

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO/ CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO**

MARINA FRANÇA SANTOS

Fundamentos da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição

**BELO HORIZONTE
2011**

MARINA FRANÇA SANTOS

Fundamentos da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme.

BELO HORIZONTE
2011

SANTOS, Marina França.

2011 Fundamentos da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. Belo Horizonte: UFMG. Faculdade de Direito, 2011.

150 p.

Dissertação (Mestrado) UFMG. Faculdade de Direito.

1 INTRODUÇÃO; PRIMEIRA PARTE - O que busca o processo civil contemporâneo; 2 A evolução da ciência processual e o modelo constitucional de processo; 3 Eficácia, eficiência e efetividade do processo; 4 A celeridade e o tempo no processo; SEGUNDA PARTE – O problema da justificativa do sistema recursal e o conhecimento vigente sobre o direito ao recurso; 5 Fundamentos gerais do direito de recorrer; 6 A compreensão do direito de recorrer no Brasil; 6.1 Direito de recorrer na sistemática processual civil brasileira; 6.2 A crítica ao duplo grau de jurisdição TERCEIRA PARTE – O duplo grau de jurisdição como garantia no modelo constitucional de processo; 7 O direito de recorrer e o duplo grau de jurisdição; 8 A noção de garantia constitucional; 9 O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional de efetividade do processo; 9.1 A garantia do duplo grau de jurisdição; 9.2 O acolhimento da garantia do duplo grau de jurisdição pelo ordenamento constitucional brasileiro; 10 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ERRATA.

Folha

Linha

Onde se lê

Leia-se

MARINA FRANÇA SANTOS

Fundamentos da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando a obtenção do grau de Mestre em Direito Processual Civil.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2011.

Componentes da Banca examinadora:

Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme (Orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (Titular)
Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor Humberto Theodoro Júnior (Titular)
Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor João Alberto de Almeida (Suplente)
Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor Manoel Galdino da Paixão Júnior (Suplente)
Universidade Federal de Minas Gerais

Ao Gabriel,
pela boa conversa,
pela paciência, pela ternura
e por tudo o que está por vir.

Agradecimentos

Ao estimadíssimo professor Fernando Jayme, cuja orientação genuína transcendeu – e transcende –largamente os limites do direito e ilumina toda a minha caminhada acadêmica.

À professora Miracy Gustin, pelo exemplo de vida e de dedicação à pesquisa.

Ao Gabriel Carvalho, que foi deste trabalho dedicado revisor, crítico sincero e o mais terno torcedor.

Aos amigos Daniel Caetano e Mateus Araújo, pelos enfrentamentos metodológicos que me permitiram destruir e reconstruir este trabalho tantas vezes quantas foram necessárias.

Ao colega e amigo Ademar Borges, que transformou , com doçura, um simples pedido de pesquisa bibliográfica em uma prateleira de livros na minha biblioteca.

Ao Daniel Toledo, pela revisão inteligente e pela gentil disponibilidade.

Aos colegas e amigos da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e da Pós-Graduação da UFMG, pela rica convivência.

À minha querida família, Dos Anjos, Neir e Viviane, pelo carinho e apoio incondicionais, sem os quais esta trajetória, decerto, não seria possível.

Meu mais sincero muito obrigada.

*O processo democrático da criação do direito
constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade¹*

*Omnia tempus habent
(tudo tem seu tempo)*

¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 308.

RESUMO

O estudo proposto tem como objetivo central investigar qual a posição ocupada pelo direito ao recurso no processo civil contemporâneo. Parte-se da verificação de um disseminado discurso que vem repercutindo na produção legislativa, referente ao fato de que a sistemática recursal representaria, na atualidade, um resquício inconveniente da história do direito e um entrave à celeridade e à efetividade do processo.

Para averiguar a veracidade dessa premissa, buscou-se desenvolver, inicialmente, um compêndio da evolução teleológica do processo civil, direcionado a delinear tanto a sua conformação normativa e axiológica no ordenamento jurídico quanto a valoração adequada da celeridade no contexto desse panorama. Em seguida, cuidou-se de conhecer os fundamentos, justificativas e críticas dirigidas pela literatura, nacional e estrangeira, ao direito ao recurso.

A efetividade do processo, examinada principalmente nas obras de Barbosa Moreira, constitui o marco teórico desta pesquisa, que tem raízes, também, em um modelo garantista e constitucional de processo, subsidiado, dentre as mais valiosas contribuições, pelas obras de Ítalo Andolina, Luigi Ferrajoli e Serio Galeotti.

A hipótese lançada é a de que o duplo grau de jurisdição, posto que funcione como reconhecido fator de prolongamento do tempo do procedimento, constitui, diante dos imperativos contemporâneos do processo efetivo, garantia constitucional fundamental e, como tal, deve ser respeitado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Pretende-se, afinal, oferecer um estudo que sirva como alerta à comunidade jurídica para o risco de se patrocinar reformas que, obnubilando o necessário referencial valorativo do Estado Democrático de Direito, propugnem a resolução imediata de problemas de celeridade, com o correspondente enfraquecimento das conquistas civilizatórias amplamente consolidadas pelas garantias constitucionais do processo.

ABSTRACT

The goal of this study is to investigate what is the position occupied by the right to appeal in the contemporary civil legal procedure. It starts with the discovery of a widespread discourse, which has repercussions in the production of law, that the systematic of the right to appeal represents, today, an inconvenient remnant of the history of law and an impediment to celerity and effective process.

To verify the veracity of this premise, it was sought to develop, initially, a compendium of the teleological evolution of civil procedure, in order to outline both its normative and axiological frame in the legal system, and the proper value of celerity in this scenario. Then, we tried to conceive the reasons, justifications and criticisms addressed by the literature, national and foreign, of the right to appeal.

The effectiveness of the procedure, examined mainly in the works of Barbosa Moreira, constitutes the research theoretical framework, which is guided, also, by a garantism and constitutional model of process, supported, among all the valuable contributions, by the works of Ítalo Andolina, Luigi Ferrajoli and Serio Galeotti.

The hypothesis worked is that the two levels of jurisdiction, despite its functions as one recognized factor in the time extension of the procedure, configures, given the contemporary imperatives of effective legal procedure, fundamental constitutional guarantee, and as such, must be preserved by the Brazilian law.

It is intended, after all, to offer a study that serves as a warning to the legal community to the risk of sponsoring reforms that, hiding the values of the Rule of Law, advocate an immediate solution to celerity problems, with a corresponding weakening of civilizational achievements widely implemented by constitutional guarantees of procedure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
PRIMEIRA PARTE: O que busca o processo civil contemporâneo.....	14
2 A EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA PROCESSUAL E O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO.....	14
3 EFICÁCIA, EFICIÊNCIA E EFETIVIDADE DO PROCESSO.....	27
4 A CELERIDADE E O TEMPO NO PROCESSO	39
SEGUNDA PARTE – O problema da justificativa do sistema recursal e o conhecimento vigente sobre o direito ao recurso	51
5 FUNDAMENTOS GERAIS DO DIREITO DE RECORRER	51
6 A COMPREENSÃO DO DIREITO DE RECORRER NO BRASIL.....	62
6.1 Direito de recorrer na sistemática processual civil brasileira.....	62
6.2 A crítica ao duplo grau de jurisdição	63
TERCEIRA PARTE – O duplo grau de jurisdição como garantia no modelo constitucional de processo	74
7 O DIREITO DE RECORRER E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	74
8 A NOÇÃO DE GARANTIA CONSTITUCIONAL.....	80
9 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DE EFETIVIDADE DO PROCESSO	96
9.1 A garantia do duplo grau de jurisdição.....	97
9.2 O acolhimento da garantia do duplo grau de jurisdição pelo ordenamento constitucional brasileiro	116
10 CONCLUSÃO	135
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	144

1 INTRODUÇÃO

Os anseios sociais direcionados à jurisdição – que devem ser, continuamente, o ponto de partida do pesquisador processualista (já que de nada adianta a produção acadêmica encastelada em seus próprios devaneios teóricos) – têm sido compendiados, na atualidade, na noção de efetividade da justiça, que se traduz, por sua vez, em um imperativo de celeridade do processo, ambos conteúdos nebulosos que não prescindem de estudo mais detido.

Nesta problemática, e posta sempre a lume, está a questão do direito ao recurso, indicado como causa determinante das mazelas da jurisdição² e sobre o qual já se pontuou, inclusive, que “pelo número de meios de impugnação e por outras causas estruturais (...) – seu custo, sua duração, suas incertezas – provoca, nalguns litigantes, calafrio.”³

O recurso, que, por lei, constitui verdadeiro prolongamento do processo, é, por conseguinte, fator de inevitável acréscimo de tempo em sua permanência. Daí o substrato do conhecimento que o reputa, com frequência, relevante impeditivo à efetividade processual. A relação causal atribuída⁴, todavia, e que une, com força de necessidade, estes dois elementos, recurso e ausência de efetividade, não parece encontrar-se suficientemente aclarada, especialmente no marco paradigmático do Estado Democrático de Direito.

A insuficiência teórica, não obstante, tem se feito acompanhar, ainda, de sensíveis repercussões práticas na sistemática processual brasileira as quais resultam, em síntese, “naquilo que respeita, em nossos dias, ao indisfarçável

² Este também o alerta de Barbosa Moreira: “sempre que entre nós se critica o desempenho da Justiça, e em particular a lentidão processual, vem à baila o tema dos recursos. É generalizada a crença de que uma das causas principais, senão a principal, da excessiva duração dos pleitos reside em defeitos existentes na disciplina da matéria”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reformas do CPC em matéria de Recursos. Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 143).

³ MILHOMENS, Jônatas. *Dos Recursos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.18.

⁴ Por todos, o sempre citado neste tema, Oreste Nestor de Souza Laspro (LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995).

propósito do legislador em afunilar o acesso às vias recursais, ou mesmo dificultar-lhe a operacionalização.”⁵

A experiência histórica no tema sugere que as maiores dificuldades enfrentadas no tocante à harmonização dos recursos com uma justiça tempestiva estiveram, na verdade, mais relacionadas à sua interposição indiscriminada do que ao seu uso conformado e adequado ao processo efetivo. O meio termo, ou o justo meio, entre a admissão incondicional e a vedação taxativa do instituto é, desse modo, o que guia a investigação proposta.

Nesses termos, a questão a ser aprofundada consiste em verificar se o duplo grau de jurisdição é imprescindível a um sistema jurídico fundado na efetividade processual, e, logo, se ele foi erigido à garantia no modelo constitucional de processo brasileiro.

Carece investigar, desse modo, em que medida é, ou não, possível a concretização dos imperativos contemporâneos do processo, em uma sistemática processual baseada na possibilidade de reexame das decisões judiciais. E, nesse sentido, qual é o *status* jurídico reservado ao direito ao recurso em um ordenamento pautado por estes imperativos.

A hipótese lançada é a de que o duplo grau de jurisdição, posto que funcione como reconhecido fator de prolongamento do tempo no processo, constitui-se, diante dos imperativos contemporâneos do processo efetivo, na forma de garantia constitucional fundamental e, como tal, deve ser preservado pelo ordenamento infraconstitucional brasileiro.

Para a investigação dessa proposição, dedica-se a primeira parte da pesquisa a um estudo da evolução teleológica do processo civil, direcionado a delinear tanto a sua conformação normativa e axiológica no ordenamento jurídico quanto a valoração adequada da celeridade nesse panorama.

⁵ KUKINA, Sérgio Luiz. O princípio do duplo grau de jurisdição. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 28, n. 109, jan./mar. 2003, p. 101.

Na segunda parte, com a compreensão do paradigma valorativo em que o processo civil contemporâneo⁶ se insere, buscou-se conhecer os fundamentos, justificativas e críticas dirigidas pela literatura, nacional e estrangeira, ao direito ao recurso. E, finalmente, bem delineados os pilares fundamentais à resolução do problema a ser enfrentado, à terceira parte reservou-se a discussão da possibilidade ou não de se afirmar o duplo grau de jurisdição como garantia em um ordenamento jurídico voltado para a efetividade do processo, como é o caso brasileiro.

A efetividade do processo, examinada principalmente nas obras de Barbosa Moreira, constitui o marco teórico deste trabalho, que tem raízes, igualmente, em um modelo garantista e constitucional de processo, subsidiado, dentre as mais valiosas contribuições, pelas obras de Ítalo Andolina, Luigi Ferrajoli e Serio Galeotti.

Ao final, pretende-se que a compreensão da conformação do direito de recorrer e do direito à efetividade processual no Estado Democrático de Direito sirva para alertar a comunidade jurídica do risco de se patrocinar reformas que, obnubilando esse necessário referencial, propugnem a resolução imediata de problemas de celeridade, com o correspondente enfraquecimento das conquistas civilizatórias amplamente consolidadas pelas garantias fundamentais constitucionais.

⁶ A menção que se fará doravante à contemporaneidade não tem, por certo, a pretensão de abarcar todos os modelos jurídicos na atualidade existentes. Circunscreve-se, e assim deve ser lida, como uma referência ao ordenamento jurídico brasileiro e aos modelos ocidentais do sistema de *Civil Law* que apresentam, na evolução do Estado e da ciência do processo, traços afins.

PRIMEIRA PARTE: O que busca o processo civil contemporâneo

2 A EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA PROCESSUAL E O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

Até meados do século XIX, a ação caracterizava-se como o direito de pedir em juízo o que é devido⁷ (*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat in iudicio persequendi*)⁸. Entendia-se, portanto, inexistente a ação quando desacompanhada do direito material e, reciprocamente, também do direito, se ausente a ação, seguindo esta, sempre, a natureza daquele.

Chamou-se de período sincrético do processo, responsável pela sua colocação nos quadrantes do direito privado, como um simples modo de exercício desse direito⁹. Daí sua indicação como direito adjetivo, que só se justifica pela sua aderência a algum substantivo¹⁰.

A evolução histórica do processo civil, na modernidade, pode ser sintetizada pelo confronto entre esses dois extremos muito marcantes, no que toca a sua relação com o direito material. Um primeiro momento de absoluta acessoriedade, em que se definiu a ação processual como o próprio direito material posto em movimento¹¹, e um momento oposto, de absoluta

⁷ As doutrinas italiana e francesa aperfeiçoaram, ainda nessa época, a definição latina, acrescentando a expressão “ou o que é seu” (*vel quod suum est*), para abranger, além direitos obrigacionais, os direitos reais (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol.1, p. 162).

⁸ CELSO, Digesta, 44.7.51 *apud* SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1978, vol. I, p. 126.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. I, p. 260.

¹⁰ *Ibid.*, p. 262.

¹¹ No esteio da doutrina civilista ou clássica, especialmente desenvolvida por Friedrich Carl von Savigny, no início do século XIX.

autonomia¹², que terminou por fazer naufragar o direito material no próprio procedimento, tornando-se este, agora, um fim em si mesmo.

Para a emancipação do processo em relação ao direito material, foi necessária a afirmação da existência de uma relação jurídica específica¹³ e de direitos subjetivos distintos e próprios à dinâmica da prestação jurisdicional.

Compreendeu-se que, para além de um direito existente em face de um particular (e correspondente ao direito privado), haveria um direito de agir contra o Estado, capaz de obrigá-lo tanto a prestar a tutela ao autor, quanto a exercer, contra o réu, a coação necessária para o alcance da satisfação da obrigação¹⁴.

Iniciou-se a fase autonomista ou conceitual do processo, a qual conduziu à afirmação de um método específico, cujo objeto se distancia da fruição e da disponibilidade dos bens da vida, matéria esta regida pelo direito privado, e se concentra nos fenômenos propriamente processuais: a jurisdição, a ação e o processo.

A evolução e a consolidação do direito processual se deram, portanto, à base do reconhecimento de um direito de ação autônomo e abstrato¹⁵, pertencente a um plano qualificado, o de direito público, sem qualquer dependência com o

¹² Inaugurado, em meados do século XIX, pela célebre polêmica entre os romanistas Bernardo Windscheid, catedrático em Greifswald e Teodoro Muther, de Konisberg.

¹³ Teoria tida como o novo processualismo científico, concebida, em 1868, por Oscar von Bülow, que “partiu da conceituação publicística do processo civil e da idéia de autonomia do direito de ação, para infundir, em seguida, maior precisão sistemática ao estudo das categorias processuais, submetendo-as a rigoroso método científico.” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, vol. I, p. 109). Em contraponto à teoria da relação jurídica processual, destaca-se, já no século XX, a crítica do alemão James Goldschmidt, responsável pela teoria do processo como situação jurídica, cujo desenvolvimento, todavia, foge aos objetivos deste trabalho.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2010, vol.1, p. 166.

¹⁵ A questão de ser o direito de agir abstrato, isto é, abranger tanto a possibilidade de uma sentença favorável quanto desfavorável (Plósz, Degenkolb e Mortara) ou concreto (Wach e Chiovenda), existindo apenas na hipótese de procedência do pedido, ainda dividiu os estudiosos, tendo prevalecido a primeira corrente que entendeu ser o direito de agir independente do reconhecimento do direito material.

fato de ser, ou não, o sujeito da relação processual, efetivo detentor do direito subjetivo material disputado em juízo¹⁶.

Compreendeu-se, desse modo, tratarem, direito material e direito processual, de realidades fundamentalmente distintas, que, conquanto pudessem coordenar-se a um idêntico interesse econômico, teriam fundamento, condições e conteúdo profundamente diversos¹⁷.

A noção de devido processo legal¹⁸ cresce em importância, a partir do momento em que se confere às partes, para além de um direito material, o direito a um procedimento formal capaz de lhes assegurar um julgamento baseado e conformado por normas procedimentais preexistentes, que conferem, às partes, segurança jurídica, e, ao processo, previsibilidade.

A forma, traduzida em preceitos genéricos de ordem pública indisponíveis ao exercício da jurisdição, vem, então, a se relacionar intimamente com a garantia de liberdade do jurisdicionado, que passa a ser protegido por um processo cada vez mais minuciosamente descrito (em condições do direito de ação e pressupostos processuais, fases e prazos, nulidades e ônus, entre vários) e ocupado com conceitos, fórmulas, dogmas e categorias. E é justamente graças à criação desses institutos basais e do seu desenvolvimento técnico que logra o processo, neste ponto, afirmar-se como ciência autônoma¹⁹, ramo da Ciência do Direito.

O apego à forma e a exacerbação da segurança jurídica – posto que originários de legítimos valores arduamente conquistados contra o arbítrio do poder estatal –, vieram a desembocar, todavia, no perverso procedimentalismo,

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo civil brasileiro: no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 2.

¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 1. Campinas: Bookseller, 1998, p.43.

¹⁸ A expressão “due process of law” (devido processo legal) é positivada, pela primeira vez, em 1354, por Eduardo III de Inglaterra. Desde 1215, no entanto, o processo já era objeto de regulamentação na Carta Magna (VIGORITI, Vincenzo. *Garantie Costituzionali del Processo Civile*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 25).

¹⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 20.

transformando o direito, como observou Baptista, “num sistema de conceitos, com pretensão à eternidade, desvinculando-o da história”²⁰, isto é, um sistema incapaz de se adaptar aos casos concretos e, a eles, fazer frente eficazmente.

Wassermann, analisando a conformação do processo civil no Estado Liberal, anota a percepção de uma sensível indiferença do processo à política e às necessidades sociais, e uma correspondente tendência a se apresentar como um direito técnico e desprovido de orientações valorativas: “por necessidades práticas, reinou o processo civil independente do sistema político e do direito constitucional. Cientistas e práticos que se ocupam do processo civil podiam, por conseguinte, ignorar a Constituição”²¹.

Observa-se, pois, com o exacerbamento do formalismo, o divórcio entre a ciência do processo e a finalidade prática da justiça, apontado, dentre vários, por Calamandrei²² e Barbosa Moreira, que, por sua vez, adequadamente contemporizou, “não há menoscar os frutos de tão nobre fadiga. Sente-se, porém, a precisão de aplicar com maior eficácia à modelagem do real as ferramentas pacientemente temperadas e polidas pelo engenho dos estudiosos”²³.

James Goldschmidt, parodiando a célebre afirmação de Sieyès sobre o Terceiro Estado, no auge da Revolução Francesa²⁴, revelou o impasse noutros termos.

²⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Processo e ideologia. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 28, n. 11^o, abr./jun. 2003, p. 19.

²¹ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozess*. Neuwied/Darmstadt: Luchterhand, 1978 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol.1, p. 187.

²² MORELLO, Augusto Mário. *El Proceso Justo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 210.

²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 42, 1984, p. 37.

²⁴ A célebre frase de Emmanuel Joséph Sieyès: “Qu’est-ce que le Tiers État ? Tout. Qu’a-t-il été jusqu’à présent dans l’ordre politique ? Rien. Que demande-t-il ? À être quelque chose”.

(...) poder-se-ia perguntar com respeito ao tratamento científico do processo: o que é, ou pelo menos, o que era até os tempos recentes? Nada. A causa tem de se buscar no Direito romano, onde o processo não era mais do que a emanção do Direito Civil. Assim sendo, como o Direito romano chegou a ser a base da jurisprudência inteira, esse enfoque influenciou muito a nossa ciência. (...) De fato, a Ciência do processo teria de ser: tudo. (...) Na realidade, a ciência do Direito processual contenta-se em ser 'algo', ou seja: pretende que se estabeleçam as categorias que lhe são adequadas.²⁵

Certo é que em meados do século XX, por fim, opera-se um relevante deslocamento neste ramo do direito. Processualistas como Cappelletti²⁶, Barbosa Moreira²⁷, Dinamarco²⁸, dentre outros, passaram a se dedicar a estudos que alertavam, justamente, para o fato de que, embora a construção dogmática dessa área de conhecimento tivesse alcançado níveis satisfatórios, a ciência processual, após um século de desenvolvimento autônomo, ainda se mantinha destituída de endereçamento teleológico prático²⁹.

O próprio confronto do processo civil entre os sistemas da *Common Law* e da *Civil Law*, à época, causaria espécie aos fiéis tecnocratas do processo, por evidenciar que, ao contrário das expectativas, enquanto o direito técnico de Windscheid, com toda sua aquilatada ciência, gerou um processo caro, demorado e injusto, o direito “desformalizado” dos anglo-saxões, livre de normas minuciosas a ditar, passo a passo, técnica e forma, foi capaz de alcançar uma jurisdição mais eficiente, e, no mínimo, com maior apreço da sociedade.³⁰

²⁵ GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004, p. 15 e 16.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

²⁹ *Ibid.*, p.22

³⁰ Deve-se registrar que o extenso estudo das nuances e convergências dos sistemas processuais referidos ultrapassam os propósitos do presente estudo. Para esse fim, indica-se, entre outros, a leitura de Mauro Cappelletti que, no sentido assinalado no texto, elucida: “a fixação *a priori* de termos preclusivos não era, em efeito, idônea para ter devida conta das concretas circunstâncias imprevisíveis do caso e, enquanto por um lado tendia a colocar no mesmo plano o procedimento das causas mais simples e o das causas mais complexas, era logo, por outro lado, fonte ela mesma de

A partir dessas verificações, deduziu-se que o domínio da ciência não estaria necessariamente conexo com a realização da justiça.

Tal amadurecimento teórico foi descrito por Theodoro Júnior.

Superada a enorme crise político-social da Segunda Guerra Mundial, as atenções dos estudiosos do direito voltaram-se para problemas da prestação jurisdicional até então não cogitados. Depois de um século de extensos e profícuos estudos sobre os conceitos e as categorias fundamentais do direito processual civil, os doutos atentaram para um fato muito singelo e significativo: a sociedade como um todo continuava ansiosa por uma prestação jurisdicional mais efetiva³¹.

O processualismo exagerado, ponderou em momento posterior Bedaque, tem conexão direta com a distorção do instrumento, que perde a relação com seu fim e passa a orbitar em torno de si mesmo³². Carente, pois, de sentido é o procedimento concebido para ser tecnicamente perfeito, sempre que, de tal esmero, não advier correspondente esforço pela sua funcionalidade.

complicações, de invalidades, de impugnações e, portanto, de dilações, com grandes e imerecidas vantagens para a parte mais hábil ou menos escrupulosa. Revela-se fato que a direção “formal” ou “técnica” do processo deveria estar confiada, mais que em normas gerais e abstratas, ao critério discricional do juiz, como justamente sucede também no procedimento inglês e, mesmo que menos acentuadamente, no estadunidense” (CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil italiano no quadro da contraposição “civil law” – “common law”: apontamentos histórico-comparativos*. Processo, Ideologias e Sociedade. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, vol. II, p. 142). Outra leitura obrigatória sobre o tema, René David: “a preocupação do processo vai colocar-se, então, no primeiro plano das preocupações destes práticos que são os juristas ingleses: porque parece claramente a esta gente de bom senso que não serve para nada ter razão se não se puder obter a justiça que se deseja. (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 321 e 322). Nesses mesmos termos, observa José Roberto dos Santos Bedaque: “a propósito, Sentis Melendo reporta-se à indagação de Calamandrei sobre se concordariam os ingleses em trocar sua boa justiça pelo alto desenvolvimento científico dos italianos” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2006, nota de pé de pág. n. 29, p. 17).

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista da Academia Mineira de Letras Jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, vol. 1, 2007, p. 162.

³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30.

Esta é a semente de um giro paradigmático relevante, que passa, então, a figurar como substrato indispensável para uma apropriada compreensão das dificuldades enfrentadas pela jurisdição – e para a discussão de possíveis enfrentamentos. Trata-se da construção de uma noção instrumental do processo, cujo cerne está no reconhecimento da importância dos resultados decorrentes da atividade processual na vida dos jurisdicionados e também no fato de que, conseqüentemente, o processo deve ser colocado em uma posição de funcionalidade em relação ao direito material.

Tornou-se imperioso, sob pena da falência do mecanismo estatal e universal de resolução de conflitos, que o processo deixasse de ser entendido como uma estrutura hermética e acabada, e que passasse a ser reconhecido como instrumento a serviço de outro direito, cuja proteção consiste, por excelência, na justificativa de toda a sua existência.

As últimas décadas do século XX assentam-se, afinal, sobre a necessária retomada de um outrora renegado vínculo de dependência entre o direito processual e o direito material.

Inaugura-se, por conseguinte, o refluxo da escalada processualística e, em seu lugar, a promoção do processo como legitimador da função jurisdicional exercida pelo Estado e, ao mesmo tempo, garantidor da proteção fornecida pelo direito. Nem o direito processual deve se sobrepor ao direito material, nem este pode obnubilar aquele.

Assim relatou Calmon de Passos:

A partir da década de cinquenta, em plena renovação do pensamento jurídico do pós Segunda Guerra Mundial, um autor, insuspeito de ser ortodoxo, reacionário ou individualista empedernido, Andréa Proto Pisani, ao falar no caráter instrumental da norma processual (não do processo, frise-se) adverte sabiamente que essa instrumentalidade consiste no fato de que só lhe cabe intervir quando a norma substancial deixar de ser voluntariamente atuada, e também no sentido de que o direito substancial é indispensável para o direito processual. Isso, contudo, enfatiza ele, não autoriza concluir-se que o direito processual seja secundário em relação ao direito

material e que este possa menosprezá-lo. (...) Por conseguinte, nem o procedimento é indiferente (tecnicamente neutro) em face da tutela que lhe cumpre efetivar, nem a tutela é viável de ser obtida sem a estrita obediência ao procedimento adequado³³.

Não é outra a perspectiva de Kazuo Watanabe:

Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais (...). É a tendência ao instrumentalismo que se denominaria substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal³⁴.

Desse modo, assim como foi preciso afirmar o processo como uma realidade em si (relação jurídica para alguns, situação jurídica para outros), e, de outro lado, evitar que essa realidade autônoma ignorasse seu serviço ao direito material, releva agora identificar quais os referenciais para que tanto o direito material quanto o processual sejam efetivamente resguardados e realizem, com plenitude, seus desígnios.

O pano de fundo dessa evolução reside, claramente, no desenvolvimento geral do constitucionalismo, que pôs, sob o foco dos direitos e garantias constitucionais, todos os demais ramos do Direito, ampliando, assim, no que tange à construção metodológica do processo, a própria noção de devido processo legal, que passa a se realizar, consoante destacou Nicolò Trocker, no direito a um processo justo.

Justo não é qualquer processo que se limita a ser 'adequado' no plano formal. Justo é o processo que se

³³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 102, abr./jun. 2001, p. 61 e 62.

³⁴ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 20 e 21.

desenvolve segundo os parâmetros fixados pelas normas constitucionais e os valores aceitos pela coletividade³⁵.

Cuida-se, portanto, do reconhecimento da relevância e primazia de um modelo constitucional histórica e socialmente construído, em relação ao qual o processo, nos dizeres de Andolina, faz-se, a um só tempo, "instrumento dinâmico de leitura e releitura contínua, e portanto evolutiva, dos preceitos constitucionais e a ideia-força de sua atuação concreta"³⁶.

Esse é o resultado do que Radamés de Sá identificou como "a intensa relação existente entre o processo brasileiro e a Constituição Federal", que passa a influir "no sentido do cumprimento de sua missão, pela enunciação de princípios básicos, sob a forma de garantias instrumentais de efetivação dos direitos fundamentais, correspondentes ao *status activus processualis*"³⁷.

Assim entendido, pois, "a mesma Constituição que enuncia os direitos fundamentais garante sua efetivação por meio do processo, definindo suas linhas básicas e disponibilizando instrumentos eficientes para que seus objetivos sejam alcançados"³⁸.

O processo civil constitui-se, por consequência, em um direito "na e da Constituição", o que, longe de requisitar do intérprete uma atitude passiva – limitada à identificação de que determinados assuntos respeitantes a ele são previstos naquela Carta –, recomenda uma postura fortemente proativa, fundada na necessidade de:

aplicar as diretrizes constitucionais na construção do direito processual civil, realizando pelo e no processo, isto é, pelo e no exercício da função jurisdicional, os misteres constitucionais

³⁵ "Giusto, non è qualunque processo che si limiti ad essere "regolare" sul piano formale. Giusto, è il processo che si svolge nel rispetto dei parametri fissati dalle norme costituzionali e dei valori condivisi dalla collettività." (TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 383 e 384. Tradução livre).

³⁶ ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 22, n. 87, p. 65.

³⁷ SÁ, Djanira Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 44.

³⁸ *Ibid.*, loc. cit.

reservados para o Estado brasileiro, de acordo com o seu modelo político, e para seus cidadãos³⁹.

Este é o ensinamento que, antes mesmo do advento da Constituição de 1988, já tinha feito Grinover:

Mas o importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas a nível constitucional, pairando sobre a lei ordinária, à qual informam. O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a constituição. E não só em conformidade com a sua letra, mas também com seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive⁴⁰.

Assim que, inicialmente, alargando a própria compreensão do conteúdo do processo, faz-se mister o abandono da terminologia “instrumento”, que, em si, nada de valorativo quer indicar além da mera relação entre meios e fins, como bem discerniu Calmon de Passos⁴¹, e, nesse sentido, pouco ou nada acrescenta a uma investigação teleológica do processo civil contemporâneo.

Na evolução interpretativa que se segue, a produção e a aplicação do direito processual deverão estar acopladas à noção de efetividade, este, sim, conceito capaz de agregar substância ao processo, consistente na exigência de um procedimento que assegure tanto a atuação do Poder Judiciário e o acesso à

³⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. O modelo constitucional do direito processual civil: Um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 161, ano 33, julho. 2008, p. 262.

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pelegrini. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 22.

⁴¹ “Falar de ‘instrumentalidade’ em dogmática é utilizar-se palavra de todo inadequada. Instrumento pode ser entendido, no seu sentido mais amplo, como todo meio empregado para se alcançar determinado fim ou resultado. Mas com essa significação ampla, é de nenhuma serventia.” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 102, abr./jun. 2001, p. 64).

justiça efetivos quanto “direitos de participação e condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional”⁴².

A este progresso científico está aliada uma alteração substancial na realidade da jurisdição e, por decorrência, na importância que passa a desempenhar socialmente como realizador de direitos. Como destacou Andolina:

As razões – que favoreceram o ‘processo jurisdicional’ no quadro dos possíveis instrumentos de atuação do sistema das garantias – são múltiplas. Ligam-se elas, fundamentalmente, ao destaque (apoiado pela tradição jurídica) que o processo – em razão de sua estrutura participativa e da condição de terceiro do julgador – apresenta, tornando-se o instrumento mais idôneo para assegurar uma justa composição dos conflitos⁴³.

