

## **PRINCÍPIOS DE UMA TEORIA GERAL DOS RECURSOS**

Leonardo Greco

*Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Professor adjunto de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.*

Na época em que entrou em vigor o Código de Processo Civil de 1973, o sistema de recursos por ele instituído foi considerado um dos seus aspectos positivos, pela sensível simplificação que representou em relação ao regime anterior. Basta dizer que no regime do Código de 39 havia nada menos de três recursos diferentes contra as decisões interlocutórias (o agravo de instrumento, o agravo no auto do processo e a carta testemunhável), cuja admissibilidade variava por critérios bastante casuísticos, bem como dois recursos diferentes contra a sentença de 1º grau (a apelação e o agravo de petição). Não obstante esse avanço, decorridas mais de três décadas de vigência do Código e após incontáveis alterações, o seu sistema de recursos é apontado por muitos como o grande responsável pela crise da Justiça brasileira, conforme se manifestou a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, ao analisar a Proposta de Emenda à Constituição que deu origem à Emenda Constitucional nº 45/2004.

Não tenho dúvidas de que o atual sistema de recursos é bastante deficiente, se comparado com os de outros países e se avaliados os seus resultados do ponto de vista da qualidade e da credibilidade das suas decisões. Além de estimular o demandismo e a procrastinação, o nosso sistema é exageradamente formalista, criando obstáculos irrazoáveis à apreciação dos recursos e determinando a produção de decisões que, em lugar de aumentarem a probabilidade de acerto e de justiça das que pretendem rever, transformaram o seu julgamento numa verdadeira caixa de surpresas, criadora de situações absolutamente imprevisíveis para as partes e que, a pretexto do excessivo volume de processos, dão pouca atenção às questões fáticas e jurídicas suscitadas e aos argumentos

dos advogados, procurando cada vez mais encontrar afinidades dos novos casos com outros anteriormente julgados pelo mesmo tribunal ou por tribunais superiores e assim, de forma simplista e absolutamente distante do litígio real, transpor fundamentos destes para aqueles, automatizando os julgamentos.

Desde 1995, sucessivas leis de reforma, a cuja elaboração se dedicaram ilustres juristas, na ânsia de debelar os males decorrentes do aumento do volume de recursos, agravaram ainda mais os defeitos do sistema, especialmente pelo progressivo abandono da colegialidade das decisões recursais e pela crescente invocação da jurisprudência. O sistema de recursos sofre os reflexos de três visões absolutamente deformadas do processo judicial: a dos tribunais superiores, cuja preocupação predominante é com a eliminação da quantidade de processos e de recursos, mesmo com o sacrifício da qualidade e da justiça das decisões; a dos governantes, que se habituaram a utilizar a justiça para procrastinar o cumprimento das obrigações do Estado para com os cidadãos; e a dos próprios jurisdicionados que, quando vencidos, se sentem impelidos a esgotar as vias recursais, porque estas se apresentam como facilmente acessíveis e resultam sempre de algum modo mais vantajosas do que o cumprimento espontâneo das suas obrigações. As reformas até agora implementadas, em regra, não foram capazes de destruir essa cultura demandista por parte do Estado e também dos particulares, tendo sido eficazes apenas na instituição de filtros de acesso às instâncias recursais, que somente beneficiam a consecução das metas quantitativas dos tribunais superiores.

## **1 – A NOÇÃO DE RECURSO, SUAS ORIGENS E EVOLUÇÃO**

A noção de recurso, ou seja, de um remédio que possibilite o reexame de decisões judiciais desfavoráveis, nasceu junto com a racionalidade humana, pois, quando alguém considerava uma decisão injusta, procurava revê-la<sup>1</sup>. Muito antes do surgimento de institutos, como a *appellatio* romana, que moldaram os recursos que atualmente conhecemos, a Antiguidade Clássica conheceu inúmeros outros remédios que, ainda que

---

<sup>1</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p.1.

não reformassem ou anulassem as decisões judiciais, possibilitavam ao vencido subtrair-se dos seus efeitos.

Entre os estudiosos do Processo Civil, prepondera a opinião daqueles que consideram o recurso um direito fundamental inerente à natureza humana. Alcides de Mendonça Lima, por exemplo, assevera que a idéia de recurso deve ter nascido com o próprio homem, quando alguém, pela primeira vez, se sentiu vítima de uma injustiça perpetrada pelo julgador ao qual submeteu a sua causa. Sua origem se perde nas épocas mais remotas, no Antigo Testamento, na Grécia e no Egito. As fontes históricas serviriam para demonstrar que a idéia 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 decisão”. A circunstância de ter sido acolhido em todas as épocas e por todos os povos permite considerá-lo “como inerente à própria personalidade humana”<sup>2</sup>. No Código de Hamurabi (art. 5º), a revisão do erro judiciário determinava sanção pecuniária ao juiz e proibição de exercer a função em outro processo<sup>3</sup>.

No Direito romano primitivo, não existiam propriamente recursos, porque as decisões judiciais eram proferidas por juízes privados. Era a chamada *ordo judiciorum privatorum*. O caráter tipicamente privado do processo em instância única na sociedade romana primitiva rejeitava a idéia de recurso. Havia remédios ou ações autônomas contra a sentença ou contra decretos dos magistrados, de caráter eminentemente inibitório (*infinitio iudicati, revocatio in duplum, restitutio in integrum, intercessio*), mas não propriamente recursos como os conhecemos hoje, que substituem uma decisão judicial por outra<sup>4</sup>.

A nossa apelação começou a esboçar-se no processo penal e foi estendida ao processo civil no tempo do Imperador Augusto, com a delegação do poder de revisão das

---

<sup>2</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, pp.1-4 e 127-129.

<sup>3</sup> SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 79.

<sup>4</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, pp. 4-5.

sentenças a certos magistrados. A hierarquia definiu os diversos graus da apelação, sempre perante um magistrado superior contra a sentença de magistrado inferior<sup>5</sup>.

Se a instituição de remédios para propiciar o reexame de decisões judiciais atendia a uma aspiração humana, a sua implementação, desde a Antiguidade até os nossos dias, sempre foi fortemente influenciada pelos interesses políticos dos governantes.

Quando Roma se tornou um Império, pouco antes da Era Cristã, nasceram os primeiros recursos de que a literatura processual tem conhecimento. Isso porque o Imperador precisava ter instrumentos para assegurar o primado de suas leis e de seu poder político sobre toda a extensão territorial que compunha seu Império. Era através dos recursos que se podia controlar a aplicação das leis em todos os recantos do Império; assim, a violação àquelas deveria ser remediada pelo provimento dos recursos dirigidos aos prepostos do Imperador ou, em última instância, a ele próprio.

O sistema recursal, além de ter nascido para assegurar o poder político do Império Romano, possuía outra função: fixar nos povos conquistados a idéia de que a dominação romana era positiva, na medida em que, descontentes com o julgamento proferido pelas justiças locais, eles poderiam dirigir-se ao juiz romano por meio dos recursos. Procurava-se, noutras palavras, vender a idéia de que a autoridade romana fazia justiça melhor do que a dos povos conquistados.

Vittorio Scialoja, em seu *Processo Civil Romano*, observa que a introdução da apelação ocorreu, sem dúvida, mais do que em decorrência de uma específica compreensão do ordenamento judiciário, por uma imposição da hierarquia administrativa<sup>6</sup>. A apelação pressupunha uma ordem hierárquica, em que um juiz superior revia a decisão de um inferior.

Posteriormente, surgiu, ainda no Império Romano, a *supplicatio*, súplica, que era um pedido dirigido ao soberano para que este, em face de uma sentença injusta proferida

---

<sup>5</sup> SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Buenos Aires: EJE, 1954, pp.356-362; CUENCA, Humberto. **Proceso civil romano**. Buenos Aires: EJE, 1957, p.103; LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, pp.7-10.

<sup>6</sup> Ob. e loc. cits.

pelo mais alto magistrado romano, o prefeito do pretório, concedesse ao súdito um novo julgamento.

A posterior dominação bárbara fez o direito romano defrontar-se com a realidade da justiça exercida pelas assembleias populares, nas cidades germânicas. Na Justiça germânica, não havia recurso, prevalecendo os julgamentos populares; acima da comunidade, não havia reinos nem impérios, e, portanto, a sua decisão era única e eficaz para todos, inclusive para aqueles que não haviam litigado, inexistindo recursos.

Quando se fundem, a partir do século XII, os direitos germânico e romano, com grande influência do direito canônico<sup>7</sup>, ressurgem os recursos romanos, ao lado dos quais aparecem, já originários dos costumes medievais, alguns outros recursos contra decisões interlocutórias, que haviam sido proibidos por Justiniano, como as queixas, que não suspendiam o processo e somente eram cabíveis para decisões capazes de gerar prejuízos graves ou irreparáveis às partes.

No Condado Portucalense, a miscigenação de institutos do Direito visigótico, canônico e costumeiro não reconhecia o direito de revisão das sentenças<sup>8</sup>. Somente no início do século XIII, uma lei de D. Afonso II admite pela primeira vez a possibilidade de a sentença ser revista pelo monarca. Essa regra foi adotada por D. Dinis e incorporada posteriormente às Ordenações Afonsinas de 1446. Ainda em meados do século XIII, D. Afonso III, sob evidente influência romano-canônica, recria a apelação.

Alcides de Mendonça Lima observa que a “idéia de recurso estava muito arraigada no espírito do povo português, desde os albores de sua existência”, como fruto de uma tendência inata à reparação da injustiça<sup>9</sup>.

As Ordenações Afonsinas, promulgadas pelo Rei Afonso V, que tinha apenas 14 anos, instituíram apelação contra a sentença definitiva e contra a sentença interlocutória com força de definitiva. Também era admitida apelação contra a sentença interlocutória

---

<sup>7</sup> O direito canônico sempre manteve a sua estrutura hierárquica, resistindo aos barbarismos do direito germânico, como os duelos e as ordálias, e servindo de repositório dos institutos romanos, entre os quais a apelação (LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, pp. 14-15).

<sup>8</sup> SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 83.

<sup>9</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, pp.15-20.

cuja execução causasse dano irreparável. As demais interlocutórias eram inapeláveis para evitar procrastinações. Não era admitida apelação das condenações de pequeno valor. Surge também o agravo de instrumento contra o indeferimento da reconsideração das demais decisões interlocutórias. Essas Ordenações consagraram também um outro remédio, os embargos, não como recurso, mas como uma ação inibitória para impedir os efeitos ou a execução da sentença. Todas essas medidas tiveram inquestionáveis objetivos políticos.<sup>10</sup>

E as Ordenações Manuelinas trouxeram a lume outros recursos, como o agravo no auto do processo e o agravo de petição.

A Revolução Francesa, influenciada pelo Iluminismo e pelo Liberalismo, teve influência marcante na evolução do sistema de recursos. Sua preocupação em eliminar o domínio das castas que, nos antigos Parlamentos, reviam no seu próprio interesse quaisquer decisões judiciais, consagrou o princípio do duplo grau de jurisdição, para que a apreciação das questões de fato não ultrapassasse duas instâncias. Mas para assegurar a submissão dos juízes ao império da lei, fruto da vontade popular expressa nas deliberações da Assembléia Nacional, criou a Corte de Cassação, com a função de anular, enquanto órgão auxiliar do Poder Legislativo, as decisões judiciais contrárias à lei, velando pelo primado do direito objetivo e reduzindo os juízes a serem a *boca da lei*, segundo a expressão cunhada por Montesquieu.

A Corte de Cassação francesa, que tinha função meramente anulatória, inspirou o surgimento, no Século XIX, das Cortes Supremas em toda a Europa e inclusive no Brasil, através da criação, em 1.828, do Supremo Tribunal de Justiça do Império.

