lei serão tratadas mais adiante em tópico específico.

O CPC, do art. 541 ao art. 545, dá tratamento ao recurso especial, especificando seu procedimento, sempre em linha com o tratamento constitucional do tema. Não pode o CPC excluir ou modificar as hipóteses de cabimento constitucional do recurso especial.

A doutrina é pacífica¹⁸ em afirmar que a expressão contida no art. 105, III, da Constituição Federal, “*as causas decididas*” quer significar que a última decisão, contra a qual se interpõe recurso especial, deve ser definitiva, isto é, não deve ser possível a interposição de nenhum outro recurso ainda para a instância ordinária. Não há, contudo, necessidade que o acórdão recorrido tenha proferido julgamento de mérito.

Dessa expressão, então, tem-se que as instâncias ordinárias devem estar exauridas antes que surja a recorribilidade por especial. É esse

¹⁶ A presidência do STJ mantém um núcleo especializado (NUPRE) em realizar a verificação ao atendimento dos requisitos formais dos recursos especiais e seus respectivos agravos de instrumento, quando interpostos na forma antiga, ou agravo nos próprios autos, quando interpostos após a vigência da Lei nº 11.322/2010.

¹⁷ Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias.

¹⁸ A esse respeito, ver: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 115; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., p. 270-271; BUENO, Cássio Scarpinella, op. cit., p. 250-252.

inclusive o entendimento consolidado no Enunciado nº 281¹⁹ da Súmula do STF e no Enunciado nº 207²⁰ da Súmula do STJ.

A expressão “*causas decididas*”, doutrinária e jurisprudencialmente, se refere também à necessidade de prequestionamento da matéria pelo acórdão recorrido.

Por prequestionamento se entende que a tese defendida nas razões de recurso especial deve já ter sido enfrentada pelo acórdão recorrido. Ou seja, não é viável que tese inédita seja veiculada no recurso especial, sob pena de inadmissibilidade do recurso.

Se houver omissão do acórdão proferido na instância ordinária quanto à tese suscitada, devem ser opostos embargos de declaração para provocar o enfrentamento da questão. Se ainda assim o tribunal permanecer omissos em sua manifestação, é possível a alegação de violação ao art. 535, CPC, a ensejar a interposição do recurso especial.

Além disso, criou-se também jurisprudencialmente a figura do prequestionamento ficto, em que se entende que a oposição dos embargos de declaração, mesmo sem a consequente manifestação do tribunal sobre o tema, satisfaria o requisito do prequestionamento.

O prequestionamento ficto é amplamente aceito pelo STF. É o que se extrai, *a contrario sensu*, do Enunciado sumular nº 356: “*O ponto omissos da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento*”.

O STJ, por sua vez, consolidou posicionamento contrário ao do STF, entendendo que a mera oposição de embargos declaratórios não é suficiente para caracterizar a existência do prequestionamento. É nesse sentido o Enunciado nº 211 do STJ: “*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo*”.

¹⁹ “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.”

²⁰ “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.”

Há ainda a figura do presquestionamento implícito, em que a tese é enfrentada pelo acórdão recorrido, mas não há menção expressa ao dispositivo de lei federal violado. A jurisprudência²¹ mais recente do STJ se pacificou no sentido de admitir o prequestionamento implícito.

Em verdade, com vistas a uma prestação jurisdicional adequada, a parte não pode ser penalizada quando a questão foi devidamente apresentada ao tribunal em recursos anteriores e, mesmo após a oposição dos cabíveis embargos de declaração, o tribunal se recusou a se manifestar sobre o tema suscitado. Não resta ao recorrente, nesses casos, nenhuma alternativa para provocar a manifestação do tribunal de segunda instância sobre a tese aventada.

Para que o recurso especial seja admitido, então, deve ter ocorrido uma das três hipóteses previstas no inciso III do art. 105 da Constituição Federal. A primeira das hipóteses de cabimento ocorre quando o acórdão recorrido contraria ou aplica de maneira inadequada dispositivo de lei federal, ou, ainda, quando deixada de aplicar dispositivo aplicável ao caso.

A segunda hipótese de cabimento do recurso especial é aquela que se apresenta na alínea “b” – decisão que julgar válido ato de governo local em face de lei federal. A redação desse dispositivo se deu por meio de alteração promovida pela EC nº 45/2004, que transformou em hipótese de cabimento do recurso especial o conflito entre duas leis de entes federados diversos.

Antes da alteração feita nessa alínea, a hipótese era de decisão proferida por tribunal local que julgasse válida lei local em face de lei federal. No entanto, se reconheceu que esse conflito era de ordem constitucional, “já que o princípio de hierarquia das normas é um princípio constitucional”.²²

O terceiro e último caso de cabimento do recurso especial é quando a decisão de segunda instância confere interpretação divergente à lei federal da que lhe haja dado outro tribunal. Essa hipótese deixa clara a função uniformizadora do STJ, que lhe dá a última palavra para indicar qual interpretação é a mais adequada - e qual delas viola o direito federal.

²¹ **AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1160719/PE**, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe 14/03/2011; **AgRg no REsp 1203983/MG**, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, DJe 29/04/2011; **AgRg no REsp 1041518/DF**, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, DJe 25/03/2011; **REsp 1188683/TO**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 22/03/2011; **AgRg no REsp 1168721/DF**, Rel. Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, DJe 09/03/2011.

²² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, op. cit., p. 256.

Existe entendimento doutrinário²³ e jurisprudencial em que se afirma que as hipóteses das alíneas “b” e “c” nada mais são do que desdobramentos da alínea “a”, de forma que o recurso especial deveria ser interposto sempre com fundamento na alínea “a” e, de forma subsidiária, com fundamento nas alíneas “b” e “c”.

Esse posicionamento se justificaria pela identificação de que o único fundamento a ensejar a interposição de recurso especial seria a existência de violação a lei federal, enquanto as alíneas “b” e “c” seriam chamadas de “hipóteses de cabimento”²⁴, não aceitáveis isoladamente.

Cássio Scarpinella Bueno entende de maneira diversa, expondo, acerca da alínea “c”, que

“A constatação de que há divergência jurisprudencial entre dois ou mais Tribunais é, por si só, suficiente para demonstrar que, em pelo menos um dos casos, há ‘contrariedade’ ou, o que é o mesmo, ‘negativa de vigência’ a lei federal.”²⁵

O entendimento mais acertado, conforme a leitura do texto constitucional, é o de que as hipóteses previstas nas três alíneas do art. 105, III constituem fundamentos autônomos ao cabimento do recurso especial.

Em relação à alínea “c”, o CPC e o Regimento Interno do STJ exigem seja feito o cotejo analítico entre o julgado apresentado como paradigma da divergência jurisprudencial e a decisão que gerou a interposição do recurso, além da demonstração da existência da decisão divergente, por meio da indicação de repositório oficial.

O cotejo analítico deve ser feito com a exposição de trechos do julgado paradigma e da decisão recorrida por especial, para que reste demonstrada a similitude entre as circunstâncias e a divergente aplicação do direito à espécie.

Mais recentemente o STJ passou a reconhecer a hipótese da divergência notória, em que não é necessária sua demonstração. Além disso, passou a aceitar também, em conformidade com a nova redação do parágrafo único do art. 541, CPC, alterado pela Lei nº 11.341/2006, a demonstração por

²³ A esse respeito ver: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, op. cit., p. 257.

²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, op. cit., p. 257.

²⁵ BUENO, Cássio Scarpinella, op. cit., p. 273-274.

meio de repositório jurisprudencial em mídia eletrônica e até mesmo a reprodução de julgado disponível na internet, com a devida indicação da fonte.

Ainda acerca dessa hipótese de cabimento do recurso especial, o STJ deixa de conhecer do recurso interposto com base na alínea “c” quando sua jurisprudência já se consolidou no mesmo sentido daquele firmado pela decisão recorrida. É essa a inteligência do Enunciado nº 83: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

O citado Enunciado sumular do STJ nada mais é do que uma tentativa de obstar, logo no exame preliminar, o exame de recurso especial que se volte contra questão já pacificada no âmbito desse Tribunal, isto é, questão sobre a qual a orientação jurisprudencial já se firmou.

Além disso, o recurso especial, nessa hipótese em que se volta contra decisão proferida no mesmo sentido da jurisprudência consolidada do STJ, não serve ao mesmo propósito da alínea “c”, qual seja, a uniformização da interpretação do direito federal.

Assim, a aplicação do entendimento firmado pelo Enunciado nº 83 busca obstar o seguimento de recursos protelatórios, que se voltam contra questões que há muito já se sedimentaram.

Capítulo 02 – Jurisprudência Defensiva

2.1 – O recurso especial como forma de acesso à ordem jurídica justa

O conceito de “acesso à ordem jurídica justa”²⁶, na ótica de Kazuo Watanabe, não se restringe ao acesso aos órgãos jurisdicionais, tal como o STJ, mas apenas se realiza com o acesso à uma prestação da tutela jurisdicional efetiva, isto é, à uma prestação útil e célere, considerando, na construção do direito material aplicável ao caso concreto, o contexto social, político e econômico em que se insere.

O acesso à ordem jurídica justa, portanto, somente é alcançado se no curso do processo as garantias asseguradas aos jurisdicionado não forem desrespeitadas.

Foi justamente a busca da concretização do acesso à ordem jurídica justa que orientou a criação do STJ pela Constituição Federal de 1988. A mentalidade daquele momento indicava que a criação de um novo tribunal serviria para atender aos inconformismos existentes naquele momento com o atendimento insatisfatório ao jurisdicionado. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco:

“Eis por que o sistema então vigente ia perdendo legitimidade entre as instituições do país e perante os valores da nação. O baixo índice de confiança na solução judiciária dos conflitos e insatisfações era agravado pelo exagerado confinamento de causas às órbitas judiciárias locais (especialmente nos casos em que os julgamentos locais fossem sujeitos à influências espúrias). **Para prevalência dos valores do Estado-de-direito, era indispensável alargar o canal de acesso à instância de superposição.**”²⁷ (sem grifos no original)

Dinamarco fala em um alargamento ao canal de acesso àquelas instâncias de cúpula do Poder Judiciário, de maneira que se torna relevante a identificação de quais comportamentos o STJ tem adotado como forma de cumprir a missão institucional que lhe foi atribuída e quais comportamentos não se compatibilizam com essa missão.

²⁶ WATANABE, op. cit., p. 128.

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 252.

Em sua origem, o STJ foi criado com a intenção de alargar o direito das partes à ordem jurídica justa. Isto é, o tribunal foi criado para que fossem solucionadas questões que não foram satisfatoriamente resolvidas nas instâncias ordinárias, uma vez que, assim como o recurso extraordinário, o recurso especial serve de instrumento para que os inconformismos sejam levados ao conhecimento das esferas jurídicas que exercem função central no Poder Judiciário.

Ainda que os recursos excepcionais atendam precipuamente a um interesse público de uniformização ou de vigilância à boa aplicação do direito federal ou constitucional, é por meio deles que a parte, inconformada, expõe a uma das instâncias extraordinárias os motivos pelos quais entende ter a decisão recorrida violado o direito.

