

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

Mauro Alves de Araújo¹

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade demonstrar ao leitor que o devido processo legal, como direito constitucional, eis que normatizado, não pode ser obstado por regras criadas pelos tribunais, mormente, em total desrespeito à legislação processual.

É o que ocorre com a conhecida e abominada “*jurisprudência defensiva*”, mecanismos criados pelos tribunais, principalmente os superiores, para evitar o conhecimento ou o provimento dos recursos extremos. E a necessidade de ser combatida essa “*jurisprudência defensiva*” praticada, especialmente, pelo Superior Tribunal de Justiça, é por não ser possível questionar no Supremo Tribunal Federal a ofensa ao devido processo legal assegurado pela nossa Constituição Federal, eis que a Corte Suprema entende ser das normas infraconstitucionais a regulação do devido processo legal. Daí um pequeno estudo do que é o devido processo legal, bem como da referida “*jurisprudência defensiva*” e a apresentação de alguns dos óbices mais aplicados pelo Superior Tribunal de Justiça para não conhecimento ou não provimento do recurso extremo.

Palavras-chave: devido processo legal; “*jurisprudência defensiva*”; recurso especial

ABSTRACT

The purpose of this article is to demonstrate to the reader that the due process of law, such as constitutional law, as normalized, cannot be hindered by rules created by courts, especially in total disregard of procedural legislation. This is what happens with the well-known and abominated “*defensive jurisprudence*”, mechanisms created by the courts, especially the superiors, to avoid the knowledge or provision of last appeal. To combat “*defensive jurisprudence*” practices, especially, by the Superior Court of Justice, is because it is not possible to question in the Federal Supreme Court the offense to due process of law ensured by our Federal Constitution, behold the Supreme Court understands to be from infra-constitutional law the regulation of due process of law. Hence a small study of what is due process of law, as well as of the referred “*defensive jurisprudence*” and the presentation of some of the most applied obstacles by the Superior Court of Justice for not knowing or not granting the last appeal.

Key words: due process of law; “*defensive jurisprudence*”; special appeal

¹ Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUCSP. Professor de Direito Processual Civil na FADIPA-UNIANCHIETA. Advogado.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca apresentar uma rápida visão sobre o devido processo legal, direito fundamental assegurado expressamente em nossa Constituição Federal, e a sua violação, diante de uma persistente e infundada jurisprudência defensiva aplicada em nossos tribunais.

Não se tem a pretensão de esgotar a questão, complexa a ponto de exigir um tratado para tanto, mas sim apresentar o que se pode ter como o devido processo legal, ante os conceitos apresentados pela doutrina e pela própria jurisprudência.

A jurisprudência defensiva, aplicada, principalmente, nos tribunais superiores, por sua vez, é apresentada como aquela em que, a não observância de qualquer formalidade processual, é suficiente para que o recurso extremo não seja conhecido, ou seja, o apego formal e rigidez excessiva em relação aos requisitos de admissibilidade do recurso.

Isso em nome de uma celeridade processual, ante o grande número de recursos que chegam aos tribunais, mormente os superiores, que se somam ao expressivo número de ações de suas competências originárias, mas que carecem de infraestrutura para tamanha demanda.

Para tanto, inicialmente, importante tratar do que se tem como o devido processo legal, e esclarecer no que consiste a jurisprudência defensiva. Posteriormente, tratar-se-á dos óbices criados pela jurisprudência defensiva, repita-se, mormente nos tribunais superiores, para não conhecimento do recurso com decisões estereotipadas.

