



Marilene Brodzinski: O exaurimento prévio das instâncias ordinárias

Recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida no AgRg no REsp 1.231.070-ES (Corte Especial, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 3/10/2012) reafirmou tradicional, e ainda caro, requisito de admissibilidade do recurso especial, qual seja, o do necessário exaurimento da instância ordinária.

Também recente entendimento, da Segunda Turma do STJ, reafirmou o necessário exaurimento em epígrafe, inclusive, em sede de recurso ordinário em mandado de segurança, conforme será melhor analisado nas linhas que seguem.

Já em 1963, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 281, que diz: *É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.*

Posteriormente, em abono ao entendimento consolidado da Suprema Corte, o próprio Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 207, que é mais específica: *É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no Tribunal de origem.*

Não se desconhecem as críticas a respeito da pretensa “prevalência da forma sobre o conteúdo”, ou do pretenso “formalismo exacerbado” encerrado em tal entendimento. Em verdade, entendo que o fato de um entendimento ser “antigo” não justifica, *per si*, mudança de rumo na jurisprudência das Cortes Superiores, sobretudo quando, conforme abaixo, subsistem fundamentos jurídicos bastantes para sua manutenção.

Do mesmo modo, a crítica segundo a qual os precedentes do Supremo Tribunal Federal, que ensejaram a edição da Súmula 281, tratavam de hipótese diversa, também não se justifica à luz da prática jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, ao longo das duas décadas de atuação, conforme, aliás, atesta o teor da Súmula 207.

No precedente supracitado, o Superior Tribunal de Justiça negou seguimento a recurso especial ajuizado contra decisão colegiada proferida em acórdão lavrado em embargos de declaração contra decisão monocrática de relator, sob o fundamento de que inexistiria, na espécie, o necessário exaurimento da instância ordinária.

Naquela assentada, a Corte Superior, nos termos do voto do Eminentíssimo Ministro Castro Meira, reafirmou que “quando o órgão colegiado aprecia embargos de declaração opostos contra decisão monocrática, em verdade, não examina a controvérsia, mas apenas afere se há um dos vícios indicados no artigo 535, I e II, do CPC”.



Abstraindo-se a hipótese, não rara, de ofensa, ou dissídio pretoriano, em relação ao próprio artigo 535 do CPC, quanto, então, a insurgência especial seria cabível, por este motivo, a sábia decisão do Superior Tribunal de Justiça prestigia, em verdade, as instâncias ordinárias do Poder Judiciário nacional vez que somente admite processar e julgar o recurso especial quando a controvérsia de fundo, se acaso subsumir-se nas disposições do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, for efetivamente enfrentada em decisão local por Tribunal.

Isto é positivo, já que oportuniza aos tribunais locais apreciar e aplicar, em seu âmbito de competência jurisdicional, o direito federal, da forma como melhor entender, obviamente limitados pelas balizas de praxe que decorrem do ofício de julgar, sobretudo a inafastável fundamentação das decisões judiciais.

É dizer, o não enfrentamento da controvérsia de direito federal, pela instância ordinária, é combatida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que entende que tal omissão implica em supressão de instância jurisdicional, em ofensa à competência das Cortes Locais, impedidas, assim, por circunstâncias processuais, em razão das peculiaridades dos recursos manejados pelas partes, de enfrentar a matéria posta.

Em outras palavras, a Corte Local deve enfrentar, em última instância, a controvérsia de direito federal para que se possibilite, ao Superior Tribunal de Justiça, apreciar o recurso especial e realizar o contraste do acervo decisório, nos termos da competência deferida pelo artigo 105, inciso III, da Constituição.

É o acervo decisório, deduzido do enfrentamento da matéria federal posta na espécie, que será analisado pelo Superior Tribunal de Justiça e é imprescindível que a decisão seja do Tribunal, assim entendido como a última etapa da instância ordinária já que esta é, nos termos da Súmula 7 do STJ, soberana no revolvimento do conteúdo probatório e fático dos autos.

Neste sentido, cumpre observar que a expressão “causas decididas, *em única ou última instância*, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios”, contida no artigo 105, inciso III, da Constituição, já demonstra a preocupação de levar à análise do Superior Tribunal de Justiça uma modalidade muito específica de revisão judicial, qual seja, deferiu-se a tal Corte Superior elevada atribuição de guarda do direito federal e tal competência somente pode ser exercida após a apreciação das controvérsias pelos Tribunais Locais.

É o próprio magistério jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Gilson Dipp, ainda, que leciona que “da expressão “única ou última instância”, depreende-se que o recurso especial apenas é cabível quando restarem esgotadas as vias recursais ordinárias, em razão de sua finalidade de preservação da legislação federal infraconstitucional.”[\[1\]](#)

A função uniformizante do entendimento do direito federal do Superior Tribunal de Justiça ficaria comprometida acaso a Corte ultrapassasse os Tribunais Locais na análise da matéria já que, em tal hipótese, inexistiria possibilidade de cotejo fático-analítico para a caracterização de dissenso pretoriano.