Assim, qualquer cidadão, que se reputasse atingido por uma decisão judicial contrária à lei e irrecurável por qualquer outro meio de impugnação, podia dirigir-se, através da revista, ao Supremo Tribunal de Justiça, que, se reconhecesse a violação da lei, anularia a decisão e determinaria a realização de um novo julgamento. A revista originariamente possuía apenas caráter anulatório e é o antecedente histórico dos atuais recursos especial e extraordinário.

---

<sup>10</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 62-63, 79-80 e 200.

Na época do Império, havia no Brasil apelação contra sentenças; várias espécies de agravo casuisticamente criados para atacar certas decisões proferidas no curso do processo e até mesmo sentenças; revista para o Supremo Tribunal de Justiça com a função de cassação ou controle de legalidade das decisões judiciais; e embargos, característicos do direito luso-brasileiro, propiciando um novo julgamento pelo mesmo juiz que havia proferido a decisão embargada. Entre estes últimos, podemos citar os embargos de nulidade, infringentes, de declaração, de restituição de menores, de retenção, à execução e de terceiro etc. Alguns deles eram ações autônomas, outros, recursos, e a sua proliferação, não muito bem explicada pela doutrina, a meu ver funda-se em duas razões principais.

Em primeiro lugar, devemos considerar a *larga extensão territorial* do império lusitano e posteriormente do Brasil. Diante dessa característica, era muito difícil o acesso aos tribunais de segundo grau. O primeiro tribunal criado no Brasil foi o da Relação da Bahia, no início do século XVII, que demorou muito para ser instalado, pois os portugueses, entre eles os juízes, não queriam vir para o Brasil, considerado terra de degredados ou aventureiros.

Até meados do século XVII, quando da instalação da Relação da Bahia, todos os recursos eram remetidos a Lisboa, o que, obviamente, causava muita demora no seu julgamento. A Relação do Rio de Janeiro foi o segundo tribunal superior criado no Brasil, em meados do século XVIII, quando a capital da colônia transferiu-se de Salvador para o Rio de Janeiro. Foi primeiramente instalado no atual prédio da Faculdade Nacional de Direito e transferiu-se posteriormente para uma rua próxima, cujo nome atual é Rua da Relação, situada igualmente no centro da cidade do Rio de Janeiro.

Portanto, o acesso por meio de recursos aos tribunais de segundo grau era muito demorado e caro, de modo que aquele que sofresse algum prejuízo causado por uma decisão judicial dificilmente teria tempo para evitar algum dano irreparável. Essa dificuldade de acesso aos tribunais, em razão da distância e dos custos, é uma das razões históricas para a proliferação dos embargos: era muito menos custoso e demorado dirigir-se

novamente ao juízo de primeiro grau, prolator da decisão, e pressioná-lo para que reconsiderasse as suas decisões.

O segundo motivo histórico que gerou o elevado número de embargos existentes no sistema recursal pátrio é fundado no receio que nutriam os magistrados – e muitos ainda o têm – de sofrerem represálias, sanções ou perseguições por parte dos tribunais em razão do conteúdo de suas decisões. Assim, muitos juízes pressionavam as partes para que, antes de dirigirem-se aos tribunais, buscassem com eles a reforma da decisão. Com essa prática, na verdade, muitos juízes tornavam-se as verdadeiras autoridades máximas nas localidades em que exerciam suas funções.

O sistema recursal do Império era caótico e os esforços para simplificá-lo fracassaram. Proferida a sentença, a parte vencida podia embargar ou apelar. Utilizaria o primeiro recurso se quisesse alegar matéria nova, dirigindo-o ao próprio juiz para uma nova sentença. Não aduzida matéria nova, utilizava-se a parte do recurso de apelação a um tribunal de segundo grau. Na primeira hipótese, da decisão dos embargos ainda cabia apelação.

Com o advento da República, altera-se o antigo sistema, repleto de oportunidades de recursos. O sistema republicano, influenciado pelo modelo norteamericano, transforma a revista do Império no recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, cabível contra qualquer violação da lei ou da Constituição. Alargou-se a sua função, que antes era meramente anulatória. Assim, na República, toda vez em que o Supremo Tribunal Federal, provocado pela interposição do recurso extraordinário, constatasse violação à lei ou à Constituição, julgaria desde logo a causa. Copiou-se o sistema americano e o alemão, abandonando a tradição francesa de recurso no interesse da lei, com efeitos meramente anulatórios. Continuaram a existir no período republicano a apelação e as inúmeras espécies de agravos e de embargos de origem lusitana.

O Código de Processo Civil de 1.939 previa nove recursos: apelação, agravo de petição, agravo de instrumento, agravo no auto do processo, embargos de declaração, embargos infringentes, recurso extraordinário, recurso de revista e carta testemunhável.

Apesar da grande quantidade de recursos, o Código em questão não previa a recorribilidade de todas as decisões.

Avançando positivamente, o Código atual quis simplificar o sistema anterior e reduziu o número de recursos, que passaram a ser os seguintes: apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de divergência, embargos de declaração e recurso extraordinário.

Durante sua vigência, sobrevieram sucessivas reformas. A Constituição de 1.988, por exemplo, desdobrou o antigo recurso extraordinário, antes cabível tanto para o controle do respeito à lei federal como para o controle de constitucionalidade das decisões dos tribunais. Após a vigência do novo texto constitucional, as decisões que violem, neguem vigência ou dêem interpretação diversa à legislação federal devem ser atacadas por meio de recurso especial, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, criado igualmente pela nova ordem constitucional (art. 105, III). Violando a decisão algum preceito constitucional, deve ser atacada por meio de recurso extraordinário, dirigido ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, III).

Hoje, o artigo 496 do Código de Processo Civil enumera oito recursos: a apelação, o agravo, os embargos infringentes, os embargos de declaração, o recurso ordinário, o recurso especial, o recurso extraordinário e os embargos de divergência.

Além desses, há agravos internos ou regimentais espalhados pelo Código e regimentos internos dos tribunais. A reclamação e a correição parcial continuam existindo, embora pouco usadas. Como sucedâneos recursais, o mandado de segurança e o *habeas corpus* seguem sendo invocados como meios de impugnação de decisões judiciais.

## 2 - OS FUNDAMENTOS

Em interessante pesquisa recente efetuada com base em abundante doutrina, Laércio Becker<sup>11</sup> alinhou os seguintes argumentos contrários à revisão das decisões judiciais por

---

<sup>11</sup> BECKER, Laércio. Duplo grau: a retórica de um dogma. In MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de Direito Processual Civil - homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp.142-151.

meio dos recursos: 1) os tribunais superiores seriam uma aristocracia judiciária; 2) o tribunal superior pode não acolher recurso de sentença mal proferida; 3) o tribunal superior pode reformar para pior uma sentença bem proferida; 4) o tribunal superior pode inutilmente confirmar a sentença de primeiro grau; 5) mesmo reformando para melhor, o provimento do recurso compromete o prestígio e a credibilidade do Judiciário; 6) o recurso retarda e encarece a solução do litígio; 7) o juiz de primeiro grau tem uma visão mais viva do litígio e dos litigantes do que o de grau superior; 8) se os juízes fossem escolhidos pelas partes, como no juízo arbitral, o recurso seria desnecessário; 9) do ponto de vista lógico, o recurso seria uma superfluidade porque o juiz, com a sentença, cumpriu o dever do Estado e esgotou a função jurisdicional.

A seguir, o Autor enumera os argumentos favoráveis aos recursos, a saber: 1) é natural ao homem não se conformar com o primeiro juízo desfavorável; 2) o texto de Ulpiano, que traduz o terceiro argumento negativo acima mencionado, está deturpado, havendo suspeita de que não seja autêntico; 3) Os recursos obrigam cautela e estudo por parte da jurisdição inferior; 4) somente os recursos firmam e uniformizam a jurisprudência; 5) os recursos estão consagrados em vários ordenamentos jurídicos, especialmente dos povos cultos; 6) o tribunal superior tem mais experiência, competência e segurança; 7) a possibilidade inafastável de erro na sentença de primeiro grau; 8) os recursos criam dependência e hierarquia entre os órgãos judiciais; 9) os recursos corrigem as eventuais iniquidades do primeiro grau; 10) a confirmação da sentença dá autoridade e prestígio ao juiz de primeiro grau; 11) os recursos determinam que as causas mais complexas e mais importantes sejam definitivamente decididas pelos juízes mais experientes e qualificados; 12) qualquer reexame contribui para uma decisão de melhor qualidade com melhor interpretação e aplicação da lei; 13) a primeira sentença serve de elemento filtrante e freio à decisão de segundo grau; 14) o tribunal superior está distante do calor e da influência das discussões; 15) a concentração do poder jurisdicional em apenas um órgão pode transformar-se em instrumento de arbítrio.

O natural inconformismo do vencido que litigou de boa fé, a maior probabilidade de acerto e de justiça da decisão recursal, que soma toda a cognição já produzida no juízo inferior à cognição resultante da nova discussão da causa a partir dos fundamentos da

decisão recorrida, e a necessidade de manter o poder dos juízes sob permanente controle são, a meu ver, fundamentos que recomendam que as decisões judiciais, em especial aquelas que incidem sobre o direito subjetivo material das partes, sejam sempre passíveis de reexame no mesmo processo por meio de recursos para órgãos jurisdicionais mais experientes e qualificados.

Na consciência dos povos, a criação dos recursos serviu para atender aos seus anseios de justiça, sedimentando-se esse direito de acesso a magistrados hierarquicamente superiores na cultura dos povos ocidentais, como uma garantia indispensável à eficácia dos direitos subjetivos dos cidadãos e um necessário mecanismo de proteção contra o arbítrio judicial.

Mas, como vimos acima, também as decisões dos juízes mais categorizados que julgam os recursos são falíveis e, admitir que sempre possam existir meios de impugnação para anulá-las ou corrigi-las, levaria a uma interminável cadeia de recursos e à mais absoluta insegurança nas relações jurídicas.

### **3 - O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**

Os limites à renovação dos processos, ao reexame das decisões judiciais e à admissibilidade dos recursos nunca se estabilizaram de modo definitivo. Nos primeiros séculos do Império Romano todas as decisões judiciais passaram a ser recorríveis e podia-se recorrer sucessivamente até chegar ao Imperador. Justiniano, no século VI, eliminou os recursos contra as decisões interlocutórias e limitou os recursos a três graus sucessivos.

Em pleno século XXI, originários das mesmas fontes romanas, existem sistemas processuais sem recursos contra as decisões interlocutórias, outros com recursos apenas contra algumas decisões interlocutórias, e ainda outros, como o atualmente vigente no processo civil brasileiro, com recursos contra quaisquer decisões interlocutórias (CPC, art. 522). Existem sistemas em que são considerados recursos meios de impugnação posteriores à coisa julgada, como a ação rescisória, e outros, como o nosso, em que a noção de recurso

está associada à inexistência de coisa julgada. Existem países em que se admitem recursos para o mesmo órgão jurisdicional que proferiu a decisão impugnada, como o Brasil, enquanto que em outros o recurso impõe o reexame por órgão jurisdicional diverso e mais qualificado. Raros países possuem recursos com base em voto vencido, como os nossos embargos infringentes, ou para esclarecimento de omissões e obscuridades, como os nossos embargos declaratórios.

Se fizermos um paralelo dos sistemas processuais da *civil law* e da *common law*, constataremos diferenças ainda maiores, pois nestes, conforme acentuado por Damaska<sup>12</sup>, o controle que os tribunais superiores exercem sobre os juízos e tribunais inferiores é muito menor, restringindo-se a corrigir eventuais excessos destes últimos no exercício dos seus poderes, que são considerados discricionários, e a escolher certas questões de direito para pronunciamento, quando se consideram aptos a fazer o direito evoluir através de novos precedentes.

Além disso, o acesso à instância recursal quase sempre está condicionado a uma autorização do juízo de origem, mediante decisão irrecorrível, que avalia a consistência da argumentação e a sua probabilidade de êxito.

