

A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: A DOCTRINA UTILITARISTA MAIS VIVA QUE NUNCA

LA JURISPRUDENCIA DEFENSIVA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES: LA DOCTRINA UTILITARISTA MÁS VIVA QUE NUNCA

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (*)

Fernando Moreira Freitas da Silva ()**

RESUMO

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça enfrentam um crescimento vertiginoso no número de processos, gerando um acervo sem perspectiva de ser vencido por seus ministros. Diante dessa realidade, uma das soluções encontradas pelo Poder Judiciário para permitir o bom funcionamento das cortes foi a produção de uma jurisprudência defensiva. Na maioria das vezes, por apego exacerbado a formalismos, na contramão da moderna doutrina processual, não se conhece dos recursos extraordinários. Em nome da redução do número de processo e do bom funcionamento das cortes, nega-se o acesso à justiça e reacendem-se as chamas da velha doutrina utilitarista.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisprudência defensiva; Acesso à Justiça; Utilitarismo.

RÉSUMEN

En los últimos años, el Supremo Tribunal Federal y el Superior Tribunal de Justicia enfrentan un crecimiento vertiginoso en el número de procesos, generando un acervo sin perspectiva de ser vencido por sus ministros. Delante de esa realidad, una de las soluciones encontradas por el Poder Judicial para permitir el buen funcionamiento de las cortes fue la producción de una jurisprudencia defensiva. En la mayoría de las veces, por apego exacerbado a formalismos, en contraposición a la moderna doctrina procesal, no se conoce de los recursos extraordinarios. En nombre de la reducción del número de proceso y del buen funcionamiento de las cortes, se niega el acceso a la justicia e se reencienden las llamas de la vieja doctrina utilitarista.

PALABRAS-CLAVE: Jurisprudencia defensiva; Acceso a la Justicia; Utilitarismo.

* Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Professora Adjunta da Graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Londrina. E-mail: anaclaudiazuin@live.com

** Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Empresarial e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Juiz de Direito do Estado de Mato Grosso do Sul. E-mail: fmando81@bol.com.br

INTRODUÇÃO

Os tribunais superiores, notadamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), possuem um considerável acervo processual. Dados recentes demonstram que o STF encerrou o ano de 2013 com 66.890 processos pendentes de julgamento, ao mesmo tempo em que teve uma distribuição anual de 30.682 processos¹. No âmbito do STJ, ao final do ano de 2013, verificam-se 270.172 processos pendentes de julgamento e uma distribuição anual de 290.065 processos².

A partir dos dados colacionados no STF, composto por 11 ministros, observa-se uma média de 2.879 processos anuais para cada ministro. Já no STJ, cuja composição é de 33 ministros, notam-se 8.789 processos por julgador.

Interessante observar que, nos últimos 10 anos, o número de processos anuais distribuídos no STF passou de 526 para 30.682, ao passo que no STJ, no mesmo período, observou-se uma evolução de 226.440 para 290.065³.

Dos dados apresentados, fica evidente o crescente aumento do número de processos distribuídos, anualmente, nos tribunais superiores, bem como o excesso de trabalho concentrado nas mãos dos julgadores, gerando, destarte, o conhecido retardo na prestação jurisdicional.

Qual a solução para conciliar o princípio constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV) com outro princípio também de natureza constitucional, o da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII)? Seria a jurisprudência defensiva uma alternativa?

O presente trabalho se propõe a (re)pensar a prática processual, no âmbito dos tribunais superiores, não apenas a partir de uma baliza pragmática, mas também moral, vale dizer, a chamada jurisprudência defensiva estaria a observar o compromisso do Poder Judiciário de entregar uma prestação jurisdicional justa ou teria uma finalidade meramente utilitarista de julgar o maior número de processo possível?

Para responder à questão, apontar-se-ão algumas considerações sobre os princípios constitucionais do acesso à justiça e da duração razoável do processo. Em seguida, demonstrar-se-ão casuísticas relativas à jurisprudência defensiva do STJ e do STF. Por fim,

¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 jan 2013.

² Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 04 jan 2013.

³ Conforme sites mencionados anteriormente.

apresentar-se-á a doutrina utilitarista, proposta por Jeremy Bentham e por Stuart Mill, com o escopo de questionar se a prática processual atual, nos tribunais superiores, encontra-se (des)alinhada com a famigerada doutrina utilitarista.

1 Os princípios constitucionais do acesso à justiça e da duração razoável do processo

A Constituição Federal de 1988 trouxe a consagração expressa dos princípios do acesso à justiça⁴ e da duração razoável do processo⁵. Por meio do acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, objetiva-se garantir o ingresso, em juízo, seja para afastar uma lesão a um direito, seja para rechaçar uma mera ameaça de lesão, constituindo esta última hipótese um avanço em relação ao texto anterior, que não contemplava o acesso em caso de mera ameaça de lesão (SILVA, 2012, p. 431). Segundo tal princípio,

todos têm acesso à justiça para pleitear tutela jurisdicional preventiva ou reparatória a lesão ou ameaça de lesão a um direito individual, coletivo, difuso e até individual homogêneo. Constitui, portanto, um direito público subjetivo, decorrente da assunção estatal da administração da justiça, conferido ao homem para invocar a prestação jurisdicional, relativamente ao conflito de interesse qualificado por uma pretensão irresistível (BULOS, 2007, p. 223).

