



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

JOSÉ GOMES DO AMARAL NETO

**IMPUTABILIDADE DO HOMICÍDIO PASSIONAL NO TRIBUNAL DO
JÚRI**

**SOUSA - PB
2011**

JOSÉ GOMES DO AMARAL NETO

**IMPUTABILIDADE HOMICÍDIO PASSIONAL NO TRIBUNAL DO
JÚRI**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof.º. Guerrison Araújo Pereira de Almeida.

**SOUSA - PB
2011**



A485i Amaral Neto, José Gomes.
Imputabilidade do homicídio passional no Tribunal do Júri. / José
Gomes do Amaral Neto. - Sousa- PB: [s.n], 2011.

106 f.

Orientador: Prof. Esp. Guerrison Araújo Pereira de Almeida.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro
de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências
Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Homicídio passional. 2. Tribunal do Júri. 3. Inimputabilidade
penal. 4. Paixão - homicídio. 5. Passionalidade. 6. Legítima defesa da
honra. 7. Homicídio qualificado. 8. Homicídio privilegiado. I.
Almeida, Guerrison Araújo Pereira de. II Título.

CDU: 343.61(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

JOSÉ GOMES DO AMARAL NETO

IMPUTABILIDADE DO HOMICÍDIO PASSIONAL NO TRIBUNAL DO JÚRI

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Guerrison A. P. de Andrade

Banca Examinadora:

Data de aprovação: 07 de novembro de 2011.

Orientador: Prof. Guerrison A. P. de Andrade– UFCG
Professor Orientador

Examinador interno: Prof. Iranilton Trajano

Examinador externo: Prof^a. Maria de Lourdes Mesquita

Dedico à saudosa e eterna memória de
vovô Zezé Lulu e vovó Lulu.

*Sic visum Venere; cui placet impares
formas atque ânimos sub juga aenea...
Saevo mittere cum joco.*

RESUMO

O presente tratado científico objetiva estudar a paixão, suas causas e efeitos na atmosfera delitiva do homicídio passional, ao passo que analisa, em abordagem breve, o tratamento jurídico prestado à figura do homicídio e, simultaneamente, as bases do Tribunal do Júri e as teses de enquadramento legal do tipo em intersecção à responsabilidade penal do agente do crime de índole passional. O passionalismo possui traços arraigados, quer sejam em bases teóricas dos mais diversificados ramos da ciência, quer permeie a arte e o convívio social das civilizações ao delongar do tempo. Destarte este estudo monográfico lança mão do cientificismo colacionado a respeito do tema esclarecendo as influências da paixão na formação da personalidade criminosa, na criminogênese, no *iter criminis* e no pós-cometimento da ação delitiva, pondo em paralelo o tratamento legal em busca de uma indispensável, por critérios de justiça, adequação legal de cunho normativo. Faz-se uso dos métodos: dialético e exegético-jurídico, esmiuçando o conteúdo das teses de enquadramento legal, com relação à natureza do crime passional, desfraldas no Tribunal do Júri e utilização da pesquisa bibliográfica e através da internet na seleção de material científico basilar. Conclui-se pela inaplicabilidade das teses que enquadram o homicídio passional como homicídio qualificado e legítima defesa da honra, porém restam consubstanciadas a inimputabilidade e semi-imputabilidade, referendadas por laudo médico-pericial que constate psicopatologia ao tempo da conduta, e subsidiariamente a causa privilegiadora da violenta emoção.

Palavras-chave: Homicídio Passional. Paixão. Imputabilidade penal. Tribunal do Júri.

ABSTRACT

The present scientific treated has the finally of study the passion, yours causes and effects in the volitional atmosphere of passional homicide, while analyzing, the legal treatment provided the figure of murder, and, simultaneously, to the basis of Court Jury and the legal framework thesis of intersecting type to the penal responsibility of the perpetrator of the crime of passion idole. The passionalism has rooted features, whether they are in the theoretical basis from the most diversifications branches of science or permeate the art and social gathering of the civilizations throughout time. Thus this monographic study uses as resource the scientism collated on the subject making clear the passion's influences in the formation of criminal personality, in the *criminogense*, in the *iter criminis*, in the execution and in the commission of criminal offense action, putting in parallel the legal treatment in search of a indispensable, for justice's criteria, to the normative nature of legal adequation. Makes use of methods: exegetical and dialectical-legal, scrutinizing the content of thesis of legal adequation, related to nature of passional crime, unfurled in the Court Jury, and the utilization of bibliography research through the internet in the selection of fundamental scientific material. The results confirms the inapplicability of thesis that frame the passional frame as qualified homicide and self-defense of honor, however remain embodied the unimputability and semi-imputability, countersigned by expert medical report that finds psychopathology at time of action, and subsidiary the cause that privileges the violent emotion.

Key Words: Passional Homicide; Passion; Penal Responsibility. Court Jury.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 PASSIONALIDADE.....	11
2.1 CONCEITO.....	11
2.2. EFEITOS CARACTERÍSTICOS DA PASSIONALIDADE NA CONDUTA DELITIVA..	14
3 HOMÍCIDIO E TRIBUNAL DO JÚRI	22
3.1 DO HOMICÍDIO	22
3.1.1 Homicídio Privilegiado.....	24
3.1.2 Do Homicídio Qualificado.....	26
3.1.3 Homicídio Privilegiado-Qualificado.....	27
3.2 DO TRIBUNAL DO JÚRI.....	28
4 DA IMPUTABILIDADE DO HOMICIDA PASSIONAL.....	33
4.1 DAS TESES DE ENQUADRAMENTO LEGAL.....	33
4.1.1 Legítima Defesa da Honra.....	34
4.1.2 Homicídio Passional como Qualificado.....	36
4.1.3 Homicídio Passional como Privilegiado.....	37
4.1.3 Inimputabilidade	38
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

Sociedade e cidadão representam conceitos que, sob uma vista apriorística, parecem estar insuscetíveis à conduta delitiva. Ao contrário disso, alguns ilícitos permeiam diuturnamente o convívio social, sendo que nem todos saltam aos olhos da coletividade.

Apesar de um contexto social estruturalmente muito avançado, o fenômeno do crime passional encontra-se deveras distante de ser expurgado ou até, mais simplesmente, ser compreendido e obter, em consequência, uma explicação sócio-jurídica.

Os crimes cometidos em razão da paixão, em sentido mais abrangente, perfilham-se em grandes clássicos literários, histórias e estórias trasladadas pela sabedoria popular e, não obstante, pesquisas científicas em diversos ramos, a exemplo da psicologia, psicanálise, sociologia, filosofia, antropologia, galgando, outrossim, atenção especial das ciências jurídicas, sendo alvo da doutrina de penalistas desde o Antigo Império Romano, passando pelo Direito Canônico e seguindo aos códigos hodiernos.

O sentido perturbador do caráter da passionalidade que atinge o agente que incorre nos crimes passionais pode suscitar, como de fato suscita, debates teóricos acerca do domínio das paixões sobre a conduta humana, seu enquadramento legal e sua imputabilidade.

Surde como necessidade dos estudos da criminologia e da doutrina penalista, mormente no que diz respeito ao Tribunal do Júri, a verificação dos fatores que motivam e os efeitos que decorrem da conduta criminosa passional, reconhecendo a passionalidade como fator capital para o comportamento ilícito em questão.

Destarte a classificação doutrinária que lhe é atribuída deve conservar-se fiel ao sentido que o ato manifesta na consciência coletiva e, dessa maneira poder corresponder com devido enquadramento legal e decorrente penalização.

Nesse condão, vislumbram-se as veias abertas da contenda na justa aplicação do gravame suportado pelo indivíduo que comete crime passional, decidido com soberania pelo Tribunal do Júri, mensurado pelo Juiz-presidente e

absorvido pelo meio social como qualificadora, excludente de ilicitude, inimputabilidade ou causa de privilégio.

Pelo que a presente pesquisa, de modo geral, objetiva analisar o tratamento sócio-jurídico concedido ao autor de homicídio passional, identificando qual seria o seu enquadramento legal e sua punição mais justa ante o fato da questionável imputabilidade que lhe é inerente.

Destarte, no primeiro capítulo, busca traçar estudo acerca dos efeitos passionalidade na conduta homicida, relacionando-a aos seus vários aspectos motivacionais, pondo em paralelo os traços psíquicos e a imputabilidade do agente.

Com o mesmo intuito, relata no segundo capítulo o tratamento revestido ao homicídio, bem como o procedimento do Tribunal do Júri através das acepções doutrinárias, identificando, no terceiro capítulo, as teses de maior incidência, quais sejam: homicídio qualificado, legítima defesa da honra, inimputabilidade e homicídio privilegiado, questionando-lhes a aplicabilidade ao caso concreto.

Faz-se uso dos métodos: dedutivo, que parte de uma premissa maior em processo de determinação de premissas menores, dialético e exegético-jurídico, esmiuçando o conteúdo das teses de enquadramento legal, com relação à natureza do crime passional, desfraldadas no Tribunal do Júri e utilização da pesquisa bibliográfica e através da internet na seleção de material científico basilar.

Salutar edifica-se o presente trabalho monográfico com vistas a elucidar conceito, causas e efeitos da paixão na conduta delitiva, busca contribuir cientificamente para a consolidação de conclusões acerca da justeza da classificação legal e da imputabilidade adequada a características individualizadoras do crime passional.

2 PASSIONALIDADE

A passionalidade é alvo fecundo de inúmeros estudos em diversificados âmbitos do conhecimento humano, desde os mais remotos escritos, até permear as ciências e as artes da civilização moderna.

O presente capítulo traz em seu bojo o conceito de passionalidade, delimitando-o e distinguindo-o de emoção, bem como arrazoa aspectos divergentes e semelhantes da paixão nas ciências que tomam como objeto de estudo, tal como na literatura.

Por fim, preconiza, em razões científicas, os efeitos e características do crime passional, lançando mão da interdisciplinaridade no entendimento da formação da personalidade criminosa, da criminogênese, do *inter criminis* e das condições psicológicas imanentes à fase posterior à conduta delitiva.

2.1 CONCEITO

O termo passional, oriundo do latim: *passionalis*, de *passio* que significa paixão, projeta-se como condição humanamente inafastável, a qual exponha o ser à emoção imprevisível, intensa, profunda e prolongada.

Não se pode, no entanto, consubstanciar paixão e emoção num só entendimento, seguramente os dois possuem descordo de crucial relevo. Mister dizer que emoção, conforme o estabelecido por Immanuel Kant (apud Hungria, 2000), consiste em “uma torrente que rompe o dique da continência”, enquanto paixão representa “o charco que cava o próprio leito, infiltrando-se paulatinamente no solo”..

Veja-se, pelo paralelo traçado por Kant, que o que dista dos dois estados de ânimo erige-se por sobre o momento que arrebatada a vontade do ser humano, de forma que paixão poderia ser classificada como uma emoção de caráter contínuo e ininterrupto.

João Alfredo Medeiros Vieira (1997, p. 152), comunga desse pressuposto teórico, ao ponto que apresenta um conceito próprio que se coaduna ao exposto acima.

Diferindo o sentimento da paixão, a emoção é um fenômeno provocado por um choque brusco, o qual compreende um abalo mais ou menos profundo da consciência. É o que também designa por *coarse emotion* (emoção choque).

E, mais adiante, complementa que paixão é:

Estado afetivo caracterizado pela impetuosidade e persistência com a que atua no espírito. Com efeito, ao passo que a emoção é reação súbita, caracterizada pela sua violência e brevidade, a paixão apresenta-se à maneira de estado crônico, estável e durável, como por exemplo, a cólera, o medo, a paixão sexual, ou sexualidade. (VIEIRA, 1997, p. 152)

Damásio de Jesus (2006) aduz emoção como um estado súbito de instabilidade psíquica, e paixão, como estado emocional permanente. Rabinowcz (2000) descreve emoção como um estado agudo e paixão, como estado crônico.

Ponto de vista errôneo tal qual amiúde identificado nas pesquisas científicas versadas acerca da temática da passionalidade, descende de um grave desacordo, no que diz respeito à paixão, estudada nos referidos trabalhos, e aquela enaltecida pelos poetas e escritores em suas odes e romances.

Impende, neste aspecto, discordar-se veementemente desta contenda. Não há o que se diferenciar de um objeto, se este se encontra direcionado a vários espelhos, todos estes espelhos em ângulos e graus diferentes, poder-se-iam apenas diferenciar os seus reflexos, entre si. É o que ocorre com este sentir humano, apenas são-lhes concebidas interpretações divergentes.

O cientista observa a paixão e a descreve. O poeta, o romancista absorve-a e a transcreve. E os dois sentem-na. Desta forma, entenda-se que este dá vazão aos seus instintos suas sensações transcendentais, à medida que aquele busca as explicações racionais e as implicações práticas da mesma sensação, da qual nem um nem outro está imune.

Tão grande se faz a relevância das concepções filosófico-literárias do tema, que o mestre, advogado Dante Delmanto (1996, p.8), na obra intitulada Defesas que fiz no Júri salienta que “Shakespeare e Dostoiewsky, pelos seus estudos sobre a alma humana, são verdadeiros precursores da psicologia criminal”.

Shakespeare é autor do drama clássico intitulado Otelo, o mouro de Veneza, na qual expõe o mais famoso passional da história da literatura.

Além dos citados anteriormente, outros clássicos da literatura universal desfraldaram argumentações conclusivas a respeito do passionalismo, tenham-se como exemplos os literatos e filósofos Tolstói, Anatole France, Voltaire, D’Anunzio, Massupant, Daudet e Vinícius de Moraes.

Não se olvide também de Lord Byron, quiçá o maior dos exemplos de poetas de sensitiva expressão no que concerne ao passionalismo, o qual nutria um sentimento incontinenti de amor incestuoso pela própria irmã e, inspirado nessa vivência concedeu nova roupagem à era do Romantismo, por emprestar-lhe uma visão de morbidez ao amor impossível e o desapego à própria vida diante de um amor inatingido, inaugurando a sua segunda fase literária, cognominada mal do século e uma senda poética que carrega o nome do autor: o Byronismo.

Em conformidade como o que salienta Dante Delmanto (1996, P. 8):

No campo jurídico esclarecemos que o próprio Direito Canônico, de sentido subjetivista, já reconhecia a existência do defeituoso uso da razão nos estados afetivos ou passionais. O estudo das emoções e paixões sempre preocupou os juristas, desde Carrara que a dividia em paixões cegas e racionantes, a Lombroso – que exaltava o passional, e a Ferri, que ganhou prestígio mundial com seus trabalhos sobre os emotivos e os apaixonados. Alimena, Gardeil, Laveille, Mancini e outros juristas, igualmente, analisaram com profundidade o passional. Asúa, o grande criminalista, tão contrário ao passionalismo, pleiteia-lhe um tratamento benigno e até o perdão judicial. Todos salientam que as leis não conseguem dominar os fenômenos da vida.

O presente trabalho monográfico entende paixão em toda a abrangência do termo, todavia condiciona, com vistas ao estudo mais estrito e detido, como tema fulcral a paixão decorrente das relações afetivas, lançada por sobre o sentimento de amor.

Destarte, entenda-se por passionalidade, sob a égide da pesquisa proposta nestes autos, o distúrbio psíquico de ânimo, com efeito prolongado, intensa e profundamente dirimente das atividades da consciência, deflagrado pelo sentimento do amor. Posto tal conceito como forma que consubstancia todos os traços afins e afasta os que distam dentre as ciências que versam acerca desta temática.

2.2. EFEITOS CARACTERÍSTICOS DA PASSIONALIDADE NA CONDUTA DELITIVA

Vencida a conceituação do termo passional, incumbe que se tomem por alvitre os efeitos que este referido estado de espírito provoca na formação da personalidade criminosa, na gênese do crime, no *iter criminis*, assim como no pós-cometimento da ação delitiva.

De antemão, impera-se premente ratificar a existência do crime de índole passional, o que se faz através do legado de Bulhões Pedreira (1996, p. 9):

Ninguém nega a existência do crime passional. Negá-lo seria negar a paixão, que é a mais vibrante das realidades humanas. Ninguém nega a lágrima, a súplica, a angústia, o desespero, a exaltação, o delírio. E o amor, às vezes é tudo isso: a tempestade desencadeada dentro da alma. Nessa convulsão da personalidade, opera a emancipação das funções psíquicas inferiores, dá-se o imperativo das tendências instintivas subjacentes e ninguém negará que o predomínio do instinto possa conduzir à destruição e a morte. Dir-se-ia da vida o supremo paradoxo.

Na tenção de conhecer e arbitrar acerca da formação da personalidade criminosa, faz-se dever aclarar certos preceitos basilares da psicanálise, partindo de um aspecto mais geral com vistas ao *strictu sensu* da psicanálise forense.

Nesse mister, impossível que se estude o tema sem a devida reverência aos precursores dessa ciência à serviço do Direito, a iniciar pelo modelo psicanalítico até impetrar pelo pensamento psicanalista ortodoxo, desbravado por Sigmund Freud, tomando por base o legado do pai da psicanálise moderna para fins de análise

interdisciplinar indispensável à apreciação do passionalismo e de valia incessante na presente pesquisa.

O modelo psicanalítico tende a identificar a criminogênese, concomitante à formação da personalidade criminosa, como de condão biofísico. Conforme orienta Molina (2009, p. 248 e 249), em sua obra *Criminologia*, traduzida ao português por Luiz Flávio Gomes: “trata-se de um modelo psicodinâmico, que corresponde a um poderoso determinismo biológico”.

Por outro lado, apesar de convergir no que diz respeito à existência de um conteúdo cabalístico da sexualidade na atuação do consciente humano, o pensamento psicanalista ortodoxo estabeleceu a infância como período da formação da personalidade e que ao delongar desse lapso temporal ocorre a subdivisão em fases, nas quais os traumas experimentados em instância pueril poder-se-iam revelar, posteriormente, precedentes impulsionadores do ato delitivo, sempre estigmatizados pela fase a que correspondem.

Saliente-se, entretanto, que o denominado trauma não possui o poder de, isoladamente, construir personalidade de natureza alguma. Torna-se de fundamental necessidade a predisposição inerente do ser, o trauma, este proeminente do meio, um elemento desencadeador da conduta e, finalmente, o cognominado ganho secundário, que consiste no alimento de ímpeto capaz de amiudar a sintomática referida.

Destarte, a psicanálise seria capaz de identificar a gênese do delito na formação da personalidade do indivíduo, simplesmente detectando nele as características de regressão referentes às que compunham a fase maculada pelo desvio traumático.

Destaca-se, outrossim, nos estudos freudianos a figura do Complexo de Édipo, através do qual explica-se um instinto de sexualidade na relação afetiva entre filho e mãe, exposto pelo cientista como um dos fundamentos precípuos da paixão, quer em sua essência da vida ou “Eros”, quer na sua etapa de morte ou destruição “Thanatos”. Esse conteúdo obteve respaldo lógico edificado através das investigações realizadas pelo médico em pacientes que incorreram em homicídios passionais. (FREUD, 2010)

Doutrina Freud (2010) que o homem não oferece na psicologia uma natureza homogênea, isso ocorre pelo fato de o ego representar apenas uma pequena parcela de um grande anímico. Em outras palavras, por mais que o

resultado de uma conduta humana seja igual a outro, há sempre por trás desse desfecho uma carga motivacional imensurável.

O renomado psicanalista vienense estabelece duas forças motrizes da personalidade, quais sejam o superego e o id. O primeiro decorre das formulações heterônomas que são introjetadas ao processo cognitivo e de formação pessoal, como exemplo a educação religiosa, a moral, os costumes familiares, o direito, dentre outros. Enquanto o id, ou sub-ego, corresponde à psique inconsciente e imanente do ser humano, tais como os impulsos sexuais. (FREUD, 2010)

O ego, portanto, resulta da ponderação estabelecida entre o conteúdo captado e processado pelo superego, sobre os quereres concupiscentes advindos do id.

Nesse aspecto, fundam-se duas vertentes teóricas que versam sobre passionalidade e sua influência na formação da personalidade criminal no âmbito da psicanálise forense.

Ressalte-se previamente que, embora percorram opiniões divergentes, ambas fornecem um tom unívoco, pelo qual se torna inegável o peso da passionalidade na formação da personalidade criminal e na motivação da conduta delitiva.

A primeira delas pugna pelo reconhecimento da passionalidade como contribuição do super ego e atribui à conduta delitiva passional um propósito ocasionado por uma herança sócio-cultural embutida na personalidade. Nesse aspecto, percebe-se tendenciosa invasão das ideias conclusivas de um subconsciente coletivo, ideologia defendida por teóricos da psicanálise liderados por Jung. Porquanto, haveria uma disfunção da atuação do superego que faria com que preponderasse o intuito do id. (MOLINA, 2009)

Uma segunda corrente destoa absolutamente da anterior de modo que conclui por crime passional aquele cometido mediante incitação insustentável do id, das reflexões concupiscentes. Esta vertente concebe visão muito mais verossímil do ímpeto passional, dada a vazão instintiva que descende do perfil passional e às próprias características imanentes do *iter criminis* e do momento posterior ao crime. (MOLINA, 2009)

Além dos aspectos psicanalíticos sorvidos acima, pode-se verificar a presença da paixão como peça fundamental no desencadear de patologias psíquicas, as quais constituem cruciais dirimentes da razão. Daí que se infere a

gênese do crime passional: na perturbação da consciência, interpretada na acepção psicológica da palavra, exposta seguidamente.

Há três dimensões fundamentais para o exercício da consciência, quais sejam: a dimensão psiconeurológica, responsável pela percepção dos estímulos, da realidade e da situação do ser em relação ao meio; a dimensão epistemológica, representada pela noção precisa e atual dos acontecimentos; e a dimensão metafísica, apta a referendar uma escala de valores morais e éticos ao ponto que sopesa os mesmos em relação aos eventos efetivos.

No momento que nasce, a paixão se encontra totalmente distante do crime. Nada impulsiona o agente a transigir. Ocorre, inegavelmente, uma tenção de doar-se ao bem estar próprio e ao da pessoa amada como forma de expressão uníssona do amor e do carinho.

Tal sentimento, conforme descrito por Arthur Schopenhauer (2004) em *Metafísica do Amor*, impõe-se precipuamente como uma sensação confortante de índole sensorial, cuja atuação primária e mais incisivamente opera na dimensão psiconeurológica da consciência humana, frente ao que a biologia aponta como diminuição da atividade cerebral em detrimento de severo aumento do empenho das funções glandulares.

Comum ao pressuposto alhures faz-se a descrição biológica da paixão como estimulante cerebral, com efeito semelhante aos da cocaína, atua no córtex cerebral na liberação de anfetaminas provocadoras da sensação de conforto, somente acionadas mediante a presença ou à simples menção em pensamento da pessoa objeto da paixão.

Noutros termos, condiciona-se o amor à pessoa amada, conforme a descrição estudada por Leon Rabinowicz (2000), segundo a qual o prazer de amar não depende de quem ajuda a obtê-lo, mas unicamente da pessoa desejada e, quando a expectativa da reciprocidade, do respeito não se confirma, restando ao amante o sentimento de rejeição, o cerco da consciência rompe-se paulatinamente cedendo espaço para os impulsos passionais.