Não haveria como comparar os precedentes dos pontos de vista fático, probatório e, via de consequência, jurídico à luz do direito federal. Como uniformizar entendimentos dissonantes sobre fatos e provas não



devidamente analisados pelos Tribunais Locais?

Aliás, no Superior Tribunal de Justiça, o prévio exaurimento da instância ordinária é requisito, inclusive, e ao contrário do que se possa imaginar, para o próprio recurso ordinário em mandado de segurança (artigo 105, inciso II, alínea “b”), insurgência esta, como se sabe, na qual se pode revolver o acervo fático-probatório.

Foi o restou consignado em recente acórdão do STJ de relatoria do Eminentíssimo Ministro Mauro Campbell Marques: “Assim, a não interposição do agravo interno para impugnar a decisão e provocar a manifestação do órgão colegiado quanto ao decidido impede o conhecimento do recurso ordinário, em decorrência do não esgotamento das instâncias ordinárias. Trata-se de erro grosseiro que impede a aplicação do princípio da fungibilidade.”^[2]

Em verdade o entendimento em referência é forma, inclusive, de dar aplicabilidade ao artigo 105, inciso II, alínea “b”, e III, da Constituição, posto que a competência jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça se estrutura, em tais dispositivos, como verdadeira instância revisora das decisões das Cortes Locais, evidentemente com as limitações no que tange à profundidade da cognição.

Não custa recordar que é da essência da atividade jurisdicional exercida pelos Tribunais ser colegiada, ou seja, as decisões das Cortes, em regra, devem ser coletivas. É fundamento da própria existência dos Tribunais sua composição colegiada onde o processo decisório é compartilhado por julgadores mais experientes e tarimbados no (difícil) ofício de julgar o próximo.

Nem mesmo a ampliação dos poderes do relator promovida por sucessivas reformas no Código de Processo Civil, afastou tal concepção. Reconhece-se, como corolário do princípio do Juízo Natural, o princípio da colegialidade como reitor das decisões das Cortes de Justiça, de todas elas, nos termos do artigo 39, da lei 8.038/90.

Neste sentido, a expressão *única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios*, contida nos incisos II e III, do artigo 105, da Constituição, não possui abertura semântica suficiente para abarcar decisão monocrática de relator, sendo ônus processual da parte provocar o colegiado caso queira fazer subir a controvérsia à instância elevada do Superior Tribunal de Justiça, tanto na via especial, como na via ordinária.

Por fim, resta observar que a exigência de exaurimento prévio das instâncias ordinárias também é requisito para a interposição de pedido de suspensão de execução de sentença, liminar ou antecipação de tutela no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Ao lado de não haver tal exigência na Carta Magna, ao contrário do que ocorre no recurso especial e no recurso ordinário em mandado de segurança, e ainda que se reconheça como constitucional o poder geral de cautela da atividade jurisdicional, é fato que a contra-cautela em referência apesar de ter regulação eminentemente ordinária, exige, segundo o Superior Tribunal de Justiça, o exaurimento da via ordinária para que possa ser admitida naquela Corte Superior.

Neste sentido, decisão da Corte Especial, relatada pelo Eminentíssimo Ministro Barros Monteiro: “O novo ou



o segundo pedido de suspensão de liminar a que alude a Lei 8.437/92, artigo 4º, somente tem cabimento da decisão colegiada do Tribunal de segundo grau de jurisdição que, em última análise, nega o pedido originário, de competência monocrática do presidente do Tribunal respectivo. É, portanto, exigível o prévio esgotamento de instância para que se possa ter acesso à excepcional medida de contra-cautela prevista na referida norma legal (AgRg na SL n.50/SC)".[\[3\]](#)

Portanto, também aqui, em sede de suspensão de “segurança”, como é mais conhecido o instituto ora referido, é ônus da Fazenda Pública a apresentação de agravo interno, para o colegiado competente, antes de acessar a instância excepcional do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, deve exaurir a instância ordinária antes de apresentar novo pedido de suspensão na Corte Superior.

Deste modo, merecem ser prestigiadas as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, supra referidas, reafirmadoras do requisito do exaurimento prévio das instâncias ordinárias, não apenas em razão da posição da Corte na organização do Poder Judiciário nacional, e de suas elevadas competências constitucionais, mas, também, pelo acerto das premissas científicas que lhe fundamentaram, notadamente em função da coerência de tal entendimento à luz do federalismo sobre o qual se organiza a Justiça Brasileira.

[\[1\]](#) AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 859.622 – MG (2007?0023121-4), public. 06/08/2007.

[\[2\]](#) AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 38.533 – BA (2012?0142247-0), public. 12/09/2012

[\[3\]](#) AgRg na SLS .240/DF, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, CORTE ESPECIAL, julgado em 30/06/2006, DJ 21/08/2006, p. 204

Date Created

18/10/2012