

A PERSISTÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

PERSISTENCE OF DEFENSIVE JURISPRUDENCE IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

¹MELO, I. N. J. de.; ²KURIBAYASHI, M. P.

^{1e2}Curso de Direito – Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos-UNIFIO

RESUMO

Jurisprudência Defensiva é como ficou reconhecida a nefasta prática adotada pelos tribunais brasileiros, notadamente as cortes superiores, do não conhecimento de recursos em razão do formalismo e excessiva rigidez em relação aos pressupostos de admissibilidade recursal. Essa prática, deveras reprovável, constrange as pretensões e os direitos individuais há décadas. Foram avaliados diversos recursos especiais e extraordinários para corroborar a existência de tal prática. Os resultados mostraram que há tempos os tribunais vêm extrapolando a observância do formalismo em detrimento dos méritos suscitados pelos recorrentes. Apesar do advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, que buscou eliminar a prática da jurisprudência defensiva, a mesma além de perdurar na atualidade, adaptou-se e continua a inovar, prejudicando a segurança jurídica.

Palavras-chave: Jurisprudência. Processualismo. Constituição. Direitos fundamentais. Recursos.

ABSTRACT

Defensive jurisprudence is as recognized the harmful practice adopted by the Brazilian courts, notably the higher courts, the lack of knowledge of appeals due to formalism and excessive rigidity in relation to the assumptions of admissibility. This practice, quite objectionably, has constrained individual claims and rights for decades. Several special and extraordinary resources were evaluated to corroborate the existence of such a practice. The results showed that the courts have long extrapolated the observance of formalism to the detriment of the merits raised by the applicants. Despite the advent of the 2015 New Code of Civil Procedure, which sought to eliminate the practice of defensive jurisprudence, it has not only survived today, but has adapted and continues to innovate, undermining legal certainty.

Keywords: Jurisprudence. Proceduralism. Constitution. Fundamental rights. Appeals.

INTRODUÇÃO

A *jurisprudência defensiva* é a prática adotada pelos tribunais brasileiros, cortes superiores, para o não conhecimento de recursos em razão do formalismo exacerbado quanto aos pressupostos de admissibilidade recursal. A problemática reside na criação de obstáculos formalistas, quando não *contra legem*, que em detrimento do mérito acabam por observar em demasia o formalismo dos pressupostos.

Como fora mencionado no parágrafo anterior, esse famigerado mecanismo há muito assola o jurisdicionado. Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, era comum deparar-se com a frustração recursal no

STJ quando não havia a possibilidade de se regularizar a representação processual na qual o vício era detectado, declarava-se a intempestividade do recurso quando o carimbo do protocolo estava ilegível, eventual equívoco no preenchimento/recolhimento da guia de custas conduzia automaticamente à deserção, dentre tantos outros exemplos.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, buscou-se extinguir a jurisprudência defensiva dos tribunais. Porém, apesar dos novos dispositivos remediarem alguns possíveis cenários, alguns perduraram e ainda outros passaram a existir.

O trabalho foi desenvolvido com o objetivo de entender o mecanismo da jurisprudência defensiva, a sua aplicação na linha do tempo do ordenamento jurídico brasileiro, o seu impacto na segurança jurídica e o como o NCPC busca combatê-lo.

MATERIAIS E MÉTODOS

Para a presente pesquisa foram utilizados obras e artigos referentes ao tema, tais como livros e demais materiais físicos pertinentes ao assunto. Posterior ao recolhimento necessário de informações, foram organizados raciocínios com base na legislação vigente e demais posicionamentos doutrinários específicos. Foram utilizadas, ainda, pesquisas em fontes eletrônicas, disponíveis na internet, de forma complementar aos materiais colecionados, proporcionando a defrontação entre dados tradicionais e eletrônicos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Constata-se tanto pela reprovação doutrinária, quanto pela manifestação de entidades da advocacia (como AASP e OAB/SP) que a jurisprudência defensiva, por mais combatida que tenha sido com o advento do NCPC 2015, continua a vigorar silenciosamente nas práticas reiteradas das cortes superiores.

Em Manifesto assinado por diversos advogados pela AASP, pela seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP), pelo Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp), pelo Centro de Estudos das Sociedades

de Advogados (Cesa) e pelo Movimento de Defesa da Advocacia (MDA), no dia 21 de setembro de 2018, foi dito que

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

Nesse diapasão, ante ao forte cenário de resistência que permeia o exercício da jurisprudência defensiva, há que se atentar aos direitos e garantias fundamentais que sofrem interferência direta de tal práxis.

PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Direito fundamental de acesso à jurisdição e ao devido processo legal

Seguindo a mesma esteira principiológica, a garantia constitucional do acesso à justiça, também denominada de princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrada no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, preconiza que

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Não obstante à legislação pátria, dentre os tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, o artigo 8º da 1ª Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, também chamado de Pacto de São José da Costa Rica, trata do tema dispondo que

Art. 8º. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Doravante há que se entender que o acesso à justiça supera uma garantia constitucional, sendo elevado a uma prerrogativa de Direitos Humanos, tamanha sua importância.