E com essa posição, jurisprudência defensiva, muitos requisitos não previstos expressamente em lei, ou mesmo quando previstos em lei, quando não atendidos no recurso, não são permitidos sanar, embora a lei processual não fulmine de nulidade absoluta o não cumprimento de um requisito recursal no momento da propositura do mesmo. Pior, quando se tem como certo que o atual estatuto processual civil prima pelo conhecimento da questão de mérito do recurso, permitindo ser sanado o defeito recursal, em prol da verdadeira distribuição da Justiça.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A idéia de “devido processo legal”, conhecido como “*due process of law*”, por sua origem no direito constitucional inglês, Carta Magna de 1215², tratando a Declaração Universal dos Direitos do Homem dessa mesma idéia em seu artigo XI, nº 1³, e tem como finalidade assegurar à pessoa o direito a um julgamento justo, antes de ser, eventualmente, privado de sua liberdade e de seus bens, com a garantia de ter permitida a utilização de todos os meios constitucionais e legais no processo, tanto quanto aos trâmites, como às formalidades, procedimentos e garantias, vale consignar, “o termo “devido” assume o sentido de algo ‘previsto’, ‘tipificado’”⁴.

A nossa Constituição Federal em vigor acabou por normatizar esse princípio que era respeitado anteriormente. É o que se constata em seu artigo 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A importância do devido processo legal é antiga e praticamente universal⁵, pois presente como princípio em nossas anteriores constituições, embora somente normatizada na vigente Constituição.

Também, em grande parte das constituições estrangeiras, mormente dos países signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos⁶, é exigido o devido processo legal para validade da restrição de liberdade e da perda de bens de uma pessoa.

Isso nos leva a refletir o que é o devido processo legal, eis que não é normatizado o conceito desse princípio fundamental à validade do processo. Mas, como mencionado, a exegese desse princípio leva à conclusão de ser necessário um conjunto de atos processuais em

² Curso de Direito Constitucional Positivo, José Afonso da Silva, 9ª ed., 3ª tiragem, Malheiros Editores, p. 378; Direito Constitucional, Alexandre de Moraes, 33ª ed., Atlas, p. 84

³ “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”

⁴ Curso de Direito Constitucional, André Ramos Tavares, 10ª ed., Editora Saraiva, p. 740

⁵ Ainda que de forma assistemática e não completa, como ensina Luiz Rodrigues Wambier, em “Anotações sobre o devido processo legal”, Revista de Processo nº 63, Editora Revista dos Tribunais, p. 57

⁶ Essa convenção também é tratada como “*Pacto de San José da Costa Rica*”, tratado internacional assinado por países que integram a Organização dos Estados Americanos, e cuida em seu artigo 8º, 1, das garantias judiciais, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a razoabilidade de duração do processo.

consonância com a Constituição Federal e com a lei infraconstitucional, que tratem de processo.

E dentre esses atos processuais, devem ser respeitados princípios basilares e ora normatizados em nossa Constituição Federal, como o direito ao contraditório e à ampla defesa, o direito ao juiz natural, o direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, e o direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica, além de princípios consubstanciados nesse devido processo legal, a saber: inafastabilidade de jurisdição, o direito ao juiz natural e a publicidade do processo⁷.

O Ministro Celso de Melo, como relator do Habeas Corpus nº 94.016, no seu voto definiu direitos básicos inerentes ao devido processo legal:

Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. (grifos e negritos no original)

Mais, o mesmo Ministro, em referido julgamento, definiu como prerrogativas essenciais ao devido processo legal protegido pela nossa Constituição Federal:

(a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis 'ex post facto'; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de 'participação ativa' nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. (grifos e negritos no original)

⁷ Curso de Direito Constitucional, Gilmar Mendes e Paulo Branco, 8ª ed., Editora Saraiva, p. 66

Ainda, o Ministro Celso de Melo, no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade-Medida Cautelar nº 2667, como relator, proferiu valioso voto para incluir como indispensável ao devido processo legal a questão material, princípio do “*substantive due process of law*”, permitindo ao julgador afastar a aplicação de uma norma legal, ainda que formalmente constitucional, se a mesma não atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além de ofender a outros direitos fundamentais, como o da isonomia.

Cândido Rangel Dinamarco⁸, desde antes, defende igual posição, afirmando que a vigente Constituição Federal impôs, em nome de um devido processo legal, “*numerosas limitações ao poder do legislador*” e não apenas à garantia de um processo jurisdicional, para que o direito material não contrarie direitos fundamentais.

