

JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA – DOCTRINA MAJORITÁRIA E PANORAMA ATUAL

DEFENSIVE JURISPRUDENCE - MAJORITY
DOCTRINE AND CURRENT OVERVIEW

LETÍCIA BIANCA PINHEIRO¹

BRUNO SMOLAREK DIAS²

RESUMO

A jurisprudência defensiva consiste basicamente, na adoção de práticas pelos Tribunais Superiores brasileiros, para não conhecimento de recursos, mantendo o foco da análise recursal na formalidade e rigidez dos pressupostos de admissibilidade e conhecimento. Apesar do novo Código de Processo Civil tentar evitar a ocorrência do que chamamos de jurisprudência defensiva, ela ainda é comum. Grande parte das hipóteses trazidas pela doutrina como jurisprudência defensiva não são mais usadas, mas a sobrecarga do Judiciário traz, a cada dia, novas formas de sua aplicação.

Palavras-chave: jurisprudência defensiva; tribunais superiores; processo.

ABSTRACT

Defensive jurisprudence basically consists in the adoption of practices by the Brazilian Superior Courts, for not receiving appeals, keeping the focus of the appeal analysis on the formality and rigidity of the assumptions of admissibility and knowledge. Although the new Code of Civil Procedure tries to prevent the occurrence of what we call defensive jurisprudence, it is still common. A large part of the hypotheses brought by the doctrine as defensive jurisprudence are no longer used, but the overload of the Judiciary brings, every day, new forms of its application.

Keywords: defensive jurisprudence; superior courts; process.

1. INTRODUÇÃO

A sobrecarga do Poder Judiciário devido a enorme quantidade de processos, bem como a necessidade e cobrança social por maior produtividade e eficiência, são dois dos maiores justificantes para as recentes transformações ocorridas no processo.

1 Mestranda em Direito Processual e Cidadania – UNIPAR. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Brasil. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7227-9894>.

2 Doutorado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Brasil. Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania – UNIPAR. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9998-7025>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

PINHEIRO, Letícia Bianca; DIAS, Bruno Smolarek. Jurisprudência defensiva – doutrina majoritária e panorama atual. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 85-103, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.8374>.

Apesar disso, as alterações, sejam elas legislativas ou jurisprudenciais, tem dado a impressão de um terceiro motivo, não tão expresso, apesar de relevante. A assim chamada “jurisprudência defensiva”, muito debatida pela doutrina em razão da larga recusa em fundamentar os recursos apresentados tanto na legislação infraconstitucional, quanto na própria Constituição Federal.

O objeto principal de estudo deste artigo é esta manobra judicial adotada pelos Tribunais para diminuição dos números de processos que, em vários momentos, acaba não resolvendo os conflitos sociais, e gera outros em razão de seu uso (ex. não conhecimento de recurso em que se requer a observância da Constituição Federal – violada pelo julgamento anterior – somente por não preenchimento de requisitos formais). Assim, no exemplo anteriormente mencionado, a Constituição continuaria a ser violada trazendo insegurança jurídica aos jurisdicionados que têm na Justiça um “porto seguro” na defesa de seus direitos.

A jurisprudência defensiva, é muito debatida na doutrina pela recusa dos recursos sem fundamentação nas Leis ou na própria Constituição.

O Código de Processo Civil de 2015, teve como um dos seus objetivos a erradicação da fundamentação genérica e sem amparo legal, por meio de alterações e acréscimo de artigos voltados à fungibilidade, cooperação processual e primazia da resolução do mérito.

A seguir, trataremos as principais hipóteses utilizadas para a aplicação da jurisprudência defensiva pelos Tribunais, as alterações legislativas referentes a estas hipóteses e uma análise crítica do panorama atual relativo ao Poder Judiciário e a manutenção ou não desta prática.

O presente estudo utiliza-se da pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, através do método dedutivo. Tendo em vista que há também a interpretação por parte do pesquisador, trazendo informações e conhecimento não com citações isoladas, mas com análise interpretativa e tendo em vista a alocação prática do estudo.

Como objetivo temos a análise daquilo que a doutrina entende por jurisprudência defensiva e o panorama atual da aplicação dessa prática tendo em vista as alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015).

2. CONCEITO E CONTEXTO

Não existe, atualmente, um conceito formal acerca da jurisprudência defensiva, afinal, trata-se de uma prática escusa adotada pelos Tribunais Superiores para restringir o acesso dos recursos à essas instâncias.

Pode-se entender que a jurisprudência defensiva - como o próprio nome já diz - é um conjunto de decisões realizadas pelos Tribunais de forma a criar uma resistência (defensividade). Porém, o mais interessante é que essa “defesa” é para que os Tribunais Superiores tenham o número de processos a eles submetidos, diminuído.

Armando Wesley Pacanaro define a jurisprudência defensiva:

A doutrina processual pouco fala sobre o assunto, porém podemos defini-la como a instituição de “requisitos judiciais” e ilegítimos exigidos no caso concreto com a finalidade de conter o excesso de recursos interpostos. Frisamos “requisitos judiciais” justamente porque tais exigências não são previstas em lei, mas sim criadas e imaginadas pelos julgadores das superiores instâncias. (PACANARO, 2017, p. 151)

Resumidamente, é o (contra-) ataque da jurisprudência aos recursos realizados nos processos para que a sobrecarga das Cortes diminua, não importando muito as demais consequências deste ato.

Como bem menciona Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Fernando Moreira Freitas da Silva (2014, p. 44), a jurisprudência defensiva “constitui uma forma odiosa de negar acesso à jurisdição travestida de compromisso com a celeridade processual”.

O “autor intelectual” da expressão jurisprudência defensiva é o ex-ministro do STJ Humberto Gomes de Barros (TORRE, 2015) o qual, em seu discurso de posse da presidência do STJ (STJ, 2020a), trouxe-nos de forma delineada acerca do tema discutido:

[...] Em 1991, incorporei-me ao novo colegiado. Naquela época, com dois anos de existência, o STJ identificava-se como o tribunal da federação e consolidava posição pioneira na estrutura do Poder Judiciário brasileiro. Corajosamente, abandonava velhas técnicas, superando tradicionais entraves que dificultavam o conhecimento de recursos excepcionais. Mitigou a exigência de prequestionamento e outras dificuldades.