Também de acordo com Dinamarco, deve-se buscar o equilíbrio para o sistema adotado hoje pelo Poder Judiciário, sem se perder de vista as desproporções existentes entre a quantidade de órgãos julgadores nas instâncias ordinárias e a concentração ocorrida nas instâncias extraordinárias, além do já mencionado menor âmbito de conhecimento, devido à tradicional função uniformizadora do STJ. A esse respeito:

“O equilíbrio do sistema, realista porque consciente das naturais limitações da estrutura judiciária, mas abrindo caminho para evitar os males da triagem em malha fina, **comporta racionalização mediante medidas procedimentais** já bastante conhecidas na experiência do Supremo Tribunal Federal, como o juízo de admissibilidade do tribunal *a quo* e o alargamento da competência do relator.”²⁸ (sem grifos no original)

Assim é que as medidas procedimentais que buscam racionalizar o equilíbrio do sistema devem ser estudadas como forma de se apreender o quão positivas podem ser para a experiência jurídica e se atendem aos princípios gerais do direito processual civil. De acordo com Kazuo Watanabe:

“Aspecto de extrema relevância é o perfeito conhecimento da realidade sócio-político-econômica do País, para que em relação a ela se pense na correta estruturação dos Poderes e adequada organização da Justiça, se trace uma correta estratégia de canalização e resolução de conflitos e se organizem

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 257.

convenientemente os instrumentos processuais preordenados à realização efetiva de direitos.”²⁹

O que se quer dizer com a exposição do trecho acima citado é que somente a realidade do país e a própria experiência podem demonstrar os caminhos que devem ser seguidos pelas leis e pela própria jurisprudência para que seja garantido o acesso à ordem jurídica justa.

O acesso à Justiça se realiza e se consubstancia no acesso à ordem jurídica justa. A preservação desse direito de acesso se dá, ainda segundo Kazuo Watanabe, pelo (i) conhecimento, por parte da população, de seus direitos e a adequação entre a realidade social e a estrutura judiciária; (ii) “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”³⁰; (iii) direito a instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela jurisdicional do Estado; (iv) direito ao trabalho orientado para a suavização ou total remoção de entraves ao acesso à Justiça.

De todos esses fatores destinados a realizar o direito de acesso à ordem jurídica justa, neste trabalho se dá especial destaque à “preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos”³¹, em razão de se pretender demonstrar que a jurisprudência defensiva se tornou instrumento processual inadequado à efetiva prestação jurisdicional, quer dizer, ela representa uma limitação que desrespeita os direitos constitucionais do jurisdicionado.

O conceito de Justiça, como bem ressalta Adriana S. Silva³², não possui conteúdo definido. A sociedade atribui conteúdo ao valor Justiça, a depender de qual contexto ela se insere e de quais são as demandas naquele momento histórico.

No estado democrático de direito não se pode conceber a prestação jurisdicional de outra forma senão aquela que busca fazer justiça entre as partes. Ainda que o sentido técnico de jurisdição seja “*dar solução ao*

²⁹ WATANABE, Kazuo. op. cit., p. 129.

³⁰ WATANABE, Kazuo. op. cit., p. 135.

³¹ WATANABE, Kazuo. op. cit., p. 135.

³² SILVA, Adriana S., **Acesso à Justiça e Arbitragem: um caminho para a crise do Judiciário**. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

caso proposto, sem, no entanto, preocupar-se necessariamente com o contentamento ou a satisfação das partes”.³³

Ou seja, apesar de o conceito de prestação jurisdicional não envolver qualquer atribuição de valores, ou mesmo o senso de justiça, *“sua atividade deve ser voltada ao cumprimento dos objetivos fixados pelo Estado no qual está inserida; na fixação desses é indispensável levar em consideração as necessidades e aspirações da sociedade. É esse elemento que lhe confere legitimidade.”*³⁴

Para além do acesso ao Poder Judiciário, o direito a uma ordem jurídica justa encontra a materialização de seu significado, portanto, na justa composição da lide. Não basta dar qualquer solução à lide, mas aquela mais próxima da justa composição que se pode chegar.

O direito a uma ordem jurídica justa, a efetiva prestação jurisdicional e o conteúdo atribuído à significante Justiça são valores também processuais que encontram seu sentido na Constituição Federal.

“A Constituição Federal, como se sabe, assegura a quem litiga em juízo vários direitos fundamentais, enfeixados no que genericamente se denomina ‘devido processo legal’”.³⁵ O devido processo legal engloba, dentre outros, o direito à efetividade do processo e o direito à segurança jurídica. O processo, em sentido amplo, deve, sempre que possível, servir de instrumento para a materialização desses princípios.

Nesse sentido, tem-se que o direito à efetividade do processo quer significar que a tutela jurisdicional deve ser prestada eficazmente, dentro de um tempo razoável. Ou seja, a prestação jurisdicional efetiva está indissociavelmente ligada à razoável duração do processo e à celeridade processual, pois, de outro modo, ela pode deixar de ter utilidade ao jurisdicionado.

A função constitucional do STJ, no julgamento do recurso especial, se liga necessariamente à segurança jurídica, no sentido de que busca preservar o ordenamento jurídico federal, sua interpretação e aplicação,

³³ SILVA, Adriana S., op. cit., p. 87.

³⁴ RODRIGUES, Horácio Vanderlei *apud* SILVA, Paula S., op. cit., p. 87-88.

³⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 2005., p. 65.

gerando segurança jurídica aos jurisdicionados, que conseguem prever de qual forma os órgãos judiciais se posicionam sobre determinado tema.

Não é em função do menor âmbito de conhecimento do STJ que deixará de existir a justiça para cada caso. É possível que em razão de se tratar de instância extraordinária, que considera o direito das partes de forma secundária, haja uma preponderância da segurança jurídica em relação ao valor da justiça, muito embora para aquele caso concreto, aquela seja a justa composição da lide, em se tratando de STJ.

A segurança jurídica, então, é indissociável da necessidade que se tem na vida em sociedade de previsibilidade das decisões judiciais. Sobre esse tema:

“Parelsman, sobre a distinção do direito com a moral, anota que, no direito, são importantes os precedentes e a jurisprudência na interpretação da lei, tendo em vista a segurança jurídica. A previsibilidade é essencial, pois, nas palavras de Parelsman, ‘apenas com essa condição que a paz judiciária poderia ser assegurada numa sociedade civilizada’. As regras jurídicas e a sua interpretação são importantes, assim, para o comportamento da sociedade como um todo.”³⁶

As normas são criadas tendo em vista sempre a regulação da vida social, de modo que é sempre a efetividade da norma e sua constante forma de aplicação que fazem com que haja previsibilidade de comportamento da sociedade como um todo.

Voltado a dar substância ao direito de acesso a uma ordem jurídica justa também há o princípio da instrumentalidade das formas, que, em síntese, se liga à ideia de menor formalismo processual, em que os atos devem ser aproveitados sempre que possível, ainda que sua forma não tenha sido a mais adequada.

Assim, busca-se ressaltar aqui a instrumentalidade do processo, e do recurso especial, considerado como instrumento processual. Como um valor geral, o instrumento não pode ser superdimensionado a ponto de superar o direito material.

³⁶ CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. **Súmula Vinculante e Segurança Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 32.

É a instrumentalidade do processo que consolida a efetividade da prestação jurisdicional, à medida que o juiz passa a ver o procedimento, ou o processo, como instrumento para a realização do direito material e passa a buscar sempre consolidar o acesso à ordem jurídica justa.

Ressalte-se que não se quer aqui advogar a favor da atecnia ou da inobservância das regras processuais, mas pretende-se expor a necessidade de atenção, em certos momentos, à exacerbação do valor que se dá ao processo, ou a determinadas regras, sem atenção à finalidade com que foi criada.

“Não se trata de ‘desprocessualizar’ a ordem jurídica. É imenso o valor do processo e nas formas dos procedimentos legais estão depositados séculos de experiência que seria ingênuo querer desprezar. O que precisa é desmitificar regras, critérios, princípios e o próprio sistema.”³⁷

Muito menos se pretende que sejam seguidos os princípios com o abandono das regras de procedimento, mas o que se pretende aqui expor é a necessidade de um equilíbrio, que precisa ser resgatado para que seja privilegiado o direito do jurisdicionado de acesso à ordem jurídica justa.

2.2 – A jurisprudência defensiva no Superior Tribunal de Justiça

Foram expostas no Capítulo 01 as hipóteses de cabimento do recurso especial, além das regras de admissibilidade do recurso que decorrem de sua natureza constitucional diferenciada e também da função atribuída ao STJ constitucionalmente.

Embora o recurso especial seja um recurso de estrito direito e fundamentação vinculada, em que há uma legitimação para que a via de acesso seja mais estreita, não atende aos princípios constitucionais que norteiam o direito processual a interpretação restritiva das hipóteses de cabimento do recurso especial. De acordo com Paulo Camargo Tedesco:

“Esses excessos, que formam o que a doutrina conhece por *jurisprudência defensiva*, restringem o cabimento de recursos aos tribunais superiores. No âmbito do agravo de instrumento interposto contra inadmissão dos recursos especial e

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 328.

extraordinário, esse rigor excessivo intitulado de jurisprudência defensiva torna-se ainda mais presente.”³⁸

A jurisprudência defensiva, então, é uma prática construída pelo STJ em que restrições ilegítimas são impostas ao jurisdicionados, em prol de uma celeridade processual, em total sacrifício ao devido processo legal.

Assim, a exacerbação na leitura dos requisitos processuais que devem ser atendidos, com a conseqüente diminuição ou restrição nas hipóteses de cabimento do recurso especial, é que constitui a chamada jurisprudência defensiva no âmbito do STJ.

As razões para que essa jurisprudência defensiva tenha se desenvolvido têm origem, segundo Paulo Tedesco, na alta complexidade e grande quantidade das regras que regulamentam o cabimento dos recursos excepcionais, além da tentativa de desobstrução dessas instâncias de superposição, que acumulam um número alto de processos pendentes de julgamento.

O acúmulo do grande número de processos pendentes de julgamento nas instâncias extraordinárias se deve, dentre outros fatores, à morosidade do Poder Judiciário, ajudada pela disparidade de ritmos entre os meios de comunicação oficiais e a velocidade com que as relações sociais acontecem e pelo aumento do número de demandas.

Além disso, a dinâmica social, com o surgimento de novos direitos, faz com que novas demandas e, conseqüentemente, novas lides sejam levadas ao âmbito do Poder Judiciário para que ele se manifeste sobre os novos temas.

A inexistência de legislações específicas ou ainda as lacunas existentes em legislações esparsas, quando se cuida de novos direitos, torna todo o processo mais lento e moroso, em razão da necessidade de maior estudo para que o tribunal se manifeste e se posicione sobre aquela matéria que chegou ao seu âmbito de conhecimento. Assim exemplifica Adriana S. Silva:

“(…) Contemporaneamente, pode-se citar o aparecimento de controvérsias na área ambiental, na biotecnologia, na bioética, na área de informatização, questões a respeito dos interesses

³⁸ TEDESCO, Paulo Camargo. **Jurisprudência defensiva de segunda geração**. Revista de Processo, São Paulo, v. 35, n. 182, abr. 2010, p. 263.

relativos à internet, além de outros inerentes à pessoa humana e conhecidos de muito tempo, tais como as questões de proteção ao menor, da preservação do casamento, das garantias recíprocas dos concubinos, e deles para com seus filhos, da maternidade da mulher solteira, do controle da natalidade, e mesmo da igualdade de direitos e deveres da esposa e do marido que ainda hoje não encontraram solução adequada.”³⁹

Dessa forma é que o surgimento de novos direitos torna mais complexa a solução das demandas, fazendo com que por todo país os tribunais se manifestem de forma diversa, gerando a multiplicação dos recursos até mesmo pela inexistência de estabilidade nas expectativas jurídicas.

O estudo aqui promovido não busca deslegitimar os requisitos de admissibilidade do recurso, uma vez que, quando constituem critérios razoáveis de exame preliminar ao mérito, evitam que o recurso manifestamente improcedente prossiga em seu trâmite normal, provocando dispêndio de tempo e de custos.