Assim, fácil constatar que o devido processo legal está muito além de normas processuais, constitucionais ou infra-constitucionais, por exigir também a observância da norma material invocada, que necessita estar em consonância com a nossa Constituição Federal, não só no aspecto formal, mas, principalmente, no aspecto material, eis que imprescinde de consonância com os direitos fundamentais protegidos em nossa Constituição Federal.

Esses dois julgados do Supremo Tribunal Federal são anteriores ao vigente Código de Processo Civil, que trouxe importante inovação para a decisão judicial, ao exigir do juiz a devida fundamentação, especialmente quando afasta uma tese de defesa ou aplica uma jurisprudência consolidada, artigo 489, II, e § 1º, do Código de Processo Civil.

Embora se tenha como constitucional a exigência de fundamentação, artigo 98, X, da Constituição Federal, imprescindível para a devida prestação jurisdicional assegurada às partes na mesma Carta Maior, não afastada nem por lei, artigo 5º, XXXV.

Portanto, quando se tem a interposição de um recurso, o que se pretende é o esgotamento de um direito constitucional à prestação jurisdicional, monopólio do Estado, o que é feito com o devido processo

⁸ Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo I. 4ª ed., Malheiros Editores, pp. 175/178 ___

legal, previsto como direito fundamental, e não pode um excesso de formalismo, muitas vezes não previsto em lei, ser óbice ao conhecimento do recurso, mormente por haver previsão na legislação processual para buscar sempre o conhecimento do mérito, artigos 4º, 6º e 488, todos do CPC, permitindo-se a correção de algum erro que não seja fulminado de nulidade na própria lei, inclusive nos recursos extremos, artigo 1029, § 3º, do CPC.

E isso é lógico, pois “*o processo deve caminhar em direção à sua função: resolver o problema das partes, retratado no mérito*”⁹.

E com essas poucas linhas sobre o devido processo legal, não é difícil concluir que a jurisprudência defensiva, tão utilizada em nossos tribunais superiores, ofende veemente o devido processo legal.

Isso porque, com essa jurisprudência defensiva, muitos requisitos não previstos expressamente em lei, ou mesmo quando previstos em lei, quando não atendidos no recurso, não são permitidos sanar, embora a lei processual não fulmine de nulidade absoluta o não cumprimento de um requisito recursal no momento da propositura do mesmo.

Pior, quando se tem como certo que o atual estatuto processual civil prima pelo conhecimento da questão de mérito do recurso¹⁰, permitindo ser sanado o defeito recursal, em prol da verdadeira distribuição da Justiça, pois o devido processo legal exige que seja justo¹¹, consoante o disposto no artigo 932, parágrafo único, do CPC. O que não pode ser considerado quando o direito material sucumbe ao formalismo criado por uma jurisprudência, ou seja, a solução do conflito, que envolve o conhecimento do mérito, com a aplicação do direito material, não ocorre por um excesso de formalismo, sem previsão legal. Isso ofende, inexoravelmente, outro

⁹ Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lucia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, e Rogério Licastro Torres Mello. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. Editora Revista dos Tribunais, p. 462

¹⁰ Nesse diapasão, a Exposição de Motivos do vigente Código de Processo Civil; “...permite-se no novo CPC que os Tribunais Superiores apreciem o mérito de alguns recursos que veiculam questões relevantes, cuja solução é necessária para o aprimoramento do Direito, ainda que não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade considerados menos importantes. Trata-se de regra afeiçoada à processualística contemporânea, que privilegia o conteúdo em detrimento da forma, em consonância com o princípio da instrumentalidade.”

¹¹ André Ramos Tavares, ob. cit., p. 740

princípio constitucional, o da legalidade, artigo 5º, II, da Constituição Federal.

Ora, se a lei processual permite a correção de um defeito recursal, se o mesmo não fulminar de pena, não podem os tribunais criar “normas” em sentido contrário.

E o devido processo legal, embora instituto protegido constitucionalmente, tem que ser reconhecido como violado pelas instâncias infra-constitucionais, ante a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal há tempo¹², o que impede a alegação de sua violação em grau de recurso extraordinário.