Passou a resolver questões federais efetivamente relevantes. Desgraçadamente, a nova Corte foi vítima de fatal esquecimento. Tanto o Constituinte de 1988 quanto o Legislador ordinário esqueceram-se de imunizá-la contra a velha endemia que aflige o Poder Judiciário brasileiro - o processualismo e a ineficácia das decisões judiciais. À mingua de tal vacina, os recursos especiais passaram a observar velhas regras, originalmente concebidas para os recursos ordinários. As decisões do Tribunal - ao invés de funcionarem como faróis, orientando em definitivo a aplicação do direito federal - reduziram-se a soluções tópicas, cujo alcance limitava-se às partes envolvidas em cada processo. Geraram-se situações insólitas. Lembro, a propósito, aquela em que - chamado a definir o índice de correção do FGTS -, o Tribunal foi compelido a repetir-se em milhares de processos absolutamente idênticos. Houvesse bom senso - uma vez estabelecido o índice de reajuste -, todos os julgadores passariam a aplicá-lo. Estaria realizada a ideia que inspirou a criação do STJ: gerar segurança jurídica e prestigiar as decisões locais. Isso, lamentavelmente, não aconteceu. O STJ transformou-se em terceira instância. Passou a receber, indiscriminadamente, apelos oriundos de trinta e dois tribunais, espalhados por todo o Brasil. Os recursos que deveriam ser especiais transformaram-se em ordinários. Os 19.267 processos julgados em 1991 transformaram-se, no ano passado - 2007 -, na inacreditável soma de 330.257 decisões. Dividido esse total pelo número de ministros que integram a Corte, percebe-se que, em 2007, cada um desses magistrados apreciou, em média, 11.901 processos. A enormidade revela-se quando lembramos o art. 106 da Lei Orgânica da Magistratura, que estabelece em trezentos o limite de distribuição anual de processos por magistrado. Sufocado pelo insuportável peso de tantos encargos, o Tribunal mergulhou em paradoxo semelhante àquele que envolveu o sofredor Juca Mulato. O trágico personagem de Menotti Del

Picchia descobriu que ‘Esta vida é um punhal com dois gumes fatais: Não amar é sofrer; amar é sofrer mais!’ À semelhança do patético Juca, o STJ percebeu que, na situação em que se encontrava, ‘Não julgar é justiça denegar; Julgar às pressas é arriscar E com a injustiça flertar’. Criado para funcionar como instância excepcional, o Tribunal da Federação desviou-se. Passou a dedicar mais da metade de sua atividade ao trato de agravos de instrumento - apelos indiscutivelmente ordinários. Essa circunstância nos relega ao status de Corte semi-ordinária. O exagerado número de feitos intensificou a frequência dos julgamentos, aumentando a possibilidade de erros, tornando insegura a jurisprudência.

Insegura a jurisprudência, instaura-se a insegurança jurídica. Sem conhecer a correta e segura interpretação dos enunciados jurídicos, o cidadão queda-se no limbo da insegurança. Se assim acontece, o STJ deixa de ser o intérprete máximo e definitivo do direito federal. Desviado de sua nobre função, corre o risco de se tornar um fator de insegurança. Às vésperas de completar vinte anos, o Tribunal, adolescente, enfrenta crise de identidade [...] (STJ, 2020a)

Dessa forma, essa prática vem com o intuito de barrar recursos, mesmo que eles tenham condições de serem providos, por um excesso de formalismo e apego aos aspectos processuais de pouca importância, indo na contramão do entendimento doutrinário e criando requisitos que sequer estão previstos na Constituição Federal ou nas demais Leis (AMARAL; SILVA, 2014).

A adoção dessa prática não teve um marco específico, nem uma data exata, mas pode-se inferir que passou a surgir em decorrência do aumento considerável de processos.

Desde os anos 30, já se discutia a sobrecarga processual do Supremo Tribunal Federal (STF). A partir dos anos 60, acentuou-se o debate, no que passou a ser chamada como “crise do Supremo”. (STJ, 2020b)

É válido ressaltar um pouco do panorama histórico que originou a crise do Supremo e as medidas adotadas ao longo dos anos para sua superação.

Vejamos primeiramente uma introdução acerca do histórico do Supremo Tribunal Federal, para melhor compreender o contexto em que surgiu a crise mencionada, como trazido pelo site oficial (STF, 2020a):

O Supremo Tribunal Federal, foi instalado com esta denominação, em 28 de fevereiro de 1891, conforme estabelecido no Decreto n.º 1, de 26 do mesmo mês. Era composto por quinze Juízes, nomeados pelo Presidente da República com posterior aprovação do Senado.

Após a Revolução de 1930, o Governo Provisório decidiu, pelo Decreto n.º 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, reduzir o número de Ministros para onze. A Constituição de 1934 mudou a denominação do órgão para “Corte Suprema” e manteve o número de onze Ministros, dele tratando nos artigos 73 a 77.

A Carta de 10 de novembro de 1937 restaurou o título “Supremo Tribunal Federal”, destinando-lhe os artigos 97 a 102.

No período do regime militar, o Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, aumentou o número de Ministros para dezesseis, acréscimo mantido pela Constituição de 24 de janeiro de 1967. Com base no Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, foram aposentados, em 16 de janeiro de 1969, três Ministros.

Posteriormente, o Ato Institucional n.º 6, de 1º de fevereiro de 1969, restabeleceu o número de onze Ministros, acarretando o não-preenchimento das vagas que ocorreram até atendida essa determinação.

Com a restauração da democracia, a Constituição ora vigente, promulgada em 5 de outubro de 1988, realçou expressamente a competência precípua do Supremo Tribunal Federal como guarda da Constituição, dedicando-lhe os artigos 101 a 103. (STF, 2020a).

A criação do Supremo Tribunal Federal marcou a redemocratização do país e o fim do autoritarismo. A Constituição de 1988 foi crucial para que o órgão de cúpula do Judiciário assumisse posição de destaque e permitiu a concretização e o estabelecimento de um Tribunal democrático e independente.

Com a promulgação da Constituição de 1988, foi criado o STJ (Superior Tribunal de Justiça) (STJ, 2020c) que se originou do chamado TFR (Tribunal Federal de Recursos). O TFR que deu origem ao STJ, surgiu com a redemocratização da Constituição de 1946 a qual recriou a justiça federal. Dessa forma, tinha esse Tribunal, a competência recursal para as causas de interesse da União (STJ, 2020d).

A criação do TFR na década de 40 foi, em certo sentido, uma resposta à sobrecarga processual, pois um dos objetivos de sua criação era reduzir a competência do Supremo Tribunal Federal (STJ, 2020b). Assim, várias das questões mais ordinárias passariam a ser trabalhadas pelo recém criado tribunal, possibilitando ao STF manter o foco na guarda precípua da Constituição e a estruturação do controle de constitucionalidade.

Com o passar do tempo, além de competência para causas de interesse da União, foram passadas outras competências do STF ao TFR, o Tribunal Federal de Recursos, a princípio, tinha duas feições: a de Tribunal de segundo grau e a de Tribunal nacional (STJ, 2020e).

Surgiu então do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a partir do TFR e também foram criados os tribunais regionais federais. Portanto, o STJ passou a ser a instância judicial para a uniformização da interpretação do direito infraconstitucional.

Nesse interim, o STJ surgiu também para diminuir a sobrecarga processual do STF, porém sabemos hoje que somente essa medida não foi suficiente para conter o avanço da litigiosidade no Brasil e, em especial para este artigo, o conseqüente abarrotamento de processos dos Tribunais Superiores.

O aumento na quantidade de processos também se deve a uma busca à atividade jurisdicional que também cresceu com o advento da Constituição de 1988, vez que “[...] abriu as portas do Poder Judiciário a um sem-número de cidadãos que, antes, não tinham ciência de seus direitos ou, se tinham tais informações, não possuíam meios idôneos para pleiteá-los. [...]” (JATAHY; ALMEIDA; AYOUB, 2016, p. 333).