Por critérios razoáveis se entende aqueles que realmente aferem, de forma preliminar e sumária, a capacidade de um recurso em ter seguimento para um exame mais aprofundado, sem que haja uma leitura da norma como uma finalidade em si mesma.

O que se pretende com esse exercício de reflexão, portanto, é demonstrar a limitação imposta ao conhecimento dos recursos em razão da imposição de critérios de alta complexidade ou da leitura restritiva – inconstitucional, certas vezes - de determinados requisitos.

Barbosa Moreira entende que existem duas finalidades precípuas para o juízo negativo de admissibilidade: (i) a fiscalização do juízo *a quo* para verificar o quanto antes a impossibilidade de seguimento daquele recurso; (ii) em se tratando do juízo *ad quem*, no juízo monocrático há competência para negar seguimento ao recurso, “do que decorre a vantagem de diminuir a pauta do colegiado e propiciar mais rápido desfecho”⁴⁰.

É quando há uma leitura restritiva da lei ou quando há a criação de requisitos de admissibilidade sem nenhum fundamento teleológico que se fala em jurisprudência defensiva, justamente criada com o objetivo de atender

³⁹ SILVA, Adriana S., op. cit., p. 116

⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos**. RDC nº39, Jan-Fev/2006, p. 52.

ao segundo motivo mencionado por Barbosa Moreira, qual seja, a desobstrução das pautas de julgamento, hoje abarrotadas de recursos.

*“Uma interpretação restritiva ocorre toda vez que se limita o sentido da norma, não obstante a amplitude de sua expressão liberal.”*⁴¹ e consiste em técnica legítima de interpretação de textos legislativos. No entanto, essa técnica interpretativa, em geral, tem por base a finalidade da norma, além de sua leitura articulada com o ordenamento em que se insere.

Assim é que a interpretação restritiva de determinada norma não pode, em nenhuma hipótese, realizar restrições aleatórias ou sem considerar a finalidade precípua da norma. Avançando no estudo da hermenêutica, Tercio Sampaio Ferraz Junior se manifesta da seguinte maneira:

“Em geral, o intérprete vale-se de considerações teleológicas e axiológicas para fundar o raciocínio. Supõe, assim, que a mera interpretação especificadora não atinge os objetivos da norma, pois lhe confere uma amplitude que prejudica os interesses, ao invés de protegê-los.”⁴²

Em se tratando de STJ, muitas vezes as limitações acontecem com fundamento em regulamentações internas, como resolução, o que não traz a legitimação necessária à interpretação restritiva da norma, tendo-se em conta que a resolução, no papel regulamentador que exerce, não pode criar ou restringir direitos, devendo apenas especificar o direito já estabelecido em lei.

É recorrente nos tribunais, dentre eles também o STJ, a prática de se reportar a precedentes para dessa forma estabelecer, além dos fundamentos normativos, o posicionamento firmado naquele órgão acerca de determinada matéria.

A jurisprudência, segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior⁴³, é fonte interpretativa da lei, à medida que estabelece soluções para casos em que existem lacunas ou há necessidade de aplicação de normas gerais do direito. A conclusão do autor, portanto, é de que a jurisprudência não chega propriamente a constituir fonte do direito.

⁴¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 307.

⁴² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, op. cit., p. 307.

⁴³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, op. cit., p. 246.

Dessa forma, possível aferir que a jurisprudência não se legitima por si só. A constante alusão a julgados anteriores provoca a criação de uma corrente que não vai necessariamente dar sentido à decisão. A jurisprudência, aliada a uma justificação com base legislativa e em uma interpretação que leva em consideração toda a ordem jurídica, sim, constitui fonte para a fundamentação de decisões.

Ademais, a própria função uniformizadora do STJ, em conjunto com as ferramentas de uniformização das demandas que lhes foram fornecidas, legitimam a utilização da jurisprudência como fonte, desde que apresentada também a devida fundamentação de direito.

A prática da jurisprudência defensiva, por outro lado, é nociva ao acesso à ordem jurídica justa em razão justamente de reproduzir julgados desprovidos de significado jurídico.

A jurisprudência defensiva reproduz a falta de equilíbrio no momento de sopesar quais valores, ou princípios, serão prestigiados pelo órgão julgador, obstando muitas vezes o conhecimento da violação por parte do STJ.

O rigorismo processual com questões que certamente não foram criadas, em sua origem, com o objetivo de negar acesso a uma prestação jurisdicional efetiva faz com se preze pela técnica, com desprezo ao direito fundamental ao devido processo legal.

O não conhecimento de um recurso frustra a expectativa do jurisdicionado de ver suas razões apreciadas pelo órgão colegiado, ainda que se tenha consciência do estreito âmbito de conhecimento do STJ. Por isso é que, as regras de admissibilidade de um recurso, em específico do recurso especial e do respectivo agravo, devem ser aplicadas de forma a atender à técnica, mas sem que se consolide o prestígio ao rigorismo formal, em detrimento da prestação jurisdicional efetiva.

Serão trazidas à colação ementas de acórdãos, além de seus respectivos exames, que exemplificam a definição de jurisprudência defensiva aqui informada.

AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AUSÊNCIA DE PEÇA OBRIGATÓRIA – PROCURAÇÃO OUTORGADA AO ADVOGADO SUBSCRITOR DAS CONTRA-RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL – ART. 544, § 1º, DO CPC.

1. O art. 544, § 1º, do CPC impõe a instrução do agravo de instrumento com as peças apresentadas pela parte, devendo constar obrigatoriamente, dentre outras, as procurações outorgadas aos advogados do agravado.
2. É exigível a juntada da procuração outorgada ao advogado subscritor das contra-razões do recurso especial. Sendo elas uma peça obrigatória na composição do agravo, considera-se deficientemente instruído o instrumento que contém a respectiva petição com regularidade do subscritor não comprovada.
3. A inexistência, nos autos principais, de documento cuja juntada é obrigatória no instrumento deve ser atestada por meio de certidão emitida pelo órgão competente.
4. Agravo regimental não provido.
(AgRg no Ag 1073373/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 27/02/2009)

Trata-se aqui de agravo de instrumento interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso especial, que não foi conhecido em razão da ausência da procuração outorgada ao advogado subscritor das contrarrazões ao recurso especial.

O que se destaca do caso emblemático, que apenas exemplifica jurisprudência reiterada por anos pelo STJ, é o fato de que o vício em casos como esse pode ser sanado pelo mero comparecimento da parte ao processo.

Determina o art. 13, do CPC, 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*”.

Ora, pela leitura do citado dispositivo é possível aferir que o próprio legislador quis privilegiar o princípio da instrumentalidade das formas, permitindo ao procurador da parte sanar eventuais vícios que impedissem o regular seguimento do processo. Entretanto, o mencionado dispositivo não é aplicado nas instâncias extraordinárias, por construção jurisprudencial.

Se o CPC admite que sejam sanados os vícios em versão original de procuração, no início do processo, com mais razão ainda deve se admitir a possibilidade de sanar quaisquer irregularidades na instância recursal, ainda mais quando se trata de cópia de procuração já existente nos autos originais do processo.

A existência do Enunciado nº 115 do STJ, que afirma que “*na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos*” é a consolidação da reiterada jurisprudência defensiva

praticada por esse tribunal, uma vez que tal restrição não encontra amparo legal, constituindo prática que gera a negativa de jurisdição.

O Enunciado nº 115 do STJ também desrespeita o princípio geral da instrumentalidade das formas, ignorando que é necessário o atendimento à finalidade da norma. Ainda que a procuração outorgada ao advogado da parte contrária não tenha sido juntada nas cópias que formaram o instrumento, parece que o comparecimento da parte ao processo sana quaisquer eventuais vícios. O que se quer dizer é que, se a finalidade da norma é garantir o direito de defesa da parte agravada, e se tal finalidade foi atingida, não há que se deixar de examinar o recurso por ausência de cópia da procuração.

Foi-se o tempo em que o magistrado exercia o papel de mero aplicador da lei, sem qualquer liberdade para dar melhor interpretação ao comando legislativo, conforme os princípios gerais de direito.

O seguinte julgado, no mesmo sentido, também expõe a jurisprudência defensiva do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PORTE DE REMESSA E RETORNO. RECOLHIMENTO EM DESACORDO COM A LEI N. 8.038/1990 E RESOLUÇÃO N. 8/2002, DO STJ. DARF. PENA DE DESERÇÃO. SÚMULA N. 187/STJ. DESPROVIMENTO.

I. O pagamento do porte de remessa e retorno deve ser efetuado nos moldes determinados pelo art. 41-B da Lei n. 8.038/1990, disciplinado pela Resolução n. 8-STJ, DJ de 19.08.2002, vigente à época da interposição do recurso especial, não sendo dado à parte efetuar o recolhimento em guia diversa da especificada e ainda com dados errôneos. Precedentes.

II. "É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos" (Súmula n. 187/STJ).

III. Agravo desprovido.

(AgRg no REsp 732284/BA, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 29/06/2009)

O mesmo se diz sobre a comprovação de recolhimento de porte de remessa e retorno de recurso especial. Ora, se houve o recolhimento aos cofres públicos das custas devidas, foge a qualquer razoabilidade a negativa de seguimento ao recurso.

No caso específico, o Ministro Relator do caso afirma, em relatório: *“Alega a agravante que efetuou o recolhimento das custas*

processuais, conforme guia DAJ em procedimento em vigor no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.”

Evidente que, ainda que por guia diversa, se o valor pecuniário foi recolhido aos cofres públicos, em conformidade com o que determinava, à época, o Tribunal *a quo*, não se pode penalizar a parte, negando seguimento ao seu recurso e, mais uma vez, criando novas barreiras de acesso a uma prestação jurisdicional efetiva.

Inúmeros julgados podem ser aqui mencionados acerca de preenchimento de guia de recolhimento de custas. Casos em que os recursos deixaram de ser conhecidos por não haver o preenchimento da guia com o número do processo, ou casos em que o número do processo foi preenchido à mão e não eletronicamente.

Segundo Márcio Carvalho Faria, a própria regulamentação interna do STJ sobre o tema das guias era confusa, de modo que em certos momentos aplicavam-se exigências a recursos interpostos ao tempo em que elas ainda não existiam. Sobre o assunto:

“A Lei 8.038/1990, no *caput* de seu art. 41-B, acrescido pela Lei 9.756/1998, disciplina o assunto, concedendo aos Tribunais Superiores poder de regulamentação. Especificamente no STJ, a matéria sofreu sucessivas alterações, bastando, para comprovar o alegado, verificar que de 2004 a 2010 foram editadas oito (!) resoluções, sendo que uma delas chegou a ser alterada, ainda, por ato do presidente daquela Corte Superior. Basicamente, todas essas normas internas se referiam ao modo de preenchimento da GRU, ora alterando-se o valor das taxas, o código a ser preenchido, ora alterando a necessidade e forma de anotação do número do processo respectivo.”⁴⁴

A regulamentação do tema era feita por meio de Resolução e passou por tantas alterações sucessivas que a exigência se tornou excessivamente onerosa ao jurisdicionado. Houve tamanha confusão a ponto de não se saber quais regras eram aplicáveis ao caso, ou, pior ainda, a ponto de serem exigidos requisitos que não existiam no momento do recolhimento das custas, em violação à segurança jurídica.

⁴⁴ FARIA, Márcio Carvalho. **O formalismo exacerbado quanto ao preenchimento de guias de preparo: ainda a jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores.** Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 193, mar. 2011, p. 234.