Daí a necessidade de traçarmos algumas linhas sobre essa abominada prática em nossos tribunais superiores, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização de jurisprudência e pela interpretação das normas infra-constitucionais, eis que as normas processuais é que regulam o devido processo legal assegurado pela Constituição Federal.

JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

Uma prática cada vez mais presente em nossos tribunais e odiada pelos jurisdicionados, e muito mais pela advocacia¹³, é a que aplica um exacerbado formalismo processual para impedir o conhecimento do recurso, mormente nos tribunais superiores, isso quando esse excesso de formalismo não é aplicado “*contra legem*”.

O direito constitucional de acesso à justiça e o devido processo legal, não podem se resumir ao direito do jurisdicionado entrar em juízo,

¹² ARE 748371 RG / MT, julgado em 06.06.2013, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, EMENTA: “*Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral.*”

¹³ Um encontro, denominado “*Jurisprudência defensiva: a quem interessa? A oposição da advocacia a essa prática dos tribunais*”, promovido pelas entidades representativas da advocacia: Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), seccional paulista da OAB, Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA) e Movimento de Defesa da Advocacia (MDA), em 20.09.2018, na sede da AASP, lançou o manifesto “*A ADVOCACIA SE OPÕE À PRÁTICA DA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS*”

acesso formal assegurado pela nossa Constituição Federal, artigo 5º, XXXV, mas sim, ter o seu recurso conhecido e julgado, mormente no caso do Recurso Especial, acesso material, que, como se verá, tem a primordial função de uniformizar a jurisprudência e dar a interpretação final à lei federal, o que não ocorre quando se depara com essa jurisprudência defensiva, ainda que os defensores dessa afirmem se tratar de respeito ao princípio da celeridade processual, artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Olvidam-se os tribunais superiores que uma de suas funções institucionais é exatamente verificar a ofensa à Constituição Federal, no caso do STF, e pacificar a jurisprudência nacional e/ou ser o interprete máximo de uma norma infra-constitucional federal, no caso do STJ.

O custo de nossos tribunais superiores é muito alto para o povo brasileiro para não atender a seus fins institucionais.

A BBC do Brasil noticiou recentemente¹⁴, que os “*dados mais recentes da Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (Cepej) mostram que o Brasil não só paga a seus juízes mais que países europeus, mas o poder judiciário brasileiro também é mais caro que o destes países, considerando o tamanho das nossas economias*”. Isso porque, o salário de um Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, em 2017, correspondia a 16 vezes o salário médio de um trabalhador brasileiro, enquanto na União Europeia, o salário de um magistrado da Suprema Corte equivale a 4,5 vezes o salário médio de um trabalhador¹⁵.

Mais, como consta na mesma notícia da BBC do Brasil, o custo médio de um juiz brasileiro, com salário, benefícios e salários, é de R\$ 47.000,00 por mês, algo muito alto para os padrões brasileiros, onde o salário mínimo é inferior a R\$ 1.000,00.

Nos Estados Unidos, país mais rico e com a melhor economia do mundo, os juízes que não tem nenhum benefício ou abono, nem mesmo

¹⁴ Notícia de novembro de 2018, conforme consultado em 01.09.2019, no sítio <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45124032>

¹⁵ O salário-base do Supremo Tribunal Federal era R\$ 33,7 mil, enquanto a renda média de um trabalhador do país era R\$ 2.154 no fim de 2017. Na União Européia o salário-base, em 2014, um magistrado de uma das Supremas Cortes recebia, em média, 65,7 mil euros por ano, uma média de quatro e oitocentos euros por mês, o que, ao câmbio atual, não ultrapassa R\$ 24.000,00,

direito a carro com motorista, exceto o presidente da Suprema Corte, como ocorre no Brasil, e o salário de um magistrado norte-americano equivale a 3,6 vezes a renda média de um trabalhador¹⁶. O salário do juiz norte-americano, na média, equivale em reais ao de um juiz brasileiro, mas nos Estados Unidos o salário mínimo não é inferior a US\$.1.600,00, algo em torno de R\$ 6.670,00 ao câmbio atual.