Nesse diapasão, João Alfredo Medeiros Vieira teceu (1997, p.138):

O sentimento de inferioridade e frustração, de mistura com o de ridículo ou de injustiça, em uma determinada situação vivencial, por exemplo, a de logro, engodo, de rejeição, de desprezo, de insegurança, desencadeia naturalmente o ímpeto passional

sob a forma tripartida do temor, da ira e do desespero, que pode tornar-se irrefreável.

Destarte pode-se originar da terrível sensação da rejeição um distúrbio denominado pela psicologia como mecanismo de ideia fixa, que consiste basicamente numa atuação automática decorrente da falsa interpretação lógica das informações do meio.

Conforme o que bem leciona Roque de Brito Alves (1998, p.53), na obra intitulada Crime e loucura:

Toda ideia fixa conduz a um desvio da mente, do sadio pensamento, provocando, por sua monopolização da vida psíquica, as mais repentinas sanções emotivas, bem visíveis no ciúme, pois lhe serve de alimento contínuo.

Cediço que a paixão provoca um estado de alteração grave, de variações imprevistas e profundas, no estado passional a exaltação do anímico humano transmuta-se dando origem tanto a reações atávicas de fúria, de ira, de desespero, bem como a impressões inebriadas acerca da recepção da realidade e dos valores.

Salientar discussão impera acerca do *iter criminis* nos casos de crimes passionais, relacionado ao que irrefletido consta como contra-senso e resume-se na indagação: o crime passional pode ser premeditado, ante ao fato da supressão, ainda que momentânea da consciência?

Conforme alhures esteve apresentado, a formulação de questões à consciência no indivíduo arrebatado pelo estado passional é distorcida seriamente, de tal sorte que as acepções colacionadas pelo mesmo originam uma realidade paralela ao meio. Entrementes o estado passional do mesmo modo que provoca profundo descontrole emocional e comportamental, pode principiar uma elevação incontestante do nível de concentração e planejamento, inclusive no ínterim sintomático do mecanismo da ideia fixa, o qual projeta ao ego uma carga circumspecta pela ponderação do superego e do id, de maneira que determina, obviamente que em certos casos, a premeditação.

João Alfredo Medeiros Vieira (1997, p.147), a respeito disso discorreu:

Há um dinamismo inconsciente que dirige a impulsão, cuja natureza é psicofisiológica, porquanto a dita “violenta emoção”, ou mais propriamente paixão, embora não elimine inteiramente o raciocínio ao longo de sua duração completa (podendo até as vezes aguçá-lo), tem causas fisiológicas e psicopatológicas.

Pelo observado, o caminho que conduz ao crime passional um aspecto que converge diretamente ao próprio conceito da paixão, quando esta representa paulatinamente um monopólio psíquico das faculdades do consciente do agente movido por este ímpeto.

No que diz respeito à execução do crime passional, percebem-se, outrossim, peculiaridades distintivas dos crimes dotados de motivos outros, pela motriz passional desencadeada.

O momento que se deflagra o crime passional representa o ápice da agitação do espírito do agente, de sorte que nota-se uma execução totalmente esparsa, sem conectividade de atos em cadeia e incontinenti.

Torna-se elementar na sintomatologia desse tipo de conduta, por exemplo, nos crimes dolosos contra a vida, a deflagração de tiros sem alvo, inconsciência da temporalidade transcorrida.

É lição de Jorge Severiano Ribeiro (1998, p. 118), na obra *Criminosos Passionais e Criminosos Emocionais*, ao discorrer sobre o momento do crime e seus atributos de idiosincrasia passional:

No decorrer da tempestade psíquica, para usarmos a expressão de Ferri, no calor do choque, da luta, quando um acidente insignificante, uma coisa puramente acidental, destroi os últimos restos de reflexão e dá-se a explosão passional ou emocional (*Kraft-Ebing*), o desgoverno do agente é inevitável. Às vezes, sucede, ensina-nos a observação de todos os dias, uma espécie de automatismo da arma empregada. E tiros, e punhaladas, são desfechados às cegas, às tontas, a esmo, inúteis e desnecessários.

Enrico Ferri (2009) assevera que no traçado do perfil do criminoso passional, devem-se identificar características de um passado idôneo, sem máculas de desvio de personalidade, sem tendências a delinquir e, exclusivamente tomado pelo furor da paixão, seria conduzido a cometer conduta delitiva.

Explica Ferri (2009), na defesa de sua tese de paixões sociais, que para caracterizar um criminoso passional urge a coexistência de vida pregressa imaculada, de motivação proporcionada e que, após o cometimento do delito, se fizesse comum um arrependimento grave e, não raro, tendências ao suicídio.

Faz-se tão tênue e inconsistente a distância entre o estado passional e um estado psicótico, como exemplo o da esquizofrenia e das manias de ideia fixa, que assim sentenciou Fabret (apud Delmanto, 1996, p. 8), na obra *Des Maladies Mentales*: “o último termo de um paixão e o primeiro termo de uma monomania não se diferenciam facilmente”.

Não há motivos pelos quais se possa dizer que toda e qualquer paixão seja patológica, embora, em certos casos faça-se comprovar a absoluta inaptidão do autocontrole, mormente quando o agente move-se convulso pela paixão somada ao ciúme.

Nesse sentido, assevera com razão Alves (1998, p. 83): “todo ciúme é patológico, nem sempre é paranoico, embora possa facilmente chegar a sê-lo pelo ciúme delirante, obsessivo”.

Indispensável se torna, porquanto, a identificação da incidência de patologia nessa obsessão. O mestre Genival Veloso de França (2001), em famoso estudo acerca das psicopatologias, elencou como patologias que intersectam o estado passional, a esquizofrenia, a psicose maníaco-depressiva e a paranoia em suas espécies.

Nesta última, paranoia, observou maior proximidade com o passionalismo em estado avançado. A paranoia de ciúme, exemplificativamente, consiste numa abstração dotada de um desenvolvimento artificioso, lento e em progressão constante, na inexistência de tratamentos. (FRANÇA, 2001)

A maior das marcas da paranoia são delírios, ilusões, projeções discrepantes da leitura fiel da realidade, no entanto mantém-se conservada a clareza do raciocínio.

Caso ilustrativo da paranóia de ciúme, apesar de fictício, ocorre na literatura brasileira na obra *Dom Casmurro*, do escritor Machado de Assis (2004), na qual a personagem que protagoniza os eventos, diante de uma interpretação tortuosa da realidade, passa a espreitar os passos da esposa, que julga infiel, tal como a observar na face do filho traços das feições de uma amigo, ao qual atribui a condição de amante da esposa.

Na classificação descrita por Maria Auxiliadora Sudbrack, em eminente estudo publicado sob o título Quem ama não mata, pela Revista Primeira Impressão, relata: “podem existir, entre milhares de pessoas diferentes, três tipos de assassinos passionais: o neurótico, o psicótico e o psicopata.

Entre os neuróticos encontram-se as pessoas consideradas médias, acometidas de passionalidade apenas em estado de extrema excitação psicológica. Nos psicóticos estão presentes aqueles que por alucinações decorrentes de enfermidades mentais incorrem nesse tipo de conduta. Já os psicopatas não se coadunam ao termo passional, visto que o que lhes dá motivação dista em muito da paixão. Nos dois primeiros casos, notam-se claramente características do estudo, neste último, *data vênia*, vê-se o objeto de pesquisa sumariamente afastado.

Enfim, ressalte-se pelo dito a grande urgência do tratamento da temática para a efetivação dos julgamentos sem carga de consciência por parte do corpo de sentença, diante da comprovação laudo-pericial da existência ou não de conteúdo psicopatológico e, para os casos de comprovação, a descrição das causas e efeitos do mesmo.

3 HOMÍCIDIO E TRIBUNAL DO JÚRI

O homicídio, em linhas gerais, consiste na figura penal mais gravosa, visto que afronta diretamente o bem jurídico protegido vida, sentido em que se encontra tipificada pelo Código Penal, o qual atribui ao agente do delito, a maior das penas presentes no ordenamento jurídico pátrio.

Para se chegar ao conceito do homicídio passional, vale-se do tipo penal do homicídio condicionado a motivações psicológicas próprias do estado de espírito denominado paixão, de forma que o tratamento legal prestado à referida tipologia não se encontra claramente elucidado no corpo do códex penal brasileiro.

Os crimes dolosos contra a vida, como no caso em comento, são de competência do Tribunal do Júri, que, munido de princípios e regulamentação próprios, estabelece julgamento constitucionalmente soberano e democrático.

3.1 DO HOMICÍDIO

Direito e sociedade convergem, dentre outros inúmeros aspectos, na aceção de que o homicídio é, de todos os crimes, o mais rechaçado, mais combatido e mais gravoso, visto que o agente desse tipo subtrai de outrem o direito *sine quae non* dos direitos, o bem fundamental juridicamente protegido da vida.

O termo homicídio descende também do latim, pelo que no vernáculo romano, da raiz *homicidiu*, significa morte violenta. No que leciona Fernando Capez (2005), "homicídio é a morte de um homem provocada por outro homem. É a eliminação da vida de uma pessoa, praticada por outra. O homicídio é um crime por excelência".

O fato típico possui composição partida em conduta, quer seja dolosa quer seja culposa, resultado, nexos de causalidade e tipicidade definida em lei anterior.

No que diz respeito à tipificação, o homicídio parte da inteligência do art. 121 do Dec.-lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, mais adiante exposta.

Com relação ao resultado, o crime de homicídio pode ser tentado ou consumado. A consumação ocorre no momento que o crime incorpora todos os elementos presentes na sua definição legal, mais especificamente, como no caso que se estuda trata-se de um crime material, o momento consumativo dá-se a morte da vítima.

Em primeiro plano, este estudo científico cumpre apresentar a tipificação legal extraída do Código Penal Brasileiro, logo após explorar a distinção existente face ao elemento subjetivo do tipo, entre o tipo culposo e o doloso, para que, de tal maneira, possa se preparar um panorama lógico do que servirá do objeto de apreciação e de sequência didática.

Observe-se o Direito escrito no Código Penal:

Art. 121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

§1º (omissis)

§2º (omissis)

§3º Se o homicídio é culposo:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Pelo exposto acima, nota-se claramente a distinção objetiva entre o caput do artigo e o § 3º no que tange à atribuição da pena no preceito secundário da norma penal, restando indiscutivelmente minorada nos casos de crimes culposos.

Constitui homicídio culposo o praticado com a ausência do *animus necandi*, vontade de agir, intenção por parte do agente na consecução do resultado morte e que este é fruto de negligência, imperícia ou imprudência. Diz-se daí que inexistiu o dolo que consiste no caráter volitivo que afigura o crime. Daí porque não se coaduna ao fulcro da presente pesquisa o debate acerca do crime culposo, importa que este possui atendimento jurídico diferenciado.

No homicídio doloso subsiste uma vontade consciente, por parte do autor em praticar o verbo central da descrição normativa, há o ímpeto de matar, o que, em consequência da razão substancial deve influir na aplicação da pena.

No homicídio de caráter simples, representado pelo *caput* do artigo apresentam-se apenas as elementares do crime e impera a volição na conduta delitiva, todavia, matar alguém se perfaz como tipo base e fundamental do crime, que obtém mais complexidade pelos fatos e circunstâncias que possam advir.

Nuances que, em seguida serão, com mais riqueza de detalhes, esmiuçadas neste tratado.

Confirma Fernando Pedroso (1995) que o art. 121 concentra e abriga o tipo legal delitivo do homicídio, crime que pode apresentar no seu cometimento, entretanto, variações, nuances, facetas e motivos diversos.

O tipo penal do homicídio configura-se de diversas maneiras, postas em conformidade com os fatos e as circunstâncias, a exemplo de sua motivação, do meio utilizado, do modo pelo qual se deu consumado e da finalidade com a qual o autor do delito lançou-se a essa conduta.

Encontram-se incorporados pelo delito de homicídio as figuras do homicídio privilegiado e qualificado, bem como uma figura de pouco comento doutrinário: o homicídio privilegiado-qualificado, todos à baila a seguir.

3.1.1 Homicídio Privilegiado

A figura do homicídio privilegiado é eminentemente doutrinária, posto que não há passagem no diploma repressor que mencione tal nomenclatura. Encontra escopo técnico-jurídico no comentado artigo 121 do Código Penal, através do seu §1º, observe-se:

Art. 121. (omissis)

§1º Se o agente comente o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

Aduz-se daí que se faz preterir a concepção de repulsa ao crime de homicídio, partindo-se do pressuposto de que a conduta apresentada pelo autor da prática delitiva foi desencadeada por uma impulsão que carece de complacência, sob prisma moral e social e, não diferente, pela compreensão da seara jurídica.

Didaticamente subdividido, percebem-se três viés da conduta delitiva apresentada pela espécie penal, quais sejam: o homicídio cometido por relevante valor social; o homicídio cometido por relevante valor moral; e, finalmente, o

homicídio cometido impellido pelo domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima.

Acerca dos dois primeiros, que distam do cerne da questão proposta por esta pesquisa, apresente-se de passagem o que leciona o professor Heleno Fragoso (1987, p. 12):

O motivo de valor social é aquele que atende aos interesses ou fins da vida coletiva. O valor moral do motivo se afere segundo os princípios éticos dominantes. São aqueles motivos aprovados pela moralidade média, considerados nobres e altruístas.

Vale ressaltar que tais aferições devem decorrer de critérios objetivos, para os quais se estabeleça um crivo em consonância com o que o pensamento coletivo reputa como digno de aprovação.

Outrossim, não se deve olvidar de que inexiste interseção entre as motivadoras de valor social e de valor moral. Na verdade, estas compõem diferentes categorias, de forma que também não podem ser aplicadas simultaneamente.

No que concerne ao caráter de violenta emoção, fielmente apegado à temática em pesquisa, impende salutar destacar que o cometimento do crime deve estar contido no lapso temporal que perdurar o domínio da violenta emoção.

Requisito colacionado como primordial para configuração da causa privilegiadora do homicídio encontra-se na temporalidade, mais especificamente na reação súbita à injusta provocação da vítima.

Pela letra da lei extrai-se uma dúvida, quanto à discricionariedade do magistrado acerca da aplicação dos beneplácitos de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) na hipótese de homicídio privilegiado devidamente enquadrado pelos desígnios da norma.

Neste sentido, Capez (2008, p. 631) ensina:

Se o privilégio tiver sido reconhecido pelo júri popular, o juiz está obrigado a respeitar a soberania do veredicto, não havendo que se falar em faculdade. Nos demais crimes, de competência do juízo monocrático, quem decide é o juiz, podendo considerar ou não a emoção, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Com efeito, para satisfazer a celeuma o Supremo Tribunal Federal, reconheceu a obrigatoriedade de diminuição de pena em caso de homicídio privilegiado, restando-lhe discricionário o *quantum* que por ele deve ser reduzido.

3.1.2 Do Homicídio Qualificado

Deve ser entendido como homicídio qualificado o que contém, além dos caracteres elementares do crime de homicídio simples, as circunstâncias que implementam ao crime requintes de maior reprovação social.

As espécies de homicídios consideradas qualificadas pairam expostas no §2º e incisos, do Art. 121 do Código Penal Brasileiro, os quais se apresentam:

Art. 121. (omissis)

[...]

§2º Se o homicídio é cometido:

I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II – por motivo fútil;

III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura, ou outro meio insidioso ou cruel que possa resultar perigo comum;

IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena: reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Consubstanciam-se quatro níveis de qualificadoras ao delongar dos cinco incisos acima telados: motivo (I e II), meio (III), modo (IV) e fim (V), os quais fazem configurar o homicídio qualificado, que, pelo ensinamento de Luiz Regis Prado (2002, p. 52):

Considera-se qualificado o homicídio impulsionado por certos motivos; se praticados com o recurso de determinados meios que denotem crueldade, insídia ou perigo comum; ou de forma a dificultar ou tornar impossível a defesa da vítima; ou, por fim, se perpetrado com o escopo de atingir fins especialmente reprováveis (execução, ocultação, impunidade ou vantagem em outro crime).

Caracteriza-se a qualificadora de motivo torpe, nos dizeres do mestre Hungria (2000), nos homicídio praticado com força motiva repugnante, asquerosa, reveladora de alta depravação espiritual do agente.

O motivo fútil faz-se valer da abstração jurídica do homem médio para asseverar a desproporcionalidade entre a causa moral e a conduta. No substrato da exposição de motivos do Código Penal, encontra-se descrito o motivo fútil que “pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o crime”.

No estudo das qualificadoras de meio e modo, veja-se o que revela o entendimento de Heleno Fragoso (1987), a medida que vem sumariar que “meio é o instrumento de que se serve o agente para a prática da ação delituosa; modo de execução é a forma de conduta”.

Acrescente-se o conteúdo da Lei de Crimes Hediondos:

Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Dec.-lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art.121, § 2º, I, II, III, IV e V);

Sinteticamente, o homicídio qualificado possui nas suas razões, práticas de maior reprovação de modo a crescer no preceito secundário da norma jurídica uma penalização mais rígida, que além da quantificação estabelecida pelo Código Penal, faz-se presente, também, na Lei de Crimes Hediondos, que, em seu art. 1º, posiciona em conformidade aos preceitos do diploma o homicídio qualificado.

3.1.3 Homicídio Privilegiado-Qualificado

Fundamento de constante divergência doutrinária, a figura do homicídio privilegiado-qualificado projeta-se como possibilidade de enquadramento legal híbrido, visto que une as causas privilegiadoras e qualificadoras.

Expressou o Supremo Tribunal Federal, na Súmula 162, entendimento de que “é absoluta a nulidade do julgamento pelo Júri, quando os requisitos da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes”.

Seria o caso, a título de exemplo, de um homicídio cometido por relevante valor moral lançando mão da emboscada. Via-se aí, de fato, uma concomitante relação das duas órbitas, sendo a primeira de tez subjetiva e a segunda de caráter objetivo, o que, para parte dos pesquisadores, daria azo à aplicação simultânea das determinações normativas.

Entretanto, apesar de não constar como posição unânime nos anais do judiciário brasileiro, a maior parte dos doutrinadores e aplicadores do direito preceituam que haja incompatibilidade, pelo que o Tribunal do Júri, ao reconhecer a causa de privilégio, deva o juiz suplantar o comento das qualificadoras.

Compartilha dessa visão Magalhães Noronha (1978, p. 22):

Veja-se primeiramente a disposição técnica do Código. Depois de definir o homicídio simples, no artigo, passa no § 1º - a que se denomina caso de diminuição de pena - a tratar de mitigação penal. Qual será, entretanto, a pena? Evidentemente a cominada antes, ou seja, a do artigo, ou do homicídio simples, indicaria que a pena era tanto a de um como a de outro.

Pelo descrito tornar-se-ia prodigioso contrassenso a cumulação da causa privilegiadora e dos incisos qualificadores do tipo.

3.2 DO TRIBUNAL DO JÚRI

O órgão competente para o julgamento para de crimes dolosos contra a vida é o tribunal popular do júri, assegurado pela Constituição Federal de 1988, através do seu art. 5º, XXXVIII:

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

[...]

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude da defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;

- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Pela redação legada pela Carta Magna, aduz-se que, além da instituição do tribunal do júri, a atribuição de sua competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, competência esta tida como mínima, posto que o legislador pode ampliá-la.

Entrementes, a escolha do legislador brasileiro foi pela manutenção dessa atribuição mínima, de forma que são levados a júri os autores de crimes, tentados ou consumados, de homicídio, infanticídio, aborto e instigação ao suicídio, previstos pelos artigos 121, §§ 1º e 2º; 122, parágrafo único, 123, 124, 125 e 127, todos do Código Penal.

O intuito primordial do tribunal do júri consiste nas próprias características que denotam os crimes contra a vida como crimes de momento, havendo total necessidade de aferição da conduta do agente, a qual deve ser analisada pelos seus pares, em linhas claras, pelos cidadãos comuns açambarcados pelo mesmo complexo sócio-cultural, firmando um conceito democrático no rol do judiciário, instância de poder mais afastada da vontade popular.

São assegurados também, como forma de princípios norteadores do tribunal do júri, o sigilo das votações do corpo de sentença, o veredicto soberano proferido pelo mesmo, bem como a plenitude da defesa, que pela sua maior complexidade, valha-se Capez (2005, p. 604), quando ensina que esta:

Implica no exercício da defesa em grau ainda maior que a ampla defesa. Defesa plena compreende dois aspectos, o primeiro o pleno exercício da defesa técnica por parte do profissional habilitado. Esta deverá ser fiscalizada pelo Juiz-presidente, e pode neste caso se optar por dissolver o conselho de sentença se achar o réu indefeso (art. 497, V), quando entender ineficiente a atuação do defensor. Em segundo o exercício da autodefesa por parte do próprio réu, apresentando-o no momento do interrogatório.

O tribunal do júri é um órgão constituído por um juiz togado (magistrado), responsável por presidir a sucessão dos fatos no processo, e de vinte e um cidadãos escolhidos através de sorteio, dos quais, posteriormente, serão elencados, pelo promotor e advogado, os sete membros do conselho de sentença, exclusivo para o caso.

Daí que se extraem as características do tribunal do júri de órgão heterogêneo, colegiado e temporário. O corpo de sentença é formado, conforme menção alhures, por pessoas do povo, as quais devem ser citadas pessoalmente. Capez (2005, p. 605) aduz que:

Para ser jurado precisa ser brasileiro nato ou naturalizado, maior de 21 anos (menor emancipado não pode integrar o júri), notória idoneidade, alfabetizado e no perfeito gozo dos direitos políticos, residente na comarca e não sofrer deficiências das faculdades mentais.

As ações penais de competência do tribunal do júri seguem um rito escalonado, dividido em duas fases procedimentais. A primeira fase tem início com o oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público e finda com a decisão de pronúncia. A fase seguinte inaugura-se com o libelo acusatório, com termo dado pelo julgamento por parte do corpo de sentença.

Durante a fase primeira o Juiz-presidente prolatará decisão de impronúncia, desclassificação, absolvição sumária e pronúncia. Havendo a decisão de impronúncia, deixa o magistrado de declinar a competência do julgamento para o tribunal popular do júri, de forma que extingue-se o processo sem resolução de mérito. Para isto, deverá conter no bojo da decisão do juiz, a motivação de não haver prova da materialidade, ou indícios de autoria.

O professor Júlio Fabbrini Mirabete (2005) considera que impronúncia é o julgamento de inadmissibilidade de encaminhamento da imputação para o tribunal do júri. Nesse mesmo aspecto afirma Saulo Brum Leal (2001) que para que o acusado seja impronunciado basta a não comprovação da existência do delito, bem como não existirem vestígio de que é autor. E mais adiante acrescenta que a decisão de impronúncia faz coisa julgada formal, em razão da possibilidade de renovação do processo se houver provas novas e enquanto não extinta a punibilidade pela prescrição

A desclassificação ocorre quando o crime não é de competência do tribunal do júri, a qual deve o juiz operar no sentido em que as provas dos autos não fomentam o reconhecimento de plano. Sacramentada a não competência do tribunal do júri para julgamento da ação penal, deve o magistrado remeter os autos para juiz

competente, de modo que este proceda sua apreciação pelos ritos ordinário e sumário.

Absolvição sumária impera quando o acusado tenha agido escusado de uma das causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade, ou seja inimputável por ser acometido de doença mental, conforme relata Leal (2001).