Ainda, o apego ao extremo formalismo no preenchimento da guia de recolhimento nega a aplicação da instrumentalidade das formas, pois o direito da parte deixa de ser tutelado quando se perde de vista a finalidade da norma, conforme já aqui mencionado.

Quando se tem em mente o objetivo de determinada norma, ao decidir acerca do atendimento aos requisitos meramente formais dos recursos, é que são evitados os excessos de formalidade no processo e se dá prestígio às garantias constitucionais do jurisdicionado.

Casos há também em que se deixou de conhecer agravo de instrumento em razão de estar ilegível a cópia do comprovante de recolhimento de porte de remessa e retorno do respectivo recurso especial⁴⁵. Ora, além de se tratar de peça que não estava elencada no rol taxativo de peças obrigatórias do art. 544, §1^o⁴⁶, CPC, também há fácil solução para suprir tal falha: o exame dos autos originais do recurso especial. Sendo esse o único impedimento ao provimento do agravo de instrumento, os autos originais podem ser requisitados para a verificação do recolhimento e, se o Relator entender possível, proceder ao exame das razões recursais.

Outro exemplo de jurisprudência consolidada pelo STJ que não se coaduna com os valores consagrados nos princípios constitucionais é o entendimento de que o carimbo de protocolo do recurso especial ilegível torna o recurso especial inadmissível. A esse respeito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL COM PROTOCOLO ILEGÍVEL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1- Cumpre à parte recorrente diligenciar, junto ao setor de protocolo local, pela legibilidade do carimbo apostado no recurso.

2- Eventual irregularidade, que venha a comprometer a legibilidade da extração futura de fotocópias, deverá ser imediatamente comunicada ao responsável da seção correspondente, a fim de que este aponha outro carimbo ou certifique nos autos o presente incidente.

3- Agravo regimental a que se nega provimento.

⁴⁵ **AgRg no Ag 1310292/MG**, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, 3^a Turma, DJe 15/02/2011; **AgRg no Ag 1360617/PR**, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, 3^a Turma, DJe 22/02/2011; **AgRg no Ag 1203732/SP**, Rel. Ministro Raul Araújo, 4^a Turma, DJe 03/11/2010.

⁴⁶ Art. 544, §1^o - O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópias do acórdão recorrido, da certidão da respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contrarrazões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. As cópias das peças dos processos poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade social. – **Redação anterior à alteração promovida pela Lei nº 12.322/2010.**

(AgRg no Ag 1247295/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 28/03/2011)

Ainda que a data constante no carimbo do protocolo seja relevante para aferir a tempestividade do recurso especial, é por demais oneroso exigir-se da parte que se responsabilize pelo carimbo apostado pelo setor do protocolo do Tribunal *a quo*.

Não se pode presumir a má-fé do recorrente. Na dúvida, o recurso deveria ser admitido, em favor do recorrente, principalmente nos casos em que já houver sido proferido juízo positivo de admissibilidade pelo Presidente do tribunal de origem.

Já se tratou no Capítulo 01 acerca do prequestionamento ficto, figura que admite estar prequestionada a matéria diante da oposição de embargos de declaração, ainda que o tribunal de segunda instância não tenha se manifestado sobre o tema suscitado nos embargos. A esse respeito:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. (ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SERVIÇO POSTAL. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. SÚMULA N. 211/STJ. MONOPÓLIO. UNIÃO FEDERAL. ART. 21, INC. X, DA CR/88 C/C ART. 9º DA LEI N. 6.538/78. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N. 7/STJ.)

1. Inexiste erro material, contradição, obscuridade ou omissão no acórdão embargado, pois, para fins de prequestionamento, o levantamento da questão pela parte ou a mera oposição de embargos de declaração não são suficientes para supri-lo, sendo indispensável o efetivo enfrentamento da questão pelo Tribunal de origem.

2. A questão submetida a esta Corte Superior foi apreciada de modo adequado, e o mero inconformismo com a conclusão do julgado não enseja a utilização da via de embargos de declaração, que é limitada às hipóteses elencadas no art. 535 do CPC.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1222242/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 30/05/2011)

Diante da necessidade de ter a matéria tratada no recurso especial previamente prequestionada pelo tribunal de origem, não há qualquer alternativa ao recorrente senão a oposição de embargos de declaração.

Opostos os embargos de declaração que se entendiam necessários para sanar o vício do acórdão recorrido, se ainda assim não ocorre o prequestionamento, há cerceamento de defesa do STJ quando deixa de aceitar a figura do prequestionamento ficto.

O recorrente, em face de tal situação, fica sem a prestação da tutela jurisdicional, embora tenha utilizado os meios que estavam a seu dispor, não existindo modo de obrigar a manifestação do tribunal de origem.

Tanto não há qualquer impedimento à aceitação da oposição de embargos de declaração para fins de prequestionamento, que o STF, mesmo no estreito âmbito da instância extraordinária, jurisprudencialmente aceita o prequestionamento ficto quando houve, de fato, o vício apontado pelos embargos de declaração no acórdão recorrido.

São esses alguns dos julgados que exemplificam do que se trata a jurisprudência defensiva no âmbito do STJ. Essa prática tem como conseqüência a criação de um rol interminável de armadilhas com que tem que se preocupar o jurisdicionado, gerando um distanciamento entre essa instância extraordinária e os cidadãos que deveria atender.

A jurisprudência defensiva é nociva no sentido de que utiliza meios não legítimos para restringir o acesso das partes à ordem jurídica justa, frustrando as expectativas daqueles que esperam ver uma solução satisfatória à demanda que chega ao STJ.

Capítulo 03 – A sistemática dos recursos especiais repetitivos e a Lei nº 12.322/2010

3.1 – As motivações das recentes alterações do CPC

A Lei nº 12.322/2010 alterou o art. 544 do CPC para modificar a modalidade do agravo de instrumento para agravo nos próprios autos.

Como visto no Capítulo 02, alguns dos exemplos de jurisprudência defensiva estudados cuidam de vícios na formação do agravo de instrumento. Foi buscando simplificar esse procedimento que a Lei nº 12.322/2010 promoveu a modificação para agravo nos próprios autos. A exposição de motivos do PL 3778/2008, que deu origem à referida lei, assim expõe:

“A utilização dessa ferramenta amplia consideravelmente a **demora na prestação jurisdicional**, pois, além do prazo do traslado do agravo, há o encaminhamento do feito ao Superior Tribunal de Justiça - STJ ou ao Supremo Tribunal Federal - STF, conforme o caso, onde a média de tramitação é de seis meses no mínimo. E ocorrendo o julgamento, o agravo de instrumento admite um índice de **recorribilidade (Agravo Regimental - AgRg e Embargos de Declaração - Edcl)** grande, o que também impõe maior tempo de trâmite processual (fato que **congestiona as pautas das sessões de julgamento do STJ, visto que são julgados pelo Colegiado**). Ademais, caso seja provido, esse procedimento também acarretará um caminho longo de espera para o julgamento do recurso especial ou do recurso extraordinário.”

Nota-se, então, que o que motivou a alteração foi a diminuição do número de recursos, a diminuição do tempo de trâmite processual, privilegiando a celeridade, além do esvaziamento das pautas de julgamentos do STJ e do STF, hoje abarrotadas de recursos.

A simplificação do procedimento, por via transversa, contribuiu também para a redução da prática da jurisprudência defensiva, pois evita que o STJ se furte de julgar o recurso em razão de vício na formação do instrumento. Também a modificação trazida pela Lei nº 12.322/2010 diminuiu o tempo de trâmite processual, contribuindo para o atendimento à celeridade processual.

Por sua vez, o PL nº 1213/2007, que originou a Lei nº 11.672/2008, que introduziu a sistemática dos recursos especiais repetitivos, também foi motivado pela celeridade. Isto é, a criação da nova metodologia para

juízo de recursos especiais que tratem da mesma controvérsia, busca privilegiar a razoável duração do processo, à medida que fornece ferramenta para otimizar o julgamento dos recursos. Veja-se extrato retirado da exposição de motivos do referido PL:

“Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa.”

A questão se coloca, portanto, sob a ótica de conflito de princípios constitucionais. No curso de uma demanda, a celeridade processual e a razoável duração do processo entram em conflito com a efetiva prestação jurisdicional, o contraditório, a ampla defesa e a segurança jurídica.

*“A duração do processo é o tempo percorrido entre a propositura da demanda e a decisão definitiva, acrescida do tempo necessário para a realização concreta do direito”.*⁴⁷ Assim, ao mesmo tempo em que se preza pelo acesso à instância extraordinária, de forma contraditória essa permissão acaba por gerar falta de celeridade, e quanto maior a duração do processo, maior o ônus para quem necessita da prestação jurisdicional.

Os princípios que buscam a harmonização das garantias asseguradas constitucionalmente possuem um caráter normativo que somente ganha conteúdo a cada situação fática com que são confrontados. Deve ser exercido um juízo de ponderação que permita essa harmonização. A esse respeito:

“O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução.”⁴⁸

⁴⁷ LIVONESI, André Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência: a Tutelar Cautelar e a Tutela Antecipada do art. 273 do CPC**. In: Revista Dialética de Direito Processual (RDDP) nº 28, 2005, p. 10.

⁴⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 285.

Esse juízo de ponderação ora descrito pode ser exercido tanto pelo legislador para as situações concretas que consegue prever, quanto pelos magistrados, na função de aplicadores da norma às situações concretas não previstas no ordenamento jurídico. Não há possibilidade das situações concretas, por serem as mais diversas, serem antevistas em sua totalidade, de forma que os magistrados devem realizar o juízo de ponderação hermenêutica.

O princípio da proporcionalidade, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes⁴⁹, envolve outros três subprincípios. São eles: o princípio da necessidade, o princípio da adequação e o da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação afirma que os meios utilizados para a limitação de um direito devem servir ao fim a que se prestam, ou seja, que os meios sejam adequados. Já o princípio da necessidade requer que aquela limitação ocorra apenas na fronteira do que for necessário, isto é, os limites impostos ao direito não podem ser excessivos ou demasiados. Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito afirma que “(...) *um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.*”⁵⁰

Do exposto decorre a proteção do núcleo essencial do direito fundamental. Todo direito fundamental possui um núcleo que não pode ser atingido por restrições, sob pena de sua descaracterização e de não proteção do bem jurídico tutelado por aquele direito. Assim, o núcleo essencial contém a essência daquela garantia constitucional, que deve ser preservada.

Considerando que a CF assegura, como direito fundamental do jurisdicionado, o devido processo legal, e esse, por sua vez, engloba princípios constitucionais que podem entrar em conflito no curso do processo, há de se verificar se as medidas promovidas pelas recentes alterações do CPC aqui mencionadas são necessárias e adequadas à realização da celeridade processual, ao mesmo tempo em que, realizam a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

⁴⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira., op. cit., p. 331-332.

⁵⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira., op. cit., p. 332.

3.2 – Os recursos especiais repetitivos

A Lei 11.672/2008 acrescentou o artigo 543-C ao Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento dos recursos especiais repetitivos no âmbito do STJ. Sua criação se destinou a concretizar o aumento da celeridade processual, e encontra suporte constitucional no direito fundamental à celeridade processual, consagrado no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

Serau Junior e Silas Reis chamam à nova sistemática mecanismo de “*juízo em bloco* de recursos especiais”⁵¹. Tal mecanismo se dá com a escolha de um ou mais recursos especiais que representem determinada matéria. Após esse primeiro passo, todos os demais recursos que versem sobre a matéria contida no recurso representativo são suspensos, tanto aqueles que tramitam no STJ, quanto aqueles que ainda se encontram nos tribunais de origem. A decisão proferida no julgamento do recurso especial representativo tem efeito sobre todos os demais recursos especiais que tratem da mesma questão de direito.