Em meio a tantas diversidades, muitas delas ditadas por fatores culturais entranhados no cotidiano da administração da justiça de cada povo, algumas características comuns, geralmente aceitas, poderiam ser apontadas, não estivessem elas próprias em risco e sofrendo progressiva deterioração, na luta frenética e sem limites, que atualmente empreendem os tribunais superiores, para debelar a crise decorrente do aumento avassalador de processos e de recursos.

O duplo grau de jurisdição é a principal dessas características, incorporada à tradição jurídica dos países da *civil law*, segundo a qual todo aquele que for atingido na sua esfera de interesses por uma decisão judicial desfavorável deve ter direito a uma segunda oportunidade de julgamento.

---

<sup>12</sup> DAMASKA, Mirjan R., *The faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, 1986 (tradução italiana: *I volti della giustizia e del potere*, Il Mulino, Bologna, 1991, p.95).

No processo penal, o princípio do duplo grau de jurisdição em favor do acusado é uma garantia fundamental universalmente reconhecida, inscrita na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, letra h) e em todos os instrumentos internacionais de direitos humanos.

No processo civil, é controvertida a sua natureza de garantia fundamental. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, no âmbito do processo civil, o duplo grau de jurisdição não é uma garantia fundamental, mas um princípio infraconstitucional. Portanto, segundo tal entendimento, poderia a lei em determinados casos não prever o julgamento por uma nova instância, ou seja, deixar de conferir à parte uma segunda oportunidade de julgamento.

Os processualistas civis, de um modo geral, pensam o contrário, por diversas razões. A primeira delas funda-se no fato de que admitir que alguém perca um direito ou não possa exercê-lo por causa de uma única decisão significa submeter aquele que se considera o seu titular ao arbítrio de um único órgão jurisdicional, o que se agrava ainda mais quando esse órgão é composto de apenas um juiz.

Em segundo lugar, o Poder Judiciário, diante de casos idênticos, tem de proferir decisões idênticas. Se órgãos jurisdicionais julgam de forma diversa causas idênticas e os vencidos são impedidos de recorrer, viola-se o paradigma do Estado de Direito de que todos devem ser tratados igualmente pelo Poder Público.

Justamente porque não é possível que todos os juízes julguem sempre no mesmo sentido é que deve haver recursos a tribunais que estejam a eles sobrepostos, conferindo entendimento uniforme a questões idênticas e evitando a chamada loteria judiciária. A igualdade de todos no Estado de Direito exige que o Judiciário atue harmonicamente, e para isso é indispensável o direito ao recurso<sup>13</sup>.

Então, mesmo não previsto expressamente no artigo 5º da Constituição Federal como garantia fundamental do processo civil, o duplo grau de jurisdição integra o devido

---

<sup>13</sup> Jaime Guasp entende que a uniformização da jurisprudência refoge da “verdadeira essência da função jurisdicional” (GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, tomo 2º, 1968, pp.809-811), opinião que é criticada por José Frederico Marques (MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 2ª ed., 1963, p. 127).

processo legal, o qual incontestavelmente constitui-se numa daquelas garantias ou direitos fundamentais (inciso LIV). Entretanto, os instrumentos internacionais de direitos humanos e a jurisprudência internacional não reconhecem o duplo grau de jurisdição como garantia fundamental no processo civil<sup>14</sup> pelo caráter discricionário de que se reveste o acesso às jurisdições superiores nos países da *common law*.

Os fundamentos do princípio do duplo grau de jurisdição são os mesmos do direito de recorrer já enumerados acima. O primeiro é o inconformismo do vencido, daquele que demandou ou se defendeu de boa-fé, acreditando ser o titular do direito guerreado. Para satisfazer a esse inconformismo, deve-se conferir-lhe uma segunda oportunidade de julgamento da causa, tanto em relação às questões de fato, quanto às de direito.

Assim, o reconhecimento da justiça das decisões judiciais depende muito do sistema de recursos, já que o vencido tende a ter como injusta a decisão a ele desfavorável. No sistema de duplo grau, se o vencido não se convenceu dos argumentos do juiz de primeiro grau, ele pode provocar um novo julgamento, a ser proferido por um tribunal mais qualificado, composto de magistrados mais experientes.

O segundo fundamento do duplo grau de jurisdição é o de melhorar a qualidade das decisões judiciais, aumentando a sua probabilidade de acerto e de justiça. A decisão monocrática, como vimos, tende a gerar o inconformismo do vencido. O recurso a um tribunal superior, que reapreciará a causa colegiadamente, deve assegurar, ao menos teoricamente, a prolação de decisões mais acertadas e mais justas. Ademais, o tribunal de segundo grau terá uma cognição mais completa porque os fundamentos da decisão recorrida, que reapreciará, terão sido examinados e debatidos nas razões e contra-razões recursais apresentadas pelas partes.

O terceiro fundamento do princípio do duplo grau de jurisdição é o de coibir o arbítrio judicial. Toda autoridade pública, sabedora de que seus atos não podem ser revistos, tende a praticar atos arbitrários. Trata-se de uma característica do comportamento humano que não atinge apenas os magistrados.

---

<sup>14</sup> GUINCHARD, Serge, et. alii. **Droit processuel - droit commun et droit comparé du procès équitable**. Paris: Dalloz, 5ª ed., 2009, pp. 690/691.

Assim, o duplo grau de jurisdição é um freio ao arbítrio, porque submete as decisões judiciais ao olhar vigilante do tribunal, que pode reformá-las, anulá-las ou corrigi-las. Psicologicamente, o juiz, ciente daquela vigilância, tende a ser mais cauteloso e propenso a proferir decisões bem fundamentadas e ponderadas.

É verdade que esse fundamento condiz apenas com ambientes de justiça democrática, podendo tornar-se instrumento de intimidação dos juízes nos sistemas autoritários. O controle da justiça e do acerto das decisões judiciais exercido pelos tribunais não pode significar o sacrifício da *independência* dos juízos monocráticos. Em outras palavras, é importante que exista tal controle, mas ele não pode ser intimidador, a ponto de criar nos juízes o receio de sofrerem qualquer represália em razão do conteúdo das suas decisões<sup>15</sup>.

O duplo grau de jurisdição de que hoje tratamos teve origem na Revolução francesa, na qual se travou uma grande polêmica entre os que lhe eram contrários, querendo libertar os juízes de primeiro grau do jugo da nobreza e do absolutismo monárquico que dominava as instâncias superiores e subjugava as jurisdições senhoriais, e os que o defendiam, temerosos do arbítrio dos juízes.

Pensou-se então em acabar com os juízes profissionais, instituindo juízos compostos de leigos escolhidos pelo povo. Afinal, no velho direito germânico, como na *common law*, tribunais populares dispensavam instâncias recursais.

Líderes da Revolução recolheram então milhares de cartas de participantes do movimento, os chamados *cahiers de doléance*, em que prevaleceu a idéia de que deveriam existir dois graus ordinários de jurisdição.

Alfredo Buzaid, citando Redenti, leciona que o número de reexames fixado no princípio do duplo grau representa a busca de um ponto de equilíbrio entre “o desejo de melhorar a decisão *per gradus* e a necessidade de concluir o processo sem delongas”. Os tribunais de segunda instância “reúnem maior tirocínio e experiência, além de ilustração e

---

<sup>15</sup> Nesse sentido, é preocupante o teor da Resolução nº 106/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que estabeleceu como um dos critérios objetivos de avaliação do desempenho qualitativo dos magistrados, para efeito de promoção, “o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores” (art. 5º, letra e).

cultura, adquiridas ao longo dos anos no exercício da função judiciária”<sup>16</sup>. No mesmo sentido, José Frederico Marques assinala que o sistema recursal deve ser o ponto de equilíbrio de duas exigências ou tendências antagônicas: a de propiciar o controle e aperfeiçoamento das decisões judiciais e a de garantir, em certo momento, a sua inexorabilidade<sup>17</sup>.

O duplo grau é consequência, portanto, das exigências de justiça e segurança, graças a um segundo exame que permita a correção de erros e o suprimento de lacunas.

Rememorando o debate na Assembléia Constituinte francesa a respeito da pluralidade dos graus de jurisdição, Seabra Fagundes sustenta que o sistema de recursos existe como fator de maior segurança para o acerto da prestação jurisdicional, pois, constitui meio para reapurar a juridicidade da sentença recorrida, existindo razões que o fazem supor mais seguro na apreciação dos fatos e na aplicação do direito, entre as quais o juízo coletivo, que “enseja solução mais adequada da lide, através da permuta de argumentos, do choque de raciocínios, do esclarecimento recíproco de obscuridades e minúcias do processo”<sup>18</sup>.

A extensão do princípio do duplo grau merece ser analisada sob duplo aspecto, variando a esse respeito os diversos ordenamentos. O primeiro se refere à sua aplicação a todos os tipos de decisão ou apenas às sentenças. Assim, por exemplo, no direito norteamericano, pela chamada *final-judgement rule*, em geral somente pode ser interposto recurso da sentença final<sup>19</sup>, não das decisões interlocutórias, que o juiz profere no curso do processo. No nosso processo do trabalho, assim como no processo civil italiano, não existem recursos contra decisões interlocutórias.

Alcides de Mendonça Lima leciona que não se exige que toda decisão judicial seja recorrível, mas que o sejam todas aquelas que representam a entrega definitiva da prestação

---

<sup>16</sup> BUZAID, Alfredo. Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil. In **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 102-103.

<sup>17</sup> MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 2ª ed., 1963, pp.6-7.

<sup>18</sup> FAGUNDES, M. Seabra. **Dos recursos ordinários em matéria civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1946, pp. 12-15.

<sup>19</sup> FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R.. **Civil procedure**. St. Paul: Thomson-West, 4ª ed., 2005, p. 618.

jurisdicional ou o encerramento do processo ou que levem a consequências irremovíveis. É o princípio da recorribilidade das resoluções judiciais relevantes<sup>20</sup>. Parece-me que o problema deve ser posto em outros termos. Os mesmos fundamentos que justificam a recorribilidade das sentenças finais impõem também a possibilidade de impugnação de qualquer decisão interlocutória da qual possa resultar algum prejuízo para a parte, seja esse prejuízo removível ou não. O que interessa é saber se toda decisão interlocutória deve ser impugnável de imediato ou somente por meio do recurso contra a sentença final. Parece-me que a ampla impugnabilidade imediata de qualquer decisão interlocutória é um exagero, que pode atravancar o processo com uma série interminável de incidentes. Além disso, causa a ilusão de que toda decisão não impugnada preclui, o que torna o processo um jogo de espertezas e acaba provocando a interposição de recursos contra decisões pouco relevantes. Devem ser impugnáveis de imediato as decisões interlocutórias que causam à parte uma lesão grave ou de difícil reparação. As demais devem aguardar a sentença final e serem reexaminadas pelo tribunal superior juntamente com o recurso contra ela interposto. Nesse sentido tentou evoluir o direito brasileiro com a reforma do artigo 522 do CPC procedida pela Lei 11.187/2005, a meu ver sem muito êxito, porque a excessiva fragmentação do procedimento de primeiro grau e a sua demora acabaram por agravar pequenas lesões que, num procedimento mais concentrado, poderiam ser reexaminadas apenas a final. Além disso, se, de qualquer modo, cabe agravo contra qualquer decisão, retido ou imediato, e parece prudente recorrer para evitar eventual preclusão, por que não tentar processá-lo de imediato, procurando evidenciar a existência de uma lesão grave?

Sob outro aspecto é preciso diferenciar a extensão do princípio do duplo grau de jurisdição. Já Chiovenda esclarecia que o duplo grau pode disciplinar-se de dois modos: ou igualando plenamente o segundo grau ao primeiro; ou limitando o exame do segundo grau<sup>21</sup>. O direito francês, o direito italiano e o próprio direito alemão dos Códigos do século XIX, seguindo a tradição romana, consideravam que o recurso de apelação provocava a renovação do processo por inteiro. Aproveitavam-se as provas produzidas na primeira

---

<sup>20</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 138; idem MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 2ª ed., 1963, pp. 55-56.

