

11

OS RECURSOS PROCESSUAIS EM DIREITO DE FAMÍLIA

Newton Teixeira Carvalho

1. INTRODUÇÃO

Vemos os recursos, no direito processual civil, como técnicas de controle das decisões judiciais e também instituto indispensável e necessário à revisão destas decisões, diante do inconformismo de uma ou de ambas as partes. Portanto, na nossa visão amplíssima e evitando discussões doutrinárias outras, consideramos até mesmo a ação rescisória, a ação anulatória e o mandado de segurança como espécies de recursos.

Também discordamos de algumas propostas que, com o escopo de encurtar o tempo das decisões judiciais, pugnam pela extinção dos recursos, como aconteceu, por exemplo, nos Juizados Especiais, com o sepultamento do recurso de agravo, seja na modalidade retida ou instrumental e, por conseguinte, com a ressuscitação, naquela Justiça, do mandado de segurança, como sucedâneo de recurso, mormente diante de decisões teratológicas.

Igualmente consideramos que, o direito ao recurso é respeitado se a revisão ocorrer por um órgão superior, hierarquicamente falando. Portanto, decisões de Juízes de primeira instância, somente o Tribunal é o órgão competente para reformá-la. Há necessidade de verticalização dos recursos e não de sua horizontalização, como vem acontecendo, a exemplo do que ocorreu no Juizado Especial, com a criação das Turmas Recursais.

Na verdade, se o direito de ação e o de defesa são garantidos, constitucionalmente, através do devido processo legal, extirpar recursos do ordenamento jurídico é cercear o direito das partes que atuam no processo, como procedimento em contraditório, de pugnar pela revisão de uma decisão judicial, com a qual não concorda, seja total ou parcialmente.

Ora, se o devido processo legal é garantia constitucional e se há descumprimento por parte do julgador do contraditório, de ampla defesa e da isonomia, acabar com os recursos, quando desprezados tais princípios fundantes do processo, é ensejar a propositura de ação rescisória (que foi proibida no Juizado Especial) ou até mesmo ação anulatória, eis que descumprida foi a Constituição Republicana na ausência do devido processo legal.

Portanto, o que poderia ser revisto e corrigido nos próprios autos do processo, através de recurso próprio, se tolhido este, poderá ser reexaminado em outra ação, com repetições de atos e conseqüente desânimo, principalmente por parte do vencedor, eis que haverá, no caso, frustração de expectativa.

Conseqüentemente, nessa discussão tentaremos imprimir um rito prático e debater assuntos que repercutem, diariamente, nos Juízos Familiaristas, tais como o processo como procedimento em contraditório; o princípio da unirecorribilidade, os prequestionamentos e reexame de provas nos recursos especial e extraordinário, dentre outros assuntos, de suma importância no Direito das Famílias, sempre a exigir decisões mais céleres e efetivas, sem prejuízo do contraditório.

2. APLICAÇÃO, PELOS TRIBUNAIS, DO ARTIGO 515, PARÁGRAFO 3º E 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O parágrafo 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil permite ao Tribunal, ao dar provimento ao recurso de apelação, interposto contra sentença terminativa, decidir, desde logo, o mérito, se a matéria em análise for exclusivamente de direito.

Pensamos que esse dispositivo legal poderá ser lido e acrescido do disposto no art. 330 do Código de Processo Civil, ou seja, não somente quando a matéria for unicamente de direito, o Tribunal poderá deci-

dir, desde logo, como também quando, “sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”. Evidentemente que, onde se lê audiência, leia-se: em primeira instância.

O parágrafo 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil tem aplicação plena, principalmente quando, após colhidas as provas em audiência, o juiz resolve extinguir o processo, sem enfrentamento de mérito, por falta de pressuposto processual ou condições de ação.

Poderíamos entender, numa análise apressada, que esse dispositivo legal em discussão suprimiria instância. Porém, não é o que ocorre, principalmente quando já há colheita de prova testemunhal e a extinção dos autos do processo, sem enfrentamento de mérito, ocorreu após audiência de instrução e julgamento. O Tribunal, neste caso, estaria aproveitando a prova já existente. O absurdo é, como acontecia anteriormente, determinar o retorno dos autos à primeira instância, apenas para lavratura de nova sentença.

Do mesmo modo não haveria supressão de instância quando as próprias partes pugnassem pelo julgamento antecipado da lide e o juiz extinguisse os autos do processo, sem resolução de mérito. Havendo recurso o Tribunal deverá, se acatá-lo, já pronunciar-se sobre o mérito, de chofre.