Antes da edição da Lei nº 11.672/2008, podemos notar um grande esforço por parte do legislador nesse mesmo sentido de realização da celeridade da prestação jurisdicional. As últimas reformas promovidas no campo do Direito Processual Civil, de uma maneira geral, contêm tentativas de efetivar esse princípio constitucional.

Temos como exemplo, no campo recursal, mais especificamente na ampliação dos poderes do relator, a “singularização’ das decisões colegiadas”⁵², prevista pelo artigo 557⁵³ do CPC. Também o §1º-A⁵⁴ desse artigo permite que o relator dê provimento ao recurso da decisão recorrida nas mesmas circunstâncias do *caput*.

Nesse mesmo sentido da medida anterior, foram criadas as figuras do recurso especial e recurso extraordinário retidos, previstos pelo art.

⁵¹ REIS, Silas Mendes dos; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Recursos especiais repetitivos no STJ**. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 26.

⁵² ALVIM, José Eduardo Carreira. **Recursos especiais repetitivos: mais uma tentativa de desobstruir os Tribunais**. In: Revista de Processo, v. 33, n. 162, p. ago., 2008, p. 169.

⁵³ **Art. 557** - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

⁵⁴ **§ 1º-A** - Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

542, §3º⁵⁵. Esses recursos são interpostos nas hipóteses em que o acórdão figura com função de decisão interlocutória, uma vez que contra a decisão interlocutória comum, cabe agravo. Para que sejam apreciados, deve haver a reiteração nas razões ou nas contrarrazões, quando da interposição do recurso especial ou do recurso extraordinário interposto contra a decisão final na instância original.

O STJ possui, além de outras funções constitucionais, uma função uniformizadora do direito. Embora o dissenso na interpretação da norma não seja um mal em si - uma vez que somente o embate a respeito das diferentes exegeses pode conferir validade a uma delas -, deve ser evitado pelo Estado, pois a uniformização da jurisprudência deveria, em tese, gerar uma maior segurança jurídica e isonomia na aplicação da norma.

Foi com base nessa função uniformizadora do STJ e com o intuito de dar real sentido à segurança jurídica, sem que se esqueça da celeridade na prestação jurisdicional é que se criou a metodologia dos recursos especiais repetitivos.

Essa nova sistemática concentra o exame da questão naqueles recursos escolhidos como representantes da controvérsia; a decisão se transforma em jurisprudência dominante, mas sua aplicação não se torna obrigatória. A esse respeito:

“Decisão de efeito vinculante é aquela que: ‘orienta o juízo à aplicação de um determinado entendimento já consolidado em jurisprudência dominante ou em súmula, promovendo a solução rápida de questões acerca das quais já há entendimento firmado (seja obstando, seja acelerando o seu prosseguimento): reservando o tempo dos juízes para questões que mereçam uma análise mais detida, porque ainda contra elas não há entendimento consolidado. Não se pode confundir decisão de efeito vinculante com súmula vinculante, de modo que é preciso observar que há decisões de efeito vinculante obrigatórias e meramente orientadoras (Siqueira, 2008, p. 121)’.”⁵⁶

O STJ, no julgamento do recurso especial, promove um controle de legalidade, que uniformiza a interpretação e a aplicação da legislação federal,

⁵⁵ § 3º - O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interposto contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões.

⁵⁶ REIS, Silas Mendes dos; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio., op. cit., p. 29-30.

produzindo efeitos somente entre as partes do processo, assim como o controle difuso de constitucionalidade. Por outro lado, a nova sistemática trazida pelo art. 543-C do CPC, criado pela já mencionada Lei nº 12.322/2010, repete os mesmos procedimentos do controle de constitucionalidade abstrato, em que a interpretação da norma é definida abstratamente e se espraia por todos os demais recursos especiais que versem sobre a mesma matéria, produzindo efeito de orientar o juízo acerca da aplicação do entendimento firmado.

O julgamento pela nova sistemática permite, portanto, que se negue seguimento ao recurso especial, antes suspenso, que pleiteia tese contrária ao que foi decidido pelo STJ, ou quando o processo é devolvido ao relator originário, na hipótese de divergência em relação ao posicionamento firmado no julgamento pela sistemática dos repetitivos.

O art. 543-C⁵⁷ do CPC determina que, na ocorrência de multiplicidade de recursos da mesma controvérsia e com fundamento em idênticas questões de direito, o presidente do tribunal de origem deverá escolher um ou mais recursos representativos da controvérsia, enviá-los ao STJ e suspender os demais até a manifestação desse Tribunal. Caso essas providências não sejam tomadas, o relator do processo no STJ, ao perceber que a matéria já se encontra pacificada no colegiado, “poderá determinar a suspensão, nos

⁵⁷ **Art. 543-C.** Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

tribunais de segunda instância, dos recursos dos quais a controvérsia esteja estabelecida” (art. 543-C, §2º).

O primeiro passo, portanto, é observar a existência de um elevado número de recursos que tratem da mesma questão de direito. Ainda no caso desse exercício ser promovido Ministro Relator, há necessidade de se investigar se a matéria já está afeta ao colegiado ou se existe jurisprudência dominante no STJ.

Caso o Ministro Relator resolva tomar as providências enunciadas no art. 543-C, §2º, do CPC, determinando a suspensão dos demais recursos, deve ele obedecer aos procedimentos previstos na Resolução nº 8 do STJ. Esta, por sua vez, determina que a suspensão dos recursos especiais seja certificada nos autos, como forma de cientificar às partes do ritmo de andamento dado ao recurso de seu interesse. Também a mesma resolução determina que após esses procedimentos, os recursos especiais repetitivos serão distribuídos por dependência. A esse respeito, interessante ressaltar:

“É interessante observar, a esse propósito, que o projeto do novo Código de Processo Civil, PL 166/2010, prevê regra expressa no sentido de que todos os processos em curso (recursos, ações de conhecimento que estiverem em 1º grau, execuções) devem ter seu procedimento paralisado até que se decida o recurso afetado (art. 954, §§1º, 2º e 3º).”⁵⁸

Após escolhido o recurso representativo da controvérsia não é possível homologar a desistência do recurso, caso seja formulada posteriormente pela parte recorrente. “(...) o STJ entende que tal prática poderia ser utilizada para a manipulação dos recursos especiais, que seriam ou não analisados quando configurados por uma idêntica questão de direito”⁵⁹. Além disso, também não cabe recurso contra a decisão que escolhe o recurso-paradigma.

Dada a importância que tem o julgamento por esse novo procedimento, o CPC determina que a decisão nesses casos será proferida pela Corte Especial ou pela Seção competente.

⁵⁸ LINS, Maria Lúcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos Repetitivos. Realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau.** Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 191, jan. 2011, p. 190.

⁵⁹ TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. **Recursos Especiais Repetitivos Recursos Fundados em Idêntica Questão de Direito no Âmbito do Superior Tribunal de Justiça.** Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 191, jan. 2011, p. 170.

“Entretanto, antes do julgamento do recurso, o relator poderá solicitar informações aos tribunais estaduais ou federais a respeito da controvérsia e autorizar, ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, a ser prestada no prazo de quinze dias e dará vista dos autos ao Ministério Público por 15 dias.”⁶⁰

Essa previsão de solicitação de informações se encontra no §4º do art. 543-C, CPC e introduz a figura do *amicus curiae* também no âmbito do STJ e do julgamento de matéria infraconstitucional, constituindo uma iniciativa no sentido de tornar a decisão mais democrática, considerando-se que os argumentos de ambos os lados da controvérsia terão a oportunidade de serem apresentados quando do julgamento da matéria.

O §7º do art. 543-C, CPC, por sua vez, traz a definição dos efeitos que decorrem do julgamento do recurso especial representativo. Existem duas possibilidades que podem se materializar em consequência do julgamento do recurso paradigma. São elas, aquelas previstas nos incisos I e II do §7º.

Na hipótese do inciso I, em que o acórdão recorrido coincide com a orientação do STJ, “*o não conhecimento dos recursos especiais selecionados não importará, necessariamente, na inadmissibilidade dos recursos especiais sobrestados*”⁶¹. Medina defende essa tese em contraposição àquilo que acontece no STF, no caso dos recursos extraordinários, pois o §2º do artigo 543-B, do CPC dispõe que “*Negada a existência da repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos*”. Assim, o que se pode notar é que o efeito produzido pela determinação da inexistência da repercussão geral é totalmente vinculante em relação aos demais recursos extraordinários sobrestados, o que não acontece em se tratando do STJ.

No caso do inciso II, §7º, o acórdão recorrido diverge da orientação firmada pelo STJ no julgamento. O §8º, portanto, admite que o Tribunal *a quo* mantenha a decisão divergente, realizando o exame de admissibilidade para que o recurso especial seja encaminhado ao STJ.

A partir do que foi dito, podemos entender que o §7º do art. 543-C, em seu inciso II, combinado com o §8º, admitem que o tribunal de origem

⁶⁰ TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin., op. cit., p. 165

⁶¹ MEDINA, José Miguel Garcia Medina; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 236.

poderá deixar de promover um juízo de retratação do acórdão que diverge da orientação do STJ, embora não se fale expressamente nessa possibilidade.

Samir José Caetano Martins afirma, conforme o §8º, que se o Tribunal *a quo* mantiver o acórdão divergente da orientação do STJ, será realizado “o primeiro juízo de admissibilidade”⁶² do recurso especial. Satisfeitos os requisitos, os autos deverão ser remetidos ao Tribunal *ad quem*.

Essa previsão de manutenção da decisão divergente certamente foi acolhida pelo legislador como forma de preservar a independência dos tribunais de origem, tendo em vista que estão diante do caso concreto, logo, podendo examiná-lo de maneira mais detida, constatando, em algumas hipóteses, diferenças na matéria de direito em relação ao recurso especial modelo.

Além disso, seria inconstitucional vincular a atuação dos tribunais de origem, em total inobservância à liberdade de atuação dos magistrados.

Teresa Arruda Alvim Wambier e Maria Lúcia Lins entendem de modo diverso. Para as autoras, via de regra, quando os recursos forem novamente examinados pelo tribunal de origem, após a publicação do acórdão proferido pelo STJ, espera-se que o Tribunal *a quo* se retrate, proferindo julgamento em concordância com o acórdão do STJ. Se assim não proceder o Tribunal de origem, deve expor os motivos pelo qual não exerceu o juízo de retratação.

Ainda que se preze pela função uniformizadora do STJ e que a sistemática de julgamento por meio de recursos especiais repetitivos sirva a esse fim, não se pode querer engessar a jurisprudência de tal maneira, até mesmo porque seu processo de formação se dá em um longo período de tempo, e deve sempre haver a possibilidade de revisões.

No mais, é o Tribunal *a quo* que está em posição mais próxima da demanda e que possui maior âmbito de exame do recurso, de modo que não é possível limitar sua esfera de atuação, fazendo dessa instância mera aplicadora do que decide o STJ.

⁶² MARTINS, Samir José Caetano. **O Julgamento de Recursos Especiais Repetitivos (Lei nº 11.672/2008)**. In: Revista Dialética de Direito Processual, n. 64, p. 114-120, jul. 2008, p. 119.

Sendo assim, temos que não se pode cogitar de vinculação total dos efeitos do julgamento do recurso especial representativo, diante do inegável fato de que nem o inciso I, nem o II vinculam o Tribunal *a quo*. A respeito do assunto, Martins assim entende: “*Considerando-se que a decisão-quadro não possui caráter vinculante, (...), o tribunal de origem pode exercer plenamente sua liberdade de convencimento, escolhendo entre o alinhamento e a contrariedade entre sua jurisprudência e a decisão-quadro*”⁶³.

