

PREVENÇÃO DA NÃO ADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO – BREVE INTRODUÇÃO PRÁTICA

Resumo: Profissionais do direito tem sido vítimas de falta de harmonia da jurisdição e insegurança jurídica pela grande dispersão de julgados e por uma grande dificuldade em obterem meios eficazes de correção de situações injustas por conta do grande rigor no acesso aos Tribunais Superiores – aqui se discutem algumas cautelas iniciais a serem tomadas por quem queira se aventurar nesse universo.



JÚLIO CÉSAR BALLERINI SILVA, ADVOGADO MAGISTRADO APOSENTADO E PROFESSOR DA FAJ DO GRUPO UNIEDUK DE UNITÁ FACULDADE - COORDENADOR NACIONAL DOS CURSOS DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL, DIREITO IMOBILIÁRIO E DIREITO CONTRATUAL DA ESCOLA SUPERIOR DE DIREITO – ESD PROORDEM CAMPINAS E DA PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO MÉDICO DA VIDA MARKETING FORMAÇÃO EM SAÚDE – EMBAIXADOR DO DIREITO A SAUDE DA AGETS-LIDE

CAUTELAS PREVENTIVAS PARA INTERPOSIÇÃO E ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS

Vive-se hoje um momento muito complicado de judicialização excepcional, que leva a que Magistrados (sejam juízes, desembargadores etc) não leiam peças e argumentos, com grande terceirização das tarefas para a serventia, estagiários e assessores que, por vezes, por melhores intenções que tenham, não tem a mesma formação ou experiência.

O ministro Luiz Fux (STF) com enorme propriedade, aponta o que se tem como estado de coisas inconstitucional no que tange à falta de motivação das decisões judiciais (Informativo STF 470). Sobre a jurisprudência deste Pretório Excelso a respeito de possibilidade de discussão de validade de acórdão por falta de motivação, já se manifestou este Areópago (veja-se a esse respeito a notícia divulgada no site do próprio STF):

O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência repercussão geral no tema tratado no Recurso Extraordinário (RE) 719870, em que se discute a validade de acórdão por ausência de fundamentação sobre ponto relevante para a análise de constitucionalidade de norma impugnada por meio de ação direta de inconstitucionalidade estadual. Fonte na internet: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=248385>

Isso, com efeito gera um clima de grande apreensão entre os operadores do direito que passam a ter que buscar de modo cada vez mais intenso, acesso direto a magistrados para tentar de modo sucinto passar dados essenciais e diferenciados de suas causas (thema decidendum ou objeto litigioso do processo¹) com receio de que se julgue fora do que se pede, que não se perceba que o caso tenha essa nota diferenciada do que se lança em valas comuns de teses e modelos e que não se consiga obter êxito em fazer com que outro leia em grau de revisão.

Profissionais do direito tem vivido clima muito difícil de atuação por conta deste fenômeno – por mais que exista boa vontade de muitos Magistrados a realidade se descortina deste modo, e surge a preocupação com tema do acesso à via recursal excepcional nas instâncias superiores.

¹ Na feliz acepção utilizada por Kazuo Watanabe em sua obra já clássica sobre este assunto. DA COGNIÇÃO JUDICIAL.

Os recursos chamados excepcionais (especial, extraordinário e embargos de divergência) são direcionados aos Tribunais Superiores STF e STJ (em outras Justiças Especializadas pode haver congêneres, como por exemplo o recurso de revista ao TST) não são uma terceira instância de fato - mas apenas admitem discussão de questões de estrito direito (teses jurídicas) que devem ser identificadas.

Para além dos requisitos normais de admissibilidade de um recurso (legitimidade, adequação, interesse, tempestividade, preparo, ausência de fatos impeditivos ou modificativos do direito de recorrer) aqui surge toda uma dialeticidade própria, surgida por conjuntos de normas jurisprudenciais que, de tempos em tempos se agrega à normatização – como ocorreu, ainda recentemente, com a publicação do atual CPC.

A primeira ideia a ser rompida seria no sentido de que esses recursos seriam uma terceira ou quarta instâncias – não são – não se prestam a revisar por revisar o que ficou apontado após o esgotamento do duplo de grau de jurisdição.