<sup>21</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Principi di Diritto Processuale Civile**. 3ª ed. Napoli: Jovene, 1923, p.392-393.

instância, mas apresentavam-se novos atos postulatórios, com a possibilidade de suscitar questões de fato e de direito não arguidas no primeiro grau, com novos pedidos, novas defesas e até reconvenção, novas provas e nova audiência, tudo culminando em uma nova sentença. O segundo sistema, originário da *common law* e que penetra nos países da *civil law* a partir do Código austríaco de 1895, considera o recurso como um simples instrumento de controle da legalidade e justiça da decisão de primeiro grau. A sua interposição provoca somente a prolação de uma nova sentença ou de uma nova decisão, com o mesmo material cognitivo já suscitado e produzido no primeiro grau de jurisdição. Novas questões de fato e de direito e novas provas somente podem ser alegadas e produzidas *ex novo* em casos excepcionais, como os de fatos ou de direito supervenientes ou de provas surgidas ou conhecidas após o encerramento da instrução perante o juízo recorrido. De qualquer modo, os elementos individualizadores da demanda inicialmente proposta não podem ser alterados. Pouco a pouco todos os países europeus, em maior ou menor extensão, especialmente como reação ao crescimento do volume de recursos, passaram a limitar a cognição em grau de recurso, transformando a extensão do duplo grau da função de renovação do processo como um todo para a de simples controle da justiça e acerto da decisão de primeiro grau. Alguns sistemas, como o alemão por meio da reforma de 2001, aproximaram mais fortemente os seus ordenamentos dos sistemas da *common law*, sujeitando a admissão do recurso de apelação a um juízo de probabilidade de êxito e limitando o seu efeito devolutivo, ou seja, o seu poder de reexame, apenas às questões de direito, excluída a matéria de fato<sup>22</sup>.

Seja qual for a extensão que se dê ao princípio, nenhuma causa deve ficar sujeita a um julgamento definitivo em apenas um grau de jurisdição, ainda que de pequeno valor. A única exceção, admitida pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos até mesmo em matéria criminal, é a dos processos da competência originária de tribunais superiores porque, nesse caso, a colegialidade do juízo de grau único, a mais elevada qualificação, experiência e reputação dos juízes, a mais intensa transparência a que estão sujeitos os seus julgamentos, são suficientes para desestimular decisões arbitrárias e justificam a dispensa do duplo exame.

---

<sup>22</sup> Remo Caponi. L'appello nel sistema delle impugnazioni civili (note di comparazione anglo-tedesca). In **Rivista di diritto processuale**, ano LXIV, n. 3, maio-junho de 2009. Padova: CEDAM, pp.632, 635-642..

### 3.1 - O DUPLO GRAU E A REDUÇÃO DAS GARANTIAS

Pedro Batista Martins observou corretamente que a adoção de um modelo de duplo grau que se resume à renovação do julgamento final, que é o modelo ao qual progressivamente se afeiçoam por razões práticas quase todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos, sacrifica um dos princípios cardeais do sistema oral, a imediação, pela distância dos julgadores em relação às provas<sup>23</sup>.

Alcides de Mendonça Lima igualmente adverte para o perigo de uma cognição insuficiente como consequência da obsessão pela celeridade, pois “há maior prejuízo no erro dos juízes do que na demora no andamento dos processos”. No mesmo sentido, invoca a lição de Eduardo Couture: “... por las mismas razones por las cuales nadie ansia sacrificar la eficacia de la justicia a su bondad, tampoco es posible sacrificar su bondad a la celeridad”<sup>24</sup>.

Repudiando a redução da extensão do duplo grau, Juan Montero Aroca conclui que somente há verdadeira segunda instância se as partes podem fazer novas alegações fáticas e propor e produzir novas provas, pois, desse modo, o tribunal de segundo grau disporá de todos os elementos colhidos no primeiro grau e mais os que tiverem sido por ele colhidos diretamente<sup>25</sup>.

No entanto, a Corte Européia de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que, tendo havido uma audiência pública na primeira instância, as circunstâncias da causa podem dispensá-la na segunda instância.

Paradoxalmente, a mesma Corte tem entendido que, se o ordenamento jurídico institui jurisdições recursais, ele deve garantir que perante elas os jurisdicionados gozem do direito a um processo justo, entendido como o direito de acesso ao juízo do recurso com

---

<sup>23</sup> MARTINS, Pedro Batista. **Recursos e processos da competência originária dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 150.

<sup>24</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p.139-140.

<sup>25</sup> MONTERO AROCA, Juan, **Proceso (civil y penal) y garantia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 290.

todas as garantias fundamentais que asseguram a tutela jurisdicional efetiva pelo juízo recursal<sup>26</sup>.

O duplo grau de jurisdição, com a integral renovação do processo ou apenas com a renovação do julgamento, tem de assegurar às partes, junto ao juízo de segundo grau, a mais ampla possibilidade de influírem eficazmente na nova decisão. Não satisfaz às garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal, que, perante o novo juízo, os litigantes estejam tolhidos de oferecer alegações, propor e produzir provas e travar, se desejarem ou se as circunstâncias da causa o exigirem, o diálogo humano com os seus julgadores, meios indispensáveis a que possam influir eficazmente na nova decisão. Mesmo nos chamados recursos de fundamentação vinculada, ou seja, aqueles em que o novo juízo está restrito à reapreciação de algum tipo de questão, como a questão de direito federal, constitucional ou legal, no recurso extraordinário e no recurso especial, em relação a essa questão as partes devem desfrutar de todas as garantias de um processo justo.

Assim, não basta que o contraditório e a ampla defesa, com todos os seus consectários, tenham sido amplamente assegurados no primeiro grau de jurisdição, porque à segunda instância incumbe proferir uma nova decisão, por novos juízes, com o mesmo alcance da decisão de primeiro grau e que a esta substitui. Portanto, as garantias fundamentais devem ser amplamente respeitadas perante esse novo juízo, sem prejuízo do aproveitamento do conteúdo dos atos já praticados no primeiro grau. Não se despreza a cognição de primeiro grau, mas reconhece-se que, pelo menos a que resultou de atos orais, pode apresentar-se perante o tribunal de 2º grau de modo bastante incompleto. Por isso, não é possível aceitar a simplificação do procedimento recursal a ponto de rejeitar de modo absoluto a possibilidade de renovação dos atos orais ou de produção de novas provas, sob pena de sacrificar o respeito às garantias fundamentais do processo e de desvirtuar o próprio princípio do duplo grau de jurisdição que, em lugar de aumentar a probabilidade de acerto e de justiça da decisão, tornará bastante provável que a decisão de 2º grau seja pior do que a anterior.

---

<sup>26</sup> GUINCHARD, Serge, et. alii. **Droit processuel - droit commun et droit comparé du procès équitable**. Paris: Dalloz, 5ª ed., 2009, p. 683.

Nessa perspectiva deve ser analisada a legitimidade de certas limitações e preclusões, como a do art. 517 do CPC, que costumam ser aplicadas com excessiva rigidez, em detrimento ao respeito das garantias fundamentais do processo, o que deixaremos para outro estudo.

#### **4 – PRINCÍPIOS DO SISTEMA DE RECURSOS**

Apesar do inegável fundamento na dignidade humana, que teve em todas as épocas a instituição de recursos contra decisões judiciais, a criação de órgãos jurisdicionais e de tribunais, assim como dos meios de acessá-los, sempre esteve sob a influência do poder político, que, na medida do possível, usou a administração da justiça como um instrumento a seu próprio serviço, mais do que a serviço dos jurisdicionados. Desde o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, no século V d.C., passando pelas nossas Ordenações do Reino, pelo Código de Luís XIV de 1667, pelo Código de Napoleão de 1807, por quase todas as codificações dos séculos XIX e XX, as grandes legislações processuais refletiram os costumes judiciários de cada povo, procurando acomodá-los aos interesses dos tribunais e dos soberanos.

Entretanto, para possibilitar o estudo do nosso próprio sistema recursal e, especialmente, para avaliar qualitativamente a evolução recente que ele vem sofrendo no Brasil e que se imagina que ainda venha a sofrer, particularmente no enfrentamento do volume excessivo de processos e na expansão da sua informatização, considero indispensável fixar os princípios básicos, geralmente aceitos, que têm caracterizado os sistemas recursais dos povos ocidentais, em especial nos países da *civil law*, a saber: a) a taxatividade; b) a voluntariedade; c) a eventualidade; d) a temporariedade; e) proibição da *reformatio in pejus*; f) a diversidade do órgão; g) a colegialidade; h) a publicidade; i) a singularidade; j) a fungibilidade; k) o desestímulo a recursos protelatórios; l) a exaustividade do sistema recursal; m) acesso a um tribunal superior para coibir decisões judiciais contrárias à lei; e n) o acesso subsidiário à jurisdição constitucional.

a) *Taxatividade*

No processo civil como relação jurídica de direito público, que se trava perante um órgão estatal, somente a lei pode facultar que a decisão de um órgão jurisdicional seja reexaminada e revista, seja por ele mesmo, seja por outro órgão, porque com a sua decisão, o órgão jurisdicional que a proferiu cumpriu o dever do Estado de exercer a jurisdição em relação à pretensão ou à questão que lhe foi submetida. Ainda que se considere que, pelo princípio do duplo grau de jurisdição, a lei estatal incorreria em inconstitucionalidade por omissão se deixasse de instituir recurso para possibilitar o reexame de qualquer resolução judicial relevante, na verdade o exercício do direito de recorrer não é viável sem a regulamentação legal que defina perante quem o recurso deve ser interposto, em que prazo, quais as decisões que por meio dele podem ser impugnadas, quais as questões cujo exame pode provocar e a que órgão caberá julgá-lo. Não se admite, portanto, recurso por analogia.

Por outro lado, a taxatividade é uma decorrência da separação de poderes. O Legislativo estabelece as normas de comportamento, genéricas e abstratas, que os juízes e as partes devem observar no processo judicial, pois somente o legislador pode conferir direitos e deveres a quaisquer sujeitos. Já salientei<sup>27</sup> que, em certos casos excepcionais, a Constituição e a lei processual têm delegado aos regimentos internos dos tribunais complementarem a legislação processual, como ocorre com a disciplina da competência dos órgãos judicantes dos próprios tribunais, prevista no inciso I do art. 96 da Carta Magna, com as regras sobre a distribuição e sobre o processamento dos embargos infringentes, que são tratadas nos artigos 548 e 533 do Código de Processo Civil. Essa complementariedade não permite que a resolução de um tribunal crie um recurso ou estabeleça normativamente casos diversos de admissibilidade de um recurso não previstos pela lei, pois, se isso ocorrer, estará sendo violado o princípio constitucional da separação de poderes e estaremos retrocedendo à Idade Média, em que os tribunais criavam as suas próprias regras, legislando como lhes convinha em seu próprio benefício. Mas não é preciso regredir a muitos séculos atrás. Nós mesmos, no Brasil, antes da Constituição de 1988, tivemos a triste experiência da autorização dada ao Supremo Tribunal Federal para regular em seu regimento interno o processo das causas de sua competência e de limitar, pelo mesmo

---

<sup>27</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: 2ª ed., Forense, vol. I, 2010, item 2.2.5.

meio, a admissibilidade do recurso extraordinário, o que resultou na manipulação das normas pelo tribunal em benefício do seu próprio interesse e em escolhas arbitrárias de matérias suscetíveis de serem reexaminadas.