O caminho procedimental na hipótese do inciso II é o novo exame do recurso pelo Tribunal *a quo*. Se mesmo após o reexame, a decisão divergente for mantida, será realizado o juízo de admissibilidade do recurso especial, assim como no procedimento do recurso especial de andamento comum.

Por outro lado, caso o recurso especial já esteja em trâmite perante o STJ, se o recurso sobrestado já houver sido distribuído, será concluso ao Ministro Relator (inciso I, art. 5º, Resolução 8 do STJ); se não houver sido designado Relator ainda, o recurso sobrestado será julgado pela presidência do Tribunal (inciso II, art. 5º, Resolução 8 do STJ).

Ressalte-se que justamente a medida de, após o julgamento do recurso especial paradigma, dar poder ao Tribunal de origem para rever o acórdão proferido é que constitui verdadeiro fator de efetividade da finalidade da norma, uma vez que inúmeros recursos deixarão de chegar ao STJ, com o trânsito em julgado ainda na instância ordinária, contribuindo para o desafogamento desse Tribunal.

Põe-se aqui a questão de saber como proceder caso o recurso especial da parte seja sobrestado ainda que não verse sobre mesma questão de direito do recurso especial paradigma.

Nesses casos, a legislação não prevê o manejo de nenhum recurso. No entanto, não é possível que a parte tenha que aceitar muitas vezes o descuido do Tribunal que suspendeu seu recurso, sem um exame mais detido da questão de direito, sendo obrigado a arcar com um ônus indesejável para o jurisdicionado.

⁶³ MARTINS, Samir José Caetano, op. cit., p. 118.

Em recente decisão, a Corte Especial do STJ estabeleceu que “quando houver indevidamente negativa de seguimento de recurso especial por erro do órgão julgador na origem, caberá agravo regimental para o tribunal a quo”⁶⁴.

Nesse mesmo julgamento, em questão de ordem⁶⁵, decidiu-se acerca da admissibilidade de agravo contra despacho denegatório de seguimento recurso especial interposto após já ter sido proferida decisão por meio da metodologia do art. 543-C, §7º, inciso I, CPC.

No caso específico, o Tribunal de origem havia entendido que seria incabível a interposição de agravo de instrumento quando a inadmissão do recurso especial se deu por conta de sua tese já ter sido decidida anteriormente pelo STJ, com base na sistemática do art. 543-C, CPC. Dessa forma, não seria possível o conhecimento do respectivo recurso especial.

A tese acolhida pelo STJ, nesse caso, parece querer defender o objetivo precípuo da nova sistemática de julgamento por meio de recursos repetitivos, que é, além do aumento da eficiência na resposta ao jurisdicionado, a desafogamento do STJ, mas, nesses casos, a cautela deve ser extrema, pois a recusa de conhecimento do agravo pode significar uma negativa de prestação jurisdicional.

A nova sistemática de julgamento dos recursos especiais fundados em idêntica questão de direito, quando bem aplicada, realiza os princípios da celeridade, da segurança jurídica, fornecendo uma prestação jurisdicional efetiva quando desobstrui o STJ e abre espaço para a racionalização dos julgamentos.

O que não se pode deixar de ter em mente é que o recurso especial pode estar tratando de tese diversa e, em não havendo identidade da questão de direito com aquele recurso julgado pelo método do art. 543-C, CPC,

⁶⁴ Informativo nº 463, 14-18/02/2011. - Corte Especial, STJ

⁶⁵ QUESTÃO DE ORDEM. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. EXEGESE DOS ARTS. 543 E 544 DO CPC. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

- Não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543, § 7º, inciso I, do CPC.

Agravo não conhecido.

(QO no Ag 1154599/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/02/2011, DJe 12/05/2011)

o STJ não pode deixar de examinar o recurso com base no efeito repetitivo, sob pena de negativa de jurisdição.

3.3 - A Lei nº 12.322/2010

O art. 544, CPC regula a interposição de recurso de agravo contra a decisão que nega seguimento ao recurso especial e/ou ao recurso extraordinário. A Lei nº 12.322/2010 alterou esse artigo para transformar o agravo na modalidade de instrumento em agravo nos próprios autos.

Essa modificação já vinha sendo propagada pela doutrina, até mesmo em razão da pouca praticidade na montagem de um instrumento, além do desperdício de tempo e papel.

Várias medidas vinham sendo adotadas pela simplificação do recurso de agravo previsto no art. 544, CPC, desde a possibilidade de provimento do recurso especial, quando o agravo fornecesse os instrumentos necessários, passando pela aceitação da declaração do próprio advogado de autenticidade das peças juntadas e culminando na transformação do agravo de instrumento para agravo nos próprios autos.

A alteração entrou em vigor a partir de 10 de dezembro de 2010. Os recursos interpostos a partir dessa data fazem com que não mais exista a subida apenas do agravo de instrumento ao STJ, mas os próprios autos são encaminhados a esse Tribunal.

Os recursos de agravo interpostos antes de 10 de dezembro de 2010 permanecem na modalidade de instrumento. O processamento e o julgamento se darão ainda na forma da previsão antiga, o que gera diversas implicações quando examinamos o tema da jurisprudência defensiva. Nesse mesmo sentido:

“(…), de modo a se concluir que somente a partir da vigência da Lei nº 12.322/2010 será possível a adoção do método de eliminação do agravo em seu feitiço apartado dos autos, processando-se regularmente como agravo de instrumento todos os recursos que já tenham iniciado sua trajetória pela metodologia legal anterior, desde que *já interposto e recebido* o agravo em sua antiga forma, como agravo de instrumento.”⁶⁶

⁶⁶ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **O Agravo nos Próprios Autos em Face da Inadmissibilidade do Recurso Extraordinário ou do Recurso Especial**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 93, p. 55.

Também em razão da cada vez maior utilização do meio eletrônico para o trâmite de processos, regulada pela Lei nº 11.419/2006, faz sentido a modificação introduzida no ordenamento acerca da diferença na modalidade em que é interposto o agravo contra despacho denegatório de seguimento de recurso especial e extraordinário.

No STJ, hoje, os autos tramitam em meio digital, ainda que seja aceito o peticionamento em papel, ou eletrônico, em razão de estar-se vivendo um momento de transição. Em breve, indicam as tendências, que todos os atos processuais serão praticados eletronicamente, o que tira todo sentido da montagem de um agravo de instrumento, no caso de despacho denegatório de seguimento de recurso especial e/ou recurso extraordinário.

Não há dúvida de que a nova lei aqui tratada é também medida tendente à realização da celeridade e da efetiva prestação jurisdicional, tanto em razão da simplificação que permite ao procedimento na elaboração do agravo, quanto em razão da maior facilidade de traslado, uma vez que caso seja dado provimento ao agravo, não há necessidade de aguardo de uma novo envio dos autos principais.

3.4 – Conclusões acerca das alterações do CPC e perspectivas para o futuro

No Capítulo 01 foram expostos os motivos pelos quais se entendeu, à época da criação do STJ, se estar diante de uma crise do Poder Judiciário. A imutabilidade do STF, diante da contínua modificação social, fez parecer que os mecanismos apresentados à sociedade, naquele momento, eram insuficientes para que a tutela jurisdicional fosse prestada adequadamente.

Assim é que, como dito anteriormente, criou-se uma esfera de extrema insatisfação, em que as instituições do Poder Judiciário não mais inspiravam confiança na população, criando um distanciamento entre essas instituições e os cidadãos que necessitavam da prestação jurisdicional do Estado.

O STJ foi criado justamente com o objetivo de resgatar o STF da crise em que se encontrava, de dividir a competência com um órgão que se

encontrava soterrado por processos, preso em uma crise da qual não era possível se desvencilhar sem auxílio.

Hoje, quer parecer que apesar de o STF ter recuperado um pouco de seu fôlego, não mais se apresenta aquele cenário de esperança e boas perspectivas que se traçava com a criação do STJ em 1988.

Apesar dos esforços no sentido de desobstruir o Poder Judiciário como um todo, quando se pensa em judicializar algum conflito, imediatamente são sopesados a morosidade, os custos de um processo e o desgaste das partes por anos a fio. A esse respeito:

“Face às mudanças e às rupturas que caracterizam e constituem a pós-modernidade, é fácil perceber que as partes, uma vez incapazes de prevenir e resolver seus conflitos, acabam por se submeter a uma burocracia, que sem dúvida não precisava ser tão morosa, mas que deve respeitar os princípios encontrados em todo Estado Democrático de Direito, como o acesso à justiça e o devido processo legal.”⁶⁷

Assim, a conjuntura que atualmente se apresenta faz com que reflexões sejam apresentadas no sentido de evitar que os erros cometidos no passado se repitam mais uma vez. Dessa vez, imergindo também o STJ em um sem número de recursos pendentes de julgamento.

Por isso é que o movimento de reformas do CPC tem sido em busca da razoável duração do processo, da celeridade da prestação jurisdicional. Aqui, tratou-se em especial dos recursos especiais repetitivos, previstos no art. 543-C, CPC e da recente modificação do art. 544, CPC, dada pela Lei nº 12.322/2010.

Embora essas tentativas sejam louváveis, não se pode perder de vista que outros valores e princípios constitucionais não podem ser sacrificados em função da celeridade processual. Não é apenas a razoável duração do processo que realiza o acesso a uma ordem jurídica justa, mas o enfeixamento dos diversos direitos fundamentais do jurisdicionado, preservados seus núcleos essenciais.

⁶⁷ TSHEINER, José Maria Rosa; VIAFORE, Daniele. **Da proposta de redução do número de demandas e recursos do projeto de novo CPC versus acesso à justiça**. Revista Jurídica, Sapucaia do Sul, v. 58, n. 401, mar. 2011, p. 27.

As alterações do CPC aqui tratadas – recursos repetitivos e agravo nos próprios autos – fazem crer, pelos novos sentidos apontados pela jurisprudência, que foram medidas capazes de trazer o jurisdicionado para mais próximo do STJ; e o Tribunal, buscando a racionalização de julgamentos, parece ter se atentado para o fato de que talvez o momento seja de superação e revisão de alguns de seus posicionamentos excessivamente formalistas.

Julgados mais recentes do STJ têm encampado justamente o que se expôs aqui acerca do princípio da instrumentalidade das formas, ou da necessidade de atendimento à finalidade da norma. A esse respeito:

“PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO OUTORGADA AO ADVOGADO DA AGRAVADA SUPRIDA PELA MANIFESTAÇÃO ESPONTÂNEA DA PARTE NOS AUTOS - DECISÃO QUE PRIVILEGIA O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO.

1. **Corrige-se a decisão que não conheceu do agravo, por falta da procuração outorgada ao advogado da agravada**, se a parte vem espontaneamente aos autos defender seus interesses - **Aplicabilidade do princípio da instrumentalidade do processo.**

2. **Embargos de declaração acolhidos**, com efeitos modificativos, a fim de que, nos termos do art. 259 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, seja **reconsiderada a decisão que não conheceu do agravo de instrumento, determinando-se a subida do especial para melhor análise.**”

(EDcl no AgRg no Agravo de Instrumento nº 313.244-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 16.4.2001 - sem grifos no original)

Ora, parece evidente que o entendimento exposto no julgado acima é o mais adequado e o que parece melhor atender aos princípios constitucionais aplicáveis ao processo. O acesso à ordem jurídica justa é dado justamente quando superações de posicionamentos retrógrados acontecem, quase como uma virada paradigmática.

