

JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA OBSERVADA À LUZ DA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DAS CORTES SUPERIORES

Ana Cláudia Rodrigues MÜLLER¹

RESUMO

Uma das funções do Direito é gerar no jurisdicionado a previsibilidade das decisões. Daí a importância de diversos mecanismos processuais para garantir o mínimo de harmonia nos julgados, deixando claro ao consumidor da justiça “as regras do jogo”. Um dos mais modernos exemplos neste sentido tem sido a implantação gradual dos precedentes adotados pelos Tribunais Superiores. Entretanto, enquanto que o mecanismo dos precedentes tem sido bem vindo ao mundo jurídico, esses mesmos tribunais, buscando solucionar o problema do excesso de recursos, também criaram a chamada jurisprudência defensiva, que resumidamente pode ser definida como o conjunto de decisões judiciais que permite reduzir o número de demandas passíveis de serem analisadas pelos Tribunais Superiores. Neste contexto, o presente texto visa analisar o papel a ser desenvolvido pelas Cortes Superiores Brasileiras (entendido como Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) frente o uso da jurisprudência defensiva, pretendendo configurá-la como uma violação constitucional, se analisada a negativa da prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Tribunais Superiores. Constitucionalidade. Jurisprudência defensiva. Prestação jurisdicional. Segurança jurídica.

INTRODUÇÃO

Os Estudiosos do Direito têm, de maneira consensual, demonstrado que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal sofrem um crescente aumento de recursos, em razão de se interpretar que o princípio do acesso a justiça se estende de maneira ampla até os tribunais de alta cúpula. Entretanto, um olhar para a história, demonstra que ao longo do tempo, muitas medidas foram tomadas para solucionar o problema do excesso da demanda recursal, sem, contudo surtir o efeito desejado pelos idealizadores de tais medidas.

Um marco importante neste contexto foi a Emenda Constitucional 45/2004 (BRASIL, 2005) que trouxe grandes alterações e inovações contra a crise do judiciário, sendo também um importante passo no sentido de configurar o STF e STJ como guardiões das normas constitucionais e infraconstitucionais. Porém, importante ressaltar que não há consenso doutrinário sobre ser a função desses tribunais cortes de tutela da legalidade ou cortes de desenvolvimento do direito, assunto que será tratado com maior profundidade abaixo.

Interessante analisar que as tentativas de solução da crise do judiciário, e por consequência dos tribunais superiores sempre partem de análise quantitativa da atividade

¹Advogada, Professora Universitária, Especialista e Mestre pela Uniletoledo, Doutoranda pela PUC-SP, acrmuller@hotmail.com

jurisdicional, e nesta linha tem se procurado a adoção de medidas que possibilitem decisões de massa, como é o caso das súmulas vinculantes, recursos repetitivos, repercussão geral, dentre outros mecanismos de julgamentos em série, ou ainda da negativa de julgamento como é o exemplo das jurisprudências defensivas.

Tais práticas, exercidas pelas cortes superiores brasileiras, STF e STJ configuram negativa de prestação jurisdicional, sendo assim autêntica violação constitucional. Almeja-se ainda, como modelo ideal de sistema, a transformação do STF em Tribunal Constitucional, à exemplo da Suprema Corte Americana, que julgam apenas causas importantes para os interesses de âmbito Nacional, sustentando-se que a qualidade dessas decisões teriam um valor superior, se comparadas as decisões do Supremo Tribunal Brasileiro.

Contudo, restringir o ingresso das demandas aos tribunais superiores exige uma análise muito mais profunda do que a base numérica de processos a serem julgados. Da mesma forma, é muito variável o que se pode entender como uma decisão de qualidade. Assim, a incapacidade de absorção do número de demandas jurídicas, não pode ser determinante para que os tribunais decidam não decidir, que é justamente o que acontece quando se utiliza da alternativa da jurisprudência defensiva.

FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O sistema constitucional determina que é competência do judiciário atribuir sentido válido às normas, especialmente quando houver a necessidade de interpretação normativa, tentando garantir assim que, em face aos princípios da igualdade e da segurança jurídica, a lei federal seja a mesma em todo território nacional.

Porém, alguns fatores como extensão territorial, número de julgadores e de tribunais estaduais e regionais, associados ao princípio do livre convencimento do juiz, são determinantes para que constantemente haja desarmonia de julgados frente a interpretações diversas acerca da legislação vigente.

Deste modo, a unidade interpretativa da norma jurídica federal e constitucional se torna missão precípua dos tribunais superiores, evitando-se assim que os tribunais estaduais e regionais apliquem distintamente o mesmo direito.

Quanto a essa missão, a doutrina se divide sobre serem estes tribunais Cortes de Controle ou Cortes de Interpretação Legislativa, sendo que, dependendo da função a ser exercida, haverá aumento ou diminuição do número de processos que chegarão a estes tribunais.