É a voz de Mirabete (2005, p.16) que:

Pode o juiz absolver sumariamente o acusado quando reconhecer a existência de uma causa de excludente de antijuridicidade. Como o crime só existe se o fato for típico, ou seja, se subsume a um tipo legal, e antijurídico, contrário ao direito, e o agente só pode ser punido se for culpado, comprovando que não tipicidade, inclusive por falta de dolo, antijuridicidade ou culpabilidade, impõe-se, desde logo, a absolvição.

A respeito da pronúncia afirma Saulo Brum Leal (2001, p. 40) que:

O art. 408 do CPP diz que se o juiz se convencer do crime de eu o réu seja autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos de seu processual, não faz coisa julgada material, mas é preclusiva. Ela se norteia pelo princípio do *in dubio pro societate*, ou seja, na dúvida o juiz decide em favor da sociedade, declinando o julgamento ao júri.

Outrossim, a pronúncia suspende o curso do prazo prescricional da pretensão punitiva, mesmo em face de desclassificação. Da decisão de pronúncia caberá recurso em sentido estrito.

Pronunciado o réu, é chegado o momento de o Ministério Público apresentar o libelo acusatório, aprazado em cinco dias. Em face disso, à Defesa, também aprazada em cinco dias contados a partir da notificação do defensor, faculta-se o oferecimento de manifestação em contrario das disposições contidas no libelo supracitado.

Em plenário o Juiz-presidente lerá um relatório acerca dos fatos narrados no processo, far-se-á a inquirição da vítima, se houver possibilidade, e das testemunhas que prestam compromisso em dizer a verdade. Em sequência, o réu será interrogado, passando continuamente para os debates entre a acusação e a defesa. A réplica e tréplica são faculdades dos atores no julgamento. Todos estes

debates com a finalidade de aclarar para os jurados as teses sobre os fatos ocorridos, as quais fomentarão a formação de ideia por parte dos juízes de fato.

Concluídos os debates o Juiz-presidente passa a ler os quesitos, cujas respostas serão dadas pelos jurados, numa sala secreta, em cédulas depositadas em uma urna, da qual o magistrado retirará os votos e procederá a sua contagem.

Encerrada a votação, deve o juiz lavrar sentença, abraçando o julgamento do conselho de sentença acerca do crime e aplicando a pena que lhe convier justa. Em caso de sentença condenatória, faz-se necessária a fundamentação, o que é prescindível na absolutória.

A parte insatisfeita com o julgamento pode interpor recursos, limitados ao art. 593, do Código de Processo Penal, cujo fulcro do pedido consiste em novo julgamento. Entretanto, os Tribunais, aos quais são dirigidos os recursos, não podem alterar o mérito da questão consolidado na sentença, atendendo ao princípio constitucional da soberania dos veredictos.

4 DA IMPUTABILIDADE DO HOMICIDA PASSIONAL

Pressuposto o homicídio cometido sob a égide caracterizadora da passionalidade e consoante a competência do tribunal do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, incumbe-se que se demonstrem as teses que servem de sustentáculo aos acusadores e defensores perante os juízes de fato, acerca da responsabilização do criminoso passional.

A doutrina revela como mais frequentes quatro teorias em que o enquadramento legal dessa conduta, quais sejam: a do homicídio passional qualificado, cuja fonte preceitua que a paixão atua como qualificadora nos crimes de homicídio; a de legítima defesa da honra, esta levantada em casos específicos; a da conduta passional como excludente de culpabilidade; e, por fim, a da passionalidade como causa privilégio.

4.1 DAS TESES DE ENQUADRAMENTO LEGAL

Remota de longínquas datas o estudo criminológico da personalidade do criminoso, revelando-se, nesse intermédio de tempo, inúmeras teorias cujos preceitos passam pelo determinismo biológico de Césare Lombroso, percorrendo por conceitos mais amplos e comprometidos com as ciências afins, a serviço do direito.

Nesse ínterim, a passionalidade constituiu objeto de amiúdes debates, das mais diversas conclusões, porém de pouca consonância nos teóricos e de rara definição de cunho normativo. Em outras palavras, em se tratando de homicídio passional, este se encontra presente em pesquisas e doutrinas, no entanto esquematicamente codificado na letra da lei ainda perfaz-se inexistente.

Isto ocorre não só no Brasil, o código penal de países como Portugal (art. 370), França (art. 321), Alemanha (art. 213), todos de ilustre tradição jurídica, tem-se a figura do homicídio por provocação, que na ordem jurídica pátria seria correlato ao

homicídio passional, apesar de que na norma não se faz alusão ao caráter emocional do agente no cometimento do crime, doutrinariamente exige-se, nos referidos países, uma carga emotiva que seja capaz de prejudicar o controle psicodinâmico dos atos.

Dentre os pesquisados, apenas o código penal suíço, em seu art. 113, possui um tipo penal que abarca o homicídio passional, nos mesmos trajés de que a doutrina o reveste, desde que, no momento do crime, possa-se comprovar a existência da perturbação oriunda da paixão ou violenta emoção, havendo, inclusive a possibilidade de crime premeditado.

Ademais à ausência de tipificação estrita do homicídio passional no direito positivo brasileiro, não se deve olvidar da competência constitucional atribuída ao tribunal do júri para o julgamento de crimes desta espécie, de forma que, pelo legado dos princípios que lhe são norte, encontra-se muita amplitude para instrumentalizar o que a lei prevê, bem como no que ela é omissa.

Os princípios da plenitude de defesa e do livre convencimento imotivado do corpo de sentença, por exemplo, fornecem azo a construções teóricas incontáveis, umas beirando o absurdo, outras referendadas em concretude científicas, algumas destas últimas constarão neste trabalho, bem como uma breve a análise de sua aplicabilidade, a seguir.

4.1.1 Legítima Defesa da Honra

Insta inicialmente que se punha em foco o conceito de legítima defesa, para o qual se valha do que preconiza Capez (2005, P. 280), quando diz que legítima defesa é:

causa de exclusão de ilicitude que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. Não há, aqui, uma situação de perigo pondo em conflito dois ou mais bens, na qual um deles deverá ser sacrificado. Ao contrário, ocorre um efetivo ataque ilícito contra o agente ou terceiro, legitimando a repulsa.

Dado o conceito de que seria legítima defesa, busca-se saber em que consiste o bem jurídico a que se destinam os esforços defensivos, a honra. Faz-se de difícil entendimento a representação da honra, visto ser este um conteúdo de tez filosófica controversa e tênue, entretanto, para fins de fácil absorção do conteúdo proposto neste trabalho, entenda-se honra como sentimento de dignidade própria que conduz o ser humano a fazer por merecer a consideração pública e manifestações exteriores de respeito.

Nesse condão, legítima defesa da honra aparece como tese na qual o homicídio passional é praticado em face da injusta agressão atual ao bem juridicamente protegido da honra, desde que para tal o agente lance mão dos meios necessários para repelir moderadamente.

A concepção de que deve ser excluída a ilicitude de um homicídio passional pelo fato deste ter-se manifestado em defesa da honra representa uma herança enrustida pelos resquícios de um arcaísmo quase atávico, no sentido em que honra figura como bem personalíssimo, e que o próprio ato de cometer um homicídio configura gravame irremediável a honra.

Acentua Fernando Capez (2005, p. 284):

em princípio, todos os direitos são suscetíveis de legítima defesa, tais como a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio, a honra, etc., bastando que esteja tutelado pela ordem jurídica. Dessa forma, o que se discute não é a possibilidade da legítima defesa da honra e sim a proporcionalidade entre a ofensa e a intensidade da repulsa. Nessa medida, não poderá, por exemplo, o ofendido, em defesa da honra, matar o agressor, ante a manifesta ausência de moderação.

Pelo motivo lúcido que se lê acima, é que os tribunais brasileiros não absorvem mais essa teoria como cabível para os crimes dessa espécie, de modo que, apesar de ainda ser assegurada por causídicos uma infinidade de vezes, não encontra sequer égide técnica em toda a extensão do ordenamento jurídico nacional.

4.1.2 Homicídio Passional como Qualificado

Em linhas gerais, diz-se do homicídio qualificado o cometido por motivo, meio, modo ou finalidade previstos no art. 121, § 2º, I a V, do Código Penal, com vistas a uma punição mais severa à medida que o crime é mais gravoso e repugnante.

Para a doutrina, ou até mesmo os membros do *parquet*, cuja missão no tribunal do júri é de índole acusatória, o homicídio passional pode enquadrar-se nas qualificadoras, a depender do que o caso específico demonstre em suas nuances.

No presente estudo, torna-se de fundamental comento apenas o que se revela em questão motivacional do passionalismo, pelo fato de ser neste aspecto que se constroem as celeumas mais abrasadoras, bem como por consistir no objeto que se propõe pesquisar.

Para os adeptos dessa ideia, preconizam que o ódio, o ciúme e até a própria vingança exemplificam paixões humanas, também capazes de diminuir o controle emocional e o exercício do pensamento, no entanto tais sentimentos, como são, passam longe de serem defendidos ou merecedores de atenuantes ou excludentes de culpabilidade ou ilicitude.

Diante desse silogismo inverso, nota-se claramente uma visão que, *data vênia*, simboliza antes um rebate do que um ponto de vista científico. Foi neste sentido que Enrico Ferri traçou um paralelo entre as paixões merecedoras de tratamento ameno e as paixões daninhas, que não têm sentido senão o de destruir, às primeiras, atribuiu a nomenclatura de paixões sociais e a estas, anti-sociais.

Resumidamente, Ferri (2009, p. 219) descreve as paixões evidenciadas como:

São paixões anti-sociais as que tendem a desagregar as condições normais da vida humana, individual e coletiva, segundo as exigências da solidariedade e sociais as que, normalmente favorecem e fomentam a vida fraterna e solidária, e que por aberração momentânea, acompanhada ou não de um verdadeiro desequilíbrio patológico, conduzem ao excesso do delito.

Em complemento à sua tese, o famoso criminólogo ressalta alguns requisitos que participam da essência do crime passional, diferenciando-o, quais

sejam: ter o autor uma vida pregressa sem máculas, idônea; existir um motivo que proporcione a conduta; e a demonstração de um arrependimento verdadeiro, com sérias tendências ao suicídio, após o cometimento do homicídio. (FERRI, 2009)

Observando-se num liame de causa e efeito, o que diferencia substancialmente a paixão de que trata este trabalho monográfico encontra-se no sentido inicial do sentimento, no ímpeto pelo qual se lança à ação. No sentido da paixão exposta neste estudo percebe-se que há na vontade precípua do agente uma essência de afeição, de amor e é com esta finalidade que *a priori* o amante age. No entanto, em face da desafeição e desamor sofridos pelo mesmo, este, inebriado pela força do sentimento torna-se um criminoso passional.

4.1.3 Homicídio Passional como Privilegiado

Conforme demonstração anterior, o homicídio privilegiado consiste na figura que minora a aplicação da pena em face da motivação do agente no ímpeto da conduta.

Vale ressaltar que o privilégio em comento difere das atenuantes gerais visíveis no código penal no artigo 65, III, "c", parte final. Para tal, veja-se o entendimento do TJSC:

Não há de se confundir a figura do homicídio privilegiado (art. 121, §1º) e a atenuante genérica do art. 65, III, c, ambas do Código Penal. Naquela exige-se que o crime seja cometido sob o domínio de violenta emoção logo em seguida à injusta provocação da vítima. Nesta exige-se apenas que o agente tenha agido sob a influência de violenta emoção. As hipóteses atuam independentes entre si. Um exemplo é que os jurados podem negar o privilégio por relevante valor moral e reconhecer que o crime foi praticado mediante violenta emoção logo em seguida à injusta provocação da vítima. Caso o juiz não submeta esta hipótese ao Conselho de Sentença, desde que obviamente tenha sido debatida em plenário, inquirará de nulidade o julgamento.

O privilégio de que trata o presente trabalho consiste no específico para o crime de homicídio, mais estritamente ainda acerca do domínio da violenta emoção, prevista pelo artigo 121, §1º.

Essa tese de enquadramento legal, defendida no Tribunal do Júri uma imensidade de vezes, consiste particularmente na violenta emoção, termo apresentado neste trabalho no decorrer do primeiro capítulo, que não representa sinônimo de paixão.

E é exatamente por essa diferenciação que, apesar de haver inteira possibilidade de defesa perante o Tribunal popular, não pode configurar uma tese de encaixe perfeito para o homicídio passional.

Entretanto, dada a lacuna legal para o tratamento dos crimes passionais, a tese de causa privilegiadora pode ser empregada, subsidiariamente, com a finalidade de impedir o império da injustiça no julgamento do caso. Em outras palavras, seria uma forma de remediar com uma analogia, por demais tênue, o que ocasionaria uma inadequação muito maior e prejudicial que de fato apresentar-se-ia pela sentença condenatória carente de dirimentes.

4.1.3 Inimputabilidade

Como passo inaugural ao deleite dessa temática, urge breve explanação acerca do conceito de imputabilidade face ao que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe.

Há três sistemas adotados no âmbito do direito em todo o mundo, os quais partem de critérios de que se utiliza a doutrina para identificar a imputabilidade e a inimputabilidade do agente.

O primeiro deles, o sistema biológico, analisa como inimputáveis as pessoas acometidas de doenças, de forma que não questiona efeitos, nem o momento que o ocorre a ação delituosa.

O segundo, o sistema psicológico, consiste no questionamento acerca dos efeitos, da capacidade do indivíduo em discernir intelectiva e volitivamente no instante em que se consuma o crime.

O terceiro é o sistema biopsicológico, adotado pelo Brasil, que sumariamente leva importância eclética de causa e efeito, com exceção para inimputabilidade dos menores de 18 anos.

Com efeito, impera indiscutível complexidade na aferição de o que seja psicopatologia ocasionada pelo estado passional e o que se apresenta como simulacro com meros fins de livrar-se do peso da punibilidade aplicada à conduta.

Maurice de Fleury assevera que a personalidade humana, tanto nos acometidos de moléstia mental quanto nos indivíduos sadios, encontra-se sujeita às deformações e às transformações mais extremas, quer seja por diminuição da consciência, consistente no mecanismo de ideia fixa, quer seja por esgotamento ou excitação, mecanismo das emoções.

Conforme ensina Fabret que estabeleceu marco científico no estudo das monomanias, o último termo de uma paixão e o primeiro termo de uma monomania não se diferenciam com facilidade. Portanto, torna-se a tarefa do julgador muito mais árdua do que já lhe é comum, dado mister de verificar a verossimilhança do estado passional, bem como pô-lo em foco seu caráter de enfermidade.

Isto posto, passa-se a verificar a abrangência do art. 26 do Código Penal brasileiro nos termos em que se posiciona em dois aspectos, o da inimputabilidade e o da semi-imputabilidade.

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços), se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Pelo visto, torna-se cabível a possibilidade de aplicação da inimputabilidade aos agentes que cometem o crime de homicídio sob a égide de um estado passional, que para grande parte da doutrina consiste em verdadeira morbidez.

Todavia o disposto no inciso I do art. 28 do mesmo código estabelece em contrário: “Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal: I – a paixão e a emoção.” Destarte surge crucial sobrepeso ao julgador, o de aplicar ao caso em espécie o dispositivo de maior conformidade.

Acerca das patologias provocadas pela paixão e emoção, Charles Fere (apud Delmanto, 1996, p.8), aduz que:

A imunidade já conquistada para os crimes já conquistada para os crimes mórbidos necessariamente deveria ser declarada para os crimes passionais; e não se pode, em nome da fisiologia, opor embaraços a esta extensão, porque até a presente data não se conhece diferença fundamental, sob o ponto de vista das condições físicas, entre as emoções normais e as patológicas.

Ao que parece ser o entendimento mais sóbrio, indubitável se faz o efeito do passionalismo como fonte perturbadora dos sentidos e da força das vontades, entretanto é cediço que nem todos os que alegam o estado de morbidez provocado pela paixão foram por ele acometidos de fato. Portanto funda-se a necessidade de considerar as razões não morais, tampouco sociais, impera saber da existência ou não da psicopatologia e no caso de existência, aferir o grau de diminuição do consciente e, assim somente, poder-se-ia julgar com tenacidade de fundamentos.

Com vistas à solução indispensável da problemática, há no próprio ordenamento a possibilidade da realização de perícia, de forma que esta emita laudo informando acerca da capacidade do agente em discernir acerca da ilicitude da própria conduta ao tempo em que foi cometida.

Genival Veloso de França (2001, p. 384), preleciona magistralmente a respeito do tema em questão:

o julgador tem de ser, antes de tudo, um cientista do comportamento humano. O julgador não pode ser apenas um frio executor de decisões contra atividades anti-sociais, prendendo infratores da lei. Julgar um homem sem conhecê-lo é uma forma indisfarçável de "charlatanismo jurídico", porque cada delinquente é tão diferente dos outros como desiguais e complicadas são suas próprias infrações. Mais importante do que os homens conhecerem a Justiça é a Justiça conhecer o homem.

Finalmente, ressalte-se a posição de Celso Delmanto (2000, p.231):

Todavia, caso a emoção ou a paixão tenha-se tornado estado patológico, enquadrável nas hipóteses do art. 26, caput, ou seu parágrafo único, poderá ser reconhecida à inimputabilidade ou semi-responsabilidade do agente. Entretanto, mesmo que não se tenham transformado em patológicas, a emoção e a paixão, dependendo das circunstâncias, podem influir na pena como atenuante, se o crime pé cometido sob a influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima (CP, art. 65, III, c, última parte), ou como causa de

diminuição da pena, no homicídio e lesão corporal privilegiados (CP, arts. 121, §1º, e 129, §4º).

Dentre as múltiplas conclusões demonstradas, entretanto, o Código Penal brasileiro resta silenciado no aspecto conceitual dos crimes de índole passional, de forma que inexiste razão sumarenta a respeito do tema, consubstanciada em lei. Opostamente, percebe-se uma lacuna legislativa.

5 CONCLUSÃO

A primeira conclusão que salta aos olhos de quem se depara com a temática da passionalidade consiste na de que, embora se apresente como discussão milenar não funda bases nas descrições codificadas, inclusive pelo Código Penal brasileiro, o que abre prodigiosa lacuna no direito positivo pátrio.

Destarte a doutrina colaciona concepções diversas, num embate severo sobre a adequação da imputabilidade do homicídio passional. Entretanto travam batalhas que, com a devida vênia, se aproximam muito mais da retórica do que da própria ciência.

Ambos os posicionamentos deflagram um tom de extremo exagero à tese alheia, a ponto de digladiarem inocuamente, do ponto de vista científico. Se por um lado, uns defendem que o homicídio passional consiste em matar por amor, por outro, afirmam que a motivação para o cometimento desse tipo penal consiste na deformação cultural promovida pelo patriarcalismo e, desta maneira, se distanciam da busca por uma verdade científica para o tema.

Conclusivamente, o presente estudo monográfico estabelece dinâmica própria da criminologia científica, apesar de calcar-se no método dedutivo para construção do saber jurídico, no intento de obter o teor máximo de informações manifestadas e sopesadas pelo crivo da ciência.

Outrossim, o presente trabalho científico foi capaz de detectar prodigioso contrassenso no que diz respeito à positivação da violenta emoção e da paixão.

Pode-se aduzir do artigo 28, supra mencionado, que o legislador delegou preocupação e eminente importância ao estado de espírito da paixão, tal como à violenta emoção, entretanto descreveu o homicídio cometido em face desta como privilégio dirimente da pena e, apesar do reconhecimento prestado aos efeitos da paixão na conduta delitiva, não estabeleceu lastro objetivo para respaldá-los.

Em conformidade com o que alhures fora demonstrado, a passionalidade incide indubitavelmente em todas as acepções da via delitiva do crime passional, de forma a condicionar, em não raros casos, o ser humano a psicoses a exemplo da ideia fixa e da paranoia, ambas possuidoras de altíssimo nível de interferência na construção da conduta criminosa.

Porquanto, perfaz-se como medida de salutar justiça a formulação de um conceito legal que possa pormenorizar o conceito e a imputabilidade do homicídio passional em face do Código Penal brasileiro.

A defesa de teses como a de Legítima Defesa da Honra e do Homicídio Qualificado restam infundadas pela incompatibilidade *in casu*.

A inimputabilidade, pelo estabelecido nos estudos afins, melhor se adéqua a não explicitação do conteúdo jurídico da passionalidade, com a finalidade de impedir o império de uma injustiça de maior grau de prejuízo.

A tese de Homicídio Privilegiado, com vistas a estabelecer teoria subsidiária a ser defendida em plenário do Tribunal do Júri, deve constituir-se para os casos em que o Corpo de Sentença avalia a imputabilidade inadequada e causadora de insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Crime e Loucura**. Recife: Editora Fasa, 1998.

ASSIS, Machado de. **Dom Casmurro**. São Paulo: Martim Claret, 2004.

BRASIL. **Código Penal**. Org. Luiz Flávio Gomes. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. [CONSTITUIÇÃO (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. 12. ed. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 162**. É absoluta a nulidade do julgamento pelo Júri, quando os requisitos da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj>>. Acesso em: 13. out. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de processo penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARRARA, Jorge Severiano. **Criminosos Passionais**, Criminosos emocionais. São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1940.

DELMANTO, Dante. **Defesas que fiz no Júri**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRI, Enrico. **O Delito Passional na Sociedade Contemporânea**. Campinas: Servanda Editora, 2009.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal: Parte Especial**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

FREUD, Sigmund. **Obras Completas**. São Paulo: Innovare, 2010.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Código de processo penal anotado**, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEAL, Saulo Brum. **Júri Popular**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOLINA, Antonio García-Pablos de e GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal, vol I**. 15. ed. Saraiva, 1978.

PEDROSO, Fernando. **Homicídio, Participação em Suicídio, Infanticídio e Aborto**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1995.

RABINOCWIZ, Leon. **O Crime Passional**. São Paulo: AEA Edições Jurídicas, 2000.

RIBEIRO, Jorge Severiano. **Criminosos Passionais e Criminosos Emocionais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SCHOPENHAEUR, Arthur. **Da Morte, Metafísica do Amor, do Sofrimento do Mundo**. São Paulo: Martim Claret, 2004.

SHEKESPEARE, Williams. **Otelo: O Mouro de Veneza**. Tradução: Carlos Alberto Nunes. São Paulo: Ediouro, 2007.

SUDBRACK, Maria Auxiliadora. Quem ama não mata. **Revista Primeira Impressão**. Julho de 2002. Disponível em:
<http://WWW.portal3.unisinos.br/_publicacoes/PI/17/026_029.pdf>. Acesso em: 12. set. 2011.

VIEIRA, João Alfredo Medeiros. **Noções de Criminologia**. São Paulo. Ledix, 1997.

Recursos são verdadeira garantia de acesso a justiça, na medida em que “é tratado pelas legislações de modo a refletir, na atividade jurisdicional, a política empreendida pelo legislador a fim de chegar-se à paz social, objetivo primeiro da jurisdição.”¹⁷

São manejados sempre pela parte vencida, ou, pelo menos, por quem teve parte do seu pedido denegado pela autoridade judiciária, no intuito de reformar a decisão, apontar alguma nulidade, ou ainda integrar ou esclarecer o pronunciamento judicial.

Para uma compreensão ampla do sistema de recursos, no ínterim da dinâmica processual, é necessário, pois, estudá-los a partir dos princípios constitucionais e processuais especificamente atribuídos a eles, que fomentam sua natureza jurídica.