Carlos Roberto Jatahy, Diogo Assumpção Rezende de Almeida e Luiz Roberto Ayoub, (2016, p. 335), mencionam que, apesar da Constituição determinar que as Cortes Superiores cumpram suas normas e determinem a forma correta de se interpretar o direito, ocorrem mesmo assim:

[...] (i) um sem-número de decisões imprecisas, (ii) os nefastos julgamentos “por pilhas” e (iii) a tentativa desesperada – e orientação velada – de a jurisprudência de brechar, a todo custo, os recursos excepcionais, evitando que os mesmos desemboquem nas Cortes Superiores, entre outras consequências não menos nebulosas. (JATAHY; ALMEIDA; AYOUB, 2016, p. 335)

A jurisprudência defensiva, então, não consiste apenas em uma prática, mas em um conjunto de práticas adotadas, dentre as quais estão:

(i) exigência de ratificação prévia de recursos excepcionais interpostos antes do julgamento de embargos de declaração; (ii) rigorismo desmedido no preenchimento de guias de preparo recursal; (iii) impossibilidade de correção de eventuais vícios sanáveis; (iv) inconsistências eternas no trato do prequestionamento; (v) a necessidade, quase obrigatória, de interposição simultânea de recurso especial e recurso extraordinário, dada a dificuldade extrema em se definirem, exatamente, os contornos da ofensa constitucional ser *direta* ou *reflexa* etc. (JATAHY; ALMEIDA; AYOUB, 2016, p. 335-336)

É importante destacar que o rol apresentado acima traz as práticas mais comuns que pela repetitividade se destacam, porém, isso não afasta o uso de outras formas pelos tribunais para impedir o acesso dos recursos.

3. HIPÓTESES APONTADAS PELA DOUTRINA

Como mencionado anteriormente, trataremos a seguir as principais práticas adotadas pelos Tribunais para o não recebimento de recursos, apontadas pela doutrina como adoção à jurisprudência defensiva.

Ademais, ao explicar cada uma das hipóteses abaixo, procura-se verificar se com o advento do Código de Processo Civil de 2015 estes entraves foram ou não superados e, em caso afirmativo, de quais formas.

3.1 FALTA DE PROCURAÇÃO/SUBSTABELECIMENTO

O artigo 37 do CPC/1973 (BRASIL, 1973) determinava que o advogado sem mandato não será admitido a procurar o juízo. A súmula 115 do STJ, no mesmo sentido, determinava que o recurso interposto na instância especial é inexistente se interposto por advogado sem procuração nos autos (FARIA, 2013).

Apesar do CPC/1973 (BRASIL, 1973) trazer também o artigo 13 mencionando a possibilidade de quando verificada a incapacidade processual ou irregularidade na representação das partes, o Juiz suspender o processo e marcar prazo para que o defeito fosse sanado, entendiam os julgadores que esse artigo não se aplicava às instâncias superiores e, portanto, o recurso era tido como inexistente sem qualquer possibilidade de correção do vício (FARIA, 2013).³

3 EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO ASSINADO POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. AGRAVO REGIMENTAL INEXISTENTE. PRECEDENTES. O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pacífica no sentido de que se considera inexistente o recurso assinado por procurador sem representação nos autos. Precedentes. Ademais, note-se que é firme o entendimento desta Corte de que não é aplicável ao recurso extraordinário a norma

Como bem menciona Heloísa Leonor Buika:

Se a lei processual admite a regularização da representação processual, é demonstração de formalismo excessivo excluir as Cortes mais elevadas do país, as quais deveriam dar o exemplo, oferecendo oportunidade para que a parte corrija a omissão e faça a juntada do instrumento de procuração para a correção do defeito de representação.

Considerar o recurso inexistente, conforme sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, por ter sido interposto por advogado sem procuração, constitui formalismo, bem como demonstra afronta a dispositivo de lei complementar, conforme artigo 13 do Código de Processo Civil, visto que a permissão de correção do defeito de representação não exclui as Cortes Superiores, pois é válida para qualquer grau de jurisdição. (BUIKA, 2015, p. 153)

O Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), trouxe novamente o conteúdo do artigo 13 do CPC/1973 (BRASIL, 1973) no seu artigo 76, e trouxe inovação ao incluir em seu §2º as consequências do descumprimento do seu caput caso a determinação ocorra em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior.

Dessa forma, extinguíram-se as especulações doutrinárias acerca da impossibilidade de sanar defeito nas instâncias excepcionais.

Quanto à Súmula 115 do STJ, a mesma não foi cancelada, permanecendo válida. Entretanto, o entendimento atual é de que incidirá somente quando a parte intimada para regularização da representação processual nos termos do CPC/2015, deixar de procedê-la.⁴

3.2 ASSINATURA NA PEÇA PROCESSUAL

O STF e o STJ haviam pacificado o entendimento de que era inexistente o recurso interposto sem assinatura daquele que o elaborou. A fundamentação era basicamente a mesma da situação anterior, pois não seria possível verificar se aquele que interpôs o recurso era, de fato, procurador ou substabelecido no processo (FARIA, 2013).

Novamente, apesar da existência do artigo 13 do CPC/1973 (BRASIL, 1973), o entendimento era de que o defeito não poderia ser sanado.⁵

Mister que a assinatura do advogado confere ao recurso a presunção de veracidade, mas não permitir que o defeito possa ser corrigido e dizer que o recurso é inexistente quando não

inscrita no art. 13 do CPC. Precedentes. Agravo regimental não conhecido. (STF - Acórdão Re 602938 Agr / Ce - Ceará, Relator(a): Min. Roberto Barroso, data de julgamento: 12/11/2013, data de publicação: 13/12/2013, 1ª Turma)

4 AGRADO INTERNO NO AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. 1. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO DO SUBSCRITOR DO RECURSO. 2. AGRADO INTERNO DESPROVIDO. 1. Intimada a regularizar a sua representação processual, nos termos do art. 932, parágrafo único, do CPC vigente, a parte que deixa de proceder à juntada no prazo de 5 (cinco) dias, faz incidir ao caso a Súmula 115/STJ. 2. Agravo interno desprovido. (STJ - Acórdão Agint no Agint no Aresp 1053466 / Ms, Relator(a): Min. Marco Aurélio Bellizze, data de julgamento: 07/08/2018, data de publicação: 13/08/2018, 3ª Turma)

5 AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO ADVOGADO SUBSCRITOR. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO POSTERIOR. AGRADO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Sob a vigência do CPC/73, é inexistente recurso interposto sem a assinatura de advogado, sendo a irregularidade insanável. Ainda que o protocolo do Recurso Especial tenha sido feito na forma eletrônica, é necessária a assinatura digital, nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei 11.419/2006. 2. No caso em tela, não há nenhum sinal indicativo de que o recurso especial está assinado eletronicamente mediante certificação digital emitida por autoridade certificadora credenciada. A mera anexação a sistema do Tribunal de documento eletrônico sem a respectiva assinatura digital equivale à protocolização de recurso inexistente, pois não subscrito por advogado. Incidência da Súmula 115/STJ. 3. Agravo interno não provido. (STJ - Acórdão Agint no Aresp 1209251 / Mg, Relator(a): Min. Mauro Campbell Marques, data de julgamento: 05/06/2018, data de publicação: 11/06/2018, 2ª Turma)

há assinatura é demasiado, afinal de contas, se o ato é inexistente, dele não deveriam decorrer efeitos. Contudo, ocorre o adiamento da formação da coisa julgada por conta do julgamento, e somente se falará em prazo para ajuizamento de ação rescisória após o trânsito em julgado da decisão final. Portanto, como é inexistente se gerou efeitos? (FARIA, 2013).