Como se observa, um juiz dos tribunais superiores brasileiro ganha muito para não prestar o serviço que lhe compete. Se há um excesso de serviço e uma falta de estrutura a permitir a prestação jurisdicional, readéque-se o Poder Judiciário, mas não deixe de prestar o serviço que lhe compete.

De nada adianta um processo célere, se a devida prestação jurisdicional não foi dada¹⁷. O Ministro Cesar Asfor Rocha¹⁸, em seu discurso de posse na presidência do STJ, bem lembrou da importância que cada processo representa às partes, com as seguintes palavras:

Jamais nos esqueçamos de que, em cada processo judicial, salvo o motivado por um capricho tenebroso, julgamos um capítulo ou toda uma vida, uma liberdade suprimida, um pouco de um patrimônio ou todo um patrimônio, a reparação de uma honra esmagada, uma esperança em busca de justiça.

Em cada processo hospeda-se uma vida!

Isso importa dizer que, embora o STJ tenha consciência da importância do mérito de um processo para cada uma das partes, ainda mantém o formalismo exagerado para conhecimento de um recurso.

Como mencionado no referido encontro “*Jurisprudência defensiva: a quem interessa? A oposição da advocacia a essa prática dos tribunais*”:

Mais do que recusar recursos com apoio em formalismos exacerbados, a jurisprudência defensiva atenta contra o direito fundamental de acesso à jurisdição e ao devido processo legal, e contraria os princípios da primazia do julgamento do mérito e da instrumentalidade do processo,

¹⁶ Notícia de fevereiro de 2018, na Gazeta ONLINE, conforme consultado em 01.09.2019, no sítio <https://www.gazetaonline.com.br/noticias/mundo/2018/02/nos-estados-unidos-juizes-nao-tem-compensacoes-para-bancar-moradia-1014117980.html>, e novembro de 2018, no Consultor Jurídico, conforme consultado em 01.09.2019, no sítio <https://www.conjur.com.br/2018-nov-19/juizes-federais-eua-aposentam-salario-integral>

¹⁷ VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. REPRO VOL. 254 (ABRIL 2016). Revista de Processo

¹⁸ https://www.conjur.com.br/dl/discurso_Asfor_Rocha.pdf

sedimentados no ordenamento jurídico brasileiro e, agora, positivados no novo Código de Processo Civil.

A garantia do devido processo legal vem expressa no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Noutras palavras, o processo deve visar à efetiva resolução do conflito pela decisão fundamentada de mérito. Assegura-se, portanto, até os limites do possível, a análise de fundo dos recursos definidos na lei processual, como expressão concreta do devido processo legal substantivo¹⁹.

Com o advento do vigente CPC, havia esperança de que essa odiosa jurisprudência defensiva tivesse fim, o que, infelizmente, não ocorreu, conforme se constata na prática, apesar de algumas posições do Superior Tribunal de Justiça em sentido de afastar, em algumas situações, a jurisprudência defensiva, ante a evolução histórica do direito processual e dos direitos fundamentais dos cidadãos e o princípio da primazia do julgamento de mérito²⁰.

Destaca-se dessas posições no STJ, a adotada pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no seu voto-vista vencido no julgamento do AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.024.805-RS (2016/0315061-3), Relator Ministro Sérgio Kukina, julgado em 28.09.2017, para afastar a incidência da jurisprudência defensiva, assim ementada:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. A INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.003, § 6º. DO CPC/2015 DEVE SE DAR DE FORMA HARMÔNICA COM O ART. 932, PARÁG. ÚNICO DO MESMO REPOSITÓRIO. ORIENTAÇÃO RECENTE DA SUPREMA CORTE (ARE 953.221/SP) QUE APLICA O ART. 932, PARÁG. ÚNICO DO CPC/2015 NOS CASOS DE VÍCIOS FORMAIS. APROVAÇÃO DO ENUNCIADO 66 NA I JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, QUE CORROBORA A TESE AQUI DEFENDIDA. VEDAÇÃO AO RETROCESSO NA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL E NA APLICAÇÃO DA NOVEL LEGISLAÇÃO PROCESSUAL. PREVALÊNCIA DO ESPÍRITO SANEADOR E DAS GARANTIAS QUE SÃO BASILARES DO CÓDIGO FUX DE PROCESSO CIVIL. INCIDÊNCIA, AINDA, DO MESMO FUNDAMENTO DEFENDIDO PELO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO, AQUI NO ÂMBITO JURISPRUDENCIAL. VOTO DIVERGINDO DO EMINENTE MINISTRO RELATOR PARA DAR PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO, AFASTANDO, DESSA FORMA, A ALEGADA

