

PANÓPTICA

O DIREITO DE RECORRER E SEU *STATUS* CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Marina França Santos

Procuradora do Município de Belo Horizonte

Mestranda em Direito Processual Civil na Universidade Federal de Minas Gerais

Pelo número de meios de impugnação e por outras causas estruturais, a idéia de recursos – seu custo, sua duração, suas incertezas – provoca, nalguns litigantes, calafrio. (MILHOMES, 1991:18)

1 INTRODUÇÃO

Em um universo de entraves estruturais e dilemas multidisciplinares, estímulo certo para todo tipo de panacéias e soluções milagrosas, deve-se partir do pressuposto de que a crítica sem o profundo conhecimento do objeto criticado, não só se faz leviana e, por conseguinte, inútil, como pode ser nociva.

Nesse sentido, qualquer estudo que se proponha realizar uma adequada análise sobre um instituto requer o acompanhamento de uma investigação das suas raízes e de sua justificação no sistema em que se insere para, só então, permitir-se declarar seu estado obsoleto ou viciado de forma lúcida e, não, inconseqüente.

O sistema recursal, erigido, por alguns, à condição de grande vilão da justiça célere e efetiva, apresenta, nesse aspecto, um insidioso desafio.

Consta dos Indicadores Estatísticos do Judiciário, levantados pelo Supremo Tribunal Federal de setembro de 2003 a outubro de 2004¹, que o tempo gasto para se obter a decisão de um recurso no STF é, em média, de 289 dias, no caso de decisões monocráticas, e 475 dias, para as colegiadas. Uma média geral de mais de um ano apenas para se alcançar uma resposta da última instância de interposição de recursos no

¹ www.stf.gov.br.

ordenamento brasileiro. Já a tramitação completa de uma ação até a Corte Suprema, É estimada em 70 meses, isto é, quase seis anos para se chegar, enfim, ao termo de um litígio.

E mais: afastando-se o aspecto estrito do tempo e voltando-se para o conteúdo da tutela jurisdicional provida, calcula-se que o cidadão lesado que recorre à Justiça para obter uma reparação pecuniária está sujeito a uma perda de até 70% da quantia realmente devida – isso considerando que a decisão final foi de total provimento do pedido e que, obviamente, todos os valores sofrem correção monetária.

Ante tal cenário, conforme avalia o ex-Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos, como o valor estatuído em uma decisão judicial prolongada no tempo não sofre a mesma valorização do rendimento do mercado, torna-se verdadeiramente vantajoso para o devedor estender ao máximo seus processos, chancelado por um sistema que permite interposições subseqüentes de até 47 recursos (VASCONCELOS, 2005: 1).

Escárnio, chicana, ou mesmo mera adaptação da vida às intempéries da realidade, fato é que a problemática da frágil legitimação social do recurso como meio para garantir – e não afastar – a realização dos direitos é evidente. Encontra-se o fenômeno, aliás, em tal estado de decomposição, que já existe até referência expressa em respeitadíssimos dicionários da língua portuguesa do termo “recurso protelatório” como espécie lingüística e individuada: “artimanha usada por uma das partes e que procura, por meio de um recurso sem fundamento jurídico, retardar a solução definitiva.” (HOUAISS; VILLAR 2001:2406)

Dai justificar-se a frase de JÔNATAS MILHOMES em epígrafe, a qual, por sua vez, vem simbolizar as razões da investigação proposta neste artigo de esclarecer e fundamentar o direito ao recurso.

2 BREVE ESCORÇO DA HISTÓRIA DO FENÔMENO RECURSAL

Um olhar histórico sobre a evolução do fenômeno recursal, proporcionado pelos estudos de EDUARDO COUTURE (1946:271), torna impositivo principiarmos por um momento em que o direito de recorrer prescinde de qualquer significado e, mesmo, causa estranheza aos ouvidos dos operadores do direito das próprias partes.

Trata-se de época marcada por um direito configurado como mero reflexo, no mundo terreno, dos altivos desígnios do “Criador”, como exemplo do direito germânico primitivo, em que a decisão judicial, entendida como expressão plena da “verdade”, era considerada, por coerência, inerentemente infalível (SILVA; GOMES, 2002:60). Assim, torna-se compreensível que, ante decisão de tal monta, de caráter

apenas “formalmente humano”, restaria ao jurisdicionado, tão-somente, o agradecimento ou a resignação, razão pela qual não se observa a existência do instituto dos recursos nesse primeiro momento da história do Direito.