Para Bulos (2007, p. 482), o objetivo da garantia constitucional do acesso à justiça consiste em

Difundir a mensagem de que todo homem, independente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, na defesa de seu patrimônio ou liberdade.

No mesmo sentido, Carvalho (2005, p. 460) diz que a garantia constitucional do acesso à justiça “é a inafastabilidade ao acesso ao Judiciário, traduzida no monopólio da jurisdição, ou seja, havendo ameaça ou lesão de direito, não pode a lei impedir o acesso ao Poder Judiciário.”

Importante destacar, ainda, que o acesso à justiça não deve ser reduzido a mera possibilidade de instauração da ação judicial ou acesso ao Judiciário. Faz-se necessário assegurar ao litigante o resultado mais provável da demanda ajuizada (MILLER, 2011, p. 3).

Portanto, quando se observa a aplicação da jurisprudência defensiva, está a se observar não somente a frustração do recorrente, mas a violação dos preceitos constitucionais.

Wambier (2007, p. 70) ensina que

Não se trata de apenas assegurar o acesso, o ingresso, no Judiciário. Os mecanismos processuais (i.e., os procedimentos, os meios instrutórios, as eficácias das decisões, os meios executivos) devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão.

Nesse seguimento, o devido processo legal é princípio constitucional expresso na Magna, em seu art. 5º, LIV, dispondo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Esse princípio garante que ninguém seja privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. O devido processo legal protege não somente a liberdade, em sentido amplo, mas também os bens, tanto corpóreos quanto incorpóreos.

Para os eventos em que tais princípios forem feridos, há os remédios constitucionais. Mas o que fazer quando o formalismo exacerbado das cortes superiores não reconhecem os recursos interpostos que visam salvaguardar tais garantias?

Nesse tonário, relevante se faz a análise de princípio atinente ao julgamento das demandas processuais, qual seja, o princípio da primazia do julgamento do mérito.

Princípio da primazia do julgamento do mérito

O artigo 4º do Novo Código de Processo Civil dispõe que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Além do princípio da duração razoável do processo, faz-se mister a observância do princípio da primazia do julgamento do mérito. Portanto, é dever do juiz, sempre que possível, superar os vícios, viabilizando que a parte os corrija, a fim de que o processo esteja efetivamente apto a ter apreciado o mérito e, conseqüentemente, à solução do conflito.

Ainda, o artigo 6º do mesmo diploma legal salienta a importância de haver, por parte do magistrado, a intenção de cooperar para que haja justa e efetiva decisão do mérito junto às partes, ao propalar que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Sob tal perspectiva, um dos deveres que se atribui ao juiz é o de prevenção, consistente no convite ao aperfeiçoamento pelas partes de suas petições ou alegações. O juiz deve prevenir as partes de eventuais vícios, defeitos e incorreções para que sejam sanados, a fim de possibilitar o exame do mérito e a solução da disputa posta ao seu crivo, com vistas à efetivação da economia e celeridade processuais.

Nesse sentido, Miller (2011, p. 4), afirma que, em que pese haver a consagração da celeridade processual no ordenamento brasileiro, essa não pode ser obtida por meios impróprios, como observado em diversos julgamentos ocorridos em sede recursal, que consideram filigranas processuais em detrimento do direito material em discussão.

Ora, se o exercício jurisdicional pressupõe a atuação fidedigna aos princípios e garantias processuais previstos na legislação vigente, o que se tem observado é o exacerbado capricho por parte das cortes superiores ao não reconhecerem alguns recursos por apego aos formalismos, prejudicando, assim, a qualidade da prestação jurídica.

É nesse sentido que se consubstancia a forte crítica quanto as práticas adotadas por referidos tribunais no que tange ao julgamentos recursais. Faria (2013, p. 528) traz exemplo bastante elucidativo referente à aplicação do formalismo demasiado. Veja-se:

Assim, por exemplo, não se permite que um recurso especial/extraordinário/agravo *destrancador* seja admitido sem que a assinatura nele constante seja de um procurador devidamente constituído nos autos, ainda que a ausência de um instrumento de mandato nos autos seja vício facilmente sanável.

À vista disso, é de conhecimento notório a alta carga litigiosa que assola o judiciário brasileiro. Entretanto, o volume de processos não pode ser utilizado como pretexto para que sejam suprimidas garantias legislativas.

Todo demandante merece ter apreciado seu pedido nos ditames legais vigentes. É nesse sentido que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou o princípio da instrumentalidade das formas, objetivando promover a maximização dos atos processuais e cumprimento dos princípios da duração razoável do processo, economicidade e celeridade.

Princípio da instrumentalidade das formas

Concomitantemente ao princípio da legalidade, há que se ponderar acerca da previsão legislativa no que tange ao princípio do processo legal e ao formalismo processual. Nesse sentido, Teodoro Júnior (1997, p. 77 apud SOUZA; SOARES, 2012, p. 88) salienta que

Dentro do *due process of law*, outrossim, o princípio da legalidade se manifesta na sujeição do juiz e das partes às normas legais, tanto de direito substancial como processual, de maneira que, no Estado de Direito, é uma garantia fundamental a de que as pendências deduzidas em juízo serão sempre compostas à luz do direito material positivo e segundo os ritos do Direito Processual vigente.