¹⁹ <https://www.aasp.org.br/em-pauta/manifesto-contra-jurisprudencia-defensiva/>

²⁰ Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 742.240 - MG (2015/0167294-0), Corte Especial, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 19.09.2018

INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, COM O FITO DE OPORTUNIZAR A APRECIÇÃO DO APELO RARO, E DECIDI-LO COMO DE JUSTIÇA.”

Aliás, vale consignar que antes do advento do hodierno Código de Processo Civil, o STJ tinha entendimento que, ante os “*princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, é possível a relativização das regras previstas no art. 264 do CPC*” então vigente (CPC/1973)²¹.

Entretanto, hodiernamente, apesar dos avanços do CPC vigente, o que encontramos, ainda, é um Superior Tribunal de Justiça aplicando a jurisprudência defensiva para reduzir o número de processos julgados pelo tribunal.

É o que se constata quando o referido tribunal ainda discute, em repercussão geral, a necessidade ou não de comprovação, no ato de interposição do recurso especial, de feriado local, não admitindo a comprovação posterior²².

ALGUNS ÓBICES RECURSAIS CRIADOS PELA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

Não se pretende esgotar as hipóteses criadas pelos tribunais superiores consideradas como jurisprudência defensiva, eis que a questão demandaria muito mais espaço que o definido para um artigo, como o presente, mas apenas apontar as hipóteses mais comuns e utilizadas pelos Ministros para desprover ou negar conhecimento ao recurso extremo.

Felizmente, alguns desses óbices foram eliminados com o advento do CPC vigente, outros, entretanto, não foram, embora exista meio processual a tanto.

É o que se observava na vigência do Código de Processo Civil revogado, quando (*a.*) um recurso era interposto antes da intimação do acórdão proferido no recurso anterior e não ratificado posteriormente à intimação.

²¹ REsp nº 1473280/ES, Terceira Turma, Relator Ministro Moura Ribeiro, j. 1.12.2015

²² Agravo em Recurso Especial nº 1.813.684

Qualquer operador de Direito, e até mesmo um estudante de Direito, sabe que a prática de um ato processual antes de sua intimação para tanto representava uma antecipação do ato, preclusão consumativa, sem qualquer prejuízo à parte contrária ou ao processo, portanto, sem nulidade, consoante o disposto no artigo 244, do CPC/73, eis que o artigo 184, § 2º, do antigo CPC, não fulminava de nulidade o ato praticado antes da intimação.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça decidiu em sentido contrário, pacificando a sua jurisprudência na sua Súmula nº 418, que preceitua:

É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

Esse é apenas um dos exemplos da jurisprudência defensiva existente até o advento do novo CPC, artigo 218, § 4º, que, expressamente, afastou essa odiosa prática de recusar o conhecimento de recurso por antecipação da interposição do recurso.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na sessão de 1º de julho de 2016, determinou o cancelamento desta Súmula n. 418, ante a vigência do CPC/2015, editando nova súmula, sob nº 579, com o seguinte texto:

Não é necessário ratificar o recurso especial interposto na pendência do julgamento dos embargos de declaração, quando inalterado o resultado anterior.

Como se observa, ainda é exigida a ratificação do recurso especial, se o julgamento dos embargos de declaração alterar o resultado anterior²³, o que não encontra respaldo na legislação processual em vigor, embora a justificativa para tanto seja que intempestividade não representa vício sanável.