De acordo com Taruffo (2013), se os tribunais superiores atuarem como Cortes de Tutela de Legalidade, possuem a função de verificar a aplicação do direito ao caso concreto, controlando a aplicação e a interpretação do direito, sendo assim o direito privado preservado em primeiro lugar e de maneira secundária o interesse público. Por outro lado, se estes atuarem como Cortes de Desenvolvimento do Direito, o objetivo é a correta interpretação do direito para orientação de decisões futuras, sendo seus julgamentos entendidos como precedentes e o interesse principal é o público, e ainda existe aqui filtros para seleção de processos que serão julgados.

Na definição de Marinoni (2013a), estes tribunais seriam vistos como Cortes de Controle ou Corte de Interpretação ou de Precedentes, sendo que a primeira protege os interesses do litigante, buscando corrigir decisões dos tribunais ordinários e a segunda realiza a interpretação do direito criando normas de vinculação obrigatória.

Atualmente, tem-se a sensação de que referidas cortes vivem verdadeira crise de identidade, atuando ora como revisora de decisões dos julgados dos tribunais regionais e estaduais e ora como tribunal de precedentes. Entretanto, sem critérios objetivos e esquivando-se, muitas vezes, de julgamentos por meio da jurisprudência defensiva.

Vale lembrar que, diante da grande divergência interna que se verifica no STJ e STF, bem como ao crescente número de jurisprudência defensiva, não é possível olhar para estes órgãos como orientadores de interpretação normativa com efeito vinculante.

Importante ressaltar ainda, o texto constitucional, que traz as atribuições destes tribunais. O STJ tem a função de interpretar a lei federal e cabe ao STF interpretar a Constituição Federal, mas cabe ainda a ambos garantir que suas interpretações sejam respeitadas.

Neste sentido, havendo interposição de recurso, onde a alegação é que houve desrespeito a norma infraconstitucional ou constitucional, é obrigação destes tribunais harmonizar as decisões vindas dos tribunais de origem, o que se contrapõe totalmente a jurisprudência defensiva.

É importante analisar as funções do STF e STJ trazidas pelos artigos 102 e 105 da Constituição Federal de 1988:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal

(...)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

(...)

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

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

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

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (BRASIL, 2011).

Entende-se que a Carta Constitucional estabelece serem estes tribunais destinados ao controle da legalidade das decisões, sendo suas jurisprudências parâmetros para correção de erros.

Para o mestre Marinoni (2013b), as cortes superiores (entende-se aqui STJ e STF) deveriam ser cortes de interpretação e de precedentes, com decisões que integram a ordem jurídica com eficácia vinculante através de precedentes obrigatórios. Todavia, a função de Cortes Supremas, embora interessante para que o sistema processual como um todo seja célere e eficaz, não se encaixa à sistemática brasileira que não está preparada para tamanha evolução. No Brasil verifica-se divergência de entendimentos dentro dos próprios tribunais superiores, havendo ainda o agravante que é o enfrentamento da questão cultural.

Para o sistema nacional, a jurisprudência não é fonte de direito, como é a lei; ela atua no sentido de complementar a lei, no esclarecimento da lei, eliminando as contradições e adaptando o direito ao atual momento histórico. No sistema *Common Law*, que adota precedentes, a jurisprudência é fonte de direito, está ao lado da lei, e os precedente possuem força normativa. Além disso, ao importar o sistema americano, não se sabe ao certo como identificar o precedente, como extrair a *raccio decidendi*, torando assim um sistema perigoso a ser aplicado no direito pátrio.

Apesar de entender que os Tribunais Superiores devem ser cortes de interpretação e que suas decisões devem ser obrigatoriamente observadas, o próprio mestre Luiz Guilherme Marinoni (2013b), admite que:

É pouco mais do que absurdo atribuir a uma Corte Suprema o poder de definir a interpretação que deve vigorar e, ao mesmo tempo, permitir que os tribunais ordinários não levem essa interpretação “a sério”. Isso seria uma inconcebível contradição lógica, interna ao sistema judicial -, pois daria aos tribunais ordinários o poder de discordar das decisões que constituem a razão de ser do Tribunal Supremo. Um sistema que outorga a Corte Suprema o poder de definir a interpretação da lei, e ao mesmo tempo, admite que os tribunais ordinários decidam de acordo com “suas vontades” não se reveste de sentido. Essa lógica não só subverte o “bom senso”, mas também ignora e viola a Constituição Federal.

Diante disso, somente se torna possível a implantação do sistema de precedentes se os tribunais ordinários não estiverem livres para interpretar a lei sendo desta forma confiável que suas decisões seguirão determinação superior e não precisarão de correção. Até que haja tamanha mudança legislativa e cultural, impossível falar em tribunais supremos em relação ao STJ e STF, sendo estes, tribunais de controle de legalidade nos casos concretos.

JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

Além de todos os obstáculos apresentados, que impedem os Tribunais Superiores de se tornarem Cortes de Precedentes, ainda há que se analisar a postura destes em se esquivar de julgamentos em razão do excesso de demandas. Dentre estas posturas, identifica-se cada vez mais crescente a chamada jurisprudência defensiva, que pode ser definida como: Medida consistente na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos (MEDINA, 2013).