Recentemente assistimos no Brasil a uma violação desse princípio com a extensão jurisprudencial da admissibilidade de embargos de declaração contra decisões interlocutórias. Ora, o art. 535 somente prevê esses embargos para esclarecimento de sentenças ou acórdãos, não de decisões interlocutórias do juízo de primeiro grau. O argumento para justificar essa extensão é o de que também as decisões interlocutórias podem apresentar omissão, obscuridade ou contradição e que a sua complementação ou o seu esclarecimento podem dificultar a continuidade do processo. Ocorre que, à falta de previsão legal, nada impede que o juiz em decisão subsequente, complemente ou esclareça a decisão interlocutória omissa, obscura ou contraditória. O que não é possível é admitir que os embargos de declaração que foram estruturados para impugnar decisões finais dos juízos de primeiro grau e, por isso, suspendem a execução da decisão e interrompem o prazo para a interposição de qualquer outro recurso, sejam utilizados para atacar decisão interlocutória, prejudicando a marcha do processo e interrompendo o prazo para a interposição do recurso cabível.

A taxatividade tem sido invocada com frequência para censurar a criação por leis estaduais de organização judiciária ou regimentos internos dos tribunais dos chamados *agravos internos* ou *agravos regimentais*. Veja-se, por exemplo, o agravo criado pelo art. 226 do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. A instituição de um recurso cria direito subjetivo processual, o que, de acordo com o art. 22, I, da Constituição Federal, é matéria da competência legislativa privativa da União Federal. Penso que, nesse caso, não se trata de um recurso. Nos tribunais superiores, o órgão jurisdicional não é cada juiz que o compõe, individualmente, mas o tribunal como um todo. Muitas vezes, como ainda veremos, no processamento de ações ou recursos perante os tribunais superiores, a lei delega a apenas um membro desse tribunal, monocraticamente, a prática de certos atos decisórios. Como o juiz natural da causa é o colegiado, os chamados *agravos regimentais* apenas facultam que o interessado exija que a matéria seja apreciada

por ele, não se contentando com a decisão monocrática do presidente do órgão ou do relator.

Mais uma quebra do princípio da taxatividade ocorreu com a edição, em dezembro de 2009, da Resolução nº 12, pelo Superior Tribunal de Justiça, instituindo a reclamação para o Tribunal, no prazo de quinze dias, para a reforma de decisão final de turma recursal de juizado especial cível estadual, quando a decisão reclamada afrontar súmula ou jurisprudência do próprio Tribunal. Essa Resolução permite que o STJ, como no processamento dos chamados recursos especiais repetitivos, suspensa o processamento de todas as causas sobre a mesma questão, pendentes em quaisquer juizados do País.

*b) Voluntariedade*

O recurso é necessariamente uma manifestação de vontade de um dos sujeitos processuais, movido por algum interesse em que a decisão recorrida seja reexaminada ou modificada. Como tal, o recurso provoca a renovação ou reiteração do exercício da jurisdição em relação a uma demanda ou a uma determinada questão jurídica. É assim, um ato de iniciativa processual, análogo à propositura da ação, dele diferindo, especialmente, porque esta corresponde a um ato de iniciativa originária. A ação provoca o exercício da jurisdição até então absolutamente inerte. Já o recurso é um ato de iniciativa derivada, que pressupõe o exercício da jurisdição sobre uma determinada causa ou sobre uma determinada questão. A ação determina a formação do processo, enquanto o recurso determina a continuidade do processo ou a instauração de novo incidente dentro de um processo pré-existente. Pela mesma razão segundo a qual a jurisdição não se exerce *ex-officio*, também ela não se renova, não se exerce novamente *ex-officio*.

O juiz não tem qualquer interesse em que a sua decisão seja revista ou reexaminada, por ser o mais isento de todos os sujeitos processuais. Para Carnelutti, o recurso é sempre voluntário, não porque não interesse ao Estado a verificação da justiça da sentença, mas porque a aquiescência das partes é indicativa ou de sua justiça ou da tolerabilidade da sua

injustiça, no sentido de que a sua reparação não compensa o custo da renovação do procedimento<sup>28</sup>.

Na Idade Média e em épocas mais recentes, inicialmente no processo penal e posteriormente também no processo civil, na defesa de um suposto interesse público que poderia eventualmente ser violado por determinadas decisões judiciais, o legislador instituiu apelações *ex-officio*, que consistiam em ordens de remessa da sentença à instância superior pelo juiz que a proferiu, ficando a sua eficácia condicionada à sua confirmação. Alfredo Buzaid, antes mesmo do Código de 1973, teve oportunidade de demonstrar que não se tratava propriamente de um recurso, mas de uma mera providência ditada com fundamento na ordem pública. Conforme o Autor, essa imposição legal consistia numa ordem “de devolução da causa à instância superior”, reduzindo a sentença a uma mera situação jurídica, “não existindo como declaração de direito, mas tão-somente como elemento de uma possível declaração”<sup>29</sup>. O Código de 73 manteve o instituto no artigo 475, embora não o incluísse no sistema recursal, mas na disciplina da coisa julgada, recebendo da doutrina e da jurisprudência a denominação de *duplo grau de jurisdição obrigatório*, de *remessa necessária* ou de *reexame necessário*. Atualmente esse reexame, por força de alterações introduzidas no referido artigo por legislação posterior, está restrito apenas a algumas causas e decisões de interesse da Fazenda Pública, com exclusão das causas em que a condenação ou o direito controvertido não exceda a 60 salários mínimos, nos embargos a execuções fiscais até esse limite, e nas causas em que a sentença se fundamente em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula desse Tribunal ou do Superior Tribunal de Justiça (CPC, art. 475, §§ 2º e 3º, acrescentados pela Lei 10.352/2001).

No atual estágio de evolução da doutrina processual, à luz das garantias fundamentais do processo, parece-me absolutamente insustentável a manutenção desse instituto, seja qual for a sua roupagem, por afronta à garantia da tutela jurisdicional efetiva (Constituição, art. 5º, XXXV). Esta garantia pressupõe o acesso do jurisdicionado ao órgão jurisdicional competente para, no exercício da soberana autoridade estatal, tutelar o seu

<sup>28</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Buenos Aires, EJE, vol. II, 1973, p.187.

<sup>29</sup> BUZAID, Alfredo. Da apelação *ex-officio* no sistema do Código de Processo Civil. In **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 262 e 270.

direito, caso reconheça a sua existência. Submeter o jurisdicionado a um mero parecer, que não declara conclusivamente o direito das partes, nem representa o ato de vontade do Estado, mas o distancia do acesso ao seu juiz natural, reduz sensivelmente a efetividade do processo.

É verdade que institutos como a tutela antecipada (CPC, art. 273), a antecipação da tutela da pretensão recursal (art. 527-III) e outros têm minorado os efeitos nefastos do duplo grau de jurisdição obrigatório, que sobrevive como entulho autoritário representativo de uma época em que o Estado não confiava nos juízes de primeiro grau, nem na exação dos seus próprios procuradores.

### *c) Eventualidade*

O recurso é um direito eventual, que nasce em determinado processo como consequência do prejuízo, do gravame ou da sucumbência. Ninguém interpõe um recurso, ninguém adquire o direito de interpô-lo, se não houver na decisão algum pronunciamento que lhe cause prejuízo ou que cause prejuízo ao interesse de alguém, que o recorrente esteja legitimado a defender. O prejuízo pode ocorrer na apreciação do direito material ou resultar da resolução de uma questão processual. Por isso, o direito de recorrer se origina da decisão desfavorável. Enquanto ela não existir, não existirá o direito de recorrer.

Questiona-se se os embargos declaratórios para esclarecer obscuridade ou contradição ou complementação em ponto omissis, sem alterar o conteúdo da decisão, seria propriamente um recurso, porque lhe faltaria a pretensão de reforma, modificação ou anulação da decisão e, portanto, mesmo o vencedor pode interpô-lo. Na minha opinião, por esse prisma a objeção não procede, porque a incerteza sobre o conteúdo total ou parcial da decisão, por falta de clareza ou de precisão, é também um prejuízo, ainda que mínimo, que pode trazer consequências jurídicas. Não se interpõem embargos de declaração apenas para aperfeiçoar esteticamente a decisão.

Se a omissão for total, isto é, se não houver decisão, o que ocorre nas hipóteses em que o juiz excede sem justificativa os prazos legais, também poder-se-ia vislumbrar prejuízo, no entanto, o direito que daí nasce, em razão da denegação de jurisdição, não é o

de recorrer, mas o de obter o provimento inicial do qual se absteve o juiz, nos termos do art. 198 do Código, através de outro juiz, sem prejuízo da promoção da responsabilidade disciplinar do primeiro magistrado. Para conciliar essa providência com a garantia do juiz natural, será indispensável que a escolha do novo julgador se revista da mais absoluta impessoalidade.

No direito brasileiro tem-se entendido que a decisão que encerra o processo sem resolução do mérito, por falta de condição da ação, de pressuposto processual ou por algum outro motivo previsto no art. 267, somente causa prejuízo ao autor, não ao réu. Essa orientação não me parece correta. Se o réu foi citado e já contestou a ação ou decorreu o seu prazo de resposta, tem ele interesse em obter uma sentença de mérito que o livre definitivamente do ônus de se defender e de ser molestado no gozo do seu direito pelas provocações do autor. Ora, a sentença terminativa não confere ao réu essa segurança, consoante estabelece o art. 268 do Código. Portanto, tem sim o réu interesse em recorrer da decisão terminativa do feito. Tanto isso é certo, que o próprio Código estabelece, no artigo 267, § 4º, que após o decurso do prazo para a resposta do réu, o autor não poderá, sem o seu consentimento, desistir unilateralmente da ação.

#### *d) Temporariedade*

O recurso é um direito que nasce com a publicação da decisão desfavorável e que se extingue rapidamente, ou seja, é um direito subjetivo efêmero, de curta duração, consoante dispõem, entre outros, os arts. 508 e 522 do Código de Processo Civil, que estabelecem prazos de quinze e dez dias para a sua interposição. Os prazos recursais são todos perentórios.

Como os recursos constituem direitos subjetivos que nascem dentro de uma relação jurídica dinâmica, em constante movimento em direção ao seu fim, a lei lhes confere curta duração para que rapidamente se estabilizem ou sejam reexaminadas as decisões proferidas no processo, o que visa a conferir assim segurança ao subseqüente desenvolvimento do processo, bem como a pacificar definitivamente a controvérsia, no caso da sentença de mérito.

São extremamente inconvenientes prazos recursais muito longos, assim como a excessiva demora no julgamento dos recursos, prolongando a incerteza e prejudicando o pleno gozo do direito material por aquele que a final sair vencedor. Embora entre nós não seja considerada um recurso, como em outros países, o prazo de dois anos para ajuizamento da ação rescisória (CPC, art. 495), é, por essa razão, evidentemente um prazo irrazoável.

*e) Proibição da reformatio in pejus*

Sendo o recurso o direito subjetivo de obter o reexame de uma decisão judicial que causa prejuízo ao recorrente ou ao interesse de alguém que o recorrente esteja legitimado a defender, desse reexame somente poderá resultar uma decisão que reduza esse prejuízo ou o mantenha, mas não que o agrave. É a chamada proibição da *reformatio in pejus*. Se a decisão foi parcialmente desfavorável a ambas as partes, o recurso de cada uma delas somente provocará o reexame da parte que a prejudica. Nesse caso, para que a decisão seja revista por inteiro será necessário que ambas as partes recorram. O Código de 1973 criou, para atender a essas situações, a figura do recurso adesivo, regulado no seu artigo 500.

Tem-se sustentado, a meu ver erroneamente, que não estariam sujeitas à proibição da *reformatio in pejus*, as decisões que em grau de recurso reconheçam de ofício a falta de condições da ação ou de pressupostos processuais cuja ausência caracterize uma nulidade absoluta, e outras consideradas de ordem pública, como a prescrição de direitos não patrimoniais. Não é verdade. Se a sentença possui dois ou mais capítulos autônomos decididos desfavoravelmente a uma das partes e esta somente recorreu de um deles, a decisão sobre o restante transitou em julgado. Se nesse recurso o tribunal superior reconhecer que o autor era carecedor da ação por falta de legitimidade *ad causam*, a carência de ação poderá ser decretada apenas em relação ao capítulo da decisão que foi impugnado pela interposição do recurso. A decisão sobre o outro não pode mais ser modificada.