Evidente que, quando o Superior Tribunal de Justiça recusa-se a conhecer de recurso que não traz na sua interposição a prova de feriado local, inadmitindo a prova posterior, causa total prejuízo ao devido processo legal e à prestação jurisdicional, não se olvidando que

²³ Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1176390/SP

anteriormente admitia essa prova²⁴, e fazendo tábula rasa do disposto nos artigos 932 e 1.029 do CPC.

Outras duas súmulas muito utilizadas para evitar o conhecimento ou o provimento de recurso especial, são as Súmulas 05 e 07/STJ²⁵. Embora quando foram editadas, nos idos de 1990, pode-se entender a razão das mesmas, evitar que o tribunal superior se tornasse uma terceira instância, mas, atualmente, é utilizada para evitar o conhecimento de um recurso especial, apesar de não haver necessidade de interpretação de cláusula contratual ou reexame de fatos ou de provas.

Na prática, quando se questiona a validade de uma cláusula contratual diante do Código de Defesa do Consumidor, o que se busca é demonstrar a abusividade dessa cláusula e, portanto, sua nulidade, o que, é lógico, que precisa ser verificada a cláusula contratual, (b.) não havendo o óbice da referida Súmula 05/STJ.

O mesmo pode-se dizer quanto à discussão de uma ofensa a um dispositivo legal, fundamento do recurso extremo, onde é inevitável a análise de alguns fatos ou de alguma prova. É o que ocorre, por exemplo, quando se aponta a ofensa ao artigo 489, § 1º, IV, do CPC, por não ter sido analisada a tese de defesa apresentada pela parte recorrente. É óbvio que para chegar a conclusão de haver ou não a ofensa a esse dispositivo legal, o tribunal precisa examinar os fatos e as provas apresentadas, não havendo como concluir de outra forma, não podendo isso ser considerado um óbice ao conhecimento ou provimento do recurso.

Alguns Ministros do Superior Tribunal de Justiça, visando contornar o óbice da Súmula 07/STJ, decide que o que se tem, na maioria das vezes, é a necessidade de valoração da prova produzida (AgInt no AREsp 1310567/PA), pois *“a errônea valoração da prova que enseja a incursão desta Corte na questão é a de direito, ou seja, quando decorre de má aplicação de regra ou princípio no campo probatório e não para que se colham novas conclusões sobre os elementos informativos do processo”* (AgInt no AREsp n. 1.295.277/PR, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA

²⁴ Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 137.141/SE

²⁵ Súmula 5 - A simples interpretação de cláusula contratual não enseja Recurso Especial;
Súmula 7 - A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 30/10/2018)”, o que não encontra, portanto, o óbice da (c.) Súmula 07/STJ.

Outro óbice muito comum no Superior Tribunal de Justiça é a aplicação de sua (d.) Súmula 211, que afirma ser “*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo*”.

Ocorre que o CPC vigente, em seu artigo 1025, determina que:

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

Isso importa dizer que o Superior Tribunal de Justiça não pode aplicar a referida Súmula 211 quando há embargos de declaração prequestionadores não apreciados adequadamente pelo tribunal inferior, como equivocadamente vem ocorrendo²⁶.

Curioso que em grande parte dos recursos especiais que atacam a ofensa ao artigo 1022, II, do CPC, por omissão no conhecimento dos embargos de declaração, quanto às ofensas ali levantadas e prequestionadas, o Superior Tribunal de Justiça afirma não haver a referida ofensa ao artigo 1022, II, do CPC, por ter o tribunal inferior conhecido de toda a matéria posta, mormente nos embargos de declaração prequestionadores, e acabam não conhecendo das demais ofensas à legislação federal levantada no recurso especial, por aplicação da Súmula 211/STJ.

É incrível como um assessor de ministro, responsável pela elaboração do voto, não percebe a incoerência da decisão, pois se a parte recorrente alega a omissão no julgamento dos embargos de declaração, por não terem sido conhecidas as ofensas prequestionadas, daí a nova ofensa, no caso ao artigo 1022, II, do CPC, evidente que a matéria posta não foi conhecida e não há como aplicar a referida Súmula 211/STJ.