Segundo Santarém e Souza Junior (2005), jurisprudência defensiva, é “o conjunto reiterado de decisões judiciais que permite reduzir o número de demandas passíveis de serem analisadas pelos tribunais superiores, com a conseqüente diminuição do número de processos passíveis de análise pelo Poder Judiciário”. Em conclusão, fixe-se como jurisprudência defensiva toda construção de entendimentos por parte dos tribunais, que diminuam, no espaço da atuação interpretativa, o espectro de possibilidades de demandas jurídicas analisáveis.

Não se trata de um conceito processual, assim não se pretende fixar um conceito, mas sim analisar as derivações desse “instituto” criado pelos tribunais superiores. A ideia é que o juiz não enfrente a controvérsia que lhe foi apresentada não assumindo seu papel de julgador na relação processual, desrespeitando assim, as regras de direito processual, causando insegurança na resolução dos conflitos.

Importante salientar que as normas procedimentais derivam da lei, que traça um caminho a ser percorrido dentro do judiciário, logo a jurisprudência não pode estabelecer exigência formal-legal, que não as estabelecidas pela Lei, limitando as possibilidades de conclusão satisfatória do processo, com o único objetivo de diminuir o número de demandas.

A medida, que não é legal tem sido adotada de maneira bastante ampla pelos Tribunais Superiores. Pode-se dizer que jurisprudência defensiva é a reiteração de jurisprudências que visam reduzir o número de recursos passíveis de análise pelo Poder Judiciário.

REITERADAS DECISÕES – ANÁLISE CRÍTICA

No estudo de decisões alicerçadas na jurisprudência defensiva, é possível observar como são fartos os exemplos de exigências injustificáveis, até mesmo contrárias à Lei, quando da análise de um recurso pelos tribunais.

Dentre estes, destaca-se a orientação disposta na Súmula 115 do STJ, segundo a qual: “na instância especial é inexistente recurso interposto sem procuração nos autos” (BRASIL, 1994).

Não se admitindo a juntada posterior de procuração, o que contraria os artigos 13 e 37 do Código de Processo Civil. Referida súmula tem sido reiteradamente aplicada, conforme demonstrado no AgRg no REsp 1370523/RJ, no STJ:

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.370.523 - RJ (2013/0057951-9) - RELATOR: MINISTRO SIDNEI BENETI

AGRAVANTE : DEBORAH HILÁRIA FERNANDES DE AGUIAR BIJOS
ADVOGADOS : LUIZ RODOLPHO C DE CASTRO E OUTRO(S) - RICARDO FERREIRA BALOTA E OUTRO(S) - MARCUS MOREIRA MALAQUIAS E OUTRO(S) - CARLA CRISTINA TARANTO PIRES JORAS LOPES E OUTRO(S)

AGRAVADO : LUIZ ANTONIO MARTINS VIEIRA
ADVOGADOS : SÉRGIO SENDER E OUTRO(S)
DAYSE RIBEIRO IMENES E OUTRO(S) –

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. REGULARIDADE FORMAL. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO QUE OUTORGOU PODERES AO ADVOGADO SUBSCRITOR DO AGRAVO INTERNO. RECURSO INEXISTENTE. SÚMULA 115 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO POSTERIOR. NÃO CONHECIMENTO.

- 1.- Na linha da jurisprudência desta Corte, a regularidade da representação processual deve ser comprovada no ato da interposição do recurso, considerando-se inexistente a irresignação apresentada por advogado sem procuração (Súmula 115/STJ).
- 2.- Cumpre observar que os artigos 13 e 37 do Código de Processo Civil não se aplicam às instâncias extraordinárias. Precedentes.
- 3.- Agravo Regimental não conhecido (BRASIL, 2013).

Ao analisar a determinação trazida pela súmula, verifica-se que a mesma é contrária à Lei, afronta o Código de Processo Civil, que no entender do Tribunal não se aplica a ele. A dúvida que fica é que, se não se aplicam as regras do CPC às Cortes Superiores, como é possível saber as regras procedimentais a serem adotadas? O STJ pode afastar a norma pela qual ele é responsável pela preservação?

Outro exemplo de jurisprudência defensiva, é o entendimento de que, sendo “**ilegível o carimbo de protocolo**”, o recurso não deve ser conhecido, sendo inadmissível “**a juntada posterior de certidão que ateste sua tempestividade**”. Neste sentido pode-se citar a decisão em Agravo Regimental:

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 239.167 – MG - (2012/0209910-3)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN

AGRAVANTE : AMERICAN VIRGINIA COMÉRCIO E INDÚSTRIA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE TABACOS LTDA

ADVOGADO : CARLOS ALBERTO FERNANDES

AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR : ANTÔNIO CARLOS DINIZ MURTA E OUTRO(S)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL. ADMISSIBILIDADE. PROTOCOLO DO RECURSO ESPECIAL ILEGÍVEL. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA TEMPESTIVIDADE POR OUTROS MEIOS.