Em linhas gerais, Hertel (2004, p. 71) estabelece, de maneira objetiva, que “o processo constitui-se em um instrumento da atividade jurisdicional. Como tal, é composto de uma sucessão de atos processuais, que estão sujeitos a determinados modelos legais, ou seja, a determinadas formas processuais”.

Na esfera recursal, a aplicação do direito pátrio não foge à regra. Independente da espécie de recurso aplicada, para que seja alcançado o

juízo de mérito pelo tribunal, será necessário o preenchimento de requisitos mínimos de admissibilidade, ligados ao formalismo do ato (MILLER, 2011, p. 8), a saber, cabimento, legitimidade, preparo, interesse recursal e tempestividade, nos termos gerais, observados os requisitos próprios de cada modalidade recursal.

Nesse seguimento, Souza e Soares (2012, p. 92) preconizam que,

Enfatizando a importância da forma no processo, Enrico Tulio Liebman nos ensinou que “as formas processuais correspondem a uma necessidade de ordem, certeza e eficiência e a sua escrupulosa observância representa uma garantia de andamento regular e leal do processo e de respeito aos direitos das partes” (2003, p.195).

Contudo, em que pese o formalismo processual ter por escopo propiciar às partes segurança e certeza no desenvolvimento do litígio (MILLER, 2011, p. 4), ressalva-se que tal instrumento é de aplicabilidade temperada nas atuais conjunturas normativas.

Acerca da aplicabilidade do ordenamento, Melo (2010, p. 8) aduz que a realidade atual diverge do legalismo substancial:

Todo ato de interpretação constrói em alguma medida a norma jurídica, porque interpretar é atribuir sentido e significado ao texto que consubstancia uma plataforma linguística no contexto de outros enunciados inseridos no sistema. A norma jurídica é produto de uma construção de sentido e valor que se agrega ao texto. Daí por que se diz que a norma não se reduz ao texto. O texto é só o ponto de partida para a formação das significações. É a ponta do “iceberg” no processo de concretização da norma jurídica.

Desta feita, o vigente Código de Processo Civil assevera, em seu art. 188, que “os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”.

Referido artigo consagra o princípio da instrumentalidade das formas, o qual apregoa que a existência do ato processual é instrumento utilizado para se atingir determinada finalidade. Assim, ainda que com vício, se o ato atinge sua finalidade sem causar prejuízo às partes, não se declara sua nulidade. Mesmo que o ato seja feito fora da forma prescrita em lei, caso tenha atingido o objetivo, para tanto esse ato será válido.

Consoante com o dito, é o que se extrai do anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil (2010, p. 30),

Com objetivo semelhante, 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.

Cumprido destacar, nesse interim, que, primordialmente, a Constituição Federal de 1988, através de seu conteúdo garantista, abriu as portas do Poder Judiciário a uma quantidade indeterminada de cidadãos que, “antes, não tinham ciência de seus direitos ou, se detinham tais informações, não possuíam meios idôneos para pleiteá-los” (FARIA, 2012, p. 363).

Em continuidade, Alvim (1988, p. 41 apud MELO, 2010, p. 3) complementa afirmando que

No Brasil, a Constituição da República confiou aos tribunais superiores uma missão proeminente na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico para todo o território nacional, dos quais se esperam as decisões de maior relevância para os destinos do país, exercendo, por assim dizer, uma função paradigmática e eminentemente exemplar no sistema.

Como consequência, atualmente, o número exacerbado de processos que chegam aos STF e STJ impossibilita que seus Ministros realizem a função que lhes foi designada pela Carta Magna, qual seja, uniformizar o Direito pátrio, assegurando a isonomia, afastando anacronismos legais e empreendendo políticas sociais (FARINA, 2012, p. 9).

Nessa esteira, Faria (2012, p. 364) assinala que

A Constituição determina, em seus artigos 102, III, e 105, III, que as Cortes Superiores (STF e STJ, respectivamente) devem zelar pelo cumprimento das normas de direito objetivo, sendo as últimas instâncias recursais brasileiras, cada qual com sua competência. Nesse diapasão, compete a elas, de forma plena e inabalável, evitar qualquer mácula à CF/88 e à lei federal e, ademais, determinar qual a forma correta de se interpretar o direito positivado. Apesar disso, pelos motivos já expostos e, principalmente, pelo acúmulo de demandas a elas submetidas, têm-se verificado, infelizmente, (i) um sem número de decisões imprecisas, (ii) os nefastos julgamentos “por pilhas”, e (iii) a tentativa desesperada – e orientação velada – da jurisprudência de brechar, a todo custo, os recursos excepcionais, evitando que os mesmos desemboquem nas Cortes Superiores, dentre outras consequências não menos nebulosas.