O acesso à justiça é decorrente da avocação pelo Estado do poder de resolução dos conflitos que, com o escopo de evitar a autotutela pelos particulares, quando estes não conseguem a autocomposição, assume uma postura ativa de dizer o direito, solucionando a controvérsia. Nesse sentido, observa Celso Ribeiro Bastos:

O lesado tem de comparecer diante do Poder Judiciário, o qual, tomando conhecimento da controvérsia, se substitui à própria vontade das partes que foram impotentes para se autocomporem. O Estado, através de um de seus Poderes, dita, assim, de forma substitutiva à vontade das próprias partes, qual o direito que estas têm de cumprir. Vale notar, ademais, que a esta declaração do direito aplicável a um caso concreto há que se agregar ainda a definitividade da sua manifestação e a suscetibilidade de esta vir a ser executada coativamente (BASTOS, 1989, p. 170).

É justamente com a finalidade de evitar a autotutela que o Estado, por meio do Poder Judiciário, intervém para solucionar o conflito de interesse, razão pela qual a prestação jurisdicional deve ser menos onerosa, célere e efetiva.

A questão que se traz à reflexão é a extensão do acesso à justiça. Seria um princípio constitucional aplicável apenas à instância ordinária ou também à extraordinária? Parece que

⁴ Surgido, explicitamente, com a Constituição de 1946, com a seguinte redação: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

⁵ Inovação da Constituição Federal de 1988, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004.

a Constituição Federal não faz qualquer distinção entre as instâncias, motivo pelo qual o amplo acesso à jurisdição deve ser facilitado em todas as instâncias, ordinária e extraordinária. Importante frisar, contudo, que, no tocante à instância extraordinária, a própria Constituição é expressa em limitar as matérias submetidas à sua competência, constando do artigo 102 a competência do STF e do artigo 105 a competência do STJ. Portanto, não é qualquer matéria que pode ser levada ao conhecimento das cortes superiores, limitando-se, em grau recursal, o STF a rever decisões que contrariam a Constituição Federal, ao passo que ao STJ compete apreciar recursos contra julgados que violam a lei federal.

A crítica mais contundente que se faz aos tribunais superiores é de não conhecer de recursos extraordinários, mesmo quando há violação à Constituição Federal e/ou à legislação federal, valendo-se de excesso de formalismo com o único escopo de eliminar recursos, negando-se vigência, desse modo, ao princípio do acesso à justiça.

A Constituição Federal impõe ao Poder Judiciário, de um lado, a observância ao princípio do acesso à justiça, de modo a criar mecanismos para facilitar o acesso do cidadão à prestação jurisdicional⁶. Por outro lado, a Carta Magna também assegura ao Judiciário zelar pela duração razoável do processo, conforme expresso no artigo 5º, inciso LXXVIII.

Tão relevante quanto garantir o acesso à justiça é ofertar uma justiça célere, o que decorre do próprio postulado da dignidade humana (MENDES, 2013, p. 393), tratando-se de norma constitucional de eficácia plena e imediata, não havendo necessidade de norma regulamentadora (art. 5º, § 1º, CF).

Sobre a extensão do princípio da duração razoável do processo, vale destacar que

a garantia constitucional da celeridade e da duração razoável do processo (CF 5º LXXVIII) implica o direito fundamental de o cidadão obter a satisfação de seu direito reclamado em juízo, em prazo razoável. O conceito de satisfatividade envolve as tutelas de urgência, de conhecimento e de execução, de sorte que somente estará preenchido o preceito contido na norma comentada, se a sentença, os recursos, o cumprimento de sentença e a satisfação da pretensão estiverem findos em prazo razoável (NERY JÚNIOR, 2013, p. 248).

É bem verdade, conforme adverte José Afonso da Silva, que sequer haveria necessidade de expressa previsão do princípio da duração razoável do processo, já que ele se encontra implícito, no próprio conceito de acesso à justiça, porém a “crônica morosidade do

⁶ Dentre as ações desenvolvidas pelo Poder Judiciário para facilitar o acesso à justiça estão: criação de núcleos de conciliação; redução de custas processuais; ampliação da competência dos juizados especiais; criação de varas especializadas etc.

aparelho judiciário o frustrava; daí criar-se mais essa garantia constitucional, com o mesmo risco de gerar novas frustrações pela sua ineficácia, porque não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia individual para que, num passe de mágica, tudo se realize como declarado" (SILVA, 2012, p. 432).

Como conciliar, então, o acesso à justiça e a duração razoável do processo de modo a não tornar a Constituição Federal uma mera folha de papel? Algumas alternativas são apresentadas, nos seguintes termos:

O assunto envolve temas complexos e pretensões variadas, como a modernização e simplificação do sistema processual, a criação de órgãos judiciais em número adequado e a própria modernização e controle da prestação jurisdicional e de questões relacionadas à efetividade do acesso à justiça (MENDES, 2013, p. 393).