*f) Diversidade do órgão*

Em todo recurso há um órgão do qual se recorre, aquele que proferiu a decisão impugnada, e a que chamamos de órgão *a quo*; e um órgão para o qual se recorre, ou seja, o órgão que vai julgar o recurso, a que denominamos de órgão *ad quem*. Esses órgãos devem ser diferentes e compostos de diferentes magistrados. No estudo que fizemos dos pressupostos processuais subjetivos relativos ao juiz<sup>30</sup>, afirmamos que o juiz não pode exercer jurisdição no processo em que tenha exercido qualquer outra função. O artigo 134, III, exprime claramente esse princípio ao proibir que o juiz exerça a sua função no processo em que, no primeiro grau de jurisdição, proferiu sentença ou decisão, porque, conforme então asseveramos, ninguém pode julgar os próprios atos, ninguém pode ser juiz de si mesmo. Há uma absoluta incompatibilidade, para o exercício da jurisdição em grau de recurso, de qualquer juiz que tenha proferido a decisão recorrida ou qualquer decisão anterior a ela no mesmo processo. Essa incompatibilidade se estende ao órgão ou aos magistrados do mesmo órgão, na medida em que a vinculação de cada magistrado ao respectivo órgão jurisdicional condiciona o seu comportamento e reduz a sua independência, influenciando-o a cerrar fileiras ao lado de outros magistrados com os quais compartilha o exercício das funções do referido órgão.

Mas a diversidade pressupõe também que o juízo *ad quem* se localize numa posição hierarquicamente superior ao juízo *a quo* na estrutura judiciária. Embora as garantias constitucionais da magistratura devam assegurar aos juízes de qualquer grau a necessária independência, a credibilidade das decisões judiciais e a confiança de que devem desfrutar no seio da coletividade impõem que os atos dos magistrados somente sejam censurados por magistrados dotados de maior experiência, de maior reputação e que não possam vir a sofrer dos primeiros qualquer represália em razão da correção das suas decisões. Nos países que adotam o auto-governo da magistratura, como o Brasil, a superioridade do juízo *ad quem* se relaciona com a própria função de controle disciplinar e de avaliação de desempenho que os tribunais superiores exercem sobre os juízes das instâncias inferiores. Já vimos no exame dos fundamentos do direito de recorrer como essa idéia de controle hierárquico é essencial a qualquer bom sistema recursal.

---

<sup>30</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: 2ª ed., Forense, vol. I, 2010, item 14.1.3.1..

Infelizmente, em muitos sistemas recursais e em muitos países, o princípio da diversidade não é levado tão a sério. Carnelutti, por exemplo, argumentava que os recursos, que visam a corrigir uma anomalia que viciou o procedimento anterior, a que denominava de *procedimentos de reparação*, podem ser decididos pelo mesmo órgão; enquanto naqueles que visam a remediar a injustiça da decisão, provocando uma nova decisão, é conveniente a diversidade de órgão<sup>31</sup>.

Entre nós, o reexame do mérito pelo próprio julgador, como ocorre com os agravos e com os embargos, como já vimos, surgiu como necessidade prática em Portugal e no Brasil, em razão da distância entre os juízos de primeiro grau e os tribunais e do incentivo ao reexame pelo próprio julgador, temeroso de sanções ou represálias dos tribunais superiores, o que veio a desvirtuar o sentido clássico do instituto<sup>32</sup>. Diante dessas razões, além dos numerosos casos em que a nossa lei prevê o julgamento de recursos pelo mesmo juiz ou pelo mesmo órgão jurisdicional, com muita frequência os juízes se sentem à vontade para rever e modificar as suas decisões através de esdrúxulos *pedidos de reconsideração*, cujo maior defeito, ainda mais grave do que a violação do princípio da taxatividade, é o descrédito que geram na sociedade quanto à qualidade das decisões judiciais e quanto à confiança que devem merecer os juízes. Afinal, a pretexto de corrigirem erros ou de repararem injustiças, nunca se sabe se a segunda decisão é melhor ou pior do que a primeira. Isso sem falar que às vezes a segunda acaba sendo substituída por uma terceira<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Buenos Aires, EJE, vol. II, 1973, pp. 182-183.

<sup>32</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 132.

<sup>33</sup> Costumo narrar aos meus alunos uma história da minha vida profissional, que está na minha memória, mas que, nesta altura da vida, já não tenho certeza em que medida é verdadeira ou fruto da minha imaginação, de um afável juiz, que, despachando em seu gabinete, atendia cordialmente a todos os advogados que o interrompiam querendo despachar uma petição urgente e que dispensava que perdessem tempo em explicar-lhe os seus argumentos e educadamente lhes tomava das mãos a petição que traziam e despachava: “J., sim, em termos”. E arrematava verbalmente: “Eu já entendi tudo, doutor. Muito boa tarde.” Os advogados saíam felizes do gabinete e assim ele não perdia tempo de ouvir as arengas que muitos deles teriam feito, atrapalhando o seu penoso trabalho diário de despachar centenas de processos que cobram a sua mesa. Num determinado processo, uma ação possessória, concedida a liminar, por cinco vezes sucessivas esse juiz a revogou e depois a restaurou, a cada vez que o advogado do réu ou do autor adentrou ao seu gabinete

*g) Colegialidade*

Montesquieu, na sua clássica obra sobre o *Espírito das Leis*, manifestou a sua opinião, que merece ser sempre lembrada, de que um juiz singular somente pode existir em um governo despótico e que a história romana evidencia a que ponto um juiz único pode abusar do seu poder<sup>34</sup>.

Na primeira instância, somente os países da *common law* e os países ibéricos fogem da tradição de juízos preponderantemente colegiados<sup>35</sup>. E nos tribunais superiores, somente a Inglaterra apresenta exceções a essa regra tradicional.

Entre nós, a doutrina esmagadora, embora reconhecendo terem existido exemplos de 2ª instância monocrática na legislação imperial e reinícola, sempre sustentou com vigor a colegialidade como princípio inderrogável.

Cito aqui dois depoimentos, distanciados entre si por duas décadas, de dois dos nossos maiores processualistas, Affonso Fraga e José Frederico Marques:

Do primeiro, em 1941:

“Sendo o tribunal de segundo grau composto de pluralidade de juízes, geralmente doutos e tirados da instância inferior, onde durante muito tempo exerceram a arte de julgar, segue-se que está em condições de nas suas decisões oferecer melhores arras de retidão à lei e à justiça. Basta o bom senso para mostrar que a decisão do tribunal colegial oferece bem mais segurança de justiça que o juízo singular: dois olhos vêem mais que um; crescendo que é mais fácil o suborno e prevaricação de um que de muitos”<sup>36</sup>.

---

portando uma nova petição. E nenhum advogado jamais pôde se queixar de que ele deixou de dar atenção aos seus argumentos ou de acolher os seus requerimentos.

<sup>34</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **De l'esprit des lois**. Paris: Garnier, tomo I, 1949, livro VI, capítulo VII, p.87.

<sup>35</sup> A Itália adotou o juiz único de primeiro grau apenas na década de 90 do século passado, atribuindo ainda causas de maior relevância ao tribunal colegiado.

<sup>36</sup> FRAGA, Affonso. **Instituições do Processo Civil do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1941, tomo III, p.14.

Do segundo, em 1963:

“O princípio que domina e rege todo o Direito Processual pátrio, em matéria de recurso, é o princípio da colegialidade do Juízo *ad quem*. Com isto, os julgamentos em grau de recurso infundem maior confiança e, de certo modo, são mais seguros que os de primeiro grau”<sup>37</sup>.

O peso dessa doutrina refletiu-se na resistência verificada até certa época entre nós à criação de turmas nos tribunais superiores, pelo entendimento de que as competências a eles outorgadas pela Constituição deveriam ser exercidas por todos os seus membros, em composição plena<sup>38</sup>.

Em 1986, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional dispositivo do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Goiás, que pretendia monocratizar decisões, declarando: “Em favor de qualquer de seus membros, *uti singuli*, não podem os Tribunais declinar de competência que a Constituição neles investiu, enquanto órgãos colegiados”<sup>39</sup>.

A colegialidade protege a independência dos julgadores que, por ela, se tornam menos suscetíveis de sucumbirem a pressões. Ademais, é garantia de maior igualdade nos julgamentos, que não representam a opinião de uma só pessoa; estimula decisões mais refletidas e moderadas, porque resultantes da troca de opiniões e de pontos de vista entre os julgadores; goza de maior legitimidade política, porque é pluralista na aplicação da lei, como o é o Parlamento, na sua elaboração.

No entanto, em muitos países, e no Brasil de modo acentuado, reformas recentes têm criado exceções à colegialidade no julgamento dos recursos para enfrentar os desafios da explosão do número de processos e de recursos, especialmente causada pelo chamado contencioso de massa. Sem medo de errar, pode-se afirmar que, nos tribunais superiores da

---

<sup>37</sup> MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 2ª ed., 1963, p. 7.

<sup>38</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, pp. 147-154; BUZAID, Alfredo. Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil. In **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 117.

<sup>39</sup> Acórdão na Representação 1.299-9, j. em 21/8/86; publ. DJU 14/11/86, consultado no site [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), em 27/1/2010.

União e nos tribunais de 2º grau dos Estados mais populosos, mais de 80% dos recursos estão sendo resolvidos por decisões unipessoais dos relatores. Num Estado, como o do Rio de Janeiro, em que concorrem 20 Câmaras Cíveis com cinco desembargadores cada uma, são 100 juízos monocráticos diferentes adotando decisões sobre causas da mesma natureza, o que significa que a justiça de 2º grau em nosso Estado, tornou-se decididamente lotérica, aleatória, dependente da sorte, fenômeno altamente preocupante pela absoluta insegurança do desfecho de qualquer demanda, que eventuais agravos internos para as Câmaras não conseguem satisfatoriamente remediar pela massificação desses julgamentos que impede que o colegiado exerça plena cognição sobre todas as circunstâncias de cada causa.

A essa crítica, que seguirei sustentando, apesar da resposta conformista de muitos de que “não há outro remédio”, diante do volume de processos, retruco que as reformas estão aplicando a solução mais simplista, mais inconveniente e, ao mesmo tempo, mais econômica, porque mudar a lei processual e monocratizar não custa um tostão para os cofres públicos, sacrificando a qualidade das decisões dos tribunais, em benefício da quantidade, o que somente interessa aos próprios tribunais superiores, alguns deles com centenas de milhares de recursos para julgar anualmente, desprezando o interesse dos jurisdicionados.

Como disse um insigne jurista italiano em escrito recente, é como se um hospital fosse reformado no interesse do conforto dos médicos e não dos doentes<sup>40</sup>.

Não há dúvida de que o excesso de processos e de recursos judiciais tem de ser enfrentado e resolvido, mas atacando as suas causas e não apenas as suas consequências. A legislação processual pode ser aperfeiçoada, contribuindo um pouco para coibir o automatismo recursal e recursos procrastinatórios. Mas a maioria das causas desse excesso está fora do Judiciário, dependendo a sua solução principalmente da postura do próprio Poder Público, o mais sistemático litigante temerário da nossa Justiça, que não é capaz de internalizar na própria Administração a solução das suas divergências com os cidadãos, preferindo o caminho mais fácil de obrigá-los a recorrer à longa e penosa via da Justiça, e pela ausência absoluta de uma política nacional de prevenção e solução de litígios, política

---

<sup>40</sup> CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente. In **Il Processo civile nello stato democratico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p.35.

pública por cuja implementação não se sentem comprometidos nem o Executivo, nem o Judiciário. Aliás, os problemas da administração da Justiça estão absolutamente ausentes do debate político-institucional e das campanhas eleitorais.