Como trazido por Márcio Carvalho Faria:

[...] trata-se de medida por demais rigorosa impedir que a falta de assinatura na peça recursal seja sanada, sobretudo na situação atual de desenvolvimento da sociedade, da tecnologia e do próprio processo. Ademais, não há qualquer justificativa legal que permita, à jurisprudência, considerar possível a correção do vício nas instâncias ordinárias, e vedar-lhe nas excepcionais. (FARIA, 2013, p. 535)

Nos mesmos moldes da hipótese anterior, o CPC/2015 trouxe a possibilidade de sanar defeitos mesmo nas instâncias excepcionais, em tese, devendo cair por terra a aplicação de jurisprudência defensiva neste caso (BRASIL, 2015).

3.3 RECURSO INTERPOSTO ANTES DA INTIMAÇÃO (PREMATURIDADE)

Havia entendimento jurisprudencial no sentido de que os recursos interpostos antes das partes serem intimadas da decisão impugnada seriam intempestivos (GAVA; MORAES, 2015).

Dessa forma, para os Tribunais superiores, o termo inicial da contagem de prazo não pode ser assentada na simples notícia do julgamento, pois seu prazo começaria somente com a publicação do acórdão recorrido a menos que fosse ratificado posteriormente.⁶

Nesse mesmo sentido era a redação da Súmula 434 do Tribunal Superior do Trabalho.

O CPC/2015 então, visando a extinção de decisões nesse sentido, trouxe em seu artigo 218, §4º, que serão tempestivos os atos praticados antes do termo inicial do prazo, ou seja, antes da publicação da decisão recorrida (BRASIL, 2015).

A Súmula 434 do TST, foi então cancelada por força do entendimento jurisprudencial trazido pelo AG-REG-AI 703.269/MG de Relatoria do Min. Luiz Fux.⁷

6 EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRIMEIROS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EXTEMPORÂNEOS E DESERTOS. SEGUNDOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA OPOSTOS POR QUEM NÃO É PARTE. 1. O Supremo Tribunal Federal assentou que a simples notícia do julgamento não fixa o termo inicial da contagem do prazo recursal, de modo que o recurso interposto antes da publicação do acórdão recorrido é prematuro, a menos que seja posteriormente ratificado. 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal está pacificada no sentido de que o preparo dos embargos de divergência deve ser comprovado no ato da interposição do recurso, sob pena de deserção. 3. Não cabe embargos de divergência opostos por quem não é parte no processo. 4. Embargos de divergência rejeitados. (STF - Acórdão Re 606376 Ed-edv / Rs - Rio Grande do Sul, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, data de julgamento: 19/11/2014, data de publicação: 19/12/2014, Tribunal Pleno)

7 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. EXTEMPORANEIDADE. INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL. PRECLUSÃO IMPRÓPRIA PARA PREJUDICAR A PARTE QUE CONTRIBUI PARA A Celeridade PROCESSUAL. BOA-FÉ EXIGIDA DO ESTADO-JUIZ. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. A extemporaneidade não se verifica com a interposição de recurso antes do termo a quo e conseqüentemente não gera a ausência de preenchimento de requisito de admissibilidade da tempestividade. 2. O princípio da instrumentalidade do Direito Processual reclama a necessidade de interpretar os seus institutos sempre do modo mais favorável ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e à efetividade dos direitos materiais (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, n.º 137, p. 7-31, 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010). 3. As preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, não sendo possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual com o não conhecimento do recurso por ela interposto antecipadamente, em decorrência de purismo formal injustificado. 4. Os

Com a decisão, a doutrina defende a pacificação do entendimento de que a interposição de recursos antes da intimação da publicação da decisão recorrida ser tempestiva, em especial, pois está em perfeita consonância com as diretrizes de eficiência e eficácia que se esperam da razoável duração do processo.

3.4 RATIFICAÇÃO DE RECURSO APÓS JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

A jurisprudência entendia que os recursos deveriam ser ratificados após o julgamento de embargos de declaração, independentemente de seu resultado, assim como era trazido pela súmula 418 do STJ (GAVA; MORAES, 2015).

Ocorre que, ao julgar a Questão de Ordem no REsp 1.129.215/DF na sessão de 16/09/2015, a Corte especial entendeu que:

[...] a única interpretação cabível para o enunciado da Súmula 418 do STJ é aquela que prevê o ônus da ratificação do recurso interposto na pendência de embargos declaratórios apenas quando houver alteração na conclusão do julgamento anterior. (DJe 03/11/2015) (STJ, 2020f).

Na sessão de 01/07/2016 foi determinado o cancelamento da Súmula 418 (STJ, 2020f).

Ademais, o entendimento jurisprudencial, nesse sentido, foi também alterado com a vinda dos §§4º e 5º do artigo 1.024 do CPC/2015 (BRASIL, 2015), que trouxeram o entendimento de que somente é necessária a ratificação do recurso quando o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada e de que, caso os embargos sejam rejeitados, sem modificação do julgamento anterior, o recurso será processado e julgado independentemente de ratificação (GAVA; MORAES, 2015).

3.5 VOTO VENCIDO COMO PARTE INTEGRANTE PARA PREQUESTIONAMENTO

A Súmula 320 do STJ, nos traz que “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento” (STJ, 2020f).

Ainda, a Súmula 211 do STJ, também aborda que seria “inadmissível recurso quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo” (STJ, 2020f).

embargos de declaração opostos objetivando a reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. (Precedentes: Pet 4.837-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 14.3.2011; Rcl 11.022-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 7.4.2011; AI 547.827-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ 9.3.2011; RE 546.525-ED, rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 5.4.2011). 5. In casu, pugna-se pela reforma da seguinte decisão: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO PROTOCOLADA ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. EXTEMPORANEIDADE. INTERPOSIÇÃO DE DOIS RECURSOS CONTRA A MESMA DECISÃO. OFENSA AO POSTULADO DA SINGULARIDADE DOS RECURSOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, DE MANEIRA OBJETIVA, MEDIANTE ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O ACÓRDÃO PARADIGMA E A DECISÃO EMBARGADA, DA EXISTÊNCIA DO ALEGADO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO ADMITIDOS”. 6. Agravo regimental provido para cassar a decisão de inadmissão dos embargos de divergência com fundamento na extemporaneidade recursal. (AI 703269 AgR-ED-ED-EDv-ED, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015)

Dessa forma, o voto vencido e as questões que não foram apreciadas pelo Tribunal, não seriam consideradas para fins de prequestionamento.

Até o presente momento (outubro de 2020), ambas as Súmulas mencionadas não foram canceladas (STJ, 2020f).