Por outro lado, se ficar constatada que a morosidade se deve à desídia do magistrado ou do servidor, deve o órgão competente tomar as providências administrativas para o cumprimento das garantias asseguradas pela Constituição (SILVA, 2012, p. 433).

Seja aparelhando o Judiciário com estrutura física e humana, seja punindo o agente desidioso, o que não se admite é promover um retrocesso em direitos fundamentais, negando o acesso à jurisdição, sob a alegação de que se está a zelar pela duração razoável do processo.

Vale transcrever a relevante advertência apresentada por Mauro Cappelletti e por Bryant Garth de que o crescente número de processo, consequência do maior acesso à justiça, não pode subverter os fundamentos de um procedimento justo:

Uma vez que grande e crescente número de indivíduos, grupos e interesses, antes não representados, agora têm acesso aos tribunais e a mecanismos semelhantes, através das reformas que apresentamos ao longo do trabalho, a pressão sobre o sistema judiciário, no sentido de reduzir a sua carga e encontrar procedimentos ainda mais baratos, cresce dramaticamente. Não se pode permitir que essa pressão, que já é sentida, venha a subverter os fundamentos de um processo justo. Neste estudo, falamos de uma mudança na hierarquia dos valores no processo civil - de um desvio no sentido do valor da acessibilidade. No entanto, uma mudança na direção de um significado mais "social" da justiça não quer dizer que o conjunto de valores do procedimento tradicional deva ser sacrificado. Em nenhuma circunstância devemos estar dispostos a "vender nossas almas" (CAPPELLETTI, M.; GARTH, B.; 1988, p. 164).

A jurisprudência defensiva, conforme se verificará no tópico seguinte, constitui uma forma odiosa de negar acesso à jurisdição travestida de compromisso com a celeridade processual.

2 A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores

Conforme já destacado, aplicar o princípio do acesso à justiça aos tribunais superiores não significa impor às cortes o julgamento de todas e quaisquer causas como se fossem uma terceira ou uma quarta instância recursal. Isso porque o papel das cortes superiores é vinculado ao comando constitucional, que lhes impõe o dever de zelar pelo direito objetivo, garantindo sua eficácia, inteireza e uniformidade de interpretação (WAMBIER, 2005, p. 98).

É importante destacar que a limitação de matérias submetidas ao crivo das cortes superiores não é um fenômeno exclusivo do Brasil, mas está presente também nas demais cortes constitucionais, tal como ocorre com a Itália (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 679-680).

O que se critica é a criação de uma jurisprudência chamada defensiva com o objetivo único de barrar recursos, mesmo aqueles que possuem condições de provimento, apegando-se o tribunal, na maioria das vezes, a aspectos processuais de somenos importância e contrariando as tendências da moderna doutrina processual.

Sobre a chamada jurisprudência defensiva, por meio da qual se criam requisitos recursais não previstos na Constituição ou nas leis, vale transcrever as seguintes considerações de José Miguel Medina:

Os tribunais superiores têm a grande função de apontar o rumo correto a ser seguido na interpretação e aplicação da Constituição e da lei federal. Devem, pois, ser tomados como exemplos do cuidado com que a norma jurídica deve ser interpretada e aplicada. A criação de requisitos recursais à margem da lei definitivamente não corresponde ao papel que deve ser desempenhado pelos tribunais. Esse, a meu ver, é o maior problema da jurisprudência defensiva. Os tribunais — e, no que respeita ao tema, especialmente os tribunais superiores — devem atuar com retidão, ao aplicar a lei. A criação de “entraves e pretextos” não previstos na norma jurídica “para impedir a chegada e o conhecimento de recursos” mancha a imagem daqueles tribunais que deveriam servir de guias na interpretação da própria lei. (MEDINA, 2013).

Dentre o elenco de casos a exemplificar o fenômeno da jurisprudência defensiva, citam-se:

2.1 Recursos não assinados

Curiosa é a questão da admissibilidade de um recurso não assinado. Entende o STJ que, para a instância ordinária, trata-se de uma mera irregularidade, passível de ser sanada: "A jurisprudência do STJ posiciona-se no sentido de admitir recurso não assinado na instância ordinária, se a parte, intimada, sana a falta de assinatura"⁷. Contudo, quando se trata da via extraordinária, a mesma Corte é enfática: "O recurso não assinado na via excepcional é considerado inexistente, inviabilizando o seu conhecimento"⁸.

No âmbito do STF, a realidade não é diferente. A Corte é categórica quanto à não aplicabilidade ao recurso extraordinário do artigo 13 do CPC: "O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pacífica no sentido de considerar inexistente o recurso não assinado pelo procurador do recorrente. Precedentes. Ademais, é firme o entendimento desta Corte de que não é aplicável ao recurso extraordinário a norma inscrita no art. 13 do CPC. Precedentes"⁹.

Causa perplexidade o entendimento sufragado pelas cortes superiores, pois, com base em opção jurisprudencial defensiva, afasta a incidência do Código de Processo Civil ao recurso de sua competência. Trata uma mera irregularidade como um ato inexistente.