Princípios são meios de sistematizar ordenamento jurídico, de perquirir o sentido material dos conceitos, que não podem ser vistos de forma isolada. São a harmonia no Direito, na dicção de Miguel Reale “os princípios são enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”¹⁸.

Somente a partir de uma análise principiológica é que é possível se extrair uma idéia ampla do que seja recurso, depende da compreensão dos conceitos de duplo grau de jurisdição, devido processo legal, fungibilidade, taxatividade, da unicidade recursal, além da proibição da reformatio in pejus, entre outros, que passamos agora a tratar.

A idéia do duplo grau de jurisdição relaciona-se com a possibilidade de reexame das demandas por órgãos jurisdicionais hierarquicamente mais elevados, está intimamente atrelado ao exercício da ampla defesa, e a segurança jurídica, não se pode afastar o primeiro sem prejuízo substancial dos demais.

¹⁷ CALURI, Lucas Naif. SISTEMA RECURSAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL Disponível no sítio <<https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/VFJVAWXXMKDO.pdf>> Acesso em 22 de setembro de 2011.

¹⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 299.

Tecnicamente, o uso do termo duplo grau de jurisdição é equivocado¹⁹, pois que jurisdição é uma projeção da soberania, é una, escalonada conforme o órgão que profere a decisão. Assim, duplo grau de jurisdição, não remete a existência de pluralidade de jurisdições, como esclarecem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “portanto, nessa linha, o denominado duplo grau de jurisdição poderia ser melhor redefinido como um duplo juízo sobre o mérito”²⁰.

O princípio do duplo grau de jurisdição em seu aspecto prático e funcional na dinâmica processual representa, seguramente, o tema mais discutido entre os operadores do direito atualmente, e sobre o qual são depositadas esperanças e angustias.

A revisão de bases filosóficas dos procedimentos, caminhando na esteira do sincretismo processual, impôs certa relativização do princípio em exame²¹, pois que “adoção do princípio do duplo grau, de maneira excessiva, pode vir a comprometer a efetividade e celeridade do processo, o andamento da administração da justiça”²², vindo a transformar o processo em verdadeiro problema social.

A rigor, recursos são ferramentas que atingem estritamente decisão judicial, decisões interlocutórias e as sentenças, proferidas pelos juízes singulares, além decisões monocráticas e acórdãos que emanam dos tribunais, vindo a causar prejuízo para qualquer das partes.

¹⁹ NETO, Djalma Andrade da Silva. A aplicabilidade do duplo grau de jurisdição em face à necessária efetividade do processo. Disponível no sítio < <http://jus.com.br/revista/texto/10032/a-aplicabilidade-do-duplo-grau-de-jurisdiacao-em-face-a-necessaria-efetividade-do-processo> > Acesso em 22 de setembro de 2011.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, Curso de Direito Processual Civil, v. 2. 7 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 505.

²¹ Confira-se a lição da doutrina pátria “ A sistemática adotada na Lei dos Juizados Especiais foi muito bem sucedida, a ponto de vir a ser consagrada no texto constitucional de 1988(art.98, inc. I). Com isso fica resguardado o duplo grau, *que não deve necessariamente ser desempenhado por órgãos da denominada "jurisdição superior"* (NETO, Djalma Andrade da Silva. A aplicabilidade do duplo grau de jurisdição em face à necessária efetividade do processo. Disponível no sítio < <http://jus.com.br/revista/texto/10032/a-aplicabilidade-do-duplo-grau-de-jurisdiacao-em-face-a-necessaria-efetividade-do-processo> > Acesso em 22 de setembro de 2011.

²² NETO, Djalma Andrade da Silva. A aplicabilidade do duplo grau de jurisdição em face à necessária efetividade do processo. Disponível no sítio < <http://jus.com.br/revista/texto/10032/a-aplicabilidade-do-duplo-grau-de-jurisdiacao-em-face-a-necessaria-efetividade-do-processo> > Acesso em 22 de setembro de 2011.

Meros despachos ou atos não decisórios são irrecorríveis (art. 504 CPC²³), são irrecorríveis também os atos praticados pelo escrivão por delegação do magistrado (art. 162, §4º, CPC²⁴).

Contudo, na prática há despachos que têm caráter de verdadeira decisão judicial, infringindo gravame para as partes, podendo vir, assim, a serem atacados por meio de agravo, na forma retida ou mesmo de instrumento.

É possível também a interposição de embargos declaratórios contra qualquer pronunciamento judicial, inclusive o despacho, desde que esteja eivado de obscuridade (faltando-lhe qualidade na impressão mecânica, ou tenha sido redigido com caligrafia ruim, hipóteses que se tornam inelegíveis, ou ainda quando faltar clareza), propiciando seu devido esclarecimento²⁵.

Contudo, a enorme abertura dada a parte para intervir em praticamente todos os atos do juiz no curso da ação judicial, sobrecarrega os tribunais, tanto em via ordinária, quanto na extraordinária, transformando o que seria um postulado de segurança jurídica em embaraços a prestação jurisdicional efetiva.

A elevação da razoável duração do processo em nível de garantia fundamental, constante no art. 5º, inciso LXXVIII²⁶, da Carta Política, inserida por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, na chamada *reforma do judiciário*, promoveu sucessivas alterações no CPC, mitigando o volume de recursos nas ações judiciais.

A Lei nº 11.187/2005 (que entrou em vigor em Janeiro de 2006) alterou os artigos 522, 523 e 527 do Código de Processo Civil, com o intuito de conter o manejo

²³ Art. 504. Dos despachos não cabe recurso. (Redação dada pela Lei nº 11.276, de 2006)

²⁴ art. 162, §4º, CPC, "Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários". (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

²⁵ Pronunciamento, nessa esteira, comporta inclusive os despachos judiciais, que muito embora não sejam atos decisórios, quanto estão eivados de obscuridade podem ser alvo de embargos para seu esclarecimento, já que a espécie não se constitui em ataque direto ao ato judicial, mas serve sim ao seu aprimoramento, o julgador apreciando os embargos deve reavaliar o que fora feito, e se verdadeira for a assertiva da parte, deve revertê-la em prol do devido processo legal.

²⁶ Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

indiscriminado dos agravos de instrumento no curso do processo, principalmente quando se dava na forma instrumental, o que sobrecarregava os tribunais de segunda instância.

A Lei 11.276/2006 instituiu as *súmulas impeditivas de recursos*, modificando a as normas constantes dos arts. 504, 506, 515 e 518 do Código de Processo Civil, buscando, na mesma esteira, a celeridade processual por meio da redução do volume de impugnações sem possibilidades de reforma, facilitando a comunicação entre os tribunais.

Destarte, longe de conseguir implementar uma política efetiva para solucionar o problema da celeridade na prestação jurisdicional, as citadas mutações cuidaram, ao menos, de demonstrar os rumos que o processo no Brasil tenciona tomar no futuro próximo, haja vista que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, já aprovado no senado e em tramitação na Câmara dos Deputados, adere a esta mesma filosofia.

O novo diploma, se permanecer com a atual conjectura, terá cerca de 300 artigos a menos que a lei em vigor, a guisa de ilustração podem ser citadas entre as principais mudanças no campo recursal o fato de todos os recursos virem a ser recebidos com efeito devolutivo²⁷, além da extinção dos embargos infringentes, e da restrição do agravo de instrumento a apenas as decisões interlocutórias que versarem sobre tutelas de urgência²⁸ ou da evidência²⁹, e algumas outras hipóteses pontuais.

²⁷ Artigo 908 do Anteprojeto

²⁸ Assim a lição da doutrina pátria: "O Anteprojeto do CPC traz como requisitos autorizadores para concessão da tutela de urgência a plausibilidade do direito invocado, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Esses requisitos condizem com os necessários para a concessão da tutela cautelar do atual CPC" (SANSANA Maureen Cristina, NOGARA Bruno Botto Portugal. Expectativas trazidas pelo anteprojeto do novo Código De Processo Civil para o tratamento das tutelas de urgência Disponível no Sítio < <http://jus.com.br/revista/texto/18476/expectativas-trazidas-pelo-anteprojeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-para-o-tratamento-das-tutelas-de-urgencia/2>>)

²⁹ O Anteprojeto inova ao trazer a previsão da tutela da evidência, que dispensará a parte de comprovar o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, caso se esteja diante de uma das situações previstas no artigo 285 do Anteprojeto. São elas: I - ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido; II - um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva; III - a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou IV - a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante, também será dispensável a prova do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando a demanda versar sobre entrega do objeto custodiado, e a requerente fundar seu

Serão adotados também mecanismos com efeitos *erga omnes* para facilitar a resolução de ações judiciais similares pelos tribunais, e sempre que houver mudança de entendimento sobre determinada matéria, as cortes superiores terão de determinar a partir de quando passará a valer a mudança.

A supressão de recursos (mitigação do duplo grau de jurisdição), e o alargamento do uso de dispositivos com efeitos *erga omnes* no anteprojeto para o novo Código é um assunto que tem causado perplexidade em parte dos operadores do direito³⁰. O principal argumento levantado por aqueles que fazem resistência ao projeto é o fato da limitação da faculdade de recorrer da parte interferir na segurança jurídica processual.

A Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo, por exemplo, asseveram que as mudanças vão possibilitar a criação de um juiz de primeira instância com superpoderes, “frente a um cidadão cada vez menor no que concerne aos seus direitos de ampla defesa”³¹.

O Ministro Luiz Fux, que presidiu a comissão de juristas responsável pela elaboração do projeto, questionado quanto a polêmica gerada no meio jurídico, em entrevista dada ao portal ConJur, comentou o seguinte:

O que nós queremos é que o Judiciário não tenha milhares de ações. Por exemplo, o STJ tem 250 mil recursos e a corte suprema americana tem 50 recursos por ano. Tem alguma coisa muito errada aí. Nada justifica que um país tenha 250 mil recursos e o outro tenha 50 e nesse outro país não haja nenhuma queixa de violação de garantias constitucionais, porque foi a fonte onde nós fomos buscar o princípio do devido processo legal. O que há, evidentemente, é uma insatisfação porque o processo será mais célere, mais efetivo e não dará ensejo a que haja uma série de recursos. É preciso

pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional. (SANSANA Maureen Cristina, NOGARA Bruno Botto Portugal. Expectativas trazidas pelo anteprojeto do novo Código De Processo Civil para o tratamento das tutelas de urgência Disponível no Sítio < <http://jus.com.br/revista/texto/18476/expectativas-trazidas-pe-lo-anteprojeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-para-o-tratamento-das-tutelas-de-urgencia/2>>)

³⁰Segundo Jacksohn Grossman: “Impede-se, por tal mecanismo, a saudável formação jurisprudencial a partir do Juízo singular, mormente no exame de cada caso concreto, optando-se por padronizar as decisões, como já ocorre por efeito da súmula vinculante. Até porque o Projeto já contempla tal instituto, como também regula o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. (GROSSMAN, Jacksohn. NOVO CPC: SUPRESSÃO DE RECURSOS E OUTRAS QUESTÕES Disponível no Sítio: <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-3735.pdf>)

³¹ Disponível no Sítio < <http://www.conjur.com.br/2010-nov-18/oab-mudancas-cpc-criar-juiz-superpoderes>>

que o processo esteja pronto para que a solução seja a mais segura possível. Mas hoje o valor preponderante não é a segurança, mas a celeridade³².

O princípio do duplo grau de jurisdição não é expressamente mencionado na Carta Política, contudo, esta atribui competência recursal aos tribunais (em segunda instância e na via extraordinária), pelo que se diz que é um *princípio implícito*³³.

Este caráter de implicitude, todavia, confere contornos pouco rígidos ao princípio acaba por permitir que o legislador ordinário que amplie ou limite “os meios de impugnação das decisões judiciais, conforme sugere este ou aquele momento do desenvolvimento do país, devendo, para tanto, servir-se da manifestação legítima dos anseios dos jurisdicionados”³⁴.

As medidas tomadas para tornar o processo mais célere, mitigando o poder de recorrer, acabam dando uma conotação de conflito axiológico, entre segurança jurídica (regulada pela faculdade de recorrer) e celeridade do processo (necessidade de supressão de recursos).

Aparenta, ainda, que até pouco tempo atrás se primava pela segurança sobre a celeridade, e que agora a idéia é inverter as coisas, onde sempre um princípio é óbice do outro.

Nesse diapasão, cresce em relevância a análise do duplo grau e o seu papel, uma vez que o mesmo instituto, tal qual um fármaco, pode ser benéfico ou maléfico dependendo da sua dosagem, isto é, o duplo grau pode transmutar-se de instituto garantidor da segurança jurídica das decisões para meio de protelação da tutela jurisdicional.³⁵

³² Disponível no Sítio <http://www.conjur.com.br/2011-abr-10/entrevista-luis-inacio-adams-advogado-geral-uniao>> Acesso em 23 de setembro de 2011.

³³ Há decisões, porém, em que não se aplica a regra do duplo grau de jurisdição, apenas a guisa de ilustração podemos citar, dentre outras, ações de competência originária do Supremo Tribunal Federal, especificada no art. 102, inc. I, da Constituição.

³⁴ CALURI, Lucas Naif. SISTEMA RECURSAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL Disponível no sítio <<https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/VFJVAWXXMKDO.pdf>> Acesso em 22 de setembro de 2011.

³⁵ NETO, Djalma Andrade da Silva. A aplicabilidade do duplo grau de jurisdição em face à necessária efetividade do processo. Disponível no sítio <<http://jus.com.br/revista/texto/10032/a-aplicabilidade-do-duplo-grau-de-jurisdiacao-em-face-a-necessaria-efetividade-do-processo>> Acesso em 22 de setembro de 2011.

Analisando detidamente o anteprojeto, percebe-se, facilmente que, o que ocorre não é propriamente uma redução na liberdade de recorrer, mas uma concentração de recursos, evitando que a parte recorra sem dispor de razões relevantes para modificar o julgado, revertendo, assim, os prazos gastos nos recursos desnecessários em celeridade na devolução da prestação jurisdicional.

Renovar os procedimentos arcaicos emprestados de burocracias é um caminho para alcançar a paz social, desde que as transformações não acabem por afastar da apreciação do poder judiciário violação a direito, o que além de embaraço a segurança jurídica, representa negativa de vigência da própria Constituição de forma institucionalizada.

A despeito da elegante discussão travada pelos modernos processualistas, os demais princípios processuais parecem não postular tanto destaque no fenômeno do sincretismo processual, e mesmo com as eventuais mudanças, permanecerão com as características que cultuamos a título de hoje.

O princípio da taxatividade vem expresso no art. 456 do atual CPC³⁶, onde é vedado as partes no processo criar espécies de recurso, devendo apenas manejar aquela forma já prevista em lei, adequada a decisão que será atacada.

Definir o ato decisório é crucial no momento de se manejar o recurso adequado, contra sentença cabe apelação (art. 513 do CPC), da decisão interlocutória cabe agravo (art. 522 do CPC).

Por outro lado, segundo o princípio da fungibilidade, ou da instrumentalidade das formas, aplica-se quando a parte comete erro de direito, manejando espécie inadequada no curso da ação judicial, podendo o magistrado, se a fundamentação do instrumento condisser com a da espécie recursal apropriada, desconsiderar o erro formal e receber o recurso como se adequado fosse.

³⁶ O art. 496 elenca: "São cabíveis os seguintes recursos: I – apelação; II – agravo; III – embargos infringentes; IV – embargos de declaração; V – recurso ordinário; VI – recurso especial; VII – recurso extraordinário; VIII – embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário".

O princípio da unicidade recursal, ou da singularidade, aduz que para cada decisão se interpõe um recurso específico apenas, sendo vedado o uso de dois ou mais recursos para a impugnação do mesmo ato judicial.

Tem-se também como princípio base do direito processual a vedação da *reformatio in pejus*, que aduz que não pode o tribunal *ad quem* reformar o ato decisório desfavorecendo o recorrente, se somente este manejou recurso.

O Código de Processo Civil não o menciona explicitamente, mas como o recurso trata-se de prolongamento do direito de ação, a regra se aplica através da interpretação sistemática do disposto nos artigos 128³⁷ e 460³⁸, ambos do CPC. Em outras palavras, aplica-se por extensão a regra que “a nova decisão não pode extrapolar os limites do que foi pedido”³⁹.

Para uma compreensão mais ampla do instituto faz-se necessário conhecer o que a doutrina chama de *reformatio in pejus indireta*, que ocorre quando “o tribunal anula uma sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, os autos são devolvidos à instância inferior para que se prolata nova decisão desprovida de nulidade”⁴⁰, onde, mesmo se tratando do juiz de primeira instancia, prolator a sentença originária, não poderá vir a agravar a situação do recorrente.

A vedação é justificável, pois no momento em que a sentença transita em julgado para parte vencedora, não cabe mais reforma imputando ônus ao vencido, de modo diverso, o recurso estaria se voltando como embaraço para o exercício da ampla defesa.

³⁷ Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

³⁸ Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

³⁹ HENRIQUE, Anne Cristiny dos Reis. O princípio da proibição da “*reformatio in pejus*” e seus princípios correlatos “*reformatio in pejus*” indireta e “*reformatio in melius*”. Disponível no Sítio <<http://jus.com.br/revista/texto/7289/o-principio-da-proibicao-da-reformatio-in-pejus-e-seus-principios-correlatos>> acesso em 23 de setembro de 2011.

⁴⁰ HENRIQUE, Anne Cristiny dos Reis. O princípio da proibição da “*reformatio in pejus*” e seus princípios correlatos “*reformatio in pejus*” indireta e “*reformatio in melius*”. Disponível no Sítio <<http://jus.com.br/revista/texto/7289/o-principio-da-proibicao-da-reformatio-in-pejus-e-seus-principios-correlatos>> acesso em 23 de setembro de 2011.

Feita essa análise principiológica, dos elementos que articulam o sistema de recursos ao plano de abstração constitucional, oportuno se faz a análise mais técnica dos instrumentos, de suas características internas, de seus pressupostos.

Assim como o direito de ação exige condições para seu uso (legitimidade das partes, possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir), os recursos também estão condicionados a determinadas condições.

São os pressupostos ou requisitos de admissibilidade, condições precisam ser preenchidas pela parte no processo, para manejar os recursos, “podemos afirmar sem maior compromisso científico que as condições estão para ação assim como os requisitos de admissibilidade estão para os recursos”⁴¹.

Existem pressupostos recursais que são comuns a praticamente todas as espécies recursais, tratadas no art. 496 do CPC⁴². Esses pressupostos gerais são divididos em dois grupos: intrínsecos e extrínsecos.

Os pressupostos gerais intrínsecos são assim chamados por relacionarem-se diretamente com a própria essência do direito de recorrer, são eles o cabimento, legitimação e interesse recursal.

Cabimento é a possibilidade jurídica de reclamar revisão de provimento jurisdicional, ou seja, a lei deve habilitar certa espécie de recurso para atacar à decisão desfavorável a parte.

A Legitimação ou interesse para recorrer, dizem respeito a utilidade e necessidade do manejo do recurso. São vetados os recursos que não demonstram aptidão para gerar ônus ao recorrente, por exemplo, em hipóteses de desistência da ação pela outra parte, ou quando esta reconhece o pedido, ou renúncia ao direito sobre que se funda a lide ou deposita previamente a multa, entre outras hipóteses.

O fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer é tido, por parte da doutrina, como um requisito independente, contudo, parece-nos que as situações

⁴¹ MONTENEGRO FILHO, Misael, Curso de Direito Processual Civil, v. 2. 6 Ed. São Paulo, Atlas, 2010. P. 34

⁴² Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos: (Redação dada pela Lei nº 8.038, de 1990) IV - embargos de declaração.

abarcadas por esse requisito são perfeitamente subsumíveis ao *interesse recursal*, pelo que na esteira da parcela majoritária dos estudiosos⁴³, entendemos que não existe porque diferenciar interesse recursal de fato impeditivo de recurso.

Os pressupostos gerais extrínsecos são o preparo, a regularidade formal e a tempestividade, relativos ao meio de se efetivar o direito de recorrer, ao procedimento adotado pela lei para seu exercício.

O preparo é tratado no art. 511 do CPC e seus parágrafos⁴⁴, e representa ônus econômico imposto ao recorrente, que tem de comprovar seu recolhimento no ato da interposição do recurso, sob pena de deserção.

A regularidade formal “decorre da imposição legal da forma rígida ao ato de recorrer”⁴⁵, rigidez que reclama petição escrita, identificação das partes, motivação, pedido de reforma ou de invalidação do pronunciamento recorrido. Além da assinatura do advogado, formação do instrumento com peças obrigatórias e legíveis etc.

A tempestividade relaciona-se com o prazo definido para o manejo do recurso, que se torna inadmissível quando não respeita o limite temporal para seu uso (intempestivo).

As generalidades citadas, contudo, comportam algumas exceções, a guisa de mera ilustração deve citar o agravo retido (art. 527, § 1º, do CPC) e os embargos de declaração (art. 536, § único, do CPC), que não necessitam de preparo.

Cumpra ressaltar, por fim, que existem recursos detentores de requisitos de ordem específica, a par das generalidades tratadas, embargos declaratórios e os

⁴³ PAVANI, Vanessa Roda. Dos Recursos Extraordinário e Especial. disponível no Sítio < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9493> acesso em 24 de setembro de 2011.

⁴⁴ CPC. Art. 511 – No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. § 1º São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal. § 2º A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998)

⁴⁵ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. Os pressupostos de admissibilidade recursal. Disponível no Sítio < <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.5241>> Acesso em 24 de setembro de 2011.

recursos especiais e extraordinários, por exemplo, exigem fundamentação vinculada, tema que será objeto adiante.

2.2 OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Embargos declaratórios, como sumamente ressaltado nas considerações iniciais deste texto, são recursos utilizados para censurar qualquer pronunciamento judicial gravado pelos vícios de intelecção: omissão, obscuridade, ou contradição⁴⁶, interpostos perante o mesmo juízo prolator da decisão atacada.

Sua função no inter-procedimental é, por excelência, aperfeiçoamento da decisão embargada, abrindo caminho para um recurso principal⁴⁷, por isso estão sempre situados entre: a sentença e a apelação, ou entre o acórdão e as espécies de recursos extremos, ou ainda entre a decisão interlocutória e agravo, sua índole é de recurso acessório ou intermediário.

O manejo dos embargos declaratórios evita a preclusão material. A parte não pode reservar-se a argüir a obscuridade, contradição ou omissão apenas em face do recurso principal⁴⁸, pois o objetivo deste é, na verdade, a revisão estrita do mérito da decisão.

⁴⁶ Conforme lição da doutrina pátria: "Considera-se omissa a decisão que não se manifestar: a) sobre um pedido; b) sobre argumentos relevantes lançados pelas partes (*para o acolhimento do pedido não é necessário o enfrentamento de todos os pedidos deduzidos pelas partes, mas para o não acolhimento, sim, sob pena da garantia do contraditório*); c) sobre questões de ordem pública que são apreciáveis de ofício pelo magistrado, tenham ou não tenham sido suscitadas pelas partes. A decisão é obscura quando for inelegível quer porque mal redigida quer porque escrita a mão com letra inelegível. Um dos requisitos da decisão judicial é a clareza; quando esse requisito não é atendido, cabem embargos de declaração para buscar esclarecimento. A decisão é contraditória quando traz proposições entre si inconciliáveis. O principal exemplo é a existência de contradição entre a fundamentação e a decisão (Didier 181)

⁴⁷ MONTENEGRO FILHO, Misael, Curso de Direito Processual Civil, v. 2. 6 Ed. São Paulo, Atlas, 2010. P. 155

⁴⁸ MONTENEGRO FILHO, Misael, Curso de Direito Processual Civil, v. 2. 6 Ed. São Paulo, Atlas, 2010. P. 159

Ora, não se revisa aquilo que não está contido no ato decisório, os pedidos não apreciados, por exemplo, perecerão pela preclusão, caso a parte negligencie no momento de opor embargos declaratórios.