1. É impossível verificar a tempestividade do Recurso Especial porque ilegível o carimbo de protocolo.
2. Caberia à parte, por ocasião da interposição do Agravo em Recurso Especial no Tribunal *a quo*, fazer constar a prova da tempestividade de seu recurso, a qual se faz mediante o cotejo entre a certidão de publicação da decisão agravada e a data do protocolo constante da petição recursal.
3. O STJ já pacificou o entendimento de que, 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.
4. Agravo Regimental não provido (BRASIL, 2013).

É certo que qualquer controle nesse sentido foge totalmente da capacidade da parte. No caso em tela a falha é do próprio judiciário, não sendo correto responsabilizar a parte por ser o carimbo ilegível. No mínimo, o Tribunal teria que abrir vista para o recorrente comprovar a tempestividade, ficando notório que nestes casos a postura do Tribunal é evitar o julgamento.

Nos ensinamentos da professora Teresa Arruda Alvim Wambier² [informação verbal] tais precedentes além de não serem razoáveis, ainda ferem as bases do Estado Democrático de Direito. Não é possível aceitar a criação de novos requisitos recursais que contrariem os dizeres da Lei, apenas com o intuito de evitar excesso de recursos nos tribunais.

O jurisdicionado não pode ser penalizado por se utilizar das vias recursais previstas na legislação vigente. A solução para o número crescente da demanda judiciária não é de responsabilidade do cidadão e, portanto não deve recair sobre ele soluções que trazem o inconformismo e não promovem a harmonia social.

² Aulas no curso de Doutorado em Direito Processual Civil da PUC-SP, onde a professora Teresa Arruda Alvim Wambier expôs sua preocupação com a jurisprudência defensiva.

Referidas posturas dos julgadores das Cortes Superiores, reiteram o entendimento de que o judiciário brasileiro não está preparado para se tornar uma corte de precedentes. Neste sentido é oportuno destacar o seguinte julgado AgRg nos EREsp 755.271/DF, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 16/06/2010, DJe 10/08/2010:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. O recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração é intempestivo, devendo ser reiterado no prazo recursal. Agravo regimental não provido (BRASIL, 2010).

Entende-se que, publicado o acórdão, podem as partes desde já apresentar recursos. Sendo desnecessário aguardar o prazo para propositura de embargos. Tão logo publicada a decisão, a parte sucumbente pode desde já apresentar o recurso.

Cabe ilustrar o seguinte exemplo, ambas as partes tenham sucumbido parcialmente. Se uma delas apresente recurso especial e a outra, embargos de declaração, mesmo que este recurso não seja conhecido nem provido, a parte que apresentou o recurso especial necessariamente deverá reiterar sua insurgência (SANTOS, 2011).

Neste sentido diz a súmula 418 do STJ: “é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos Embargos de Declaração, sem posterior ratificação.” (BRASIL, 2010).

Ao se buscar a *raccio* da súmula em questão, verifica-se que a idéia é evitar recursos prematuros, não ratificados diante da ausência de esgotamento de instancia inferior onde há outros recursos pendentes, onde não seria necessário a parte recorrente ir à instância superior.

Entretanto, há casos em que não há alteração do conteúdo decisório atacado por embargos declaratórios, não havendo assim, o que se modificar nos recursos especiais interpostos antes dos declaratórios. Ainda que houvesse, seria caso de emenda ao recurso e não de seu indeferimento. Fala-se assim da aplicação do princípio da complementariedade, caso haja decisão modificativa ou integrativa do pronunciamento judicial (NERY JUNIOR, 2004).

A súmula deve ser interpretada, e não aplicada de maneira irresponsável, sem análise do caso concreto. Restando claro, que os tribunais brasileiro não sabem extrair a *raccio decidendi*, o que é fundamental para um sistema de precedentes.

Caso o recurso especial tenha sido apresentado tempestivamente, dentro dos quinze dias preceituados no art. 508 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2014), em que não há explicação ou legitimação para que se exija a reiteração do recurso outrora proposto. Assim, não havendo necessidade em falar de reiteração do recurso e o silêncio da parte deve ser interpretado como presunção de ratificação e não como presunção de desistência.

Dinamarco (2004, p.23), sobre o assunto ensina que:

Aquela interpretação proposta pelo Supremo Tribunal Federal, optando por um caminho extremamente restritivo de direitos e afastando-se também de certos conceitos estabelecidos com segurança na doutrina dos processualistas, deixa de ser justa e peca pela falta de razoabilidade: se o resultado do julgamento já foi proclamado e o acórdão já foi lavrado, assinado, registrado e junto aos autos, por que só posso recorrer amanhã, quando minha intimação pelo jornal já houver sido feita, e não hoje, quando demonstro já estar inteiramente ciente de sua existência, teor e fundamentos? Mais uma vez, *el logos de lo razonable* poderá contribuir para o aperfeiçoamento da jurisprudência brasileira, se os Srs. Ministros manifestarem disposição a repensar seus próprios precedentes e redirecionar a linha dos julgamentos que vêm adotando.