Cândido Rangel Dinamarco, com razão, tece acirradas críticas à posição assumida pelas cortes superiores, questionando se haveria compromisso das instâncias extraordinárias com a própria justiça:

Ouso até dizer que chega a ser arbitrária a postura dos que, proclamando o repúdio ao formalismo irracional em relação a outros atos do processo e chegando mesmo a admitir sua regularização mediante a assinatura inicialmente faltante, quando tratam do recurso extraordinário ou do especial vêm assumir atitude diferente. Por que esses atos mereceriam ser tratados assim, a partir de um metro formalista e discrepante das premissas tão bem aceitas em outras situações? Essa postura parece-me mais uma manifestação da idéia de que tais recursos não teriam compromisso algum com o valor do justo, servindo somente, como está em escritos de Alfredo Buzaid, à preservação da ordem jurídico-positiva do país - e não como instrumento à disposição das partes para a busca do acesso à justiça (DINAMARCO, 2010, p. 1052).

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 678889/AL. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ: 17.06.2009.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1074826/SP. Rel. Min. Luiz Fux. DJ: 15.12.2008.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 780441 AgR. Rel. Min. Roberto Barroso. DJ: 20.11.2013.

O Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, que altera o Código de Processo Civil, já traz expressa autorização para sanar o vício, conforme art. 983, § 2º: "Quando o recurso tempestivo contiver defeito formal que não se repute grave, o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal poderão desconsiderar o vício, ou mandar saná-lo, julgando o mérito".

Pelos argumentos expostos, torna-se imprescindível a revisão jurisprudencial, não se podendo deixar ao puro arbítrio do tribunal dizer se, em determinados casos, admite, ou não, a aplicação da lei. Existe, apenas, um Código de Processo Civil, devendo ser aplicado tanto na instância ordinária, quanto na extraordinária.

2.2 Carimbos borrados

O STF¹⁰ e o STJ¹¹ não admitem a juntada posterior à interposição de uma certidão para comprovar a tempestividade de um recurso, quando não for legível o carimbo, aposto pelo próprio Judiciário.

Mais uma vez, afasta-se a aplicação do Código de Processo Civil às instâncias extraordinárias: "Na instância especial, revela-se inaplicável o disposto nos arts. 13 e 37 do Código de Processo Civil, o que obsta a juntada posterior de certidão que ateste sua tempestividade, tendo em vista a ocorrência da preclusão consumativa"¹².

Embora não se trate de um caso de necessidade de posterior juntada de certidão para sanar o vício, no âmbito do STF já se vislumbra uma possível mudança no tocante a tal entendimento, conforme se depreende do seguinte voto da relatoria do Ministro Luiz Fux:

Nada obstante o carimbo do protocolo da petição de recurso extraordinário esteja ilegível, a sua tempestividade pode ser aferida por outros elementos acostados aos autos. O defeito do protocolo ilegível, no caso, é imputável ao órgão que recebeu a petição e não carimbou adequadamente, não podendo a parte jurisdicionada sofrer o prejuízo por um defeito o qual não deu causa. O ônus processual no caso não pode ser atribuído à parte. Ex positis, dou provimento ao agravo regimental¹³.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 834940/PE. Rel. Min. Carmen Lúcia. DJ: 09.02.2012.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1406354/SC. Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJ: 07.10.2013.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 66645/SP. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas. DJ: 20.10.2013.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 611743 AgR/PR. Rel. Min. Luiz Fux. DJ: 07.11.2012.

É imperiosa a mudança jurisprudencial. Ora, se já é inconcebível não permitir sanar a ausência de uma assinatura em um recurso, com maior razão não se pode impedir que a parte esclareça algo decorrente de uma falha do próprio Poder Judiciário.

2.3 Ausência de comprovação do feriado local ou de suspensão do prazo na origem

No ano de 2012, revendo a jurisprudência dominante, o STJ¹⁴ e o STF¹⁵ passaram a admitir a comprovação posterior de feriado local ou de suspensão do prazo no tribunal de origem. Andaram bem as cortes, já que, antes de não conhecer do recurso, passaram a admitir que a parte recorrente comprove a sua tempestividade.

Infelizmente, o Projeto do Novo Código de Processo Civil é expresso em assegurar que a prova da tempestividade será feita no momento da interposição (art. 948, §2º), o que deveria ser corrigido de modo a evitar qualquer retrocesso no entendimento atual dos tribunais superiores.

2.4 Recurso interposto por advogado irregularmente constituído

O STJ, inclusive com entendimento sumulado¹⁶, e o STF¹⁷, de forma pacífica, consideram inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos. Ambas as cortes, novamente, refutam a aplicação do artigo 13 do CPC às instâncias excepcionais.

Entretanto, em boa hora, o Projeto do Novo CPC, no artigo 76, § 2º, é expresso quanto à aplicação do art. 13 aos recursos especial e extraordinário. Portanto, a partir da vigência do Novo Código, ficará explícito que, tanto na instância ordinária, quanto na extraordinária, antes de não conhecer do recurso, deverá o julgador intimar a parte a sanar o vício.