É, portanto, justamente com o processo de laicização do direito,² que surge a noção de controle das decisões judiciais, que já não poderiam ser, em si, consideradas infalíveis. Admitido o Direito como um construto exclusivamente humano, o recurso saiu da posição de “postura herege” inadmissível para ganhar um status de grande relevância: a garantia dos homens contra o erro dos próprios homens.

O antigo processo espanhol expressava, sob esse aspecto, uma desconfiança exacerbada. A coisa julgada passou a ser figura tão temida e de estrutura intencionalmente débil que havia, sempre, a possibilidade de um novo recurso, a aperfeiçoar a decisão imperfeita dos pares. Sua fórmula consistia em um postulado simples: a qualquer tempo, basta a aparição de um elemento decisivo capaz de alterar a convicção anteriormente firmada para se permitir, novamente, a rediscussão do processo.

No direito colonial, o recurso de apelação contra as sentenças proferidas no Vice-Reinado do Rio da Prata podia interpor-se até um ano depois da decisão, e isso, não em razão da distância que separava um tribunal do outro, mas antes porque não se admitia nenhuma medida que, tendendo a acelerar a justiça, maculasse sua legitimidade.

Desse regime – concluiu EDUARDO COUTURE – emanou todo o direito vigente na América e, ainda hoje, ressoa, como herança, a estruturação hierárquica das três instâncias e o recurso extraordinário no sistema romano germânico.

Não demorou muito, entretanto, para a sede ilimitada de justiça de períodos anteriores verificar-se inaplicável e a hoje tão propalada exigência de celeridade tomar conta dos espaços sociais. O recurso passa, então, de remédio contra a falibilidade do homem a obstáculo na realização dos seus anseios de segurança e estabilidade jurídica.

É certo, e aqui se faz a devida ressalva, que os fatos históricos nunca são tão fluidos e logicamente concatenados quando da sua ocorrência quanto quando se lhes reconta – cabendo aos estudiosos a delicada tarefa de criarem o devido liame relacional e inserir-lhes racionalidade ao apreciá-los. Assim que,

² CARLOS SILVEIRA NORONHA, baseado em estudos históricos de CHIOVENDA, recorda que já no Direito Romano havia a noção de recurso, que se resumia, basicamente à apelação, uma vez que as decisões interlocutórias não sofriam preclusão. Já no Direito Português generalizou-se o instituto da apelação que, até meados do século XIII, incidia até mesmo contra as decisões interlocutórias. (NORONHA, 1976:24)

na França, avalia-se que o desprezo ao recurso não tenha decorrido da simples constatação de sua ofensa à estabilidade das relações, mas, sim, de uma reação e, mesmo de uma repulsa, dos novos detentores de poder, pós-revolução francesa, aos resquícios da ordem jurídica recém suplantada. Consoante lição de NELSON NERY JÚNIOR:

“foi nesse clima que, imediatamente após a revolução francesa, os então novos detentores do poder viam no recurso forma elitista, onde os juízes dos tribunais superiores seriam uma espécie de casta com poderes de mando sobre os magistrados de primeiro grau” (NERY JÚNIOR, 1990:122).

De todo modo, à medida que o Estado foi assumindo de forma mais intensa o controle da atividade da justiça, o que se registrou foi a ocorrência, em um e outro canto, de uma gradual restrição das possibilidades de recurso, numa tentativa insistente de se aumentar os poderes do julgador e reduzir a atuação ilimitada das partes.

Certo é, no entanto, que o fenômeno recursal não foi abolido de nenhum sistema processual moderno, apresentando-se, na atualidade, de forma generalizada nos ordenamentos jurídicos,³ apesar de todas as pechas de malfazejo a que foi imputado em seu devir histórico.

Cumprir examinar, por conseguinte, aquilo que, na opinião da doutrina mais vasta, justifica a existência de um mecanismo que obsta a formação da coisa julgada para permitir uma nova apreciação das decisões e, desse modo, esclarecer a razão basilar da presença, de forma universal, desse instituto nos ordenamentos jurídicos da atualidade.

3 JUSTIFICATIVA DO DIREITO DE RECORRER

Do ponto de vista do homem, fator mínimo a que se pode fracionar o Direito, o recurso costuma ser explicado como instrumento dado a responder a certa insatisfação nata provocada pela negativa diante do almejado. Nesse aspecto solipsista, o recurso seria uma forma desejável por racionalizar a revolta instintiva do ser humano, correspondendo, psicologicamente, como sintetiza GABRIEL REZENDE FILHO (1959:75), a uma irresistível tendência humana.