Verifica-se que a reiteração de decisões que corroboram a aplicação constante das jurisprudências defensivas tem em muito impedido o julgamento do mérito dos recursos. Não se sabe qual o prejuízo jurídico que estas decisões causaram na sociedade, diante da não efetiva prestação jurisdicional. Outro exemplo que pode ser citado é o caso de se deixar de se conhecer um recurso por que o preenchimento da guia de preparo foi feito de forma manual, conforme julgado nesse sentido o AgRg no REsp 1105229/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 03/03/2011, DJe 18/03/2011:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PREPARO. GUIA DE RECOLHIMENTO. ANOTAÇÕES FEITAS À MÃO. NECESSIDADE DE CONSTAR O NÚMERO DO PROCESSO NA ORIGEM. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE ESPECIAL. 1. A eg. Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que, "a partir da edição da Resolução n. 20/2004, além do recolhimento dos valores relativos ao porte de remessa e retorno em rede bancária, mediante preenchimento da Guia de Recolhimento da União (GRU) ou de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), com a anotação do respectivo código de receita e a juntada do comprovante nos autos, passou a ser necessária a indicação do número do processo respectivo" (AgRg no REsp 924.942/SP, de relatoria do e. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado na sessão de 3/2/2010 e publicado no DJe de 18/3/2010). 2. Com isto, ficou consolidado, no âmbito deste STJ, o entendimento de que, em qualquer hipótese, a ausência do preenchimento do número do processo na guia de recolhimento macula a regularidade do preparo recursal, inexistindo em tal orientação jurisprudencial qualquer violação a princípios constitucionais relacionados à legalidade (CF, art. 5º, II), ao devido processo legal e seus consectários (CF, arts. 5º, incs. XXXV e LIV, e 93, IX) e à proporcionalidade (CF, art. 5º, § 2º). Ressalva do entendimento pessoal deste Relator, conforme voto vencido proferido no julgamento do AgRg no REsp 853.487/RJ. 3. Na hipótese em exame, a guia de recolhimento do preparo do recurso especial não foi devidamente preenchida com a correta indicação do número do processo junto ao Tribunal de origem. Portanto, é forçoso reconhecer a inviabilidade de conhecimento do apelo especial. 4. As anotações feitas à mão na respectiva guia de recolhimento não podem ser consideradas, não sendo aptas a demonstrar a regularidade do preparo. Precedentes. 5. Agravo interno a que se nega provimento (BRASIL, 2011).

Em relação ao STF, vários exemplos são passíveis de enquadramento neste contexto. Dentre eles, a mais comum tem sido as decisões sobre a mera ofensa reflexa ou indireta ao texto constitucional, inviabilizando assim o cabimento do Recurso Extraordinário.

É certo que sendo a Constituição Federal a base para o ordenamento jurídico pátrio, todas as questões apresentam ângulos constitucionais. Entretanto, este fenômeno não permite que se valorize excessivamente a ótica infraconstitucional e detrimento da força normativa da constituição.

Assim, quando houver a chamada ofensa reflexa, é necessário que os tribunais analisem criticamente a questão, com a finalidade mais uma vez de cumprir sua função constitucional. Observe alguns exemplos desta postura do STF:

STF - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 608558 RJ (STF) Data de publicação: 05/08/2010 **Ementa:** AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À MORADIA. PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO. LEGITIMIDADE. **CONSTITUIÇÃO**, ART. 6º (REDAÇÃO DADA PELA EC 26 /2000). LEI 8.009 /90, ART. 3º, VII . AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. **SÚMULA 283 DO STF**. COMPETÊNCIA DO RELATOR (CPC , ART. 557 , CAPUT, E RISTF , ART. 21 , § 1º). TRANSFORMAÇÃO DE LOCAÇÃO EM COMODATO. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. **SÚMULA 279 DO STF**. I - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 407.688 /SP , considerou ser legítima a penhora do bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ao entendimento de que o art. 3º , VII , da Lei 8.009 /90 não viola o disposto no art. 6º da CF/88 . Precedentes. II - Incumbe ao agravante o dever de impugnar, de forma específica, cada um dos fundamentos da decisão atacada, sob pena de não conhecimento do recurso. Incidência da **Súmula 283 do STF**. III - Legitimidade constitucional da atribuição conferida ao Relator para negar seguimento, por meio de decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando inadmissíveis, intempestivos, sem objeto ou veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência dominante deste Supremo Tribunal (CPC , art. 557 , caput, e RISTF , art. 21 , § 1º). IV - A controvérsia referente à transformação da locação em comodato foi dirimida pelo acórdão recorrido com apoio no Código Civil e no conjunto fático-probatório dos autos. **Ofensa reflexa à Constituição e Súmula 279 do STF**. V - Agravo regimental improvido (BRASIL, 2010).

O Ministro Gilmar Mendes (2012), propõe para este caso, uma teoria da Gradação de violação da norma constitucional³, como acolhida pela Corte constitucional Alemã. Referida Teoria pode contribuir para a superação da jurisprudência defensiva do Supremo quanto ao tema.