Porém, o CPC/2015 reverbera em seus artigos 941, §3º e artigo 1.025 (BRASIL, 2015), que o voto vencido é considerado parte integrante do acórdão, inclusive para fins de prequestionamento, e estão incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, mesmo que sejam inadmitidos ou rejeitados, afastando a possibilidade de reiteração da jurisprudência defensiva neste caso (GAVA; MORAES, 2015).

Quanto às questões não apreciadas pelo Tribunal, não são admitidas para fim de prequestionamento caso não tenha sido oposto embargos de declaração acerca da matéria discutida que deve ser prequestionada, assim é o entendimento da jurisprudência atual⁸ e reiterado pela Súmula 356 do STF (STF, 2020c).

3.6 FUNGIBILIDADE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM RECURSO ESPECIAL

A jurisprudência possuía firme entendimento pela impossibilidade de conversão de Recurso Especial em Extraordinário e vice-versa (AMARAL; SILVA, 2014).

O STJ não reconhecia recurso especial quando a natureza recorrida era constitucional⁹ e, no mesmo sentido, o STF não reconhecia recurso extraordinário quando havia violação à legislação infraconstitucional por entender que estaria havendo uma violação reflexa da constituição¹⁰ (AMARAL; SILVA, 2014).

Como trazido por Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Fernando Moreira Freitas da Silva (2014, p. 50): “Nas hipóteses supracitadas, a melhor solução não parece ser o não conhecimento do recurso, mas sim, a remessa ao tribunal competente, como sói acontecer nas demais instâncias do Poder Judiciário”.

8 Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Prequestionamento. Não ocorrência. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. Procedimento de retenção de contribuição previdenciária. Fundo de Participação dos Municípios. Debate infraconstitucional. Afronta reflexa. 1. A Corte não admite a tese do chamado prequestionamento implícito, sendo certo que, caso a questão constitucional não tenha sido apreciada pelo Tribunal a quo, é necessária e indispensável a oposição de embargos de declaração, os quais devem trazer a discussão da matéria a ser prequestionada, a fim de possibilitar ao Tribunal de origem a apreciação do ponto sob o ângulo constitucional.

[ARE 772.836 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 26-5-2015, DJE 118 de 19-6-2015.]

9 AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA. DÍVIDA INEXISTENTE. DANOS MORAIS. VALOR. VIOLAÇÃO A ARTIGO DA CONSTITUIÇÃO. VIOLAÇÃO A ARTIGO DE LEI. 1. Não cabe ao STJ, em sede de recurso especial, o exame de matéria constitucional. 2. Configura deficiência de fundamentação do recurso especial a ausência de indicação precisa de artigo de lei violado ou a respeito de cuja interpretação divergiu o acórdão recorrido. Incidência da Súmula 284/STF. 3. Consoante entendimento pacificado no âmbito desta Corte, o valor da indenização por danos morais só pode ser alterado na instância especial quando manifestamente ínfimo ou exagerado, o que não se verifica na hipótese dos autos. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - Acórdão Agrg no Aresp 418395 / Rs, Relator(a): Min. Maria Isabel Gallotti, data de julgamento: 19/11/2013, data de publicação: 10/12/2013, 4ª Turma)

10 EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. 1. Inexistência de contrariedade ao art. 93, inc. IX, da Constituição da República. 2. Ausência de impugnação dos fundamentos da decisão de inadmissibilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 287 do Supremo Tribunal Federal. 3. Alegada afronta aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Necessidade de análise de matéria infraconstitucional: ofensa constitucional indireta. 4. Nulidade do julgamento proferido pelo Tribunal do Júri. Reexame de fatos e provas: Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. 5. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STF - Acórdão Are 769536 Agr / Rr - Roraima, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, data de julgamento: 03/12/2013, data de publicação: 10/12/2013, 2ª Turma)

Tendo em vista os problemas enfrentados, veio a constar nos artigos 1.032 e 1.033 do CPC/2015 (BRASIL, 2015), expressamente, a possibilidade de conversão de recurso especial em recurso extraordinário e vice-versa, concedendo-se prazo para a parte adequar-se as demais especificidades de cada recurso (GAVA; MORAES, 2015).

3.7 RECOLHIMENTO DE CUSTAS E PREPARO

No entendimento da doutrina, a jurisprudência defensiva ocorre também nos casos em que, mesmo as partes tendo efetuado o pagamento do preparo e das custas de forma correta (tempestiva e integral), esquecem de comprovar que houve tal recolhimento no ato da interposição do recurso e o mesmo é considerado deserto (GAVA; MORAES, 2015).

Dessa forma, a comprovação de que o recolhimento foi feito não poderia ser realizada após a interposição do recurso, mas sim, deveria acompanhá-lo sob pena de deserção¹¹.

Nesse segmento, está a jurisprudência defensiva aplicada pelos Tribunais aos casos em que a parte preenche a guia de recolhimento de forma incorreta, ou mesmo não a preencha, também acarretando a deserção, sem possibilidade de adequação (GAVA; MORAES, 2015)¹².

Ainda, também houve rejeição de recurso especial devido ao fato de as custas terem sido pagas eletronicamente e não ter sido comprovada a certidão física (BUIKA, 2015), o que também é prática repudiada e que caracteriza jurisprudência defensiva, afinal de contas, estaria paga e comprovada, independente do meio utilizado para pagamento¹³.

Como forma de acabar com essas posições, o CPC/2015 (BRASIL, 2015) trouxe em seu artigo 1.007 que “No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção” e §2º “A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias”.

11 AGRADO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DO PREPARO NO ATO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. DESERÇÃO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRADO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência deste Tribunal entende que o recorrente deve comprovar a realização do preparo no ato da interposição do recurso, sob pena de deserção. 2. Na espécie, a embargante enviou a petição de embargos de divergência sem o comprovante de pagamento das custas judiciais. 3. Agravo improvido. (STJ - Acórdão Agrg nos Earesp 193798 / Ba, Relator(a): Min. Jorge Mussi, data de julgamento: 06/08/2014, data de publicação: 15/08/2014, Corte Especial)

12 EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. FALTA DO NÚMERO DO PROCESSO NA GUIA DE RECOLHIMENTO. PARADIGMA VERSANDO SOBRE INSUFICIÊNCIA DE PREPARO NA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. INDEFERIMENTO LIMINAR. 1. Ausente a indispensável similitude fática entre o acórdão embargado e aquele indicado como paradigma, não se conhece dos embargos de divergência. 2. O acórdão embargado decidiu pela deserção do recurso especial por ausência de identificação do número do processo originário na guia juntada aos autos. Assentou a relatora não se tratar de preparo insuficiente, mas de guia de porte e retorno dos autos - único tipo de custas exigido pelo STJ para o recurso especial até a entrada em vigor da Lei 11.636/2007 - não preenchida corretamente. Já o paradigma refere-se à deserção da apelação pela falta do pagamento de porte de remessa e retorno, a ser pago na mesma guia das obrigatórias custas judiciais, estas recolhidas a tempo e modo. 3. Se não houve o preenchimento correto da guia, máxime sobre o número que identifica o processo na origem, não há falar em pagamento parcial do preparo, mas em ausência deste, afastando de vez a incidência do art. 511, § 2º, do CPC. 4. Agravo regimental não provido. (STJ - Acórdão Agrg nos Eresp 1129680 / Rj, Relator(a): Min. Castro Meira, data de julgamento: 03/10/2012, data de publicação: 10/10/2012, Corte Especial)