2.5 Incorreção no preenchimento da guia de custas

Se a parte interpuser um recurso especial ou extraordinário com a guia de recolhimento de custas preenchida de forma incompleta ou com algum erro, a atual jurisprudência do STJ¹⁸ e do STF¹⁹ impõe o reconhecimento da deserção, não permitindo a

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 137141/SE. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira. DJ: 15.10.2012.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 626358 AgR/MG. Rel. Min. Cezar Peluso. DJ: 23.08.2012.

¹⁶ Súmula 115 do STJ: " Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos".

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 602938 AgR / CE. Rel. Min. Roberto Barroso. DJ: 12.11.2013.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1034913/MA. Rel. Min. Marco Buzzi. DJ: 03.12.2013.

juntada posterior da guia devidamente preenchida, sob o argumento de preclusão consumativa.

O Projeto do Novo CPC²⁰, no art. 961, §2º, assegura que: “O equívoco no preenchimento da guia de custas não resultará na aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de cinco dias ou solicitar informações ao órgão arrecadador”.

Mais uma vez, o legislador procura afastar o rigor da jurisprudência dos tribunais superiores, concedendo à parte recorrente a possibilidade de sanar o vício, antes de ver o seu recurso barrado.

2.6 Ausência de ratificação de recurso interposto antes do termo inicial

Os tribunais superiores não admitem recurso especial e extraordinário, antes do julgamento do recurso de embargos de declaração, se a parte recorrente deixar de ratificar as razões dos recursos excepcionais, após a publicação do julgamento dos embargos²¹. O STJ, inclusive, possui entendimento sumulado nesse sentido²².

Contudo, o entendimento exposto sempre recebeu as mais severas críticas da doutrina, já que, se os declaratórios em nada modificaram o teor do julgamento anterior, por qual motivo exigir a ratificação do recurso? Ora, se a parte, "mesmo antes da intimação da decisão recorrida, adiantou-se e interpôs o recurso cabível, ela se deu por intimada, dispensando-se nova intimação. Não há como entender que o caso seja de intempestividade" (BUENO, 2008, p. 290).

O legislador reformista, no artigo 980, § 2º, porém, com acerto, objetivando sanar tal absurdo, expressamente previu a possibilidade de interposição de recurso se o julgamento dos declaratórios não teve o condão de modificar o julgado: "Se, ao julgar os embargos de declaração, o juiz, relator ou órgão colegiado não alterar a conclusão do julgamento anterior, o recurso principal interposto pela outra parte antes da publicação do resultado será processado e julgado independente de ratificação".

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 776855/RS. Rel. Min. Rosa Weber. DJ: 11.12.2013.

²⁰ Projeto de Lei do Senado nº 166/2010.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 773889 AgR/SC. Rel. Min. Rosa Weber. DJ: 12.12.2013.

²² Súmula 418: "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão de embargos de declaração, sem posterior ratificação."

2.7 Impossibilidade de conversão de Recurso Especial em Extraordinário e vice-versa

O STJ possui firme jurisprudência no sentido de não conhecer do recurso especial, quando a decisão recorrida possuir natureza constitucional²³. No mesmo sentido, o STF também não conhece do recurso quando houver violação à legislação infraconstitucional, pois reconhece, em tais hipóteses, uma mera violação reflexa à constituição²⁴.

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.

Para solucionar a questão, o Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, prevê, no âmbito do STJ, no artigo 986, que

Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de quinze dias para que o recorrente deduza as razões que revelem e existência de repercussão geral, remetendo, em seguida, os autos ao Supremo Tribunal Federal, que procederá à sua admissibilidade, ou o devolverá ao Superior Tribunal de Justiça, por decisão irrecurável.

De igual modo, está prevista a solução, no âmbito do STF, conforme artigo 987 do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010: "Se o relator, no Supremo Tribunal Federal, entender que o recurso extraordinário versa sobre questão legal, sendo indireta a ofensa à Constituição da República, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento, por decisão irrecurável".

A posição adotada pelo legislador parece mais adequada à moderna doutrina processual, já que, em se considerando a possibilidade de prequestionamento implícito, torna-se muito tênue diferenciar se a violação à Constituição Federal se deu de forma direta ou indireta.

2.8 Prequestionamento

Prequestionar significa, etimologicamente, questionar antes. Ao seu turno, questionar significa colocar em dúvida, discutir, debater (DINAMARCO, 2010, p. 1032).

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 418395/RS. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. DJ: 10.12.2013.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 769536 AgR/RR. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJ: 10.12.2013.

Parece aceitável a exigência do prequestionamento, na medida em que se exige que a matéria levada aos tribunais superiores tenha sido objeto de debate nas instâncias ordinárias. Isso porque, por expreso mandamento constitucional, competem ao STF e ao STJ darem a última palavra em matéria constitucional e infraconstitucional, respectivamente. Se a matéria não foi objeto de debate, não se pode abrir a via excepcional.

O problema surge quando os tribunais superiores começam a impor obstáculos, criando formalismos despropositados, com o escopo de limitar recursos e, por conseguinte, impedir o acesso à justiça.