Por isso que não se rediscute matéria de fato – isso se estabiliza nas instâncias inferiores e não mais se reavalia em sede de recursos para instâncias superiores que não existem para isso – existem para pacificação de teses jurídicas uniformizando interpretações de normas².

² Sobre a viabilidade de tais análises, a respeito do tema, as considerações trazidas por Karl Larenz: em seu magistral trabalho sobre metodologia do Direito: A distinção entre questão de facto e de direito perpassa todo o direito processual; o princípio dispositivo pressupõe especialmente esta distinção. O juiz julga sobre a "questão de facto" com base no que é aduzido pelas partes e na produção de prova; a questão de direito decide-a sem depender do que é alegado pelas partes, com base no seu próprio conhecimento do Direito e da lei, que tem de conseguir por si (jura novit curia). Só os factos, isto é, os

Pressupõem esgotamento de instância (por exemplo - se um relator julgou de modo unipessoal deve-se interpor agravo interno anterior) - não pode, portanto, discutir fato (por exemplo Sumulas 7 STJ e 279 STF) - não adianta falar que o carro não estava na contramão de direção - mas se pode pedir para revalorar a prova - por exemplo - pode discutir questão de direito em torno do modo como se provou - por exemplo - o recorrente somente confessou que estava na contramão porque era menor e foi torturado e essas provas seriam ilícitas (questão de direito).

Geralmente se admitem tais recursos para discutir negativa de vigência de lei federal (recurso especial - artigo 105 CF) e norma constitucional (artigo 102 CF) e uniformização de entendimento de turmas (embargos de divergência) - mas também pode haver, no caso do recurso especial a uniformização de jurisprudência de Tribunais diversos (ou seja, não adianta discutir divergência dentro do mesmo Tribunal em recurso especial - vide Súmula 13 STJ).

Ademais, não se misturando institutos, para uniformizar jurisprudência dentro de um mesmo Tribunal – quando se tem o que se chama demanda isomórfica (muitas demandas que se organizam em torno de uma questão de fato e de direito³) normalmente a uniformização se dá pelo IRDR –

estados e acontecimentos fácticos, são susceptíveis e carecem de prova; a apreciação jurídica dos factos não é objeto de prova a aduzir por uma das partes, mas tão-só de ponderação e decisão judicial. In LARENZ, KARL. Metodologia da Ciência do Direito. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

³ Aqui, obviamente o interesse deixa de ser meramente individual posto que há um grande número de jurisdicionados atingidos e há grande relevância até mesmo para fins de celeridade e economia processuais – o que colaborará para o cumprimento de um tempo razoável de duração de processos e uso mais racional de um recurso público esgotável, raro e caro (tempo irrepetível de juízes e serventuários) e da própria máquina judiciária.

incidente de uniformização de demandas repetitivas (em casos relevantes e sem exigir o caráter isomórfico se tem o IAC – o incidente de assunção de competência) – nada disso tem a ver com o recurso excepcional (recurso especial por exemplo).

Do mesmo modo, partindo da ideia de que cláusulas contratuais pressupõem nova análise de questões de fato não se admite a sua revisão em recurso especial (Súmula 5 STJ) – isso seria revisão de fatos por via transversa (como se estabeleceu o contrato ? Porque se estabeleceu ? Havia hipossuficiente ? De quem foi a iniciativa ? etc).

Do mesmo modo, em recurso extraordinário a ofensa à Constituição Federal deve ser direta e não meramente reflexa - sob pena de não se admitir o recurso - ou seja, em caso de ofensa à legalidade não se pode dizer que se violou o artigo 944 CC porque se fixou indenização indevida - isso seria violação reflexa - o que seria diferente de se impor uma obrigação sem base legal algum - aí sim haveria uma violação direta.

Outro exemplo relevante – como os Tribunais vivem uma febre de imposição de reprimenda de multas por recursos protelatórios, supostamente, não se poderia discutir se a conduta foi ou não praticada (questão de fato) mas se pode apontar tese jurídica (por exemplo – pode-se aplicar litigância de má-fé sem indicar o dolo específico ? Pode-se aplicar litigância de má-fé sem indicar o dano causado pelo ato ? – são situações muito diferentes).