³ Segundo SÉRGIO BERMUDEZ, atualmente, todas as legislações o adotam. “Apresentava-se a Turquia como exceção, porém os poucos elementos disponíveis sobre a legislação daquele país já apontam no sentido contrário”. (BERMUDES, 2001: 245-248).

Assim que, em um viés puramente subjetivo, talvez esse natural impulso do homem seja bastante para explicar a essencialidade da previsão do recurso, uma vez que, como acentua com sutileza MILHOMES (1991:15), só excepcionalmente, um vencido se convence de não estar amparado pelo direito e pela razão.

De todo modo, certo é que tal justificação, meramente homologatória de um, sem dúvidas, refrável impulso humano, não é suficiente para sustentar a existência de todo um sistema e contraditar suas críticas. Afinal de contas, o Direito não existe para curar quaisquer insatisfações humanas, mas, tão-somente, aquelas consideradas legítimas pelo corpo social.

Ao fundamento psicológico, conseqüentemente, deve se juntar outro, mais abrangente e objetivo, esse, sim, de importância central para a análise da teoria dos recursos.

Trata-se da possibilidade real de cometimento de desacertos pelos órgãos julgadores, sujeitos que são, naturalmente, nas palavras de ANTÔNIO JOSÉ DE SOUZA LEVENHAGEN, a “erros e corrupções” (1977: 10).

De fato, se é incontestável a suscetibilidade a falhas da atividade judicante, é igualmente certo ser sua completa extirpação tentativa manifestamente impossível, especialmente em virtude da incontrolável multiplicidade de suas origens. São frutos ora de simples desatenção, de verdadeiras lacunas de conhecimento, de análise superficial do caso concreto, e, até mesmo, de impublicáveis desígnios escusos do magistrado.

Os juízes, argumenta AFFONSO FRAGA, se fossem inacessíveis ao erro, e impermeáveis ao interesse próprio, ao partidarismo, à pressão dos governantes e às seduções da amizade e do poder, não profeririam sentenças sujeitas a recursos.

“Traduzindo sempre in concreto os ideais eternos da justiça, convenceriam os litigantes de sua legitimidade e, portanto, da necessidade de cumpri-las como leis indefectíveis da ordem moral e jurídica” (FRAGA, 1941:10).

Do convencimento dos litigantes, a intrínseca irrisignação do ser humano, atingido em suas pretensões, suscita razões para dúvida. Mas, certamente, é possível concordar que a real possibilidade de alcance da perfeição (traduzida pela chamada “verdade real”) e a total imparcialidade no julgamento dos litígios arruinariam por completo o fundamento mais objetivo para a existência dos recursos.

A realidade, infelizmente, reclama ponderações:

“os juízes são criaturas humanas e, portanto, falíveis, suscetíveis de erros e injunções, razão bastante para os ordenamentos processuais de todos os povos, com o propósito de assegurar justiça o quanto possível perfeita, propiciarem a possibilidade de reexame e reforma de suas decisões por outros juízes, ou mesmo pelos próprios juízes que as proferiram” (SANTOS, 1985:103).

É esse, portanto, o incontornável motivo pelo qual sanar os defeitos graves e a injustiça da decisão, corrigir a má apreciação da prova, dos fatos e das circunstâncias e elucidar o entendimento das pretensões das partes são fins indisponíveis a que se destina o recurso.

E essa também a razão de estatuir BARBOSA MOREIRA que a realização de dois ou mais exames sucessivos da mesma matéria tem o “propósito de assegurar, na medida do possível, a justiça das decisões” (BARBOSA MOREIRA, 2002:113).

Mas a pesquisa da justificativa para a existência dos recursos exige que se aponte, também, um alicerce de ordem política, já que o ensejo à corrigenda de injustiças fatalmente praticadas – seja por erros, seja por intenções oblíquas – está igualmente associado à tentativa de sustentação do prestígio do Poder Judiciário (LEVENHAGEN, 1977:10).

Uma justificativa extremamente pragmática, mas, sem dúvidas, indiscutível: o contínuo proferimento de decisões falhas incorrigíveis não geraria senão uma inevitável e acentuada queda na confiança social depositada na Jurisdição (sim, a queda poderia ser ainda mais incisiva – pasmem), pelo que, essa também não deixa de ser uma relevante razão justificadora da existência do recurso.