Ao cidadão passa-se a reconhecer, por conseguinte, um direito à adequada tutela jurisdicional⁴⁴, que vai além, necessariamente, de um simples direito ao pronunciamento do Judiciário acerca da sua demanda levada a juízo. O que se determina, de forma contundente, é a persecução da finalidade e da concretude da jurisdição, com a advertência de que sua atividade será essencialmente inócua enquanto descompromissada com o direito material e com a realidade social em que atua. Para tanto, reconhece-se que, em um Estado Democrático de Direito, não será admissível que a construção da norma que incidirá sobre a esfera jurídica dos sujeitos, em resposta à provocação jurisdicional, realize-se à margem da participação desses destinatários, e sem o alicerce de um procedimento garantista, que lhes forneça previsibilidade, proteção e possibilidade de controle em caso de desvios. De tal maneira traduziu Elio Fazzalari o conteúdo intrínseco do processo:

⁴² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, vol. 3, n. 5 e 6, 1º e 2º sem. 2000, p. 165.

⁴³ ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 22, n.87, jul. 1997, p. 64.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 82.

O processo é o procedimento que se desenvolve em contraditório entre os interessados, na fase de preparação do ato final e entre o ato inicial do procedimento de execução até o ato final, aquele provimento pelo qual ela é julgada extinta, está presente o contraditório, como possibilidade de participação simetricamente igual dos destinatários do ato de caráter imperativo que esgota o procedimento.⁴⁵

O necessário equilíbrio de posições entre os membros da sociedade democrática, tanto nas relações entre particulares, como entre esses e o Poder Público, assenta-se, assim, no que compete ao exercício da atividade jurisdicional, na garantia de que não haverá processo sem a participação em contraditório daqueles que são os interessados na lide, por serem esses os sujeitos que suportarão os efeitos do provimento e da medida inafastável que ele vier a impor⁴⁶.

Deve-se sublinhar, nestes termos, que não se fala em contraditório no processo contemporâneo como garantia democrática sem se referir a uma participação plena, consubstanciada de fato⁴⁷, a qual, como aduz Marinoni:

(...) tem relação com a possibilidade de alegar, provar, participar da produção da prova e falar sobre o seu resultado. O direito de participar – que cabe ao autor através da ação e ao réu da defesa – está ancorado na ideia de que, quando se objetiva uma

⁴⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 96.

⁴⁶ Ibid., p. 120.

⁴⁷ O alargamento do conceito do contraditório foi, inclusive, registrado pelo Supremo Tribunal Federal em voto do Ministro Gilmar Mendes, cujo trecho respectivo, pela sua importância, segue transcrito: “assinale-se, por outro lado, que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. (...) Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado ‘*Anspruch auf rechtliches Gehor*’ (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar. (...) Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berucksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwagungspflicht*) (...) É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões. (Voto vista do Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança 24.268-0/MG, publicado no DJ em 17.09.2004).

decisão estatal, é imprescindível abrir aos interessados a oportunidade à participação, direito que decorre da própria noção de democracia, ou melhor, de legitimação do poder mediante a participação democrática⁴⁸.

A admissão do vínculo do processo contemporâneo com a construção democrática e garantista do direito deve ser tributada, também, à superação da clássica visão da jurisdição como meio de fazer atuar a vontade concreta da lei. De fato, o direito processual constitucionalizado, e, logo, permeado pela legítima demanda por efetividade, renega uma postura apática e indiferente aos conflitos sociais e reconhece, *pari passu*, o seu caráter original e complexo de criador do direito. Nas palavras de Marinoni:

Se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto⁴⁹.

Assim, também Luhmann:

Por essa razão, podemos compreender essa norma fundamental da atividade dos Tribunais (Gerichtsbarkeit – [jurisdição]) como o paradoxo da transformação da coerção em liberdade. Quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito⁵⁰.

Insera-se aí a afirmação de processo justo, cuja ideia, além do compromisso com o legalmente previsto e com a ordem jurídica substancial, agrega, ainda, uma afirmação não menos categórica da efetividade dos meios processuais e das formas de tutela obteníveis junto ao juízo, bem como do aprofundamento categórico da dependência entre a atuação das partes e a construção do

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol.1, p. 270.

⁴⁹ Ibid., p.104.

⁵⁰ LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 49, julho de 1990, p. 163.

provimento e dos imperativos de correção, equidade e justiça procedimental⁵¹, como elucidada Grinover.

(...) as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício de jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente⁵².

Será este o modelo de jurisdição civil legado ao novo milênio, um modelo edificado, inteiramente, sob bases constitucionais democráticas e garantistas. O que busca o processo civil contemporâneo não é a mera instrumentalização ou afirmação do direito material, tampouco a sua desvinculação e subordinação, mas, acima de tudo, a efetividade do direito. É com referência a ela que todos os problemas da jurisdição devem ser, doravante, analisados.

3 EFICÁCIA, EFICIÊNCIA E EFETIVIDADE DO PROCESSO

Em razão da histórica necessidade de estabelecer parâmetros para orientar o desempenho dos atos administrativos, a teoria geral da administração pode ser esclarecedora para a análise desses critérios pouco aprofundados pela ciência jurídica, mas que se mostram essenciais à administração da justiça: a eficácia, a eficiência e a efetividade do processo.

⁵¹ “Un’ affermazione, non meno espressa, dell’effettività dei mezzi processuali e delle forme di tutela ottenibili dal giudice (...) con i valori di ‘correttezza’, di ‘equita’ e di ‘giustizia procedurale’.” (COMOGLIO, Luigi Paolo. Il giusto proceso civile in Itália e in Europa. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 116. ano 29. jul./ag. 2004, pp. 97-158. p. 154 e 157).

⁵² GRINOVER, Ada Pelegrini. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal e Alçada Criminal e São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p.8.

Utilizados pela administração como medida corriqueira de avaliação de seus métodos, geralmente com vistas ao aperfeiçoamento do alcance dos objetivos organizacionais, os critérios de eficácia, eficiência e efetividade – excluídas as fórmulas frequentemente adotadas nas exposições de motivos das legislações –, são pouco lembrados pela comunidade jurídica.

Nesse campo, os conceitos remanesçam obscuros e, sua utilização, imbuída de atecnia, de tal forma que, ao contrário da utilidade que encontram em outras áreas das ciências sociais aplicadas, eles pouco ou nada têm acrescido ao direito. Imperativo se faz, portanto, um percurso pela literatura dedicada ao estudo da administração, na tentativa de suprir esta lacuna.

Ensina Maximiano que o critério da eficiência é aquele utilizado “para indicar que a organização utiliza corretamente seus recursos”. Paralelamente, a eficácia se apresenta como a indicação de que a organização realiza seus objetivos, “quanto mais alto o grau de realização dos objetivos, mais a organização é eficaz”⁵³.

No mesmo sentido, o também doutor em Administração Chiavenato explica que enquanto a eficácia trata de “uma medida normativa do alcance dos resultados,” a eficiência consiste em “uma medida normativa da utilização dos recursos nesse processo”⁵⁴.

O critério da eficiência tem, como se vê, caráter eminentemente econômico e dimensões instrumental e extrínseca (já que passa ao largo do objeto específico da atividade analisada), traduzindo, desse modo, “um conceito matemático”⁵⁵ que valoriza a capacidade administrativa de obter “produtos mais elevados (resultados, produtividade, desempenho) relativamente aos insumos

⁵³ MAXIMILIANO, Antonio Cesar Amaru. *Teoria geral da administração: da revolução urbana à revolução digital*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 131.

⁵⁴ CHIAVENATO, Idalberto. *Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 70.

⁵⁵ MEGGINSON, Leon; MOSLEY, Donald; PIETRI JÚNIOR, Paul. *Administração: conceitos e aplicações*. São Paulo: Editora Harbra Ltda., 1986, p.11.

(mão-de-obra, materiais, dinheiro, máquina e tempo) necessários à sua consecução”⁵⁶.

Já a eficácia, conquanto apresentando, também, dimensão eminentemente instrumental, relaciona-se, por sua vez, à consecução dos objetivos intrínsecos à atividade em questão. Trata-se, assim, da própria capacidade da organização de atingir os resultados a ela propostos.

Drucker, teórico da administração moderna, sintetiza os referidos critérios em duas breves sentenças: eficácia, como capacidade de fazer as coisas ‘certas’ e eficiência, como capacidade de fazer as coisas ‘certo’⁵⁷.

A aplicação desses conceitos à esfera pública, por conseguinte, não parece encontrar distinção relevante. Torres, em estudo sobre a administração pública brasileira, esboçou como eficácia da atividade pública, basicamente, a preocupação com o “atingimento dos objetivos desejados por determinada ação estatal”, ausente perquirição quanto aos meios e mecanismos utilizados para atingir tais objetivos. Já a eficiência da mesma atividade, reconhecida, aliás, como princípio constitucional desde a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, requer a explicitação do modo como os objetivos são alcançados. Inclui, portanto, no diagnóstico, “a preocupação com os mecanismos utilizados para obtenção do êxito da ação estatal”, ou seja, exige meios mais econômicos e viáveis, utilizando a racionalidade econômica para a busca da maximização dos resultados e minimização dos custos, “gastando com inteligência os recursos pagos pelo contribuinte”⁵⁸.

O critério de efetividade, mais intrincado tanto na administração pública quanto na administração privada, é colocado por Drucker como o requisito central para o sucesso de qualquer organização, uma vez que “a questão pertinente não é

⁵⁶ MEGGINSON, Leon; MOSLEY, Donald; PIETRI JÚNIOR, Paul. *Administração: conceitos e aplicações*. São Paulo: Editora Harbra Ltda., 1986, p.11.

⁵⁷ DRUCKER, Peter Ferdinand. *Managing for results*. Nova Iorque: Harper & Row, 1964, In.: STONER, James; FREEMAN, Edward. *Administração*. trad. Alves Calado Rio de Janeiro: Editora Prentice Hall do Brasil Ltda., 1995, p. 136.

⁵⁸ TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004. 175.

como fazer as coisas certas, mas como encontrar as coisas certas para fazer, e concentrar nelas recursos e esforços”⁵⁹.

Benno Sander, em pesquisa sobre a administração da educação na América Latina, trabalhou todos os critérios, os quais chamou de “administração para a eficiência econômica”, “administração para a eficácia pedagógica” e “administração para a efetividade política”, definindo esta como “o critério político que reflete a capacidade administrativa para satisfazer as demandas concretas feitas pela comunidade externa”⁶⁰.

Diferentemente dos demais, como se vê, a efetividade é critério que apregoa fundamental caráter substantivo. Visa apreender, de forma ampla, a capacidade de a atividade analisada responder às preocupações, exigências e necessidades do corpo social que a patrocina.

Retornando-se, afinal, à ciência jurídica processual, e, tomando-se por base o delineamento teórico exposto, observa-se que a discussão da efetividade do processo depende, inicialmente, da verificação do critério da eficácia, que, responsável por indagar a sua “capacidade de fazer as coisas certas”, perquire, no processo, o atingimento ou não do resultado almejado pela jurisdição.

A meta, certamente, não apresenta caráter estático. O escopo atribuído à atividade jurisdicional historicamente já se limitara, como visto no primeiro capítulo, ao seu próprio conteúdo etimológico. À jurisdição (do latim *juris dictio*) caberia apenas “dizer o direito”, isto é, circunscrever-se-ia à exclusiva declaração, pelo Estado, da norma jurídica para o caso concreto apresentado. Dessa forma, elucida Dinamarco:

Como é sabido, no processo do *ordo judiciorum privatorum* (ações da lei e período formular) o *judex* nomeado pelo pretor chegava somente até ao ponto de decidir a causa,

⁵⁹ DRUCKER, Peter Ferdinand. *Managing for results*. Nova Iorque: Harper & Row, 1964, p. 5 *apud* MEGGINSON, Leon; MOSLEY, Donald; PIETRI JÚNIOR, Paul. *Administração: conceitos e aplicações*. São Paulo: Editora Harbra Ltda., 1986, p.11.

⁶⁰ SANDER, Benno. *Gestão da Educação na América Latina: construção e reconstrução do conhecimento*. Campinas: Autores Associados, 1995, p. 47.

competindo a execução ao próprio credor. O vocábulo *jurisdictio* era próprio dessa ordem processual mais restrita que as atuais, onde notoriamente o juiz não só julga mas também executa⁶¹.

A noção da finalidade da atividade jurisdicional, como também já observado no capítulo anterior, restou notoriamente ampliada com o avançar das conquistas civilizatórias, que determinaram, nesse aspecto, a impossibilidade de o Estado limitar-se à mera declaração de direitos, assumindo como sua a função de realizar a tutela jurídica processual, por meio de intervenções concretas que resultem na pacificação dos litígios⁶².

Nesses termos, aproximou-se a jurisdição, intimamente, da atuação do direito material, não sendo mais possível falar-se em prestação, repressiva ou preventiva, que não assegure ao seu titular o direito subjetivo substancial que lhe é legítimo⁶³. O objetivo ambicionado pelo processo, por conseguinte, e em atenção ao qual deve incidir seu exame de eficácia, pode ser sintetizado na realização da tutela, isto é, “a proteção de um direito ou de uma situação jurídica, pela via jurisdicional”⁶⁴. Eficaz, portanto, será a jurisdição capaz de atingir esse resultado.

⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. I, p. 323.

⁶² Nesse sentido também já estatuiu a Corte Europeia dos Direitos do Homem: “no que concerne ao artigo 6º § 1º, a Corte lembra que o direito a um tribunal ao abrigo desta disposição inclui o direito de executar uma decisão judicial definitiva e obrigatória e que a execução de um julgamento deve ser considerada como parte integrante do ‘processo’ (...) A execução é a segunda fase do mérito do processo, o direito reivindicado não encontra sua realização efetiva senão no momento da execução” (“32. En ce qui concerne l'article 6 § 1, la Cour rappelle que le droit à un tribunal garanti par cette disposition inclut le droit à l'exécution d'une décision judiciaire définitive et obligatoire et que l'exécution d'un jugement doit être considérée comme faisant partie intégrante du « procès » au sens de l'article 6 (...) L'exécution étant la seconde phase de la procédure au fond, le droit revendiqué ne trouve sa réalisation effective qu'au moment de l'exécution” - caso “Gaglione e outros versus Itália”, 21 de dezembro de 2010. Tradução livre)

⁶³ Nesse sentido, não encontra eco no sistema jurídico a interpretação de que a tutela independe do resultado do processo. Havendo sua extinção precoce, sem exame do conflito que lhe retirou da inércia, terá a jurisdição se movimentado, porém, sem atingir seu resultado primário, e, portanto, sem eficácia.

⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29.

Já a análise de efetividade, como se viu, requer um exame ainda mais amplo, de caráter inteiramente substancial. Será a jurisdição tanto mais efetiva quanto mais estruturado o processo, no sentido de acolher as demandas reais da sociedade que a patrocina.

Diferentemente da ideia de eficácia, que se restringe a garantir o resultado intrínseco da jurisdição, a efetividade questiona se, para o alcance do propósito estabelecido, foi observado o completo atendimento de uma moldura valorativa que, no caso do Estado Democrático de Direito, estará plasmada no seu modelo constitucional de processo.

Em outras palavras, diante da tutela jurisdicional, uma análise de efetividade deverá verificar como essa tutela foi construída, qual a sua legitimidade e quais os efeitos sociais que dela poderão advir. Daí se pode apreender o completo sentido da efetividade processual.

Como instrumento de ordem constitucional, e desempenhando funções perante a própria Constituição, o processo precisa refletir as bases do regime democrático nela proclamados, bem como suas opções sociopolíticas.⁶⁵

Igualmente, Marinoni e Arenhart:

Se o Estado brasileiro está obrigado, segundo a própria Constituição Federal, a construir uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e ainda a promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da CF), os fins da jurisdição devem refletir essas ideias. Assim, a jurisdição, ao aplicar uma norma ou fazê-la produzir efeitos concretos, afirma a vontade espelhada na norma de direito material, a qual deve traduzir – pois deve estar de acordo com os fins do Estado – as normas constitucionais que revelam suas preocupações básicas. Demais disso, como o Estado brasileiro é uma forma de democracia representativa, com temperos de princípios e institutos de participação direta dos cidadãos no poder de decisão do governo (democracia participativa; por exemplo, o referendo), e existem mecanismos

⁶⁵ SÁ, Djanira Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 44.

que viabilizam essa participação direta por meio da jurisdição, é necessário incentivar o seu uso⁶⁶.

A efetividade processual apresenta-se, por consequência, como a garantia de que também a jurisdição terá, por vetores maiores e inescapáveis, os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, tal qual estatuiu Bedaque.

A partir do momento em que se afirma o caráter instrumental da ciência processual, deve ser abandonada qualquer idéia fundada na sua neutralidade. O processo não é mero instrumento técnico, nem o direito processual constitui ciência neutra, indiferente às opções ideológicas do Estado⁶⁷.

Assim, mais do que colocar a técnica processual a serviço do seu resultado⁶⁸, à efetividade incumbe, principalmente, a legitimidade, tanto das técnicas, quanto dos resultados direcionados.

Fazem-se necessários, para tanto, cumulativamente: a existência de instrumentos de tutela adequados ao objeto da demanda e capazes de serem utilizados por todos os supostos titulares dos direitos de cuja preservação ou reintegração se cogita; e as condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, o máximo possível, à realidade, e o gozo pleno, pela parte vitoriosa, da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento⁶⁹. A respeito disso, sintetiza Dinamarco:

Direito ao processo justo é, em primeiro lugar, o direito ao processo *tout court* – assegurado pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional que a Constituição impõe mediante a chamada garantia da ação. Sem ingresso em juízo não se tem a efetividade de um processo qualquer e muito menos de um processo justo. Garantido o ingresso em juízo e até mesmo a obtenção de um provimento final de mérito, é indispensável que o processo se haja feito com aquelas garantias mínimas: a) de meios, pela observância dos

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 36.

⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 21.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 29.

⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da Justiça: alguns mitos. Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.17 e 18.

princípios e garantias estabelecidas; b) de resultados, mediante a oferta de julgamentos justos, ou seja, portadores de tutela jurisdicional a quem efetivamente tenha razão. Os meios, sendo adequadamente empregados, constituem o melhor caminho para chegar a bons resultados⁷⁰.

Desse modo, conquanto a enunciação não conste expressamente do texto constitucional brasileiro⁷¹, o acolhimento da efetividade do processo pelo ordenamento jurídico nacional, nomeadamente após a Constituição de 1988, é pacífico, e decorre da própria evolução da ciência do processo e do reconhecimento da finalidade da jurisdição no Estado Democrático do Direito⁷².

⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. I, p. 252 e 253.

⁷¹ Omissão essa compartilhada pelo ordenamento jurídico italiano, merecendo a seguinte crítica de Luigi Paolo Comoglio: “não há (...) nenhum aceno à efetividade que, em outros sistemas constitucionais e nos modelos internacionais do ‘processo equitativo’, vem corretamente referida não somente ao direito individual de ação ou de acesso às cortes, mas também às formas de tutela (ou, se se preferir, aos remédios) as quais, com o exercício daquele direito, qualquer um deveria estar em condição de demandar e de obter do juiz competente”. (“Non è presente – (...) – alcun acceno all’effettività, che in altri sistemi costituzionali e nei modelli internazionali del ‘processo equo’ viene corretamente riferita non soltanto al diritto individuale di azione o di accesso alle corti, ma anche alle forme di tutela (o, se si preferisce, ai rimedi) che, con l’esercizio di quel diritto, chiunque dovrebbe essere in grado di ‘domandare’ e di ‘ottenere’ dal giudice adito”). COMOGLIO, Luigi Paolo. Il giusto proceso civile in Itália e in Europa. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 116, ano 29, jul./ag. 2004, p. 101 e 102. Tradução livre). Diversamente, vários outros diplomas modernos fazem referência expressa à efetividade do processo como garantia fundamental em seus textos: Constituição espanhola (1978) art. 24, 1º: “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Constituição Portuguesa (1976): “Artigo 20.º Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos. Constituição da Província de Buenos Aires (1994) “Artículo 15. La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave”. Declaração universal dos direitos do homem (1948) art. 8º “everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the Constitutions or by law”.

⁷² O conceito deste modelo estatal, essencial ao desenvolvimento deste trabalho, será melhor aprofundado no Capítulo 7, quando será requisitado, novamente, para a compreensão da noção de garantia constitucional do processo.

O processo, dessa forma, deve ser plenamente adaptado à realidade em que atua, tanto no que concerne aos sujeitos envolvidos, considerando suas condições sociais, financeiras e técnicas, com o fim de promover o acesso e o equilíbrio da participação, quanto no que toca o objeto da lide, promovendo o acautelamento ou a antecipação do direito quando necessário, e garantindo a utilidade do provimento devido à parte vitoriosa.

Relevante, nessa construção, que o processo seja, também, capaz de refletir os reais anseios e os legítimos interesses postos em jogo no litígio a ser solucionado. Impera, nesse sentido, o abandono das expectativas metafísicas de alcance de uma suposta “verdade”, que deve ser reconhecida, no processo, como um produto real do pleno exercício da ampla defesa e do contraditório pelas partes.

Ao juiz, distante da condição de revelador e porta-voz do direito, incumbe a relevante função de condutor da marcha, que exige, ao mesmo tempo, uma leitura teleológica e sistemática da norma processual, a fuga das armadilhas do formalismo estéril e o compromisso com a busca de soluções adequadas às especificidades dos problemas surgidos durante o desenvolvimento processual⁷³.

Essencial, por conseguinte, a atuação convergente do legislador, que deve atuar não só no aperfeiçoamento do procedimento – com o amparo de amplas pesquisas científicas que identifiquem os seus pontos de estrangulamento e as demandas sociais correspondentes –, mas, ainda, na valorização do papel do magistrado, dotando-o de poderes efetivos na direção do processo.

Por essa mesma trilha, deve-se evidenciar que efetividade não significa – nem deverá implicar em – dispensa da técnica. Não há, no processo efetivo, espaço para que cada aplicador faça valer uma maneira individual de tornar mais acertado o procedimento, segundo seu exclusivo alvedrio.

73 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 107.

A forma tem a imprescindível função de controlar o arbítrio e, por preservar a isonomia e a previsibilidade do processo, são garantidas liberdade e segurança aos jurisdicionados. Sem elas – em necessária combinação com o direito de ação – torna-se vulnerado o tratamento imparcial dos sujeitos e, por conseguinte, flagrantemente sacrificada a ampla defesa.

O que se introduz com a efetividade no mero procedimentalismo técnico é a conformação de procedimentos mais idôneos ao cumprimento das finalidades constitucionais. A técnica somada à efetividade resulta na escolha do meio mais apto a garantir que a tutela jurisdicional se aproxime, o quanto possa, da atuação espontânea da regra de direito material. Como pondera Dinamarco:

E, como afinal o que importa são os resultados justos do processo (processo civil de resultados), não basta que o juiz empregue meios adequados se ele vier a decidir mal; nem se admite que se aventure a decidir a causa segundo seus próprios critérios de justiça, sem ter empregado os meios ditados pela Constituição e pela lei. Segundo a experiência multissecular expressa nas garantias constitucionais, é grande o risco de erro quando os meios adequados não são cumpridos⁷⁴.

Consequentemente, condicionada a consagração da forma à sua inafastável sujeição ao processo, sua observância é tida como fator de estímulo, e não de tolhimento, à efetividade, denunciando a falsa ideia da oposição entre o empenho de efetividade e a convivência com a boa técnica⁷⁵.

Em suma, trata-se da forma a serviço da finalidade e da finalidade sujeita a um procedimento prévio formalizado. Nas palavras de Gonçalves:

A instrumentalidade técnica do processo, nessa perspectiva do Direito contemporâneo, não poderia, jamais, significar a técnica se desenvolvendo para se produzir a si mesma. A instrumentalidade técnica do processo está em que ele se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada,

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. I, p. 253.

⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da Justiça: alguns mitos*. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.28.

com a garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão seus efeitos⁷⁶.

O que se almeja com a efetividade do processo é uma jurisdição compromissada com a melhor composição do litígio, que atinja decisões justas e demonstre o potencial de atuar, concretamente, no plano dos fatos⁷⁷. Assegura-se, assim, na conhecida proposição de Chiovenda, que o processo dê, “na medida do possível, a quem tem um direito, praticamente tudo aquilo, e propriamente aquilo, que ele tenha direito de obter”⁷⁸.

E, precisamente, por não subsistir, no direito moderno, qualquer explicação metafísica ou apriorística que garanta a melhor composição e a realização da justiça⁷⁹, a efetividade garantirá, portanto, o impreterível reconhecimento social da decisão jurídica. Reconhecimento esse que se dá tanto pela sua construção partilhada pelos sujeitos interessados quanto pela utilidade do provimento. Exatamente por isso que, em um Estado Democrático de Direito, não se falará em processo sem se referir, diretamente, a um necessário procedimento em contraditório. Este é, em suma, o fundamento de legitimidade do processo efetivo.

Diante de tais parâmetros, é de se ver que a compreensão da efetividade do processo depende, primeiramente, de uma delimitada noção de eficácia, esta que, por corresponder ao critério de realização dos objetivos institucionalmente fixados, apresenta, no direito processual, vínculo direto com as conquistas sociais históricas fixadas pelas normas constitucionais. E que, desse modo, mostra-se, no processo contemporâneo, necessariamente atrelada à concreta realização ou proteção do direito material lesado ou ameaçado.

⁷⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 171.

⁷⁷ ZAVASCKY, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 64.

⁷⁸ “Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e proprio quello ch’égli ha diritto conseguire.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Sagli di Diritto Processuale Civile*. Roma: Foro Italiano, 1930, vol. I, p. 110).

⁷⁹ Como bem trabalhado por Jürgen Habermas, “o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Bueno Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 308).

A efetividade, como visto, acrescenta, ao aperfeiçoamento do alcance desses objetivos, uma medida de validade, que deve ser observada em todas as fases do processo: na iniciativa para a atuação da jurisdição, na apresentação das teses e consequente formulação da solução a ser imperativamente posta e nos efeitos sociais dela decorrentes. O critério da efetividade questiona, de tal maneira, a própria legitimidade do processo e, desse modo, exige a verificação substancial de uma série inafastável de elementos, entre os quais, no atual estágio de evolução do processo civil, situam-se o acesso substancial à justiça, a existência de um órgão jurisdicional imparcial, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, entre outros que possam garantir a verificação destes ou ampliar, em aspectos distintos, a própria legitimidade.

E só a partir de tais parâmetros, tendo sido verificados conceitualmente os basilares critérios expostos, que a dimensão de análise poderá, coerentemente, saltar da investigação do seu âmbito intrínseco – eficácia e efetividade – para verificar, por fim, a dimensão externa do objeto, qual seja averiguar como a jurisdição, ao atingir, com efetividade, o seu resultado, pode fazê-lo em atendimento ao postulado da eficiência.

Aqui, sim, deve-se apresentar, portanto, a “melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos sejam aplicados da forma mais racional possível”⁸⁰. Isto é, qual desenho procedimental deve ser idealizado para que o processo se realize com o menor gasto de energia humana, dinheiro e tempo.

Evidencia-se, desse modo, que é justamente nessa dimensão instrumental e extrínseca, distinta, radicalmente, da análise substancial e intrínseca da efetividade, que está localizada a questão da celeridade do processo, a qual, por minimizar um dos seus custos mais relevantes, o tempo, pode ser erguida a elemento capital da análise de eficiência.

⁸⁰ CHIAVENATO, Idalberto. *Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 70.

A persecução da celeridade, que, na atividade privada, está associada à produtividade e ao lucro, tem, no desempenho da jurisdição, uma importância precípua, que é a utilidade do provimento efetivamente oferecido. Como já se notou, “quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória”⁸¹, ou, em outras palavras, “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade”⁸².

A relação existente entre efetividade e eficiência apresenta, na atividade jurisdicional, uma especial simbiose: o processo ineficiente tende a abalar sua efetividade (justiça tardia – já se disse – é injustiça manifesta) e o inefetivo torna inócuo qualquer nível de eficiência, já que “nenhum nível de eficiência, por maior que seja, irá compensar a escolha dos objetivos errados”⁸³.

É possível, a partir da compreensão da relação entre eficiência e efetividade, finalmente compreender qual espaço deve ser legado à celeridade na análise sistêmica do processo, para que se possa identificar, valorativamente, a sua conexão com a efetividade e a eficácia do processo ou, em outros termos, a sua conexão com um processo garantista e de resultados.

4 A CELERIDADE E O TEMPO NO PROCESSO

O tempo constitui elemento indissociável do processo, o qual se desenvolve a partir de uma forçosa sucessão de atos, compostos por uma ordem contínua

⁸¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 65.

⁸² BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 40.

⁸³ DRUCKER, Peter Ferdinand. *Managing for results*. Nova Iorque: Harper & Row, 1964, In.: STONER, James; FREEMAN, Edward. *Administração*. trad. Alves Calado Rio de Janeiro: Editora Prentice Hall do Brasil Ltda., 1995, p. 136.

de prazos que, por sua vez, se justificam pelos fins de publicidade, conhecimento e atuação das partes⁸⁴.

Nesse sentido, pode-se dizer que o processo se perfaz a partir de um encadeamento temporal da participação dos sujeitos envolvidos (partes e juiz), que constroem, progressivamente, a solução para um conflito que as relações sociais, de forma espontânea, não conseguiram atingir.

E na mesma proporção que a construção desse objetivo é dotada, inerentemente, de artificialidade (já que decorre de uma manifestação de poder de um terceiro alheio ao conflito), o tempo do processo distancia-se do tempo ordinário, por ser destinado a reelaborar todo um conjunto de fatos e responsabilidades diretamente inacessíveis ao órgão julgador. O tempo do processo interrompe o desenvolvimento linear do tempo cotidiano e ordena, inteiramente, a regeneração da ordem social e jurídica⁸⁵. Nesses termos, Cruz e Tucci:

O tempo do processo, sob o aspecto intrínseco, não é um tempo ordinário. Da mesma maneira que o espaço judiciário reconstrói um interior que encarna a ordem absoluta, o tempo do processo interrompe o desenvolvimento linear do tempo cotidiano. Ele se insinua, como uma ação temporária que, por sua ordem e regularidade, compensa as lacunas do tempo profano. O tempo do processo é um tempo inteiramente ordenado que permite à sociedade regenerar a ordem social e jurídica⁸⁶.

O início da atividade jurisdicional somente é possível diante de um dano, já realizado ou ameaçado, e, desse modo, sua atuação estará, de forma inevitável, em constante atraso em relação ao tempo do conflito.

O descompasso surge da impossibilidade de se colocar em harmonia esta profunda diferença de tempos: o tempo social (surgimento e consequências do

⁸⁴ “Ogni atto deve avere il suo tempo”, já dizia Carnellutti. (CARNELLUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Roma: Foro Italiano, 1956, vol. 1, p. 330 e 331).

⁸⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 26.

⁸⁶ Ibid, loc. cit.

conflito) e o tempo do direito (aplicação da norma ao fato, com respeito às garantias constitucionais, sobretudo da ampla defesa), sendo que o objetivo da conciliação plena, consistente na minimização do primeiro pelo aproveitamento do último, não parece ser desejosamente admitido, senão com uma boa dose de prestidigitação. Nos demais casos, o processo será destinado a sacrificar, sempre, em maior ou em menor medida, algum deles.

De fato, as queixas atribuídas à excessiva duração dos processos judiciais remontam às suas origens, desde o surgimento da noção pública de processo, na Roma pós-clássica⁸⁷.

Na Idade Média, a longa duração é registrada como característica principal do processo comum europeu, não se afigurando raro o prolongamento de um processo por vários decênios⁸⁸, para além da vida das partes, e legados, por herança, de geração a geração⁸⁹.

Mesmo na atualidade, o fenômeno ainda alarma vários países em todo o mundo, não consistindo a insatisfação crônica, como recorrentemente se suspeita, um fardo tipicamente brasileiro⁹⁰. A Justiça italiana, por exemplo, cujo amparo científico representa um dos pontos culminantes da ciência jurídica e, especialmente, do processo, já foi comparada por Cappelletti, em conferência proferida na década de 1970, ao trabalho de um relógio danificado, que deve

⁸⁷ Ibid., p. 16.

⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Aspectos sociais e políticos do Processo Civil – Reformas e tendências evolutivas na Europa Ocidental e Oriental. Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, vol. I, p. 316.

⁸⁹ TROLLER, Alois. Dos fundamentos do formalismo do Processo Civil, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1945, p. 85-6, *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Aspectos sociais e políticos do Processo Civil – Reformas e tendências evolutivas na Europa Ocidental e Oriental. Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 316.

⁹⁰ Nesse sentido é o testemunho de Barbosa Moreira: “há décadas freqüente congressos internacionais de direito processual, e a nenhum assisti em que não ouvisse ao propósito [da morosidade processual] gemidos e lamentações, vindo dos mais diversos quadrantes” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da Justiça: alguns mitos. Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2 e 3).

ser “sacudido e golpeado” a cada vez que se quer colocá-lo em marcha por algum segundo⁹¹.