Há que se comparar ainda as divergências de decisões de questões idênticas entre as cortes superiores. Os entendimentos do STJ e do STF não se compatibilizam entre si. O que torna impossível importar a ideia de Tribunal de precedentes e aplicá-la no sistema brasileiro. Toma-se como exemplo a questão da falta de assinatura do advogado devidamente constituído em recursos apresentados em sedes especiais.

12/4/2005 - SEGUNDA TURMA - AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 519.125-2 SERGIPE - RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. JOAQUIM BARBOSA - RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. GILMAR MENDES AGRAVANTE(S) : MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO

³Precedentes históricos dessa construção doutrinária remontam à época de Kelsen (criação do direito por graus).

ADVOGADO(A/S) : SERGIO FERRAZ E OUTRO(A/S)
AGRAVADO(A/S) : PAULO VLADIMIR BRICHTA
ADVOGADO(A/S) : SUZANA ANGÉLICA PAIM FIGUEIRÊDO E OUTRO(A/S)
SUSCITANTE(S) : JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE ARACAJU
SUSCITADO(A/S) : JUIZ DE DIREITO DA SÉTIMA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DO RIO DE JANEIRO.

EMENTA: Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. 2. Ausência de assinatura do advogado constituído nos autos. 3. Advogado com procuração nos autos. Inexistência de dúvida quanto à identificação do advogado que vinha atuando no processo. Erro material. 4. Necessidade de revisão de “jurisprudência defensiva”. Agravo provido.

Em sentido oposto decide o STJ:

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 867.669 - RS (2006/0152015-6) - RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

AGRAVANTE : PACTUM CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA
ADVOGADO : GUILLERMO ANTÔNIO ARAÚJO GRAU E OUTROS
AGRAVADO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
REPR.POR : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADOR : VALTER LUÍS CERVO E OUTROS

EMENTA:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO ADVOGADO NA PETIÇÃO RECURSAL.

1. O recurso desprovido da assinatura de advogado regularmente constituído pela parte recorrente, nesta via excepcional, importa em sua inexistência. (Precedentes: **AgRg no Ag 723809 / SP**, Ministro LUIZ FUX, DJ 09.11.2006; **AgRg no Ag 755154 / PB**, Ministro LUIZ FUX, DJ 21.09.2006).

2. A Col. Corte Especial concluiu pela impossibilidade de intimação do advogado que não subscreveu o recurso para sanar a irregularidade (AgRg no AG n.º 660.368/SP, julgado em 16.08.2006).

3. Ressalva do ponto de vista do Relator, porquanto o Excelso Supremo Tribunal Federal manifestou entendimento no sentido de que a ausência de assinatura do advogado constitui mera irregularidade formal, passível de retificação mediante intimação deste a fim de supri-la (STF - **AgRg no AI 519.125-2/SE**, Relator Originário Ministro JOAQUIM BARBOSA, Relator para Acórdão Ministro GILMAR MENDES, 2.ª Turma, DJ 05.08.2005).

4. Agravo regimental não conhecido.

Não se pode dizer mais uma vez que há razoabilidade nesse tipo de decisão, que se tornaram precedentes. Fica mais grave ainda quando se vê a postura divergente entre dois tribunais Especiais. Esse comportamento dos tribunais demonstra que não há redução da litigiosidade, além de causar perplexidade e frustração ao jurisdicionado que não sabe se alcançará efetivamente seu direito, gerando assim, mais um problema: o descrédito no judiciário e a insegurança jurídica.

SEGURANÇA JURÍDICA

O termo segurança jurídica não vem expresso na Constituição Federal, sendo na verdade um princípio implícito que pode ser identificado pelo contexto do diploma político (TERRA, 2010).

Referido princípio, embora seja muito mais um ideal de justiça do que algo realmente concreto é importante para a estabilidade das relações processuais. Não se trata de ser certeza de um pronunciamento judicial, mas sim de se ter a garantia de respeito aos limites traçados como regra para o “jogo” das relações jurídicas discutidas perante o Estado.

Quando a norma determina a forma como o indivíduo se *deve* conduzir, permite que a sociedade tenha uma noção, até certo ponto previsível e calculável do agir dos indivíduos, ou, pelo menos confere organização à sociedade permitindo que se saiba previamente o que o indivíduo deve fazer ou de que forma responderá caso descumpra uma norma. “A conduta humana é regulada positivamente por um ordenamento positivo, [...], quando a um indivíduo é prescrita a realização ou a omissão de um determinado ato” (KELSEN, 2009, p.16).

Para Canotilho (2000, p.264), a segurança jurídica, elemento essencial ao Estado de Direito, se desenvolve em torno dos conceitos de estabilidade e previsibilidade. Quanto ao primeiro, no que diz respeito às decisões dos poderes públicos, uma vez realizadas “[...] não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”. Quanto ao segundo, refere-se à “[...] exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos”.

Diante disso, no que tange a função dos tribunais superiores estes devem nortear o rumo a ser seguido na interpretação e consequente aplicação da Constituição e da Lei Federal. Dessa forma, a criação de mecanismos de cerceamento dos recursos totalmente à margem da lei não corresponde a função que devem desempenhar.