FREDERICO MARQUES ressalta, ainda, a existência de uma certa pressão positiva sobre a atividade do juiz de primeiro grau: “o sistema de recursos possui ação catalítica e preventiva, porquanto obriga o juiz de primeiro grau a maior cuidado e exatidão na sua tarefa julgadora” (MARQUES, 1999: 4).

FRANCISCO MORATO, no mesmo ponto, é mais cáustico:

“e o zelo de não ver patenteada a própria ignorância ou negligência desperta o desejo de acertar e forçar os juizes inferiores a maior circunspeção e estudo, tornando a justiça mais segura, mantendo mais uniforme as interpretações e preparando as bases para a constituição da jurisprudência” (MORATO, 1923:11 apud. MARQUES, 1999:4).

Na verdade, independente de se provar se os tribunais são constituídos de magistrados com maior experiência ou não, ou verificar se os juízes de primeira instância realmente ficam compelidos a melhor decidir, ao saberem-se passíveis de reforma, o que não se pode ignorar é que, em um Estado de Direito, o

Poder Público deve, necessariamente, estar sujeito à revisão de seus atos, de forma a garantir a legalidade e legitimidade das decisões estatais, e de tal regra não deve escapar o Judiciário.

Esse é, aliás, segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER (GRINOVER et alli, 2006:81), o principal fundamento para a defesa dos recursos, uma vez que, pelo princípio da separação dos poderes, são eles os únicos meios capazes de exercer o controle intrínseco à Democracia quando as decisões partirem do próprio órgão responsável pela jurisdição.

Ao final, pode-se dizer que o fenômeno recursal se sustenta e se justifica na necessidade de atender dois legítimos interesses: o dos sujeitos envolvidos, como instrumento capaz de ser mobilizado contra um prejuízo que entendem ilegal e inadmissível, e o da coletividade, empenhado que deve estar o Estado na maior aproximação possível da realização plena dos direitos e, por conseguinte, da justiça.

3 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Se o recurso pode ser considerado, ante o panorama traçado, como um direito inerente à idéia de processo e da realização dos seus fins, insta verificar em que medida ele foi acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em outras palavras, para avaliar a conexão entre a existência do recurso e a realização da justiça, impende investigar-se, igualmente, qual status jurídico do duplo grau de jurisdição no sistema normativo pátrio.

Em linhas gerais, se se entende que um determinado sistema processual abriga constitucionalmente tal princípio, o ato de requerer um novo julgamento para um caso levado a juízo passa a pertencer à esfera de direito subjetivo dos litigantes, devendo tal instrumento ser preservado como garantia fundamental. De outro modo, se o princípio não encontra guarita constitucional, a previsão dos recursos pode ser indiferentemente suprimida, sem que com isso seja provocada uma ruptura na coerência e legitimidade do sistema. Este o posicionamento de GUILHERME MARINONI, que se mostra resolutivo: “a Constituição Federal não garante o duplo grau de jurisdição” (MARINONI, 2007b: 493).

Para o autor, a previsão constitucional de instâncias recursais, se garante o direito ao recurso nas causas previstas, “evidentemente, não garante ao litigante o direito ao recurso contra toda e qualquer decisão que venha a ser proferida pelo juiz de primeiro grau”. No entendimento do pesquisador, “prever a possibilidade de interposição de recursos aos tribunais superiores não é o mesmo que garantir o duplo grau”.

Tal entendimento é acompanhado por ARRUDA ALVIM (2007:07), citando DE LA OLIVA, ALMAGRO e BUJOSA VADELL, para quem o direito ao recurso deve ser entendido, “não como direito a que as leis prevejam recursos, senão como direito aos recursos que as leis prevêem”.

Vale inserir aqui, também, o testemunho de MAURO CAPPELLETTI, para quem a concepção de que “a apelação e o duplo grau de jurisdição são uma garantia processual, uma garantia de liberdade ou até mesmo algo absoluto e insuprimível não resiste a uma crítica séria e sem preconceitos”. Segundo o jurista italiano, “nenhum ordenamento, nem na Itália nem em qualquer outro país – tanto menos na França, onde a idéia do duplo grau de jurisdição parece sem embargo estar particularmente arraigada – considera o duplo grau de jurisdição como uma garantia constitucional, ou seja protegida como uma garantia fundamental e inderrogável” (CAPPELLETTI, 1974: 279).