No âmbito do STF, por exemplo, exige-se o prequestionamento explícito, ou seja,

o requisito do prequestionamento assenta no fato de não ser aplicável à fase de conhecimento do recurso extraordinário o princípio *juria novit curia*: instrumento de revisão in jure das decisões proferidas em única ou última instância, o RE não investe o Supremo de competência para vasculhar o acórdão recorrido à procura de uma norma que poderia ser pertinente ao caso, mas que não se cogitou. Daí a necessidade de pronunciamento explícito do tribunal a quo sobre a questão suscitada no recurso extraordinário²⁵.

É surpreendente a jurisprudência do Supremo, que afasta a aplicação do princípio *juria novit curia* ao recurso extraordinário. Por que não admiti-lo, no âmbito do STF, que possui um universo de cognição muito mais restrito do que aquele submetido ao julgamento das instâncias ordinárias? Novamente, o Supremo parece fazer crer existir dois universos jurídicos completamente distintos - ordinário e extraordinário.

Menos rigoroso, no ponto, o STJ admite o prequestionamento implícito, ou seja, mesmo sem menção ao dispositivo violado, conhece-se do recurso especial quando a matéria é discutida no acórdão recorrido²⁶.

A questão que surge é se houver interposição de embargos declaratórios com fins de prequestionamento e, mesmo assim, o tribunal *a quo* se recusar a apreciar, estaria prequestionada a matéria? O entendimento sufragado pelas cortes superiores é o de que a parte deverá interpor recurso extraordinário e/ou especial, conforme o caso, sustentando a negativa de vigência, respectivamente, ao artigo 5º, LV, da CF e/ou 535, I e/ou II, do CPC (ARRUDA ALVIM, 2002, p. 68). Caso não haja a interposição, na forma mencionada, o recurso excepcional não será admitido por ausência de prequestionamento.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 253.566/RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ: 03.03.2000.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1416570/RS. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. DJ: 04.12.2013.

O Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, em seu artigo 979, corrige tal distorção, exigindo, apenas, que a parte interponha os embargos declaratórios, reputando-se prequestionada a matéria, mesmo que o tribunal *a quo* não dê provimento ao recurso. A inovação legislativa ratifica o compromisso do Projeto do Novo Código com o acesso à justiça, rechaçando formalismos exacerbados, o que é louvável.

2.9 Utilização de protocolo integrado

O cabimento do protocolo integrado, no âmbito dos tribunais superiores, sempre foi matéria de acentuada divergência.

Inicialmente, tanto o STF²⁷ quanto o STJ²⁸ não admitiam a aplicação do protocolo integrado aos recursos de natureza extraordinária. Havia, inclusive, entendimento sumulado do STJ sobre a questão²⁹. Posteriormente, o STJ passou a admitir a sua utilização, cancelando a súmula³⁰, ao passo que o STF manteve-se firme em não admiti-la³¹.

Atualmente, o STJ mantém a admissão do uso do protocolo integrado. Já o STF, passou a admiti-lo³², porém exige que haja permissão do tribunal *a quo*, onde o recurso foi interposto³³.

Convém transcrever as críticas ao entendimento jurisprudencial que se vale de um instrumento criado para promover o acesso à justiça - o protocolo integrado - desvirtuado para cumprir papel oposto, ou seja, impedir o acesso aos tribunais superiores:

Muitos são os discursos sobre a redução de custas, celeridade na tramitação dos feitos, criação de justiças especializadas, etc. Contudo, no momento de se implementar o tão famigerado acesso à justiça, permitindo-se que os mais distantes rincões brasileiros tenham acesso aos recursos extraordinários, verifica-se, sem nenhuma justificativa plausível, que as Cortes Superiores são as primeiras a criarem óbices (SILVA, 2006).

O STF precisa avançar em sua jurisprudência de modo a permitir o acesso à via extraordinária, por meio do protocolo integrado, independentemente de anuência do tribunal *a*

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI-AgR 108716/SP. Rel. Min. Néri da Silveira. DJ: 25.03.1988.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 33009/SP. Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini. DJ: 10.05.1933.

²⁹ Súmula 256. O sistema de "protocolo integrado" não se aplica aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 792.846-SP. Rel. p/ acórdão: Min. Luiz Fux. DJ: 03.11.2008.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 217561 AgR-AgR-ED-ED / MG. Rel. Min. Eros Grau. DJ: 14.05.2010.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 476.260-AgR, Plenário, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 16.06.2006.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 818380 / MG. Rel. Min. Dias Toffoli. DJ: 05.11.2013.

quo, sob pena de não uniformizar a jurisprudência no território nacional, tratando cada unidade da federação de uma forma diversa a depender da legislação local.

2.10 Ausência de peça reputada essencial ao julgamento do agravo

Anteriormente à reforma processual, introduzida pela Lei 12.322/2010, o STF, com entendimento sumulado, autorizava o não provimento do recurso de agravo de instrumento à Suprema Corte, quando ausente alguma peça essencial à compreensão da controvérsia³⁴. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também caminhava no mesmo sentido³⁵.