Relatório sobre a administração da justiça na Itália, elaborado em 1998 pelo Procurador-Geral da República junto à Corte de Cassação, informa que, entre 1991 e 1997, os processos civis tiveram, só em primeiro grau de jurisdição, duração média de quatro anos⁹².

Nos Estados Unidos, relata Barbosa Moreira, um feito civil chega a durar, em muitos lugares, de três a cinco anos, apenas na primeira instância. A lentidão processual está, inclusive, associada à busca dos norte-americanos por vias extrajudiciais de solução de conflitos, demonstrada, por exemplo, pela ampla aceitação no país do Método Alternativo de Resolução de Conflitos⁹³.

No Brasil, tais números não diferem de forma positiva. Indicadores Estatísticos do Judiciário, levantados pelo Supremo Tribunal Federal de setembro de 2003 a outubro de 2004⁹⁴ estimam em 70 meses o tempo de tramitação completa de uma ação no Judiciário brasileiro.

A preocupação é de tal forma disseminada que, no direito internacional, tem sido concretizada na forma de responsabilização estatal por negação de justiça decorrente da morosidade. No recente julgamento do caso “Gaglione versus Itália”, por exemplo, realizado em 21 de dezembro de 2010, a Corte Européia dos Direitos do Homem condenou o Estado italiano a indenizar quatrocentos e

⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Aspectos sociais e políticos do Processo Civil – Reformas e tendências evolutivas na Europa Ocidental e Oriental. Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 327 e 328. O estudioso italiano aduz que a metáfora do relógio foi tomada de empréstimo da descrição de outro processo civil, o austríaco do século XIX, feita pelo jurista vienense Anton Menger.

⁹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da Justiça: alguns mitos. Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2 e 3.

⁹³ *Ibid.*, loc. cit.

⁹⁴ <www.stf.gov.br> Acesso em: 20 fev. 2008.

setenta e cinco cidadãos italianos, que foram considerados lesados pela longa duração dos processos em que figuravam como partes no direito interno⁹⁵.

Com efeito, um sentimento generalizado e histórico de insatisfação com a morosidade da administração da justiça revela, sobretudo, um impasse dramático e real na conciliação da demanda por justiça do “mundo da vida”⁹⁶ com a oferta da jurisdição pelo Estado.

É de se ver, aliás, que a própria evolução das sociedades, especialmente com o avanço da tecnologia da informação, figura como responsável por um estreitamento das noções de distância e tempo, o que se fez acompanhar pelo desenvolvimento de uma cultura do imediatismo e de grande agilidade comunicacional. Nos dizeres de Baptista, “a experiência inédita de uma

⁹⁵ Na oportunidade, a Corte notou que a morosidade dos litígios compreende de 9 a 49 meses após o arquivamento das decisões. Além disso, em quase 65% das demandas, registrou-se que a lentidão é igual ou superior a 19 meses. O prazo de 6 meses a contar do momento em que a decisão de indenização torna-se executável foi largamente ultrapassado (“La Cour note que le retard litigieux est compris entre 9 et 49 mois après le dépôt au greffe des décisions, De plus, dans presque 65 % des requêtes ledit retard est égal ou supérieur à dix-neuf mois. Le délai de six mois à compter du moment où la décision d'indemnisation devint exécutoire a été donc largement dépassé.”) (Corte Europeia dos Direitos Humanos, Segunda Sessão, Caso Gaglione e outros versus Itália, Relator Françoise Tulkens, 21 dez 2010, Estrasburgo tradução livre). A jurisprudência da Corte Européia, coteja Schenk, “revela que a Convenção tem por finalidade proteger direitos não teóricos ou ilusórios, mas, sobretudo, concretos e efetivos (CEDH, caso Imbrioscia, de 24 nov. 1993). Da disposição lançada no artigo 6, I, da Convenção, colhe-se a orientação no sentido de que a Justiça não deve ser administrada com retardos suscetíveis de comprometer sua eficácia e credibilidade, consagrando, assim, o princípio geral da boa administração da Justiça. (casos Vernillo, de 20 fev. 1991; Moreira de Azevedo, de 23 out. 1990; H. v. França, de 24 out. 1989; Boddaert, de 12 out. 1992). O direito genérico à justiça, proclamado no artigo 6º, I, da Convenção, e, dentre as suas facetas, o direito à razoável duração dos processos, tem sido interpretado pela Corte como um direito de capital importância para as sociedades democráticas, por seu sentido e objeto, devendo, por essas razões, ser considerado, sempre, em sua concepção material (e não apenas formal) e de forma ampla. (casos Deweer, de 27 fev. 1980 e Delcourt, de 17 jan. 1970)”. (SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, ano 2, vol.II, jan/dez 2008, p. 189).

⁹⁶ Conceituado por Jürgen Habermas como “o complexo de tradições entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais – tudo reproduzido pelo agir comunicativo.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1, p. 42).

sociedade caracterizada pelo extremo dinamismo de suas profundas transformações⁹⁷.

E se a dinâmica do tempo se desenvolve diferentemente nos vários campos de análise (social, político, econômico e jurídico), é certo que a sua temática, milenar objeto de estudo da filosofia⁹⁸, situa-se, ainda, em campo extremamente subjetivo, ou, na falta de termo mais acurado, eminentemente relativo. Como observa Cruz e Tucci:

Na realidade, a performance da administração da justiça, encontra-se muito aquém de atender às expectativas e aos anseios da sociedade. E tal sentimento generalizado entre os operadores e consumidores do direito nem sempre tem a mesma amplitude, visto que pode originar-se de valorações e experiências de natureza e complexidade totalmente distintas⁹⁹ (...) apesar do relógio marcar as horas igualmente em qualquer lugar do planeta, para muitos o tempo voa. Alguns deixam de contemplar o movimento do tempo. Para outros, o tempo não passa¹⁰⁰.

No processo, a noção de um direito à celeridade foi trazida pela primeira vez pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, que, ainda que desprovida da forma mais eficaz de Convenção, representou o marco inaugural do sistema de proteção dos direitos humanos¹⁰¹ e estabeleceu que:

Artigo XVIII - Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo,

⁹⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Processo e ideologia. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 28, n. 11^o, abr/jun 2003, p. 36.

⁹⁸ A tentativa de compreensão do tempo pela filosofia é abundante e pode ser encontrada nos escritos de Aristóteles (*Metafísica* – livro 1 e *Física* – livro 4), Santo Agostinho (*Livro XI das Confissões*), Blaise Pascal (*Pensamentos* – parágrafo 144), Benedicti de Spinoza (*Teoria das Paixões*) e, ainda, George Berkeley, David Hume, Immanuel Kant, Friedrich Nietzsche, Edmund Russerl, Jacques Derridá, entre vários.

⁹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 16 e 17.

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 19.

¹⁰¹ JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 64.

quaisquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Já em 1950, a Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais assegurou a garantia um exame “equitativo”, “público”, “independente e imparcial” da causa num “prazo razoável” e foi grafada nos seguintes dizeres:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela (artigo 6º, 1).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, quase duas décadas depois¹⁰², incluiu, igualmente, dentre os Direitos Cíveis e Políticos, a respectiva garantia judicial, mantendo a enunciação do “prazo razoável”, e aditando, além das garantias referidas pelo anterior diploma, a fórmula aberta do “direito de ser ouvida, com as devidas garantias”.

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (artigo 8º, 1).

Na mesma época, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, embora se referindo especificamente ao processo penal, ainda estabeleceu a garantia mínima “a toda pessoa acusada de um delito” de “ser julgada sem dilações indevidas” (art. 14, III).

No Brasil, a normatização desse direito é evento ainda mais recente, tendo sido concretizada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que aduziu ao rol de

¹⁰² Mais conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, o diploma foi assinado em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, na Costa Rica, e ratificado pelo Brasil em setembro de 1992.

direitos e garantias processuais fundamentais que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII).

Fartamente positivada e, com os já traçados parâmetros de sua problemática, a questão reside, logo, na compreensão de qual o conteúdo possível deste que, como se vê, é erigido em direito qualificado, humano e fundamental, o direito a um certo tempo de julgamento do processo.

A primeira anotação a ser feita consiste na nomenclatura adotada, que, em todos os dispositivos citados, tanto no plano interno quanto no internacional, foi uma só: a do tempo razoável.

Em segundo lugar, há de se observar que, também em todos os momentos, o direito a esse tempo razoável aparece necessariamente acompanhado de outras garantias, consideradas igualmente imprescindíveis ao julgamento versado, ou ainda imprescindíveis para que o julgamento possa se dar em prazo determinado e razoável.

No tocante ao primeiro ponto, cumpre verificar o que vem a ser o qualificativo “razoável” que acompanha o “tempo” nas estruturas normativas expostas. A noção de razoabilidade, no Direito Processual, como informa Luis Roberto Barroso, está atrelada, quer em sua origem quer em seu desenvolvimento, à garantia do devido processo legal¹⁰³, indicando a “verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins”¹⁰⁴.

Remete, portanto, a uma imperativa ponderação de valores, que torna, por conseguinte, impossível a definição isolada: “é razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 6, n. 23, abr./jun., 1998, p. 65.

¹⁰⁴ Ibid., p. 66.

caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”¹⁰⁵. Tal entendimento não varia:

Consubstancia, em essência, uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.¹⁰⁶

Mais uma vez, vale-se das lições de Barroso.

São fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstancias de fato), os fins e os meios. Além disso, há que se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre estes elementos.¹⁰⁷

Desse modo, se há uma pauta axiológica que rege a noção de razoabilidade e a condiciona, a razoável duração do processo nunca será um conceito acabado, mas, sim, necessariamente referencial. Aí, portanto, a pertinência e justificação da segunda verificação feita: a circunstância de o direito ao tempo razoável positivado vir, por sua vez, sempre acompanhado de garantias outras fundamentais ao processo. Do que se conclui que tal direito pode ser corretamente adjetivado como o direito a um processo sem dilações indevidas, isto é, sem aquelas dilações que não se devem à concretização dos demais valores e garantias referenciados.

Mostrar-se-á, assim, indevida – e, pois, irrazoável –, a demora produzida em razão do prolongamento injustificado das etapas que separam a realização de

¹⁰⁵ Ibid., p. 69.

¹⁰⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 221.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais - *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 6, n. 23, abr./jun., 1998, p. 70.

um ato processual de outro (não sem razão, denominadas “etapas mortas”¹⁰⁸) e da inobservância dos prazos estabelecidos¹⁰⁹.

Na tentativa de se mensurar tal prazo, a Corte Européia dos Direitos do Homem criou três critérios a serem levados em consideração para, em cada caso, verificar a ocorrência de uma indevida dilação processual: a complexidade do assunto, o comportamento dos litigantes e, por fim, a atuação do órgão jurisdicional¹¹⁰.

O Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 125, reduz esses critérios a dois, ao estabelecer que toda atuação irresponsável das partes deve ser coibida pelo juiz, a quem compete dirigir o processo e zelar pela rápida solução do litígio.

Ao órgão julgador foi destinado, por conseguinte, o dever de evitar que as partes estendam indevidamente o processo – disponibilizando como instrumento coativo, entre outros, a condenação pecuniária do jurisdicionado por litigância de má-fé –, o que torna o comportamento dos litigantes critério inadequado para a verificação da morosidade do sistema brasileiro. Mais realista, nesse aspecto, é a perspectiva de Theodoro Júnior.

o notório atravancamento dos serviços não se dá pela excessiva necessidade de decisões, mas decorre, isso sim, da não tomada de decisões ou até da omissão de meros despachos. São as etapas mortas, constantemente entremeadas no curso do processo, em todas as instâncias, que condenam os processos à hibernação nos escaninhos das

¹⁰⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estúdios de teoríal general e historia del proceso*. México: UNAM, 1974, *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista da Academia Mineira de Letras Jurídicas*. Belo Horizonte, vol. 1, 159-188, jan./dez. 2007, p.178.

¹⁰⁹ GARCIA, José Antonio Tomé. *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinários*, Madrid, Montecorvo, 1987, p. 119, *apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 67.

¹¹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 68.

secretarias do juízo ou do gabinete dos juízes, relegando o encerramento do feito para futuro incerto e imprevisível¹¹¹.

Nos Estados Unidos, a “American Bar Association” (órgão associativo da classe dos advogados), com a pretensão de tornar a medida objetiva, estabeleceu o que se entendeu por prazos razoáveis de duração de diferentes causas, em razão do tipo e da natureza da demanda. Firmou-se, por exemplo, que 90% das causas cíveis em geral devem terminar em 12 meses e 10%, em até 24 meses, em razão de causas excepcionais. Já as causas cíveis de procedimento sumário (juizados) devem transcorrer em um prazo de 30 dias¹¹².

De uma forma ou de outra, a despeito, inclusive, da provável ineficácia do estabelecimento de prazos fixos como os sugeridos pelos advogados norte-americanos, ou mesmo da subjetividade na verificação dos critérios propostos pelos europeus, o que se percebe é que, se, por um lado, o reconhecimento da íntima relação do processo com o tempo indica a necessidade de se coibir o transcurso de prazos inúteis e danosos à realização dos direitos, por outro, essa mesma leitura revela, *a contrario sensu*, a existência de um decurso de tempo naturalmente razoável, já que indispensável ao alcance do objeto da jurisdição.

Ora, um tempo razoável do processo indica, desde logo, a necessidade de um tempo. E é na razão da existência dele que reside o que distingue o processo de uma simples seqüência de atos rumo ao provimento final: o seu aprazado desenvolvimento em contraditório. É a necessidade de um tempo para apresentação da tese e sua demonstração, para a impugnação dos fatos e para produção de provas: é a necessidade de tempo para a efetiva colaboração, participação, debate, e, por fim, para a construção conjunta do provimento.

¹¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas reformas do Código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 64.

¹¹² BARRUFFINI, Frederico Liserre. Possibilidade de Efetivação do Direito à Razoável Duração do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, *Revista de Processo*, ano 31, nº 139, setembro de 2006, p. 271.

Não é outra a justificativa para a Constituição de 1988 ter consagrado a ambos, a duração razoável do processo e o devido processo legal, como garantias constitucionais situadas em exata simetria topográfica¹¹³.

O conteúdo da razoabilidade, em função do princípio da unidade da Constituição¹¹⁴ e de sua interpretação sistemática – embasada em toda a evolução histórica e respectivas conquistas civilizatórias aqui tracejadas –, exige, de fato, a perfeita harmonia das garantias fundamentais, e, por conseguinte, tal conteúdo será traduzido como o tempo razoável para o pleno exercício do devido processo legal.

Em síntese, se o processo deve perseguir a própria efetividade, e a razoável duração do procedimento indica o tempo necessário para a realização de suas garantias fundamentais, evidenciados estão os parâmetros que devem ser verificados pelo direito de recorrer para que se possa falar do seu integral acolhimento pelo sistema jurídico contemporâneo. São eles, em suma, a capacidade de realização da efetividade e a sua conformação em garantia fundamental.

¹¹³ Artigo 5º da Constituição da República, incisos LXXVIII e LV.

¹¹⁴ “Jamais deve o intérprete isolar uma norma do conjunto em que ela está inserida, pois o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes”. (CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 216).

SEGUNDA PARTE – O problema da justificativa do sistema recursal e o conhecimento vigente sobre o direito ao recurso

5 FUNDAMENTOS GERAIS DO DIREITO DE RECORRER

Uma investigação dos fundamentos do direito de recorrer não prescinde de um breve apanhado das justificativas historicamente atribuídas ao fenômeno recursal¹¹⁵, que se iniciam, *a contrario sensu*, em fase ainda anterior ao surgimento da ciência do processo. Nesse momento, além de prescindir de qualquer significado, o recurso ainda causa estranheza às realidades social e jurídica.

Cuida-se de época marcada por um direito eminentemente religioso, configurado como mero reflexo, no mundo terreno, dos desígnios divinos. Conseqüentemente, a decisão judicial, entendida como expressão plena da “verdade”, era considerada, por coerência, inerentemente infalível¹¹⁶ e, porquanto emanada do poder divino, inquestionável. Nas palavras de Couture, trataria-se de uma

(...) concepção muito rudimentar e primitiva de justiça, como a do processo germânico primitivo, com um acentuado tom religioso, o fenômeno dos recursos não é concebível, porque o julgamento é a expressão da divindade e tem o caráter infalível desta¹¹⁷.

¹¹⁵ Registra-se que, por se entender despicando o costume de se apresentar, como uma introdução necessária às análises jurídicas, todo o evolucionismo histórico de cada instituto abordado, tal incursão com pretensões interdisciplinares não será aqui desenvolvida. Cuida-se, apenas, de uma pesquisa das justificativas do instituto em exame, e não de seu percurso histórico, o que explica tanto a dispensa de uma preocupação cronológica com os dados doravante apreciados, quanto a não utilização de literatura histórica específica, bastando, para os fins propostos, a leitura que fizeram os estudiosos juristas dos fundamentos históricos do direito ao recurso.

¹¹⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da e GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 60.

¹¹⁷ “(...) concepción muy rudimentaria y primitiva de la justicia, como la del proceso germánico primitivo, con una acentuada tonalidad religiosa, el fenómeno de los recursos no se concibe, porque el juicio es una expresión de la divinidad y tiene el

Retrato semelhante é noticiado por Monteiro.

(...) idêntica proibição vigia entre os francos, cujo direito, segundo a classificação adotada por Brunner, constituiu-se no segundo estágio histórico da formação do Direito Germânico. Aquele autor, apoiado na autoridade de Boncenne, afirma que ainda no século XIII ‘não podia haver apelação. ‘Entre moi et toi, villain, Il n’y a pás de juge hors Dieu’. Tal era a expressão da intangibilidade das sentenças¹¹⁸.

A lógica permanece nos primórdios do processo romano, em que “sendo julgadores o rei ou o sumo pontífice, autoridades maiores daquela sociedade, não se poderia admitir que, de suas decisões, houvesse um recurso porque, referida impugnação, somente a eles mesmos poderia ser dirigida”¹¹⁹. E, da mesma maneira, nas primeiras culturas do oriente, cujo direito apresentava-se impregnado de conteúdo religioso¹²⁰.

É notável, portanto, que, em qualquer momento histórico em que a decisão judicial foi considerada um produto não propriamente humano – cabendo ao jurisdicionado, diante dela, apenas o agradecimento ou a resignação –, observou-se, em regra¹²¹, a ausência do instituto do recurso.

carácter infalible de ésta”. (COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1974, pág. 348. Tradução livre).

¹¹⁸ MONTEIRO, João. *Teoria do processo civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, t. II, p. 670, nota n. 2 *apud* ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Embargos Infringentes*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 15.

¹¹⁹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 35.

¹²⁰ AZEVEDO, Luiz Carlos de, e COSTA, Moacyr Lobo da. *Estudos de história do processo: recursos*. São Paulo: FIEO, 1996, p. 23.

¹²¹ De fato, a relação entre religiosidade primitiva e ausência da sistemática recursal aparece com frequência nos estudos de história dos recursos disponíveis na literatura especializada. Deve-se registrar, todavia, que, conjunturas em sentido diverso, desacompanhadas, porém, de um aprofundamento analítico histórico e antropológico que as elucide, são excepcionalmente identificadas, como relatam Luiz Carlos de Azevedo e Moacyr Lobo da Costa: “examinando com profundidade as fontes do direito no sistema tradicional da Índia, Robert Lingat, valendo-se dos textos sagrados, em matéria de recurso, traz os seguintes esclarecimentos: todo processo que chega a seu término e é julgado, deve, desde que cumprida a lei, ser considerado pelo rei como definitivamente concluído; que se não o recomece (Manú, Liv. IX, v. 233). Permite-se ao vencido, todavia, solicitar um reexame da matéria, se acredita que a causa foi julgada injustamente; em caso de novo insucesso pagará a parte o dobro da multa; na hipótese contrária, deverão os juízes, por sua vez, receber punição, por mal julgarem.”

A laicização do direito vincula-se, nestes termos, à possibilidade de se perquirirem os fundamentos para o controle das decisões judiciais, as quais, como obras humanas, já não poderão ser consideradas, em si, infalíveis.

Associa-se, ainda, a introdução dos recursos, no quadro da evolução processual romana, ao abandono de uma concepção privatística do processo, que caracterizou os seus dois primeiros períodos, denominados “*legis actiones*” e formulário.

Nesse sentido, anota Laspro que, mesmo após a divisão do processo romano em duas fases, “*in iure*” e “*apud iudicem*”, no período do “*ordo iudiciorum privatorum*”, continuou-se a não se falar em recurso, por se tratar de “uma atividade privada, distante da estrutura administrativa estatal e de sua organização hierárquica”, acrescentando-se, ademais, que “o juiz julgava em nome do *populos* romano, razão pela qual sua decisão era soberana a qualquer organização de ordem hierárquica administrativa”¹²².

Desse modo, com a admissão do direito como um construto exclusivamente humano e da jurisdição como uma função estritamente estatal, o recurso não só deixou de ser algo inadmissível como ganhou *status* de grande relevância: a garantia dos homens contra o erro dos próprios homens.

Eis o fundamento que, já nas origens do direito romano, justificou a existência e a preservação de um processo dotado de sistema recursal, como narra Barbosa Moreira.

Interponível apenas contra a *sententia*, não contra as interlocutórias, ela constituía, precipuamente, meio de obter o reexame de decisões com base em supostos *errores in iudicando*, embora tenha sido usada, em certos casos, para a denúncia de invalidade, e não da injustiça da sentença¹²³.

(AZEVEDO, Luiz Carlos de; COSTA, Moacyr Lobo da. *Estudos de história do processo: recursos*. São Paulo: FIEO, 1996, p. 25).

¹²² LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1995, p. 36.

¹²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol. 5, p. 410.

Já no direito intermédio, o reconhecimento da importância do direito ao recurso fez-se acompanhar de uma sensível expansão e multiplicação de seu uso. O cabimento da apelação, descreve Barbosa Moreira, foi ampliado, “não só no concernente às decisões por ela atacáveis, que passaram a abranger grande número de interlocutórias, mas também aos fundamentos do recurso”¹²⁴.

Mendonça Lima relata que, no direito medieval, a importância do recurso esteve atrelada a um processo de centralização do poder nas mãos dos soberanos. “Ao perceberem os reis, entretanto, que seu poder se achava cerceado pelos suseranos, a restauração gradativa dos recursos foi um dos fatores primordiais para ser alcançada a hegemonia ambicionada”¹²⁵.

Couture acrescenta a esse panorama uma preocupação centrada no esmero pela perfectibilidade decisória, que teria chegado a atingir estágios verdadeiramente exacerbados, como no antigo processo espanhol, em que a coisa julgada tornou-se figura tão débil que havia, sempre, a possibilidade de um novo recurso, a completar a decisão imperfeita dos pares¹²⁶. No direito colonial, o recurso de apelação contra as sentenças proferidas no Vice-Reinado do Rio da Prata podia ser interposto até um ano depois da decisão, e isso, interpreta Couture, 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 legitimidade¹²⁷.

Na França revolucionária, completa Mendonça Lima, a apelação se transformaria em um “‘combate de pena’, dentro de um critério racional e humano, que melhor atendia aos imperativos da justiça, que deve ser o ideal supremo de toda a luta na defesa de um direito”¹²⁸.

¹²⁴ Ibid., p. 411.

¹²⁵ LIMA, Alcides Mendonça. Introdução aos recursos cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 12.

¹²⁶ COUTURE, Juan Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973, p. 348.

¹²⁷ MOREIRA José Carlos Barbosa. Op.cit., p. 348 e 349.

¹²⁸ LIMA, Alcides Mendonça. Op. Cit, p. 13.

No que concerne ao recurso em face das decisões interlocutórias, registra-se a ocorrência de uma interessante oscilação histórica: passa-se de uma proibição absoluta, no período do direito romano pós-clássico, ou romano-helênico¹²⁹, para, já no Direito Canônico, a expressa permissão nas “*Decretales*” de Gregório IX (1234) e, por fim, ao retorno novamente à proibição, com o Concílio de Trento¹³⁰.

Em Portugal, como aponta Athos Gusmão Carneiro, com amparo de Moacyr Lobo da Costa, a permissão para recorrer de todas as decisões, tanto as finais como as interlocutórias, surge no século XIII, alicerçada no propósito de centralizar, na Corte, a competência para julgar as impugnações relativas às decisões proferidas, em todo o reino, pelas diferentes autoridades judicantes¹³¹.

À ampla admissão dos recursos, contudo, sucedeu o abuso deste direito pelas partes, provocando um impacto negativo na marcha dos processos e a sua consecutiva proibição parcial¹³², do seguinte modo justificada por Dom Afonso IV.

Nos Dom Affonso o Quarto considerando como quer que seja muito em poder dos Juizes de abreviar os Feitos, pero que as malicias dos que os preitos ham, Sam tantas que os preitos nom podem tam toste vir a acabamento, como cumpria, posto que os Juizes os entendam (...) ¹³³.

A vedação normativa, por sua vez, não alcançou o intuito almejado de refrear o impulso de irresignação dos jurisdicionados. O relato é de Barbosa Moreira:

¹²⁹ COSTA, Moacyr Lobo da. *O Agravo no Direito Lusitano*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974, p.8.

¹³⁰ Id. *Estudos de Historia do Processo – Recursos*. São Paulo: Joen, 1996, p. 138-40 apud CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 165.

¹³¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 165 e 166.

¹³² Dom Afonso IV proibiu, nesta época, com algumas exceções, os recursos em face das decisões interlocutórias. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol 5, p. 411 e 412).

¹³³ CARNEIRO, Athos Gusmão. Op.cit., loc. cit.

Como às vezes se sentissem as partes, com isso, irremediavelmente prejudicadas, começou a prática a buscar um remédio para tais situações; assim surgiram as *querrimas* ou *querimônias*, pelas quais se pedia ao Rei a cassação das interlocutórias que causassem *agravo*, quer dizer, prejuízo: é a origem do recurso que tomou aquela denominação¹³⁴.

Assim nasceu o agravo, “como reação da prática judiciária ante a restrição imposta por Afonso IV ao direito de apelar contra as decisões interlocutórias”¹³⁵.

A evolução histórica que se seguiu novamente não foi uniforme. Os períodos subsequentes, tanto em Portugal como no Brasil, foram marcados por numerosos meandros e vaivens, sendo o recurso de agravo, em suas várias modalidades, ora abolido, ora restaurado¹³⁶. O recurso de apelação, todavia, manteve-se, em regra, preservado em todos os ordenamentos.

O breve apanhado de história do direito, posto que superficial e lacunoso, já é suficiente para formular algumas observações. Primeiramente, a impossibilidade de se falar em direito de recorrer em um sistema que repousasse, de alguma forma, sobre o dogma da irresponsabilidade da autoridade do julgador, ou em um sistema jurisdicional estranho ao próprio Estado.

Assim, a secularização do direito, bem como o chamamento para si do poder-dever de prestar a jurisdição pelo Estado, demonstram, historicamente, a *ratio legis* do direito ao recurso, que, desse modo, tomou forma.

O problema da morosidade processual, decorrente do excesso de decisões passíveis de impugnação, com prejuízo da capacidade de resposta do órgão revisor e obstrução da atividade judicante, foi sentido em vários momentos, assim como o problema da insegurança jurídica, provocado pela ausência de

¹³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol. 5, p. 411 e 412.

¹³⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 167.

¹³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.*, p. 483.

limitação do número de recursos cabíveis em face de cada decisão recorrível (ou, nas circunstâncias históricas mais hiperbólicas, do prazo em que poderia interpor-se).

Verificou-se, ainda, que nem sempre a eliminação do direito de recorrer teve por decorrência a solução das dificuldades por ele provocadas, tendo sido, ainda no século XIII assistido pelo direito português o surgimento dos “substitutivos recursais”, impulsionados pelo inconformismo das partes em face da eliminação dos recursos.

Nota-se, por fim, que, apesar das pechas de malfazejo a que foi imputado em seu devir histórico, o direito de recorrer permanece presente no sistema processual moderno e apresenta-se, na atualidade, de forma generalizada nos ordenamentos jurídicos¹³⁷.

Com as considerações feitas, torna-se válido, por conseguinte, examinar se há justificativa para essa permanência e universalidade – e, caso encontrada uma resposta afirmativa para essa indagação, qual seria essa justificativa.

Do ponto de vista do homem, o recurso costuma ser explicado como instrumento dado a responder a certa insatisfação inata do ser humano, provocada pela negativa diante do almejado. Nesse aspecto solipsista, o recurso seria uma forma desejável de racionalizar uma certa revolta instintiva do homem – que, conforme sintetizou Gabriel Rezende Filho, corresponderia, psicologicamente, a uma irresistível tendência humana¹³⁸.

Assim, no que concerne às necessidades intrínsecas ao homem, atribuiu-se ao recurso um fundamento antropológico-histórico, “do qual se pode dizer nasceu com o próprio homem, quando, vitimado pela injustiça, buscou nova

¹³⁷ Segundo Sérgio Bermudes, 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, Sérgio. Considerações sobre o efeito suspensivo dos recursos cíveis. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo, vol. 2, n. 2, jul./dez. 2001, p.245-248).

¹³⁸ REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*. 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1959, vol. III, p. 75.

oportunidade de valoração das suas razões, para a reversão da decisão original desfavorável”¹³⁹ e um fundamento psicológico, “contido na renovação da oportunidade de sucesso da pretensão, pois a simples possibilidade de novo julgamento conforta e apazigua o vencido”¹⁴⁰. Avaliando as fontes históricas, Mendonça Lima também conclui:

em essência, a ideia de recurso se acha arraigada no espírito humano, como uma tendência inata e irresistível, como uma decorrência lógica do próprio sentimento de salvaguarda a um direito já ameaçado ou violado em uma decisão¹⁴¹.

Desta forma, a partir de um viés puramente subjetivo, imputa-se a um instinto de irresignação do homem a explicação para a essencialidade da previsão do direito de recorrer, tomando por base a hipótese de que só excepcionalmente um vencido se convence de não estar amparado pelo direito e pela razão¹⁴².

De todo modo, por se mostrar meramente homologatória de um indemonstrável impulso humano, tal justificação não parece ser suficiente para sustentar a existência de todo um sistema recursal ou ainda para contraditar suas críticas. Afinal de contas, não se edifica o direito como cura de quaisquer insatisfações humanas, mas, tão-somente, aquelas legítimas.

Consequentemente, para além do fundamento psicológico, continua a ser apontado aquele, de cunho objetivo, que se ampara na possibilidade de desacertos cometidos pelos órgãos julgadores, sujeitos que são – porque humanos – a imponderáveis erros e corrupções.

De fato, se é incontestável a suscetibilidade a falhas de qualquer atividade humana – e são evidentemente graves as consequências quando esta se trata da própria atividade judicante –, é igualmente certo ser sua completa

¹³⁹ GUEDES, Jefferson Carús. Duplo grau ou duplo exame e a atenuação do reexame necessário In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 292.

¹⁴⁰ Ibid., loc. cit.

¹⁴¹ LIMA, Alcides Mendonça. Introdução aos recursos cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p.3.

¹⁴² MILHOMENS, Jônatas. Dos Recursos Cíveis. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 15.

prevenção uma tentativa praticamente utópica, especialmente em virtude da incontrolável multiplicidade de suas origens. Estas que, em uma enumeração aleatória, podem ser relacionadas a causas como simples desatenção, análises superficiais de casos concretos, desatualização, lacunas de conhecimento e, ainda, a impublicáveis e escusos desígnios.

Os juízes, pondera 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. Segundo ele, “traduzindo sempre *in concreto* os ideais eternos da justiça, [os juízes] convenceriam os litigantes de sua legitimidade e, portanto, da necessidade de as cumprir como leis indefectíveis da ordem moral e jurídica”¹⁴³.

A cena é a tal ponto quimérica que não justifica o esforço analisar se a irresignação tida por inerentemente humana ou o chamado de legitimidade das decisões tomadas careceria de sentido em um sistema com magistrados como os descritos. O que se pode extrair da imagem da perfeição decisória e da total imparcialidade no julgamento dos litígios é, *a contrario sensu*, justamente o que aduz Moacyr Amaral Santos.

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 proferiram¹⁴⁴.

É esse o aventado motivo pelo qual sanar os defeitos processuais, a injustiça da decisão, a má apreciação da prova, a míope interpretação das pretensões das partes e a errônea apreciação dos fatos, dentre outros, são considerados, por excelência, os fundamentos a que se destina o recurso.

¹⁴³ FRAGA, Affonso. *Instituições do Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva & CIA, 1941, vol. 3, p.10.

¹⁴⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1985, vol. III, p. 103.