A colegialidade pode ser em alguma medida flexibilizada, mas sem perder o seu valor democrático, como o fez, por exemplo, a Alemanha na reforma de 2001<sup>41</sup>, monocratizando por delegação do colegiado as causas mais simples, nas quais o colegiado já tem jurisprudência firmada, e não ficticiamente colegializando a partir do juiz monocrático, como o fez a infeliz reforma do artigo 557 do nosso Código de Processo Civil, introduzida pela Lei 9.756/98. Ademais, é preciso ter o cuidado de não tornar a monocratização o instrumento da criação de uma justiça de segunda classe justamente para o contencioso de massa que, como disse Anne-Marie Cohendet, envolve justamente as pessoas mais carentes de uma justiça de boa qualidade<sup>42</sup>. Essa reforma do art. 557 conferiu ao relator o poder de, por simples despacho, dar provimento ou negar seguimento a recursos, de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores. A colegialidade do julgamento dos recursos, que sempre foi uma característica da maior confiabilidade, qualidade e credibilidade das decisões dos tribunais, foi totalmente desvirtuada, na medida em que, estatisticamente, mais de oitenta por cento dos recursos são hoje julgados unicamente pelo relator.

#### *h) Publicidade*

A publicidade é uma das principais garantias democráticas do processo, inscrita nos artigos 5º, inciso LX, e 93, inciso IX, da Constituição, assim como no artigo 155 do Código de Processo Civil, e que tem fundamento no princípio democrático, como instrumento do controle social que a sociedade exerce sobre a administração da justiça, além de freio ao arbítrio do julgador e de meio de fiscalização da sua imparcialidade, pelo direito que dela

---

<sup>41</sup> GOTTWALD, Peter. Civil procedure in Germany after the Reform Act 2001, 23 *Civil Justice Quarterly* 338, 345-350 (2004). In CHASE, Oscar e HERSHKOFF, Helen (eds.). **Civil litigation in comparative context**. St. Paul: Thomson/West, 2007, p. 353.

<sup>42</sup> Marie-Anne Cohendet, “La collégialité des juridictions: un principe en voie de disparition?”, in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 68, outubro de 2006, ed. PUF, Paris, p.713/736

decorre para qualquer cidadão de presenciar as audiências e as sessões de julgamento dos tribunais.

A justiça tem de ser feita de portas abertas, para que qualquer pessoa do povo possa conhecer e controlar os seus atos, de modo que todos têm o direito de acesso ao conteúdo dos atos processuais e ao local em que se realizam, mesmo aqueles que não são partes no processo.

É verdade que a nossa publicidade é bem maior do que a que adotam países europeus e os Estados Unidos no julgamento dos tribunais colegiados, porque esses julgamentos são feitos, entre nós, em sessões públicas, em que todos os juízes que compõem esses órgãos são obrigados a manifestar seus votos publicamente, ou seja, oralmente, na presença da platéia. A recente Emenda Constitucional nº. 45/2004 exigiu a publicidade até mesmo nas decisões administrativas dos tribunais (Constituição, art. 93, inc. X).

José Frederico Marques esclarece que o alcance moderno da publicidade entre nós teve origem nas primeiras leis do Império, em que cada juiz declarava o voto e passava ao seguinte, até que todos o tivessem feito. Antes vigorava o sistema das tenções, em que cada um passava o seu voto em segredo ao seguinte e assim sucessivamente<sup>43</sup>.

Pelo princípio da publicidade, todos os cidadãos, independentemente de terem ou não qualquer interesse no processo, são titulares do direito cívico de acesso ao conteúdo de todos os atos processuais e de assistirem com a sua presença física aos atos processuais solenes ou orais. Desse modo, a publicidade assegura aquilo que modernamente se costuma chamar de *transparência* no exercício da função pública.

Hoje vivemos no Brasil circunstâncias francamente paradoxais em relação à observância do princípio da publicidade e à transparência dos julgamentos dos tribunais colegiados. De um lado, essa publicidade se expande extraordinariamente nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, transmitidos ao vivo pela TV Justiça, e também na publicação integral de acórdãos desse e de outros tribunais em *sites* oficiais da internet. De outro lado, tribunais superiores têm adotado informalmente métodos de julgamento que

---

<sup>43</sup> MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 2ª ed., 1963, pp.101-102.

tornam absolutamente hermético ao público o conteúdo dos seus julgamentos. Em alguns, voltamos ao sistema das tenções, em que o relator passa previamente aos demais membros do colegiado o teor do seu voto, e a causa somente é debatida publicamente se um destes pedir destaque, pois, se isso não ocorrer, o voto do relator será considerado aprovado, sem que o público, que assiste à sessão, tome conhecimento do que foi decidido.

Recursos considerados idênticos vêm sendo julgados em pilhas, sem maiores explicações sobre as circunstâncias que os assemelham. Em alguns deles, como nos embargos declaratórios, frequentemente os acórdãos se limitam a afirmar que não há omissão, obscuridade ou contradição a corrigir, sem mencionar sequer qual é o conteúdo da decisão embargada e porque o embargante alegou a existência de um desses defeitos.

Outro atentado à publicidade, cuja perpetração se prenuncia, é o julgamento dos recursos em sessões virtuais dos tribunais. Os juízes não precisarão, sequer, encontrar-se no mesmo local, no mesmo dia, na mesma hora. A sessão se desenvolverá pela internet. Como será assegurada a transparência desses julgamentos e o acesso público ao relatório do relator, aos votos dos julgadores e aos debates? Chegou ao meu conhecimento de que há tribunais que já estão admitindo até sustentações orais virtuais dos advogados.

Mas não é só a publicidade que se compromete com essas corruptelas. A decadência dos rituais, das solenidades, o abandono de todas as circunstâncias que criam o clima de seriedade, austeridade e de responsabilidade das sessões dos tribunais, trarão como conseqüência inevitável a perda da crença na sacralidade da justiça humana e da confiança da sociedade nos seus juízes.

#### *i) Singularidade*

O princípio da singularidade ou da unirecorribilidade consiste na admissibilidade de interposição de apenas um recurso, uma única vez, contra qualquer decisão. Se o processo é único e única é a decisão, a devolução do poder jurisdicional deve dar-se apenas a um único juízo num único reexame. Ademais, pelo princípio da consumação, no momento em que o recorrente interpõe o recurso, ele define os limites do seu inconformismo com a decisão recorrida, não podendo, portanto, modificá-lo ou aditá-lo

através de uma segunda iniciativa recursal<sup>44</sup>. O Código de 39 continha disposição expressa consagradora desse princípio (art. 809).

O Código de 73 não repetiu a disposição, mas o princípio continua a ser adotado, embora a lei e a jurisprudência, lamentavelmente, lhe tenham oposto algumas exceções.

A primeira delas é a possibilidade de interposição simultânea ou sucessiva, contra a mesma decisão, de embargos de declaração e de algum outro recurso cabível. A segunda exceção é a possibilidade de interposição simultânea de recurso especial e de recurso extraordinário contra o mesmo acórdão, se este contiver, ao mesmo tempo, matéria relativa à vigência, aplicação ou interpretação de lei federal e matéria constitucional (CPC, art. 541). A terceira exceção é a interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça contra decisão de uma das turmas no julgamento do recurso especial (arts. 266 e 267 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça) e simultaneamente de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Uma quarta exceção é a interposição de embargos infringentes e recurso especial ou extraordinário, conforme o caso, quando a decisão em grau de apelação ou de ação rescisória apresentar, ao mesmo tempo, uma parte unânime e outra não unânime. Até o advento da Lei 10.352/2001, que deu nova redação ao art. 498 do Código, os dois recursos eram interpostos simultaneamente. Desde então, primeiro devem ser interpostos os embargos infringentes contra a parte não unânime para o mesmo tribunal. Publicada a decisão destes, poderá o recorrente, em recurso especial para o STJ ou extraordinário para o STF, impugnar simultaneamente a parte unânime do primeiro acórdão e o acórdão nos embargos infringentes. De qualquer modo, a primeira decisão terá sido objeto de dois recursos, cada um deles atacando uma parte do julgado.

A jurisprudência tem criado uma quinta exceção, no caso de embargos declaratórios com efeito modificativo. Se o interessado tiver interposto algum outro recurso antes da decisão dos embargos declaratórios, mas esta tiver em alguma parte alterado a decisão embargada, poderá ele, tomando ciência do acolhimento dos embargos, reiterar ou aditar o recurso interposto, tendo em vista a nova sucumbência daí decorrente e apenas na medida

---

<sup>44</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 5ª ed., 2000, p. 93.

em que se apresente essa nova sucumbência. Entretanto, o advento de decisão modificativa no julgamento dos embargos declaratórios não significa, por si só, que o recurso já interposto tenha ficado prejudicado, a não ser na medida em que a reforma da decisão nele almejada tenha sido acolhida no julgamento dos referidos embargos declaratórios. Para evitar que o recurso anteriormente interposto venha a ser julgado prejudicado fora desses limites, o que erroneamente tem ocorrido, tem-se tornado usual, julgados os embargos declaratórios modificativos, a sua reiteração.

#### *j) Fungibilidade*

Somente está apto a provocar o reexame da decisão o recurso adequado, qual seja, o que a lei estabelece como cabível para a hipótese, porque, como já vimos no estudo do princípio da taxatividade, a simples garantia fundamental do duplo grau de jurisdição ou do direito a um segundo julgamento não é suficiente para preencher todos os requisitos indispensáveis ao exercício desse direito, que depende da implementação legal quanto ao prazo, quanto à extensão do reexame e quanto ao procedimento. Por outro lado, vimos no trato da singularidade, que, em várias situações, ainda que excepcionalmente, uma única decisão pode ser impugnada por mais de um recurso, o que impõe ao recorrente, em consequência do princípio da voluntariedade, optar claramente por um ou outro recurso. Entretanto, ocorre com alguma frequência que o recorrente, ao tomar conhecimento da decisão desfavorável, pode ter dúvida a respeito de qual seja o recurso cabível. Ou que, certo de que o recurso cabível é este, seja amanhã surpreendido com o não conhecimento do seu apelo porque o tribunal *ad quem* entendeu que o recurso cabível era outro.

Para remediar o erro escusável na interposição de determinado recurso, como tal entendido aquele que resulta de uma dúvida objetiva, ou seja, de uma situação de incerteza razoável a respeito do recurso cabível, o Código de 39, no art. 810, dispunha expressamente que, “salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara ou turma, a que competir o julgamento”. Esse dispositivo não foi reproduzido no Código de 73 certamente porque o legislador acreditou ter instituído um sistema recursal tão simples que

o dispensaria. Entretanto, não tardaram a surgir situações em que o questionamento do alcance de certos conceitos, como por exemplo o de sentença (CPC, art. 162, § 1º), veio a suscitar a referida dúvida objetiva a respeito do cabimento deste ou daquele recurso. Desde então, a doutrina e a jurisprudência têm adotado a fungibilidade como princípio geral do sistema recursal, o que tem absoluta procedência, tendo em vista a instrumentalidade das formas.

Essa fungibilidade de recursos tem abrigo, a meu ver até de modo mais extenso, no direito alemão, onde foi chamada de *teoria do recurso indiferente* (*Sowohl-als-auch-Theorie*) e nada mais é do que uma aplicação do princípio da instrumentalidade das formas. O que interessa como conteúdo do ato de recorrer é que o vencido tenha manifestado a vontade de obter uma nova decisão que reaprecie a anterior, pouco importando o nome, o rótulo, que lhe tenha dado<sup>45</sup>. A complexidade do sistema recursal brasileiro e o formalismo na sua aplicação, entretanto, com frequência dificultam a aplicação desse princípio. Assim, por exemplo, se o recorrente hipoteticamente denominar o seu recurso de *especial* e o endereçar a um juiz de primeiro grau para impugnar uma sentença por ele proferida, certamente o seu recurso não será admitido por erro grosseiro, quando, pelo princípio do recurso indiferente, deveria ele ser admitido como uma apelação. Ou, ainda por hipótese, se, em face de uma decisão unânime em grau de apelação, o vencido interpuser um recurso a que denomine de *especial*, nele suscitando questão relativa à violação da Constituição, seguramente o seu recurso não será admitido, embora, pelo referido princípio, devesse sê-lo como recurso extraordinário. Se o recorrente não desfruta de nenhuma vantagem ilícita a que tenha dado causa a interposição do recurso inadequado e não há qualquer indício concreto de que tenha tido essa intenção, o recurso adequado deve ser julgado em lugar do inadequado expressamente interposto. Observe-se como ainda estamos distanciados, no sistema recursal, dos princípios gerais do processo.