A doutrina considera que diversas são as causas a serem apontadas como responsáveis pelo congestionamento dos Tribunais Superiores, podendo-

se mencionar, por exemplo, a falta de estrutura do Poder Judiciário, deficiência de recursos humanos, má gestão da máquina judicial, litigância excessiva do próprio Estado, excesso de recursos, baixo custo processual para as partes, dentre outras mais, tanto de cunho administrativo quanto processual (FARINA, 2012, p. 9).

Dessa forma, o que se verifica é que

De nada adianta um intrincado sistema de garantias procedimentais e uma variada gama de instrumentos processuais (ações coletivas, remédios constitucionais, ações de direito objetivo etc) se o direito material, principal escopo da ciência processual, não puder ser alcançado (FARIA, 2014, p. 364).

Referido cenário trona-se palco principal para as práticas lúgubres das Supremas Cortes, emergidas através da chamada jurisprudência defensiva.

A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS ATRAVÉS DA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

Inúmeras reformas legislativas tentaram solucionar o problema, através da descentralização de competência nos tribunais, do acréscimo progressivo de filtros de caráter processual, como requisitos processuais rígidos para a interposição de recursos e súmulas impeditivas.

Entretanto, nenhuma das medidas obteve êxito na crise recursal do STF. Nesse sentido, Carvalho Filho (2009, p. 218) aponta que “O Supremo Tribunal Federal se viu compelido à adoção de diversas orientações de jurisprudência defensiva” como forma de desacelerar o aumento do número de processos. Complementa, ainda, que

William Santos Ferreira leciona que havia uma aparente democratização do acesso à justiça, pois o volume de processos no STF era tão descomunal que se passava a trabalhar com julgamentos em escala – e isso é uma contradição em termos, já que se trata do órgão de cúpula do Judiciário, cujo acesso deve ser algo extraordinário.

Em suas considerações, Vaughn (2016, p. 4) assevera que o STJ igualmente adotou o exercício da denominada jurisprudência defensiva, esclarecendo que

A jurisprudência defensiva consiste na prática do não conhecimento de recursos em razão de apego formal e rigidez excessiva em relação aos pressupostos de admissibilidade recursal, impondo a

supervalorização dos requisitos formais para admissão dos recursos, a partir de uma ótica meramente utilitarista.

De forma complementar, destaca-se que “os precedentes paradigmáticos dos tribunais superiores são fontes de Direito e definem padrões de comportamento com repercussão em todos os setores da vida social (MELO, 2010, p. 26).

Assim, a grande problemática trazida pela aplicação da jurisprudência defensiva é a criação de critérios formais que prezam pelo rigorismo em excesso, além dos previstos em lei, para o conhecimento de recursos.

A título elucidativo, em sua obra, Faria (2014, p. 365) considera que

Nesse prisma, são inúmeros os expedientes adotados, dentre os quais, v.g., citam-se: (i) exigência de ratificação prévia de recursos excepcionais interpostos antes do julgamento de embargos de declaração¹²; (ii) rigorismo desmedido no preenchimento de guias de preparo recursal¹³; (iii) impossibilidade de correção de eventuais vícios sanáveis¹⁴; (iv) inconsistências eternas no trato do prequestionamento¹⁵; (v) a necessidade, quase obrigatória, de interposição simultânea de recurso especial e recurso extraordinário, dada a dificuldade extrema em se definir, exatamente, os contornos da ofensa constitucional ser direta ou reflexa, etc.

Há que se atentar, portanto, à formação de um paradoxo: os julgamentos em sede do STJ e STF estão atrasados sob a justificativa do alto volume de demandas, o que prejudica o manejo dos recursos excepcionais que, entretanto, são justamente os instrumentos de que dispõe as Supremas Cortes para efetivarem suas funções constitucionais, colocando em questão o primor e a precisão acerca do exercício jurisdicional por parte de tais órgãos e acarretando a insegurança jurídica.

Nesse perspectiva,

A segurança jurídica do Estado democrático de Direito – observa o professor HUMBERTO THEODORO JR. – impõe sejam os atos normativos editados com precisão e determinação. Segurança não significa engessamento da jurisprudência. A jurisprudência deve evoluir e acompanhar as transformações do seu tempo, mas com previsibilidade e segurança nesse movimento de evolução e transformação.

Só se pode exigir do jurisdicionado correção de comportamento se os tribunais superiores forem capazes de proporcionar confiança, certeza e previsibilidade em seus posicionamentos. Não se pode exigir de ninguém o grau de certeza que as cortes de uniformização não tiveram no exercício de sua função de definir os direitos e obrigações em nível máximo de jurisdição. (MELO, 2010, p. 21).

Dessa forma, nota-se que independentemente da solução adotada, “não se pode admitir que os tribunais promovam um retrocesso no que diz respeito aos direitos fundamentais, ceifando o efetivo acesso à justiça sob o pobre argumento de que se está a zelar pela celeridade processual” (VAUGHN, 2016, p. 2).