Como mencionado alhures, não se tem a pretensão de esgotar as hipóteses de óbices criados pelo Superior Tribunal de Justiça como

²⁶ Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.407.304-SP.

jurisprudência defensiva, acreditando-se que essas quatro hipóteses apontadas (*a.*, *b.*, *c.*, e *d.*) são suficientes para o leitor constatar o quão nefasta é essa jurisprudência defensiva ao devido processo legal.

CONCLUSÕES FINAIS

Apesar de se ter apontado algumas conclusões no decorrer do presente artigo, mostra-se necessária a sua eventual reiteração no presente tópico para que se entenda a posição adotada a respeito.

O devido processo legal, direito constitucional normatizado, somente é reconhecido como violado pelo Supremo Tribunal Federal quando as instâncias inferiores apreciam as normas infraconstitucionais que regulam o processo, o que pode ser considerado óbice criado pelo Supremo Tribunal Federal para evitar, indevidamente, o conhecimento ou provimento do recurso extraordinário.

O devido processo legal deve ser considerado não apenas quanto às normas processuais, mas também quanto ao direito material, o que é conhecido como “*substantive due processo of law*”, por ser o processo meio ao direito perseguido, daí a importância da devida aplicação do direito material no processo.

Os óbices criados pelos tribunais, mormente os superiores, para evitar o conhecimento ou o provimento de um recurso, não podem subsistir, devendo ser buscado o fim dessa jurisprudência defensiva, para evitar que o direito dos jurisdicionados seja violado não somente pela parte contrária, mas também por “*normas*” dos tribunais que visam a redução de seus processos sem a devida apreciação dos mesmos.

Como solução alternativa à jurisprudência defensiva, mostra-se mais adequada uma maior priorização de gastos nos tribunais, permitindo que se tenha uma infraestrutura mais eficaz à solução da demanda existente nos tribunais, somando-se a isso uma maior consolidação da jurisprudência nos tribunais, na forma preconizada nos artigos 976 e 1036, ambos do CPC, diminuindo com isso o número de recursos repetitivos, por conseguinte, número de recursos/demandas, sem ofender os princípios constitucionais de acesso à justiça e do devido processo legal.

De outra forma, os tribunais superiores, que existem exatamente para garantir a melhor interpretação de uma norma constitucional e infraconstitucional, pacificando a jurisprudência sobre essa interpretação, não se justificam mais, podendo serem extintos, e, por conseguinte, reduzido o gasto milionário que o país tem para a manutenção dos mesmos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo I. 4ª ed., Malheiros Editores, 2001

MENDES, Gilmar Ferreira, e **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 8ª ed., Editora Saraiva, SP, 2013.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 33ª ed., Editora Atlas, SP, 2017

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª ed., 3ª tiragem, Malheiros Editores, SP, 1993

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, 10ª ed., Editora Saraiva, SP, 2012

VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. RePro - Revista de Processo vol. 254, Editora Revista dos Tribunais, SP, abril de 2016

WAMBIER, Luiz Rodrigues. “Anotações sobre o devido processo legal”, Revista de Processo nº 63, Editora Revista dos Tribunais, SP, julho/setembro de 1991

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, **CONCEIÇÃO**, Maria Lucia Lins, **RIBEIRO**, Leonardo Ferres da Silva, e **MELLO**, Rogerio Licastro Torres. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. Editora Revista dos Tribunais, SP, 2016

Sítios consultados

Notícia de novembro de 2018, conforme consultado em 01.09.2019, no sítio <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45124032>

Notícia de fevereiro de 2018, na Gazeta ONLINE, conforme consultado em 01.09.2019, no sítio <https://www.gazetaonline.com.br/noticias/mundo/2018/02/nos-estados-unidos-juizes-nao-tem-compensacoes-para-bancar-moradia-1014117980.html> , e novembro de

2018, no Consultor Jurídico, conforme consultado em 01.09.2019, no sítio
<https://www.conjur.com.br/2018-nov-19/juizes-federais-eua-aposentam-salario-integral>
<https://www.aasp.org.br/em-pauta/manifesto-contrajurisprudencia-defensiva/>
https://www.conjur.com.br/dl/discurso_Asfor_Rocha.pdf