Nesse sentido, ainda, o posicionamento firmado por maioria pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em Habeas Corpus de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, com o qual se estabeleceu que “a Constituição, quando não o repila ela mesma, não garante às partes o duplo grau de jurisdição”.

Transcreve-se, aqui, parte da extensa ementa que justifica o esposado:

“1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio – sem concessões que o desnaturem – não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de “toda pessoa acusada de delito”, durante o processo, “de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação”.⁴

Por sua vez, manifestando-se quanto a pedido de liminar neste mesmo habeas corpus, o Ministro Fernando Gonçalves (STJ) assinalou em sua decisão que “a Constituição Federal consagrou os julgamentos em única instância, não havendo, por isso mesmo, se falar em violação do duplo grau de jurisdição, e muito menos malferimento a Tratado Internacional de Direitos Humanos”.

Essa, por fim, igualmente, a linha de raciocínio transparecida em parecer do então Subprocurador-Geral da República Cláudio Fonteles, lavrado nos seguintes termos: “as ações penais originárias, aliás com expressa

⁴ RHC 79785/RJ, Tribunal Pleno, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgamento: 29/03/2000.

previsão constitucional, não ferem o duplo grau de jurisdição: razão de ser do chamado duplo grau de jurisdição – evitar a decisão única e final de índole monocrática – não comprometida com o julgamento originário, que é sempre colegiado”.

Sem embargo do peso das argumentações transcritas e não obstante a autoridade de quem as utiliza, não parece que a tese sustentada seja a mais coerente, diante dos princípios e regras abarcadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, a única Constituição no Brasil a prever, explicitamente, um acesso absoluto ao duplo grau de jurisdição, foi a do Império de 1824, determinando que as causas fossem reapreciadas, sempre que as partes o quisessem, pelo então Tribunal da Relação (que veio a ser Tribunal de Apelação e, hoje, de Justiça).⁵

O dispositivo teve vigência até o advento da República, com a Constituição de 1891, quando a previsão foi abolida e, daí, até os dias de hoje, passaram as constituições a adotar a técnica de mencionar a existência de tribunais e conferir-lhes competência recursal.

Este o modelo da vigente Constituição da República, que estabelece expressamente, em relação ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça, ao Tribunal Superior Eleitoral e ao Tribunal Regional Federal, a competência para julgar causas originárias e em grau de recurso (arts. 102, II e III; 105, II e III; e 108, II), nada mencionando, de forma igualmente expressa, quanto à competência recursal dos outros tribunais ou do princípio do duplo grau propriamente dito.

Eis, portanto, o fundamento da celeuma que faz divergir os mais destacados doutrinadores e, de fato, fez pender a balança no sentido contrário do que aqui se defende: a mera previsão constitucional da existência de tribunais denota a intenção do constituinte de adotar o princípio do duplo grau de jurisdição no ordenamento jurídico?

A resposta peremptoriamente negativa está alicerçada no entendimento de que, se contrário fosse o desígnio dos constituintes, o princípio do duplo grau se encontraria expresso no texto constitucional, prescindindo de qualquer esforço hermenêutico para sua identificação.

Sem dúvidas, por mais que se vasculhe o catálogo dos direitos fundamentais da Constituição da República de 1988, e até mesmo o restante de seu texto, não é possível encontrar, entre os numerosos dispositivos,

⁵ “Art. 158. Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para comodidade dos Povos”. (Constituição Política do Império do Brazil, 25 de março de 1824).

qualquer menção expressa a princípio de acesso ao duplo grau de jurisdição ou a qualquer tipo de direito de recurso das decisões judiciais para uma superior instância. Trata-se de constatação tranquila.

Todavia, daí a se entender que a não previsão da norma em texto explícito comprova sua inexistência, significa ignorar por completo a benfeza superação do positivismo normativista e da hermenêutica jurídica tradicional, bem como negar toda a sistemática constitucional, permeada que é pelos postulados da unidade da Constituição, do seu efeito integrador e da conformidade funcional.⁶

Extrapolando o plano teórico, é, aliás, texto literal da Constituição de 1988 a admissão dos princípios implícitos e de todas as garantias que se acham em conformidade com o sistema (o art. 5º, §2º, dispõe: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...”).

Não seria por demais rememorar a existência de princípios outros basilares do ordenamento jurídico brasileiro, que, não obstante não se encontrem expressos no texto constitucional, não têm sofrido, por tal razão, impugnação do seu status constitucional. É o caso, por exemplo, da supremacia do interesse público sobre o privado, da razoabilidade, e mesmo da, especificamente interessante para o assunto ora abordado, segurança jurídica.