Para Marques, o reexame das decisões terá ainda uma função catalítica e preventiva, “porquanto obriga o juiz de primeiro grau a maior cuidado e exação na sua tarefa julgadora”¹⁴⁵. Acrescenta-se, por consequência, como justificativa da manutenção desse instituto, a pressão positiva exercida, não pela sua utilização, mas pela sua própria existência. No que corrobora Morato:

E o zelo de não ver patenteada a própria ignorância ou negligência desperta o desejo de acertar e força os juízes inferiores a maior circunspeção e estudo, tornando a justiça mais segura, mantendo mais uniforme as interpretações e preparando as bases para a constituição da jurisprudência¹⁴⁶.

De todo modo, e independentemente do mecanismo – se a correção ensejada por um segundo debate da matéria ou a pressão positiva causada pela possibilidade desta –, o que defende de forma ampla a doutrina é que a realização de mais de um exame sucessivo da mesma lide tem o “propósito de assegurar, na medida do possível, a justiça das decisões”¹⁴⁷, ou seja, a maior adequação possível aos fatos narrados e às demandas sociais envolvidas.

Outro ponto considerado é a contribuição do recurso, por prolongar o procedimento, para a própria assimilação, pelo sucumbente, do impacto produzido pela decisão desfavorável, contribuindo para a real pacificação do litígio.

Por fim, há quem acrescente ao recurso, ainda, um fundamento político, que parte do pressuposto de que o Poder Público deve, necessariamente, estar sujeito à revisão de seus atos, de forma a garantir a legalidade e a legitimidade das decisões estatais.

Esse é, para Grinover, Dinamarco e Araújo Cintra, o principal fundamento para a existência da sistemática recursal, uma vez que, pelo princípio da separação

¹⁴⁵ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1963, vol. IV, p. 5.

¹⁴⁶ MORATO, Francisco. *De como constitui a Carta Testemunhável um Recurso Especial*, 1923, p.11 *apud* MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1963, vol. IV, p. 5.

¹⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 113.

dos poderes, é ela o único meio capaz de exercer esse controle quando as decisões se originam do próprio órgão responsável pela jurisdição¹⁴⁸.

Traduz-se, desse modo, nas palavras de Radamés de Sá, no “elemento consistente na preocupação dos ordenamentos em evitar, com a sujeição à revisão de seu ditame, a possibilidade de haver abuso de poder por parte do juiz”¹⁴⁹.

Vislumbra-se, conclusivamente, na base do fenômeno recursal: a abertura para o impulso natural de questionamento das partes, posicionadas diante de um prejuízo que entendem ilegal e inadmissível; a necessidade de um contraponto à falibilidade da atividade humana, qualificada pelos imperativos efeitos que a decisão judicial tem sobre a esfera jurídica dos cidadãos; o controle decorrente da pressão positiva exercida sobre a atividade do juiz; e, por fim, a garantia de poderes democráticos, legítimos e empenhados na realização plena dos direitos e, por conseguinte, da justiça.

Por todos esses fundamentos (objetivos e subjetivos, históricos e atuais, psicológicos, antropológicos, jurídicos e políticos), é de se reconhecer que o estudo do fenômeno recursal apresenta, no mínimo, um destacado interesse para a compreensão dos sistemas jurídicos contemporâneos. A posição que deve ocupar na sistemática processual, bem como sua função e seu valor, não parece, contudo, ter sido deslindada pela ciência jurídica contemporânea, como se passa a observar no caso concreto do ordenamento processual brasileiro.

¹⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 81.

¹⁴⁹ SÁ, Djanira Radamés de. *Duplo grau de jurisdição – conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 89.

6 A COMPREENSÃO DO DIREITO DE RECORRER NO BRASIL

6.1 Direito de recorrer na sistemática processual civil brasileira

O Código de Processo Civil de 1939 não admitia a apelação nas causas até dois contos de réis¹⁵⁰. O Anteprojeto para o Código de 1973 de Buzaid previa, no seu artigo 310, que, após os depoimentos, no procedimento sumaríssimo, o juiz proferiria a sentença “da qual não caberia nenhum recurso ordinário.”

A instância única, todavia, salvo raríssimas exceções, como a da Lei 6.830 de 1980, que proibiu a apelação em execuções fiscais de valor reduzido¹⁵¹, ou casos extremos de impossibilidade lógica, como o recurso de ação cuja competência originária é do Supremo Tribunal Federal, não foi acolhida pelo direito brasileiro.

O direito de a parte sucumbente recorrer das decisões proferidas pelo órgão julgante, no ordenamento brasileiro, encontra-se, em nível infraconstitucional, minuciosamente estabelecido pelo Código de Processo Civil, que retrata, em

¹⁵⁰ “Art. 839. Das sentenças de primeira instância, proferidas em ações de valor igual ou inferior a dois contos de réis (2:000\$0), só se admitirão embargos de nulidade ou infringentes do julgado e embargos de declaração”.

¹⁵¹ A norma, entretanto (“art. 34 - Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração”), tornou-se inaplicável, pelo menos na esfera federal, diante do artigo 20 da Lei 10.522 de 2002 que determinou que “serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”, valor este que supera em muito o montante atualizado de 50 ORTN (apuração disponibilizada pela Gerência de Controle de Receitas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em: <www.tjmg.gov.br/cqi-bin/servicos/id/indicador.cqi>. Acesso em 11 mar. 2011).

seus termos, o acolhimento tranquilo e manifesto do princípio da ampla recorribilidade¹⁵².

No plano constitucional, todavia, a previsão tem formato distinto. De fato, a única constituição brasileira a prever, de forma expressa, a garantia do duplo grau de jurisdição, foi a do Império, de 1824, ao determinar 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).

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

A consequência de tal sistematização, marcada pela ausência de indicação expressa do duplo grau de jurisdição no texto constitucional, deu ensejo à instauração de forte celeuma na doutrina nacional, tendo por base uma única indagação: qual *status* jurídico ocupa efetivamente o direito de recorrer na sistemática processual brasileira?

6.2 A crítica ao duplo grau de jurisdição

Uma revisão bibliográfica da matéria permite notar, de plano, um franco predomínio de autores que rejeitam o duplo grau de jurisdição como garantia constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, geralmente no esteio de forte doutrina italiana que, desde meados do século passado, também sustenta a referida tese.

¹⁵² GUEDES, Jefferson Carús. Duplo grau ou duplo exame e a atenuação do reexame necessário. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 292.

Os argumentos expendidos, a despeito do número de debatedores, em regra não diferem de um autor para outro, e, por isso, na intenção de se delinear com a maior amplitude possível o conhecimento consolidado vigente, passam a ser, aqui, compilados, sem preocupação com a autoria, em sua generalidade.

O ponto de partida do juízo versado, na doutrina nacional, está, como já aludido, na própria ausência de uma remissão expressa ao duplo grau pelo texto constitucional brasileiro, com fulcro no entendimento de que, se diferente fosse o intento do legislador constituinte, deveria tê-lo consignado de forma categórica.

Argumenta-se, nesse sentido, que as previsões do direito ao recurso contidas no texto constitucional são pontuais, não conferindo às partes, de forma absoluta, o direito ao duplo grau de jurisdição.

Nesta trilha, assevera-se não ser possível apontar o duplo grau como corolário de qualquer outra garantia expressa – nem mesmo do devido processo legal, do qual seria considerado, no máximo, elemento acidental –, não sendo compatível o direito ao recurso com a garantia do contraditório e da ampla defesa. Pois, como argumenta Marinoni:

A ampla defesa – que se insere em uma perspectiva mais dilatada, que é a do devido processo legal – deve ser sempre pensada em confronto com o direito à tempestividade e à efetividade da tutela jurisdicional, que são corolários do direito de ação, também expressamente garantido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal¹⁵³.

Assim, o duplo grau de jurisdição, não identificado autonomamente no texto constitucional, também se contraporia aos demais valores que este comporta, indo de encontro, inclusive, à peremptória garantia do acesso à justiça, ao figurar:

Como uma das razões mais importantes para a excessiva duração dos processos, principalmente, nas questões mais

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 494.

simples em que não ocorre uma dilação probatória maior em primeira instância, em razão, principalmente, da inexistência de óbices à interposição de recursos e dos mesmos serem apresentados na maior parte dos casos, com finalidade meramente protelatória, aproveitando-se da excepcionalidade da execução provisória das decisões de primeiro grau¹⁵⁴.

A despeito da dificuldade, identificada de plano, em uma afirmação como a de que “na maior parte dos casos” os recursos são apresentados “com finalidade meramente protelatória” (o que, além de não prescindir de um adequado amparo estatístico, ainda assim careceria de relevância se quarenta e nove por cento dos recursos restantes – proporção deveras importante – tivesse motivação legítima), esta linha de raciocínio contrapõe o duplo grau de jurisdição ao princípio da efetividade do processo e da eficiência da máquina judiciária, tendo ficado famosa a partir do eloquente “*parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano*”, em que Cappelletti deixa nítida a sua visão de que o duplo grau não passaria de um legado do passado capaz de retardar a tutela dos direitos, em prejuízo à efetividade¹⁵⁵.

A balança valorativa em que se contrapõe o duplo grau às demais garantias fundamentais mostra-se, para essa corrente de pensadores, extremamente desfavorável àquele, especialmente se deparada com a ausência de comprovação científica da conjectura “única meta para ser mantido, qual seja a de que a decisão de segundo grau é melhor que a de primeiro”¹⁵⁶, já que nada garantiria que a última decisão será mais correta e legítima que a primeira¹⁵⁷.

Tal alegação, aliás, costuma levar a um mesmo ponto de cogitação. Se o pressuposto é a maior capacidade de julgamento dos juízes de segunda

¹⁵⁴ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 115.

¹⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano. Giustizia e società*, Milano, 1972, p. 116 e 117.

¹⁵⁶ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 117.

¹⁵⁷ Nas palavras de Ulpiano, citado por Alessandro Pizzorusso: “la riforma della sentenza può portare tanto all’adempimento di un cattivo giudizio com uno migliore quanto al risultato inverso” (PIZZORUSSO, Alessandro. *Sul principio del doppio grado di giurisdizione. Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, vol XXXIII, jan/mar, 1978, p. 44).

instância, razão justificadora do recurso, basta, portanto, que o processo se desenvolva desde o início e, tão-somente, perante aqueles, sendo de todo inútil o duplo grau. O argumento já havia sido exposto por Pizzorusso.

Débil parece, igualmente, a justificativa fundada na hipotética maior sabedoria, preparação ou cultura jurídica dos juízes da apelação, que facilmente é replicada – já há mais de um século – porque, se assim fosse, bastaria, para resolver todo o problema, confiar a estes juízes a função de decidir as causas ao final do primeiro grau¹⁵⁸.

Este o raciocínio desenvolvido também por Antônio Álvares da Silva.

Se houvesse certeza sobre a afirmativa de que no segundo grau se julga melhor do que no primeiro, então seria natural que a lei determinasse que nele o processo começasse, obtendo de pronto o julgamento que seria necessariamente melhor. A primeira instância se tornaria desnecessária. Não é, entretanto, o que se vê na realidade. Se a vantagem está na colegialidade – mais juízes pensam melhor do que um – então por que não se criarem órgãos colegiados também no primeiro? Se for verdade que cabeças reunidas pensassem melhor, este fato se dá em qualquer instância, não apenas na segunda ou na terceira¹⁵⁹.

No mesmo sentido, completa Kukina:

Ninguém ousará afirmar que uma decisão qualquer, apenas porque prolatada pelo STF em recurso extraordinário, será, automaticamente, portadora de melhor quilate técnico e de melhor solução jurídica do que aquele decisório por ela reformado, ainda quando na sua remota origem tenha este último sido editado por um novel juiz substituído em modesta comarca interiorana. Em síntese, a duplicidade de graus, embora vocacionada a tanto, não se presta a assegurar a outorga de prestação jurisdicional justa¹⁶⁰.

¹⁵⁸ “Debole appare altresì la giustificazione fondata sull’ipotetica maggiore saggezza, preparazione o cultura giuridica dei giudici di appello, cui facilmente si è replicato – già più di un secolo fa – che se così fosse basterebbe, per risolvere ogni problema, affidare a questi giudici il compito di decidere le cause fin dal primo grado.” (PIZZORUSSO, Alessandro. Sul principio del doppio grado di giurisdizione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, vol XXXIII, jan/mar, 1978, p. 44. Tradução livre).

¹⁵⁹ SILVA, Antônio Álvares da. *Reforma do Judiciário: uma justiça para o século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.145.

¹⁶⁰ KUKINA, Sérgio Luiz. O princípio do duplo grau de jurisdição. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 28, n. 109, jan./mar. 2003, p. 103.

Nesse sentido, aponta-se, ainda, a criação indesejável de um sentimento de insegurança nas partes, advindo da própria sucessão de decisões absolutamente distintas na apreciação da mesma causa. Assim registrou Ovídio Baptista: “concebido como dispositivo de segurança, foram justamente os recursos, levados ao exagero, que criaram a mais absoluta incerteza jurídica.”¹⁶¹

Em síntese, encontram os doutrinadores três destacados pilares, bastantes para infirmar a existência do duplo grau como garantia constitucional no ordenamento jurídico brasileiro: a ausência de sua previsão no texto constitucional, a identificação de um conflito de seu conteúdo com outras garantias explícitas, e, por fim, a falta de comprovação da sua efetiva capacidade de aperfeiçoamento das decisões submetidas – tomando-se esta como a sua basilar justificativa.

A estes principais fundamentos, acrescenta-se, ainda, uma série de desvantagens que poderiam ser ao duplo grau associadas, como a aventada perda de qualidade decisória provocada por um reexame distanciado dos benefícios da oralidade, e, logo, dotado de piores condições de extrair a verdade dos fatos¹⁶². A colocação já havia sido feita por Pizzorusso: “melhor está em condições de julgar quem recolhe tais provas em época mais próxima ao fato”, trabalhando o juiz que reexamina a causa “sobre materiais cognitivos (como a leitura dos depoimentos etc.) muito mais imperfeitos que aqueles empregados pelo juiz de primeiro grau”¹⁶³. Marinoni endossa:

Se o juiz vai formando seu juízo sobre o mérito à medida que o procedimento caminha, é equivocado supor que alguém que

¹⁶¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Processo e ideologia. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 28, n. 11^o, abr/jun 2003, p. 36.

¹⁶² LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, passim.

¹⁶³ “meglio è in condizione di giudicare chi raccoglie tali prove in epoca più vicina al fatto (...) su materiali conoscitivi (come la lettura dei verbali, ecc) molto più imperfetti di quelli impiegati dal giudice di primo grado.” PIZZORUSSO, Alessandro. Sul principio del doppio grado di giurisdizione. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, vol. XXXIII, jan./mar. 1978, p. 46. Tradução livre.

julgará com base nos escritos dos depoimentos das partes e das testemunhas estará em melhores condições de decidir¹⁶⁴.

Assim, se, por um lado, o julgamento pelo tribunal no mesmo sentido da decisão impugnada revelaria, de plano, a sua inutilidade¹⁶⁵, por outro, decisão distinta significaria, por certo, uma decisão pior - ou, no máximo, como registrou Ricci, uma decisão igualmente boa, e, portanto, também carente de utilidade¹⁶⁶.

A essa possibilidade, ajunta-se, ainda, a crítica atinente ao desprestígio da jurisdição.

(...) na medida em que a possibilidade de qualquer decisão, - principalmente as sentenças -, ser impugnada, perante um órgão de segunda instância, que prolata uma decisão substitutiva, faz com que os resultados obtidos em primeira instância não tenham qualquer valor¹⁶⁷.

Tal argumento foi desenvolvido por Baptista.

A perversa consequência dessa orientação política foi a perda de legitimidade dos magistrados de primeiro grau. Criou-se um círculo vicioso, capaz de resistir às tentativas de superá-lo: os recursos são necessários porque os juízes não são confiáveis; os juízes não são confiáveis porque os recursos lhes retiraram qualquer legitimidade e poder, transformando-os em servidores subalternos¹⁶⁸.

A doutrina italiana também registra, em desfavor do instituto, a conformação hierárquica que submete juízes de primeiro a juízes de segundo grau, e que “é

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, vol. 2, p. 490.

¹⁶⁵ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Op. cit., p. 116.

¹⁶⁶ “Due decisioni dello steso tenore, è chiaro, convincono la collettività puì di una sola; questo non è tuttavia l’effetto del doppio grado, ma l’effetto di quel suo esito meramente eventuale, che è la doppia conforme; l’ipotesi da considerare è piuttosto quella di due decisioni difformi: e qui l’osservare che si è in presenza di due decisioni ugualmente attendibili non presenta, a difesa del doppio grado, la mínima utilità” (RICCI, Edoardo Flavio. Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, vol. XXXIII, jan./mar. 1978, p. 81.)

¹⁶⁷ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 115.

¹⁶⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista. Processo e ideologia. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 28, n. 110, abr/jun 2003, p. 36.

o fruto de uma escolha política que foi concluída na época napoleônica”, não havendo nada “de absoluto ou de necessário, nem do ponto de vista da técnica do processo, nem da técnica da organização”¹⁶⁹.

Para Ricci:

Entre as duas direções, nas quais tais defesas poderiam ser, em tese, tentadas – uma ancorada à escolha ideológico-política concluída *a priori*, e outra técnico-jurídica – parece em suma restar à disposição só a primeira: a qual será talvez a mais incisiva sob o plano das ideias, mas é, sem dúvidas, a mais fraca sob o plano da realização histórica¹⁷⁰.

No mesmo sentido, Laspro, ao afirmar que, diferentemente dos sistemas de impugnação dos atos administrativos e legislativos, que teriam surgido para proteger o indivíduo, os recursos conteriam, em seu gérmen, uma concepção eminentemente autoritária.

O duplo grau de jurisdição surge como um dos meios utilizados, seja pelo imperadores romanos, seja pelos chefes da Igreja, seja pelos reis, bárbaros e demais europeus que o seguiram, de unificação e estabilização de seus territórios, verdadeiro mecanismo de controle por parte do chefe político e militar sobre seus funcionários, aos quais cabia, originalmente, a tarefa de julgar – quem delega o poder não delega todo o poder. Trata-se, portanto, em sua origem, de instituto garantidor da burocracia judiciária, enquanto elemento hierárquico-autoritário, ou seja, verdadeiro instrumento formador da organização judiciária e de fiscalização sobre a atividade dos juízes¹⁷¹.

¹⁶⁹ “il collegamento di tali vincoli gerarchici al principio del doppio grado è il frutto di una scelta politica che fu compiuta in epoca napoleônica (...) nulla há di assoluto o di necessário, né dal punto di vista della técnica del processo, né da quello della tecnica dell’organizzazione.” (PIZZORUSSO, Alessandro. Sul principio del doppio grado di giurisdizione. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, vol. XXXIII, jan/mar, 1978, p. 48. Tradução livre).

¹⁷⁰ “tra le due direzioni, nelle quali tale difesa potrebbe esse in ipotesi tentata – quella ancorata a scelte ideológico-politiche compiute a priori, e quella tecnico-giuridica – sembra insomma restare a disposizione solo la prima: la quale sarà forse la più incisiva sul piano delle idee, ma è senz’altro la più debole sul piano delle realizzazioni storiche.” (RICCI, Edoardo Flavio. Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, vol. XXXIII, jan/mar, 1978, p. 64. Tradução livre).

¹⁷¹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.103 e 176.

E se, por um lado, a estrutura hierárquica deve ser repugnada, na outra ponta, avoluma-se quem contesta, igualmente, a noção de controle propugnável pelo duplo exame.

Nestes termos, coloca-se inicialmente em dúvida a capacidade de um controle psicológico influente sobre a atividade do magistrado, a ponto de impeli-lo a decidir de forma mais cônica em razão da possibilidade de alteração do seu comando. Suscita-se, com esse argumento, uma presumível violação da independência e imparcialidade do magistrado, bem como dos amparos fornecidos pelas garantias da vitaliciedade e inamovibilidade.

Para os que admitem uma indiscutível necessidade de controle da atividade jurisdicional, já se sustentou, inclusive, dever ser esta desincumbida por um outro órgão, ou pelo povo, para que possa atingir, efetivamente, seu escopo, não sendo objetivo do duplo grau realizá-lo¹⁷². Assim, igualmente, destacou Marinoni.

Não é possível esquecer, contudo que a finalidade do duplo grau não é a de permitir o controle da atividade do juiz, mas sim a de propiciar ao vencido a revisão do julgado. Como disse há muito tempo Chiovenda, não é possível a pluralidade das instâncias fundar-se, no direito moderno, na subordinação do juiz inferior ao superior, por não dependerem os juizes, quanto à aplicação da lei, senão da lei mesma. (...) Não é acertado dizer, em outras palavras, que o controle da justiça da decisão possa ser confundido com um controle da própria atividade do juiz quando se está discutindo sobre a oportunidade de se dar ao vencido o direito à revisão da decisão que lhe foi contrária. Lembre-se que os tribunais, através das corregedorias, têm as suas próprias formas de inibir condutas ilícitas, que obviamente não se confundem com decisões injustas¹⁷³.

A argumentação, assim fundada, sugere, por fim, que, se o duplo grau é instituto incapaz de atingir aquela entendida como a sua finalidade justificadora

¹⁷² LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 177.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional. In: CRUZ E TUCCI (Coord.). *Garantias constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 209.

– a melhoria das decisões –, ele se perfaz, para além disso, como instrumento duplamente inidôneo para a realização da única outra razão que o sustentaria, o controle jurisdicional, seja porque ineficaz, na tentativa de proporcionar o controle da justiça da decisão, seja porque impróprio ao controle da atividade judicante.

Assim que, pela ausência de sua acolhida explícita pelo texto constitucional, somada a um certo número de destacadas desvantagens, resta evidenciada, para esta corrente de autores, a completa insubsistência da defesa do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional no ordenamento brasileiro¹⁷⁴.

Do que se conclui dever-se falar, por conseguinte, em “mera previsão”¹⁷⁵ dos recursos pelo ordenamento, consignado como direito de ordem exclusivamente infraconstitucional, ou, no máximo, como princípio constitucional ponderável pelo legislador ordinário, que pode, deste modo, limitá-lo e eliminá-lo. Como sintetizou Theodoro Júnior: “não chega a ser uma garantia constitucional que, em caráter absoluto, tenha de funcionar a todo instante e em qualquer procedimento.”¹⁷⁶ Este também o entendimento de Arruda Alvim e Martins.

Exceto nas hipóteses de cabimento do recurso ordinário constitucional, pode o legislador restringir, em algumas situações, o cabimento de recursos no âmbito da instância ordinária, sem que isso configure violação ao Texto Constitucional. Essa restrição todavia, deve observar a

¹⁷⁴ A conclusão a que chegam os doutrinadores italianos citados, quanto ao seu ordenamento, é idêntica, excepcionando-se, no caso brasileiro, tão-somente, a garantia fundamental ao recurso ordinário, que, por esta asserção: “garante, a esse nível, o duplo grau de jurisdição, configurando, aliás, o único caso no direito brasileiro em que se pode dizer que esse instituto é elevado a plano constitucional. Trata-se, contudo – em termos de matérias ligadas ao processo civil, ou seja, considerando somente os casos de mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e questões envolvendo, de um lado, Estado estrangeiro e, de outro, município ou pessoa domiciliada ou residente no país – de situações extremamente específicas, não se podendo concluir que essa garantia do duplo grau possa ser ampliada para todo o sistema processual brasileiro. (LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 156).

¹⁷⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 211.

¹⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo civil brasileiro: no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.192.

razoabilidade e a proporcionalidade, de forma a não eliminar a possibilidade de controle dos atos estatais¹⁷⁷.

Wambier e Wambier reforçam.

A Constituição Federal descreve a estrutura do Poder Judiciário e cria Tribunais, cuja função, preponderantíssimamente, é a de julgar recursos. Não está, de fato, expresso na Constituição o princípio do duplo grau de jurisdição (o que não é óbice a que seja considerado princípio constitucional) e se sabe que a lei ordinária cria, como acabou de criar, “exceções” a esse princípio (o que também não conflita com a natureza de princípio constitucional que tem esta regra).¹⁷⁸

Nas palavras conclusivas de Nery Júnior:

Ali [na Constituição Brasileira de 1824] estava inscrita a regra da garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição. As constituições que se lhe seguiram limitaram-se a apenas mencionar a existência de tribunais, conferindo-lhes competência recursal. Implicitamente, portanto, havia previsão para a existência de recurso. Mas, frise-se, não garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição. A diferença é sutil, reconheçamos, mas de grande importância prática. Com isto queremos dizer que, não havendo garantia constitucional do duplo grau, mas mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso, dizendo, por exemplo, não caber apelação nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 ORTNs (art. 34, da Lei 6.830/80) e nas causas, de qualquer natureza, nas mesmas condições, que forem julgadas pela Justiça Federal (art. 4º, da Lei 6.825/80), ou, ainda, não caber recurso dos despachos (art. 504, CPC)¹⁷⁹.

Tal é, em um cenário compendiado, o atual estágio dialógico em que pode se situar a compreensão do *status* normativo do direito de recorrer e a sua intercessão com a sistemática constitucional circundante. O confronto dos panoramas desenvolvidos na primeira e na segunda partes deste trabalho,

¹⁷⁷ ALVIM, Eduardo Arruda; MARTINS, Cristiano Zanin. Apontamentos sobre o sistema recursal vigente no direito processual civil brasileiro à luz da lei 10.352/2001. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, vol. 6, p. 137.

¹⁷⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase de Reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 140.

⁶⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 211 e 212.

todavia, tem o condão de sublinhar algumas impropriedades deste “saber vigente”¹⁸⁰, sobretudo em face do que se acredita ser um Estado Democrático de Direito.

Identifica-se, nas discussões desenvolvidas, uma notável preferência pela enumeração de pontos positivos e negativos de uma cogitada assunção do duplo grau como instituto constitucional. Assim, enquanto seus defensores apegam-se, prioritariamente, aos fundamentos subjetivos e objetivos do recurso, destacadamente aqueles empiricamente observáveis, aferram-se, seus críticos, com primazia, à literalidade do texto constitucional, bem como às desvantagens discerníveis da sua ampla admissibilidade.

Dividindo-se as posições de tal forma, com o semelhante alheamento da discussão de fundo, que vem a ser a própria moldura constitucional a que se deve confrontar a conclusão sobre o acolhimento da garantia, parece conservar a atualidade do julgamento de Calmon de Passos, ainda na década de 1980.

O estudo do duplo grau como garantia constitucional desmereceu, da parte dos estudiosos, em nosso meio, considerações maiores. Ou ele é simplesmente negado como tal ou, embora considerado como ínsito ao sistema, fica sem fundamentação mais acurada¹⁸¹.

De fato, entre os fundamentos e as críticas fartamente expendidos pela literatura, o que a discussão até aqui empreendida parece indicar é, na verdade, uma relevante lacuna no problema, que, da forma como tem sido posto, pareceu ignorar, valorativa e metodologicamente, a franca relação existente entre o duplo grau de jurisdição, as conquistas civilizatórias legadas pelo constitucionalismo e as exigências teleológicas do processo contemporâneo.

¹⁸⁰ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 33.

¹⁸¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, vol. 25, ano IX, jul/1982, p. 135.

TERCEIRA PARTE – O duplo grau de jurisdição como garantia no modelo constitucional de processo

7 O DIREITO DE RECORRER E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Examinadas as ponderações que recaem sobre a sistemática recursal ao longo da história, uma investigação sobre o acolhimento do direito de recorrer como garantia fundamental no atual estágio de evolução do processo civil requer, primeiramente, uma redução do seu objeto de análise.

Com efeito, se admitido o direito de recorrer de forma ampla e irrestrita, a sistemática processual deveria acolhê-lo em face de todas as decisões proferidas no processo e, ainda, para cada uma delas, em um ilimitado número de vezes. O direito de recorrer, nestes termos, e sem concessões que o desnaturassem, aproximar-se-ia de um direito absoluto, o que, a princípio – mormente pela complexidade e pluralidade dos ordenamentos modernos –, mostra-se incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Ora, não parece haver dúvidas de que a pluralidade descontrolada de graus de jurisdição não é, de nenhuma forma, desejável ou sequer exequível. Põe-se, nesse sentido, de acordo com Frederico Marques, quando afirma que “a proliferação de recursos sob a forma de iteração ou reiteração de instâncias é um mal, visto que procrastina indefinidamente o julgamento definitivo da causa e torna demorada e tardia a entrega da prestação jurisdicional”¹⁸².

Laspro, ao questionar o duplo grau de jurisdição, parte, na escora de Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁸³, da crítica à sua denominação, a qual, segundo ele, “não é tecnicamente correta, vez que, se a jurisdição é uma projeção da

¹⁸² MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1963, vol. IV, p.6.

¹⁸³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 141.

soberania, não há que falar na possibilidade de existirem várias jurisdições, pois isso conduziria à existência de várias soberanias o que não é admitido”¹⁸⁴.

A falha terminológica será, aqui, no entanto, apenas registrada. Em vista da sua universal utilização, o que denota, por certo, que a expressão encontra-se agora revestida de cientificidade, manter-se-á neste trabalho o termo historicamente consagrado, com vistas a facilitar o diálogo proposto.

Cuida o duplo grau de jurisdição do direito de se ver reexaminada, uma única vez, a pretensão já apreciada e decidida, com esgotamento das funções jurisdicionais, pelo juiz da causa, e que, sob o ângulo do recorrente, o foi de forma insatisfatória.

Diferencia-se do direito de recorrer, até aqui indistintamente analisado, expressão essa mais genérica que, como visto, indica o direito de, também com base em insatisfação quanto ao conteúdo decisório, ter-se reexaminada qualquer pretensão já apreciada e decidida pelo juiz da causa.

O duplo grau de jurisdição abriga, por conseguinte, todas as justificativas já lançadas para que se faculte ao jurisdicionado uma dupla apreciação de sua demanda, restringindo-a, todavia, a um momento específico (após o completo exaurimento do procedimento na primeira instância) e exclusivo (implicando um único reexame da causa). A compreensão da sua conformação jurídica e axiológica se beneficia, por conseguinte, de todo o panorama já traçado para o direito ao recurso na segunda parte deste trabalho, carecendo, para seu arremate, apenas da formulação do que o especifica, isto é, do ajuste de sua exequibilidade, que é o que se depreenderá da resposta para as seguintes questões:

1) A admissão do duplo grau de jurisdição em determinado ordenamento jurídico implica o direito ao recurso de qualquer decisão de primeira instância?

¹⁸⁴ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Garantia do duplo grau de jurisdição. In: CRUZ e TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, nota de rodapé n. 3, p. 191.

- 2) Há exigência de o segundo julgamento ser feito por órgão julgante distinto?
- 3) Este órgão deve ser hierarquicamente superior?
- 4) Este órgão deve ser necessariamente colegiado?

A primeira resposta, conquanto já antecipada, merece o realce por melhor ensejar a compreensão daquilo em que consiste, exatamente, o instituto em apreciação.

Trata-se da possibilidade de, para cada demanda e, no mesmo processo, serem proferidas duas decisões válidas e completas, emanadas por juízes distintos e prevalecendo a segunda em relação à primeira¹⁸⁵.

A completude deste duplo exame está a assegurar que serão submetidas à apreciação do Poder Judiciário todas as decisões que, em razão do julgamento da lide, no exercício próprio do poder jurisdicional, sejam capazes de causar ao cidadão lesão ou ameaça a direito.

Visa o duplo grau preservar a realização de um reexame completo de toda a matéria de direito e de fato analisada em cada processo. Logo, o conceito não abrange a proteção em face das decisões interlocutórias e, sim, do ato final do processo de conhecimento, consubstanciado na sentença – já que as decisões proferidas no curso do processo não são capazes de alterar de forma definitiva a esfera subjetiva das partes. Em outras palavras, por ser capaz de proporcionar a maior amplitude possível de discussão da decisão judicial no processo, é a apelação (ou a denominação que se dê a recurso do gênero em outros ordenamentos) o recurso que representa, por excelência, o duplo grau de jurisdição.

Na apelação o mérito do recurso se identifica (positiva ou negativamente, pelo provimento ou improvimento) com o mérito da causa, enquanto, nos recursos de interlocutórias, isso não acontece. Nesses recursos o pedido é de reforma ou

¹⁸⁵ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 27.

revogação da decisão (parcial), em regra de alcance processual¹⁸⁶.