A ausência da decisão recorrida ou do próprio recurso poderia conduzir à impossibilidade de compreensão da controvérsia. Mas que outras peças seriam essas, essenciais à compreensão da controvérsia, mencionadas na súmula? Tratava-se de peça não prevista em lei (art. 544, CPC), ficando ao puro arbítrio do julgador decidir se era possível, ou não, compreender a controvérsia.

Tanto as peças previstas em lei como indispensáveis, quanto aquelas necessárias à compreensão da controvérsia deveriam ser passíveis de saneamento, fixando-se prazo para a parte corrigir a mera irregularidade processual e não negar provimento de plano ao recurso.

Contudo, a partir da Lei 12.322/2010, o recurso de agravo, denominado agravo de admissão pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil³⁶, sobe diretamente ao tribunal superior respectivo (STF e/ou STJ), nos próprios autos da ação principal, evitando-se o risco de faltar alguma peça relevante.

Vale lembrar que o STJ já decidiu que as alterações trazidas pela Lei 12.322/2010 somente valem a partir da sua vigência, ou seja, 09 de dezembro de 2010, considerando-se o período de *vacatio legis*³⁷. No STF, vigora o mesmo entendimento³⁸. Independentemente da existência Lei 12.322/2010, contudo, com base em um processo civil cooperativo, seria possível sanar uma mera irregularidade, consistente na ausência de uma peça processual.

Preocupado com a Justiça, também na via excepcional, Cândido Rangel Dinamarco sustenta " o entendimento de que, embora apoiados de modo específico no escopo de

³⁴ Súmula 288 do STF.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1431438 / PB. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. DJ: 29.11.2013.

³⁶ Artigo 996 do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag 1391012/RJ. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 853545 AgR/PB. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJ: 11.03.2013.

preservar e unificar a ordem jurídica nacional, nem por isso o recurso especial e o extraordinário se reputam descompromissados com o valor do justo" (DINAMARCO, 2010, p. 1037).

Estaria a jurisprudência dos tribunais superiores preocupada, exclusivamente, com os processos que se avolumam ou também haveria uma preocupação com a justiça? Ao sustentar uma jurisprudência defensiva, haveria um compromisso moral ou apenas uma fórmula utilitarista para julgar o maior número de processo em um menor tempo possível? Os questionamentos, aqui expostos, serão desenvolvidos a seguir, após esclarecimentos de alguns pontos relevantes sobre o utilitarismo.

3 A doutrina utilitarista e a jurisprudência defensiva

As ideias utilitaristas estão presentes em muitos filósofos ao longo dos séculos, dos antigos gregos, tal como Epicuro, passando por figuras do iluminismo como David Hume e Adam Smith. Contudo, como uma escola filosófica distinta, somente foi identificada no final do século XVIII a partir de três pioneiros: William Paley (1743-1805), Jeremy Bentham (1748-1832) e William Godwin (1756-1836), sendo que, atualmente, Jeremy Bentham é reconhecido como o mais importante precursor de tal doutrina (MULGAN, 2012, p. 14-15). Outro importante teórico utilitarista, discípulo de Bentham, foi John Stuart Mill (1806-1873), que tentou reformular o utilitarismo, emprestando-lhe um caráter mais humano e menos calculista (SANDEL, 2012, p. 63).

A doutrina utilitarista, tomando por base os ensinamentos de Jeremy Bentham, parte da ideia de que todos gostamos do prazer e não gostamos da dor. A partir disso, Bentham propõe que o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade de modo a assegurar a hegemonia do prazer sobre a dor (SANDEL, 2012, p. 49).

Para Bentham, portanto, a moral fica reduzida a uma escala de prazer ou dor, ou seja, aquilo que causa prazer ao maior número de pessoas deve ser perseguido. Por outro lado, tudo o que causa dor ou sofrimento deve ser afastado.

Como decorrência da aplicação da doutrina utilitarista, admitem-se: I) retirar os mendigos das ruas, contra a sua vontade, já que encontrá-los pelas ruas causa repugnância à felicidade do público geral; II) jogar cristãos aos leões, na Roma Antiga, causando êxtase coletivo ao grande público do Coliseu; III) torturar um suposto terrorista como forma de evitar a morte e o sofrimento em grande escala de uma maioria; IV) aumentar a venda de

cigarros, já que ela representa uma redução de custo ao governo, pois implica em morte precoce, desnecessidade de investimento em saúde e abrigos para idosos, além de gerar impostos, tal como defendido pela companhia de tabaco Philip Morris; V) deixar a fábrica de efetuar a troca de peça de um veículo, já que o custo de uma indenização, em caso de acidente, seria menor do que o reparo de todos os veículos (SANDEL, 2012, p. 48-59).

Segundo Roberto Gargarella, muitos de nós, implícita ou explicitamente, tendemos a soluções utilitaristas quando há dúvida de como decidir um dilema moral:

Por exemplo, tendemos a preferir as decisões que beneficiam uma maioria de pessoas quando não sabemos como decidir um certo caso; tendemos a considerar como aceitáveis aquelas políticas orientadas a promover o bem-estar geral. Agimos de modo "conseqüencialista" quando, com a finalidade de avaliar determinado curso de ação, examinamos o modo como tal contribui para obtenção de um certo estado de coisas que consideramos intrinsecamente bom. E o utilitarismo representa uma espécie notável dentro desse gênero de soluções conseqüencialista (GARGARELLA, 2008, p. 4).