O QUE MUDOU COM O NOVO CPC

Consoante ao exposto, Medeiros (2016, p. 1) aponta que

As matrizes constitucionais do processo civil brasileiro apontam-no como um sistema em que (a) prepondera a legalidade, estando o juiz adstrito ao que dispõe a lei e garante a Constituição e portanto não lhe sendo lícito privar as partes dos meios processuais institucionalizados no direito positivo; (b) prevalece a liberdade no processo, agindo cada um dos litigantes segundo seus próprios desígnios e, naturalmente, colhendo os efeitos favoráveis ou desfavoráveis de suas escolhas; (c) assegura-se a todos a igualdade em oportunidades processuais (paridade em armas)

Com o advento do NOVO CPC, algumas alterações surtiram efeitos na prevenção à jurisprudência defensiva. Os casos citados anteriormente, que eram corriqueiros durante a vigência do Código de 1973, foram sistematicamente prevenidos.

À exemplo, cita-se o seguinte dispositivo do CPC/15:

Art. 1.024. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias.
§5º Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.

Anteriormente, ocorria que, por desconhecimento e por terem de cumprir com uma gama imensa de exigências legais, os recorrentes desapercibidos não realizavam a ratificação, o que resultava na inadmissão do recurso.

Assim, tal manejo legal já não pode ser utilizado como fundamentação para o não conhecimento do recurso por parte dos Tribunais Superiores, visto a expressa previsão legislativa.

Seguindo-se a mesma toada, o art. 1.025 do referido diploma legal é outro exemplo de mecanismo hábil à coibição da prática do indeferimento liminar do recurso, posto que

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

O artigo acima põe fim à necessidade de reiteração dos embargos de declaração, que anteriormente fora utilizada de maneira forçosa para que houvesse expressa manifestação acerca dos dispositivos que deveriam ser analisados, o que ocasionava entraves na boa marcha processual e custos à celeridade e economicidade.

Ainda em relação ao artigo 1.025, há que se enaltecer a segurança jurídica, ao passo em que não haverá recurso inadmitido por falta de prequestionamento.

Nesse sentido, a Súmula 98, do STJ, vem complementar a temática afirmando que os “embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório”.

Tal revisão descarta não só a possibilidade de penalização legal do embargante, como também assegura o direito ao conhecimento do recurso, visto que a interposição dos embargos supre a ausência do prequestionamento nas instâncias inferiores, eliminando mais uma hipótese de não conhecimento por ausência de requisito legal.

O Novo CPC, nitidamente prima pela análise do mérito recursal. É defeso que os julgadores devem dar preferência ao direito material, ao invés das mazelas jurisprudenciais.

Cita-se também o art. 76, referente à incapacidade processual e regularidade de representação, motivos bastante utilizados pelas Cortes Superiores quando do apego ao formalismo excessivo como forma de barrar o conhecimento do recurso. Sua redação sugere que

Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.

§ 2º Descumprida a determinação em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior, o relator:

I - não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente;

II - determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido.

O artigo 76 estende a aplicação do artigo 104, do CPC também à instância recursal. Veja-se:

Art. 104. O advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente.

§ 1º Nas hipóteses previstas no caput, o advogado deverá, independentemente de caução, exibir a procuração no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período por despacho do juiz.

Nesse sentido, Mantovani (2019, p. 188) explica que

Se, de um lado, pois, temos o prazo de 15 dias, previsto no § 1º do artigo em comento, que segundo a sua própria previsão pode ser prorrogável por igual período, por despacho judicial, temos por outro lado, a previsão do disposto no art. 76, do CPC, que, em suam, traz conceito aberto, quando diz textualmente que “verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício”.

Veja que a referência textual do art. 76 a “prazo razoável”, é capaz de relativizar a previsão do disposto no § 1º do art. 104, do CPC. Assim, a preocupação do novel legislador foi a de aproveitamento dos atos processuais.

Assim sendo, também na esfera recursal, em caso de incapacidade processual ou irregularidade de representação da parte, deverá o relator possibilitar a correção do vício em prazo razoável, antes que não conheça do recurso ou determine o desentranhamento das contrarrazões, com vistas ao aproveitamento dos atos processuais.

Outrossim, o art. 218, em seu § 4º, estabelece a tempestividade do ato praticado antes do termo inicial do prazo:

Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei.

§ 4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.

Nesse sentido, Thamay (2019, p. 194) faz consideração apontando que

Importante pontuar que, segundo o § 4º do art. 218, será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo, evitando a prática de ato pré-tempestivo, bem como ficando superada a tese consolidada no CPC/73 a respeito da “intempestividade por prematuridade”, consubstanciada na redação da já suplantada e cancelada Súmula n. 418 do Superior Tribunal de Justiça.

Referida súmula apregoava a inadmissibilidade do recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação, fundamento esta amplamente utilização na denegação do prosseguimento dos recursos.