Outro requisito específico que começou a ser construído de modo pretoriano foi a exigência de um pré-questionamento recursal – ou seja, para a compreensão do que seja isso observe-se que tudo aquilo de relevante que um juiz deva deliberar para emitir um provimento (decisão com conteúdo decisório) dentro de um processo receba o nome de ponto processual.

Se ambas as partes concordam em torno daquilo se tem o ponto incontroverso (e sobre ele nem mesmo se admite a produção de provas, por exemplo, como se tem pelo disposto no artigo 374 e seus consectários CPC).

No entanto, do ponto de vista técnico, quando as partes discordam sobre o ponto surge a questão (pode-se defini-la, assim, como ponto controverso ou controvertido) – assim fica explicar pré-questionamento como algo que já tenha sido controvertido anteriormente no processo.

A ideia, portanto, é simples ditas tais observações – eis que basta lembrar que quando se profere a decisão se esgota a atividade do juiz quanto aquela parte da jurisdição – somente se devolvendo o exame da questão ao Poder Judiciário se houver recurso (base da ideia de um efeito devolutivo de um recurso – que se consubstancia na conhecida parêmia latina tanto devoluto quantum appellatum – somente se devolve aquilo que foi objeto de interposição – numa ideia geral).

Pelo óbvio que existem exceções como aquilo que se chama efeitos expansivos objetivos e subjetivos (quando o Tribunal de ofício aumenta a análise de questões sobre objetos e sujeitos em matérias de ordem pública, por exemplo) tal como pontua Nelson Nery Jr.⁴

Não pode ser surpresa para ninguém, deste modo, que não se possa vir a um tribunal superior e invocar matérias não suscitadas anteriormente (que estariam acobertadas pelo manto da preclusão, por exemplo, ou pelo princípio do deduzido-deduzível) – base da ideia de que se deva ter pré-questionado aquilo que será objeto do recurso raro ou excepcional (especial ou extraordinário de que se cuida neste breve artigo – mais voltado para meus alunos e milhares de ex alunos e para o público acadêmico de um modo geral).

⁴ No clássico Teoria Geral dos Recursos Cíveis.

Importante ainda analisar as Súmulas 98 e 211 STJ que garantem o direito de se interpor embargos de declaração para fins de pré-questionamento sem que se sofra condenação por litigância de má-fé - e também resta interessante observar o teor da Súmula 356 STF que assevera que basta o pré-questionamento implícito - se os fundamentos foram analisados nem necessidade de embargos de declaração surgirá.

Na opinião de Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha, a postura do STF, em sua Súmula nº 356 que não exige a expressa manifestação do E. Tribunal intermediário sobre os artigos de lei destacados em recurso é a mais correta, pois não submete o cidadão ao talante do tribunal recorrido, que, com a sua recalcitrância no suprimento da omissão, simplesmente retiraria do recorrente o direito a se valer das vias extraordinárias⁵.

A própria jurisprudência do STJ, após o advento do atual CPC de modo majoritário, admite o assim chamado pré-questionamento implícito⁶ e, quanto a isso, de se fazer referência ao quanto ponderado por Galeno Lacerda⁷ que defende a supremacia da tutela do texto constitucional, de modo a que recursos excepcionais devam ser admitidos, ainda que não haja pré-questionamento

⁵ In DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Vol. 3, 11ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 282.

⁶ E, a respeito do pré-questionamento, no caso de que se trata, antes que se apegue à interpretação férrea e inflexível da r. decisão denegatória, de se prestar atenção ao quanto asseverado por Rodolfo de Camargo Mancuso, em relação a tanto, em trecho de obra aplicável tal luva à mão, no caso de que se cuida: "... atualmente, o pré-questionamento da matéria devolvida ao STF e ao STJ por força dos recursos extraordinário e especial há que ser entendido com temperamento, não mais se justificando o rigor que inspirou as Súmulas 282, 317 e 356. Desde que se possa, sem esforço, aferir no caso concreto que o objeto do recurso está razoavelmente demarcado nas instâncias precedentes, cremos que é o quantum satis para satisfazer essa exigência que, diga-se, não é excrescente, mas própria dos recursos de tipo excepcional. (...) Daí por que, tanto que o tema federal ou constitucional tenha sido agitado, discutido, tornando-se rés dúbio ou rés controversa (RTJ 109/371), cremos que ele estará pré-questionado". (Recurso Extraordinário e Recurso Especial, São Paulo, Ed. RT, pp. 123 e 124).