É certo que, para uma interpretação constitucional substantiva e atual dos institutos jurídicos, faz-se necessário partir de uma perspectiva comprometida com o resgate das potencialidades do direito e com a valorização do seu núcleo axiológico, comprometendo-se, assim, com a efetividade de todo o sistema. Não é por outra razão que, preocupado com uma hermenêutica constitucional que ultrapassasse o mero texto da norma, sem, no entanto, resvalar para o decisionismo, estatuiu MÜLLER, com eloqüência: “o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a ponta do iceberg” (MÜLLER, 2000:53).

Essa, também, a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA ao anotar que a expressão direito fundamental,

“além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. (SILVA, 1999:176)

⁶ Tais postulados, unanimemente reconhecidos pelos mais renomados constitucionalistas (CANOTILHO, LUÍS ROBERTO BARROSO, PAULO BONAVIDES entre outros), podem ser sintetizados na atuação no sentido de harmonizar as contradições existentes entre os dispositivos constitucionais, na prevalência dos critérios que favoreçam a integração política e social e na preservação da repartição de funções constitucionalmente estabelecidas (CANOTILHO, 2000: 1187-1188).

Eis a noção de normatividade indispensável à análise dos institutos constitucionais sem a qual, por certo, torna-se impraticável a análise do tema proposto.

O duplo grau de jurisdição é elemento fundamental à garantia do acesso à justiça, estatuída na Constituição da República, art. 5º, XXXV, o qual permite ao jurisdicionado provocar a revisão, pela Justiça, de quaisquer atos lesivos ou ameaças a direitos perpetrados por particulares e agentes públicos.

Desse modo, uma vez que tal lesão ou ameaça ao direito pode advir de ato do próprio Judiciário e ressalva não há, é de se entender que tal garantia fundamental pode e deve ser exercida também contra ato dos magistrados, garantindo-se, por conseguinte, também a possibilidade de sua revisão (SARLET, 1996:2).

Esse é, com efeito, conforme já tratado na seção anterior, um dos fortes fundamentos para a existência e a preservação do direito ao recurso no cenário do Estado Democrático do Direito.

Assim sintetiza ADA PELLEGRINI GRINOVER:

“Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de natureza política: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles. O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. Não o legitimaram as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciais. Eis a conotação política do princípio do duplo grau de jurisdição”. (ADA PELLEGRINI et alli, 2006: 81).

Avançando mais na análise, deve-se notar, ainda, que o duplo grau de jurisdição é fator basilar de realização do princípio da segurança jurídica, já que os órgãos colegiados revisores constituem pólos de centralização das decisões e, por conseguinte, de uniformização dos julgados.

Incoerente, desse modo, a crítica levantada por parte da doutrina, e registrada por ADA PELLEGRINI GRINOVER, de que a decisão que reforma a sentença da jurisdição inferior é nociva,

“pois aponta uma divergência de interpretação que dá margem a dúvidas quanto à correta aplicação do direito, produzindo a incerteza nas relações jurídicas e o desprestígio do Poder Judiciário” (GRINOVER, 2006: 81).

O que se verifica, na verdade, é exatamente o contrário, uma vez que o foco de análise não deve ser do indivíduo em relação a si mesmo, mas sim, ante os demais destinatários do Direito. Explica-se: o jurisdicionado só terá dúvidas quanto à legitimidade da jurisdição quando seu caso, idêntico ao de outro jurisdicionado, for, não obstante, decidido diferentemente ou, quiçá, de forma oposta.

Tal demonstra ser a segurança jurídica e, por conseguinte, a isonomia, outro relevante fundamento do sistema recursal, o que se apreende da rica análise feita por TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR sobre o tema:

“Segurança significa a clara determinação e proteção do direito contra o não-direito, para todos. Na determinação do jurídico e, pois, na obtenção da segurança, a certeza, é um elemento primordial. Por certeza, entende-se a determinação permanente dos efeitos que o ordenamento jurídico atribui a um dado comportamento, de modo que o cidadão saiba ou possa saber de antemão a consequência das suas próprias ações (...). A tipificação, nesse sentido, é garantia da certeza que é base da segurança. Mas a segurança só se obtém se, além da regulação de uma ação tipo, esta valer para todos igualmente. A igualdade é um atributo da segurança que diz respeito não ao conteúdo, mas ao destinatário das normas, garantindo segurança a norma que obedece ao princípio da isonomia” (FERRAZ JÚNIOR, 2007:51-56 apud. CARVALHO, 2001:74).