Mas seria a doutrina utilitarista a solução diante de uma causa a decidir? Seria o objetivo máximo da moral maximizar a felicidade geral em detrimento da dor de uma minoria?

A resposta está na obra de Cícero (2008, p. 209), filósofo romano, ao assegurar que não se pode conceber o útil dissociado da ideia de honestidade e jamais permitir que o útil se sobreponha aos valores da justiça. Assim, o útil encontra limites na honestidade e na justiça, constituindo obstáculos intransponíveis a qualquer pretensão utilitarista.

Ao relacionar as reflexões sobre a doutrina utilitarista e a jurisprudência defensiva dos tribunais superiores, chega-se à conclusão de que a jurisprudência defensiva trata-se de uma ferramenta utilitarista para o julgamento do maior número de processos, em um menor tempo possível, sem qualquer esforço para enfrentar o mérito do recurso. Em nome da felicidade geral dos julgadores e de toda a população brasileira, que tem a falsa impressão de possuir cortes superiores céleres e eficientes à sua disposição, nega-se o acesso à justiça, apegando-se a exacerbados formalismos.

Olvidam-se os tribunais superiores de que o compromisso institucional de todo o Poder Judiciário, e não apenas dos órgãos de instância ordinária, é com a justiça. Nesse ponto, aliás, vale transcrever as lições de John Rawls para quem “as instituições básicas da sociedade não devem se distinguir apenas por serem organizadas e eficientes: elas devem ser, sobretudo,

justas. E, se não forem, então deverão ser reformadas ou abolidas" (GARGARELLA, 2008, p. 1).

O acervo processual e o volume de processos distribuídos anualmente aos tribunais superiores são preocupantes e exigem soluções, tais como a repercussão geral da matéria, o julgamento de recursos repetitivos, a estruturação dos gabinetes com pessoal suficiente, o aumento do número de ministros, a informatização dos processos, dentre outros. Porém, repita-se, jamais buscar uma solução utilitarista apegada a formalismos exacerbados, sob pena de violação à própria justiça.

CONCLUSÃO

O crescente número de processos, submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, aumentando, consideravelmente, o acervo processual existente, desafia as cortes superiores em busca de soluções para julgá-los.

Em meio a uma infinidade de processos e a uma constante necessidade de busca de soluções para julgar o maior número de processos possível, a doutrina utilitarista ressurgiu como uma aparente solução a garantir a duração razoável do processo, no âmbito dos tribunais superiores. Aparece sob a forma da chamada jurisprudência defensiva por meio da qual se supervalorizam os requisitos formais para o conhecimento dos recursos especial e extraordinário.

Os tribunais superiores, com o escopo de evitar o julgamento do maior número de recursos possível, criam uma jurisprudência que, em vez de conceder prazo para a parte sanar as meras irregularidades existentes, como costuma ocorrer nas instâncias ordinárias, apregoa o não conhecimento do recurso.

Dentre as meras irregularidades apontadas, no decorrer do presente trabalho, destacam-se: I) recurso não assinado, impedindo o advogado de assiná-lo; II) carimbos borrados, por falha do próprio Judiciário, obstando a parte de juntar uma certidão posterior para comprovar a tempestividade do recurso; III) impedimento de juntada de certidão posterior para demonstrar a existência de feriado local ou suspensão do prazo recursal de modo a garantir a tempestividade do recurso; IV) recurso interposto por advogado sem procuração nos autos, impedindo a intimação para juntada de procuração; V) não admissão da correção da guia de recolhimento de custas posterior à interposição do recurso; VI) ausência de ratificação de recurso após o julgamento dos embargos declaratórios; VII) impossibilidade

da conversão de recurso especial em extraordinário e vice-versa, quando o julgamento do recurso não for da competência da corte ao qual foi dirigido; VIII) prequestionamento explícito do dispositivo violado, já que não se aplica à instância superior o princípio *juria novit curia*; IX) limitações ao uso do protocolo integrado; X) ausência de peça essencial ao julgamento do recurso.

Conforme demonstrado, houve avanços e retrocessos, no tocante ao desenvolvimento da jurisprudência defensiva, ora os tribunais superiores enrijecendo a sua aplicação, ora flexibilizando-a. Espera-se que, com o advento do Novo Código de Processo Civil, que se preocupou em afastar, expressamente, diversos ranços da jurisprudência defensiva, as cortes superiores possam refletir sobre o papel por elas desempenhado, que vai muito além de uniformizar a interpretação da legislação federal e da Constituição Federal, havendo um compromisso, sobretudo, com a própria justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM. **Direito processual civil**. vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CÍCERO, Marco Túlio. **Os Deveres**. Tradução de Luiz Feracini. São Paulo: Escala, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. vol. II. São Paulo: Malheiros, 2010.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SANDEL, Michael J. **Justiça - o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 9ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SILVA, Fernando Moreira Freitas da. **STF e STJ: A controvérsia sobre o Protocolo Integrado e o discurso de acesso à Justiça**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.