13 PROCESSUAL CIVIL. AGRADO REGIMENTAL INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. DOCUMENTO EXTRAÍDO DA INTERNET. AUSÊNCIA DE FÉ PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE OPOSIÇÃO CONTRA O STJ. DECORRÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.200/01. JUNTADA DE DOCUMENTO EM SEDE DE AGRADO REGIMENTAL. INADMISSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. INCIDÊNCIA DO ART. 511, CAPUT, DO CPC. MULTA DO ART. 557, § 2º, DO CPC. RECURSO IMPROVIDO. (STJ - AgRg no REsp: 1103021 DF 2008/0250650-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 26/05/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: 20090608 --> DJe 08/06/2009)

Dessa forma, o recurso somente será deserto se a parte intimada para corrigir o equívoco, não o adequar. Ademais o §7º do mesmo artigo (BRASIL, 2015) também traz que o equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará deserção, sendo a parte intimada possibilitando sanar o vício.

Especificamente quanto ao pagamento online das guias, não houve disciplina no CPC/2015, mas entende-se que como a guia pode ser preenchida online, em tese seu pagamento também pode o ser, e desde que comprovado o pagamento não há óbice legal para o seu não aceite.

3.8 COMPROVAÇÃO DE TEMPESTIVIDADE (FERIADOS LOCAIS)

A jurisprudência age defensivamente também, quando não admite correção da parte (intimação para regularização) que interpõe recurso fora do prazo, para comprovar caso haja feriado local (AMARAL; SILVA, 2014).

Dessa forma, o recorrente não pode comprovar a existência de evento que prorrogou o prazo de interposição do recurso após sua interposição¹⁴.

O CPC/2015 não trouxe a possibilidade de comprovação posterior, mencionando em seu artigo 1.003, §6º (BRASIL, 2015) que o feriado local deve ser comprovado no ato da interposição do recurso.

José Miguel Garcia Medina entende pela concessão de prazo para sanar o vício:

[...] deve-se observar o que prevê o parágrafo único do artigo 932 do CPC/2015: Antes de considerar inadmissível o recurso o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível. (MEDINA, 2017, p. 1497)

Não trouxe o novo Código, a possibilidade de intimação da parte para regularização, mas entendemos que subentendida essa possibilidade devido ao artigo 76 e também seu §2º (BRASIL, 2015), vez que, admite-se que o vício seja sanado mesmo que em instâncias excepcionais.

3.9 CERTIDÃO DA INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA

Ocorre novamente a chamada jurisprudência defensiva quando os Tribunais Superiores não conhecem recurso por faltar na petição de sua interposição a certidão da intimação da decisão agravada (BUIKA, 2015).

14 AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO. ATO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. 1. O propósito recursal é dizer, à luz do CPC/15, sobre a possibilidade de a parte comprovar, em agravo interno, a ocorrência de feriado local, que ensejou a prorrogação do prazo processual para a interposição do agravo em recurso especial. 2. O art. 1.003, § 6º, do CPC/15, diferentemente do CPC/73, é expresso no sentido de que "o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso". 3. Conquanto se reconheça que o novo Código prioriza a decisão de mérito, autorizando, inclusive, o STF e o STJ a desconsiderarem vício formal, o § 3º do seu art. 1.029 impõe, para tanto, que se trate de "recurso tempestivo". 4. A intempestividade é tida pelo Código atual como vício grave e, portanto, insanável. Daí porque não se aplica à espécie o disposto no parágrafo único do art. 932 do CPC/15, reservado às hipóteses de vícios sanáveis. 5. Seja em função de previsão expressa do atual Código de Processo Civil, seja em atenção à nova orientação do STF, a jurisprudência construída pelo STJ à luz do CPC/73 não subsiste ao CPC/15: ou se comprova o feriado local no ato da interposição do respectivo recurso, ou se considera intempestivo o recurso, operando-se, em consequência, a coisa julgada. 6. Agravo interno desprovido. (STJ - AgInt no AREsp: 957821 MS 2016/0196884-3, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 20/11/2017, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 19/12/2017)

Conforme notícia do Superior Tribunal de Justiça sobre a reforma de acórdão que não reconheceu declaração sobre falta de peça obrigatória em agravo de instrumento (Resp 1793126) (STJ, 2020g):

Segundo o ministro Antonio Carlos, na vigência do CPC/1973, a ausência de peça obrigatória na formação do instrumento do agravo – em razão de sua inexistência nos autos originários – deveria ser comprovada por meio de certidão, sendo insuficiente a declaração do advogado.

Todavia, o CPC/2015 permitiu, em seu artigo 1.017, que o advogado declare, sob sua responsabilidade pessoal, a inexistência de qualquer dos documentos obrigatórios.

No caso em análise, explicou o ministro, a recorrente declarou de modo expresso que não havia procuração sua nos autos. Mesmo assim, o tribunal deixou de conhecer do agravo de instrumento pelo fato de que não foi juntada a procuração, presumindo a existência do documento nos autos originários.

Tem-se, assim, que a conclusão do TJMG colide frontalmente com o comando que emana do referido dispositivo legal, do que resulta sua flagrante violação”, concluiu o relator. (STJ, 2020g).

Se analisarmos, de fato, o artigo 1.017, parágrafo único do CPC/2015 (BRASIL, 2015), nos traz que, antes de se inadmitir um recurso, o relator deverá conceder prazo para o recorrente sanar o vício ou complementar a documentação exigida.

A jurisprudência foi pacificada e hoje é admitida a interposição de recurso sem a certidão de intimação da decisão agravada por entenderem que esse documento pode ser suprido por outros elementos de convicção como, por exemplo, a publicação no Diário da Justiça¹⁵.

4. PANORAMA ATUAL

Como explanado anteriormente, existem várias hipóteses trazidas pela doutrina como aplicação da jurisprudência defensiva.

Poucos são os autores que se aventuram em escrever sobre a jurisprudência defensiva após a entrada em vigor do CPC/2015, pois, como vimos, existe uma pretensão de que estes problemas tenham sido resolvidos com as alterações trazidas pela lei.

Certamente, o CPC/2015 veio com a ideia de cooperação entre os sujeitos processuais (artigo 6º) para que o processo efetivamente leve a decisões em tempo razoável, justas e que tenham o condão de solucionar integral e preferencialmente o mérito, observando-se que esse Código veio com a finalidade de atividade satisfativa (artigo 4º) (BRASIL, 2015).

15 PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇA OBRIGATÓRIA. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. TEMPESTIVIDADE. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO POR OUTROS MEIOS. CÓPIA DA PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO DE JUSTIÇA. ADMISSIBILIDADE. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973, ART. 525, INCISO I. PRECEDENTES. MATÉRIA PACIFICADA. 1. A falta da certidão de intimação da decisão agravada, peça obrigatória para aferir a tempestividade do agravo de instrumento, prevista no art. 525, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973, de acordo com a jurisprudência pacificada nesta Corte, pode ser suprida por outros elementos de convicção presentes nos autos, no caso concreto pela cópia da publicação no Diário da Justiça. 2. Embargos de divergência acolhidos para conhecer e prover o recurso especial. (STJ - Acórdão Earesp 251766 / Ac, Relator(a): Min. Maria Isabel Gallotti, data de julgamento: 12/12/2018, data de publicação: 18/12/2018, 2ª Seção)

Diante disso, trouxe o CPC/2015 uma visão voltada à solução dos conflitos no seu mérito sem tanto apego às formalidades e procedimentos que pudessem prejudicar essa resolução adequada.