O duplo grau de jurisdição apresenta-se, desse modo, como instrumento de proteção contra violações do direito, fator de controle e garantia de realização da igualdade de todos perante a lei.

E não só. Apresenta-se o duplo grau como *conditio sine qua non* para a concretização do devido processo legal e da ampla defesa.

Realmente, a possibilidade de se ter reexaminada uma decisão considerada falha ou injusta harmoniza-se não só com autênticos interesses de ordem subjetiva mas também com preocupações na órbita do direito público, consistente, principalmente, na garantia de participação dos jurisdicionados na formação das decisões judiciais, como fator legitimador do próprio exercício da jurisdição.

A Constituição é, nesse sentido, expressa: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV).

Ora, este é o texto constitucional expresso: a ampla defesa é assegurada com os recursos a ela inerentes. A palavra recurso aqui, que, à primeira vista, suscita dúvidas, não pode dizer respeito a qualquer coisa senão ao recurso em sentido técnico, e, portanto, direito à revisão dos atos judiciais.

Por certo, em língua portuguesa, é o termo recurso dotado de extensa gama de significados: 1) meios pecuniários 2) ato de invocar auxílio 3) instrumento para vencer dificuldade 4) forma de defesa empregada pelo litigante em processo judicial 5) meio de reexame das decisões judiciais, inserido na mesma relação processual em curso.

Ora, ademais das definições que, por óbvio, não foram objetivadas pelo texto constitucional, não é possível que a intenção do constituinte tenha sido tão-somente circunscrever ao dispositivo a noção genérica de defesa, sob pena de ter sido tautológico, ou, no mínimo, prolixo, ao mencionar também a possibilidade do litigante se valer de “meios” inerentes.

É a lição do mestre:

“o intérprete há de considerar que o vocábulo, destinado a exprimir um conceito especializado, profissional ou técnico, foi empregado neste sentido específico. O legislador guarda a presunção de sabedoria, e esta é incompatível com a existência de expressões inúteis” (PEREIRA, 2005:192).

Assim que a Constituição, ao prever “meios e recursos inerentes”, está se referindo, explicitamente, ao direito às provas capazes de demonstrar o direito alegado (traduzindo: os meios, ou recursos em sentido ordinário) e ao direito aos instrumentos necessários para impugnar eventuais erros in judicando ou in procedendo (ou seja, os recursos, em sentido processual), concedendo, portanto, mais um sinal de seu acolhimento do duplo grau de jurisdição.

Não bastassem tantas considerações, salta aos olhos, ainda, a disciplina constitucional do Poder Judiciário, que lhe torna ínsita uma organização hierarquizada, formada, necessariamente, por órgãos colegiados com competência recursal.

Nesse sentido, FERNANDO JAYME:

“Diferentemente de outros ordenamentos constitucionais, não procedem as afirmações de que, na ordem constitucional brasileira, a garantia do duplo grau de jurisdição não encontra guarida na Constituição da República. Esse princípio encontra-se explicitamente previsto no texto constitucional, particularmente, no art. 108, inc. II, que atribui aos Tribunais Regionais Federais competência para, “julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juizes federais e pelos juizes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição”, princípio que se reproduz no âmbito da jurisdição estadual comum, por imposição do art. 125 da Constituição da República”. (JAYME, 2008)

Desse modo, só podemos concluir que a Constituição bem delineou seus propósitos: a existência de normas estabelecendo, como parte integrante do Poder Judiciário, tribunais com competência recursal, ressalta, fundamentalmente, a garantia ao jurisdicionado do reexame das suas pretensões pelas instâncias superiores.

Por fim, impende anotar, ainda, o fato de ser a matéria regida, nesse aspecto, também por norma de direito internacional, o que, aliás, foi solenemente afastado por Sepúlveda Pertence, no leading case aqui reproduzido.

Trata-se da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado ao Direito Brasileiro pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992, que, no seu art. 8º, inserido no capítulo dos direitos civis e políticos, dispõe sobre as garantias judiciais e assegura:

“2. toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...)
h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

A primeira consideração a ser feita diz respeito à interpretação restritiva que se faz do dispositivo, por meio da qual se entende que a expressão “pessoa acusada de um delito” restringiu a garantia do duplo grau ao processo penal.