Para o julgamento da apelação, a necessidade de órgão julgante distinto daquele que primeiro apreciou a lide não é inteiramente pacífica na doutrina. Majoritariamente, está o entendimento pela sua exigência, conforme aponta, entre outros autores, Moacyr Amaral Santos¹⁸⁷. De outro lado, há aqueles que sustentam a sua desnecessidade, como o faz Nery Júnior¹⁸⁸ e aqueles que o fazem tendo por base as especificidades do atual regramento brasileiro da execução fiscal, em que, contra a sentença de primeira instância proferida em processo de valor igual ou inferior a 50 ORTN, cabe recurso (que conquanto nomeado embargos infringentes atua como se apelação fosse) dirigido ao próprio juiz prolator da sentença. Para essa minoria, aí também seria verificado o duplo grau de jurisdição, com base no princípio da concentração de instâncias.¹⁸⁹

Há que se convir, no entanto, que a reapreciação, que se pretende dupla, fica nitidamente prejudicada se realizada pelo mesmo órgão que já havia formado a sua convicção no caso analisado. O conceito de reexame, evidentemente, não se realiza pelo simples cumprimento formal de protocolo. Deve ensejar, de fato, um segundo – e portanto, novo – olhar sobre as circunstâncias da lide.

Partindo da exigência lógica de que o reexame se perfaça por julgadores distintos, pertinente se faz, por conseguinte, o questionamento da imprescindibilidade do desnivelamento hierárquico entre tais órgãos apreciadores.

¹⁸⁶ GUEDES, Jefferson Carús. Duplo grau ou duplo exame e a atenuação do reexame necessário. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 291.

¹⁸⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1990, vol. IV, p. 83 e 84.

¹⁸⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 41.

¹⁸⁹ SOUZA, Gelson Amaro de. Recursos na Nova Lei de Execução Fiscal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 575, set. 1983, p. 27.

Alguns autores entendem que a caracterização da duplicidade de graus depende de uma superioridade funcional do órgão que reexamina a decisão, em relação àquele que a proferiu. Entre eles, estão Calamandrei¹⁹⁰, Perrot¹⁹¹, Moacyr Amaral Santos¹⁹², Barbosa Moreira¹⁹³ e Dinamarco¹⁹⁴. Manifestações em sentido oposto, entretanto, são igualmente fartas e encontradas em Liebman¹⁹⁵, Laspro¹⁹⁶, Marinoni¹⁹⁷ e Sá¹⁹⁸, cujo entendimento se transcreve em nome de todos.

Não importa que o reexame seja feito por órgão jurisdicional colegiado de hierarquia igual ou superior à do prolator da sentença; impende que seja realizado. Cuida-se mais, então, de um duplo exame que, propriamente, de um duplo grau¹⁹⁹.

A posição dos primeiros autores, embora a respectiva fundamentação seja com pouca frequência explicitada, parece estar alicerçada na ideia de que o duplo grau de jurisdição se funda na maior capacidade de julgamento reconhecida a um corpo de magistrados em detrimento de outro.

Comparato, integrando a segunda corrente apresentada, argumenta que o instituto “não representa uma manifestação de hierarquia funcional, mas sim

¹⁹⁰ CALAMANDREI, Piero. *Casación civil*. Buenos Aires: Ejea, 1959, p. 17.

¹⁹¹ PERROT, Roger. Le principe du doublé degré de jurisdiction et son evolution em droit judiciaire prive français. In: *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*. Milano: Giuffrè, 1979, vol.III, p. 1979.

¹⁹² SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994 vol. IV, p. 83 e 84.

¹⁹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol.5, p. 236.

¹⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 1, p. 243 e 244.

¹⁹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1984, vol. II, p. 295.

¹⁹⁶ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 27.

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A prova, o princípio da oralidade e o dogma do duplo grau de jurisdição*. In: PAULA, Jônatas Luiz Moreira (Org.). *Estudos de direito contemporâneo e cidadania*. São Paulo: LED Editora de Direito, 2000, p. 14.

¹⁹⁸ SÁ, Djanira Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 89.

¹⁹⁹ Ibid., loc.cit.

um reforço da impessoalidade de julgamento²⁰⁰, pelo que a competência em grau de recurso pode ser atribuída, indiferentemente, a magistrados situados no mesmo nível da carreira.

De fato, partindo do conteúdo do duplo grau acima apresentado, que se limita a garantir ao jurisdicionado um duplo exame da causa, bem como de todos os fundamentos do recurso examinados no capítulo anterior, observa-se que a hierarquia nem se encontra acolhida pelo conceito, nem tangencia as balizas teleológicas do recurso.

O entendimento também pode ser depreendido da afirmação de Carnelutti, “o essencial é que se trate de um exame reiterado, isto é, de uma revisão de tudo quanto se fez pela primeira vez, e essa reiteração permite evitar os erros e suprir as lacunas em que eventualmente incorreu o exame anterior”²⁰¹.

Diante disso, e uma vez que todo conceito deve se circunscrever à parte mínima indispensável de seus elementos, não parece haver justificativa que sustente o acréscimo à noção do duplo grau (feita a crítica ao sentido literal do termo) da exigência de qualquer qualificação extraordinária relativa ao julgador responsável pelo segundo exame²⁰².

Por fim, a conceituação se completa com a análise da indispensabilidade ou não do julgamento colegiado para que se possa falar em realização do duplo grau de jurisdição. O princípio da colegialidade é tido como um reforço à racionalidade das decisões judiciais²⁰³, por se entender que, impedindo o

²⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Juízes independentes ou funcionários subordinados. *Revista Cidadania e Justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros*. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, 1º semestre de 1998, p. 92.

²⁰¹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: EJEA, 1973, p. 227.

²⁰² Não obstante a construção teórica, nota-se que a Constituição Brasileira de 1988 parece ter incorporado o elemento hierárquico ao instituto, tanto ao prever que os recursos devem ser, como regra, dirigidos a tribunais, quanto ao exigir que os magistrados sejam escolhidos para este órgão por critérios de antiguidade e de merecimento, apurados na última entrância de promoção da sua carreira.

²⁰³ Este também é o entendimento de Frederico Marques. “O principio que domina e rege todo o Direito Processual pátrio, em matéria de recurso, é o principio da colegialidade do Juízo “ad quem”. Com isto, os julgamentos em grau de recurso

individualismo do convencimento, tende-se a garantir uma menor possibilidade de erro e um maior grau de imparcialidade nos julgamentos.

A composição múltipla do órgão competente para o julgamento do recurso, no entanto, revela somente um modo particular de estruturação da sistemática recursal que, conquanto possa figurar como um complemento ao propósito de alargamento do contraditório trazido pelo duplo grau de jurisdição, não é da sua essência.

Em seus aspectos mínimos e, por conseguinte, indispensáveis, cinge-se o duplo grau de jurisdição, precisamente, ao asseguramento de um reexame jurisdicional completo das causas decididas em primeira instância, por órgão judicante distinto daquele que primeiro as examinou.

Para a obtenção da resposta ao questionamento do *status* normativo ou natureza jurídica deste instituto no direito processual contemporâneo, restará, apenas, a construção de um último conceito, cuja pertinência com o duplo grau de jurisdição passa a ser perquirida.

8 A NOÇÃO DE GARANTIA CONSTITUCIONAL

Como regra, as constituições modernas revelam a tendência de estruturar as bases do direito processual em torno do que se convencionou chamar de garantias.

A expressão garantia, com significado semelhante ao atualmente empregado, foi utilizada pela primeira vez em 1789, na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, que assim dispôs, em seu artigo XII: “a garantia dos

infundem maior confiança e, de certo modo, são mais seguros que os de primeiro grau” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1963, vol. IV, p.7).

direitos do homem e do cidadão carece de uma força pública; esta força é, pois, instituída para vantagem de todos, e não para a utilidade particular daqueles a quem é confiada”.

Tal ensaio do século XVIII, que vai desaguar no garantismo do século XX, pode ser considerado, desse modo, “o início da constitucionalização das garantias”²⁰⁴, já antecipando seu caráter público e sua titularidade popular latentes.

Nessa esteira, seguiu-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que assegurou a todo litigante o direito de receber “remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos” (artigo VIII) e de ter, em plena igualdade, “uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial” (artigo X), proporcionando, ainda, aos acusados de um ato delituoso, serem “asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (artigo XI).

De fato, o termo garantia encontra-se, desde então, presente de forma destacada nas disposições normativas ocidentais, tendo sido, em grande parte delas – incluindo o Brasil –, erigido ao alto posto de norma fundamental nos respectivos ordenamentos jurídicos.

Não obstante, uma revisão da literatura destinada a discernir com maior profundidade o conteúdo subjacente a este disseminado termo, depara-se de forma contraditória com um obstáculo. São extremamente escassos os estudos capazes de sintetizar a noção, bem como de definir os pressupostos e elementos constitutivos da garantia constitucional, itens esses indispensáveis à completa compreensão do seu alcance.

Para Canotilho, a despeito do caráter instrumental de proteção, rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, traduzindo-se “quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, quer no

²⁰⁴ SÁ, Djanira Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 53.

reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade”²⁰⁵. A noção, todavia, é confrontada com veemência por outros publicistas, em postura que se ratifica com a chancela precursora de Rui Barbosa.

A confusão, que irreflectidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir á interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. Direito "é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar, ou não praticar certos actos." Garantia, ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de attentados, de occorrença mais ou menos fácil²⁰⁶.

Ferrajoli, também contrário a tal identificação, acrescentou à celeuma uma preocupação de primeira ordem. A confusão de direitos e garantias traz consigo o autêntico risco de mitigação da ordem jurídica, já que, na eventual falha da previsão das garantias, torna-se possível negar a própria existência dos direitos²⁰⁷.

Para o autor, as garantias fundamentais se distinguem em garantias primárias, que equivalem às obrigações e proibições, e em garantias secundárias, referentes às obrigações de reparar ou sancionar judicialmente as lesões dos direitos, vale dizer, as violações de suas garantias primárias²⁰⁸. A distinção se justifica pela natureza positiva e nomodinâmica do direito moderno, em que a realização ou não de uma situação jurídica depende necessariamente da existência de uma norma positiva que a estabeleça e que, por sua vez, não é apenas deduzida de outras normas. Assim, o atual sistema termina por admitir que “dado um direito subjetivo, não exista – ainda quando devesse existir – a obrigação ou a proibição correspondente em razão da (indevida) inexistência da norma que as prevê” ou, igualmente, “dado uma permissão, exista – ainda

²⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 95 e 96. Texto no original.

²⁰⁶ BARBOSA, Rui. *Os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, p. 186. Texto no original.

²⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 43.

²⁰⁸ *Ibid.*, loc.cit.

quando não devesse existir – a proibição do mesmo comportamento em razão da (indevida) existência da norma que a prevê²⁰⁹.

Em suma, o direito moderno torna possível e, em alguma medida, inevitável, tanto a contradição entre as normas (antinomia), quanto a ausência de estipulação das obrigações e proibições que constituem as garantias primárias do direito subjetivo. De igual maneira, abre-se à falta de instituição dos mecanismos capazes de sancionar ou invalidar suas violações, ou seja, de aplicar as garantias secundárias (lacunas)²¹⁰.

O que defende o garantista italiano é justamente que tampouco em tais casos deve ser admitido negar a existência do direito subjetivo estipulado por uma norma jurídica. Isto é, a não previsão de uma garantia a um direito positivado em um ordenamento jurídico moderno infringe toda a efetividade do sistema e, por conseguinte, sua existência no ordenamento é, de forma incisiva, juridicamente exigível²¹¹.

De fato, a ausência da correspondente garantia a um direito deve ser tida, explicitamente, como uma lacuna no ordenamento jurídico, a ser imediatamente colmatada. Ora, se o sistema normativo se funda na própria realização de direitos positivamente estipulados, a observância destes deve ser, necessariamente, garantida por este mesmo sistema, sob pena de restar-se absolutamente inócuo. De outro modo, ausentes as adequadas garantias, reduzem-se os direitos “a simples declamações retóricas ou, em síntese, a vagos programas políticos juridicamente irrelevantes”²¹².

²⁰⁹ “dado un derecho subjetivo, no exista — aun cuando debiera existir — la obligación o la prohibición correspondiente a causa de la (indebida) inexistencia de la norma que las prevé. (...) dado un permiso, exista — aun cuando no debiera existir — la prohibición del mismo comportamiento a causa de la (indebida) existencia de la norma que la prevé”. (Ibid., p. 59). Tradução livre.

²¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 60 e 62.

²¹¹ Ibid., p. 60.

²¹² Ibid., p. 59.

Bobbio, em sua Teoria do Ordenamento Jurídico, concluiu existirem dois tipos de lacunas em qualquer sistema jurídico: a imprópria, que deriva da comparação do sistema real com um ideal, e a própria, que é interna ao sistema, consistindo esta última – porquanto de caráter real, não ideológico –, a que se releva quando se identifica um sistema incompleto. Assim, enquanto as lacunas impróprias são completáveis apenas pelo legislador, as próprias, em um ordenamento dinamicamente considerável, podem ser completadas pelos próprios intérpretes do direito, seja pelo método da heterointegração (recurso a ordenamentos diversos, ao costume, ao poder criativo do juiz, à ciência jurídica), seja pela autointegração (analogia e princípios gerais do direito)²¹³.

Tais considerações se tornam ainda mais relevantes quando a análise se circunscreve aos direitos fundamentais, que, de forma imediata, têm por deveres correlatos uma atuação do Estado, diferentemente dos direitos privados, em que, como elucida Ferrajoli, a simples existência do direito (de caráter obrigacional) é suficiente para torná-lo efetivo, por meio da cobrança ao outro particular.

Diverso é o caso dos direitos fundamentais – de todos, e não só dos direitos sociais e dos de ordem internacional – que (...) são imediatamente (dispostos por) normas téticas. Neste caso a existência das correspondentes garantias – das primárias e mais ainda das secundárias – não se dá por excluída, ao depender de sua estipulação expressa por normas de direito positivo muito distintas das que atribuem os direitos²¹⁴.

A confusão entre direitos e garantias, portanto, impede que se veja claramente a existência de vários direitos (ou expectativas) que não estão suficientemente assegurados por alguma garantia (ou técnica) que lhes dê efetividade. A distinção conceitual permite, desse modo, que, no plano legislativo, seja

²¹³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 143-160.

²¹⁴ “Diverso es el caso de los derechos fundamentales — de todos, y no sólo de los derechos sociales y de los de orden internacional — que (...) son inmediatamente (dispuestos por) normas téticas. En este caso, la existencia de las correspondientes garantías — de las primarias y más todavía de las secundarias — no se da por descontada, al depender de su estipulación expresa por normas de derecho positivo muy distintas de las que adscriben los derechos.” (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 62. Tradução livre).

compreendido o dever de atacar a deformidade configurada na lacuna de normas garantidoras dos direitos já estabelecidos e, no plano judiciário, o de sancionar cada violação do direito, revertendo o dano já causado.

Tudo isso parece bastante para desaconselhar a identificação e justificar a distinção entre direitos e garantias no plano teórico, partindo do pressuposto de que “as definições teóricas são definições estipulativas, cuja aceitação depende de sua aptidão para satisfazer as finalidades explicativas e operacionais que com elas se persegue”²¹⁵.

A doutrina constitucional brasileira, em regra, aborda a temática da garantia constitucional como parte do intróito ao tema dos direitos fundamentais, impulsionada pela opção do constituinte de nomear, sem distinção, “direitos e garantias fundamentais” um dos títulos da vigente Constituição. A conceituação costuma vir, neste contexto, por oposição: os direitos seriam disposições declaratórias, que protegem o bem da vida alçado à proteção jurídica, enquanto as garantias, disposições assecuratórias, que configuram mecanismos criados normativamente para defender o próprio direito. Barbosa Moreira foi um dos primeiros a postulá-lo:

Garantias constitucionaes se chamam, primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos especiaes do indivíduo. Consistem ellas no systema de proteção organizado pelos autores da nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana. Nelle se contempla a igualdade legal, a consciência, a palavra, o ensino, a associação, o domicílio, a propriedade²¹⁶.

José Afonso da Silva, reconhecendo o pouco auxílio da doutrina no descortinamento do termo, define-o como “instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância

²¹⁵ “Las definiciones teóricas son definiciones estipulativas, cuya aceptación depende de su aptitud para satisfacer las finalidades explicativas y operativas que con ellas se persiguen”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 59. Tradução livre).

²¹⁶ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva e Cia, 1934, vol. VI, p. 278. Texto no original.

ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais²¹⁷ e o distingue em dois tipos: 1) garantias constitucionais gerais, que seriam instituições constitucionais inseridas no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e 2) garantias constitucionais especiais, que, por sua vez, apresentam-se na forma de técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, atuam como protetores da eficácia, da aplicabilidade e da inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial²¹⁸.

Autores como Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo distinguiram as garantias entre aquelas ditas individuais, concernentes aos direitos e interesses das partes individualmente consideradas, e as estruturais, atinentes ao tipo de organização judiciária consentânea com o processo justo²¹⁹, enquanto pesquisadores como Leonardo Greco preferiram considerá-las como categorias indistintas, já que ambas configuram pressuposto da tutela efetiva de direitos subjetivos das partes²²⁰.

Galeotti, em um dos poucos estudos dedicados exclusivamente ao conteúdo da garantia constitucional, anota que a primeira ideia que o conceito de garantia exprime é a de assecuração, é dizer, uma predisposição de segurança em face de um interesse, que, sem ela, estaria em estado de perigo. Trata-se, pois, de um mecanismo de atuação preventiva que, por se mostrar apto a reagir contra a eventual ocorrência de lesão a um interesse, torna-se idôneo a afastar um estado de precariedade e de incerteza²²¹.

²¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 187 e 188.

²¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 188.

²¹⁹ COELHO Jr., Sérgio. O processo justo e a Constituição de 1988: Breve reflexão sobre a Cláusula do Devido Processo Legal. In: GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama (Org.). *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 298.

²²⁰ Ibid. p. 299.

²²¹ GALEOTTI, Serio. *La garanzia costituzionale - presupposti e concetto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950, p. 25.

Nas obrigações, por exemplo, a ideia de garantia associa-se à segurança de que, faltante o adimplemento esperado, o garantido estará certo de que obterá, de outra maneira, o direito correspondente. É o que ocorre na garantia de existência ou de solvência do crédito em sua cessão, na garantia de evicção ou em face de vícios ocultos ou redibitórios. Oferece-se a segurança da existência, da bondade, da permanência ou da continuidade do gozo de algum direito, de modo que o interesse a ele relativo, percebido pelo sujeito como precário, não estará mais fragilizado, em razão da garantia respectiva²²².

Eis, portanto, como podem ser compreendidos os elementos lógicos do conceito de garantia: a existência de um interesse²²³, a ameaça de perigo, ou um evento danoso²²⁴ e, por fim, o seu núcleo, um mecanismo ou preparativo idôneo a fornecer ao sujeito a segurança relativa ao interesse em perigo. Quanto a este último, especifica Galeotti:

O que caracteriza este elemento integrador do conceito de garantia não é tanto a sua estrutura (que pode ser a mais variada e heterogênea, conforme a natureza dos interesses e, em última análise, dos bens garantidos), mas sim a sua coordenação teleológica cujo escopo é assegurar contra o perigo, afastando a ameaça e reagindo à lesão, se, apesar de tudo, ela se tornar atual²²⁵.

O mesmo sentido foi destacado por Bonavides: “há garantia sempre que se está diante de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve afastar”²²⁶.

²²² GALEOTTI, Serio. *La garanzia costituzionale – presupposti e concetto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950, p. 25 e 26.

²²³ Ibid., p. 26 e 27.

²²⁴ Ibid., p. 27 e 28.

²²⁵ “Cio che caratterizza questo elemento integratore del concetto di garanzia non è tanto la sua struttura (che può essere la più varia ed eterogenea, a seconda della natura degli interessi e, in ultimo, dei beni garantiti), bensì il suo coordinarsi teleologicamente allo scopo di assicurare dal pericuoolo, allontanandone la minaccia e reagendovi all’occorrenza, ove, ad onta di tutto, quella divenisse attuale.” (Ibid., p. 30 e 31. Tradução livre).

²²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 533.

Este é, aliás, o significado etimológico do termo, que deriva, segundo Liñares Quintana, de *garant*, do alemão *gewahren-gewahr-leistung*, cujo significado (*sicherstellung*) denota uma posição que afirma segurança e põe cobro à incerteza e à fragilidade²²⁷.

Especificamente, a garantia constitucional tem duas acepções distintas apontadas por Bonavides: a primeira, comum entre os constitucionalistas italianos, refere-se a um mecanismo voltado para a proteção integral da ordem constitucional, do direito objetivo em sua totalidade, e a segunda, mais valorizada entre os publicistas latino-americanos, vincula seu interesse primário à preservação direta e específica dos direitos fundamentais²²⁸.

Na verdade, os termos podem – e devem – ser vistos em sua complementaridade. Se a Constituição é a lei suprema estabelecadora de direitos que, por sua essencialidade e inafastabilidade, são primordiais aos cidadãos, e que constituem, ainda, de forma imperativa, um sistema de limites juridicamente significativos para o poder estatal, qualquer garantia que estabeleça refletirá, sempre, estas duas funções vitais indissociáveis: a proteção dos direitos fundamentais e a conformação plena do Estado de Direito, modelo político, aliás, do qual a garantia constitucional constitui pilar inafastável.

A noção de Estado de Direito remonta ao final do século XVIII e início do XIX, com a exigência de uma nova e estreita relação a ser estabelecida entre Estado e direito e uma forte negação da ausência de freios do anterior modelo absolutista.

Canotilho, analisando historicamente esse modelo, identificou algumas fórmulas pelas quais ele se realizou em ordenamentos jurídicos concretos, e que transmitem, de modo mais explícito, o seu conteúdo. Foram elas a Regra

²²⁷ QUINTANA, Liñares. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. p. 336 e 337, *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 525.

²²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 532 e 523.

do Direito (“Rule of Law”), na Inglaterra; o Estado de Legalidade (“État legal”), na França; o Estado Constitucional, nos EUA; e o Estado de Direito (“Rechtsstaat”), na Alemanha.

No modelo inglês, conhecido como “Rule of Law”, destacaram-se a obrigatoriedade, para que se privem os cidadãos da sua liberdade e propriedade, da observância de um processo justo legalmente regulado; a proeminência do direito em face da discricionariedade do poder real; a sujeição de todos os atos do executivo à soberania do parlamento e, por fim, a igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos, para a defesa de seus direitos²²⁹.

Já a fórmula elaborada nos Estados Unidos sustentou-se, basicamente, em três pilares: 1) o direito do povo de elaborar a lei superior que estabelecerá os esquemas essenciais do governo, dentre os quais se incluem os direitos e liberdades dos cidadãos, além dos respectivos limites; 2) a existência de tribunais que exercem a função jurisdicional em nome do povo e 3) uma associação cogente da “juridicidade do poder à justificação (justifying) do governo”²³⁰, já que:

Não basta uma qualquer invocação de representação e, muito menos, um iluminismo qualquer de um qualquer monarca esclarecido. As razões do governo devem ser razões públicas que tornem patente o consentimento do povo em ser governado em determinadas condições²³¹.

Para o constitucionalismo francês, a ideia do Estado de Direito se assentou na construção de uma ordem jurídica hierárquica fundada no princípio da primazia da lei, que ressaltava a garantia da lei como produto do órgão representativo da vontade geral, e a submissão dos governantes a seu império (princípio da legalidade da administração)²³².

²²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 93 e 94.

²³⁰ *Ibid.*, loc. cit. Texto no original.

²³¹ *Ibid.*, loc. cit. Texto no original.

²³² *Ibid.*, p.95 e 96.

Por fim, há o modelo “Rechtsstaat” alemão, que se iniciou apenas como um modelo de “Estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa” e evoluiu para a ideia propriamente dita do “Estado liberal de direito”. Nele, se restringe a própria atividade à defesa da ordem e segurança públicas e se transforma o soberano em “órgão do Estado”, cuja atuação se cinge aos termos da lei e à obediência dos princípios materiais, como, por exemplo, a proibição do excesso²³³.

As peculiaridades históricas e as exigências concretas de cada ordenamento jurídico não impedem que se compartilhem alguns grandes princípios basilares deste respeitável modelo:

a. princípio da legalidade de toda atividade do Estado, é dizer, de sua subordinação a leis gerais e abstratas emanadas de órgãos político-representativos e vinculadas, por sua vez, ao respeito de certas garantias fundamentais de liberdade e de imunidades pessoais assim como de certos direitos dos cidadãos processualmente julgáveis; b. o princípio de publicidade dos atos, tanto legislativos como administrativos e judiciais, que impõe ao exercício de todos os poderes, sedes, formas e procedimentos visíveis, ademais de normativamente preconstituídos (o “governo do poder público em público”, para usar as palavras de Bobbio) c. a sujeição ao controle de todas as atividades estatais por meio da dupla forma de controle jurisdicional de legitimidade, exercido por juízes independentes, e de controle político, exercido pelo Parlamento sobre os aparatos executivos e administrativos e pelos eleitores sobre o Parlamento²³⁴.

Canotilho enumera-os de forma convergente.

²³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 96 e 97.

²³⁴ “a. el principio de *legalidad* de toda actividad del Estado, es decir, de su subordinación a leyes generales y abstractas emanadas de órganos político-representativos y vinculadas, a su vez, al respeto de ciertas garantías fundamentales de libertad y de inmunidad personales así como de ciertos derechos de los ciudadanos procesalmente justiciables; b. el principio de *publicidad* de los actos, tanto legislativos como administrativos y judiciales, que impone al ejercicio de todos los poderes, sedes, formas y procedimientos visibles, además de normativamente preconstituídos por leyes (el “gobierno del poder público en público”, por usar las palabras de Norberto Bobbio) c. la sujeción a *control* de todas las actividades estatales bajo la doble forma de control jurisdiccional de legitimidad, ejercido por jueces independientes, y de control político, ejercido por el Parlamento sobre los aparatos ejecutivos y administrativos y por los electores sobre el Parlamento.” (FERRAJOLI, *Luigi*. El garantismo y la filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externa do de Colombia, 2000, p. 66 e 67).

1) princípio da constitucionalidade e correlativo princípio da supremacia da constituição; 2) divisão dos poderes, entendida como princípio impositivo da vinculação dos actos estaduais a uma competência, constitucionalmente definida e da ordenação relativamente separada em funções; 3) princípio da legalidade da administração; 4) independência dos tribunais (institucional, funcional e pessoal) e vinculação do juiz à lei; 5) garantia da protecção jurídica e abertura da via judiciária para assegurar ao cidadão o acesso ao direito e aos tribunais²³⁵.

Em resumo, cuida-se de um modelo que congrega, a um só tempo, a organização estatal segundo o princípio da divisão de poderes, a subordinação destes ao controle da lei e o seu exercício vinculado ao conjunto de direitos constitucionalmente determinados.

Revela-se, desse modo, indissolúvel o seu liame com as garantias constitucionais. Se, do lado dos cidadãos, a atuação conforme ao direito é assegurada pelo poder coercitivo do Estado, para os poderes estatais, também à ordem jurídica submetidos, tal observância será assegurada justamente pela existência dos instrumentos de garantia. Disse-o, bem, Canotilho:

Do princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito. Como a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do procedimento e do processo, a Constituição contém alguns princípios e normas designados por garantias gerais de procedimento e de processo²³⁶.

Igualmente, Barbosa Moreira:

Sob o título de garantias constitucionales comprehende a sciencia, por outro lado, com a mesma justeza de linguagem, a organização dos poderes públicos. Graças á combinação que os divide, que os harmoniza, que os contrapesa, uns aos outros se limitam, se moderam, se cohibem, no seio da ordem jurídica, tranqüillizando, mediante esta ação recíproca os cidadãos contra os arbitrios, os excessos, os crimes de autoridade. (...) Garantias constitucionales vêm a ser, por conseguinte, acima de tudo, as providencias que, na Constituição, se destinam a

²³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 255. Texto no original.

²³⁶ *Ibid.*, p. 274. Texto no original.

manter os poderes no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalanço e simultâneo das suas prerrogativas. Dizemos então garantias constitucionais no mesmo sentido, em que os ingleses falam dos freios e contrapesos da Constituição²³⁷.

O vínculo se reforça, nitidamente, quando, de um modelo de Estado submetido ao direito, passa-se àquele em que ao direito posto se acrescenta a obrigatoriedade de se estruturá-lo, necessariamente, de forma democrática. Isto é, a autoridade do poder estatal sobre os homens em sociedade passa a ser legitimada pela plena atribuição, a estes mesmos homens, do poder de estabelecer as normas que significarão a redução da própria liberdade.

De fato, conquanto o Estado de Direito tenha se instaurado como uma imperativa constituição limitadora do poder político pelo direito, faltava a ele uma capacidade ainda mais refinada, a de responder à legitimação deste poder.

O Estado constitucional é 'mais' do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para 'travar' o poder (to check the Power); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (to legitimize State Power). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: 1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; 2) outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. O Estado 'impolítico' do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da soberania popular segundo o qual 'todo o poder vem do povo' assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular²³⁸.

A democracia inaugurada pelo Estado Democrático de Direito centra-se na proposição de que todo poder emana do povo – que, dotado de supremacia, vincula os poderes e atos dele provenientes –, e é exercido em seu proveito, diretamente ou por seus representantes eleitos. Cuida-se de uma constituição

²³⁷ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva e Cia, 1934, vol. VI, p. 279. Texto do original.

²³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 100. Texto no original.

eminentemente participativa e pluralista, seja por depender da presença do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo, por pressupor o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes, ou ainda pela possibilidade de convivência de formas de organização e interesses distintos em sociedade²³⁹.

Não significa, portanto, uma mera união formal dos conceitos de Estado Democrático e de Estado de Direito, mas a criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, e os supera²⁴⁰, tendo por eixo a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos²⁴¹.

Sua plenitude depende, intimamente, da realização do princípio da constitucionalidade, que exprime a legitimidade de uma Constituição proveniente, ao mesmo tempo: 1) da vontade popular; 2) do princípio democrático, que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa, participativa e pluralista; 3) de um sistema de direitos fundamentais individuais, políticos e sociais e da vigência de condições suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício; e 4) dos princípios da justiça social, da igualdade, da divisão de poderes, da independência do juiz, da legalidade e da segurança jurídica²⁴².

De um lado, figura o diploma constitucional como a primeira e última limitação da instituição autoritária do Estado – solucionando, deste modo, o problema da correlação entre autoridade e liberdade²⁴³ –, e, de outro, como o seu mais eloquente propulsor de atuações positivas, oferecendo aos cidadãos as

²³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 120.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 119.

²⁴¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 128.

²⁴² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 122.

²⁴³ GALEOTTI, Serio. *La garanzia costituzionale – presupposti e concetto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950, p. 81 e 82.

possibilidades de desenvolvimento integral, plena participação crítica e igualdade econômica, política e social.

A soberania popular, justificada pelo desejo de cada indivíduo preservar a sua instância de liberdade e dignidade na sociedade, torna-se, desse modo, o substrato elementar do poder constituinte. Só um povo soberano, no que se refere à escolha das normas que vão governá-lo, será capaz de garantir, sem sobressaltos, aquilo que lhe é mais caro. Logo, em última análise, reside na necessidade de preservação da própria dignidade humana o interesse primeiro a justificar toda a sistemática garantista constitucional em um Estado Democrático de Direito. Não está equivocado Galleotti:

(...) deverá necessariamente originar o interesse de que este sistema de limites posto ao exercício da autoridade permaneça inviolado e as normas em que estes se traduzem e se desenvolvem sejam observadas; um interesse assim moverá agora a vontade constituinte à pesquisa de uma garantia da Constituição, que seja juridicamente construída, isto é predeterminada na sua estrutura e nos seus efeitos.²⁴⁴

A garantia constitucional apresenta-se, portanto, como mecanismo fundamental que assegura, justamente, o interesse de preservação de um complexo normativo imprescindível aos homens reunidos em sociedade, por resguardar, pela via reflexa, a sua própria autonomia primordial. Sem elas, reforça Bonavides, certamente, “os direitos contidos em declarações formais cairiam no vazio das esferas abstratas, ou perderiam o fio institucional de contato com a realidade concreta, aquela que deverá propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas”²⁴⁵.

²⁴⁴ “(...) dovrà necessariamente scaturire l’interesse che quel sistema di limiti posti all’esercizio dell’autorità duri inviolato e le norme in cui quelli si traducono e si sviluppano siano osservate; un interesse siffatto muoverà allora la volontà costituente alla ricerca di una garanzia della Costituzione, che sia giuridicamente costruita, cioè predeterminata nella sua struttura e nei suoi effetti” (GALEOTTI, Serio. *La garanzia costituzionale – presupposti e concetto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950, p. 82. Tradução livre).

²⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 532.

No caso do direito processual, a situação não é distinta. O jurisdicionado, ao entregar a um terceiro a solução definitiva e inafastável dos seus conflitos, reduz, autonomamente, considerável margem de sua liberdade. A contrapartida, capaz de afastar a insegurança deste alheamento de poder, é precisamente o estabelecimento prévio de garantias processuais fundamentais a que se condiciona, de forma imperativa, a legitimidade desta heterocomposição.