A intenção da legislação foi exemplar em procurar resolver os problemas apresentados. No entanto, as súmulas ainda não superadas continuam a, potencialmente, serem aplicadas, bem como, alguns julgadores preferem a utilização de fundamentos jurisprudenciais aos legais, em alguns casos, indo em sentido diverso da lei.

Ademais, é válido ressaltar como a doutrina nos traz, e já mencionado no primeiro tópico deste artigo, a jurisprudência defensiva, a qual é caracterizada pela criação de entraves para o conhecimento de recursos que, muitas vezes, não estão em nenhuma Lei ou na própria Constituição (AMARAL; SILVA, 2014).

No cotidiano, podemos observar diversas atitudes defensivas e decisões defensivas que sequer foram citadas, mas que são, pode-se dizer, comuns.

Sabemos que a quantidade de processos, atualmente, interfere na organização do Poder Judiciário, mas, qual era a função inicial dos recursos, senão a reanálise do caso em sua totalidade para dar ao jurisdicionado inconformado uma segunda visão acerca de seus pedidos?

Hoje, as Cortes Supremas do nosso país são responsáveis por analisar, preferencialmente, recursos que buscam uma uniformização da interpretação da legislação federal (recurso especial) ou a uniformização da interpretação dada à Constituição (recurso extraordinário), não se admitindo reexame de fatos e provas.

O fato de não poder o jurisdicionado ter uma reanálise de fatos e provas que, porventura, tenham sido analisados de forma errônea ou que não tenham sido analisados em sua integralidade nas instâncias inferiores, não retira o seu direito a um processo justo, efetivo e que realmente visa a solução do mérito?

Claro, o intuito deste trabalho não é criticar a estruturação do Poder Judiciário, mas sim as decisões defensivas que não solucionam o mérito dos conflitos trazidos pelos jurisdicionados.

Pois bem, vejamos a multa trazida no agravo interno (artigo 1.021 §4º do CPC/2015) (BRASIL, 2015) como uma punição ao agravante que tiver seu recurso manifestamente inadmissível ou improcedente por votação unânime - não deixa de ser uma forma defensiva de atacar o jurisdicionado.

A ideia do artigo mencionado seria de evitar recursos meramente protelatórios, mas, se o jurisdicionado só tem essa opção recursal e entende que se encaixa nos requisitos e que tem chances de reverter a situação em que o processo se encontra, seria adequado puni-lo por buscar uma reinterpretação/reanálise de seu caso?

Seguindo, temos também a questão dos precedentes, afinal, eles somente podem ser revistos ou superados, total ou parcialmente (*overruling*, *distinguishing* ou *overriding*), diante do aparecimento de mudanças na sociedade.

Ocorre que muitas vezes já na sua criação, os precedentes vêm por demasia equivocados ou já em desacordo com a realidade social atual, o que gera uma enorme dificuldade em sua superação, já que os precedentes devem ser observados pelos magistrados em suas decisões, principalmente nas instâncias excepcionais.

Imagine ter um precedente invocado pela parte contrária, mas que já não faz mais sentido atualmente, muito menos para o caso que está sendo discutido e ele ser acolhido como fundamento da decisão de mérito do processo sem que seja possível a sua superação ou revisão.

Ainda de se ressaltar que, na própria estrutura do STJ e do STJ, existem precedentes que são contemporâneos apesar de serem completamente antagônicos entre si. É necessário um trabalho do próprio Tribunal, para condensar os seus precedentes de forma a possibilitar o reconhecimento por parte dos jurisdicionados.

Novamente o jurisdicionado seria prejudicado por uma aplicação defensiva da jurisprudência, porque ao passo que o precedente é de muita utilidade porque uniformiza a jurisprudência e traz segurança jurídica, sua aplicação reiterada sem análise do contexto fático e probatório adequados à realidade social e sem a observância da verdadeira *ratio decidendi*, é um grande problema.

Podemos citar também a Reclamação (artigo 988 do CPC/2015), afinal, o inciso II do seu §5º (BRASIL, 2015), aborda que ela é inadmissível quando: “[...] proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.” (BRASIL, 2015).

O requisito mencionado no artigo supracitado de ter que esgotar todas as instâncias ordinárias, é totalmente defensivo, tendo em vista que exige do jurisdicionado que tenha passado por todas as instâncias e recursos para ter um direito, o qual, por vezes, encontra-se expresso.

Desse modo, o Poder Judiciário nega a reanálise do caso concreto porque o jurisdicionado não teria seguido procedimentalmente a ordem que deveria seguir, mesmo que ele tenha direito ao que está sendo pleiteado.

Ainda, quanto à repercussão geral (requisito para interposição de recurso extraordinário), como ela é caracterizada como tal? Quantas pessoas precisam ser afetadas para que seja reconhecida a repercussão geral?

Em tese, a repercussão geral refere-se à “[...] questões relevantes sob o aspecto econômico, político, social ou jurídico e que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (STF, 2020b), mas analisando de forma hermenêutica o que o procurador do processo entende como aspecto relevante que ultrapassa o interesse subjetivo da causa, pode não ser aquilo que os julgadores das Cortes entendem como tal, correto?

Analisando, dessa forma, o conceito de repercussão geral é demasiado amplo, abrangente demais para ser aceito ou não por um julgador, pois cada pensamento e argumento tem sua razão de ser e manter um entendimento restritivo. Nesse caso, seria restringir o raciocínio e retirar a hermenêutica do direito.

Aqui entra o problema que afeta hoje não somente o judiciário, mas também o ensino jurídico brasileiro, que devido às aulas meramente expositivas, sem análises de casos concretos, não instigam os estudantes a terem um raciocínio crítico, apenas repetindo o que aprenderam na faculdade (teoria) sem distinguir os processos na realidade prática, o que acaba sendo seguido por essas pessoas mesmo tornando-se profissionais (magistrados, professores, advogados e outros) (CAMBI, 2020).

Poderíamos mencionar diversas outras hipóteses em que a defensividade dos Tribunais se apresenta, assim como, pormenorizar as já expostas, mas a ideia é justamente fazer você, leitor, se indagar... A jurisprudência defensiva realmente foi afastada com o CPC/2015? A legislação é suficiente para barrá-la? Quais outras situações você já vivenciou profissionalmente que podem ser enquadradas como jurisprudência/atividades defensivas por parte dos Tribunais ou instâncias inferiores? Haverá de fato a superação dessa prática?

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo foram demonstradas as principais formas nas quais a jurisprudência defensiva se apresenta de acordo com a doutrina majoritária. Esta mesma doutrina, vem afirmando que com o advento do CPC/2015 este problema foi totalmente superado.