⁷ O assunto se torna mais grave quando se tratar de questão constitucional, que, a rigor, deveria ser conhecida e julgada até de ofício, pela Corte Suprema. Mesmo que haja omissão do advogado da parte, não é concebível que o instituto artificial do prequestionamento, não previsto na Constituição, condicione e paralise a missão indisponível do Supremo, de guardião maior da Carta Magna, às carências de um Juiz de primeiro grau ou à inexperiência de um jovem advogado, que deixam de plantar no processo, com os requintes de um formalismo exagerado, a semente da questão constitucional, e, só por isso, por mais aberrante, por mais absurda que se ostente a lesão ao Estatuto Supremo, e a eventual calamidade política, social e econômica dela advindos, a Corte Suprema nada possa fazer, simplesmente por que o juiz deficiente e o advogado inexperiente teriam, com sua inófia, poder de disposição sobre a matéria constitucional!!!

explícito. Vale, ainda, o alerta lançado por Marcelo Amaral da Silva, em referência ao quanto apontado por Samuel Monteiro no mesmo sentido.⁸

Outro ponto a ser destacado – por vezes, e existe uma tendência a que se mantenha a jurisprudência interna lançando-se obstáculos e filtros muito rígidos para a subida dos recursos, há que se observar que os prolores das decisões unipessoais de não admissão deveriam evitar analisar o mérito dos recursos.

Por vezes o operador se observa com decisões muito técnicas – ou seja, não se cumpriu tal ou qual requisito de esgotamento e por aí vai – isso é difícil rebater (e há tecnicidades que são barreiras que poderiam ser evitadas com leituras simples do texto legal – ter certidão e não o DOE para comprovar feriado local, juntar o aresto paradigma ao paragonado na uniformização ao invés de simplesmente lançar a página em que o mesmo se encontra disponível em repertório não oficial de internet e por aí vai – tudo isso é dialeticidade).

O que, no entanto, traz grande perplexidade é o fato do Presidente do Tribunal ou quem faça suas vezes (e com alta margem de probabilidade não são essas autoridades que o fazem mas assessores, estagiários etc – como se apontou acima) que querem julgar o mérito do recurso – muitas vezes surgem tópicos de inadmissão que dizem – o artigo a, b ou c NÃO FOI VIOLADO.

Com a devida licença, aí parece haver um certo desvio de motivação – eis que tal autoridade tem competência na aceção técnica do termo, para fazer exame de admissibilidade desses recursos não para julgá-los no mérito – de modo que parece ser grande impropriedade alegar que o acórdão julgou bem e que não violou este ou aquele artigo de lei.

⁸ ... essa divergência de posicionamentos vem causando “gravíssimos e irreparáveis danos aos prejudicados com decisões locais nulas e aberrantes”. Entende, ademais, que, por não existir lei que discipline a matéria, continuará a existir o que ele chama de “filigrana, a ‘torre de marfim imune à crítica’, baseado no subjetivismo irracional e ilógico que podará e ilidirá a subida do recurso”, que acaba por obstaculizar o conhecimento e o julgamento do recurso excepcional, mesmo que o julgado tenha sido nulo, errado ou esdrúxulo.

É oportuno expor que quanto à extensão do juízo de admissibilidade, assim se pronuncia NELSON LUIZ PINTO (*in*, Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça. SP: Malheiros, p. 165): " *Não tem, pois o Presidente do Tribunal a quo, competência para apreciar se a decisão recorrida violou, efetivamente ou não, Lei Federal ou tratado. Assim, o seu juízo de admissibilidade se deve limitar, neste caso, à análise dos aspectos formais e da plausibilidade ou razoabilidade da alegação de ofensa à Lei Federal, sem, entretanto, adentrar ou adiantar qualquer apreciação de seu mérito*".