Ressalta-se que, se o dispositivo legal em comento autoriza o Tribunal adentrar no mérito, se acatar recurso contra sentença terminativa, com maior razão também o próprio Tribunal deverá julgar o mérito, quando houver julgamento *extra petita* ou quando a sentença for omissa, em sua integralidade, em matéria exclusivamente de direito ou que não carecer mais de provas.

Com efeito, os julgamentos *ultra*, *extra* ou *cita petita* podem ser corrigidos, em primeira instância, através de embargos declaratórios. Porém, se não ofertados aludidos embargos, ainda em primeira instância, no julgamento do próprio recurso de apelação, o Tribunal poderá expugar, da sentença, o excesso (julgamento *ultra petita*) ou incluir o pedido não analisado (*citra petita*) ou, ainda, julgar o mérito, em consonância com o debate estabelecido no juízo *a quo*, retirando o extra e analisando, corretamente, o pedido.

Antes do advento do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, em se tratando de julgamento *extra petita*, necessariamente o Tribu-

nal tinha que anular a sentença, eis que o juiz julgou fora do que foi objeto de debate, em primeira instância.

Entretanto e com lastro no dispositivo legal em comento, o Tribunal poderá, agora, tranquilamente, proferir novo julgamento, eis que a matéria fática já restou superada, em primeira instância, com a colheita das provas ou por ser exclusivamente de direito.

Ora, se mesmo nos julgamentos, sem enfretamento de mérito, o Tribunal, uma vez preenchidos os requisitos do art. 515, § 3º, do CPC, pode julgar o mérito, com maior razão também poderá julgar, sem necessidade de anular a sentença omissa, em se tratando de questões meritórias, meramente de direito ou que não careçam mais de provas.

Este exemplo ilustra bem nosso entendimento: em uma ação de dissolução de união estável cumulada com partilha de bens, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais houve por bem anular a sentença, eis que o Juiz esqueceu de partilhar um dos bens, cuja prova da aquisição, durante o período de união estável, se encontrava, de sobejo, comprovada nos autos. Os demais bens foram partilhados.

Portanto, bastava ao Tribunal, uma vez confirmada a união estável, no período da aquisição do bem que, por emissão do Julgador, não foi partilhado, efetuar a meaçaõ, normalmente, com lastro no artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil, eis que estamos diante de questão meramente de direito, ou que não carecia mais de prova, face ao reconhecimento da união estável e na inexistência de documento dispensando a comunicabilidade de tal bem.

Acerca do disposto no artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, assim doutrinam:

Condições de julgamento imediato. Embora da norma conste a aditiva 'e', indicando que o tribunal só pode julgar o mérito se se tratar de matéria exclusivamente de direito e a causa estiver em condições de julgamento imediato, é possível o julgamento de mérito pelo tribunal, quando a causa estiver madura para tanto. Exemplo disso ocorre quando é feita toda a instrução, mas o juiz extingue o processo por ilegitimidade passiva de parte (CPC 267 VI). O Tribunal, entendendo que as partes são legítimas, pode dar provimento à apelação, afastando a carência e julgando o mérito, pois essa matéria já terá sido amplamente debatida e discuti-

da no processo. Esse é o sentido teleológico da norma: economia processual.” (Código de Processo Civil Comentado. 10. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 857).

Do mesmo modo, salutar é o § 4º do artigo 515 do Código de Processo Civil, a permitir que, em segunda instância, as nulidades sanáveis sejam corrigidas, mediante a realização ou renovação de ato processual.

Esse mencionado dispositivo legal tem plena aplicação, principalmente quando se trata de pressupostos processuais sanáveis, a exemplo da ausência ou irregularidade de procuração. Antes, não era incomum, constatando o Tribunal a ausência de procuração por parte do autor, a extinção do feito, sem resolução de mérito, o mesmo acontecendo com a ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação.

Entretanto, faltando pressupostos processuais sanáveis, o equívoco deverá ser corrigido no próprio Tribunal. Fortalecido restou, face ao disposto no § 4º do artigo 515 do Código de Processo Civil dois princípios processuais: *economia processual e busca da verdade real*.