Na mesma linha do julgado anterior:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE TRASLADO DE PROCURAÇÃO OUTORGADA AO ADVOGADO DO AGRAVADO. RECORRIDO REPRESENTADO PELO MESMO PROCURADOR. ATENDIMENTO PELO ADVOGADO DA INTIMAÇÃO PARA CONTRAMINUTAR O AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO, NA ESPÉCIE. TEMPERAMENTO DA

REGRA CONTIDA NO ART. 525, I, DO CPC. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS.

1. Esta Corte Superior, em alguns casos específicos, nos quais ausente a cópia da procuração outorgada a um dos advogados subscritores das contra-razões do recurso especial, tem dado temperamento à interpretação do referido artigo de lei, acentuando que, estando o recorrido representado pelos mesmos procuradores e atendida à intimação para apresentar contraminuta ao recurso especial, está ausente qualquer prejudicialidade, devendo ser temperada a regra por força dos princípios da instrumentalidade das formas e do pas de nullité sans grief 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 961322/SP, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 05/08/2010)

No acórdão do Agravo Regimental no Agravo nº 961322, o Ministro João Otávio de Noronha, assim se manifestou:

“Sou pelo estabelecimento de um juízo de relevância nesta Corte. A tese que subjaz ao recurso é de extrema importância. Tive a oportunidade de ler os arrazoados oferecidos por ambas as partes. Só por isso, de acordo com a filosofia que tenho adotado, já decidira pelo provimento do agravo no sentido de destrancar o processamento do recurso especial. (...) Aliás, tenho manifestação no sentido de derrogar essa jurisprudência extremamente defensiva e obsoleta como a do carimbo de protocolo, de ausência de procuração ou de contra-razões que não influenciam no julgamento do mérito recursal. Longe de se constituir numa verdadeira "jurisprudência defensiva", acaba por gerar, neste sodalício, um maior número de incidentes ou recursos que, ao fim e ao cabo terminam por congestionar as pautas de julgamento. Como, aliás, está a ocorrer no presente caso.”

O reconhecimento, em voto proferido pelo Ministro João Otávio de Noronha, da constituição de uma jurisprudência defensiva por parte do Tribunal, em si, já constitui um avanço. Maior avanço ainda é a conclusão de que *“ao fim e ao cabo terminam por congestionar as pautas de julgamento”*. Isto é, o próprio Tribunal pode passar a reconhecer que não é esse o caminho que vai resultar na desobstrução da quantidade enorme de recursos existentes no STJ.

Além da jurisprudência defensiva desrespeitar os princípios constitucionais já aqui mencionados, ela também não resulta numa conseqüente diminuição dos recursos, mas, pelo contrário acaba por gerar mais recursos. A parte, inconformada com a falta de solução para a lide, recorre na esperança de ver suas razões apreciadas pelo tribunal.

Veja-se o caso do antigo agravo de instrumento. Se houvesse desde logo a apreciação das razões do recurso, não haveria o dispêndio de tempo para o julgamento de vários outros recursos interpostos unicamente com o objetivo de provocar a superação de entraves formalistas.

Com a atual alteração introduzida pela Lei nº 11.322/2010, transformando o agravo de instrumento em agravo dos próprios autos, quer parecer que esse problema do excesso de formalismo quanto aos requisitos na formação do agravo seria resolvido, de uma forma, ou de outra, pois em se tratando de agravo nos próprios autos, não há mais que se falar nos defeitos de formação do instrumento como cópias ilegíveis do recurso especial.

Ainda assim, restam outros obstáculos a serem superados pelo STJ em sua jurisprudência, justamente porque nem todos os problemas formais estão relacionados aos vícios na formação do instrumento do agravo.

Um dos problemas hoje enfrentado é a diferença de tratamento entre os agravos interpostos antes da vigência da Lei nº 11.322/2010 e os agravos interpostos após o início dessa vigência gerada pelo apego excessivo à forma do instrumento. A solução mais adequada para uma suavização na disparidade existente seria o abrandamento do formalismo em prol mesmo da mentalidade por trás nova lei, de modo que muitos recorrentes deixariam de ser prejudicados pelo rigorismo formal do STJ.

A sistemática dos recursos especiais repetitivos deve tornar mais prático o julgamento dos recursos, racionalizando esse procedimento. Desde que a identificação da controvérsia se dê de forma responsável, com o devido cuidado para não deixar a celeridade processual se tornar valor absoluto em relação a outras garantias fundamentais.

O Projeto-Lei nº 166/2010, novo Código de Processo Civil, traz em seu corpo diversas propostas que visam à redução do número de demandas e recursos, o que não parece ser a forma ideal para a solução da atual morosidade do Poder Judiciário.

As medidas realmente eficazes parecem ser aquelas que atuam na outra ponta, criando ferramentas para que os julgamentos se tornem mais racionais e efetivos, sem que sejam impostos sacrifícios ao amplo acesso a uma ordem jurídica justa.

Concomitantemente ao momento em que se discute o novo Código de Processo Civil, novos debates se armam em torno da proposta de emenda constitucional, articulada pelo Ministro Cezar Peluso, conhecida como “PEC dos recursos” que *“visa a criar os artigos 105-A e 105-B da CF, determinando que haverá sempre o trânsito em julgado em segunda instância, de tal modo que os recursos excepcionais, eventualmente interpostos, não venham a ser dotados de efeito suspensivo.”*⁶⁸

Em síntese, o que parece pretender a proposta é que, tanto o STJ, quanto o STF, se tornem cada vez mais instâncias excepcionais, que atuam em julgamentos de casos selecionados, estabelecendo precedentes em questões realmente gerais e com importância social, econômica e política. A esse respeito, assim entende Aumaury Maia Nunes:

“O modelo proposto pela PEC valoriza o STF e o STJ como fontes de uniformização do direito, dando a entender que eles devem ser ainda mais tribunais de direito e não de justiça. Ao assim agir, o Judiciário colocaria o direito da parte em segundo plano, sob um fundamento de política judiciária segundo o qual isso seria necessário para que o sistema funcionasse melhor como um todo.”⁶⁹

A tutela dos direitos privados das partes em segundo plano por parte dessa instância extraordinária já é uma realidade desde a criação do STJ, de modo que a PEC dos Recursos não estaria desnaturando sua função constitucional.

Apesar da solução oferecida pela PEC dos Recursos seja a restrição das vias de acesso ao STJ, esse tipo de medida apenas é possível no âmbito das instâncias de superposição, à proporção que essas instâncias busquem ser realmente excepcionais, funcionando como uniformizadoras do direito.

Não parece razoável acreditar que exista um direito ao rejuízo da causa a garantir sempre o acesso das partes às instâncias extraordinárias. A PEC dos Recursos apenas prossegue com um projeto que já

⁶⁸ NUNES, Amaury Maia. Disponível em: <http://professoramaury.blogspot.com/2011/06/pec-do-peluso.html>. Acessado em 11.07.2011.

⁶⁹ NUNES, Amaury Maia. Disponível em: <http://professoramaury.blogspot.com/2011/06/pec-do-peluso.html>. Acessado em 11.07.2011.

vinha sendo concretizado com a criação da repercussão geral, no âmbito do STF e da sistemática dos recursos repetitivos, em se tratando de STJ.

Em verdade, a PEC vem concretizar o que vem se consolidando com essas reformas e por meio da jurisprudência, tentando, por meio de uma reestruturação de corpo do sistema, resolver justamente o problema que se tem colocado aqui: o desequilíbrio entre a quantidade e a qualidade de demandas e a capacidade de julgamento dos órgãos jurisdicionais. Ainda sobre o tema, Amaury Maia Nunes:

“A reforma nesse sentido já vinha acontecendo silenciosamente, por meio da jurisprudência. São inúmeros os exemplos de julgamento do STF, bem como do STJ, que se voltaram a solucionar a questão normativa abstrata e colocaram em segundo plano a lide do processo posta em julgamento pelo recurso.[28] Agora o que se pretende é o reconhecimento jurídico dessa aspiração no nível constitucional, de tal modo que se abra caminho para a reforma infraconstitucional necessária para compatibilizar totalmente essa inovação do trânsito em julgado antecipado com o ordenamento processual. Ou seja, a almejada PEC seria um primeiro passo para a reacomodação das expectativas dos atores políticos envolvidos na prática judicial.”⁷⁰

A proposta da emenda constitucional em comento, portanto, oferece solução definitiva ao atual problema da jurisprudência defensiva, uma vez que, em havendo um maior poder das instâncias extraordinárias em escolher em quais casos irão atuar e havendo um maior estreitamento nas vias de acesso a essas instâncias, desaparecerá a necessidade de reduzir, ainda que por via inadequada, a quantidade de recursos pendentes de apreciação pelo STJ.

O que não se pode deixar de ter em mente é que esse privilégio conferido às instâncias excepcionais, em especial ao STJ, que hoje ainda possui vias mais amplas de acesso do que o STF, é desejável na medida em que se promova uma melhora qualitativa e quantitativa dos tribunais de origem, federais ou estaduais.

A sofisticação da atuação dos tribunais de origem preza justamente pelos valores já aqui tão explicitados, do acesso à ordem jurídica justa e da efetiva prestação jurisdicional. O julgamento qualificado por órgãos

⁷⁰ NUNES, Amaury Maia. Disponível em: <http://professoramaury.blogspot.com/2011/06/pec-do-peluso.html>. Acessado em 11.07.2011.

colegiados realiza o real acesso à Justiça, permitindo o debate sobre as questões levadas aos tribunais, atividade tão prezada no estado democrático de direito.

Não pode o legislador destacar o STJ e o STF dos problemas da morosidade e da demora da prestação jurisdicional e deixar de equipar os tribunais de origem com as ferramentas necessárias para bem examinar os direitos das partes e adequadamente prestar a tutela jurisdicional.

Assim, a imposição de medidas nunca será eficiente sem que isso seja acompanhado por um movimento também de modificação de mentalidades dos atores da esfera judicial. Só assim é que os jurisdicionados poderão se livrar da morosidade, sem que ela seja substituída pela descrença no Poder Judiciário.

O que se observou com esse estudo é que a mentalidade formada pelos Ministros do STJ é a de procurar por vícios formais para evitar o avanço ao próximo passo no julgamento. Antes do exame de mérito, o recurso passa por vários crivos que já se afastaram do real objetivo do exame de admissibilidade de um recurso, qual seja, impedir que recursos manifestamente improcedentes prossigam tramitando, evitando o dispêndio desnecessário de tempo e dinheiro.

Hoje, tal qual se via antes da elaboração da Constituição de 1988, criou-se um campo minado ao acesso à prestação jurisdicional efetiva, o que gera a frustração dos jurisdicionados ao verem a injustiça se consolidar em seu caso, diante de talvez um pequeno defeito sanável em seu recurso.

Não se pode, contudo, deixar que a situação atual passe a gerar o sentimento generalizado de insegurança e descrédito. Como aqui se demonstrou, são necessárias novas medidas que funcionem como ferramentas que incrementem a celeridade da prestação jurisdicional, sem que outros princípios sejam desrespeitados.

A sistemática dos recursos especiais repetitivos promoveu um avanço no sentido desejado, qual seja, permitiu a racionalização dos julgamentos para os recursos que versem sobre temas em que a jurisprudência já se sedimentou.

Por outro lado, a Lei nº 12.322/2010, que criou a figura do agravo nos próprios autos, atua no mesmo sentido, mas em outro segmento, fazendo com que os entraves formais ao conhecimento dos recursos sejam

atenuados, resultando em efeito direto na jurisprudência defensiva do Superior Tribunal de Justiça.