Em termos ilustrativos, a fração de poder subjacente à noção de garantia constitucional no processo é a mesma que ampara e concretiza a soberania popular no Estado Democrático de Direito. Atinge-se, desse modo, uma estrutura completa de participação e efetividade, a qual garante a legitimação do poder estatal e a integridade do direito. Válido o ensinamento de Andolina:

A Constituição traçou um verdadeiro modelo de processo jurisdicional, elevando o nível de garantias constitucionais em alguns pontos essenciais, como, por exemplo: a independência do Juiz; a estrutura participativa do *iter* de formação do produto judicial (centrada, portanto, no direito de defesa e de ação, no contraditório, na 'paridade de armas' etc.); a transparência e a legalidade do próprio produto judicial (o qual se realiza, sobretudo, seja pela obrigatoriedade de motivação dos provimentos jurisdicionais, seja através do controle de constitucionalidade da Suprema Corte de Cassação, sobre as decisões com conteúdo decisório e não recorríveis de outra forma); a efetividade da tutela jurisdicional²⁴⁶.

A garantia constitucional processual funciona, assim, como um suporte da efetividade dos direitos processuais fundamentais, com a segurança de que toda violação de direito será apreciada de acordo com um processo comprometido com os valores éticos prestigiados pela Constituição. Como estatui Ferrajoli,

As garantias não são outra coisa senão as técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade e, portanto, para possibilitar a

²⁴⁶ ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 22, n.87, jul./set. 1997, p. 64 e 65.

máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com a sua estipulação constitucional²⁴⁷.

Nestes termos, os postulados que servem de fundamento à ciência processual são erguidos à categoria de garantias constitucionais sempre que tomam a forma de preceitos que, se acionados, garantem a regularidade do desenvolvimento da atividade processual, tal qual esboçada pela Constituição (é dizer, tal qual escolhida pelo povo no exercício da sua autonomia), e, por conseguinte, o cumprimento dos seus objetivos²⁴⁸.

A garantia constitucional, como mecanismo fundamental destinado a fornecer ao sujeito de direito a proteção de legítimo interesse posto em perigo, não é nada menos do que o maior instrumento de efetividade do ordenamento jurídico, em exercício pleno da democracia substancial ínsita ao Estado Democrático de Direito.

9 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DE EFETIVIDADE DO PROCESSO

Processo e liberdade, processo e democracia, processo e segurança dos governados contra o arbítrio dos governantes são razões diretamente proporcionais, e a excelência de um determina e denuncia a excelência da outra²⁴⁹.

²⁴⁷ “Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 25. Tradução livre).

²⁴⁸ SÁ, Djanira Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 52.

²⁴⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, vol. 25, ano IX, jul. 1982, p. 131.

9.1 A Garantia do duplo grau de jurisdição

A análise empreendida se depara, finalmente, com um ponto culminante de verificação, que corresponde ao fato de que as noções de garantia constitucional e de duplo grau de jurisdição se aproximam e se reforçam, mutuamente, na própria conformação do Estado contemporâneo.

De fato, subordinado ao império das leis, as quais pautam, com critério de necessidade, toda a sua atividade, o Estado Democrático de Direito acolhe o controle de seus atos com a naturalidade de quem, submetendo-se à norma, está necessariamente sujeito também aos instrumentos de sua assecuração. Estes postulados – a legalidade e o controle – perpassam, obviamente, todas as três esferas de exercício do Poder e têm, como titular primeira, a própria sociedade, justificadora soberana de todo o aparato estatal.

A existência do duplo grau de jurisdição, como já se mostrou, está atrelada, justamente, à concretização do controle de uma das atividades de poder, aquela cuja legitimação não se beneficia da escolha representativa dos seus responsáveis e da sua alternância no poder na forma de mandatos, como ocorre com as demais funções do Estado.

Desprovida dessa legitimação prévia ao exercício de suas funções, à atividade do magistrado restará, apenas, ser avaliada no exato momento da manifestação de seu poder, sendo a sujeição deste a questionamento uma consequência lógica do seu dever de atuar em observância às leis que regem toda a sociedade.

O recurso apresenta-se, portanto, como mecanismo criado para que os cidadãos, como partes ou terceiros interessados no processo, atuem como braços da sociedade, a ordenar que o exercício do poder de decisão definitiva dos conflitos sociais esteja atrelado, plenamente e a todo momento, aos parâmetros postos normativamente.

Um sistema de jurisdição única tornaria definitiva e imutável toda e qualquer decisão proferida pelo magistrado que apreciasse uma lide. Sem possibilidade de impugnação e de reforma, a correção da atuação jurisdicional e a observância do ordenamento jurídico estariam ao arbítrio exclusivo dos próprios detentores do poder de julgar, em abertura manifesta aos riscos do autoritarismo.

O controle da atividade jurisdicional ensejado pelo recurso é, pois, garantia de legitimidade e de integridade do ordenamento.

Mostra-se insustentável, desse modo, a ideia de que o duplo grau de jurisdição oculte, na verdade, um indesejável cerceador da independência funcional do magistrado. Primeiramente, por ser realizado apenas pelos sujeitos sobre os quais incidem as decisões proferidas, e que, por sua vez, estão cingidos a impugná-las somente no que concerne aos seus vícios formais e materiais. Em segundo lugar, porque, com truísmo, não é porque o juiz, como todo o Poder Público, está cingido à lei que não poderá – ou não deverá – facultar-se, justamente ao titular desta, a verificação do cumprimento de tal dever.

De tal maneira, da afirmativa de que a “revisibilidade” da decisão por outro órgão assume um efeito positivo na atuação do juiz, não decorre a assunção dos pressupostos da má-fé ou da relação necessária entre coercibilidade e qualidade do trabalho do magistrado. O que se pressupõe, no esteio de toda a construção histórica do constitucionalismo e da ciência política, é apenas que a garantia do exercício democrático do poder não prescinde de um adequado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), no espeque, sempre atual, de Montesquieu, de que só o poder freia o poder²⁵⁰.

O controle exercido pelas corregedorias, vale dizer, posto que também voltado ao cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, não é imbuído de poder

²⁵⁰ MONTESQUIEU, Charles Louis Secondat. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, p. 35.

jurisdicional²⁵¹. Trata-se de um controle exercido de forma alheia ao contraditório desenvolvido em cada processo judicial e, desse modo, sem aptidão para a identificação tempestiva de decisões incorretas, ilegais, ilegítimas, distanciadas dos fatos, ou o que mais se possa prever do exercício de qualquer atividade decisória humana. Revela-se, desse modo, carente de eficácia plena e, por conseguinte, não supre a necessidade de legitimação do poder.

Nesse sentido, faz-se pertinente a análise de Andolina, que ressalta a necessidade de que o desenvolvimento e a complexificação do Estado e da sociedade sejam plenamente acompanhados de uma “correlata dilatação do sistema de controles, e, portanto, do ‘poder das garantias’”. A cada poder, elucida o estudioso, corresponde, necessariamente, um interesse, pelo que deve estar aquele, de forma inerente, em função da realização deste. Assim, a relevante tutela dos interesses concretiza-se por meio da “previsão e regulamentação do poder (institucional e funcionalmente pré-ordenado à realização do interesse ou dos interesses a ele confiados)” e da “previsão e regulamentação dos controles sobre o poder”, sendo o seu melhor desempenho obtido pelo controle de caráter interno “na medida em que se dirige à realização da correta e exata persecução do interesse (daquele interesse), cujo poder é funcionalmente correlato”²⁵².

A posição das partes, construtoras do provimento e interessadas imediatas na sua completa correção, apresenta-se, nesse enleio, extremamente privilegiada. São elas mais capazes de observar se a prestação jurisdicional, atendendo aos ditames constitucionais atrelados ao exercício deste Poder, garantiu, com efetividade, a realização do direito. O recurso, como parte integrante do devido processo legal, é alçado a instrumento capaz de, pelo controle interno da

²⁵¹ Assim já decidiu, por diversas vezes, o Conselho Nacional de Justiça: “Conselho Nacional de Justiça. Ausência de competência jurisdicional originária ou revisora. Impossibilidade de controle do mérito da atividade jurisdicional dos magistrados.” (CNPJ – PP 16 – Rel. Cons. Alexandre de Moraes – 5a Sessão – j. 13.09.2005 – DJU 19.11.2005).

²⁵² ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 22, n. 87, jul./set. 1997, p. 63.

atividade decisória, garantir que o processo se realize com o respeito a todas as suas balizas. Consoante lição de Calmon de Passos:

Eliminar qualquer tipo de controle da decisão é, inquestionavelmente, violar a garantia do devido processo legal. É da essência do Estado de Direito existirem controles para os atos dos órgãos detentores de poder, colocando-se os da administração pública sob o crivo da fiscalização do Legislativo, do Judiciário e da opinião pública, mediante o processo eleitoral, num sistema de representatividade e participação; também submetido a controles políticos e jurisdicionais está o Poder Legislativo; o Judiciário, entretanto, apresenta-se quase imune a controles políticos que resultem do processo eleitoral e revelam-se bem frágeis os que sobre ele são efetiváveis pelo Legislativo e pelo Executivo. Destarte, a existência, no mínimo, de controles internos ao próprio Judiciário se mostra como indeclinável, sob pena de se desnaturar uma característica básica do Estado de direito, privilegiando-se, no seu bojo, agentes públicos que parem acima de qualquer espécie de fiscalização ou disciplina quanto a atos concretos de exercício de poder por eles praticados²⁵³.

Desse modo, carece igualmente de força a negação da atualidade do direito ao recurso fundada na sua origem autoritária. Se assim fosse, não só o recurso mereceria descrédito, mas também, dentre outros, a própria decisão de primeira instância, cuja autoridade “nasceu da crença na divindade ou no poder do julgador, cuja figura na antiguidade confundia-se com a dos sacerdotes e soberanos”²⁵⁴. O recurso, no Estado Democrático de Direito, representa, justamente e em sentido oposto, uma garantia de liberdade contra as contingências do próprio autoritarismo. Garantia essa que, aliás, perpassa todo o sistema processual contemporâneo, como se pode ver na observação de Gonçalves.

O juiz, perante os interesses em jogo, é terceiro, e deve ter essa posição para poder comparecer como sujeito de atos de um determinado processo e como autor do provimento. Essa é uma garantia das partes, que se expressa tanto pelo princípio

²⁵³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O devido processo e o duplo grau de jurisdição. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, vol. 25, ano IX, jul. 1982, p. 142.

²⁵⁴ FERNANDES, José Henrique Lara. O devido processo legal e a fundamentação das decisões judiciais na Constituição de 1988. In: GRECO, Leonardo e MIRANDA NETTO, Fernando Gama (Org.). *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 60.

do juízo natural, e não pós-constituído, tanto pelas normas que controlam a competência do juiz. Investido dos deveres da jurisdição, o juiz não entra no jogo do dizer-e-contra-dizer, não se faz contraditor. Seus atos passam pelo controle das partes, na medida em que a lei lhes possibilita insurgir-se contra eles. Sublinhe-se, nesse ponto, o profundo sentido do duplo grau de jurisdição como garantia de direitos processuais. O controle das partes sobre os atos do juiz é de suma importância e, nesse aspecto, a publicidade e a comunicação, a cientificação do ato processual às partes (que é, também, garantia processual) é de extrema relevância²⁵⁵.

Recorda-se, aliás, que não se verificou, na análise do conteúdo e do suporte teleológico do instituto, a exigência de o duplo grau estar vinculado a qualquer escalonamento hierárquico entre juízes de primeira e segunda instância, concluído que tal formação, embora de uso generalizado, não se mostra indispensável ou inerente ao instituto. Diante da decisão prolatada, após o transcorrer completo do processo, o que se exige é a possibilidade de impugnação, de debate, em síntese, de questionamento da motivação acusada pelo órgão detentor do poder para daquela forma dizer e realizar o direito. É o que ensina Andolina:

O reconhecimento a cada um (que se faça portador) de uma legitimidade autônoma para ativar o controle concretiza o instrumento técnico, graças ao qual o ordenamento realiza um sistema mais difuso de garantias: em particular, um controle mais capilar e pungente (ainda que sempre) interno sobre o correto exercício do poder, dirigido a garantir a legitimidade do *agere* e a coerência (do exercício) do poder em direção ao interesse perseguido²⁵⁶.

Assim que, acrescentando às exigências de controle e de legalidade e, na verdade, viabilizando-as, está também a ordem de participação dos cidadãos na estruturação do poder, o que torna ainda mais concreta a aptidão do duplo grau de jurisdição para a realização das promessas do direito contemporâneo.

De fato, a participação na formação do ordenamento jurídico, requisito indispensável do Estado Democrático de Direito, não se esgota na

²⁵⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 121 e 122.

²⁵⁶ ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 22, n. 87, jul./set. 1997, p. 64.

representação para a sua produção em abstrato, pela via legislativa. Superada a ficção clássica da atividade jurisdicional como mera subsunção dos fatos à norma, como anotado, tem-se, hoje, por inconcusso o caráter eminentemente criativo da jurisdição.

A sequência do raciocínio torna-se, portanto, cristalina. Se a norma jurídica, aplicada ao fato para solução dos conflitos, é produto de uma construção que se faz no processo, a participação das partes consubstancia o exercício direto da democracia.

A participação no processo decisório, em todos os seus pressupostos e fases, revela-se um elemento constitutivo da dimensão democrática do Estado de Direito, uma garantia para o cidadão e um espaço real de liberdade e efetiva autodeterminação, indispensáveis para que haja real cidadania²⁵⁷. A plenitude da estruturação democrática estatal depende, pois, dessa abertura à coprodução do direito concreto pela via jurisdicional, participação essa que encontra seu auge na conformação do processo como procedimento em contraditório.

Como visto, não podendo mais ser concebida como mero direito de afirmar um direito material em juízo, a ação traz consigo o direito à participação adequada no processo, isto é, aquele que permite às partes influírem, substancialmente, sobre o convencimento do juiz. E nesta exigência reside o duplo grau de jurisdição, conforme admite Marinoni.

Nesse sentido importa, em uma expressão, o direito de participar adequadamente do processo, que deflui do direito ao contraditório, outorgado tanto ao autor quanto ao réu – o direito de o autor participar alegando, requerendo prova, participando da sua produção, falando sobre o seu resultado, e até mesmo recorrendo ou respondendo a eventual recurso interposto pelo réu²⁵⁸.

²⁵⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, justiça, processo e poder: Julgando os que nos Julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 71 e 72.

²⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol.1, p. 220.

O exercício da jurisdição, nesta configuração, está vinculado à construção necessariamente dialógica do pronunciamento jurisdicional pelas partes que se submeterão aos seus impactos. E se não é possível tratar com seriedade esta participação sem que os argumentos expendidos por elas sejam efetivamente ponderados no provimento alcançado, indispensável se faz que o ato decisório possa ser, por estas mesmas partes, diretamente questionado – como única maneira de se garantir a inequívoca observância do contraditório.

Vale a simplificação: partindo do pressuposto de que todo o direito deve ser produto da participação direta ou representativa do seu titular – o povo –, e de que, no processo, tal abertura se instrumentaliza pela atuação em contraditório das partes, a verificação da democracia substancial no exercício da jurisdição só se dá pela efetiva permeabilidade da decisão judicial à colaboração das partes. Sem esta colaboração, a decisão será mera formalidade, deslegitimada e sem efeito real.

Daí a implicação direta, ainda, do imperativo da motivação das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito, que, consolidando o seu tripé legalidade-controle-participação, revela mais um sinal inequívoco da centralidade do duplo grau de jurisdição nestes sistemas.

A motivação das decisões judiciais constitui dever central no exercício da atividade judicante, e sua importância está atrelada desde à necessidade de comunicação judicial até à submissão do órgão julgador ao Estado de Direito e às garantias constitucionais. Ela relaciona-se, conseqüentemente, com exigências de imparcialidade do juiz, de publicidade das decisões judiciais, de legalidade da decisão e, mesmo, com a independência jurídica do magistrado, que pode decidir de acordo com sua livre convicção, desde que motive as razões do seu convencimento (princípio do livre convencimento motivado)²⁵⁹.

Como desenvolveu Taruffo, em primeiro lugar, a garantia de motivação é indispensável por assegurar o real respeito ao princípio da legalidade das

²⁵⁹ NERY, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 217 e 218.

decisões judiciais. De fato, o dever do juiz de respeitar e aplicar corretamente o ordenamento seria uma vazia petição de princípio se abandonado à sua consciência individual e intangível. Em outras palavras, o dever de motivação se reduziria a um preceito moral de incerta realidade – e validade – prática se o ordenamento jurídico não assegurasse a possibilidade de uma verificação externa, em todos os casos concretos, de todas as razões por meio das quais o juiz individualizou a norma aplicável ao tipo, acertou os fatos, interpretou a norma, e, dela, trouxe as consequências afirmadas na decisão prolatada²⁶⁰.

Ao contrário, o dever de fundamentar a decisão constringe o juiz a se ater estritamente ao princípio da legalidade, já que ele terá o dever de demonstrar, por meio da explicitação de seus argumentos, que a sua decisão realiza tal princípio. “É evidente” – conclui Taruffo – “que uma legalidade não controlável equivale a uma ilegalidade”²⁶¹.

Assim, ao fundamentar a sua decisão, está o Poder Judiciário, na verdade, explicitando que o exercício do poder jurisdicional se deu estritamente de acordo com o ordenamento que o ampara e, dessa forma, figura a motivação como pressuposto lógico de todo o controle democrático já afirmado.

Desprezada a possibilidade de iluminação ou legitimação transcendental do julgador, a boa – ou justa – decisão será, pois, aquela necessariamente construída no (e pelo) processo e, em referência ao qual, suficientemente arazoada. Já o havia constatado Bentham: “decisões boas são aquelas decisões para as quais boas razões podem ser dadas”²⁶².

²⁶⁰ TARUFFO, Michele. *Note sulla garanzia costituzionale della motivazione*. Boletim da Faculdade de Direito, vol. LV, Universidade de Coimbra, 1979, p. 34.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 35.

²⁶² “In legislation, in judicature, in every line of human action in which the agent is or ought to be accountable to the public or any part of it, — giving reasons is, in relation to rectitude of conduct, a test, a standard, a security, a source of interpretation. Good laws are such laws for which good reasons can be given: good decisions are such decisions for which good reasons can be given.” (BENTHAM, Jeremy. *Rationale of Judicial Evidence*. London: Hunt and Clarke, 1827, vol. I, p. 530. Tradução livre).

Com esta afirmação, Taruffo crê que Bentham compreendeu o núcleo da função garantística e política da motivação da sentença como instrumento de controle público do exercício do Poder Judiciário. Não só ao juiz, que decide, compete de modo exclusivo e insindicável a escolha da decisão justa; pelo contrário, ele deve demonstrar, objetivamente, a justiça da decisão, e, no momento em que se desenvolve esta demonstração, submete si mesmo e a própria decisão ao controle sobre o seu fundamento²⁶³.

E sendo pública a motivação da sentença, conclui o italiano, “une-se diretamente a um dos princípios fundamentais da administração da justiça no Estado moderno, ou seja, a garantia de controle democrático difundido pelo/no povo sobre o exercício do poder jurisdicional”²⁶⁴. Como se registrou:

As razões do ato decisório não pertencem à autoridade judiciária que o pratica, mas, em primeiro plano, às partes que têm o direito à prestação jurisdicional constitucionalmente assegurado (sob o ponto de vista interno), e, sequencialmente, à toda sociedade que dá suporte ao sistema através do respeito às decisões judiciais (sob o ponto de vista externo). E esta prestação estatal deve ser tão ampla quanto o direito de defesa assegurado às partes, envolvendo todas as ponderações legitimamente carreadas ao processo. Sem isso, torna-se inócua a garantia processual da ampla defesa, e não se pode cogitar de um processo justo²⁶⁵.

A sentença é o único momento em que a parte é colocada diante do entendimento formado sobre o pleito que direcionou ao Poder Judiciário. A motivação que a ela subjaz configura, por conseguinte, a única via idônea a demonstrar que a decisão proferida se ampara, efetivamente, no processo e na participação das partes que o movem e conformam.

²⁶³ TARUFFO, Michele. *Note sulla garanzia costituzionale della motivazione*. Boletim da Faculdade de Direito, vol. LV, Universidade de Coimbra, 1979, p. 29.

²⁶⁴ “si giunge direttamente ad uno dei principi fondamentali dell’amministrazione della giustizia nello Stato moderno, ossia la garanzia del controllo democratico diffuso da parte del popolo sull’esercizio del poterre giurisdizionale”. (TARUFFO, Michele. *Note sulla garanzia costituzionale della motivazione*. Boletim da Faculdade de Direito, vol. LV, Universidade de Coimbra, 1979, p. 29 e 30. Tradução livre).

²⁶⁵ FERNANDES, José Henrique Lara. O devido processo legal e a fundamentação das decisões judiciais na Constituição de 1988. In: GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama (Org.). *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 63.

Nas palavras de Taruffo:

Enfim, uma última função instrumental de importância essencial é desempenhada pela garantia de motivação em conexão com o princípio fundamental do direito de defesa das partes (...). A motivação da sentença, de fato, permite controlar se o juiz assegurou o respeito dos direitos de defesa. O problema não se refere, contudo, somente à possibilidade de verificar que as partes tenham podido desenvolver todas as atividades processuais nas quais se funda a defesa, mas também, e sobretudo, de verificar a eficácia das defesas das partes sobre o convencimento do juiz²⁶⁶.

No que acrescenta: “só assim é possível controlar se a decisão é também fruto do contraditório desenvolvido no processo, ou se é apenas resultado de uma escolha individual do juiz, com todos os riscos de arbitrariedades que isto comporta”²⁶⁷.

Partindo desses pressupostos, torna-se irrecusável que, para que o próprio dever de fundamentação se justifique, bem como a legitimidade *ad hoc* da função jurisdicional (sendo certo que o que legitima o provimento jurisdicional é o contraditório plenamente exercido²⁶⁸), é condição *sine qua non* que a decisão proferida, após a construção desenrolada nas fases do processo, seja passível de confronto. O dever constitucional de motivação das decisões judiciais seria vazio se, a partir da constatação do que subsiste por detrás da decisão

²⁶⁶ “Infine, un’ulteriore funzione strumentale di importanza essenziale viene svolta dalla garanzia della motivazione in connessione con il principio fondamentale del diritto di difesa delle parti (...). La motivazione della sentenza, infatti, consente di controllare se il giudice ha assicurato il rispetto dei diritti della difesa. Il problema non riguarda, tuttavia, solo la possibilità di verificare che le parti abbiano potuto svolgere tutto le attività processuali in cui si esplica la difesa, ma anche e soprattutto di verificare l’efficacia delle difese delle parti sul convincimento del giudice.” (TARUFFO, Michele. *Note sulla garanzia costituzionale della motivazione*. Boletim da Faculdade de Direito, vol. LV, Universidade de Coimbra, 1979, p. 36. Tradução livre).

²⁶⁷ “In sostanza, solo attraverso la motivazione della sentenza è possibile verificare se il giudice ha tenuto adeguatamente conte delle difese della parti o se le ha trascurate: nel primo caso risulta che la garanzia della difesa ha avuto concreta attuazione, mentre nel secondo caso risulta che essa si è ridotta ad una mera copertura formale dell’arbitrio del giudice.” (TARUFFO, Michele. *Ibid.*, loc.cit.. Tradução livre).

²⁶⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Democracia, Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 95 e GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 168.

tomada, nada pudesse ser feito - seria o mesmo que estatuir o direito de dizer, mas não o de ser ouvido.

Desse modo, o dever de motivação da decisão judicial, imperativo constitucional, só se torna efetivo com a garantia do duplo grau de jurisdição, que, por submeter o fundamento explicitado ao controle, substancializa-o, tornando, aí sim, possível questionar a justiça da decisão e garantir, na linha exposta por Bentham, que seja “boa”.

Seguindo esse raciocínio, o duplo grau de jurisdição é o instrumento capaz de dar efetividade, ainda, ao dever jurisdicional de imparcialidade. Como adverte Calmon de Passos, a imparcialidade pode ser representada tanto pela imparcialidade presumida pelo legislador, que enseja o dever do magistrado de se escusar de decidir e o direito da parte de excluí-lo da relação processual, quanto pela que se evidencia apenas com o julgamento, com o comportamento do juiz em face do caso concreto²⁶⁹. Consideração análoga faz Taruffo, que argumenta:

A independência e a imparcialidade [do juiz] não podem ser afirmadas somente ao nível dos princípios gerais e abstratos, sob pena de se provocar o seu completo esvaziamento. O juiz é independente e imparcial somente se demonstra sê-lo na singular decisão que pronuncia, motivando-a de modo que esta se funde sobre um accertamento objetivo dos fatos da causa e sobre uma interpretação válida e imparcial da norma de direito²⁷⁰.

Tal imparcialidade “pode ir de um erro de valoração dos fatos ao erro na aplicação do direito, chegando até aos graves limites do que constitui

²⁶⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O devido processo e o duplo grau de jurisdição. *Ajuris - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, vol. 25, ano IX, jul. 1982, pág. 139.

²⁷⁰ “L’indipendenza e l’imparzialità non possono essere solo affermate al livello di principi generali ed astratti, se non a costo di provocarne la completa vanificazione. Il giudice è indipendente e imparziale solo se dimostra di esserlo nella singola decisione che pronuncia, motivandola in modo che essa risulti fondata su un accertamento oggettivo dei fatti della causa e su un’interpretazione valida ed imparziale della norma di diritto”. (TARUFFO, Michele. *Note sulla garanzia costituzionale della motivazione*, Boletim da Faculdade de Direito, vol. LV, Universidade de Coimbra, 1979, p. 35).

ilegalidade ou abuso de poder a serviço do dissimulado arbítrio”²⁷¹ e, mais uma vez, só poderá ser combatida pela garantia de impugnação da fundamentação dada à decisão, único momento em que se evidencia.

É de se ver, pois, que o duplo grau de jurisdição encontra-se, plena e necessariamente, albergado pela garantia justificadora do Poder Judiciário, entendida como “a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*”²⁷².

De fato, sendo o recurso um simples prolongamento da ação, da sentença que imprimir incorreta aplicação do direito à causa nasce uma nova lesão ao direito, um gravame que não pode ser subtraído ao conhecimento do Judiciário, sob pena de violar frontalmente o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. É também o que entendem Calmon de Passos²⁷³ e Sarlet²⁷⁴.

E assim, afinal, o duplo grau apresenta-se como garante do efetivo acesso à justiça, por estar indissociavelmente vinculado ao completo atendimento da moldura valorativa do Estado Democrático de Direito, plasmada no modelo constitucional de cada ordenamento jurídico.

Tanto a efetividade do acesso à justiça, como se viu, como o duplo grau de jurisdição, associam-se diretamente ao efetivo controle do poder exercido e à substancial participação das partes, porque interessados, igualmente, na legitimidade da decisão proferida, no genuíno atendimento das demandas

²⁷¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O devido processo e o duplo grau de jurisdição. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, vol. 25, ano IX, jul. 1982, pág. 139.

²⁷² NERY, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 70.

²⁷³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, vol. 25, ano IX, jul. 1982, p. 141.

²⁷⁴ 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 da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 66, ano XXIII, mar. 1996, p. 118.

colocadas pelos jurisdicionados e nos efeitos concretos que advirão da atuação jurisdicional.

Ou seja, sob o duplo aspecto do controle e da participação garantidas, não é suficiente uma sentença obtida prontamente, a qual, não obstante o contraditório exercido durante o desenrolar do processo, não possa ser verificada, nem quanto ao real acolhimento da participação das partes, nem quanto a eventuais falhas na análise desenvolvida.

Neste sentido, deve ser vista com cautela a afirmação frequente de que o duplo grau é contrário à efetividade processual por estender em demasia o processo, prejudicando o autor que tem razão. Isso porque, como se pôde concluir no Capítulo 2, os próprios enfoques da efetividade e da celeridade são, manifestamente, distintos.

Efetividade é entendida aqui como o grau em que se atingiu o resultado esperado (OSBORNE & GAEBLER, 1994, p. 381). Portanto, a efetividade não é um conceito econômico — como a eficiência pura — mas de avaliação qualitativa dos serviços públicos. Recupera-se, com o conceito de efetividade, a noção de que o governo deve, acima de tudo, prestar bom serviços²⁷⁵.

Nestes termos, vale lembrar que também a garantia do contraditório traz consigo um inevitável efeito de protelação do feito – e, no entanto, ora alguma se considera que ela seria um óbice ao processo, mas, sim, o que o constitui. É por permitir o controle e a construção democrática do produto do exercício do poder jurisdicional que, ao duplo grau, pode ser relacionada, como consequência logicamente admissível, uma maior probabilidade de obtenção de decisões mais apuradas.

Não se sustenta, deste modo, o silogismo proposto de que se os órgãos reexaminadores são presumivelmente mais capazes de decidir corretamente, bastaria, simplesmente, que julgassem a ação de forma direta.

²⁷⁵ ABRUCIO, Fernando Luiz. *O impacto do modelo gerencial na administração pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente*. Brasília: Cadernos ENAP, n. 10, 1997, p. 18.

É a garantia de um duplo exame, não de um exame desincumbido por este ou aquele órgão, que, ao garantir o controle da atividade jurisdicional, a participação na constituição da norma e o acesso à justiça, realiza, precisa e integralmente, a sua razão de ser. Como consequência, é possível assumir que a efetivação de tais fundamentos termina por possibilitar maior certeza, maior realização da segurança jurídica, na atividade decisória. Nas palavras de Barbosa Moreira

É dado da experiência comum que uma segunda reflexão acerca de qualquer problema frequentemente conduz a mais exata conclusão, já pela luz que projeta sobre ângulos até então ignorados, já pela oportunidade que abre para a reavaliação de argumentos a que no primeiro momento talvez não se tenha atribuído o justo peso²⁷⁶.

A relação existente entre o controle da atividade do juiz, realizado por meio do recurso, e o aperfeiçoamento das decisões proferidas, inclusive por chamar a atenção do julgador para o rumo da jurisprudência do órgão reformador, apresenta-se, de fato, como hipótese razoável, que tem por decorrência a indução de decisões mais isonômicas e coesas em face de cidadãos distintos, porém sujeitos a situações fáticas idênticas.

Se mais fosse preciso, é de se reconhecer que a própria ampliação da área de atuação da jurisdição proporcionada pelos tribunais – e a possibilidade de ali se suscitar incidentes de uniformização de jurisprudência – funciona como um relevante contrapeso à fragmentação decisória provocada pela disseminação dos juízes por todo o território nacional, decidindo casos isoladamente e sem qualquer intercâmbio com outros magistrados. Nestes termos, assente Pizzoruzo

na realidade um sistema jurisdicional articulado em mais graus, globalmente considerado, oferece maiores garantias de certeza em relação àquele em que opera um só juiz, cujas decisões são inapeláveis, porque o primeiro assegura maior uniformidade de direções jurisprudenciais e maior

²⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 237.

conformidade à letra da lei, enquanto o juiz submetido a menores controles é mais sujeito a seguir ideais de justiça adotando interpretações pessoais também em contraste com a lei ou com as máximas consolidadas²⁷⁷.

A presença de um mecanismo de centralização de decisões combate o aprofundamento desta fragilidade do sistema jurisdicional, traduzida na “possibilidade de soluções divergentes para a mesma situação concreta, ensejando o descrédito de todo o Poder Judiciário”²⁷⁸. Descrédito este que parece ter maior gravidade do que a insegurança, sempre citada pelos contraditores do recurso, causada pela possibilidade de decisões divergentes no mesmo processo, em razão da existência de um órgão reexaminador. Esta incerteza, endereçada unicamente à parte que, vitoriosa na primeira instância, viu a sentença ser reformada a favor do recorrente traduz mera frustração pessoal, indiferente ao direito, na medida em que decorre de um sistema coerente e objetivo, que dá a qualquer parte o direito ao reexame da decisão prolatada em seu desfavor.

Situação distinta é a insegurança causada à parte que tem seu pedido julgado improcedente por um juiz e, no entanto, em julgamento distinto, porém deflagrada situação fática idêntica, obtém outrem a exata tutela jurisdicional também para si pretendida. Há, neste caso, uma relevante falha de isonomia do sistema jurídico, que admite como válidas, no mesmo período de tempo e para pessoas em situações idênticas, decisões jurídicas antagônicas. Esta é a lição de Ferraz Júnior:

²⁷⁷ “in realtà un sistema giurisdizionale articolato in più gradi, complessivamente considerato, offre maggiori garanzie di certezza rispetto a quello in cui operi un solo giudice le cui decisioni siano inappellabili, perchè il primo assicura maggiore uniformità di indirizzi giurisprudenziali e maggiore ottemperanza alla lettera della legge, laddove il giudice assoggettato a minori controlli è più portato a seguire ideali di giustizia adottando interpretazioni personali anche in contrasto con la legge o con le massime consolidate” (PIZZORUSSO, Alessandro. Sul principio del doppio grado di giurisdizione. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, vol.XXXIII, jan./mar. 1978, p. 45. Tradução livre).