Porém, permitam-nos ir um pouco mais adiante, sempre buscando efetividade plena às normas processuais e na busca da verdade real, sem repetições de atos desnecessários. Pensamos que, ainda com lastro no art. 515, § 4º do Código de Processo Civil, o Tribunal, em vez de anular a sentença, por cerceamento de defesa, poderá determinar que a perícia seja realizada, baixando, inclusive, os autos em diligências ou até mesmo determinando a oitiva de testemunhas, sanando possível nulidade para, posteriormente, julgar o recurso ofertado.

3. DESNECESSIDADE DE AGRAVO, QUANDO EM DISCUSSÃO A AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

FAZZALARI,¹ antes de definir processo, partiu da premissa inicial de procedimento. Segundo seus ensinamentos, todos os atos estatais emanados do ordenamento jurídico (provimentos), devem, necessariamente, ser precedidos de uma sequência de atos preparatórios e

¹ FAZZALARI, Elio. *Instituzioni Di Diritto Processuale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1992.

previstos em normas jurídicas. Esta sequência antecedente do provimento é o que se denomina procedimento.

Segundo se observa de FAZZALARI, o procedimento seria uma sequência de atos, previstos em normas jurídicas, necessários à obtenção de um provimento estatal, e não mera exteriorização fenomenológica do processo. *O processo advém do procedimento e não este do processo.*

Portanto, não é o procedimento mero ato exterior do processo, como pretendem os instrumentalistas e que acabam diluindo o procedimento no processo, absorvendo-o e, por conseguinte, anulando a importante e hoje necessária distinção entre ambos.

Não se pode negar, no contexto jurídico desenvolvido por FAZZALARI, a importância do estudo do procedimento, pois deste instituto, enquanto gênero, advém a noção de processo. A cadeia procedimental da qual nos fala FAZZALARI seria o campo de atuação do contraditório, seu extrato normativo, onde o interessado, valendo-se de direitos e faculdades, exerceria a real possibilidade de contradizer o outro interessado na formação do provimento, defendendo direitos, pretensões e interesses legítimos.

Através da participação do interessado no procedimento para obtenção do provimento estatal, com real possibilidade de dizer e contradizer o copartícipe e em igualdade de situações e condições, *é que a decisão estatal adquire caráter de legitimidade, adjetivo fundamental em um Estado de Direito Democrático.*

A inclusão do interessado na cadeia procedimental, quando o ato final a ser emanado (provimento) venha afetar sua esfera jurídica, é indispensável para que o ato seja legítimo. Esta participação se dará através do contraditório, conferindo-se ao interessado a possibilidade real de manifestar e contradizer o ato final.

Os ideais desenvolvidos por FAZZALARI nos idos da década de 1970, iniciaram um processo de nacionalização em face do direito brasileiro, a ponto da doutrina pátria reconhecer a importância da definição de processo como procedimento em contraditório.

Ainda não se pode afirmar que o conceito de processo como relação jurídica encontra-se superado entre nossos doutrinadores, mas

autorizadas vozes do Direito Processual já levantam a bandeira de FAZZALARI, a ponto de *consignarem a presença do contraditório como fator preponderante para distinção entre procedimento e processo*.

DINAMARCO, apesar de ainda filiar-se à teoria do processo como relação jurídica entre pessoas – conhecida também como Teoria Instrumentalista – analisando tópicos acerca da Teoria Geral do Processo e inclusive citando FAZZALARI, ressaltou a importância do contraditório no desenvolvimento do processo, bem como a necessária presença da cláusula *due process of law* como critério de legitimação do provimento:

O que caracteriza fundamentalmente o processo é a celebração contraditória do procedimento, assegurada a participação dos interessados mediante exercício das faculdades e poderes integrantes da relação jurídica processual. A observância do procedimento em si próprio e dos níveis constitucionais satisfatórios de participação efetiva e equilibrada, segundo a generosa cláusula *due process of law*, é que legitima o ato final do processo, vinculativo dos participantes. (2002, p. 79).

Acerca do tema e já numa construção própria e bem mais adiantada, inclusive com relação à Fazzalari, acrescenta Rosemiro Pereira Leal² que,

Com efeito, o devido processo constitucional, como instituição constitucionaliza, explicita-se pelos elementos do contraditório, ampla defesa e isonomia configurativos de sua teorização, afirmando-se como referente jurídico-discursivo da procedimentação em todos os níveis de atuação da Comunidade Jurídica. A teoria neo-institucionalista do processo tem comprometimentos com a teorização do Direito Democrático, tornando-se impraticável num regime jurídico que esteja ainda identificado com os velhos conceitos de Estado de Direito ou Estado Social de Direito, por suas variadas formas de gestão econômica e de governo (liberal, parlamentar, republicana, presidencialista, monárquica). (2008, p. 88).