A jurisprudência defensiva criou um desvio quanto a aplicação efetiva da lei. Desse modo 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, assim, é vedado à corte, com base em critérios não constantes de lei, deixar de examinar recursos especiais. Para se ter uma idéia da enorme restrição de recursos existente, somente o STJ, através de seu Núcleo de Procedimentos Especiais da Presidência (NUPRE), inadmitiu, de abril de 2008 a janeiro de 2009, mais de 14 mil recursos tidos, pelos primeiros assessores, como “manifestamente inadmissíveis” (FARIA, 2009).

As exigências formais são enormes, (prequestionamento, a repercussão geral e o esgotamento das instâncias ordinárias, etc.), e as portas destas cortes superiores ficam quase fechadas devido a elas; mas ainda assim, vários abusos têm sido cometidos quando da análise

da admissibilidade recursal, como é o caso da jurisprudência defensiva, colocando em risco o ideal necessário da segurança jurídica.

Observa o professor Moreira (2007, p.270), que os tribunais, quando da análise da admissibilidade dos recursos:

[...] não podem exagerar na dose: por exemplo, arvorando em motivos de não conhecimento circunstâncias de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão consistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimento a despeito da relevância de tal observação, é exatamente isso que os jurisdicionados vêm observando na cotidiana jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Tem então que referida medida adotada pelos tribunais superiores não tem sido bem vista pela doutrina majoritária, que se manifesta contrária a jurisprudência defensiva, defendendo a efetiva prestação jurisdicional, o devido processo legal, a instrumentalidade das formas, além de evitar as chamadas decisões surpresas, dando ao jurisdicionado o mínimo de segurança jurídica.

CONCLUSÕES

Quando se fala em jurisprudência defensiva, não se está diante de um processo de cultuação ao formalismo processual. Pois quando se fala em formalidade, se está falando de um modo pelo qual as causas possam ser organizadas. Ela não dá alternativas ao processo, atingindo a pretensão do sujeito de direito de tal modo que não lhe resta caminho para sua satisfação. Por isso ela é tão grave.

A palavra defensiva deve ser vista como um meio de os tribunais evitarem o número crescente de processo, sendo ela, toda a construção de entendimentos dos tribunais, que diminuam o espaço de atuação interpretativa, não sendo, portanto algo razoável.

Evidente que se tem conhecimento da dificuldade desses tribunais em processar milhares de recurso Especiais e Extraordinários, em que há a alegação de ferimento às normas infraconstitucionais e constitucionais. Entretanto a solução não pode ser aquela que impede a análise do recurso, pois isto seria negar a própria função do Tribunal Superior.

Inúmeras são as questões que deixam de ser analisadas por conta das jurisprudências defensivas, que têm relevância jurídica, com repercussão em patrimônios, em situações de inequívocas violações as normas, colocando-se em cheque a tão discutida segurança jurídica, que nas palavras do ministro Gilmar Mendes (2012), tem uma dimensão muito grande para o chamado Estado de Direito.

Percebe-se assim, que o Poder Público deve ter um padrão de conduta, que vai desencadear uma legítima expectativa sobre o comportamento, no caso, do Poder Judiciário, que não haverá surpresas de modificações “das regras” no meio do caminho.

Portanto, aos poucos, o reconhecimento de situações específicas, em que não se pode aplicar a jurisprudência defensiva, vem se abrindo um debate em torno da violação de direitos por meio dessa medida. Importante consignar que neste ponto, o STF tem dado muito mais abertura para análise da jurisprudência defensiva do que o STJ.

Os tribunais precisam ter exata consciência do seu papel e das consequências no caso concreto quando se exime de cumprir a missão que lhe foi dada. O ministro Marco Aurélio, vem abrindo discussões sobre a importância social desta temática.

A jurisprudência defensiva sempre gera incerteza sobre qual forma de conduta processual deve ser adotada. Cabe ainda o entendimento de que os Tribunais Superiores Brasileiros não estão aptos a atuarem como Cortes de Interpretação de direito, pois conforme demonstrado por amostragem, o sistema da *common Law*, não foi ainda corretamente interpretados pelos julgadores locais, e mais, falta ainda uma cultura de identificação da *raccio decidendi*, o que é fundamental para que os precedentes sejam adequados a sociedade a que ele se destina.

Concluindo então, a função dos tribunais superiores é aquela definida na Constituição Federal, ou seja, preservar o respeito as normas federais e constitucionais e intervir cada vez que estas não sejam cumpridas.

ABSTRACT

One of Law's functions is to gender on the courts the predictability of the decisions. There comes from the importance of several procedural apparatus to guarantee the minimum of harmony on the judgments, making it clear to justice consumer the “rules of the game”. One of the most recent examples in this sense has been the progressive implantation of the precedents adopted by the high Courts. However, whereas the precedents mechanism has been welcome to the juridical world, these same courts, trying to solve the excess of resources problem, also created the defensive jurisprudence as it is known, that can be short defined as the series of judicial decisions which is capable to reduce the number of demands that could be analyzed by high courts. In this context, the present text aims to examine the role to be developed by Brazilian high courts (understood as STJ and STF) regarding defensive jurisprudence use, intending to present it as a constitutional violation, if it is analyzed the negative of the jurisdictional protection.