²⁷⁸ ALVIM, Eduardo Arruda; MARTINS, Cristiano Zanin. Apontamentos sobre o sistema recursal vigente no direito processual civil brasileiro à luz da lei 10.352/2001. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. vol. 6, p. 135.

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 conseqüência 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 isonomia²⁷⁹.

O duplo grau de jurisdição, para além da garantia de decisões melhores, instaura a possibilidade de decisões mais isonômicas, atendendo a um significativo chamado de racionalidade do ordenamento jurídico.

Mas se a centralização das decisões em um menor número de órgãos é capaz de responder à exigência de racionalidade pelo aprofundamento da isonomia do sistema, é de se perquirir, no entanto, se o correspondente afastamento das partes desnatura, de forma inadmissível, o princípio da imediatidade, que privilegia o julgamento da causa pelo juiz que presidiu a produção das provas, com ganhos de profundidade e realidade na formação do convencimento.

O contato das partes e das testemunhas com o juiz é uma conquista civilizatória no campo da prática e da teoria processuais, que relacionam a sua importância à ampliação do conhecimento do litígio pelo magistrado, à maior viabilização da conciliação como solução menos onerosa dos conflitos e, por fim, à própria humanização do processo.

A conclusão de que, como decorrência dessas inequívocas vantagens, deveria se reconhecer a inutilização do duplo grau, já que o juiz seria mais autorizado que o órgão revisor para analisar as questões postas, é que parece ser insubsistente.

²⁷⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direitos anti-“dumping” e compensatórios: sua natureza jurídica e conseqüências de tal caracterização. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, vol. 5, n.15-16, jan. 1981, p. 51-56.

A tese que ora se sustenta não se ampara na hipótese de que “um ‘colegiado’, composto por juízes que não participaram da instrução possa estar em condições mais favoráveis para apreciar o mérito”²⁸⁰, mas, sim, de que há razões objetivas para que esse exame de mérito seja, sempre, passível de ser submetido a uma dupla apreciação.

Vaz, atentando para o imperativo de que a oralidade desejada no processo é a “moderada”, e não “pura”, apresenta as conclusões de Chiovenda, que:

invocando, uma vez mais, a sua advertência ao leitor para os ‘riscos de deturpação’ do verdadeiro conceito de oralidade – salienta ‘que o sistema de oralidade não exige, de modo nenhum, a exclusão dos elementos escritos do processo, como o nome poderia fazer crer aos inexperientes’: - pois que ‘a escrita, como meio aperfeiçoado de exprimir o pensamento e de lhe conservar duradouramente a expressão, não pode deixar de ter no processo aquela mesma função que tem em todas as relações da vida’²⁸¹.

Inicialmente, há que se notar que, mesmo em processos significativamente pautados pela oralidade, à palavra escrita remanesce uma dupla função indispensável, a saber: preparar a reconstituição dos fatos em litígio e documentar aquilo que ocorre de relevante no seu desenrolar, em particular o que ocorre na audiência. Para atingir este último fim:

‘servem’ as ‘notas escritas’ que os juízes tomam durante a audiência em que se discute a causa, quer, e mais especialmente, as ‘actas’ elaboradas pelos funcionários judiciais – nas quais ‘se reproduzem as respostas das pessoas interrogadas como partes, testemunhas ou peritos, as declarações não contidas nos escritos preparatórios, e as providências tomadas pelo juiz, diversas da sentença’²⁸².

Assim, qualquer percepção que o juiz, em contato imediato com partes, testemunhas ou peritos, venha a ter, no decorrer do processo, deve, no caso de servir como fundamento para a formação do convencimento, ser

²⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 211.

²⁸¹ VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito Processual Civil: do antigo ao novo Código. Novas Tecnologias ao serviço da Justiça*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 167.

²⁸² *Ibid.*, p. 167.

necessariamente documentada, sob pena de ocultar um autoritarismo que se funda na pressuposta capacidade de o magistrado, investido de toga, apreender a verdade e determinar o futuro dos homens, dotado de razões não compartilhadas (aí, sim, retomando as origens religiosas e metafísicas do exercício da jurisdição).

Disparatado retrocesso, portanto, mesmo em face da conquista proporcionada pela oralidade, seria a abertura de espaço para um convencimento do magistrado formado sobre sensações e intuições ocultas, as quais, além de se pautar em manifesta subjetividade, inviabilizam, desde logo, o contraditório e a ampla defesa.

Por tal razão, ao contrário do que frequentemente se argumenta, a oralidade e a imediatidade, longe de se incompatibilizarem com o recurso, com ele se harmonizam. Além da oportunidade do próprio reexame da questão, subsidiada pela participação de recorrentes e recorridos que agregam à análise os seus pontos de vista sobre eventuais vícios da decisão de primeira instância, o órgão reexaminador poderá se valer, a um só tempo, da aprofundada documentação formada no encontro imediato das partes com o juiz e de uma posição distanciada, que lhe permitirá avaliar o litígio desprovido de emoções que eventualmente pudessem desviá-lo do seu *munus*.

É o que deixa entrever Barbosa Moreira, ao ressaltar que a garantia de mais provável acerto do órgão reexaminador:

(...) resulta, principalmente, de uma circunstância especial: o controle exercido pelo juízo *ad quem* beneficia-se da presença, nos autos, de material já trabalhado, já submetido ao crivo do primeiro julgamento, e ao da crítica formulada pelas próprias partes, ao arazoarem, num sentido e noutro, o recurso²⁸³.

Também nas palavras de Pizzorusso, “quem julga sucessivamente pode levar em conta o trabalho desenvolvido por quem julgou primeiro e acrescer a esse a

²⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense 2002, p. 238.

sua própria contribuição, corrigindo assim eventuais erros e omissões”²⁸⁴, isto é, longe de desprezar, beneficia-se o duplo grau de todo o trabalho dialógico de pesquisas e discussões desenvolvido em primeira instância, de tal sorte que o convencimento, ao final, tende a se tornar, na verdade, mais esclarecido. Novamente, portanto, o reexame tem o condão de direcionar para decisões mais aprofundadas, permitindo pensar, como o faz Radamés de Sá, que a decisão do segundo juiz será qualitativamente melhor que o julgamento do primeiro²⁸⁵.

Assim, a escolha pela prevalência da segunda apreciação se justificará, não pela assunção da existência de magistrados mais experientes ou hierarquicamente superiores, mas, no específico paradigma valorativo examinado, pela racionalidade de, na necessidade de um critério, optar-se pelo segundo exame, e não pelo primeiro.

Ao cidadão, no Estado Democrático de Direito, caberá, sempre, o direito de participar do custoso, demorado e democrático processo de discussão jurídica para determinação do direito que passará a incidir, de forma imperativa, sobre a sua esfera jurídica. O duplo grau de jurisdição, por conseguinte, como instrumento da efetividade deste direito, figura, de fato, como garantia sistematicamente pressuposta em um exercício completo da democracia substancial (que se inicia com a possibilidade de acessar o Judiciário para coibir ameaça ou remediar lesão ao direito, desenvolve-se com o contraditório e a ampla defesa, e finaliza com a possibilidade de verificação e legitimação do resultado desses).

O que o duplo grau garante, ao dar suporte ao direito das partes de controlar, além de participar e subsidiar as decisões judiciais, é, portanto, a própria regularidade do desenvolvimento da atividade processual. É a proteção da

²⁸⁴ “chi giudica successivamente può tenere conto del lavoro svolto da chi ha giudicato prima e aggiungere ad esso il proprio contributo, correggendo così eventuali errori od omissioni” (PIZZORUSSO, Alessandro. Sul principio del doppio grado di giurisdizione. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, vol.XXXIII, jan./mar. 1978, p. 46. Tradução livre).

²⁸⁵ SÁ, Djanira Radamés de. *Duplo grau de jurisdição – conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 95.

legitimidade da norma concreta imposta, porquanto construída e definida, necessariamente, com o suporte dos direitos fundamentais e a conformação plena do Estado Democrático de Direito.

Com todos esses aspectos, é de se concluir que, constituindo mecanismo idôneo a preservar o controle, a legalidade, a participação, a motivação, o acesso à justiça e a isonomia, o duplo grau configura-se, de forma inequívoca, como garantia basilar à estruturação do Estado Democrático de Direito.

9.2 O acolhimento da garantia do duplo grau de jurisdição pelo ordenamento constitucional brasileiro

Para a análise do acolhimento do duplo grau de jurisdição pelo ordenamento constitucional brasileiro, deve-se, partindo da verificação de que o instituto torna efetivos os postulados essenciais ao Estado Democrático de Direito, examinar a compatibilidade dessa garantia com os demais parâmetros normativos ínsitos ao ordenamento, o qual se pressupõe, constitutivamente, unitário e sistemático.

A compreensão adotada, para essa noção de sistema, é de Bobbio:

Entendemos por 'sistema' uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si²⁸⁶.

Inicialmente, vê-se que, da investigação até aqui empreendida, já é possível afirmar o cunho expressamente garantista do direito processual brasileiro, evidenciado por sua estruturação em torno das garantias de motivação (artigo 93, inciso IX), publicidade dos atos processuais e das decisões judiciais (artigo

²⁸⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 71.

5º, inciso LX e artigo 93, inciso IX), juiz natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII), razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII), isonomia (artigo 5º, inciso I), contraditório e ampla defesa (artigo 5º, inciso LV), acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV), e todos os elementos inerentes ao devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), dentre várias garantias consectárias e complementares. Todas elas, como já demonstrado, são plenamente reforçadas pela garantia do duplo grau de jurisdição, a permitir a sua concretização e efetividade.

Avançando na análise do ordenamento, agora em suas especificidades, o que se constata de plano é que a existência dos tribunais no Brasil é tida como fator necessário e constitutivo do Poder Judiciário brasileiro. Assim, o artigo 92 da Constituição da República de 1988 estabelece serem:

(...) órgãos do Poder Judiciário: (...) III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Mais adiante, o mesmo documento torna explícita a funcionalidade destes órgãos, ao prever que compete aos Tribunais Regionais Federais: “II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição” (artigo 108). Quanto aos tribunais estaduais, a técnica utilizada é distinta, tendo sido apenas legada aos próprios Estados, desde que observados os parâmetros constitucionais, a organização de sua Justiça. Assim, estatuiu-se que “a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça” (artigo 125 e § 1º). Em outro dispositivo, expressa: as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, e se a comarca não for sede de vara do juízo federal, serão processadas e julgadas na justiça estadual, sendo “o recurso cabível” direcionado “sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau” (artigo 108 §§ 3º e 4º).

O que se nota, portanto, é que a organização judiciária constitucional evidencia tanto a necessária existência dos tribunais estaduais quanto a sua competência para julgar, em grau de recurso, as causas decididas por seus juízes. Tal conclusão se deduz, primeiramente, da própria clareza na estipulação de que o “recurso cabível”, no artigo 108 § 4º, excepcionalmente (e por ser exceção careceria dessa explicitação) deve ser direcionado a tribunal distinto. Em segundo lugar, da própria inviabilidade (em face do princípio da simetria ou do paralelismo das formas a que se submete o poder constituinte derivado e do princípio da isonomia) de algumas partes, condicionadas a exercer seu direito de ação via Justiça Estadual, serem desprovidas da garantia do recurso, enquanto outras, acessando a Justiça Federal, serem, com ela, agraciadas. Grinover registra a ponderação:

Todos aqueles que ingressam em juízo devem ter, em igualdade de condições, a possibilidade de pleitear a revisão da sentença, por um Tribunal hierarquicamente superior àquele que proferiu a decisão. Se tal possibilidade for reservada apenas a alguns, com privilégio, enquanto a outros estará vedado esse direito, não podendo recorrer ou recorrendo apenas ao próprio órgão de que emanou a sentença, estará de qualquer maneira desrespeitando o princípio constitucional da isonomia²⁸⁷.

E mais ainda: a Constituição deixa claro que os tribunais julgarão, sempre, as causas decididas pelos juízes, isto é, independentemente da previsão de recursos em face das questões incidentes no andamento do processo (recurso de agravo), deve ser assegurado um recurso contra a decisão que julgar a lide, vale dizer, que apreciar, de forma completa, a pretensão dirigida ao Judiciário. Este é, exatamente, o objeto do duplo grau de jurisdição.

De fato, se o legislador pode discriminar procedimentos, diversificando-os de forma a adaptar a forma à relação jurídica material discutida, não poderá, equivalentemente, sem causa objetiva relevante, discernir garantias processuais, prevendo-as ou eliminando-as, seja em razão do procedimento,

²⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: J. Bushtsky, 1975, p. 140-143.

ou dos sujeitos da lide, por afrontar dessa maneira a consagração da igualdade de tratamento de todos perante a lei²⁸⁸. O mesmo acusa Calmon de Passos:

Nem se pode argumentar originar-se da própria Constituição o tratamento diversificado. Se ela foi expressa quanto à Justiça Federal, não foi omissa quanto às demais jurisdições, visto como, para todas elas, previu e impôs uma jurisdição de segundo grau, implicitamente. E seria grave deslize hermenêutico interpretá-la como prevendo a desarmonia do sistema por ela instituído sem que para tanto haja preceito expresso e claro nesse sentido. A desarmonia e a falta de isonomia é que deveriam estar inequivocamente prescritas, não podendo ser construídas por força de ilações que vulneram a garantia do igual tratamento de todos perante a lei, colocado, com preeminência, no rol das que foram constitucionalmente asseguradas a todos quantos submetidos ao império de nossa ordem jurídica²⁸⁹.

A lógica desta estrutura, que exige, de um lado, juízes, e, de outro, tribunais, cuja competência funcional específica e preponderante é julgar as causas em grau de recurso, é plasmada, mais uma vez, na previsão da Justiça Militar. Quanto a esta, embora se tenha estabelecido a faculdade de sua criação pela lei estadual, garantiu-se que, uma vez criada, seria necessariamente “constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes” (artigo 125, § 3º), isto é, sua constituição, nos moldes das demais Justiças, também deve se dar em primeiro e segundo graus.

A sistemática se repete noutros cantos:

1) na organização da Justiça do Trabalho, em que se descreve a existência dos tribunais e também dos recursos contra as decisões dos juízes: “a lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua

²⁸⁸ BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. O duplo grau de jurisdição. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 242; PASSOS, José Joaquim Calmon de. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, vol. 25, ano IX, jul. 1982, p. 137.

²⁸⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Ibid.*, loc. cit.

jurisdição, atribuí-la aos juízes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho” (artigo 112);

2) na organização da Justiça Eleitoral, em que, além de previstos os tribunais e atribuída à lei complementar a disposição sobre a sua competência (artigo 121), estabelece-se, expressamente, as hipóteses em que os jurisdicionados não terão direito ao recurso: “São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de "habeas-corpus" ou mandado de segurança” (artigo 121, § 3º) e “Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando (...)” (artigo 121, § 4º);

3) na previsão dos Juizados Especiais, em que, apontando a opção do constituinte de, como regra, ser o julgamento dos recursos realizado por tribunais, permite-se, nas hipóteses previstas em lei, “o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau” (artigo 98, I);

4) na previsão dos princípios que devem necessariamente regular o Estatuto da Magistratura, em que se faz referência, duas vezes, à existência de mais de um grau de jurisdição (“o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento...” (artigo 93, III); “a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição” (artigo 93, XV)), o que reitera como se constitui, necessariamente, o Poder Judiciário (pela existência de juízes e tribunais) e, também, a função dos elementos que o constituem (o segundo exame da causa).

A detida análise da forma como se deu a previsão e regulamentação do poder judiciário pelo texto constitucional conduz, apenas, a uma única ressalva à garantia do duplo grau de jurisdição, que consiste no cabimento do recurso extraordinário em face de decisão proferida em única instância, exceção essa

apontada por alguns doutrinadores como conducente à tese do não acolhimento do instituto pela Constituição de 1988²⁹⁰.

De fato, o ordenamento constitucional brasileiro, embora herdeiro inegável de todos os valores do Estado Democrático de Direito, optou, no contexto da organização das competências jurisdicionais, pelo estabelecimento de uma reserva à dinâmica processual ordinariamente prevista. Algumas causas, nela expressamente identificadas, e por alguma especificidade tida como relevante, serão, diferentemente das demais, processadas e julgadas originariamente por tribunais, sendo elas, na área cível, exemplificadamente, os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica e do Superior Tribunal de Justiça, a serem julgados originariamente por este tribunal (artigo 105, I, b) e os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de juiz federal ou de Tribunal Regional Federal, bem como os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal Regional Federal, todos julgados originariamente por este (artigo 108, I, c e e).

A regra, por conseguinte, teria o condão de afastar tais julgamentos da lógica do duplo grau de jurisdição – e realmente o faz, conquanto apenas em parte dos casos²⁹¹. Isto porque, como se vê, no ordenamento jurídico brasileiro, esta garantia se realiza, institucionalmente, por meio da competência funcional

²⁹⁰ A crítica é explicitada, dentre outros, por Oreste Nestor de Souza Laspro: “pode-se mesmo dizer que a Constituição em vigor incentivou o legislador ordinário a restringir o direito de apelação. Com efeito, a Carta Política anterior determinava que o recurso extraordinário somente fosse admissível contra as decisões de Tribunal, o que, sem dúvida, impedia o acesso aos Tribunais Superiores a fim de discutir as questões constitucionais e relativas à legislação federal. Ao ampliar o seu cabimento contra qualquer decisão, a Constituição tacitamente admitiu que a supressão do direito de apelar não ofende ao devido processo legal, na medida em que garantido está o acesso à mais alta Corte, a fim de proteger os direitos fundamentais”. (LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 159).

²⁹¹ Para alguns desses casos excepcionais, a Constituição criou, ainda, a possibilidade de interposição de recurso ordinário (artigo 102, a e 105, b e c), que, como a apelação, apresenta fundamentação livre, permite o reexame de prova e dispensa o prequestionamento. Assim, o próprio texto constitucional corrige a anomalia da inviabilização do duplo exame recursal, transformando os tribunais superiores, nessas hipóteses, em legítimos segundos graus de jurisdição (SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 560).

atribuída aos tribunais (e, excepcionalmente, no caso dos juizados especiais, pelas turmas recursais).

Com efeito, por se tratar de uma restrição a uma garantia constitucional, a previsão de qualquer julgamento em instância única só poderia ser realizada pelo próprio poder constituinte. Uma exceção que, expressamente prevista nos dispositivos constitucionais²⁹², está, conseqüentemente, apenas a confirmar a regra²⁹³.

Ressalte-se que, a par da exceção constitucional referida, não há, na Constituição brasileira, qualquer abertura para uma relativização da garantia do duplo grau passível de ser executada pelo legislador infraconstitucional. Não se encontra, em dispositivo algum, qualquer expressão autorizativa, certamente necessária para a pretendida hipótese de mitigação de uma garantia, como deveria vir, por exemplo, no caso do artigo 93, III: o acesso aos tribunais de segundo grau, *quando previstos/existentes, far-se-á (...)*, ou no artigo 108: julgar, em grau de recurso, *quando cabível, as causas (...)*.

²⁹² Deve-se registrar que foi apresentada no dia 21 de março de 2011, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, Proposta de Emenda Constitucional que elimina a exceção até hoje admitida pela Constituição de 1988 e passa a preservar o duplo grau de jurisdição também nos processos de competência originária de tribunais. A PEC, que fará parte do III Pacto Republicano (conjunto de medidas legais para o aprimoramento do Judiciário adotadas por consenso entre os chefes dos três poderes do Estado Brasileiro) - e que até o fechamento deste trabalho ainda não havia sido apresentada ao Congresso Nacional -, contém o seguinte dispositivo: “art. 105-B Cabe recurso ordinário, com efeito devolutivo e suspensivo, no prazo de quinze (15) dias, da decisão que, com ou sem julgamento de mérito, extinga processo de competência originária: I – de Tribunal local, para o Tribunal Superior competente; II - de Tribunal Superior, para o Supremo Tribunal Federal.”

²⁹³ Nesse sentido, deve-se pontuar não ter concluído da melhor forma o Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso ordinário em *habeas corpus* nº 79-785-7/RJ, publicado no DJ em 29.03.2000, em que se rejeitou, por maioria, com base no voto do Relator Ministro Sepúlveda Pertence, o acolhimento da garantia do duplo grau de jurisdição pela Constituição de 1988. O entendimento teve por base exatamente este fundamento: a previsão, no texto constitucional, de julgamentos em única instância, o que supostamente infirmaria a existência da garantia: “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, partirculamente, na área penal”. Afastou-se, por conseguinte, a aplicação do Pacto de São José da Costa Rica ao caso concreto, por entendê-lo em confronto com a Constituição brasileira.

Assim, conformada e exposta toda a estrutura do Poder Judiciário²⁹⁴, parece realmente incoerente a afirmativa de que o duplo grau de jurisdição não foi acolhido pelo texto constitucional de 1988.

E não é apenas na organização do Judiciário que o texto constitucional revela o propósito assinalado. Também ao dispor sobre o direito de defesa, a presença do duplo grau – na verdade, aqui, o direito ao recurso – é entrevista dentre os direitos e garantias processuais fundamentais: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (artigo 5º, LV).

A referida norma constitucional, ao fazer acompanhar “recursos” do termo “meios” com o uso da conjunção copulativa (e não a adversativa) deixa claro que se refere, na qualificação do contraditório e da ampla defesa, a dois instrumentos distintos, aptos a, conjugadamente ou não, realizar a garantia assegurada.

²⁹⁴ Há doutrinadores que acrescentam a essa análise um óbice de natureza funcional à eliminação dos recursos pelo legislador ordinário., como Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, por exemplo, que entendem que “se o fosse, os tribunais, criados pela Constituição Federal, nada teriam a fazer, dado que o grosso do que fazem é julgar recursos.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase de Reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 140). Outra consequência hipotética foi conjecturada por Ricardo Procópio Bandeira de Melo, fundando-se na obrigatoriedade constitucional de instituição de órgãos de primeiro e segundo graus na Justiça Militar sendo que, entendimento restritivo do Diploma: “poderia levar à esdrúxula (...) conclusão de que o legislador ordinário estaria autorizado a suprimir por completo os recursos ordinários, como a apelação, mas só com relação à Justiça Comum, vedada a extensão da supressão para os feitos da competência da Justiça Militar. Para esta, inclusive, não poderia o legislador deixar de instituir recurso ordinário para impugnar as sentenças ali proferidas”. (MELO, Ricardo Procópio Bandeira de. Princípio do duplo grau de jurisdição: garantia constitucional, extensão e algumas notas sobre o §3º do art. 515 do CPC. In: NERY, Nelson Jr.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. vol.8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 677). Tais críticas, no entanto, conquanto válidas em seu pressuposto (o reconhecimento da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição na própria organização judiciária sistematizada pela Constituição) não se mostram plenamente adequadas à comprovação da tese exposta, haja vista que permitiria, em última análise, a eliminação, ainda que parcial, do recurso de apelação, desde que permitisse o recurso de agravo, assegurando que os tribunais continuassem a ter competências funcionais a serem desempenhadas, mas violando a garantia do duplo grau de jurisdição.

Esta é a exegese compatível com os postulados gerais hermenêuticos, que exigem, desde as suas primeiras lições, que a interpretação das normas deve ser tal que não a reduza à inutilidade – “*commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat*” (prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade) ou “*verba cum effectum, sunt accipienda*” (presume-se que na lei não há palavras inúteis). Em termos adequados ao caso:

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 inúteis²⁹⁵.

Na língua portuguesa, a palavra “recurso” pode significar, genericamente, instrumento usado para vencer dificuldade, auxílio, meios pecuniários, meio de defesa empregado pelo litigante em processo judicial e mecanismo de reexame das decisões judiciais, inserido na mesma relação processual em curso. Excluídas as definições que, por óbvio, não foram objetivadas pelo texto constitucional e, dentre as duas restantes, aquela que também pode ser adotada para significado de “meios”, o termo “recurso”, na norma analisada, não pode dizer respeito a qualquer coisa senão ao recurso em sentido estrito, isto é, o direito à revisão das decisões judiciais²⁹⁶.

²⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 192.

²⁹⁶ O argumento foi desenvolvido por Djanira Radamés de Sá: “poder-se-ia até privilegiar a argumentação lingüística em detrimento da jurídica, posto que suficiente essa análise para demonstrar a intenção do legislador ao ligar, com a aditiva ‘e’, os termos meios e recursos. Quisesse igualá-los como sinônimos, o legislador constituinte teria utilizado a alternativa ou, o que implica que quis diferenciá-los pela necessidade de ser preciso. Os dicionários tanto definem a palavra meio como recurso, método, expediente empregado para atingir determinado fim, quanto designam pela palavra recurso o meio, o expediente, a proteção, o auxílio. Assim, enquanto o vocábulo meio é empregado no artigo no sentido de designar todos os expedientes necessários à prática dos atos processuais, a palavra recurso tem conotação menos ampla, de instrumento destinado à prática específica de determinado ato, que é o de recorrer da decisão desfavorável”. (SÁ, Djanira Radamés de. *Duplo grau de jurisdição – conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 108 e 109).

Ao prever, portanto, meios e recursos inerentes ao contraditório e à ampla defesa, a Constituição refere-se, explicitamente, ao direito às provas capazes de demonstrar o direito alegado (traduzindo: os meios, ou os recursos, em sentido ordinário) e aos instrumentos necessários para impugnar eventuais erros *in judicando* ou *in procedendo* nas decisões prolatadas (ou seja, os recursos, em sentido processual), concedendo, portanto, mais um sinal de que o devido processo legal por ela instituído acolhe o duplo grau de jurisdição.

De fato, deve-se notar que o conceito de devido processo legal não se apresenta unívoco nas elaborações desenvolvidas pela ciência jurídica, sendo encontradas recorrentes enumerações que pretendem exauri-lo, sem, no entanto, fazer-se acompanhar de um fundamento para a inclusão de uns e a exclusão de outros valores em seu conteúdo. Diante de tal circunstância, a melhor escolha parece ser o seu reconhecimento como cláusula aberta, a resguardar todos os valores acolhidos pelo ordenamento e exigidos como condição de legitimidade do processo.

Por certo, o “*due process* não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros lindes de uma fórmula (...) [ele] é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na formação da fé democrática que professamos”²⁹⁷.

É de se registrar que a própria Constituição brasileira não relaciona, metodicamente, seus elementos. Diferentemente, cuidou apenas de estatuí-lo – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (artigo 5º, inciso LIV) – e de preencher todo o seu texto com os pressupostos constitucionais indispensáveis para o correto exercício da função jurisdicional, os quais constituem, por consequente, instrumentos garantidores da proteção judicial efetiva²⁹⁸.

²⁹⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira Castro. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 56.

²⁹⁸ JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o poder judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana

Ficam claras, por conseguinte, a capacidade deste conceito de agregar novos conteúdos decorrentes das conquistas civilizatórias da humanidade e a desejosa ampliação dos instrumentos de garantia da liberdade e de concretização do princípio da dignidade humana²⁹⁹, tal como, afinal, preleciona, ao afirmar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (artigo 5º, § 2º).

Defendeu, por sua vez, Grinover:

que o processo não é apenas um instrumento técnico, mas sobretudo ético. E que é profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos. E se é certo que a história, a filosofia e a política não de parar às portas da experiência processual, é igualmente certo que é justamente a constituição – como resultante jurídica das forças políticas existentes na sociedade em determinado momento histórico – que representa o instrumento de que o processualista deve utilizar-se para o entendimento do fenômeno processo e de seus princípios³⁰⁰.

Neste contexto, não se despreza, por certo, a ponderação de Calmon de Passos, na qual ele afirma que “o histórico e contingente do conceito não significa, necessariamente, sua indeterminação absoluta, nem o necessário circunstancial e contingente de seu conteúdo”. A partir dessa ponderação, o autor estabelece um conteúdo mínimo de delimitação, fundado no próprio conceito de processo e de jurisdição³⁰¹.

Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. *Processo civil novas tendências -- homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.244.

²⁹⁹ Ibid., p.245.

³⁰⁰ GRINOVER, Ada Pelegrini. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal e Alçada Criminal e São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 23.

³⁰¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, vol. 25, ano IX, jul/1982, p. 133.

A primeira exigência seria a da imparcialidade e da independência do órgão julgador, sem as quais teria se desnaturado a autêntica condição do juiz, como terceiro capaz de, substituindo as partes, decidir objetivamente os conflitos. Em segundo lugar, está a garantia de acesso à Justiça, como direito público subjetivo decorrente do monopólio da jurisdição assumido pelo Estado. Como forma necessária de construção do provimento a ser oferecido, coloca-se a garantia do contraditório, uma vez que é da participação ativa dos interessados que a imparcialidade do juiz recolhe o necessário para a realização da Justiça no caso concreto³⁰².

Por fim, o próprio Calmon de Passos estatui (embora, ao final, sem mais explicações, não chegue a assumir o duplo grau de jurisdição como garantia constitucional)³⁰³: “observação última é a de que a verificação do atendimento das garantias precedentes (interesse não só dos litigantes como do próprio Estado-juiz) reclama a existência de meios de controle, sem o que ficarão desprovidas da segurança de que necessitam revestir-se”³⁰⁴. E acrescenta: “nessa hipótese, eliminar qualquer tipo de controle da decisão é,

³⁰² PASSOS, José Joaquim Calmon de. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, vol. 25, ano IX, jul/1982, p.133 e 134.

³⁰³ Apesar da identificação de vários dos elementos que dão substrato ao reconhecimento do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional e que subsidiaram, inclusive, a construção deste trabalho, José Joaquim Calmon de Passos preferiu seguir “tanto as antigas quanto as atuais ressalvas que mestres eminentes fazem à admissibilidade indiscriminada do apelo, que só serve para retardar desnecessariamente os processos, abalar o prestígio dos magistrados do primeiro grau e contribuir, de modo desastroso, para um estado de coisas que vem alimentando e agravando a crise do Poder Judiciário” e entender não ser “da essência do devido processo legal assegurar-se o recurso de apelo para toda e qualquer decisão do primeiro grau desfavorável ao interesse da parte”. O argumento lançado, – único em todo o raciocínio desenvolvido pelo estudioso, – atém-se a uma nebulosa ideia de que o duplo grau não é devido, se da “decisão decorra apenas gravame subjetivo”, isto é, “se nenhum erro de direito nem de fato se pode apontar à decisão”, uma vez que, “nenhuma ofensa, nessas hipóteses, decorre para a garantia do devido processo legal (assegurada que foi a imparcialidade do juiz) nem para a ordem jurídica (aplicado que foi, com exatidão, o direito objetivo)”. Não explicitou o autor, entretanto, como seria possível, previamente ao litígio, estabelecer quais decisões não teriam o condão de causar ofensa aos postulados reconhecidos, e que, portanto, dispensariam, sem prejuízo, o acolhimento do duplo grau como garantia (PASSOS, José Joaquim Calmon de. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, vol. 25, ano IX, jul/1982, p.143).

³⁰⁴ *Ibid.*, p.133 e 134.

inquestionavelmente, violar a garantia do devido processo legal, e, mais que isso, atribuir ao juiz um papel que lhe foi negado, institucionalmente, pela Constituição”³⁰⁵.

Ou, na súmula de Nery Júnior, “a cláusula *procedural due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à Justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”³⁰⁶.

Assim enriquecida a noção de devido processo legal, conformando-se seus termos mínimos na exigência de imparcialidade do órgão julgador, acesso à justiça, exercício do contraditório e de meios de controle da realização de cada uma dessas garantias precedentes, torna-se evidente que o duplo grau de jurisdição deve ser encontrado entre os seus termos.

Evidência que se amplifica, ainda, a partir da adoção, pela ordem jurídica brasileira, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José, Costa Rica), a qual passa a explicitar, de forma incisiva, a chamada garantia de proteção judicial, e a estatuir, em síntese, o dever do Estado de assegurar recurso (que aqui deve ser lido no sentido amplo e estrito) contra todo ato que viole direitos fundamentais do cidadão.

Artigo 25º - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

- a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

³⁰⁵ Ibid., p.141.

³⁰⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.70.

Com todas as considerações feitas, não há espaço para se afirmar que a sistemática discursiva proposta pela Constituição de 1988 – que adotou, como visto, um regime garantista expressamente aberto, ao admitir o acolhimento, inclusive, de direitos e garantias não expressos, deduzidos do regime e dos princípios por ela assimilados –, mostra-se incompatível com o acolhimento da garantia do duplo grau de jurisdição³⁰⁷. Do contrário, o seu acolhimento é uma exigência contundente do próprio sistema que constitui.