Camargo (2019, p. 377) faz explanação esclarecedora acerca do disposto no § 4º e sua inovação na atual conjuntura legislativa:

O disposto no § 4º não tem correspondência no CPC/1973 e veio em resposta à conhecida “jurisprudência defensiva” dos tribunais superiores. Antes da vigência do CPC/2015 se formou tese da intempestividade prematura (STF, 1ª turma, AI-AGR 530.544/BA, Rel. Min. Carlos Britto, j. 21.03.2006), que decorria do entendimento de que seria intempestivo o ato processual interposto antes da intimação das partes, tendo em vista que o termo inicial para a contagem do prazo ainda não aconteceu. Entende-se, portanto, que a tese da intempestividade prematura não merece ser aplicada após a vigência do CPC/2015, pelo que também está superada a Súmula 418 do STJ.

Outra hipótese que merece referência é a relativa à guia de porte de remessa e retorno dos recursos. O recolhimento dos valores são de observância necessária ao prosseguimento recursal. Nesse sentido, Farina (2012, p. 12), explica que

Tal comprovante é de fundamental importância para que se evidencie o pagamento das custas processuais de determinado recurso. Sem ela certamente dar-se-ia espaço à fraude e à não contribuição, gerando consequências nefastas aos cofres dos Tribunais. Entretanto, a exigência da Guia, e especialmente de seus requisitos formais, não pode de maneira alguma se sobrepor ao recurso em si.

À vista disso, o CPC/15, em seu art. 1007 e parágrafos, contempla a possibilidade de complementação, no prazo de 5 dias, das custas insuficientes, bem como da apresentação da guia posteriormente, desde que com o recolhimento em dobro, sob pena de deserção. Veja-se:

Art. 1.007. 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.

§ 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.

§ 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.

Dessa forma, não há que se falar em óbice ao prosseguimento do recurso pela não apresentação da guia de recolhimento. O novo CPC cuidou

de aparatar o judiciário de forma a primar pela apreciação do mérito recursal em detrimento da observância exacerbada dos pressupostos formais.

Por fim, o art. 1045 permite o aproveitamento do recurso especial e sua conversão em extraordinário, caso a questão seja constitucional, enquanto o artigo 1046 permite o aproveitamento do recurso em extraordinário e sua conversão em especial para o STJ quando o Superior Excelso considerar como reflexa a ofensa à Constituição, pressupondo a revisão da interpretação da lei federal.

Observa-se que não só a economia processual, a razoável duração do processo, a celeridade e o acesso à justiça foram contemplados pelo novo CPC, mas há também a primazia pelo já referido princípio da instrumentalidade das formas.

Tal princípio normativo possui alta carga axiológica dentro do ordenamento brasileiro, advertindo todo o direito processual. Essa imponência do princípio decorre, em verdade, do seu próprio conteúdo, que redireciona a finalidade do processo como meio, possibilitando que sejam atingidos os resultados esperados do instrumento judicial (HERTEL, 2004, p. 103)

O QUE NÃO MUDOU COM O NOVO CPC

Em que pese as diversas inovações trazidas pelo CPC/2015, que assistem à prevenção da jurisprudência defensiva, ainda há muito a ser enfrentado pelos juristas brasileiros.

Vários dispositivos do novo código visam combater a jurisprudência defensiva, que tomou forma na prática forense dos Tribunais, sendo compreendido como o conjunto de decisões que criam os mais variados óbices, mormente de cunho formal, para inviabilizar a superação do juízo de admissibilidade recursal (BUENO, 2016).

Entretanto, passar-se-á à análise de algumas disposições deles que ainda tem sua aplicabilidade mitigada ou feita de forma discutível no âmbito dos tribunais.

A Súmula 284 do STF é um dos principais mecanismos utilizados para a inadmissibilidade de recursos. Se conteúdo, *in verbis*, afirma que “é inadmissível o recurso extraordinário quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Esse dispositivo é aplicável não somente ao recurso extraordinário, mas ao cenário recursal como um todo, atingindo, por exemplo, a rejeição da inicial por inépcia quando da narração dos fatos não decorrer pedido lógico (TORRE, 2015, p. 121).

A aplicação imoderada do dispositivo se dá uma vez que este se encontra em conformidade CPC vigente, especialmente o art. 330, sendo decorrência natural o ônus do recorrente em trazer nas razões recursais os fundamentos adequados ao embasamento do seu recurso.

Diante de tal cenário, “observa-se, diuturnamente, tanto no Supremo quanto no Superior Tribunal, a aplicação indiscriminada da Súmula 284 do STF, com o desígnio particular de obstar o conhecimento dos recursos” (FARINA, 2012, p. 10), ante a amplitude demasiadamente alargada que lhe fora conferida.

Outra prática que assola as extensões recursais com a finalidade de restringir a atuação do STF é a da irrecorribilidade da decisão que entende inexistir repercussão geral. O embasamento processual civil utilizado para tal negação se encontra no art. 1.035 e parágrafos, do novo CPC.

Torres (2015, p. 124) leciona que, todavia, caberiam, em tese, ao menos embargos de declaração contra as decisões que consideram não haver repercussão geral, caso presentes seus requisitos, ainda que se tratando de decisão plenária prolatada por órgão do Judiciário. Citado autor conclui, entretanto, que

Contudo, inovando uma vez mais no plano infralegal, o art. 326 do RISTF dispôs que “toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecorrível e, valendo para todos os recursos sobre questões idênticas, deve ser comunicada, pelo(a) Relator(a), à Presidência do Tribunal, para os fins do artigo subsequente e do artigo 329.”