Sobre o tema em questão, importante destacar que para Rodolfo Camargo Mancuso para quem alegar o que contraria ou não é algo que realmente transborde tal competência:

"contrariar" um texto "é *mais* do que negar-lhe vigência. Em primeiro lugar, a *extensão* daquele termo é maior, chegando mesmo a abarcar a certos respeitos, o outro; segundo, a *compreensão* dessas alocações é diversa:" "contrariar" tem uma conotação mais difusa, menos contundente; já "negar vigência" sugere algo mais estrito, mais rígido. Contrariamos a lei quando nos distanciamos da *mens legislatoris*, ou da finalidade que lhe inspirou o advento; e bem assim quando a interpretamos mal e lhe desvirtuamos o conteúdo. Negamos-lhe vigência, porém, quando declinamos de aplicá-la, ou aplicamos outra, aberrante da *fattispecie*; quando a exegese implica em admitir, em suma ... que é branco onde está escrito preto; ou quando, finalmente, o aplicador da norma atua em modo delirante, ignorando a real existência do texto de regência. É claro que, na prática, nem sempre é fácil distinguir as duas hipóteses, mas agora, com o advento do recurso

especial, a distinção redobra em importância" (*in*, Recursos no Processo Civil 3 - Recurso Extraordinário e Recurso Especial, 6.^a ed., revista, atual. e ampl.. SP: RT p. 146/147).

Não se nega que, por vezes, algum tipo de controle – algum tipo de filtro de relevância se faça mesmo necessário sob pena de se inviabilizar o sistema – separando-se joio de trigo – entre o que seja viável e o que seja, mesmo, contorcionismo exegético para obter terceira ou quarta via de revisão de fato – afinal no STF tem-se apenas 11 ministros e no STJ 33 para milhões de recursos.

Mas esse filtro não deve ser de tal medida que passe a impressão de que apenas bancas renomadas tenham acesso à jurisdição excepcional – ou como se tem ouvido, que se deva estabelecer um filtro para que apenas advogados experientes nesses Tribunais possam atuar – indesejável criação de uma espécie de Cartório (se serão sempre os mesmos, como se terá experiência nisso ? Os novos terão que ser iniciados como se fosse uma guilda maçônica ? Pelo óbvio que isso não faz sentido e cria indevido obstáculo no exercício da advocacia para interesses de poucos que ganharão muito em detrimento de grande parte da população que ficará sem acesso a isso por não ter como pagar).

Vale apontar quanto a isso a sensibilidade da Ministra Nancy Andrighi, no julgamento de outro REsp 551956-SP, em voto que nunca pode ser esquecido:

Se é fundamental a revisão das decisões no nosso sistema jurídico, a luta dos Tribunais deve ser para viabilizar, sempre que possível, tal revisão e não para evitá-la. O julgamento em segundo grau não é mera formalidade. A sociedade despende muitos recursos para manter os Tribunais justamente porque os considera essenciais para a correta distribuição da

Justiça. Esta consciência tem que estar na base de todos os exames de admissibilidade de qualquer recurso.

Para encerrar, com chave de ouro, a exortação de Calamandrei:

“Acontece frequentemente com o bibliófilo, que se diverte folheando religiosamente as páginas amareladas de algum precioso incunábulo, encontrar entre uma página e outra, grudados e quase absorvidos pelo papel, os restos agora transparentes de uma mariposa incauta, que há alguns séculos, buscando o sol, pousou viva naquele livro aberto, e quando o leitor subitamente o fechou ali ficou esmagada e ressecada para sempre. Essa imagem me vem à mente quando folheio as peças de algum velho processo, civil ou penal, que dura dezenas de anos. Os juízes que mantêm com indiferença aqueles autos à espera em sua mesa parecem não se lembrar de que entre aquelas páginas se encontram, esmagados e ressecados, os restos de tantos pobres insetinhos humanos, que ficaram presos no pesado livro da Justiça”. Piero Calamandrei “Eles, os juízes, vistos por um advogado”, pp. 270/271, Ed. Martins Fontes, 1.998.

Essas umas primeiras linhas sobre o tema.