NANCI SILVA, perquirindo a importância do contraditório em relação ao processo e vinculando a participação no procedimento dos

² LEAL, Rosemiro Pereira, *Teoria Geral do Processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

sujeitos interessados em seus efeitos, apresenta, em defesa explícita à tese defendida por FAZZALARI, o seguinte discurso:

O contraditório não é audiência bilateral, mas, sim, o direito de a parte ser ouvida. A essência desse princípio é o direito de participação no processo, em simétrica paridade, daqueles que são interessados porque sofrerão seus efeitos. (1996, p. 70)

Em obra onde apresenta estudo sistemático sobre a importância da Jurisdição Constitucional, NANJI SILVA também alerta que o contraditório pressupõe igualdade de poderes e direitos às partes interessadas, pois, segundo a autora:

O contraditório, ao garantir a igualdade das partes envolvidas, assegura-lhes poderes e direitos iguais. Trata-se da principal consequência do tratamento igualitário das partes e consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão com a garantia plena de defesa e reação durante todo o curso do processo. (2002, p. 135)

Portanto, somente haverá processo se presente o contraditório, a ampla defesa e a isonomia. Ausente um destes princípios, estamos diante de mero procedimento e, por conseguinte, desrespeitada foi a Constituição Republicana de 1988.

Na verdade, os princípios, ampla defesa e isonomia, estão compreendidos no contraditório. Havendo cerceamento de defesa e/ou quebra do princípio isonômico, também o contraditório não foi observado.

Assim, se em primeira instância houve cerceamento de defesa, com o indeferimento, pelo juiz, por exemplo, de uma prova, mesmo na ausência de agravo de instrumento, o assunto, nas razões ou contra-razões de apelação poderá ser ressuscitado, eis que, a partir do momento em que houve cerceamento de defesa não há mais que se falar em processo, mais sim em simples procedimento. Portanto, o princípio constitucional, do devido processo legal, foi descumprido, matéria de ordem pública, a repelir o instituto da preclusão.

Destarte, o Tribunal poderá reexaminar, mesmo na ausência de agravo, o assunto e, se for o caso, aplicar o disposto no artigo 515 § 3º do Código de Processo Civil, isto é, determinar a realização do ato, para somente depois prosseguir o julgamento. Não há, sob nosso entendimento, necessidade de anular o feito, mas sim de completá-lo,

desprezando mero procedimento e retornando ao processo, com a observância do contraditório.

Entretanto e se recurso algum foi ofertado, quer nos parecer que a ausência de processo poderá ser questionada em ação rescisória ou ação anulatória de ato jurídico, face à ausência de processo.

4. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE

Para cada decisão, um único recurso. Ofertado dois ou mais recursos contra a mesma decisão, somente o primeiro é que será admissível³. O princípio da unirrecorribilidade ou da unicidade é implícito no sistema recursal brasileiro. No Código de Processo Civil anterior (CPC/39) estava previsto no art. 809.

Logo e considerando que a regra, atualmente, é o manejo do agravo retido, com relação às decisões proferidas em audiência, salvo quando se tratar de decisão grave e de difícil reparação (art. 522 do CPC), necessário é observar aludido princípio, mormente quando se tratar de decisões proferidas em audiência.

Temos exemplo, recente, na 1ª Vara de Família de Belo Horizonte, na qual sou Juiz Familiarista há 12 (doze) anos, quando minoramos os alimentos provisórios, em audiência de instrução e julgamento da própria ação de alimentos. O advogado da alimentada ofertou agravo retido e a decisão atacada foi mantida por nós. Posteriormente e no prazo legal ofertou a alimentada também agravo de instrumento ainda não julgado. Todavia e em razão do princípio da unirrecorribilidade, o agravo de instrumento não pode ser conhecido.