A exegese desse dispositivo resultou em vedação inclusive de pedido de reconsideração contra decisão que nega a existência de repercussão geral, mas considerando-se que somente lei federal pode dispor sobre matéria processual, trata-se de veículo inadequado para introduzir tal vedação, havendo quem sustente, portanto, a inconstitucionalidade do dispositivo em comento, como mais um exemplo da jurisprudência defensiva (TEDESCO, p. 274 apud TORRES, 2015, p. 124).

De forma análoga, outro precedente utilizado para o exercício da jurisprudência defensiva se refere a tempestividade do recurso no que tange à comprovação de feriados locais.

Mesmo diante da previsão legal dos art. 932, § único e 938, § 1º do CPC/15, que determinam ao relator conceder ao recorrente prazo para a correção de vícios sanáveis antes da inadmissão do recurso, o que se observa na prática é que

Ao interpretar a regra do art. 1.003, § 6º, do CPC/15, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Corte Especial, parece ter desconsiderado este princípio e firmado o entendimento no sentido de que a prova do feriado local, no ato da interposição do recurso, para fins de demonstração da tempestividade do recurso, consiste em vício insanável e, portanto, insuscetível de correção, caso não seja feito naquele momento processual (GONÇALVES; DOMINGUES; MARTINELLI, 2018, p. 421).

Até 2012, considerava-se que cabia ao recorrente comprovar a ocorrência do feriado local no momento da interposição do recurso, sendo incabível demonstração posterior da causa de suspensão do prazo. Entretanto, no referido ano, o entendimento foi revisto pela Corte Especial do STJ, que concluiu pela possibilidade de comprovação posterior da tempestividade. Ocorre que com a promulgação do CPC/15, a Corte Especial volta atrás no seu entendimento, considerando intempestivos os recursos interpostos sem a devida comprovação, no ato, do feriado local (SODRÉ, 2018, p. 17).

Assim, a interpretação restritiva e não sistemática do art. 1003, §6º fez sucumbir as regras gerais constantes nos art. 932 e 938 sobre vícios sanáveis, instaurou divergência quanto à amplitude interpretativa do ordenamento.

Nesse sentido, Gonçalves, Domingues e Martinelli (2018, p. 423) explicam que

A Corte Especial do c. STJ, ao firmar esse entendimento, desprezou a cláusula geral de sanabilidade recursal prevista na regra do art. 932, § único, do CPC/2015, segundo a qual o relator não pode considerar um recurso inadmissível sem antes conferir ao recorrente o prazo de 05 (cinco) dias para sanar o vício apresentado. Outrossim, ignorou a regra constante do art. 938, § 1º, do mesmo código, que dispõe que nos casos em que o relator constatar a existência de vício sanável, ainda que de ofício, deverá determinar a realização ou a renovação daquele ato processual. Estas regras visam claramente prestigiar o princípio da primazia da solução de mérito e, ao mesmo tempo, combater a denominada “jurisprudência defensiva”, tão perniciosa aos princípios do amplo acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição, dentre outros.

Destarte, fica evidente o caráter *contra legem* que os entendimentos firmados em sede de jurisprudência defensiva carregam em seu bojo, visto que tal prática fere propositadamente garantias constitucionais como o acesso à

justiça, a celeridade, o aproveitamento dos atos processuais, e princípios como o da economia processual, instrumentalidade das formas e primazia do mérito, devendo ser combatida sempre que possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, nota-se que a característica peculiar da jurisprudência defensiva é que ela se fixa nas tecnicidades e formalismos processuais exacerbados como forma de solucionar a demanda recursal rapidamente, sem se atentar à possibilidade de extrair e aproveitar a questão debatida no contexto federal e, com isso, uniformizar-se tese de Direito objetivo significativa à sociedade como um todo.

Mesmo o nobre argumento de racionalização do trabalho não justifica a criação da jurisprudência defensiva em total dissonância com a nova sistemática processual de mitigação de vícios sanáveis, pois tal procedimento viola a própria prestação jurisdicional determinada pela Constituição Federal.

Assim, mencionada prática não resolve a problemática do abarrotamento das instâncias superiores, tendo como consequência a má-prestação jurisdicional e o inconformismo das partes.

A jurisprudência defensiva é, portanto, absolutamente antagônica à função primordial dos Tribunais Superiores e do processo, que deve servir de instrumento à realização da justiça e do Direito (Constitucional e Federal).

Como técnica ilegítima, ela ofende as garantias constitucionais de acesso à jurisdição e ao devido processo legal e viola o princípio da primazia do julgamento do mérito, positivado no artigo 4º do Código de Processo Civil, e refletido em cerca de duas dezenas de dispositivos desse mesmo diploma.