Tal restrição terminológica tanto não se sustenta que a própria jurisprudência nacional já se posicionou, em diversas situações, encontrando na palavra “delito”, tanto questões de natureza penal quanto cíveis.⁷ Ademais, a análise sistemática do diploma não se harmonizaria com referida restrição, já que se trata de norma aplicável indiferentemente nos processos civis e penais além do que estipulada, de forma neutra, como “garantia judicial”, e inserida, também sem qualquer restrição, no capítulo dos “direitos civis e políticos”.

Deve-se ressaltar que, em razão dos preceitos expostos nos §§ 2º e 3º do artigo 5º da Constituição, se esta não acolhe os dispositivos da Convenção Americana no mesmo nível das regras constitucionais, a eles são atribuídos, pelo menos, nível supralegal (GRINOVER et alli, 2001: 23-24), sob pena de se transformar em passatempo pueril os compromissos celebrados na seara do Direito Internacional.

Com tais considerações, concluímos que o direito de recorrer, reconhecido pelo Pacto de São José da Costa Rica e acolhido pela Constituição da República de 1988, mostra-se inteiramente contemplado pelo ordenamento jurídico brasileiro, apresentando-se como garantia essencial do acesso à justiça, da ampla defesa, do devido processo legal e do controle dos atos do Poder Público.

Viciadas, por conseguinte, devem ser consideradas todas as soluções que visam aboli-lo do sistema ou taxá-lo como causa de sua inefetividade, como parece vir fazendo a jurisprudência defensiva que, sorrateiramente, toma conta dos tribunais na atualidade. Tal postura, diga-se de passagem, afasta largamente da correta discussão dos limites do direito ao recurso, condizente com o relevante postulado

⁷ Nesse sentido, ver a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça ao Código de processo Civil, art. 100, parágrafo único, [AgRg no REsp 631218 / MG, REsp 681007 / DF, REsp 56867/MG, REsp 612758/MG].

da convivência das liberdades públicas, já que nenhum princípio, direito ou garantia constitucional tem caráter absoluto, sob pena de inviabilizar todos os demais e a própria vida em sociedade (SILVA, 1999).

Como se vê, o duplo grau de jurisdição constitui, no Estado Democrático de Direito, garantia de status constitucional que se traduz como ponto de partida - e não obstáculo - à necessária superação dos gargalos processuais, atuando, desse modo, como contributo indispensável à realização da justiça.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, J. E. Carreira. Problemática do art. 515, §3º, do CPC – extinção do processo sem julgamento do mérito – recurso per saltum. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 5, jan. 2007, p. 80-92. Disponível em: <http://www.panoptica.org>, acessado em 11 de junho de 2008.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BERMUDES, Sergio. Considerações sobre o efeito suspensivo dos recursos cíveis. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo, v. 2, n. 2, jul./dez. 2001, pp.245-248.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARVALHO, Humberto Lucchesi de. *A ênfase principiológica da segurança jurídica e da boa-fé no fortalecimento da teoria da convalidação do ato administrativo*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2001. (Dissertação de Mestrado).
- CAPPELLETTI, Mauro. *Ditamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano, Proceso ideologas, sociedad*. Buenos Aires: Ejea, 1974.
- COUTURE Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Tradução: Rubens Gomes Sousa. n° 18. São Paulo: Saraiva, 1946.
- FRAGA, Affonso. *Instituições do Processo Civil do Brasil*. v. 3. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva & CIA, 1941.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- JAYME, Fernando Gonzaga. [no prelo]. *Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o poder judiciário brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Recursos no Processo Civil*, São Paulo, Atlas, 1977.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007b.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. IV, Campinas: Millennium, 1999.
- MILHOMES, Jônatas. *Dos Recursos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NORONHA, Carlos Alberto. *Do agravo de instrumento*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*, 5ª ed., v. III. São Paulo: Saraiva, 1959.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 4ª ed. v. III. São Paulo: Saraiva, 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de direitos fundamentais. Revista Jurídica. Porto Alegre, n° 66, março de 1996, pp. 85-129.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SILVA, Ovidio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. Teoria Geral do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VASCONCELOS, Frederico. Reforma processual sai em 2006, diz ministro. Folha on line. 06.12.2005. Acesso: 16/06/2008 <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u74402.shtml>

[Recebido em 28-06-2011]

[Aprovado em 07-09-2011]

Artigo submetido a double blind peer review.