Por comportar natureza acessória ou intermediária, a doutrina em geral trata a decisão proferida em sede de embargos declaratórios simplesmente como complementar ou aditiva, já que não busca inversão da sucumbência, exceto em casos especiais⁴⁹, quando terão efeitos infringentes.

Considerando tais vicissitudes e peculiaridades, há quem negue a natureza de recurso aos embargos declaratórios⁵⁰, esgrimindo argumentação no sentido de que:

O seu objeto não é a modificação ou alteração do que foi decidido; os embargos são um simples pedido de esclarecimento, um complemento da decisão judicial, quando esta é lacunosa, contraditória ou obscura, por eles não se procura a reparação do erro ou a injustiça da decisão; são apenas um meio de logicamente desbravar a execução de dificuldades futuramente prováveis. Não se estabelece contraditório, uma vez que não é ouvida a parte contrária, processando-se tal procedimento sem a participação da parte que não embargou. Finalmente, tal incidente não depende de preparo, que é um dos pressupostos recursais⁵¹

Para essa corrente os embargos declaratórios são apenas um meio formal de se pedir uma decisão aditiva, tendo natureza de mero *incidente processual*.

Não obstante os argumentos colacionados pelos ilustres doutrinadores, a natureza jurídica da espécie em exame inclina-se, de fato, para a recursal. Primeiramente, a espécie está prevista no rol do art. 496 do CPC⁵², atendendo o requisito da taxatividade, além de eventualmente promover modificações nas decisões

⁴⁹ Casos onde a supressão do vício da inteligência reporte necessariamente modificação no dispositivo, ainda que tal fato nem sequer conste nos pedidos da peça recursal.

⁵⁰ A guisa de mera ilustração podemos citar os processualistas: João Monteiro, Cândido de Oliveira Filho e Antonio Cláudio da Costa Machado, Luiz Orione Neto.

⁵¹ ORIONE NETO, Luiz. Recursos Cíveis. São Paulo: Editora Saraiva, 2003

⁵² Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos: (Redação dada pela Lei nº 8.038, de 1990) IV - embargos de declaração.

atacadas, casos em que terá efetivo resultado infringente (via de exceção), afetando a sucumbência⁵³.

Diz-se que, quando a decisão toma rumos diferentes após serem apreciados os embargos declaratórios não é meramente infringente, e sim *nova*, podendo chegar inclusive a:

substituir *in totum* a decisão embargada, por ser com ela manifestamente incompatível. Neste caso, não se trata de nova decisão que modifique a anterior, mas de pronunciamento que verdadeiramente substituiu o predecessor, chegando mesmo a *anulá-lo*⁵⁴.

Ademais, gozam de tratamento em um capítulo específico do Código de Processo Civil (Título X – Dos Recursos – Capítulo V – Dos Embargos de Declaração, artigos 535, 536, 537 e 538), além de conter características determinantes dos recursos, bem resumidas no trecho da lição de Felix Sehnem:

não ensejam a instauração de nova relação processual, depende de vontade da parte e tem por escopo impugnar uma decisão judiciária, visando principalmente o seu esclarecimento ou a sua integração e, em casos mais raros, até mesmo a reforma da decisão (efeitos infringentes), não se pode negar, que, no Direito Brasileiro, são eles um recurso e não apenas um meio de correção dos erros da sentença que, como visto, também existem entre nós, mas limitados à correção de inexatidões materiais ou erros de cálculo.⁵⁵

⁵³ RECURSO - EMBARGOS DECLARATÓRIOS - EFEITO MODIFICATIVO - VIABILIDADE
"Sendo impossível suprir a falha apontada no aresto sem a necessária revisão do seu dispositivo, não há como negar a possibilidade de emprestar-se, em caráter excepcional, aos embargos declaratórios o efeito modificativo de que tal recurso, em princípio, é despido" (TJ-BA - Ac. unân. da 4ª Câm. Cív. julg. em 14-8-96 - Ap. 20.431-1-Capital - Rel. Des. Paulo Furtado)

RECURSO - EMBARGOS DECLARATÓRIOS - DISCUSSÃO DE MÉRITO - INADMISSIBILIDADE
"A jurisprudência tem admitido que dos embargos declaratórios exsurjam efeitos modificativos do julgado que lhes dá ensejo, para tanto exigindo, contudo, que a eliminação do vício apontado faça com que a decisão se torne incompatível com a nova realidade. Na hipótese em que a embargante silencia acerca da ocorrência de omissão, dúvida, obscuridade ou contradição no aresto embargado, limitando-se a pretender reabertura da discussão de mérito para inverter o resultado do julgamento, não cabem embargos declaratórios" (TRF-5ª R - Ac. unân. da 1ª T. publ. no DJ de 17-10-94 - Embs. na Ap. 42.641-CE - Rel. Juiz Castro Meira)

⁵⁴TIBÚRCIO, Flávio Corrêa. Embargos Declaratórios com Efeito Modificativo Pleno. Disponível no sítio <<http://jus.com.br/revista/texto/3770/embargos-declaratorios-com-efeito-modificativo-pleno>>

⁵⁵SEHNEM, Felix. Embargos declaratórios. Disponível no Sítio <<http://jus.com.br/revista/texto/3681/embargos-declaratorios>> Acesso em 20/09/11

Além de que sua interposição adiar a coisa julgada⁵⁶, interrompendo o prazo para a interposição de outros recursos, como já tratado em linhas anteriores, o prolongamento da litispendência processual é característica substancial dos recursos.

Os prazos no processo civil são afetados por causas suspensivas e interruptivas, é necessário, pois, diferenciá-las.

Causas interruptivas, são as que obstam a fluência do prazo recursal e depois que cessam seus efeitos, devolvem o prazo no seu íterim, como se não tivesse corrido, é o que acontece com os embargos declaratórios para efeito de manejo do recurso principal.

Diferentemente do que ocorre na *suspensão do prazo*, nas hipóteses previstas nos artigos 173, parágrafo único⁵⁷, 179⁵⁸, 180⁵⁹, e 265⁶⁰ todos do CPC, onde o prazo sofre intervenção, mas o tempo transcorrido antes da superveniência da causa suspensiva é totalmente contabilizado, após a cessação dos efeitos da suspensão a parte goza apenas do período que restava antes da paralisação da fluência do prazo.

Assim a postura que nos parece mais razoável é a que atribui a natureza jurídica de recurso para os embargos de declaração, confrontando estes aos princípios gerais aplicados ao sistema recursal, bem como sua funcionalidade na dinâmica processual, vestem a condição de efetiva impugnação das decisões, com a

⁵⁶ CPC - art. 538 - Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.

⁵⁷ Art. 173. Parágrafo único. O prazo para a resposta do réu só começará a correr no primeiro dia útil seguinte ao feriado ou às férias.

⁵⁸ Art. 180. Suspende-se também o curso do prazo por obstáculo criado pela parte ou ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 265, I e III; casos em que o prazo será restituído por tempo igual ao que faltava para a sua complementação.

⁵⁹ Art. 180. Suspende-se também o curso do prazo por obstáculo criado pela parte ou ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 265, I e III; casos em que o prazo será restituído por tempo igual ao que faltava para a sua complementação.

⁶⁰ Art. 265. Suspende-se o processo: I - pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador; II - pela convenção das partes; III - quando for oposta exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz; IV - quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente; b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo; c) tiver por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente; V - por motivo de força maior; VI - nos demais casos, que este Código regula.

peculiaridade de não afetar-lhe o mérito (via de regra), mas garantir uma fundamentação límpida, e uma atuação jurisdicional em prol de um devido processo legal.

2.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO E REQUISITOS DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS

Preambularmente cumpre ressaltar que o cabimento dos embargos declaratórios não se restringe ao ataque dos vícios da intelecção, também pode ensejar correção de “equivocos manifestos”, ou “erros de fato”⁶¹, e são apropriados para atacar, nessas hipóteses, qualquer pronunciamento judicial.

A própria lei cuida de explicar o que são erros de fato, no art. 485, IX do CPC⁶², estes dizem respeito a maus juízos sobre atos, ou documentos da causa; nesses casos o manejo dos aclaratórios economiza a necessidade de interposição de recursos extremos, ou ações autônomas, o que procrastinaria, inevitavelmente, o processo⁶³.

Na verdade, a utilização dos embargos de declaração para efeito de correção de erro de fato é crível. Contudo, o próprio código determina no artigo 463⁶⁴, que o juiz pode, *de ofício*, sanear erros materiais ou erros de cálculo da decisão, sem que isso signifique inovação. Desta feita, é dispensável o manejo dos embargos, podendo ser corrigidos tais equivocos *ex officio*.

De fato, o Código atribui tratamento velado aos aclaratórios, restringindo as espécies de decisão que podem ser alvo destes, a jurisprudência, contudo, cuidou de ampliar seu cabimento. A jurisprudência tem se qualificado, na atualidade, como verdadeira fonte do direito (muito embora não escrita)⁶⁵.

⁶¹ Decisão *extra petita*, por exemplo.

⁶² CPC. Art. 485. IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa

⁶³ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, v. 3. 7 Ed. Editora Salvador: JusPODVIM, 2009. P.182

⁶⁴ Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la; I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexistências materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração.

⁶⁵ MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de Direito Processual Civil. v. 2. 6 Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

A rigor, só são admitidos quando estiverem presentes os requisitos da *omissão, obscuridade, ou contradição* (ainda que isoladamente), ou erros materiais ou de fato, são assim considerados como recursos de *fundamentação vinculada*.

A redação do art. 535, inciso I⁶⁶, da lei processual, trata de maneira taxativa de sentenças e acórdãos como atos decisórios passíveis de impugnação por embargos declaratórios. Nessa esteira “poder-se-ia concluir não serem cabíveis os embargos declaratórios de decisão interlocutória quando se alegasse existência de contradição ou obscuridade”⁶⁷, mas somente em hipótese de omissão.

Sim, pois quando cuida de omissão a lei confere um tratamento bem mais brando, pois a redação do inciso II⁶⁸ do mesmo artigo 535, não restringe o rol de decisões que eventualmente poderiam ser alvo.

Contudo, tal restrição não condiz com a realidade procedimental, a extensão do cabimento de embargos declaratórios em decisões interlocutórias abarca todos os vícios de intelecção⁶⁹, destaque para a lição de Misael Montenegro Filho, “a lei, embora seja fonte primária do direito, não exclui incidência de outras fontes como a doutrina, a jurisprudência (*usus fori*), os costumes, os princípios gerais de direito, etc.”⁷⁰

Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha complementam dizendo “o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que todo pronunciamento judicial seja devidamente fundamentado, sob pena de nulidade”, não é somente sentenças e

⁶⁶ Art. 535 – Cabem embargos de declaração quando: I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 1994)

⁶⁷ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, v. 3. 7 Ed. Editora Salvador: JusPODVIM, 2009. P. 183

⁶⁸ Art.535 – II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 1994)

⁶⁹ a jurisprudência é farta nesse sentido, a guisa de mera ilustração citamos: “*Na verdade, porém, tanto o ato judicial apelável como o agravável comporta embargos de declaração*(RT 561/137, em, JTA 66/178, 144/55, 121/5)

⁷⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de Direito Processual Civil. v. 2. 6 Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P.157

acórdãos que se subsumem ao ordenado, “mas as decisões interlocutórias também devem ser devidamente fundamentadas”⁷¹.

Vale lembrar que a despeito de serem irrecorríveis os despachos de mero expediente e os atos praticados pelo serventário por delegação do juiz, cabem interposição de embargos de declaração em face da inelegibilidade que freqüentemente macula os pronunciamentos.

A irrecorribilidade decorre, logicamente, da falta de interesse recursal, pois, por óbvio, não há porque atacar um ato que dá mero impulso oficial ao processo sem gerar gravame a ninguém.

A falta de intelecção do pronunciamento, todavia, gera prejuízo para o próprio processo, e a todos que atuam nele, a falta legibilidade ou de clareza na linguagem embaraça a interpretação do ato, e é cediço que “pronunciamentos judiciais devem ser claros e precisos para não gerar insegurança aos jurisdicionados”⁷².

Há quem diga que a vedação quanto ao manejo de todo e qualquer recurso em face de despachos de mero expediente, inclusive dos embargos declaratórios, se justifica, pois um simples pedido feito por petição avulsa atravessada nos autos poderia sanar a irregularidade⁷³.

Entretanto somente os embargos declaratórios têm o condão de conter a preclusão e forçar o juiz a aclarar o pronunciamento, mesmo quando não são recebidos, abrem caminho para o manejo de agravo nos termos do art. 532 do CPC⁷⁴.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marcos Aurélio acrescenta que os embargos declaratórios cabem “em qualquer processo e em qualquer procedimento,

⁷¹ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, v. 3. 7 Ed. Editora Salvador: JusPODVIM, 2009. P.184

⁷² FERNANDEZ, Monica Tonetto. DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Disponível no Sítio <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev11.htm>> Acesso em 24 de setembro de 2011.

⁷³ Entendem dessa forma os ilustres doutrinadores Pontes de Miranda, José Carlos Barbosa Moreira, Vicente Miranda, entre outros.

⁷⁴ Art. 532. Da decisão que não admitir os embargos caberá agravo, em 5 (cinco) dias, para o órgão competente para o julgamento do recurso. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 1994)

contra decisão monocrática ou colegiada, e resistem, mesmo, a cláusula de irrecorribilidade”⁷⁵.

Ponto sensível e polêmico quanto ao manejo dos embargos declaratórios diz respeito ao papel de suprir omissões nas decisões que põe fim ao processo em via ordinária, com o afã de forçar os juizes (nas decisões de única instância) e tribunais suscitarem questão constitucional ou federal na decisão embargada, gerando *pré-questionamento*, requisito necessário para o seguimento da ação a via extraordinária, por meio dos recursos especiais e extraordinários.

Como se verá logo adiante, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça funcionam como guardiões da Constituição, e das leis de cunho federal, respectivamente, garantidores da higidez do ordenamento jurídico, e não conhecem de recursos que não versarem sobre *matéria estritamente jurídica*, que deve necessariamente já ter sido suscitada na decisão recorrida.

Melhor explicando, para o seguimento dos recursos especiais (dirigidos ao STJ) e dos recursos extraordinários (dirigidos ao STF), faz-se necessário o preenchimento do *pré-questionamento de matéria de direito objetivo* (constitucional ou federal), que consiste na manifestação do tribunal recorrido sobre eficácia das citadas normas.

Quando os tribunais em via ordinária, ou mesmo os juizes de primeiro grau (nas decisões de única instância), não se manifestam quanto a matéria de direito, onde necessariamente deveriam fazê-lo, cabe a parte manejar embargos declaratórios para supressão da omissão.

Sem prequestionamento a parte resta prejudicada no seu intento de provocar a via extraordinária, haja vista a sucumbência não interessar diretamente a este gênero recursal. É óbvio que se não há sucumbência não há recurso, mas seu caráter é meramente adesivo.

⁷⁵ Agravo de Instrumento n. 260.674/ES – DJ de 26/06/2001.

O que é realizado pelas cortes superiores é um controle na maneira de interpretar a norma objetiva, se não há manifestação prévia da matéria objetiva na decisão atacada, logicamente, não há o que corrigir nela, os recursos especiais e extraordinários nem serão conhecidos se a decisão não for aclarada.

Cumpra lembrar que os embargos declaratórios somente forçam a manifestação sobre esse aspecto, se já houver sido levantado pela parte em algum momento do processo, para suprir eventual omissão da autoridade judiciária.

Se, por ventura, a matéria jurídica não tiver sido levantada, é cediço que os embargos declaratórios que exsurjam no sentido de buscar a manifestação do juiz ou tribunal serão ineficazes, pois omissão não houve.

Não cabem, portanto, os embargos em face de matéria não levantada pela parte, com a exceção daquelas de ordem pública das quais a autoridade judiciária deve conhecer de ofício.

Como se percebe, o âmbito de atuação dos *recursos especiais e extraordinários* é extremamente restrito, necessitando de uma diligente conduta da parte no processo para aclarar todos os elementos necessários a seu processamento, por isso guardam uma estreita relação com os embargos declaratórios, especialmente por residir neste recurso o *ato prequestionador* por excelência.

O papel dos embargos de declaração pra efeito de prequestionamento dos recursos especiais e extraordinários é um ponto sensível, donde surge divergência jurisprudencial entre as cortes superiores, aspecto que será tratado linhas adiante, em capítulo próprio deste trabalho.

3 OS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Os recursos extraordinários e especiais são espécies do gênero recurso extremo (extraordinário, excepcional ou de superposição)⁷⁶, destinados a efetivação do controle incidental de constitucionalidade⁷⁷, atribuição do especial das cortes de jurisdição superior.

Na sistemática constitucional brasileira, o manejo dos recursos extremos foge a idéia de mera reforma do ato decisório, no pressuposto lógico de sua interposição, pois, interessa diretamente ao Estado de Direito, na sua atribuição de pacificador social, como uma forma de política pública em prol do acesso a justiça.

A jurisprudência emanada das cortes superiores extrapola a esfera de interesse das partes litigantes, na verdade, constituem-se como meio de sistematizar o ordenamento, e orientar os demais tribunais locais e regionais, compreendendo toda a extensão do território nacional.

O Estado Constitucional de Direito, a exemplo do brasileiro⁷⁸, deve, necessariamente, ter na sua base estrutural, um texto magno orientador de todo o organograma jurídico, que prime pela proteção dos direitos individuais e sociais, estabelecendo, para tanto um sistema de garantias em favor dos jurisdicionados, que possibilite trazer toda violação a direito para apreciação do poder judiciário, sobretudo as violações a direitos previstos no texto constitucional.

O controle de constitucionalidade incidental (no curso da ação judicial), feito pelas cortes superiores, funcionam ao mesmo tempo como garantia fundamental em prol da parte no processo, e guarda do Texto Constitucional e meio de defesa do sistema.

⁷⁶ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, v. 3. 9ª Ed. Editora, JusPODVIM, 2011. P. 256

⁷⁷ Que consiste na devolução aos tribunais de jurisdição superior, das lides judiciais que gravitem em torno de eficácia de norma constitucional ou lei federal, para que profiram nelas a última palavra.

⁷⁸ Conforme se observa do *caput* do artigo primeiro da Carta Política "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos" (grifos nossos).

As garantias processuais são instrumentos que estabelecem face positiva do poder do Estado, que não deve apenas limitar negativamente a parte no processo⁷⁹ (quando exige, por exemplo, diligência no preenchimento de condições da ação, requisitos de admissibilidade e etc.), mas, igualmente, deve permitir que tenham apreciado todos os seus apelos, até em via extraordinária, desde que estes estejam munidos de aptidão jurídica para modificar do ato decisório emanado do tribunal de origem.

3.1 OS RECURSOS EXCEPCIONAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como se extrai da lição de Dirley da Cunha Junior, “o controle incidental de constitucionalidade, na fase recursal, pode operar-se no âmbito de qualquer demanda”, e continua o citado autor destacando que, “desde que exista ou possa existir, um litígio judicial que, para a sua decisão, seja *mister* o reexame da eficácia de lei”⁸⁰.

A rigor, os recursos extremos existem com o afã de guardar a Constituição e as leis federais, evitando que os tribunais em via ordinária lhes neguem vigência, ou as relativizem frente às normas de caráter local, descaracterizando o escalonamento normativo proposto por Kelsen⁸¹.

A decisão judicial cuida em dar concretude ao Direito, pois que, somente através dela o Direito deixa o plano de abstração, ou mero incidente imaginário do legislador, para ganhar movimento no plano social.

Considerando que o Estado Federativo tem como maior símbolo de unidade o respeito a uma só Constituição, não se poderia tolerar que seu texto ganhasse

⁷⁹ BORTOLI, Adriano de. *Garantismo Jurídico, Estado Constitucional De Direito E Administração Pública*. Disponível no Sítio < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/adriano_de_bortoli.pdf Acesso em 05 de outubro de 2010.

⁸⁰ CUNHA JR., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática*. 2ªEd. 2007. Editora JusPODIVM. P. 103.

⁸¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

contornos diversos, flutuando a sorte da hermenêutica adotada por cada uma das cortes estaduais, sob pena de se admitir diversas constituições na mesma nação, afetando a identidade jurídica do Estado.

O controle de constitucionalidade é o garantidor da identidade *sus*o citada, os recursos excepcionais cuidam de realizar parte deste processo, na sua modalidade incidental, isto quer dizer, dentro da própria ação judicial, sempre que argüido pelas partes a eficácia das normas de direito objetivo (constitucional ou federal).

No Brasil esse modelo de controle de constitucionalidade incidental foi adotado pela primeira vez na Carta Política de 1891, espelhado sistema norte-americano, originário do célebre julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, realizado pela Suprema Corte Norte Americana em 1803, o *justice John Marshall*.

A história narra que, o Secretário de Estado Americano *James Madison*, obsteu a posse no cargo de Juiz de Paz a *William Marbury*, por divergência política, pois sua nomeação havia sido determinada na gestão do anterior presidente norte-americano, então opositor.

Irresignado, *Marbury* impetrou junto a Suprema Corte Americana uma “ação de *mandamus*”, fundada na Lei Judiciária (*Judiciary Act*), requerendo fossem apresentadas as razões do Estado para cercear seu direito.

Dois anos mais tarde, o juiz *John Marshall*, em incontestável argumentação esgrimida, declarou o direito de *Marbury* à nomeação no cargo, consolidando o “*judicial review of legislation*”, dando origem ao controle de constitucionalidade feito pelo Poder Judiciário sobre as leis, que hoje se reflete no ordenamento brasileiro.

A atitude de *Marshall* foi muito contestada na época, cujo argumento era a suposta violação da tradicional separação dos poderes, e invasão da esfera legislativa, através da intervenção do judiciário na eficácia das leis:

para quebrar esse argumento baseado nas idéias de Montesquieu, *Madison* demonstra que as idéias desse grande crítico político foram mal interpretadas, [...] muitos presumem que ele defendeu a

completa divisão dos poderes, mas para Madison, o que Montesquieu quis dizer foi que onde “todo” o poder de um dos ramos é concentrado nas mesmas mãos que amarram “todo” o poder de outro, os princípios fundamentais de uma constituição livre estarão subvertidos. Para finalizar Madison cita os três poderes de cada estado norte-americano. Ele chega a conclusão de que em todos os casos o Legislativo, o Executivo e o Judiciário não são mantidos totalmente separados e distintos. Segundo ele, a acusação lançada contra a Constituição proposta, de violar a sagrada máxima do governo livre, não tem apoio nem no verdadeiro significado da referida máxima, conforme seu próprio autor, nem na interpretação que lhe foi dada até agora na América.⁸²

Na verdade, *Marshall* teve como precedente a idéia de *Hamilton*, autor clássico norte-americano, que publicou a obra “The Federalist” (O Federalista), veemente defensor de dispositivos de controle das leis sob administração do judiciário, como garantia da hegemonia da Constituição, e concretização do sistema de freios e contrapesos.