Nesse sentido, as normas que estabelecem os pressupostos recursais, por serem regras de restrição, devem ser interpretadas restritivamente, não cabendo Tribunais Superiores estenderem sua interpretação com finalidades atinentes aos seus reservados interesses.

O congestionamento dos Tribunais Superiores deve ser solucionado por meio de deliberações administrativas e de gestão pública, mas jamais com medidas cerceadoras de direitos fundamentais dos cidadãos.

Desta feita, acesso ao judiciário e a garantia de julgamento de mérito constitui um pilar do estado democrático de direito, pelo qual se deve lutar incisivamente para sua efetivação em todo e qualquer grau de jurisdição.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo código de processo civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. 268 p. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 Set. 2019.
- BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Vade Mecum Civil e Empresarial**. Organização, André Mota, Cristiano Sobral, Francisco Penante, Luciano Figueiredo, Roberto Figueiredo e Sabrina Dourado. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). Vade Mecum Saraiva. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BUENO, C. S. **Manual de direito processual civil**: volume único, 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2019.
- BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1936 p.
- CAMARGO, L. B. A. V. Comentários ao código de processo civil. In: VERAS, N. A. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. Campo Grande: Contemplar, 2019. p. 376-388.
- CARVALHO FILHO, J. S. Os impactos da repercussão geral do recurso extraordinário na jurisdição brasileira. **Estudos Jurídicos**, Porto Alegre, n. 30, p. 212-225, Nov./Dez. 2009. Disponível em: < <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/672>>. Acesso em: 07 Set. 2019.
- CARVALHO, K. G. **Direito constitucional**. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, 862 p.
- CIDH. Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1968). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjo se.htm>>. Acesso em: 05 Set. 2019.
- FARIA, M. C. Mais do mesmo: os vícios de representação recursais, a impossibilidade de saneamento posterior nas instâncias excepcionais e a jurisprudência defensiva. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 12, p. 526-544. 2013. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8689/6561>>. Acesso em: 06 Set. 2019.

FARIA, M. C. O novo código de processo civil vs. a jurisprudência defensiva. In: Alexandre Freire et. al.: **Novas tendências do processo civil**. Salvador, 2014. p. 363-390.

FARINA, F. M. Q. Jurisprudência defensiva e a função dos tribunais superiores. **Revista de Processo**, Brasília, v. 209, p. 105-131, Jul. 2012. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34085813/JURISPRUDENCIA_DEFENSIVA_E_A_FUNCAO_DOS_TRIBUNAIS_SUPERIORES.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DJurisprudencia_Defensiva_e_a_Funcao_dos.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20190906%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20190906T233617Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=c73841c188bbe7b382f57a1abb491692a8459ae3e00b2ab55859d91574738810>. Acesso em: 06 Set. 2019.

GONÇALVES, T. F.; DOMINGUES, E.; MARTINELLI, A. S. A prova do feriado local para fins de demonstração da tempestividade dos recursos cíveis segundo a jurisprudência do STJ: uma análise do entendimento firmado por sua Corte Especial no julgamento do Agravo Interno em Recurso Especial nº 957.821/MS. In: A jurisdição e a cooperação jurídica internacional e os métodos adequados de tratamento de conflitos, 2018, Vitória. **Anais do III Congresso de Processo Civil**, Vitória, 2018. p. 420-428. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/26064>>. Acesso em: 08 Set. 2019.

HERTEL, D. R. **Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas**. 179 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação da CAPES, FDV, Vitória, 2004.

MANTOVANI, A. Comentários ao código de processo civil. In: VERAS, N. A. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. Campo Grande: Contemplar, 2019. p. 186-196.

MEDEIROS, E. O devido processo legal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4656, Mar. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47727>>. Acesso em: 7 set. 2019.

MELO, G. M. Limites à retroatividade do precedente uniformizador de jurisprudência. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 407, p. 127-148, Jan./Fev. 2010. Disponível em: <<http://www.etad.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Limites-a-retroatividade-do-precedente.pdf>>. Acesso em: 07 Set. 2019.

MILLER, C. S. O formalismo processual em sede recursal como obstáculo ao acesso à justiça. **Inter Science Place – Revista Científica Internacional Indexada**, São Paulo, n. 16, p. 144-164. Jan/Mar. 2011.

SODRÉ, L. H. **A jurisprudência defensiva no âmbito do Superior Tribunal de Justiça à luz do Código de Processo Civil de 2015**. 69 f. Trabalho de

conclusão de curso (Graduação) – Faculdade de Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

SOUZA, N. B. de; SOARES, M. A. S. O formalismo processual e o princípio da adaptabilidade do procedimento. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 16, n. 2, p. 83-106, Dez. 2012.

THAMAY, R. F. K. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1269 p.

TORRE, R. G. F. **A valorização dos precedentes pelos tribunais superiores e a jurisprudência defensiva**. 191 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

VAUGHN, G. F. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. **Revista de Processo**, Brasília, v. 254, p. 339-373, Abr. 2016. Disponível em: <
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.254.17.PDF>. Acesso em: 07 Set. 2019.

WAMBIER, L. R. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo de conhecimento**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.