De fato, a identidade entre norma e texto e a própria rigidez do texto constitucional já foram firmemente atacadas por destacados constitucionalistas, como Peter Häberle³⁰⁸, Konrad Hesse³⁰⁹ e Friedrich Müller³¹⁰. Reconhece-se, hoje, que, posto que o texto constitucional deva ser tomado como ponto de partida e limite abalizador da compreensão da norma, ele não é capaz de exaurir o direito nela contido, já que “o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a ponta do iceberg”³¹¹.

Por conseguinte, tanto é possível atribuir – sem alteração da Constituição –, aos termos já positivados, interpretações distintas ao longo da história, decorrentes da mutabilidade das relações sociais, políticas e econômicas, quanto é preciso dar máxima efetividade ao seu texto, interpretando-o de forma

³⁰⁷ É de se notar que a consciência da importância da garantia do duplo grau se faz de tal maneira presente na realidade jurídica brasileira, que até o processo administrativo, o qual nem sequer é revestido da proteção da definitividade das decisões, tem o acolhido em seus dispositivos: “artigo 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de X — garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio” e “artigo 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito”. (Lei nº 9.784 de 1999).

³⁰⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

³⁰⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

³¹⁰ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

³¹¹ *Ibid.*, p. 53.

elástica e sistêmica, quando a norma, conquanto pressuposta pelo regime e pelos princípios adotados, não consubstancie texto literal.

A Constituição não precisa afirmar, nestas exatas palavras, a garantia processual fundamental do duplo grau de jurisdição, desde que não a rejeite, como não o faz, e que a acolha em seu sistema, como o faz ao estabelecer um rol de direitos fundamentais por ela assegurados, criar uma estrutura organizacional capaz de implementá-la e prever todos os demais princípios e garantias a ela correspondentes.

Enquanto a existência dos tribunais atua como uma garantia constitucional geral, a salvaguardar institucionalmente o sistema de freios e contrapesos internos ao próprio Poder Judiciário, o duplo grau de jurisdição, como técnica capaz de proteger, sucessiva e fundamentalmente, a eficácia do direito fundamental à motivação da decisão judicial, a inviolabilidade do direito fundamental ao contraditório e a aplicabilidade do direito fundamental de efetividade do acesso à Justiça, configura, seguindo a tipologia de José Afonso da Silva, garantia constitucional de caráter especial, posto "exigir o respeito, a observância, o cumprimento dos direitos fundamentais em concreto, importando, aí sim, imposições do Poder Público de atuações ou vedações destinadas a fazer valer os direitos garantidos"³¹².

Nos sentidos traçados, a garantia do duplo grau de jurisdição funciona, a um só tempo, como proteção da eficácia e da permanência da ordem constitucional, e como assecuração direta e imediata de direitos subjetivos fundamentais. Exerce, desse modo, com plenitude, a função traduzida pelo estudo de Bonavides:

as garantias constitucionais legitimam sempre a ação do Estado, uma vez que sua presença ou intervenção se faz ora em defesa da Constituição como um todo, ora em prol

³¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 189.

da sustentação, integridade e observância dos direitos fundamentais³¹³.

Diante do exposto acolhimento pelo ordenamento constitucional brasileiro de todos os direitos fundamentais que ele instrumentaliza, a conclusão a que se chega é que a garantia do duplo grau de jurisdição é imperiosa à efetividade do processo civil e se encontra plenamente garantida pela Constituição brasileira.

A capacidade de dialogar com o provimento judicial constitui recurso inerente ao contraditório e instrumento de controle do exercício do poder jurisdicional, concretizando, como visto, a um só tempo, o devido processo constitucional e o Estado Democrático de Direito.

Trata-se de garantia de que a decisão será construída pelas partes, já que, ainda que a participação no processo tenha sido concreta, tal asseguarção só será exequível no momento do provimento. O direito constitucional à ampla defesa, por certo, não se faz pela mera possibilidade de oposição, mas sim pela possibilidade de influir ativamente sobre o resultado da demanda³¹⁴, pois representa o processo “o microcosmos democrático do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade”³¹⁵.

Esta a razão pela qual Lúcia Valle Figueiredo afirma aparentar ser o duplo grau “necessidade imperiosa dos próprios vetores constitucionais e do ordenamento jurídico”, entendendo como materialmente inconstitucionais quaisquer leis que o suprima³¹⁶.

O processo contemporâneo é aquele que se realiza com a garantia de que todos os que tenham um direito violado ou ameaçado possam não apenas

³¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 534.

³¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 258 e 259

³¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27.

³¹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Princípios constitucionais do processo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n.1, 1993, p. 126.

recorrer ao Judiciário, mas dele obter uma tutela (eficácia), com o mínimo dispêndio de tempo e energias (eficiência), e construída com base no modelo constitucional que o acolhe. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, um modelo fundado em um direito democrático e um processo efetivo.

A segurança por ele fornecida, garantidora, para todos, da clara determinação e proteção do direito contra o não-direito³¹⁷, funda-se na indisponível elaboração da norma pelos seus próprios destinatários, expediente esse essencial para se evitar os riscos do autoritarismo.

A dinâmica não é outra no processo, que depende da abertura para que os seus sujeitos realizem o papel de torná-lo o mais permeável possível aos fatos da vida e às suas contingências, possibilitando uma reconstrução narrativa o mais fiel possível à realidade e o mais capaz possível de restabelecer o equilíbrio social perturbado.

É essa, aliás, a justificativa da observância de todo o devido processo legal substancial, que reside na prolação de decisões motivadas, na existência de um juiz natural, no exercício do contraditório e da ampla defesa, na publicidade dos atos, no duplo grau de jurisdição e em todas as demais garantias fundamentais processuais, que visam, em última análise, a plenitude da participação dos destinatários da decisão em sua própria formação³¹⁸.

Nesse sentido, reduzir o duplo grau a uma ponderação entre os valores da brevidade processual e da certeza jurídica³¹⁹ significa, na verdade, desprezar o seu papel relativo à proteção da efetividade do sistema processual democrático constitucional. Como pontuou Häberle, coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática³²⁰.

317 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direitos anti-“dumping” e compensatórios: sua natureza jurídica e conseqüências de tal caracterização. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, vol.5, n.15-16, jan. 1981, p. 51-56.

318 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p.174.

319 LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 96

320 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da*

De fato, ao contrário do que a crítica cuida de ressaltar, o duplo grau de jurisdição não se justifica pela experiência, sabedoria, colegialidade, hierarquia ou autoridade dos segundos examinadores do julgado. No mesmo sentido, a sua conformação como garantia não confere ao jurisdicionado, nem ao sistema, qualquer vantagem ou benefício em si. As garantias, disse-o bem José Afonso da Silva, “servem de meio de obtenção das vantagens e benefícios decorrentes dos direitos que visam garantir”³²¹. Se vão aperfeiçoar a decisão, garantir a sua maior correção e exatidão, não se poderá afirmar (como, de resto, igualmente não se poderia, seja diante de um sistema que admitisse apenas uma decisão ou múltiplas), conquanto seja o que, com lógica, espera-se, pelo simples motivo de se estar acrescentando aos mesmos fatos uma nova possibilidade de apreciação. Toda revisão é instrumento idôneo à prevenção de erros, mas, logicamente, não à imunização contra eles.

O certo é que nenhuma dessas justificativas ou vantagens, como se verificou, traduz-se no verdadeiro fundamento teleológico do duplo grau de jurisdição.

Como garantia secundária, agora na classificação de Ferrajoli, o duplo grau de jurisdição diz respeito à obrigação estatal de reparar a violação às garantias primárias do contraditório, da motivação, da ampla defesa e da isonomia, dentre todas aquelas essenciais ao processo. Afirma-se, portanto, como garantia das garantias.

Em sua função endoprocessual, por excelência, está a proteção do pleno e acabado exercício do contraditório, enquanto, com o respaldo da teoria democrática, exerce uma função extraprocessual fundante, que diz respeito ao controle do bom exercício do poder estatal.

Ocupa, nestes termos, um posto central na administração da Justiça do Estado contemporâneo, por funcionar, ao mesmo tempo, como seu suporte

constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p.36.

³²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 189.

democrático e como ferramenta para a atuação concreta dos princípios fundamentais do ordenamento processual.

Trata-se da percepção de que um sistema processual inserido em um Estado Democrático de Direito mostra-se compatível com a dupla revisão dos seus julgados, e, mais do que isso, dependente exatamente deste instrumento para se realizar com plenitude.

Nestes sistemas e, especialmente, no ordenamento jurídico brasileiro – que reforça essa compatibilidade em diversas partes do seu texto constitucional –, o duplo grau de jurisdição só poderá figurar como garantia constitucional por ser este o mecanismo adequado para assegurar, com a proteção dos elementos centrais à regularidade constitucional e o respeito a todos os valores fundamentais acolhidos, a plena efetividade do processo.

10 CONCLUSÃO

Los verdaderos protagonistas del litigio son los ciudadanos, no los tribunales. Dejémoslos desahogarse a sus anchas. No estrechemos innecesariamente el marco de las garantías procesales³²².

A análise do conteúdo do direito à celeridade processual conduziu à constatação de sua inerente relatividade e à observação de que, tanto no ordenamento interno quanto nos estrangeiros, a sua conformação depende de uma necessária equação com as garantias com as quais se relaciona.

Decorre daí, por conseguinte, a impossibilidade lógica de uma garantia constitucional afrontar, *per se*, o direito à razoável duração do processo, já que a razoabilidade contida nesse conceito não pode ser senão o tempo adequado para que o processo – e, logo, todas as suas garantias – seja substancialmente realizado.

A partir desse pressuposto, examinou-se o direito ao recurso por meio de sua reconstrução histórica e do conhecimento das suas justificativas axiológicas, jurídicas e políticas e, em seguida, foram investigados os entendimentos científico-doutrinários acerca da posição deste direito no ordenamento jurídico brasileiro.

Tornou-se evidenciado que o chamamento para si do monopólio da jurisdição pelo Estado, a secularização do Direito e o fundamento democrático da autoridade do julgador podem ser tidos, historicamente, como a *ratio legis* do sistema recursal. Verificou-se, ademais, a sua associação a uma necessidade humana primitiva de manifestar irresignação contra os atos que lhe são lesivos

³²² MÉNDEZ, Francisco Ramos. *Abuso de derecho en el proceso?* In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 6.

e a sua justificativa na aptidão de garantir a melhoria das decisões judiciais e de controlar o exercício deste poder estatal.

O exame do conhecimento especializado atual a respeito do tema identificou, todavia, um contundente questionamento da guarida dada ao duplo grau de jurisdição pelo direito constitucional brasileiro, o que direcionou o presente trabalho a uma etapa de cotejamento de cada uma destas críticas e de seus fundamentos.

A investigação completa da questão visualizada demandou, por conseguinte, o exame, em cada uma das suas partes, do conteúdo subjacente aos conceitos do próprio duplo grau de jurisdição e da garantia constitucional, conducente, por fim, a averiguar a existência de um confronto ou de uma convergência entre um e outro, em consonância com a hipótese inicialmente lançada.

Ao final, a compreensão teleológica do processo e do conteúdo necessário do direito à efetividade, à luz do garantismo constitucional e da teoria democrática, ensejou, em oposição ao saber dominante, uma elaboração revigorada do instituto do duplo grau de jurisdição, posicionando-o como instrumento necessário à preservação do direito fundamental a uma decisão efetiva, e, como tal, plenamente acolhido e amparado pelos sistemas processuais democráticos.

A análise empreendida, por conseguinte, revelou a manifesta impossibilidade de se acastelar a simplicidade e a agilidade processuais com o correspondente sacrifício das garantias fundamentais do processo. Uma justiça menos onerosa, imperativo de eficiência administrativa, deve estar, em um modelo constitucional de processo, continuamente a serviço da garantia dos direitos fundamentais, pressuposto este de qualquer outro direito ou interesse individual ou coletivo, nos termos dos procedimentos consagrados.

Fixado esse ponto, resta evidenciado que não haverá antídoto para o fato de que, entre os ideais de rapidez e certeza, oscilará, sempre, o processo.³²³ A persecução de prazo razoável de maneira a acelerar o processo – sem atropelá-lo – pode, sem dúvidas, conciliar justiça e economia,³²⁴ mas somente se não ignorar o conteúdo do próprio processo, seu papel legitimador da jurisdição e, por fim, a complexidade valorativa do seu compromisso com a efetividade.

Nestes termos, o direito à adequada tutela jurisdicional jamais será considerado mais valorado ou essencial que o duplo grau de jurisdição, justamente porque a medida da adequação da tutela passará, sempre, pela plena participação das partes que o próprio instituto salvaguarda.

Eis porque Barbosa Moreira identifica como grave erro “hiperdimensionar a malignidade da lentidão e sobrepô-la, sem ressalvas nem matizes, a todos os demais problemas da Justiça”³²⁵.

Se uma justiça é lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço³²⁶.

A jurisdição, compromissada com a efetividade do processo, tem, diante de si, as tarefas de garantir a plena e substancial contribuição das partes em juízo, tornar praticamente utilizáveis os instrumentos de tutela mais adequados ao caso concreto, definir o enquadramento jurídico mais condizente com a realidade e interpretar de modo sistemático os textos legais sobre as bases dos ditames constitucionais, em observância à técnica, às exigências sociais do seu tempo e à necessidade de um julgamento em tempo razoável.

³²³ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, vol. 2, p. 99 e 100.

³²⁴ TORNAGUI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, vol.2, p. 57 e 58.

³²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da Justiça: alguns mitos. Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4 e 5.

³²⁶ *Ibid.*, p. 4 e 5.

O julgamento célere, afinal, é apenas um dos elementos dessa fórmula. O processo efetivo, antes de tudo, não é o que responde rapidamente ao clamor do jurisdicionado, mas o que, juntamente com ele, firma um pacto indissolúvel com a realidade, tanto para compreendê-la, quanto para nela atuar, de forma certa e útil. Se o que não está nos autos não está no mundo, o que está no mundo deve estar, na maior medida possível, nestes mesmos autos, para que, ao retorná-lo, realize, validamente, seu maior propósito: a resposta efetiva às legítimas expectativas geradas.

Não estará o processo afinado com os ditames constitucionais do seu tempo, independente do quão tecnicamente sofisticado venha a ser, se não reconhecer o acesso democrático à ordem jurídica justa³²⁷ como imperativo ético, político e social urgente à efetivação dos demais direitos e garantias³²⁸. Assim, a jurisdição requer, para atingir o seu fim e justificar sua existência (ou tornar-se eficaz), um conjunto de práticas sem as quais não haverá decisão legítima (efetiva), e, portanto, válida – posto que desejosamente célere. O tempo exigido pelo processo é, antes de tudo, garantia de liberdade.

Este deve ser o alerta para o risco do patrocínio de reformas que, obnubilando todo o necessário referencial discutido, propugnem a resolução imediata e simplória de problemas de celeridade, com o equivalente enfraquecimento das conquistadas garantias fundamentais constitucionais, como é o caso notável do duplo grau de jurisdição³²⁹.

³²⁷ A expressão “ordem jurídica justa” é atribuída ao processualista Kazuo Watanabe (WATANABE, Kazuo. *Assistência Judiciária e o Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985).

³²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Ordenamento judiciário: qual reforma? Processo, ideologias e sociedade*. trad. Elício de Cresci Sobrinho, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, vol. II, p. 159.

³²⁹ A observação é de Barbosa Moreira: em nenhum outro título do estatuto processual brasileiro, identificou-se, ao longo das últimas décadas, com tanta intensidade, o fogo da artilharia reformadora como na disciplina dos recursos. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Algumas inovações da Lei n. 9.756 em matéria de recursos civis. Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 71).

Para o problema da celeridade, há que se considerar, de fato, a possibilidade de novas técnicas que permitam uma distribuição mais equitativa do ônus do tempo do processo³³⁰, como é o caso da própria execução provisória, que concilia o direito de recorrer de uma parte com o direito a uma tutela tempestiva da outra, que tem a seu favor uma decisão judicial favorável. Essa solução tem a vantagem de desestimular recursos meramente protelatórios e de atender à incongruência acusada na reclamação de que “se o recurso interessa apenas ao réu, não é possível que o autor – que já teve seu direito declarado – continue sofrendo os males da lentidão da justiça”³³¹.

Mas, para além das soluções de *lege ferenda*, mostra-se cada vez mais imperativa a realização de reformas estruturais na máquina judiciária, capazes de propugnar pela observância, por parte dos órgãos julgadores, dos seus próprios prazos, em relação aos quais carece de sentido, em tempos de efetividade, a blindagem pressuposta pelo adjetivo “impróprios”. Não há como negar que os prazos para recorrer, em si, são diminutos em face dos prejuízos de tempo que atingem a eficiência jurisdicional.

De fato, o que os Indicadores estatísticos do Poder Judiciário levantados pelo Conselho do Nacional de Justiça revelam é que é a primeira instância – e não a instância recursal – a responsável pela maior taxa de congestionamento³³² do Poder Judiciário brasileiro.

³³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 225.

³³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 189.

³³² A taxa de congestionamento é usada para se mensurar se o Poder Judiciário consegue decidir com presteza as demandas da sociedade, isto é, qual a porcentagem das novas demandas e dos casos pendentes do período anterior são finalizadas ao longo do ano. Para tanto, utiliza-se um índice que corresponde à quantidade de processos pendentes de decisões que põem fim ao processo, em relação aos em andamento no período. Trata-se do quociente obtido pela divisão dos casos não baixados pela soma dos casos novos e dos casos pendentes de baixa. Consideram-se baixados os processos: a) remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; b) remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; c) arquivados definitivamente. Não se computa como baixas as remessas para cumprimento de diligências e as entregas para carga/vista. (*Justiça em números 2009: Indicadores do Poder Judiciário – panorama*

Consta do último relatório lançado que, em 2009, enquanto a taxa de congestionamento na primeira instância da Justiça Estadual totalizou 67,2 % na fase de conhecimento e 87,7% na fase de execução, no segundo grau, cujos dados incluem não apenas os recursos, mas também as causas originárias, este índice cai para 50,5%. Na primeira instância da Justiça Federal, os valores são 57,0%, na fase de conhecimento, e 82,0% na fase de execução, enquanto que na instância recursal eles atingem o máximo de 67,1%³³³. Concluiu o relatório:

Analisando os dados por grau de jurisdição, verifica-se que, em todos os ramos de Justiça, o principal gargalo está no total de processos que não são finalizados na 1ª instância. De cada 100 processos em tramitação, apenas 24 foram finalizados até o final do ano. Destaque para a Justiça Estadual, que apresentou taxa de congestionamento de quase 80%, em 2009³³⁴.

Perfil semelhante é constatado em todos os demais anos. Em 2008, a título de exemplo, enquanto a taxa de congestionamento no segundo grau da Justiça Estadual foi de 42,5%, no primeiro grau de jurisdição, ela atingiu 79,6%³³⁵. Já na Justiça Federal, o índice encontrado foi de 59,8%, na instância recursal, para 76,1%, na primeira instância³³⁶.

A identificação das deficiências e das propostas para o aumento da eficiência da máquina judiciária foge, todavia, aos limites do presente trabalho e não prescinde de um amplo e aprofundado investimento em pesquisa empírica.

O que se demonstrou estreme de dúvidas é que a exclusão do duplo grau, enfraquecendo as bases democráticas e garantistas do Estado, não se apresenta como uma opção legítima dentro do sistema constitucional brasileiro,

do judiciário brasileiro: sumário executivo. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, Conselho Nacional de Justiça, set 2010, p. 15).

³³³ Ibid., passim.

³³⁴ Ibid., p.16.

³³⁵ *Justiça em números 2008: variáveis e indicadores do Poder Judiciário*. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, Conselho Nacional de Justiça, jul 2009, p. 261-263.

³³⁶ Ibid., p. 69-71.

justamente porque as garantias fundamentais não podem ser suprimidas pelo Poder Legislativo sem se alterar a base ética do regime político³³⁷.

Confronta-se, desse modo, um certo pragmatismo processual casuísta que, ao reconhecer o duplo grau como mera regra ordinária ou princípio, admite-o em alguns casos e dispensa-o em outros, em função do maior ou menor peso dado aos elementos valorativos em jogo. Combate-se a tentativa de se contrapor à garantia do duplo grau, o inafastável primado da efetividade, quando uma justamente instrumentaliza e perfaz o outro. Seleciona-se, por fim, dentre todas as interpretações admitidas, a única que, no Estado Democrático de Direito, deve se sustentar: a proteção dos direitos fundamentais e o exercício democrático do poder.

Nesta construção, o duplo grau se apresenta, por todos os fundamentos investigados, como garantia que protege, nos dizeres de Barbosa Moreira, uma reconhecida “demora fisiológica, conseqüente à necessidade de salvaguardar na atividade judicial certos interesses e valores de que uma sociedade democrática não ousaria prescindir”³³⁸. Como pontuado por Dias:

É preciso que a sociedade e os legisladores entendam que a questão da morosidade da atividade jurisdicional e da demora dos processos não pode ser resolvida sob a concepção esdrúxula de uma cogitada jurisdição instantânea ou de uma jurisdição-relâmpago, o que é impossível existir em qualquer parte do mundo, pois alguma demora na solução decisória sempre haverá nos processos, a fim de que possam ser efetivados os devidos accertamentos das relações de direito e de fato controvertidas ou conflituosas, entre os envolvidos, por meio da moderna e inafastável estrutura normativa (devido processo legal) e dialética (em contraditório) do processo, e não há outro modo racional e democrático de fazê-lo³³⁹.

³³⁷ Em termos expressos, as garantias individuais constitucionais não podem ser abolidas, nem mesmo ser objeto de emendas tendentes a aboli-las, a teor do artigo 60 da Constituição que dispõe: “§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.”

³³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da Justiça: alguns mitos. Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

³³⁹ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional*. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. *Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 219.

O reconhecimento dos papéis da eficácia e da eficiência no processo, bem como da impossibilidade de supressão das garantias de sua efetividade, não implica, vale registrar, a vedação ao emprego de procedimentos racionalizadores da prestação jurisdicional. A previsão de uma fase recursal concentrada, por exemplo, é uma proposta a ser analisada para evitar idas e vindas sucessivas do processo entre as instâncias julgadoras. A previsão de multas desencorajadoras e a sua efetiva aplicação é outra, já que o abuso de direito deve ser sempre coibido:

A possibilidade das partes se insurgirem contra decisões injustas é garantia do devido processo legal, porém o direito cessa quando começa o abuso. O ato abusivo é aquele que ultrapassa os limites da permissividade da norma processual, ou a utiliza para fins não legítimos, resultando em prejuízo para a administração da justiça³⁴⁰.

Os pontos de partida imprescindíveis a toda produção legislativa residem na admissão de que o papel da jurisdição no século XXI é a realização da efetividade do processo, e que esta, por sua vez, não se confunde – e deve se manter a uma distância adequada –, com o nocivo “processo” da celeridade. E ainda: na consciência de que, como estatuiu Andolina, ao processo jurisdicional deve ser conferida a posição de “verdadeiro baricentro dentro do sistema de garantias”³⁴¹. Nos apontamentos sempre certos de Gonçalves:

A preocupação com o rápido andamento do processo, com a superação do estigma da morosidade da Justiça que prejudica o próprio direito de acesso ao Judiciário, porque esse direito é também o direito à resposta do Estado ao jurisdicionado, é compartilhada hoje por toda a doutrina do Direito Processual Civil. As propostas de novas categorias e de novas vias que abreviem o momento da decisão são particularmente voltadas para a economia e a celeridade como predicados essenciais da decisão justa, sobretudo quando a natureza dos interesses em jogo exige que os ritos sejam simplificados. Contudo, a economia e a celeridade do processo não são incompatíveis

³⁴⁰ GUIMARÃES, Milena de Oliveira. O abuso do direito de recorrer como ato atentatório à dignidade da justiça. In: NERY, Nelson Jr.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, vol. 9, p. 347.

³⁴¹ ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 22, n. 87, jul./set. 1997, p. 66.

com as garantias das partes, e a garantia constitucional do contraditório não permite que seja ele violado em nome do rápido andamento do processo³⁴².

Quanto ao papel que a sistemática recursal desempenha neste modelo, a conclusão é lógica. O Estado Democrático de Direito está assentado em um modelo constitucional que exige a busca pela efetividade do processo, e esta não prescindirá do asseguramento tanto do controle da atividade estatal quanto da construção democrática dos direitos. A garantia do duplo grau de jurisdição constitui, nestes termos, pressuposto inafastável de liberdade e de democracia no processo civil contemporâneo.

³⁴² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 125.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. *O impacto do modelo gerencial na administração pública. Um breve estudo sobre a experiência internacional recente*. Brasília: Cadernos ENAP, n. 10, 1997.

ALVIM, Eduardo Arruda; MARTINS, Cristiano Zanin. Apontamentos sobre o sistema recursal vigente no direito processual civil brasileiro à luz da lei 10.352/2001. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. IV.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 22, n. 87, jul./set. 1997.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, vol.2.

_____. *Embargos Infringentes*. São Paulo: Saraiva, 1974.

AZEVEDO, Luiz Carlos de; COSTA, Moacyr Lobo da. *Estudos de história do processo: recursos*. São Paulo: FIEO, 1996.

BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. *O duplo grau de jurisdição*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva e Cia, 1934, vol. VI.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, ano 6, n. 23, abr./jun., 1998.

BARRUFFINI, Frederico Liserre. Possibilidade de Efetivação do Direito à Razoável Duração do Processo. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 31, n. 139, set. 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BERMUDES, Sergio. Considerações sobre o efeito suspensivo dos recursos cíveis. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo, vol. 2, n. 2, jul./dez. 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BUENO, Cássio Scarpinella. O “modelo constitucional do direito processual civil”: Um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 161, ano 33, jul. 2008.

CALAMANDREI, Piero. *Casación civil*, trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayera Redín. Buenos Aires: Ejea, 1959.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

_____. Aspectos sociais e políticos do Processo Civil – Reformas e tendências evolutivas na Europa Ocidental e Oriental. In: *Processo, ideologias e sociedade*. trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, vol. I.

_____. *O processo civil italiano no quadro da contraposição “civil law” – “common law”: apontamentos histórico-comparativos*. *Processo, ideologias e sociedade*. trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, vol. II.

_____. *Ordenamento judiciário: qual reforma?*. *Processo, ideologias e sociedade*. trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, vol. II.

_____. *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano*. Milano: Giustizia e società, 1972.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CARNELLUTTI, Francesco. *Istituzioni del Processo Civile Italiano*. Roma: Foro Italiano, 1956, vol.1.

_____. *Instituições del proceso civil*. Buenos Aires: EJEJA, 1973.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira Castro. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHIAVENATO, Idalberto. *Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas*. São Paulo: Atlas, 1994.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, vol. 1.

_____. *Sagli di Diritto Processuale Civile*. Roma: Foro Italiano, 1930, vol. I.

COELHO JÚNIOR, Sérgio. O processo justo e a Constituição de 1988: Breve reflexão sobre a Cláusula do Devido Processo Legal. In: GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama (Org.). *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il giusto proceso civile in Itália e in europa. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 116, ano 29, jul./ago., 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Juízes independentes ou funcionários subordinados. *Revista Cidadania e Justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros*. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, 1º semestre de 1998.

COSTA, Moacyr Lobo da. *O Agravo no Direito Lusitano*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1974.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. I.

FERNANDES, José Henrique Lara. *O devido processo legal e a fundamentação das decisões judiciais na Constituição de 1988*. In: GRECO,

Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama (Org.). *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

_____. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direitos anti-dumping e compensatórios: sua natureza jurídica e conseqüências de tal caracterização. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, vol. 5, n.15-16, jan. 1981.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Princípios constitucionais do processo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n.1, 1993.

FRAGA, Affonso. *Instituições do Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva & CIA, 1941, vol. 3.

FUX, Luiz. Anteprojeto do novo CPC prevê recurso único. Entrevista concedida pelo Ministro Luiz Fux em 24 de fevereiro de 2010. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-24/anteprojeto-cpc-preve-recurso-unico-fim-acao-cautelar>>. Acesso em: 01 setembro 2010.

GALEOTTI, Serio. *La garanzia costituzionale - presupposti e concetto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950.

GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUEDES, Jefferson Carús. Duplo grau ou duplo exame e a atenuação do reexame necessário. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUIMARÃES, Milena de Oliveira. O abuso do direito de recorrer como ato atentatório à dignidade da justiça. In: NERY, Nelson Jr.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Bueno Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o poder judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. *Processo civil novas tendências - homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

KUKINA, Sérgio Luiz. O princípio do duplo grau de jurisdição. São Paulo: *Revista de Processo*, ano 28, n. 109, jan./mar. 2003.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Recursos no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 1977.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1984, vol. II.

LIMA, Alcides Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

LUHMANN, Niklas. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 49, jul.1990.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. A prova, o princípio da oralidade e o dogma do duplo grau de jurisdição. In: PAULA, Jônatas Luiz Moreira (Org.). *Estudos de direito contemporâneo e cidadania*. São Paulo: LED Editora de Direito, 2000.

_____. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, vol. 1.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, vol. I.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 1963, vol. IV.

MAXIMILIANO, Antônio Cesar Amaru. *Teoria geral da administração: da revolução urbana à revolução digital*. São Paulo: Atlas, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8a. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

MEGGINSON, Leon; MOSLEY, Donald; PIETRI JÚNIOR, Paul. *Administração: conceitos e aplicações*. São Paulo: Editora Harbra Ltda., 1986.

MELO, Ricardo Procópio Bandeira. Princípio do duplo grau de jurisdição: garantia constitucional, extensão e algumas notas sobre o §3º. do artigo 515 do CPC. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 8, 2003.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. Abuso de derecho em el proceso? In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MILHOMENS, Jônatas. *Dos Recursos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da Justiça: alguns mitos. Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999 e 2002, vol. 5.

_____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Reformas do Código de Processo Civil em matéria de Recursos. Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Algumas inovações da Lei n. 9.756 em matéria de recursos civis .
Temas de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista de Processo*.
São Paulo, n. 77, ano 20, jan./mar. 1995.

_____. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. *Revista
Brasileira de Direito Processual*. Rio de Janeiro, vol. 42, 1984.

MORELLO, Augusto Mario. *El Proceso Justo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot,
1994.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo:
Max Limonad, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*.
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. São Paulo:
Revista dos Tribunais, 1990.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O processo constitucional como
instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de
Direito*. Belo Horizonte, vol. 3, n. 5 e 6, 1º e 2º sem. 2000.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido
processo legal. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 102, abr./jun. 2001.

_____. *Democracia, Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos
Tribunais, 1998.

_____. O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição. *Revista da
Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, vol. 25, ano IX, jul.
1982.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro:
Forense, 2005.

PERROT, Roger. Le principe du doublé degré de juridiction et son evolution em
droit judiciaire prive français. In: *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*. Milano:
Giuffrè, 1979, vol. III.

PIZZORUSSO, Alessandro. Sul principio del doppio grado di giurisdizione.
Rivista di Diritto Processuale. Padova: CEDAM, vol XXXIII, jan./mar., 1978.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual
Civil*. São Paulo: Saraiva, 1959, vol. III.

RICCI, Edoardo Flavio. Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, vol XXXIII, jan./mar., 1978.

SÁ, Djanira Radamés de. *Duplo grau de jurisdição – conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

SANDER, Benno. *Gestão da Educação na América Latina: construção e reconstrução do conhecimento*. Campinas: Autores Associados, 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1978, vol I.

_____. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1985, vol. III.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. IV.

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 da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 66, vol.23, n.66, mar. 1996.

SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, ano 2, vol.II, jan./dez. 2008.

SILVA, Antônio Álvares da. *Reforma do Judiciário: uma justiça para o século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Processo e ideologia. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 28, n. 11º, abr./jun. 2003.

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

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2004.

SOUZA, Gelson Amaro de. *Recursos na Nova Lei de Execução Fiscal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 575, set.1983.

STONER, James; FREEMAN, Edward. *Administração*. Rio de Janeiro: Prentice Hall do Brasil Ltda., 1995.

TARUFFO, Michele. Note sulle garanzia costituzionale della motivazione. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LV, 1979.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista da Academia Mineira de Letras Jurídicas*. Belo Horizonte, vol. 1, jan./dez. 2007.

_____. *O processo civil brasileiro: no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. A Grande função do Processo no Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba, n. 59, ano 15, jul./set. 2007.

TORNAGUI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito Processual Civil: do antigo ao novo Código. Novas Tecnologias ao serviço da Justiça*. Coimbra: Almedina, 2002.

VIGORITI, Vincenzo. *Garantie Costituzionali del Processo Civile*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase de Reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Assistência Judiciária e o Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAVASCKY, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Saraiva, 1999.