Eline de Moraes Zarro Vignoli, comentando a obra de *Hamilton*, aduz que para este autor, cada governo estadual era parte constituinte da soberania nacional, devendo ser entregue a um órgão de *jurisdição constitucional* o poder de intervir em todas as decisões proferidas por seus tribunais nas ações que reclamassem uma hígida interpretação da carta constitucional, ou mesmo das leis de cunho geral, vigentes em toda federação⁸³.

Depois da Carta de 1891, o sistema foi recepcionado por todas as constituições supervenientes, atualmente encontra-se positivado nos artigos 102, III, versando sobre o recurso extraordinário, e 105, III, que trata do recurso especial, na Constituição Federal de 1988.

Destarte, a atual Carta Política inovou em relação Constituições anteriores, o controle incidental realizado em via extraordinária era feito pelo único tribunal de

⁸² VIGNOLI, Eline de Moraes Zarro. Marbury X Madison. Conteúdo disponível no sitio < http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/index.php?title=Marbury_X_Madison&redirect=no > acesso em 04/09/2011.

⁸³ VIGNOLI, Eline de Moraes Zarro. Marbury X Madison. Conteúdo disponível no sitio < http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/index.php?title=Marbury_X_Madison&redirect=no > acesso em 04/09/2011.

jurisdição constitucional que existia, o Superior Tribunal Federal, julgando a totalidade recursos extremos, todos sob o *nome iuris* de recurso extraordinário.

O legislador constitucional originário levando em conta a dificuldade de se julgar o grande volume de recursos, dividiu a competência do STF criando o Superior Tribunal de Justiça, e junto com ele uma nova espécie de recurso extremo, o *recurso especial*, o recurso especial nada mais é que um recurso extraordinário dirigido ao STJ⁸⁴.

A rigor, todavia, as cortes superiores realizam apenas uma fração do *controle incidental de constitucionalidade*, estritamente quando as ações gravitarem em torno de norma constitucional ou lei federal, quando a argüição de inconstitucionalidade versar sobre ato normativo local, processa-se nos tribunais estaduais.

Convém lembrar a lição de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

A decretação de inconstitucionalidade *incidenter tantum* pode ser feita por qualquer órgão julgador brasileiro. (...) Se o órgão for colegiado, no entanto, de acordo com o disposto no artigo 97 da CF/88, a decisão pela inconstitucionalidade dever ser feita pela maioria absoluta do tribunal ou de seu órgão especial.⁸⁵

A intervenção dos Tribunais Superiores também visa eliminar divergência jurisprudencial, evitando que os Tribunais Estaduais dêem desfechos antagônicos a casos similares⁸⁶, como já mencionado, seria verdadeira afronta ao Estado de Direito⁸⁷,

⁸⁴ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, v. 3. 9ª Ed. Editora, JusPODVIM, 2011. P. 256

⁸⁵ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, v. 3. 9ª Ed. Editora, JusPODVIM, 2011. P. 214

⁸⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de Direito Processual Civil. v. 2. 6 Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 170.

⁸⁷ Quanto à função do controle de constitucionalidade como elemento fundante da idéia de no Estado Constitucional de Direito, destaque-se a lição de Dirley da Cunha Junior: "a supremacia constitucional restaria comprometida se não existisse um sistema que pudesse garanti-la, [...] todas as normas jurídicas devem compatibilizar-se, formal e materialmente, com a Constituição, assim a norma lesiva a preceito constitucional, através do controle de constitucionalidade, é invalidada e afastada do sistema jurídico positivo." E continua o citado autor dizendo que este mesmo controle "também se apresenta como um relevante meio de conter os excessos, abusos e desvios do poder, garantindo os direitos

tal atribuição é auferida ao recurso especial, cujo procedimento será analisado nas linhas que seguem.

Portanto, os recursos excepcionais, dentro da sistemática constitucional, são instrumentos cujo fim último é a realização do controle incidental de constitucionalidade no curso da ação judicial.

3.2 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Para conceituar o gênero recursal em exame, destaque-se a elegante preleção feita na obra de Misael Montenegro Filho, “a *ratio* da existência dos recursos especial e extraordinário, se afasta em termos de requisitos e de finalidades, de todos os demais recursos previstos taxativamente na Lei processual Civil⁸⁸”.

Isto quer dizer que, além dos requisitos gerais para o manejo dos recursos no processo civil (*cabimento, interesse e legitimidade recursais, inexistência de fato extintivo do direito de recorrer, regularidade formal, tempestividade, preparo, etc.*) há determinados óbices especificamente destinados ao conhecimento dos recursos extremos.

Em ambas as espécies, não basta a mera sucumbência da parte, pois a índole dos recursos excepcionais condiz somente com o enfrentamento de matéria jurídica, por isso são classificados entre os recursos de fundamentação vinculada⁸⁹.

Encerram a discussão quanto à efetividade de norma objetiva, corrigindo, quando necessário, equívoco em manifestação exarada previamente na decisão do tribunal *a quo*, sem conhecer de matéria de fato.

fundamentais”. (CUNHA JR., Dirley da. Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática. 2ªEd. 2007. Editora JusPODIVM. P. 83).

⁸⁸ MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de Direito Processual Civil. v. 2. 6 Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 170.

⁸⁹ Confira o trecho do julgado onde o STJ se manifesta quanto a matéria “ Segundo a farta jurisprudência deste Tribunal, o Recurso Especial é apelo extremo, cuja fundamentação é vinculada, sendo defeso o exame de qualquer matéria, inclusive de ordem pública, caso a mesma não tenha sido objeto de discussão na origem.” (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp 769303 RN 2005/0122706-1)

Isto é, inclusive, pacífico na jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, através dos enunciados 279⁹⁰ e 07⁹¹.

A rigor, não havendo no corpo da decisão recorrida, análise da matéria constitucional, ou relativa a lei federal, os Tribunais Superiores nem tomarão conhecimento do recurso extremo manejado.

Tal requisito específico de admissibilidade tratado como *prequestionamento*, será visto de forma exaustiva em tópico próprio deste trabalho.

A exposição dos fatos na peça recursal existe apenas para ilustrar a origem da irresignação do recorrente *in casu*, não podendo remeter a reavaliação de provas.

Todavia, há sim a possibilidade do manejo de recurso especial quando houver violação a normas de *direito probatório* (constantes do Código Civil e do Código de Processo Civil), “notadamente quando cuidam da valoração e da admissibilidade da prova. [...] Também é possível imaginar o recurso extraordinário para discutir a utilização de prova ilícita, que é vedada constitucionalmente”⁹².

Fredie Didier Jr. e Leonardo José da Cunha Carneiro, a respeito do tema, citam em sua obra o julgado do STF, da lavra do Ministro Rodrigues Alckmin, que merece transcrição:

O chamado erro de valoração ou valorização das provas, invocado para permitir o conhecimento do recurso extraordinário, somente pode ser erro de direito, quanto ao valor da prova abstratamente considerado. Assim, se a lei federal exige determinado meio de prova no tocante a ato ou negócio jurídico, decisão judicial que tenha como provado o ato ou negócio o por outro meio de prova ofende ao

⁹⁰ “Para simples Reexame de prova não cabe recurso extraordinário”

⁹¹ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”

⁹² DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, v. 3. 9ª Ed. Editora, JusPODVIM, 2011. P. 256

direito federal. (...) Somente há direito federal sobre prova, acaso ofendido, a justificar a defesa do *ius constitutionis*...⁹³

Os mesmos autores, citando Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, enumeram situações em que é possível a interposição do recurso excepcional tratando de direito probatório:

i) ilicitude da prova; ii) qualidade da prova necessária para a validade do ato jurídico, iii) para uso de certo procedimento; iv) do objeto da convicção; v) da convicção suficiente diante da lei processual e; vi) do direito material; vii) do ônus da prova; viii) da idoneidade das regras de experiência e das presunções; ix) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiaram os raciocínios presuntivo, probatório e decisório.⁹⁴

Os recursos excepcionais, como regra, só podem ser manejados depois do exaurimento dos recursos na via ordinária, ou seja, depois de proferida sentença, em última ou única instância pelo tribunal *a quo*. Assim aduz a Constituição:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - *Omissis*; II - *Omissis*; 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. *(Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, Grifos nossos)*

Fugindo a regra, o Código de Processo Civil criou os *recursos especiais e extraordinários retidos*. Consiste na possibilidade de interposição de recurso extremo

⁹³ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, v. 3. 9ª Ed. Editora, JusPODVIM, 2011. P. 257. Citando a obra de MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sergio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª Ed. São Paulo, RT, 2005. P. 257.

⁹⁴ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, v. 3. 9ª Ed. Editora, JusPODVIM, 2011. P. 257. Citando a obra de MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sergio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª Ed. São Paulo, RT, 2005. P. 320.

contra decisão de natureza interlocutória (que ainda cabe recurso em via ordinária), o art. 542, §3º, do CPC⁹⁵, determina que em processo de conhecimento, embargos a execução ou cautelar, quando interposto recurso extremo contra decisão interlocutória, estes ficarão *retidos* nos autos.

Ou seja, não serão julgados no ato de suas interposições, mas ficarão aguardando a decisão final, em via ordinária, para só depois, caso a parte venha a reiterar os seus termos, no prazo determinado para a interposição do recurso, ou no prazo das contra-razões, poderão ter seguimento.

Elegante discussão trava a doutrina quanto ao tema, que comentamos de maneira singela. Avaliando a redação dos artigos 102, III⁹⁶ e 105, III⁹⁷ da Constituição, constata-se que é destinado às cortes superiores a revisão de *estritamente de "causas decididas"*, ou seja decisões que extinguem o processo, com ou sem resolução de mérito, não abarcando os incidentes processuais.

Estariam fora da alçada de conhecimento dos tribunais superiores, portanto, sob o ponto de vista destes estudiosos, recursos extremos eventualmente interpostos contra decisões interlocutórias, e eivado de inconstitucionalidade o §3º, do art. 542 do CPC, já que o termo *causa* é extraído da norma constitucional.

No rol de decisões contra as quais não caberia o apelo extremo, por exemplo, existiriam as tutelas de urgência definidas em acórdãos em agravo de instrumento.

O STJ, dirimiu a polêmica editando a Súmula n. 86, com a seguinte regra: "cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de

⁹⁵ Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões. (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 2001); § 1º - omissis; § 2º - omissis; § 3º O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998)

⁹⁶ CF/88. Art. 102, III - julgar, mediante recurso extraordinário, as *causas* decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida;

⁹⁷ CF/88. Art. 105, 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

instrumento". O STF na mesma linha, durante julgamento de RE n. 153.831-7, cuja relatora foi a Min. Ellen Gracie, proferiu o seguinte entendimento:

O termo causa empregado no art. 105, III da CF, compreende qualquer questão federal resolvida em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios, ainda que mediante decisão interlocutória⁹⁸.

A rigor, todavia, acaso o acórdão em sede de agravo de instrumento apresente natureza de *sentença* (reconhecendo, por exemplo, a ilegitimidade da parte no processo, extinguindo assim a contenda), e não de decisão interlocutória, o recurso excepcional usado no seu ataque não ficará retido, mas terá seguimento imediato⁹⁹.

Ainda:

em face do iminente dano de difícil de reparação, em caso de não confirmação da antecipação de tutela na sentença final, admite-se o ajuizamento de medida cautelar para o destrancamento do recurso especial, a fim de que o mesmo seja remetido ao STJ¹⁰⁰.

A despeito da exceção tratada, os recursos extremos só são admitidos depois de esgotada a via ordinária.

A interposição dos extremos não obsta a execução provisória da sentença em via ordinária, pois seus efeitos são estritamente devolutivos (em regra), contudo há exceção nas hipóteses de insurgir possibilidade de dano irreparável ou de difícil

⁹⁸ Acórdão unânime da 1ª Turma do STF, RE 153.831-7, Rel. Min. Ellen Gracie, j.03/12/2002, Revista de Processo, 112/339.

⁹⁹ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, v. 3. 9ª Ed. Editora, JusPODVIM, 2011. P. 255.

¹⁰⁰ FREITAS, Roberto da Silva. Algumas considerações sobre o recurso especial retido. Disponível no sítio < <http://jus.com.br/revista/texto/8161/algumas-consideracoes-sobre-o-recurso-especial-retido> > acesso em 13/09/11.

reparação para qualquer das partes, onde estas, por meio de medida cautelar poderão reclamar efeito suspensivo para os excepcionais¹⁰¹.

Com efeito, o efeito devolutivo é amplo, que quer dizer que uma vez conhecido o recurso pelas cortes superiores (preenchidos todos os requisitos gerais e específicos, inclusive o prequestionamento), no julgamento poderá ser conhecida qualquer matéria que poderia ser conhecida a qualquer momento (prescrição, decadência e as questões de ordem pública tratadas no §3º do art. 267 do CPC) e não só das matérias pré-questionadas.

A rigor, a parte pode efeitos suspensivos ao excepcional, como já tratado, por meio de cautelares, que devem ser (em regra) ajuizadas no tribunal superior, quando já admitido o recurso especial ou extraordinário (Súmula 634 do STF). No período enquanto não forem admitidos os excepcionais, as cautelares podem ser propostas perante o Presidente ou Vice-Presidente dos tribunais de origem (Súmula 635 do STF).

Quando se trata de recurso extraordinário *stritu senso* as cautelares ganham contornos mais delicados, pois estes dependem da análise da repercussão geral, conforme se verá adiante, se processa de acordo com as regras do art. 543-B do CPC e seus parágrafos, facilitando o julgamento de causas repetitivas.

Para julgar a repercussão geral, os tribunais de origem escolhem um ou alguns recursos extraordinários, entre os múltiplos recursos similares interpostos perante suas secretarias, para serem apreciados pelo STF, os escolhidos funcionarão como paradigma para os demais, que ficam sobrestados, o conhecimento ou rejeição dos paradigmas afeta os sobrestados. Havendo urgência nos recursos sobrestados, é perfeitamente admissível que tramitem as cautelares nos juízos ordinários¹⁰².

3.3 PRESSUPOSTOS

¹⁰¹ Assim a lição da doutrina pátria: "Interposto o recurso, poderá a parte contrária já promover a execução provisória do julgado, mediante petição dirigida ao juízo competente (CPC, art. 475-P) instruída com cópias relacionadas no §3º do art. 475-O do CPC. Tais cópias devem estar autenticadas, podendo o advogado declará-las autênticas." (DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, v. 3. 9ª Ed. Editora, JusPODVIM, 2011. P. 278)

¹⁰² Nesse sentido Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha.

Os pressupostos para o gênero são os específicos e os gerais. Sem muito compromisso científico (por hora), podemos sintetizá-los da seguinte forma: depois de esgotada a via ordinária e estando presente prévia manifestação quanto à matéria jurídica constitucional ou lei federal (condições específicas), o manejo dos recursos extremos ainda estará condicionado ao cabimento, legitimação, tempestividade, interesse em recorrer, preparo, regularidade formal (condições gerais).

O juízo de admissibilidade desses recursos respeita um sistema *desdobrado ou bipartido*, a primeira etapa é realizada pelo juiz ou pelo Tribunal de origem, chamada de juízo provisório, verificando a presença, ou não, dos requisitos indispensáveis ao seguimento do gênero.

Caso seja constatada no juízo provisório carência de algum dos pressupostos tratados acima, o recurso será vetado, impedindo seu encaminhamento ao juízo *ad quem*. Cabe então ao recorrente prejudicado a faculdade de manejar agravo de instrumento para destrancar o recurso.

Admitido o recurso pelo órgão *a quo*, oportuniza-se à parte contrária sua defesa através da apresentação de *contra-razões*. Feito isto segue o recurso para o órgão *ad quem*, que fará o juízo definitivo de admissibilidade, a segunda etapa do exame de admissibilidade, e não havendo vedação, seguirá à análise da pretensão recursal de mérito.

A decisão que indefere o conhecimento do recurso extremo, seja na primeira ou segunda etapa, deve ser devidamente fundamentada, atendendo assim a determinação constitucional constante do art. 92, IX da Constituição¹⁰³, o princípio da fundamentação das decisões, de modo que, se desejar, a parte maneje instrumento adequado a reapreciação do recurso.

¹⁰³ Art. 92. IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A decisão que dá seguimento ao recurso, por sua vez, prescinde de fundamentação, pelo que diz que é admitido de forma tácita. “Se o órgão julgador passou a examinar o mérito recursal, significa que os requisitos de admissibilidade foram satisfeitos”¹⁰⁴.

Passemos a tratar agora, de modo singular, dos pressupostos gerais e específicos do gênero.

3.3.1 PRESSUPOSTOS GERAIS

Os pressupostos gerais dos recursos extremos são mesmos já tratados para todas as demais espécies de recursos taxativamente previstas no Código de Processo Civil. Relembrando, são divididos em intrínsecos e extrínsecos, conceito de requisito intrínseco, segundo a melhor lição da doutrina pátria é “aquilo que lhe é próprio, íntimo. Inseparável ao âmago da existência”¹⁰⁵. São requisitos intrínsecos dos recursos excepcionais: cabimento, legitimação para recorrer e o interesse em recorrer, passemos a tratar de forma específica de cada um deles.

Atendem ao requisito do cabimento, os recursos extremos interpostos sobre decisão que encerre ação judicial na via ordinária, que gravite em torno da eficácia de norma constitucional ou lei federal, pois são recursos de âmbito restrito.

Tem legitimidade para recorrer todo aquele que for parte no processo que comporta: arguição de negativa de vigência das normas de direito objetivo, ou mesmo a pela descaracterização da hierarquia normativa, ou seja, as leis federais sendo relativizadas pelas demais normas infra, ou o mesmo fenômeno ocorrendo com a norma constitucional, em sede de decisão de tribunal que põe fim a via ordinária.

¹⁰⁴ MELLO, Vanessa Pavani. Dos Recursos Extraordinário e Especial. disponível no Sítio < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9493> acesso em 24 de setembro de 2011.

¹⁰⁵ MELLO, Vanessa Pavani. Dos Recursos Extraordinário E Especial. Disponível no sítio < <http://www.webartigos.com/articles/23655/1/DOS-RECURSOS-EXTRAORDINARIO-E-ESPECIAL/>> Acesso em 23 de setembro de 2011.

Adquire legitimidade para recorrer, também, os litigantes que comporem determinada espécie de ação, que sejam fundadas em objeto similar, e os tribunais tiverem atribuindo desfechos antagônicos, ficando a encargo do Superior Tribunal de Justiça, por meio de julgamento de recurso especial, dirimir a divergência jurisprudencial.

O interesse recursal diz respeito ao efetivo prejuízo sofrido pela parte, pois mesmo que tenha havido equívoco que ensejasse a impugnação da decisão, por recursos excepcionais, se não há sucumbência, não há interesse, quando a parte tem sua pretensão satisfeita, faz-se para ela coisa julgada, só poderá se manifestar no processo novamente, em eventual apresentação de contra-razões.

O controle incidental de constitucionalidade, muito embora tenha um caráter especialíssimo, ainda é feito por via recursal, guardando características próprias, se não há sucumbência, não há recurso. A menos que a questão seja de ordem pública, a corte superior não tomará conhecimento do instrumento manejado por carência de requisito de admissibilidade.

Findo o trato com as principais espécies de requisitos intrínsecos, cuidemos agora dos extrínsecos, que é toda condição cuja relação não se dá com o âmago, essência ou substância do recurso excepcional, mas sim, com seu exercício, seu procedimento, são estas a tempestividade, a regularidade formal, e o preparo.

Tempestividade é a condição temporal para interposição dos recursos, no gênero em exame o art. 508 do CPC¹⁰⁶ determina que o prazo para interpor e para responder recursos excepcionais o prazo é de 15 dias (podendo ser interrompido pela interposição dos embargos declaratórios). Negligenciar quanto a essa condição, enseja a preclusão do direito de recorrer.

¹⁰⁶ CPC – Art. 508 - Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias. (Alterado pela L-008.950-1994)

A regularidade formal, diz respeito a documentação que é necessária ao uso do recurso, reclama petição escrita, identificação das partes, motivação, pedido de reforma ou de invalidação do pronunciamento recorrido.

A regularidade deve ser essencialmente observada no recurso especial fundado em divergência jurisprudencial. A lei exige um procedimento mais intrincado (art. 541, parágrafo único do CPC¹⁰⁷).

O recorrente pretendo a sanear divergência jurisprudencial deve assentar suas alegações em documentos aptos a mostrar que a divergência factualmente existe. O primeiro passo é transcrever na peça recursal os trechos de acórdãos paradigmas, aqueles atos decisórios mais favoráveis a sua pretensão, usados para contrastar com os efeitos da decisão atacada, indicando a fonte de onde foram retirados.

Se as decisões divergentes foram tirados de repositórios oficiais ou credenciados, basta a transcrição do pronunciamento e a indicação da fonte. Em caso contrário é necessário que o recorrente junte certidão fornecida pelo tribunal aos autos, ou cópia autenticada da decisão, como forma de preencher o requisito formal de que nos ocupamos, sob pena de a espécie ter seu seguimento negado por decisão interlocutória do presidente ou vice-presidente do tribunal local.¹⁰⁸

Diz-se assim que as fontes dos documentos podem ser: oficiais, credenciadas ou não autorizadas, no ultimo caso como o STJ não tem acesso a fonte, cabe a parte juntar cópia autenticada da decisão paradigma, ou certidão do tribunal que o processo tem curso¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão; I- omissis I – omissis; III – omissis. Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. (Redação dada pela Lei nº 11.341, de 2006).

¹⁰⁸ MONTENEGRO FILHO, Misael. Processo Civil: técnicas e procedimentos. 3ªEd. São Paulo: Atlas, 2010. P. 157.

¹⁰⁹ MONTENEGRO FILHO, Misael. Processo Civil: técnicas e procedimentos. 3ªEd. São Paulo: Atlas, 2010. P. 157.

Quanto ao preparo têm procedimento diverso as duas espécies. Sobre os recursos extraordinários dirigidos ao STF são recolhidas custas normalmente, além do porte de remessa e retorno dos autos, recolhimento este feito na secretaria do tribunal estadual, que devem ser comprovados sob pena de deserção, conforme determinação do art. 511 do CPC¹¹⁰.

Já o recurso especial, como se trata de competência recursal do STJ, não é exigido o recolhimento de custas, uma vez que o regimento interno da casa no seu artigo 112 assim determina: “ No Tribunal, não serão devidas custas nos processos de sua competência originária ou recursal”.

Contudo, a Lei Federal 11.636/2007 dispôs quanto às despesas que precisam ser recolhidas nos processos que tramitam no STJ, como ensinam Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

Tal diploma legal regulamentou o regime de custas no STJ, esclarecendo que há preparo no recurso especial, pois somente o dispensou em certos processos de competência originária ou recursal (art. 7º). Note que o legislador estabeleceu que quando se tratar de recurso o recolhimento do preparo, composto de custas e porte de remessa e retorno será feito no tribunal de origem perante as suas secretarias, e no prazo de sua interposição (art. 10), ratificando a exigência do art. 511 do CPC, e o enunciado n. 187 da Súmula do STJ: “É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça , quando o recorrente não recolhe, na sua origem, as despesas de remessa e retorno dos autos”.¹¹¹

A citada lei foi publicada no dia 28 de dezembro de 2008, e só começou a produzir efeitos noventa dias depois (ou seja, a partir de 27 de março de 2008), respeitando a regra do art. 150 da CF. Portanto o preparo não deve ser exigido dos recursos especiais cujo julgamento tiver acontecido antes desta data.