Key-words: High Courts. Constitutionality. Defensive jurisprudence. Judicial assistance. Legal certainty.

REFERÊNCIA

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Democratização da justiça**: STF rumo para flexibilização da jurisprudência defensiva. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 26 out. 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 45. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. Lex: legislação federal e marginália, São Paulo, v. 59. p. 1966, out./dez. 2005

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça AgRg no REsp 1105229/MG, Embargante: Construtora Estrada Real Ltda. Embargado : Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A e VR Transportador Revendedor Retalhista Ltda. Relator: Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 03 mar. 2011, **Diário de Justiça Eletrônico**, 18 mar. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial N° 239.167 – MG - (2012/0209910-3). Agravante : American Virginia Comércio e Indústria Importação e Exportação de Tabacos Ltda. Agravado : Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Minas Gerais, julgado em 5 mar. 2013, **Diário de Justiça Eletrônico**, 13 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial N° 1.370.523 – RJ (2013/0057951-9). Agravante : Deborah Hilária Fernandes de Aguiar Bijos. Agravado: Luiz Antonio Martins Vieira Relator: Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, Rio de Janeiro, julgado em 28 maio 2013, **Diário de Justiça Eletrônico**, 13 jun. 2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 755.271/ Embargado: Irajá Pimentel – Espólio. Interessado: Morelos Adolfo Verlage Vazquez. Relator: Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, Distrito Federal, 16 mar. 2010 (julgamento), **Diário de Justiça Eletrônico**, 10 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n° 115. In: _____. Súmulas. São Paulo: Diário de Justiça Eletrônico, 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n° 418. In: _____. Súmulas. São Paulo: Diário de Justiça Eletrônico, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 519.125-2/SE. Agravante: Maria Eugênia da Silva Ribeiro. Agravado: Paulo Vladimir Brichta. Relator originário: Ministro Joaquim Barbosa. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma. Sergipe, julgado em 12 abr. 2005. **Diário de Justiça Eletrônico**, 05-08-2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário RE 608558/RJ. Partes: Artur Fernandes Piñeiro e outros. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Rio de Janeiro, julgado em 06 mar. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, 19/04/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 519.125-2 Sergipe - Relator Originário: Min. Joaquim Barbosa - Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes Agravante(s) : Maria Eugênia da Silva Ribeiro Advogado(A/S): Sergio Ferraz e outro(A/S) Agravado(A/S) : Paulo Vladimir Brichta Advogado(A/S) : Suzana Angélica Paim Figueirêdo e outro(A/S) Suscitante(s) : juiz de direito da 5ª Vara Cível Da Comarca De Aracaju Suscitado(a/s) : juiz de direito da sétima Vara De Família Da Comarca Do Rio De Janeiro. **Diário de Justiça Eletrônico**, 24 ago. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no Recurso Especial Nº 867.669/RS. Agravante : Pactum Consultoria Empresarial Ltda. Agravado : Instituto Nacional Do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Rio Grande do Sul, julgado em 19 abr. 2007. **Diário de Justiça Eletrônico**, 17/05/2007.

BRASIL. **Código de processo civil e constituição federal**. 44.ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Tempestividade dos Recursos**. RDDP, nº 16, julho/2004, p. 23.

FARIA, Márcio Carvalho. O acesso à justiça e a jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**, v. 16, 2009. Disponível em:
<http://www.academia.edu/3499271/O_acesso_a_justica_e_a_jurisprudencia_defensiva_dos_Tribunais_Superiores_-_Revista_do_Instituto_dos_Advogados_de_Minis_Gerais_v._16>. Acesso em: 26 out. 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MARINONI. Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**. Editora: Revista dos Tribunais, 2013a.

MARINONI. Luiz Guilherme. **O STJ no Estado Constitucional**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Editora Magister, vol. 53 – Mar/Abr 2013.

MEDINA. José Miguel Garcia. **Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia?** Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em:

MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos**, in Temas de Direito Processual, Nona Série, São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ª edição. São Paulo: RT, 2004.

SANTARÉM , Paulo Rená da Silva; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. A observação da jurisprudência defensiva na diferenciação do subsistema do direito. Universidade de Brasília - DPP - PIBIC **Relatório Final Edital 2004**. Jul. 2005, Brasília – DF. Disponível em: <<http://hiperficie.files.wordpress.com/2012/10/relatocc81rio-final.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

SANTOS. Luiz Felipe Ferreira. **Jurisprudência defensiva**: um combate a ser feito por todos. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19900/jurisprudencia-defensiva-um-combate-a-ser-feito-por-todos#ixzz21k9H5820>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios: processo e direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TERRA, Marcelo. Segurança jurídica e atividade imobiliária. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Coord.). **Segurança jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.