No entanto, o objetivo deste artigo foi de demonstrar que a jurisprudência defensiva, apesar de ter sido sanada em algumas das formas existentes, ainda se faz presente e continuará a ser aplicada, principalmente quando o Judiciário se sentir assoberbado pela quantidade de processos que lhe são submetidos.

Isso também aconteceu com a Repercussão Geral no caso do Recurso Extraordinário, vejam só. E, naquela época, 2004, também diziam que o problema seria resolvido.

A sobrecarga dos juízes não pode ser usada como justificativa para a aplicação de jurisprudência/decisões/attitudes defensivas, pois ela não diminuirá com uma “prestação jurisdicional falha ou insuficiente” (LUCCA, 2019, p. 227). Até porque a própria falta de celeridade do Poder Judiciário por si só já gera injustiça e insegurança jurídica. Caso haja uma prestação jurisdicional inadequada, como mencionado, a injustiça e a insegurança só irão aumentar (LUCCA, 2019).

Não há argumento que seja capaz de fazer com que essa prática seja admitida, afinal de contas, a função do Poder Judiciário é proteger/resguardar e fazer ser efetivado o direito do jurisdicionado que bate à sua porta.

Um segundo ponto a ser enfrentado é o de que o Poder Judiciário, por não ser submetido a um controle externo de sua atividade, entende que “pode fazer aquilo que bem entende”, dado que o direito é decorrente de um processo hermenêutico por ele controlado. Situação que, como bem aponta Lênio Streck não se sustenta:

De minha parte, não concordo com a tese de que o direito é aquilo que o Judiciário diz que é. Fosse isso verdadeiro, não precisaríamos estudar nem escrever. O direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, resposta nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (e tampouco na vontade coletiva de um tribunal). (STRECH, 2016, p. 67)

A jurisprudência defensiva, portanto, apesar de existir e subsistir ao CPC/2015, não é medida admissível, mesmo diante do panorama atual do Poder Judiciário brasileiro, vez que a sobrecarga processual não pode ser motivo de uma prestação jurisdicional falha ou insuficiente.

Como bem preleciona Rodrigo Ramina de Lucca:

[...] Entre processos rápidos e injustos, e processos demorados, mas justos, certo é que são estes que devem prevalecer. A demora dos processos é causa de injustiça e insegurança jurídica, mas não pode ser solucionada com a geração de mais injustiça e mais insegurança jurídica. (LUCCA, 2019, p. 227)

Não é, portanto, sequer viável a aplicação da jurisprudência defensiva, porque gera uma falsa impressão de solução que acaba sendo inviável para todas as partes, inclusive para os Tribunais Superiores, até porque, se existem outras medidas capazes de tornar os processos mais céleres e as decisões mais uniformes sem prejudicar o jurisdicionado (como os precedentes, por exemplo) não há porque tentar barrar recursos e processos utilizando-se de jurisprudência defensiva.

O processo de superação dessa prática utilizada pelos Tribunais vai desde a instigação ao raciocínio crítico dos estudantes e operadores do direito, até a cobrança do efetivo cumprimento do dever de fundamentação/motivação das decisões judiciais.

Pode parecer errôneo pensar dessa forma, mas, ao passo que a doutrina começou a manifestar sua indignação com argumentos adequados e de forma reiterada, a primeira reforma legislativa (CPC/2015) veio e tentou retirar as formas que mais frequentemente traziam a aplicação da jurisprudência defensiva.

É claro que, com o passar do tempo, outras formas defensivas vão surgir, inevitavelmente, afinal de contas, aparentemente, o Judiciário leva mais em conta as estatísticas e médias de produção do que de efetividade (quantidade>qualidade), mas a constante mudança e adequação da legislação e da sociedade trarão maior segurança à sua aplicação.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; SILVA, Fernando Moreira Freitas da. A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores: a doutrina utilitarista mais viva do que nunca. In: PROCESSO E JURISDIÇÃO II: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2014, Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=198>. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. *Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973*. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

BUIKA, Heloisa Leonor. *O formalismo no juízo de admissibilidade dos recursos*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-25082015-142449/pt-br.ph>. Acesso em: 5 out. 2020.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

FARIA, Márcio Carvalho. Mais do mesmo: os vícios de representações recursais, a impossibilidade de saneamento posterior nas instâncias excepcionais e a jurisprudência defensiva. *Revista Eletrônica de Direito Processual REDP*,

Rio de Janeiro, ano 7, v. XII, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/653/showToc>. Acesso em: 5 out. 2020.

GAVA, Rafael Ambrósio; MORAES, Janaina Gomes Garcia de. Combater a jurisprudência defensiva com o novo CPC: "YES, WE CAN!" OR CAN WE?. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, Minas Gerais v. 1, n.2, p.188-215, jul./dez. 2015.

JATAHY, Carlos Roberto; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; AYOUB, Luiz Roberto (Coordenadores). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. Coordenador: Fredie Didier Jr. 3 ed. Salvador: Juspodvm, 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 5. Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PACANARO, Armando Wesley. A jurisprudência defensiva como violação direta ao princípio da primazia do julgamento de mérito. *Revista de Processo*, v. 263/2017, p. 143-168, jan. 2017 - DTR\2016\24929.

STRECK, Lenio Luiz. *Juiz não é Deus: Juge n'est pas Dieu*. Curitiba: Juruá, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Histórico*. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>. Acesso em: 5 out. 2020a.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Estatísticas do STF*. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=entendarg#:~:text=1.-,Repercuss%C3%A3o%20Geral,os%20interesses%20subjativos%20da%20causa>. Acesso em: 5 out. 2020b.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Aplicação das Súmulas no STF*. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2648>. Acesso em: 5 out. 2020c.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Humberto Gomes de Barros: discurso de posse na Presidência*. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Arquivo-Cidadao/Linha-Sucessoria-da-Presidencia/Humberto-Gomes-de-Barros>. Acesso em: 5 out. 2020a.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *A crise do Supremo*. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/A-crise-do-Supremo>. Acesso em: 5 out. 2020b.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Surge o STJ*. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/Surge-o-STJ>. Acesso em: 5 out. 2020c.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Tribunal Federal de Recursos*. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Institucional/Educacao-e-cultura/Museu/Exposicoes-permanentes/Tribunal-Federal-de-Recursos.aspx>. Acesso em: 5 out. 2020d.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Antecedentes*. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/Antecedentes>. Acesso em: 5 out. 2020e.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Súmulas Anotadas*. Brasília. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 5 out. 2020f.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Notícias*. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Reformado-acordao-que-nao-reconheceu-declaracao-sobre-falta-de-peca-obrigatoria-em-agravo-de-instrumento.aspx>. Acesso em: 5 out. 2020g.

TORRE, Riccardo Giuliano Figueira. *A valorização dos precedentes pelos tribunais superiores e a jurisprudência defensiva*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11122015-084331/pt-br.php>. Acesso em: 5 out. 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 12/02/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 13/02/2021
- Avaliação 1: 06/04/2021

- Avaliação 2: 09/06/2021
- Decisão editorial preliminar: 10/06/2021
- Retorno rodada de correções: 26/06/2021
- Decisão editorial/aprovado: 26/06/2021

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2