¹¹⁰ Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente provará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 1998)

¹¹¹ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, v. 3. 9ª Ed. Editora, JusPODVIM, 2011. P. 286.

Em matéria de direito processual uma vez prolatada a decisão¹¹², surge para o sucumbente uma espécie de direito adquirido quanto à espécie de recurso cabível *in casu*, assim, uma lei superveniente a prolação da decisão não atinge o processo, doutro modo estaria frustrando direito do jurisdicionado¹¹³.

3.3.2 PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS

Tendo em vista o caráter excepcional dos recursos extraordinário e especial, a própria Constituição se encarrega de determinar os pressupostos específicos para o gênero (CF, arts. 102, III, e 105, III).

Primeiramente, os artigos 102, III e 105, III, definem que a *decisão recorrida* deva qualificar-se como “causa decidida” em única ou última instância, vetando, assim, o manejo dos recursos excepcionais *per saltum*, pressupondo a preclusão consumativa, o exaurimento da via ordinária.

Decisão de “única” instância não se restringe aquelas proferidas por juízes de primeiro grau em caráter de irrecorribilidade ordinária, podendo, perfeitamente, ser proferida por Tribunal, quando este atua na sua competência originária.

Decisão de “última” instância é, por sua vez, proferida sempre pelo tribunal de segunda instância quando provocado por meio de recurso.

O dispositivo que trata do recurso extraordinário menciona estritamente o exaurimento da via ordinária como requisito para a espécie¹¹⁴, porém, o legislador ao tratar do recurso especial acrescentou algumas outras especificidades.

Para efeito de recurso especial a decisão recorrida, além de não comportar mais recurso em via ordinária, deve emanar necessariamente dos “Tribunais Regionais

¹¹² A decisão no tribunal (colegiada) é considerada prolatada quando anunciado o julgamento pelo presidente da sessão.

¹¹³ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, v. 3. 9ª Ed. Editora, JusPODVIM, 2011. P. 261.

¹¹⁴ Súmula 281 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios” (art. 105, III, parte final).

Constata-se, pela simples análise das redações contrapostas, que o recurso extraordinário pode ser manejado contra decisões de primeiro grau, de instância única, enquanto o recurso especial, não.

Ademais, a admissibilidade dos recursos excepcionais consiste na necessidade de restabelecer equilíbrio entre a Constituição e as demais normas infra, ou mesmo entre as leis federais e os atos normativos situados abaixo delas, saneando erros de interpretação, preservando-lhes a hegemonia.

Portanto o que há de realmente específico, nas duas espécies de recurso em exame, o que lhes confere o traço da “excepcionalidade” é, na verdade, o âmbito restrito de controle de matéria objetiva, reclamando prévia manifestação do tribunal de origem ou prequestionamento.

Prequestionamento é um ato complexo que exige pedido da parte e manifestação do juízo *a quo*, faltando qualquer desses elementos não há prequestionamento, requisito que será enfrentado adiante, em tópico próprio.

Como trabalhado em linhas supra percebe-se que os recursos extraordinário e especial surgem do mesmo tronco comum, o recurso extraordinário *stritu senso* que “se bipartiu em recurso especial e recurso extraordinário, passando a existir conseqüentemente, em razão de sua origem, inúmeras semelhanças”¹¹⁵

Os recursos extraordinários ganharam com a reforma do judiciário, realizada pela EC 45/2004, um traço exclusivo, não compartilhado com o recurso especial, a inserção da “repercussão geral”, com status de requisito indispensável ao seu manejo.

¹¹⁵ MELLO, Vanessa Pavani. DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL. Disponível no sítio < <http://www.webartigos.com/articles/23655/1/DOS-RECURSOS-EXTRAORDINARIO-E-ESPECIAL/> > Acesso em 23 de setembro de 2011.

Fora acrescentando o parágrafo 3º ao artigo 102 da Carta Política¹¹⁶, com a seguinte redação:

§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.

Contudo, na dinâmica processual brasileira já existiu uma figura similar a da repercussão geral, em data remota, chamada de "argüição de relevância", quando a Emenda constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977, introduziu na Constituição de 1967 expressão similar a grafada no retro transcrito dispositivo.

Segundo Vanessa Pavani Mello, o termo "reflexos na ordem jurídica" presente na Emenda 7 à Constituição de 1967, "parece corresponder ao dever do recorrente de 'demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso'"¹¹⁷, introduzidas na atual Constituição pela EC 45/2004.

O constituinte derivado renovou a argüição de relevância no Texto Magno atual, dando-lhe nova roupagem, para enfrentar o problema surgido com o desaparecimento do óbice recursal.

Com a extinção da argüição de relevância da questão federal, prevista na CF revogada, os tribunais superiores ficaram sem um instrumento adequado para tornar seletiva a interposição do RE e do REsp. Entendemos necessária a adoção de expediente análogo à argüição de relevância, o que somente poderá ser implementado por emenda constitucional, já que a lei ordinária não pode estabelecer restrições ao cabimento do RE e do Resp.¹¹⁸

¹¹⁶ O controle de admissibilidade adotado pelo § 3º do art. 102, inserido pela EC n. 45/2004, na Constituição Federal é específico do recurso extraordinário, não se estendendo ao recurso ordinário perante o STF nem ao recurso especial ou a outras espécies de recursos no âmbito do STJ.

¹¹⁷ MELLO, Vanessa Pavani. DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL. Disponível no sítio <<http://www.webartigos.com/articles/23655/1/DOS-RECURSOS-EXTRAORDINARIO-E-ESPECIAL/>> Acesso em 23 de setembro de 2011.

¹¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos. São Paulo: RT, 2003. P. 203

A regulamentação da repercussão geral com sua nova roupagem se dá pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, aditou dois novos artigos a lei adjetiva.

Primeiro, no âmbito disciplinar do recurso extraordinário, veio o artigo 543-A, e seus parágrafos¹¹⁹, onde se encontram os traços definidores do que se deva entender por repercussão geral das questões constitucionais, que em síntese é questão relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapasse o mero interesse subjetivo das partes.

Em seguida, está grafado o 543-B¹²⁰, resguardando regras simplificadoras do julgamento de extraordinários com fundamento assemelhado, onde, o tribunal de origem determinar entre os múltiplos recursos, um ou alguns para funcionar como paradigma, o conhecimento ou desconhecimento deste terá efeito *erga omnes* quanto aos demais, ou seja, o seu desconhecimento prejudica o conhecimento do restante.

O julgamento deles ocorre em conformidade com o Regimento Interno do STF, daí este precisou ser “adaptado para cumprir as inovações contidas nos arts. 543-

¹¹⁹ Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa; § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

¹²⁰ Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

A e 543-B do CPC por meio da Emenda Regimental nº 21, aprovada em 23.03.2007 e publicada no Diário da Justiça de 03.05.2007¹²¹.

Contudo, permanecem a margem da dinâmica da repercussão geral os recursos extraordinários que estejam tramitando ainda nas instâncias locais ou mesmo no STF até 18 de fevereiro de 2007, pois o art. 4º¹²² da Lei nº 11.418/2006 determinou que passa a produzir efeitos a partir do primeiro dia de sua vigência, ou seja na referida data.

A repercussão geral é argüida em preliminar na peça recursal, (art. 543-A, § 2º) sua apreciação é feita de forma exclusiva pelo STF, em decisão irrecorrível (art. 543-A, caput), o que quer dizer que não passa pelo juízo provisório no tribunal de origem.

Ademais, a repercussão geral é assentada de pronto nas decisões recorridas que venham de encontro às seguintes determinações, conforme ensina Humberto Theodoro Júnior:

(a) súmula ou (b) jurisprudência dominante do STF (art. 543-A, § 3º). A súmula, in casu, não precisa ser a vinculante, mas apenas a que retrate jurisprudência assentada, pois, mesmo sem súmula, a repercussão geral estará configurada em qualquer julgamento que afronte "jurisprudência dominante" do STF. Por jurisprudência dominante, deve-se ter a que resulta de posição pacífica, seja porque não há acórdãos divergentes, seja porque as eventuais divergências já tenham se pacificado no seio do STF.¹²³

Em síntese conclusiva, são requisitos específicos dos recursos especiais e extraordinários, o esgotamento da via ordinária, e a discussão sobre eficácia da norma

¹²¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (LEI Nº 11.418) E SÚMULA VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (LEI Nº 11.417). Publicada no Juris Síntese nº 70 - MAR/ABR de 2008.

¹²² Art. 4º Aplica-se esta Lei aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência.

¹²³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (LEI Nº 11.418) E SÚMULA VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (LEI Nº 11.417). Publicada no Juris Síntese nº 70 - MAR/ABR de 2008.

objetiva (constitucional ou federal), devidamente apreciada pelos tribunais *a quo*, preenchendo o prequestionamento, e em relação aos extraordinários *strito sensu*, graças a reforma do judiciário há que se adicionar a repercussão geral.

4 OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS E O PREQUESTIONAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

A relação entre os recursos excepcionais e os embargos declaratórios se tornou mais estreita depois da Emenda Constitucional de 2004, que conferiu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verdadeira qualidade de fonte do Direito.

O art. 103-A¹²⁴ foi inserido na Constituição, durante a reforma do judiciário, e autoriza aprovação de súmula vinculante pelo Pretório Excelso que, a partir da sua publicação na imprensa oficial, orienta os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A reforma veio, justamente, com o intuito de empreender redução ao elevado número de incidentes que atingiam a via extraordinária, a própria constituição estabeleceu a repercussão geral (para os recursos extraordinários *strito sensu*), além disso, conferiu liberdade para jurisprudência amparar, inclusive, o procedimento dos excepcionais.

Foi sobre essa abertura que surgiu o óbice recursal chamado de prequestionamento, quando da edição da Súmula 282 do STF, estabeleceu-se que “é inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

Importa lembrar a afirmativa que “a jurisprudência, ainda que do Pretório Excelso, não poderia criar requisitos de admissibilidade pra os recursos extraordinário

¹²⁴ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

e especial, tarefa conferida exclusivamente a Constituição Federal”¹²⁵, nesse conduto, é forçoso questionar o caráter constitucional do óbice recursal.

A respeito do tema esclarecem Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, o prequestionamento “trata-se, na verdade, de etapa no exame do cabimento dos recursos extraordinários. É passo na verificação da incidência de suporte fático hipotético do recurso, é, sobretudo, exame da tipicidade do texto constitucional”¹²⁶, o que afasta a presunção de incompatibilidade do incidente com o texto magno.

Na verdade, como se verá adiante, o enunciado jurisprudencial veio completar a norma constitucional, e aclarar o real sentido do termo “causas decididas” (art. 102, III e art. 105 III, CF/88), sendo forçoso concluir que não se trata de um incidente baseado na mera vontade do Supremo Tribunal Federal, mas saneia dúvidas e orienta o operador do Direito.

Não obstante, o Pretório Excelso cuidou de ressaltar o papel dos aclaratórios pra efeito de seguimento dos excepcionais, quando editou o novo enunciado de número 356¹²⁷, determinando que a decisão omissa que não for devidamente censurada, não enseja interposição dos Excepcionais por faltar o requisito do prequestionamento.

Não rara é a vez que o tribunal não aprecia a matéria jurídica, ou o faz de forma incompleta, assim o manejo dos embargos é o ato prequestionador por excelência.

Caso o tribunal não acolha os embargos, mantendo a decisão omissa, devem ser opostos recurso especial, com fundamento na ofensa ao art. 535 do CPC¹²⁸, requerendo que o STJ determine que o tribunal *a quo* se pronuncie quanto a matéria

¹²⁵ NERY JR., Nelson. WAMBIER, Tereza. Aspectos Polêmicos E Atuais Dos Recursos Cíveis E Outras Formas De Impugnação As Decisões Judiciais. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000. P. 855

¹²⁶ ¹²⁶ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, v. 3. 9ª Ed. Editora, JusPODVIM, 2011. P. 261.

¹²⁷ Enunciado n. 356 “O ponto omissa da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

¹²⁸ Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 1994)

jurídica objetiva, não podendo a própria corte superior fazê-lo, pois o juiz natural nesta fase é o tribunal de origem.

O recurso especial que acudi o jurisdicionado quanto há intransigência do tribunal *a quo*, está enquadrado na hipótese de cabimento da alínea "a" do inciso III do art. 105 da Carta Magna¹²⁹.

Atentando a redação conferida aos enunciados jurisprudenciais que caracterizam o prequestionamento, percebe-se, facilmente que permitem interpretações diversas quanto ao momento em que estará prequestionada a matéria jurídica.

Ao criar o requisito o STF não disciplinou o procedimento que os tribunais deveriam adotar para ventilar a matéria objetiva na decisão, essa brecha deixou um ponto sensível, quando da abordagem da norma federal ou constitucional: se há ou não a necessidade de estar expressamente citado o dispositivo legal violado.

É bem certo que o julgador pode perfeitamente se manifestar sobre determinada matéria jurídica sem necessariamente apontar de forma numérica onde a questão está encartada na Constituição ou na lei de cunho federal, pois, cuidando de sua essência, o dispositivo legal existe na decisão, mesmo que de forma implícita.

Sobre este aspecto, até bem pouco tempo atrás, divergiam o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, onde o primeiro admitia o prequestionamento implícito, enquanto o segundo não. Contudo, a polêmica restou dirimida pelos últimos julgados do STJ¹³⁰, quando entrou em consenso com o Pretório Excelso.

¹²⁹ CF/88 art. 105, III, "a" "contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;"

¹³⁰ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. AUXÍLIO SUPLEMENTAR. AUXÍLIO-ACIDENTE. TRANSFORMAÇÃO. LEI MAIS BENÉFICA. INCIDÊNCIA.

1. Na linha do entendimento desta Corte, para preenchimento do requisito do prequestionamento é necessário que as matérias trazidas ao exame do Superior Tribunal de Justiça tenham sido efetivamente apreciadas pelo acórdão recorrido, não havendo falar na necessidade de expressa menção aos dispositivos legais tidos por violados.

(AgRg no REsp 365.079/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 18.11.2004, DJ 02.10.2006 p. 317)

Faz se oportuno, abordar com mais profundidade o conceito e vicissitudes do prequestionamento, para em seguida, tecer comentários sobre o papel dos aclaratórios no seu aperfeiçoamento.

4.1 PREQUESTIONAMENTO

O prequestionamento surgiu no Brasil, em época remota, com o Decreto 848/1890, que foi recepcionado pela Constituição de 1891, já apresentando características bem similares as que têm hoje, como requisito essencial á interposição de recurso perante o Supremo Tribunal Federal, desde então vem sendo renovado, acompanhando as mudanças legislativas¹³¹ até atingir o atual estágio.

José Miguel Garcia Medina¹³² traçou, em sua obra, três modos de entender o óbice recursal em exame: a) como sendo a estrita manifestação do tribunal de origem na decisão recorrida, (posição majoritária na doutrina)¹³³; b) também como debate anterior (em qualquer momento) sobre a norma objetiva¹³⁴; c) e, por fim, uma posição mista, que diz ser debate anterior complementado com manifestação explícita na decisão terminativa.

¹³¹ A Constituição de 1934, em seu artigo 76, §2º, III, "a", aduzia o seguinte: "quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal cuja aplicação se haja questionado". A Constituição de 1937, repetiu a exigência.

¹³² MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1998. P. 159-166.

¹³³ Posição que foi alvo de comentário de Pedro Diniz Gonçalves O'Dwyer: "Para os defensores desse posicionamento, estar-se-ia suprida a exigência do prequestionamento do recurso excepcional quando a parte "questionasse antes" a ilegalidade ou inconstitucionalidade de determinada decisão. É o que se faz na prática quando os advogados abrem um tópico próprio, em petições recursais, intitulado "do prequestionamento da matéria". (O'DWYER, Pedro Diniz Gonçalves. PREQUESTIONAMENTO E RECURSOS EXCEPCIONAIS. Disponível no Sítio http://www.juspodivm.com.brprequestionamento_e_recursos_excepcionais> Acesso em 11 de outubro de 2011.

¹³⁴ No mesmo sentido a lição de Araken De Assis: "O prequestionamento constitui o próprio conteúdo do pronunciamento judicial. É a afloração (palavra expressiva e adequada ao caso) dos tipos constitucionais contemplados no art. 102 III da CF/1998. Em síntese larga, porém exata, consiste na afloração da questão federal no acórdão impugnado. É o modo peculiar de expressar-se o cabimento do recurso de motivação vinculada. (ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007).

Desde logo, vale alertar que, o ato da parte de trazer a baila o pedido fundado em norma de caráter federal, caso não seja ventilado pelo tribunal de origem, torna-se irrelevante para a higidez dos excepcionais¹³⁵.

Do mesmo modo, negligenciando em argüir eficácia de lei federal nos pedidos, o tribunal em via ordinária poderá não conhecer da matéria objetiva, de maneira que nem mesmo o manejo dos embargos declaratórios será capaz de gerar o prequestionamento.

O magistrado deve conhecer de matéria de ordem pública de ofício, mesmo que não tenha sido questionada antes, e tem liberdade para, também de ofício, inovar-se e atribuir eficácia de norma federal não argüida no corpo do pronunciamento, desde que não prejudique os recorrentes, observada as regras da adstrição.

Portanto, trata-se de construção jurídica complexa, que depende do interesse manifestado oportunamente pela parte, substanciado em norma feral, e da atenção do julgador ao conhecê-lo sem lhe dar provimento (no todo ou em parte), fundamentando a decisão e atribuindo interpretação a norma constitucional ou federal.

Pela simples análise da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, representadas pelos enunciados 317¹³⁶ e 211¹³⁷, respectivamente, percebe-se, com facilidade, que a teoria adotada é a eclética, que atribui índole complexa ao incidente do prequestionamento, exigindo participação ativa dos atores do processo.

É imprescindível que haja sucumbência do recorrente (mesmo que fundada na denegação parcial dos pedidos), mesmo que o caráter dos recursos excepcionais seja controlar a constitucionalidade das decisões judiciais, relegando a proteção dos

¹³⁵ Relevante citar, ainda, a SÚMULA 211 do STJ, que aduz ser "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo".

¹³⁶ SÚMULA 317 do STF: "São improcedentes os Embargos Declaratórios, quando não pedida a declaração do julgado anterior, em que se verificou a omissão"

¹³⁷ SÚMULA 211 do STJ "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo".

direitos subjetivos a segundo plano, somente o sucumbente tem interesse recursal, e, portanto, só este poderá manejá-los¹³⁸.

Ainda, as cortes superiores já sedimentaram entendimento no sentido de só estará prequestionada a matéria se tiver sido ventilada no corpo do voto vencedor¹³⁹, assim o Enunciado 320 da súmula do STJ, “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.”

Postura esta que não passa sem críticas¹⁴⁰, estudiosos argumentam que o voto vencido é parte do julgado, e se houve atenção do magistrado, indiscutivelmente construtor do ato judicial, mais razoável é admitir, até como forma de economia processual, o prequestionamento restasse aperfeiçoado em seu pronunciamento.

Caso a arguição quanto a eficácia de lei federal não seja sobreposta pela manifestação do magistrado de maneira espontânea, o que é comum ocorrer, cabem, como já ressaltado, os embargos de declaração hostilizando a decisão omissa e forçando o prequestionamento.

A doutrina cuida em classificar o prequestionamento em: simples¹⁴¹, complexo¹⁴², explícito e implícito, destacar-se-á, nesta oportunidade, com especial atenção, as duas últimas categorias.

¹³⁸ Nesse sentido é a lição da doutrina pátria, “Por essa sorte de considerações, tem-se que tanto o RESP quanto o RE terminam por proteger a situação individual do recorrente, de modo mediato, embora não seja esse seu fim maior. Tais considerações são importantes para demonstrar que o acesso a tais graus recursais não deve ser irrestrito, já que sua finalidade não é criar “um segundo ou terceiro” tempo de análise do direito subjetivo, mas sim manter a coesão do ordenamento jurídico, para que se garanta isonomia aos jurisdicionados. (KLIPPEL, Rodrigo. O PREQUESTIONAMENTO E A JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO STJ E DO STF. Disponível no Sítio < <http://www.panoptica.org/janeiro2007pdf/6Oprequestionamentoajurisprudenciarecentedostjedostf.pdf> >

¹³⁹ STF. Cf. RE n. 118.479/SP, julgado em 30 de maio de 2000: RE: prequestionamento: voto vencido. Não se configura o prequestionamento se, no acórdão recorrido, apenas o voto vencido cuidou do tema suscitado no recurso extraordinário, adotando fundamento independente, sequer considerado pela maioria.

¹⁴⁰ Ilustrativamente citamos o processualista Bernardo Pimentel Souza, autor da obra Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. (4ª ed. São Paulo: Saraiva).

¹⁴¹ Ocorrerá o prequestionamento simples quando o acórdão recorrido se pronunciar a respeito da matéria objetiva motivadora do Recurso Especial ou do Recurso Extraordinário, já argüida pela parte em suas razões.

¹⁴² O prequestionamento complexo ocorre quando a manifestação surgir no acórdão recorrido de ofício, inovando o tribunal em ralação aos pedidos formulados pelas partes litigantes.

4.1.1 PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO E IMPLÍCITO;

Prequestionamento explícito, ou numérico, é experimentado quando as questões de matéria jurídica foram ventiladas pelo juízo de origem, inclusive, mencionando numericamente o dispositivo federal e atribuindo-lhe eficácia.

Percebe-se com facilidade que o prequestionamento explícito é latente na decisão judicial, seja na sentença, em se tratando de única instância, ou no acórdão, no caso de instância recursal.

Prequestionamento implícito, entretanto, perfaz-se quando o magistrado cuida da substância da norma constitucional ou federal no seu pronunciamento, mas sem discriminar onde está encartado o dispositivo que trata da matéria, este fica oculto, muito embora componha, factualmente, o ato decisório.

Os Tribunais Superiores rejeitavam sistematicamente os recursos excepcionais fundados em prequestionamento implícito, “entendendo estar ausente o requisito, demonstrando, assim, o rigor com que aqueles Tribunais tratam a questão”¹⁴³.

Somente a partir de 2006 o Supremo Tribunal Federal começou a acatar o prequestionamento na modalidade implícita, o julgamento precursor foi relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, cujo trecho merece transcrição:

1. Recurso extraordinário: descabimento: ausência de prequestionamento do dispositivo constitucional tido por violado (CF, art. 5º, XXXVI), não admitido pela jurisprudência do Tribunal o chamado "prequestionamento implícito" (Súmula 282). 2. Recurso extraordinário e prequestionamento. O prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas é necessário que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha.¹⁴⁴

¹⁴³ NÓBREGA, *Gilson Roberto*. Prequestionamento - Aspectos fundamentais disponível no Sítio <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1743/Prequestionamento-Aspectos-fundamentais>> Acesso em 12/10/2011.

¹⁴⁴ AgR 585604/RS; Primeira Turma; Publicação: DJ 29-09-2006.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, adotava posição diversa, exigindo o prequestionamento explícito, numericamente discriminado no pronunciamento, mesmo depois de reiterados julgados do Pretório Excelso, que abonou o rigor tradicional.