Na execução indireta, verifica-se que o executado, pretendendo ilidir o decreto prisional, oferta agravo de instrumento. Improvido tal recurso, posteriormente impetra *Habeas Corpus*, o que não é possível, eis que, de entender-se o *HC* também como recurso, no sentido

³ Acerca do tema, o Desembargador Célio César Paduani, do TJMG, afirmou: “No sistema processual brasileiro vige o princípio da singularidade, da unirrecorribilidade ou da unicidade recursal – para cada ato judicial recorrível há um único recurso previsto pelo ordenamento, vedada a interposição simultânea ou cumulativa de mais outro, visando à impugnação de um mesmo comando judicial.” Processo n. 1.0699.06.059583-1/001(1), julgado em 04/10/2007 e publicado em 11/10/2007.

amplo e, por conseguinte, contra uma mesma decisão está havendo manejo de dois recursos. Inobservado restará o princípio da univocidade. Demonstraremos abaixo, quando tratarmos de execução indireta, que é cabível também *Habeas Corpus*, desde que, antes, não haja agravo de instrumento. É um ou outro recurso, não ambos, como tem acontecido.

5. PREQUESTIONAMENTO

Inobservado é tal requisito, na maioria dos recursos ofertados perante os Tribunais Estaduais. Na verdade, nas razões ou contra-razões de apelação, necessário é que já haja o prequestionamento, da matéria. Melhor ainda se já em primeira instância iniciar-se o debate acerca do tema. Por exemplo, se se tratar de negativa de Lei Federal, a ensejar recurso especial, dizer qual o artigo que poderá ser desrespeitado se a decisão de primeira instância for diferente da almejada. No caso de descumprimento da Constituição Federal, a permitir recurso extraordinário, qual o artigo daquela Lei Maior pode ser maculado.

E, caso o Tribunal não se pronuncie acerca do prequestionamento, não deixar de ofertar os chamados embargos declaratórios prequestionadores, evitando que o recurso, especial ou extraordinário, não sejam inadmitidos, já que a jurisprudência, pacífica, entende que o prequestionamento é requisito especial de admissibilidade dos recursos extraordinários.

Discordamos do verbete n. 211 da Súmula do STJ a determinar: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

A contrapor o equívoco acima, decidiu o STF no RE 219934-SP⁴, que a simples interposição dos embargos de declaração, mesmo que o tribunal de origem os tenha rejeitado, atende o requisito do prequestionamento.

Com efeito, o enunciado n. 211 da Súmula do STJ transfere ao embargante omissão exclusiva do Tribunal, que é a de pronunciar pre-

⁴ STF, Pleno, RE 219934-SP, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 14.06.2000, Boletim Informativo do STF n. 193, 12 a 16.06.2000.

cisamente sob os pontos suscitados nos embargos declaratórios. A inconstitucionalidade perpetrada pelo Tribunal, que deixou de fundamentar, adequadamente, o acórdão prolatado justamente em razão da interposição dos embargos declaratórios prequestionadores, não pode ser invocada em desfavor do embargante, inclusive inibindo-o de propor recurso especial, como deseja o Superior Tribunal de Justiça, ideia encampada por alguns doutrinadores, infelizmente⁵.

6. EXECUÇÃO INDIRETA

Contra decisão que decreta a prisão do executado, devedor de alimentos, o recurso cabível é o de agravo de instrumento, eis que a prisão não põe fim ao processo. Portanto, estamos ante mera decisão interlocutória. A extinção, a ensejar apelação, ocorrerá somente se existir pagamento ou no caso de os autos serem extintos, por qualquer outro motivo.

Esgotado o prazo de oferta do agravo, perfeitamente possível é o manejo de *Habeas Corpus*, a ser impetrado perante uma das Câmara Cíveis do Tribunal, para discussão acerca de possível ilegalidade no decreto prisional e considerando, ainda, que em perigo está o direito de ir e vir. A omissão do Tribunal em decidir o *HC* ou se não decidido corretamente poderá ensejar também a propositura de *HC* perante o Superior Tribunal de Justiça, eis que o Tribunal, a partir do momento em que impetrado *HC* perante aquele Sodalício, passa a ser responsável pela prisão ilegal.

7. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

O art. 17 da Lei 1.060/50 (Lei de Assistência Judiciária) determina: “Caberá apelação das decisões proferidas em consequência da aplicação desta lei; a apelação será recebida somente no efeito devolutivo, quando a sentença conceder o pedido”.

⁵ JUNIOR, Nelson Nery. Ainda sobre o Pquestionamento – Os embargos de declaração prequestionadores, in: Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões Judiciais. Coordenadores: Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 863.

Entretanto, aludido artigo não permite uma simples interpretação literal, eis que, se o deferimento ou indeferimento de assistência judiciária ocorrer dentro dos próprios autos da ação principal, em andamento, o recurso cabível será o de agravo de instrumento, eis que trata-se de simples decisão interlocutória.

Também a concessão liminar de assistência judiciária, mesmo que requerida em apenso aos autos principais, desafia o recurso e agravo de instrumento.