As alterações legislativas aqui apontadas e estudadas, no entanto, não são suficientes para gerar o efeito desejado. Em verdade, alterações legislativas em geral orientam a atuação em determinado sentido, mas não são totalmente eficazes quando não são acompanhadas pela respectiva mudança de mentalidade.

O que se faz necessário, portanto, para que os jurisdicionados tenham assegurado o acesso à ordem jurídica justa é a mudança de mentalidade daqueles que atuam nos tribunais, especificamente aqui tratados os Ministros que compõem os órgãos colegiados do STJ, para que deixem de pensar no recorrente como um inimigo do qual precisam se ver livres e para que a função principal dos auxiliares do Tribunal deixe de ser a busca incansável por vícios formais.

A implementação do NUPRE em 2008, como anexo à Presidência, que realiza a verificação de atendimento aos requisitos formais dos recursos especiais e seus respectivos agravos de instrumento, demonstra como o STJ tem mobilizado servidores para a triagem formal, antes mesmo que o recurso possa atribuído a um relator.

Mais uma vez ressalta-se o que foi explicitado ao longo desse estudo: não se deve objetivar o total abandono das regras de caráter formal, mas deseja-se um maior equilíbrio entre o emprego da técnica e a atenção aos princípios, em contraposição à exacerbação dos requisitos técnicos que se tem hoje.

A solução definitiva à prática da jurisprudência defensiva parece ser aquela oferecida pela PEC dos Recursos, uma vez que a partir da reestruturação por ela proposta o STJ fortalecerá seu poder de escolha sobre quais causas devem ser julgadas a nível extraordinário.

Hoje, a própria jurisprudência defensiva permite que o STJ realize essa escolha, embora de uma forma velada. Quer dizer, a aproximação de conceitos e a superação de entraves ao bel prazer do que propõe o relator do caso faz com que esse tipo de jurisprudência seja superada unicamente quando

há uma vontade de julgar o recurso, por quaisquer motivos, em desrespeito à segurança jurídica.

Conclusão

Tendo como ponto de partida a definição das premissas constitucionais de atuação do STJ e quais as hipóteses de cabimento e os pressupostos específicos do recurso especial definidos no primeiro capítulo desse estudo, cumpre demonstrar quais conclusões decorrem dessa reflexão.

Necessário esclarecer que parte-se da proposta de exame da desnecessidade da jurisprudência defensiva construída ao longo dos anos pelo STJ, em face das recentes alterações promovidas no CPC, que permitiram a racionalização de julgamentos, a simplificação de procedimentos e uma possível modificação de postura por parte desse tribunal.

O Capítulo 01 tratou da crise em que estava inserido o STF e que, posteriormente, também acometeu o TFR, gerando uma necessidade por reformas, processo que culminou na criação do STJ, que teve sua competência extraída da bipartição do antigo recurso extraordinário.

O que se conclui do estudo promovido no Capítulo 01 é que o STJ foi criado com a missão institucional de promover uma melhor prestação jurisdicional do Estado e essa função é realizada principalmente no julgamento dos recursos especiais.

O Capítulo 02, por sua vez, definiu a ordem jurídica justa e como o recurso especial é instrumento capaz de garantir o acesso a essa ordem. Inicialmente, foram delineados os valores e princípios necessários para que a tutela jurisdicional do Estado seja efetivamente prestada.

Ressaltou-se que dar qualquer solução à lide não é suficiente para garantir a entrega da efetiva tutela jurisdicional. Apesar de o STJ ser instância que preza, precipuamente, pela segurança jurídica, ainda assim existem princípios que devem nortear o julgamento para dar a melhor composição possível à lide que foi levada ao seu âmbito de conhecimento.

O Capítulo 02 explicitou ainda o conceito de jurisprudência defensiva, que se constitui como prática que impõe restrições demasiadamente onerosas ao jurisdicionado como forma de defender o tribunal, no caso o STJ, do alto número de recursos que pendem de julgamento.

A jurisprudência defensiva, como se demonstrou, encontra sua forma típica no apego ao rigorismo formal, sem qualquer consideração ao

princípio da instrumentalidade das formas e ao atendimento ao objetivo da norma. Na atuação dos julgados mencionados, e de muitos outros no mesmo sentido, há um distanciamento criado pelo STJ das partes e dos casos concretos decorrente, em parte, da própria função desse tribunal.

Assim é que do estudo do Capítulo 02 se conclui que apesar da jurisprudência defensiva buscar a celeridade e a razoável duração do processo, não é forma legítima de alcance desses valores, pois, via de regra, há desrespeito a outros direitos fundamentais do jurisdicionado, como a instrumentalidade das formas e a segurança jurídica, todos inseridos no contexto da efetiva prestação jurisdicional e do devido processo legal, garantidos constitucionalmente.

O Capítulo 03 promoveu o estudo das recentes alterações do CPC: a modificação do agravo de instrumento para agravo nos próprios autos e a introdução da sistemática dos recursos especiais repetitivos.

Ressaltou-se que as próprias motivações das leis – Lei nº 12.322/2010 e Lei nº 11.672/2008 – demonstraram uma vontade do legislador em simplificar os procedimentos e em tornar o julgamento, no âmbito do STJ, mais racional e célere.

A conclusão que é possível se extrair do estudo é que o aparente conflito existente entre a (a) celeridade processual e a razoável duração do processo e (b) a efetiva prestação jurisdicional, o contraditório, a ampla defesa e a segurança jurídica não se solucionam de forma adequada com a jurisprudência defensiva.

A sistemática dos recursos especiais repetitivos, de forma diversa do modo de atuação da jurisprudência defensiva, ao mesmo tempo em que limita parte dos valores do devido processo legal, não atinge o núcleo essencial desse direito fundamental.

O agravo nos próprios autos, por sua vez, não sacrifica nenhum direito do jurisdicionado, prezando, de forma louvável, a instrumentalidade das formas, a celeridade e a razoável duração do processo.

Em suma, o que se pode afirmar é que as recentes alterações do CPC examinadas nesse trabalho contribuem para o abandono da jurisprudência defensiva, que, como exposto no Capítulo 02, longe de constituir boa solução para o grande número de recursos pendentes de julgamento, faz com que os

recursos se multipliquem e faz ainda com que surja o sentimento geral de ausência de Justiça.

Assim é que esse trabalho também conclui que à medida que se opta por conceder aparatos que restringem as vias de acesso ao STJ, como a sistemática dos recursos especiais repetitivos e a nova proposta feita pela PEC dos recursos, deve acontecer também o movimento de ampliação e qualificação dos tribunais de segunda instância, garantindo, portanto, o acesso ao julgamento colegiado, ao segundo grau de jurisdição, e, por consequência à ordem jurídica justa.

Referências Bibliográficas

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Recursos especiais repetitivos: mais uma tentativa de desobstruir os Tribunais**. In: Revista de Processo, v. 33, n. 162, ago. 2008.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Procedimentos Relativos ao Processamento e Julgamento de Recursos Repetitivos**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 67, p. 54 - 66, out. 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos**. RDC nº39, Jan-Fev/2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CARDOSO, Oscar Valente. **Alterações no Recurso de Agravo: Lei nº 12.322/2010**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 93, p. 89 - 96.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Primeiras observações sobre a lei dos recursos repetitivos no STJ**. In: Revista de Processo, v. 33, n. 160, p. 83-86, jun. 2008.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **O Agravo nos Próprios Autos em Face da Inadmissibilidade do Recurso Extraordinário ou do Recurso Especial**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 93, p. 52 - 61.

CORREIA, Oscar Dias. **Breves Ponderações sobre a Crise do Poder Judiciário**. Revista de Processo, nº 98, p. 153 - 160.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula Vinculante e Segurança Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Henrique Araújo. **Reexame de prova em recurso especial: A Súmula 7 do STJ**. Brasília: Thesaurus, 2008.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Negativa de Seguimento a Recurso Extraordinário ou Especial: Agravo nos Autos do Processo, e não mais de Instrumento**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 95, p. 104 - 124.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002

DINAMARCO, Cândido Rangel. Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

FARIA, Márcio Carvalho. **A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais**. Revista de Processo, nº 167, p. 250 - 269, 2009.

FARIA, Márcio Carvalho. **O formalismo exacerbado quanto ao preenchimento de guias de preparo: ainda a jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores**. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 231-253, mar. 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2007.

GALVÃO, Ilmar Nascimento, Poder Judiciário. **Reforma de 1988. O recurso especial no Superior Tribunal de Justiça**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991.

KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo superior tribunal de justiça**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

LINS, Maria Lúcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos Repetitivos. Realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau**. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 191, p. 187-200, jan. 2011.

LIVONESI, André Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência: a Tutelar Cautelar e a Tutela Antecipada do art. 273 do CPC**. In: Revista Dialética de Direito Processual (RDDP) nº 28, 2005.

MARTINS, Samir José Caetano. **O Julgamento de Recursos Especiais Repetitivos (Lei nº 11.672/2008)**. In: Revista Dialética de Direito Processual, n. 64, p. 114-120, jul. 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia Medina; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Recursos especiais repetitivos: problemas de constitucionalidade da Resolução 8/2008, do STJ**. In: Revista de Processo, v. 33, n. 163, p. 190-195, set., 2008.

NUNES, Amaury Maia. Disponível em:
<http://professoramary.blogspot.com/http://professoramaury.blogspot.com/2011/06/pec-do-peluso.html>2011/
06/pec-do-peluso.html. Acessado em 11.07.2011.

REIS, Silas Mendes dos; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Recursos especiais repetitivos no STJ**. São Paulo: Editora Método, 2009.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. Do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

RODRIGUES NETTO, Nelson. **Análise Crítica do julgamento “por atacado” no STJ (Lei 11.672/2008 sobre recursos especiais repetitivos)**. In: Revista de Processo, v. 33, n. 163, p. 234-247, set., 2008.

ROSAS, Roberto. **A crise no Judiciário e a criação do STJ**. Revista do Advogado, v. 103, p.104-106, 2009

SILVA, Adriana S., **Acesso à Justiça e Arbitragem: um caminho para a crise do Judiciário**. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia**. Revista de Processo, ano 28, nº 110, p. 19 - 36, abr. 2003.

TEDESCO, Paulo Camargo. **Jurisprudência defensiva de segunda geração**. Revista de Processo, São Paulo, v. 35, n. 182, p.259-290, abr. 2010.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. **Recursos Especiais Repetitivos Recursos Fundados em Idêntica Questão de Direito no Âmbito do Superior Tribunal de Justiça**. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 191, p. 161-186, jan. 2011.

TSHEINER , José Maria Rosa; VIAFORE, Daniele. **Da proposta de redução do número de demandas e recursos do projeto de novo CPC versus acesso à justiça**. Revista Jurídica, Sapucaia do Sul, v. 58, n. 401, p. 11-31, mar. 2011.

WATANABE, Kazuo, Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.) **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 2005.

Nome do arquivo: Monografia - versão final.DOC
Diretório: C:\Meus documentos
Modelo: C:\Arquivos de Programas\Microsoft
Office\Modelos\PNA\Normal.dotm
Título:
Assunto:
Autor: Lívia
Palavras-chave:
Comentários:
Data de criação: 11/07/2011 20:56:00
Número de alterações: 5
Última gravação: 19/07/2011 14:39:00
Salvo por: Lívia
Tempo total de edição: 24 Minutos
Última impressão: 19/07/2011 14:56:00
Como a última impressão
Número de páginas: 65
Número de palavras: 18.930 (aprox.)
Número de caracteres: 102.222 (aprox.)