A desídia causava perplexidade no operador do direito, considerando que não raras vezes há a necessidade de se interpor o recurso especial e o extraordinário concomitantemente, um estaria aperfeiçoado enquanto o outro não, realidade contrastante com a idéia de segurança jurídica.

Recentemente o STJ reviu seu entendimento, exarando alguns julgados conhecendo recursos cuja decisão não expressava a questão federal numericamente, mas cuidava da matéria jurídica de forma implícita, entrando em constância com o corte suprema¹⁴⁵.

4.2 O USO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS E O PREENCHIMENTO DO PREQUESTIONAMENTO ENQUANTO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Os embargos declaratórios, como ato prequestionador, vêm censurar sempre o vício da omissão no pronunciamento judicial. O primeiro passo para averiguar a eficácia do aclaratório preenchendo o requisito, é buscar, entre os pedidos da parte, a ventilação da matéria federal.

¹⁴⁵ PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. CORRÊNCIA. PENHORA. EMBARGOS DE TERCEIRO. POSSE ORIUNDA DE CONTRATO ARTICULAR DE PERMUTA E CESSÃO DE DIREITOS. LEGITIMIDADE ATIVA. EXISTÊNCIA. REGISTRO MOBILIÁRIO. DESNECESSIDADE. SÚMULA 84/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 1.046, § 1º, DO CPC E DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADOS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional. A exigência tem como desiderato principal impedir a condução a esta Corte de questões federais não debatidas no Tribunal de origem. Hipótese em que, malgrado o acórdão recorrido não tenha feito expressa indicação ao art. 1.046, § 1º, do CPC, a tese jurídica defendida pelos recorrentes – possibilidade de oposição de embargos de terceiro possuidor de imóvel constrito com base em "contrato particular de permuta e cessão de direitos" foi abordada no acórdão recorrido. (REsp 551.076/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 22.08.2006, DJ 18.09.2006 p. 351)

É forçoso concluir que, havendo omissão, seja na sentença terminativa ou mesmo interlocutória¹⁴⁶, sendo o vício decorrente do silêncio do interessado, que não a argüiu a eficácia de norma constitucional ou federal oportunamente, o prequestionamento não poderá mais ser preenchido, pois a matéria estará preclusa, nem os embargos declaratórios têm o condão de gerá-lo.

Destarte, existe a possibilidade, mesmo que remota, de o tribunal na origem conhecer de ofício da matéria federal sem ter sido provocado, inovando em relação aos pedidos, e suprindo ele a omissão da parte, trata-se do prequestionamento complexo, que resgata matéria fadada a preclusão.

Ainda, o juízo *a quo* deve necessariamente conhecer de matérias de ordem pública (encartadas sempre nas normas federais) mesmo sem argüição, casos que podem ensejar prequestionamento do recurso especial ou extraordinário, a despeito da negligência da parte.

Até quando o vício da omissão esteja flagrante, conforme a Súmula 356 do STF¹⁴⁷, ainda se faz necessária decisão aditiva forçada pelo aclaratório para preenchimento do prequestionamento. É bem certo que as cortes superiores não podem suprir o vício, por mais latente que este esteja, por ser do tribunal na origem o juízo natural para esta primeira manifestação.

A jurisprudência predominante do Pretório Excelso, com o enunciado 356, evita antecipação no momento do ingresso na via extraordinária pelo jurisdicionado, sem aperfeiçoar, com o devido rigor, o pronunciamento judicial através do manejo dos embargos, sob pena de preclusão.

Garantindo o prequestionamento aperfeiçoado, a jurisprudência reforça a função de frear o enorme volume de ações que buscam a via extraordinária,

¹⁴⁶ Há possibilidade de interposição de recurso extremo contra decisão interlocutória, após ser impugnada por agravo, que poderá ficar o excepcional retido, quando a decisão em sede de agravo tiver natureza interlocutória, ou mesmo terão processamento imediato, quando esta mesma decisão extinguir o feito, tema trabalhado no tópico relativo aos recursos excepcionais neste trabalho.

¹⁴⁷ Súmula 356 do STF: "O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

reestruturando o sistema seletivo para rediscussão em via extraordinária, o que alargou indubitavelmente o papel dos embargos, e é de se ressaltar, vem apresentando bons resultados na busca pela celeridade processual.

O legislador brasileiro optou por valorar no sistema de controle concreto de constitucionalidade instrumentos sem vinculação *erga omnes*, com enorme abertura da via extraordinária para rediscussão de matéria federal, o que ocasiona verdadeiro vexame social, por procrastinar o processo a ponto de desarticulá-lo da necessidade do interessado.

A jurisprudência, então, depois de potencializada sua liberdade para atuar como fonte do direito, pela Emenda 45, tem assumido o papel de adequar o processo a realidade social, ainda que de forma precária. Em tópico próprio será retomada essa discussão.

Por ser o embargo de declaração um recurso abrangente, podendo ser manejado a qualquer momento no processo, e tendo efeito interruptivo, em muitas das vezes as partes desvirtuam seu sentido de corrigir os vícios intrínsecos do feito, com o propósito de adiar a definitividade do julgado.

Assim a Lei Federal, Lei nº 8.950, de 1994 alterou a redação do art. 538, e de seu parágrafo único¹⁴⁸, passando a sancionar o agente que utilizar dos aclaratórios com fim meramente protelatório¹⁴⁹, prevendo o pagamento multa no montante de 10% do valor da causa.

¹⁴⁸ Art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes. Parágrafo único. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 1994)

¹⁴⁹ A doutrina tem conceituado embargo declaratório como o recurso cujo fim é “atabalhoar o *iter* processual; retardar os efeitos processuais, máxime para se ganhar tempo na interposição de outros recursos; prejudicar a parte *ex adversa*, ainda que reflexamente” (ARRUDA, Ígor Araújo de. O inequívoco desiderato procrastinatório nos Embargos Declaratórios. Disponível no sítio < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2938> acesso em 14/10/11.

Malgrado, o Enunciado nº 98 da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça, aduz que pra efeito gerador de prequestionamento os embargos declaratórios não serão considerados protelatórios¹⁵⁰.

A finalidade do óbice recursal é, apenas, abonar o volume de ações julgadas nas cortes superiores, e não de reduzir o poder de recorribilidade do litigante, assim foi conferida toda liberdade de embargar decisões omissas, inclusive, retirando presunção de prejuízo processual, que pairava sobre o aclaratório cujo propósito era suprir o pré-requisito.

Percebe-se facilmente que, a despeito da existência do prequestionamento no procedimento dos excepcionais, qualquer ação judicial ainda poderá atingir a via extraordinária, desde que esteja demonstrada a discussão em torno da eficácia de norma federal, no mais das vezes, depende do aclaratório para seu preenchimento.

4.3 O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DE ÓBICES RECURSAIS ESPECÍFICOS PARA OS RECURSOS EXCEPCIONAIS APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004.

A reformulação de bases empreendida Emenda Constitucional (EC) nº 45 atingiu principalmente a organização do Poder Judiciário, e por essa razão ficou conhecida vulgarmente como reforma do judiciário, mas, certamente, a extensão de seus efeitos é bem mais ampla, na verdade, todo o direito positivo lhe deve reverência.

Foi marco que aproximou o Estado da filosofia unitarista de Hans Kelsen¹⁵¹, para quem material e processual são componentes de uma só realidade interdependente, e a decisão judicial equânime e imparcial, fundada na norma abstrata, é a verdadeira e última finalidade Direito.

¹⁵⁰ STJ Súmula nº 98: "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório"

¹⁵¹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 5.ed. Coimbra: Sucessor, 1979.

Esta é uma das maiores contribuições do positivismo jurídico, compreender o Direito pelo prisma do processo decisório¹⁵², articulando a atividade jurisdicional a realidade dinâmica da sociedade.

É bem certo que, o papel da jurisprudência, nessa esteira, pode ser dividido antes e depois da EC nº 45 de 2004, onde no primeiro momento a atividade dos tribunais consistia em efetivar o Direito sem participar de sua construção, apenas reproduzindo a vontade legislativa, lógica esta que foi abandonada graças a reforma.

Atualmente, se pode afirmar, sem maiores indagações, que a jurisprudência funciona como verdadeira fonte do Direito, cujo principal papel é articular as normas em abstrato às vicissitudes dos problemas sociais em constância com os reclames do influxo histórico.

O país atravessa uma fase em que a principal mola de mudança no campo processual é a necessidade de atingir a celeridade na prestação jurisdicional, para tanto, desde a promulgação da Emenda n. 45, tem-se empreendido uma série de políticas para lograr êxito nessa empreitada.

Entre outras medidas, foi amplamente estimulado o uso de institutos capazes de dirimir o conflito extrajudicialmente¹⁵³, na esperança de diminuir o volume de processos a espera de julgamento pelo judiciário.

Contudo, não se percebeu o sucesso esperado¹⁵⁴, a busca pela via judicial continuou a crescer no Brasil¹⁵⁵, foi forçosa, então, a inclinação para reformas nos procedimentos, ante a ineficácia das medidas paliativas, na esteira da suso citada.

¹⁵² RAMOS RIBEIRO, Paulo de Tarso. *Direito e Processo: Razão Burocracia e Acesso a Justiça*. Max Limonad. São Paulo, 2002. P 31.

¹⁵³ Transação, conciliação, arbitragem, etc.

¹⁵⁴ Maurício Cardoso comentou: "No ano em que a Reforma Constitucional do Judiciário entrou em vigor, o número de processos à espera de julgamento nos três ramos da Justiça de primeira e segunda instância aumentou em 1,3 milhão. De 57,5 milhões em 2004, a montanha de processos nos escaninhos do Judiciário brasileiro passou para 58,8 milhões em 2005. Os números, os mais recentes sobre o andamento da Justiça no país, fazem parte do levantamento *Justiça em Números — Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário*, publicados pelo Conselho Nacional de Justiça em sua página na internet. (CARDOSO, Maurício JUSTIÇA EM NÚMEROS: Apesar Dos Esforços, Cresce Número De Processos Na Justiça. Artigo Publicado na Revista Consultor Jurídico, 14 de fevereiro de 2007. Disponível no Sítio: <

Além dos remendos feitos na lei adjetiva, já comentados no primeiro capítulo deste trabalho, é destaque a atuação jurisprudencial, como agente transformador do interprocedimental, especialmente no que se refere ao direito de recorrer.

A atuação do Pretório Excelso estabelecendo óbices recursais, a exemplo de inexistência de súmula impeditiva de recurso, ou o prequestionamento, ilustra bem a passagem de meros aplicadores da vontade legislativa, fonte do Direito.

Não seria possível, antes da reforma do judiciário, a criação de óbice recursal por enunciado jurisprudencial, pois se tratava de matéria disciplinada exclusivamente por lei federal, ou, por emenda a Constituição.

Fato este que leva a concluir, indubitavelmente, que há uma mudança de base, abandono do tradicional dualismo entre direito material e adjetivo (onde o processo teria fim em si mesmo), que engessava o aplicador do Direito com arcaicos formalismos, e confere liberdade a quem está em contato direto com o processo que são os tribunais.

http://www.conjur.com.br/2007-fev-14/apesar_esforços_cresce_quantidade_processos> Acesso em 13/10/11)

¹⁵⁵ Impulsionada pela pujança econômica do país, e pelo o acesso fácil, barato, e dinâmico a informação, foi gerada uma consciência social de consumo que até então não existia, e o jurisdicionado passou a buscar mais a defesa de seus interesses.

5 CONCLUSÃO

Conforme anotações colacionadas neste trabalho, percebe-se, facilmente, que todo o sistema processual brasileiro está passando por latente processo de evolução, abandonando os procedimentos intrincados que emprestavam o Código de Bizaiud, e caminhando na esteira do fenômeno sincrético, imprimindo simplicidade aos procedimentos e resultados uteis à prestação jurisdicional, articulado-a aos propósitos da justiça.

Entre todas as subdivisões do processo civil, pode-se afirmar que a mais afetada materialmente foi à seara recursal, por ser tida como grande responsável pela procrastinação do processo no tempo, o legislador ordinário tem, sistemicamente, reduzido o poder de recorribilidade da parte na ação judicial.

Essa tendência sincrética, que tem guiado as emendas feitas a atual Código de Processo Civil, é a base filosófica do anteprojeto do novo diploma adjetivo, que já tramita no Congresso Nacional, que, se mantiver a atual conjectura, além de limitar o uso dos recursos na via ordinária, acentuará o rigor na avaliação de admissibilidade dos recursos extraordinários.

De fato, no Brasil, o extenso rol de recursos que suspendem e interrompem a fluência processual embaraça o direito dos jurisdicionados a um lúdimo processo legal, fazendo com que o tempo gasto no julgamento das inúmeras impugnações das decisões prolongue a litispendência indefinidamente, chegando-se ao ponto de se afirmar que, atualmente, o processo judicial corresponde a um verdadeiro problema social.

Na verdade, o volume de certeza na decisão judicial não se mostra mensurável pelo volume de recursos dispostos em favor dos sucumbentes, há que se lembrar que o recorrente não pode se fundar em mero inconformismo para atacar os pronunciamentos judiciais, sem gozar de equação lógica e razões contundentes para pedir reformulação da decisão pelo órgão colegiado.

Na via extraordinária o problema se torna ainda mais flagrante, conforme se demonstrou linhas acima, a abertura para se argüir controle constitucional pela via recursal é ampla, havendo poucos instrumentos para filtrar quais ações judiciais deveriam atingir a via extraordinária, em razão disso se acumulam ações a espera de julgamento nas cortes de jurisdição superior, desconfigurando o caráter de excepcionalidade dos recursos especial e extraordinário.

Daí a jurisprudência, que depois da “reforma do judiciário” atua mais livremente como fonte normativa, ter articulado o prequestionamento como meio de qualificar o rigor no juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, funcionando, assim, em duas linhas: a primeira é amortecer o volume de ação que chegam ao conhecimento das cortes superiores (interesse coletivo); a segunda é promover a definitividade do julgado ainda na origem, fazendo coisa julgada sem necessidade de revisão extraordinária (interesse da parte).

Se por um lado com essa medida se reduziu as hipóteses seguimento dos excepcionais, por outro, foi ampliada significativamente a importância instrumental dos embargos declaratórios, cumpre lembrar, como já exposto linhas supra, que o papel dos aclaratórios é justamente assegurar uma fundamentação completa da decisão judicial, na linha do art. 93, IX da Constituição Federal, entre os vícios intelectórios combatidos pelo recurso, está a omissão.

O prequestionamento consiste na ventilação da matéria federal na decisão em via ordinária atacada pelo recurso excepcional, e não raras vezes o tribunal na origem é omissos e não fundamenta satisfatoriamente a decisão deixando de se manifestar quanto a norma objetiva, esse sistema fez com que se multiplicassem os embargos declaratórios com intuito de preencher o dito requisito, surgindo entre os operadores do direito polêmica se haveria ou não caráter protelatório no manejo com esse objetivo.

O Pretório Excelso, além de determinar que os embargos declaratórios visando o prequestionamento não serão considerados protelatórios, ainda determinou

que os pontos omissos nos quais não foram opostos embargos não poderão ser objeto de recursos excepcionais.

Em síntese conclusiva, pode se afirmar que a reforma de base jurídico-filosófica, que alargou o poder ativo da jurisprudência na construção da lógica do Direito, revelando a necessidade do processo judicial articular-se com o direito material, muito embora ainda não tenha atingido resultados categóricos (até porque tais mudanças não se encontram sedimentadas nos costumes judiciários), aponta indubitavelmente para a construção de uma justiça mais célere, sem se prejudicar-lhe a segurança.

6 REFERENCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível no Sítio < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 24 de outubro de 2011.

_____. LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível no Sítio < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm> Acesso em 24 de outubro de 2011.

_____. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. Disponível no Sítio < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 24 de outubro de 2011.

_____. LEI Nº 11.187, DE 19 DE OUTUBRO DE 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências. Disponível no Sítio < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11187.htm> Acesso em 24 de outubro de 2011.

_____. LEI Nº 11.232, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Disponível no Sítio < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11232.htm> Acesso em 24 de outubro de 2011.

_____. LEI Nº 11.276, DE 7 DE FEVEREIRO DE 2006. Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões. Disponível no Sítio < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11276.htm> Acesso em 24 de outubro de 2011.

_____. LEI Nº 11.277, DE 7 DE FEVEREIRO DE 2006. Acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível no Sítio < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11277.htm> Acesso em 24 de outubro de 2011.

_____. LEI Nº 11.280, DE 16 DE FEVEREIRO DE 2006. Altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Disponível no Sítio < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11280.htm> Acesso em 24 de outubro de 2011.

ARRUDA, Ígor Araújo de. O inequívoco desiderato procrastinatório nos Embargos Declaratórios. Disponível no sítio < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2938> acesso em 14/10/11.

ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

BORTOLI, Adriano de. *Garantismo Jurídico, Estado Constitucional De Direito E Administração Pública*. Disponível no Sítio < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/adriano_de_bortoli.pdf> Acesso em 05 de outubro de 2010.

CALURI, Lucas Naif. *SISTEMA RECURSAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL*. Disponível no sítio < <https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/VFJVAWXXMKDO.pdf>> Acesso em 22 de setembro de 2011.

CARDOSO, Maurício *JUSTIÇA EM NÚMEROS: Apesar Dos Esforços, Cresce Número De Processos Na Justiça*. *Revista Consultor Jurídico*, 14 de fevereiro de 2007. Disponível no Sítio: < http://www.conjur.com.br/2007-fev-14/apesar_esforços_cresce_quantidade_processos> Acesso em 13/10/11)

CUNHA JUNIOR., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática*. 2ªEd. 2007. Editora JusPODIVM.

DE CAMPOS, Odete Camargo. *TEORIA GERAL DOS RECURSOS*. Disponível no sítio < <http://www.webartigos.com/articles/5384/1/Processo-Civil---Recursos/pagina1.html#ixzz1YjXOPT4w>> Acesso em 22 de setembro de 2011.

FERNANDEZ, Monica Tonetto. *DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO*. Disponível no Sítio < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev11.htm>> Acesso em 24 de setembro de 2011.

FREITAS, Roberto da Silva. *Algumas Considerações Sobre O Recurso Especial Retido*. Disponível no sítio < <http://jus.com.br/revista/texto/8161/algumas-consideracoes-sobre-o-recurso-especial-retido>> acesso em 13/09/11.

GROSSMAN, Jacksohn. *NOVO CPC: SUPRESSÃO DE RECURSOS E OUTRAS QUESTÕES*. Disponível no Sítio: <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-3735.pdf>

HENRIQUE, Anne Cristiny dos Reis. *O Princípio Da Proibição Da "Reformatio In Pejus" E Seus Princípios Correlatos "Reformatio In Pejus" Indireta E "Reformatio In Melius"*. Disponível no Sítio < <http://jus.com.br/revista/texto/7289/o-principio-da-proibicao-da-reformatio-in-pejus-e-seus-principios-correlatos>> acesso em 23 de setembro de 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Repercussão Geral No Recurso Extraordinário (Lei Nº 11.418) E Súmula Vinculante Do Supremo Tribunal Federal (Lei Nº 11.417)*. Publicada no *Juris Síntese* nº 70 - MAR/ABR de 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. 7 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MARTINHO, Jorge Eduardo de Souza. *Breves Reflexões sobre o Sincretismo Processual e a Efetividade da Tutela Jurisdicional*. Disponível no Sítio < http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/5569/Breves_Reflexoes_sobre_o_Sincretismo_Processual_e_a_Efetividade_da_Tutela_Jurisdicional> Acesso em 18/09/11)

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1998.

MELLO, Vanessa Pavani. *Dos Recursos Extraordinário e Especial*. disponível no Sítio < <http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9493> acesso em 24 de setembro de 2011.

MONTENEGRO FILHO, Misael, Curso de Direito Processual Civil, v. 2. 6 Ed. São Paulo, Atlas, 2010.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Processo Civil: Técnicas E Procedimentos. 3ªEd. São Paulo: Atlas, 2010.

NERY JUNIOR., Nelson. WAMBIER, Tereza. Aspectos Polêmicos E Atuais Dos Recursos Cíveis E Outras Formas De Impugnação As Decisões Judiciais. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos. São Paulo: RT, 2003.

NETO, Djalma Andrade da Silva. A aplicabilidade do duplo grau de jurisdição em face à necessária efetividade do processo. Disponível no sítio < <http://jus.com.br/revista/texto/10032/a-aplicabilidade-do-duplo-grau-de-juris-dicao-em-face-a-necessaria-efetividade-do-processo> > Acesso em 22 de setembro de 2011.

NÓBREGA, Gilson Roberto. Prequestionamento - Aspectos fundamentais disponível no Sítio <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1743/Prequestionamento-Aspectos-fundamentais>> Acesso em 12/10/2011.

O'DWYER, Pedro Diniz Gonçalves. PREQUESTIONAMENTO E RECURSOS EXCEPCIONAIS. Disponível no Sítio http://www.juspodivm.com.brprequestionamento_e_recursos_excepcionais> Acesso em 11 de outubro de 2011.

ORIONE NETO, Luiz. Recursos Cíveis. São Paulo: Editora Saraiva, 2003

PAGANO, Cláudio Miranda. O sincretismo processual e as medidas de urgência. Disponível no sítio < <http://jus.com.br/revista/texto/9638/o-sincretismo-processual-e-as-medidas-de-urgencia>> Acesso em 18/09/11

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. Os Pressupostos De Admissibilidade Recursal. Disponível no Sítio < <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.5241>> Acesso em 24 de setembro de 2011.

PAVANI, Vanessa Roda. Dos Recursos Extraordinário e Especial. disponível no Sítio < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9493> acesso em 24 de setembro de 2011.

RAMOS RIBEIRO, Paulo de Tarso. Direito e Processo: Razão Burocracia e Acesso a Justiça. Max Limonad. São Paulo, 2002. P 31.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 299.

KLIPPEL, Rodrigo. O PREQUESTIONAMENTO E A JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO STJ E DO STF. Disponível no Sítio < <http://www.panoptica.org/janeiro2007pdf/6Opquestionamentoeajurisprudenciarecentedostjedostf.pdf>>

SANSANA Maureen Cristina, NOGARA Bruno Botto Portugal. Expectativas Trazidas Pelo Anteprojeto Do Novo Código De Processo Civil Para O Tratamento Das Tutelas De Urgência. Disponível no Sítio <

<http://jus.com.br/revista/texto/18476/expectativas-trazidas-pelo-anteprojeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-para-o-tratamento-das-tutelas-de-urgencia/2>>)

SEHNEM, Felix. Embargos declaratórios. Disponível no Sítio <<http://jus.com.br/revista/texto/3681/embargos-declaratorios>> Acesso em 20/09/11

SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. 4ª ed. São Paulo: Saraiva.

TIBÚRCIO, Flávio Corrêa. Embargos Declaratórios com Efeito Modificativo Pleno. Disponível no sítio <<http://jus.com.br/revista/texto/3770/embargos-declaratorios-com-efeito-modificativo-pleno>>

VIGNOLI, Eline de Moraes Zarro. Marbury X Madison. Conteúdo disponível no sítio <http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/index.php?title=Marbury_X_Madison&redirect=no> acesso em 04/09/2011.