O art. 17 tem aplicação, no nosso entendimento, somente quando prolatada sentença, nos autos do requerimento de assistência judiciária autuados separadamente, isto é, em apenso, aos autos principais e assim mesmo se já lançada sentença nestes.

Caso ainda em andamento os autos principais e se proferida decisão no requerimento em apenso, também entendemos ser cabível agravo de instrumento, eis que estamos diante de decisão interlocutória, com relação aos autos principais, ainda não findos.

Porém, o assunto não é pacífico. A divergência acerca do tema foi muito bem explorada por Friedie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro ao doutrinarem:

A despeito da literalidade do texto, contra a decisão de primeiro grau de jurisdição que denega concessão da justiça gratuita ou que julga improcedente a impugnação manejada pela parte adversária, cabe agravo de instrumento, por se tratar de típica decisão interlocutória. A expressa previsão do recurso de apelação contra qualquer decisão que aplica a Lei de Assistência Judiciária (art. 17) tem causado sérias discussões doutrinárias e jurisprudenciais.⁶

8. REEXAME DE PROVA – ENUNCIADO 279, DO STF, E 07, DO STJ

Infelizmente, pacífico é o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, sintetizados nos enunciados acima mencionados, em não admitir recursos perante aqueles Sodalí-

⁶ Friedie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, in: Curso de Direito Processual Civil, 7. ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2009, p. 100/101.

cios, quando se tratar, as razões do recurso, de simples revisão de prova, uma vez que tal exame não se encaixa em qualquer das hipóteses de cabimento desses recursos.

Todavia, sempre discordamos das Súmulas em análise, tendo em vista que simples reexame da prova, já existentes nos autos, jamais poderia ser obstáculo ao manejo do recurso extraordinário e/ou especial. Depois, decidir se há ou não reexame de provas, traz enorme carga subjetiva, o que transforma a admissibilidade do recurso especial, de decisão jurídica, em decisão política.

É inconcebível, sob nossa ótica, apenas a inovação de provas, ao encetar o recurso ao Supremo ou ao Superior Tribunal de Justiça. Assim, não poderá haver é análise de novas provas, evidentemente. Entretanto, fatos já comprovados ou incontroversos, que levaram à negativa de Lei Federal ou da Constituição Federal, na análise equivocada do Julgador de primeiro ou do segundo grau, deveria sim ensejar o manejo de recursos especial ou extraordinário.

9. CONCLUSÃO

Nosso escopo, ao trazer à baila estes assuntos, foi o de questionarmos e refletirmos, um pouco mais, acerca dos temas acima em discussão, eis que em vez de aderirmos a algumas posições já consolidadas, ousamos enfrentá-las. Na verdade, angustia-nos, sobremaneira, o discurso que pugna pela extinção dos recursos ou que, através de técnicas não legisladas, portanto, inventadas, dificultam ou obstaculizam a chegada de recursos, extraordinário ou especial, ao Tribunal destinatário.

Não é correto fazer de conta que existe recurso especial ou extraordinário. O correto é que os recursos fossem julgados, pelos respectivos Tribunais, sem embaraços outros (prequestionamentos, reexame de provas etc). Parece-nos que há uma certa elitização dos recursos especial e extraordinário, em assim agindo e inclusive podendo haver escolha acerca dos quais serão ou não admitidos.

Com relação à desnecessidade de agravo, quando ausente o devido processo legal, tal colocação tem amparo nas condições de ação e pres-

supostos processuais, que são matérias de ordem pública e, por conseguinte, não precluem. A qualquer momento podem ser conhecidas.

Ora, com maior razão, a ausência do contraditório, inclusive isonomia e ampla defesa, permitirá o juiz, em qualquer instância, conhecer, de ofício, da inexistência de processo e, por conseguinte, anular o procedimento. Sim! Na ausência de processo, estamos diante de mero procedimento.

Na verdade, entendemos que, até mesmo a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, na ausência de processo e, por conseguinte, da presença de mero procedimento, poderá ser ofertada, junto ao Supremo Tribunal Federal, eis que desrepeitada, nesta hipótese, a Constituição, a exigir, principalmente nos julgamentos efetuados pelo Judiciário, a observância do processo e não apenas de mero procedimento.

10. REFERÊNCIAS

- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação as decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed., V. 3, Salvador: Ed. Jus Podvm, 2009.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Vol. 4 e 5. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.