A controvérsia que ainda existe a respeito do alcance do princípio da fungibilidade é a respeito da possibilidade ou não da sua aplicação na hipótese em que o recorrente interpõe o recurso inadequado no respectivo prazo, embora já findo o prazo de interposição

---

<sup>45</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Barcelona: ed. Labor, 1936, p.402, citado por Alcides de Mendonça Lima, **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 245.

do recurso certo. A meu ver, mesmo havendo dúvida objetiva, se o recurso cabível é o de prazo menor e o recorrente interpõe outro recurso fora desse prazo, o recurso interposto erroneamente não pode ser conhecido, porque a decisão já teria transitado em julgado ou precluído quando o recurso foi interposto. Seguindo outro posicionamento, Nelson Nery Jr. entende que nesses casos, não mais se admitindo que a má fé do recorrente possa ser impeditiva da fungibilidade<sup>46</sup>. seja impeditivo recurso certo deve ser julgado embora interposto depois de esgotado o respectivo prazo. Sustento o meu entendimento na lição de José Frederico Marques de que a tempestividade do recurso atende, ao mesmo tempo, ao interesse do vencido, ao interesse do vencedor e ao próprio interesse público na estabilização das decisões judiciais<sup>47</sup>. Não por outra razão as partes, nem consensualmente, podem prorrogar os prazos recursais (CPC, art. 182). Por outro lado, com a vênua devida, a má fé não se presume, mas ela é impeditiva até mesmo da produção de efeitos normais e regulares dos atos processuais, como se pode verificar nos casos de abuso de direito. Mas a perda do prazo do recurso adequado impede o conhecimento do recurso adequado não por presunção de má fé, mas porque, extinto o direito de recorrer, adquiriu o adversário do recorrente o direito de não ter de submeter a decisão que o beneficia ao reexame de uma instância superior e, ainda nos casos em que não haja adversário, extinguiu-se também o dever do Estado de prover à renovação do exercício da jurisdição já esgotada.

#### *k) Desestímulo a recursos protelatórios*

Já tive ocasião de mencionar que um bom sistema recursal deve conter mecanismos para evitar o automatismo recursal e coibir o abuso do direito de recorrer, impedindo que o processo alcance rapidamente a sua finalidade e produzindo o efeito perverso de retardar desnecessariamente o acesso do titular do direito ao seu pleno gozo. O sistema recursal que herdamos da tradição romana era extremamente favorecedor dessa deturpação, com a renovação por inteiro de todo o procedimento, em todas suas fases, e com a concessão ampla de efeito suspensivo à apelação.

---

<sup>46</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 5ª ed., 2000, p.140-144.

<sup>47</sup> MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 2ª ed., 1963, p. 64.

Durante séculos, a consciência jurídica dos cidadãos se conformou com a morosidade da justiça, o que não é mais tolerável em nossa época em que a velocidade em que se desenvolvem as relações jurídicas e a efetividade do processo exigem que aqueles a quem as decisões judiciais reconhecem a titularidade de direitos sejam de fato investidos no seu gozo com a maior rapidez possível, porque somente dessa forma o Estado estará provendo com a máxima eficácia à tutela desses direitos.

Os vários ordenamentos jurídicos têm dado respostas diversas a essa nova exigência. Uma das soluções alvitradas é a criação de obstáculos econômicos à interposição de recursos, com a elevação do valor das custas ou a exigência do prévio depósito da condenação ou de um certo valor pecuniário para garantir o cumprimento da sentença. Como já sustentamos em outras ocasiões, essas exigências são discriminatórias, porque subordinam o direito de recorrer a condições econômicas favoráveis do recorrente.

Outro caminho, trilhado na reforma italiana dos anos 90, é eliminar o efeito suspensivo automático de qualquer recurso, deixando a sua concessão para uma avaliação caso a caso da viabilidade do recurso pelo juízo *a quo* ou pelo juízo *ad quem*. Essa solução pode ter efeitos benéficos, desestimulando os recursos protelatórios, desde que a execução provisória da decisão seja exaustiva, ou seja, não fique sujeita a ônus exagerados ou garantias que a inviabilizem para a grande maioria das pessoas. No Direito brasileiro, essa solução encontra resistência da Fazenda Pública e, mesmo nos recursos sem efeito suspensivo, a exaustão da execução provisória normalmente fica sujeita a prestação de caução para a prática de atos de alienação da propriedade e para o levantamento de dinheiro (CPC, art. 475-O, III e § 2º, acrescentados pela Lei 11.232/2005), o que dificulta a sua continuidade e estimula recursos procrastinatórios.

Outros tipos de filtro têm sido instituídos, ora de caráter objetivo (a relevância da matéria questionada), ora de caráter subjetivo (a probabilidade de êxito do recurso). Os dois tipos se subordinam ao que tem sido denominado de princípio da dialeticidade, segundo o qual todo o recurso tem de fundamentar-se em razões de fato e de direito que demonstrem a possibilidade, ainda que mínima e remota, de que o recurso seja acolhido. Modernamente

não se admite recurso sem fundamentação. Nem sempre foi assim. No Direito romano, ao recorrente bastava dirigir-se ao juiz e dizer a palavra *appello* para desencadear o procedimento de reexame da decisão<sup>48</sup>. Ainda hoje no nosso processo penal é assim (Código de Processo Penal, art. 601).

A relevância tem sido adotada em países da *civil law*, numa transposição do juízo discricionário a que está sujeito o reexame das decisões judiciais por meio de recursos nos sistemas da *common law*. Entre nós esse mecanismo está atualmente em vigor no juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, dependente da repercussão geral instituída pelo § 3º do art. 102 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004. A probabilidade de êxito do recurso também tem sido instituída como filtro à admissibilidade de recursos, através da subordinação do seu julgamento à não ofensividade a súmula ou a jurisprudência predominante dos tribunais superiores, como ocorre com a rejeição monocrática de recursos pelo relator nos tribunais superiores (CPC, art. 557, com a redação da Lei 9.756/98), ao qual já fizemos críticas acima, e com o não recebimento da apelação pelo juízo de primeiro grau, nos termos do § 1º do art. 518 do CPC, acrescentado pela Lei nº 11.265/2006.

A Alemanha, na reforma de 2001, adotou o mecanismo da autorização para apelar, importado do direito inglês, que consiste numa prognose positiva de êxito do recurso ou na sua admissão por algum outro motivo grave, e que a Corte Européia de Direitos Humanos não considerou uma exigência exagerada<sup>49</sup>. Todavia, a submissão dessa autorização a um despacho irrecorrível no juízo de primeiro grau foi objeto de censura da Corte Constitucional Federal alemã que a considerou em parte incompatível com o direito de acesso à justiça, quando estiver em jogo questão de direito controvertida ainda não dirimida

---

<sup>48</sup> No direito italiano tem sido observada a evolução do sistema recursal da noção de *mezzi di gravame*, em que o tribunal *ad quem* reexaminava a decisão em todo o seu conteúdo, para a noção de *impugnazione*, em que somente as questões suscitadas pelo recorrente são reexaminadas reexaminadas (V. POLI, Roberto. *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*. In **Rivista di Diritto Processuale**, ano LXV, n. 1, janeiro-fevereiro de 2010. Padova: CEDAM, pp. 48-68).

<sup>49</sup>ZUCKERMAN, Adrian A.S. On civil procedure: principles of practice. 2ª ed. (2006). In CHASE, Oscar e HERSHKOFF, Helen (eds.). **Civil litigation in comparative context**. St. Paul: Thomson/West, 2007, p.340; GOTTWALD, Peter. Civil procedure in Germany after the Reform Act 2001, 23 *Civil Justice Quarterly* 338, 345-350 (2004). In CHASE, Oscar e HERSHKOFF, Helen (eds.). **Civil litigation in comparative context**. St. Paul: Thomson/West, 2007, p.354.

pelo *Bundesgerichtshof*, o tribunal superior equivalente ao nosso Superior Tribunal de Justiça<sup>50</sup>.

Entre nós, com exceção dos casos de certos recursos de fundamentação vinculada, como o recurso especial e o extraordinário e, agora, dos filtros estabelecidos nos arts. 557 e 518, § 1º, do CPC, sempre se entendeu que a dialeticidade constitui um juízo muito superficial a respeito dos argumentos aduzidos pelo recorrente, que não devem se limitar a reproduzir *ipsis litteris* os seus arrazoados anteriores à decisão, mas que devem efetuar algum exame ou comentário sobre a decisão recorrida, ainda que de ínfima probabilidade de êxito, que permita a sua revisão. É difícil, sem pôr em risco o próprio direito de recorrer, evoluir de um sistema tão tolerante como esse para um sistema de avaliação positiva da probabilidade de êxito, sem sujeitar-se ao subjetivismo do juízo monocrático de 1º ou de 2º grau, ainda mais quando esse juízo é formulado pelo mesmo juiz que proferiu a decisão recorrida.

Por isso, apesar da adoção desses filtros em países com larga tradição democrática, onde também têm sido objeto de críticas severas da doutrina<sup>51</sup>, creio que o desestímulo aos recursos protelatórios deve ser buscado através de reformas legislativas que agravem automaticamente a situação daquele que procrastina, pelo simples decurso do tempo ou pela simples rejeição da pretensão recursal ou, ainda, que tornem inócua a procrastinação, como a supressão do efeito suspensivo automático dos recursos ordinários, a execução provisória exaustiva, independentemente de caução, a nova sucumbência em grau de recurso e a adoção de juros progressivos para as condenações pecuniárias, conforme sustentei em outro estudo e reiterarei adiante<sup>52</sup>.

#### 1) *Exaustividade do sistema recursal*

Um bom sistema recursal é um sistema quase totalmente fechado, ou seja, é um sistema em que as possibilidades de provocar o reexame de decisões judiciais se esgotam na

---

<sup>50</sup> Remo Caponi. L'appello nel sistema delle impugnazioni civili (note di comparazione anglo-tedesca). In **Rivista di diritto processuale**, ano LXIV, n. 3, maio-junho de 2009. Padova: CEDAM, p. 640.

<sup>51</sup> GOTTWALD, Peter. Ob. e loc. citis.

<sup>52</sup> GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. In **Revista Dialética de Direito Processual**, n° 1. São Paulo: Dialética, abril de 2003, pp. 93/108.

série de recursos legalmente previstos e que devem ser interpostos no curso do processo em que as decisões são proferidas, para que, encerrado o processo, se, em razão da cognição exaustiva, tiver se formado a coisa julgada material, essas decisões não possam sofrer mais qualquer tipo de impugnação que possa pôr em risco a eficácia plena do provimento final.

É inútil a observância de todas as regras que disciplinam o sistema recursal se, quando elas não satisfazem ao inconformismo do vencido, ele pode lançar mão de outros instrumentos que, dentro ou fora do processo, propiciam a anulação, a modificação ou a reforma de qualquer decisão, seja por meio dos chamados sucedâneos recursais ou de ações autônomas de impugnação, como os pedidos de reconsideração, as reclamações, as correções parciais, os agravos internos e regimentais, as medidas cautelares, as suspensões de liminares e de sentenças, os habeas corpus, os mandados de segurança e as ações anulatórias de atos jurídicos.

A própria ação rescisória estaria mais bem situada no sistema recursal, como em outros ordenamentos, subordinada assim aos seus princípios gerais, como o da temporariedade e o da singularidade.

Infelizmente, o nosso sistema recursal, apesar da evolução sofrida do Código de 39 para o Código de 73, continua sendo um sistema aberto, no sentido de que, à falta de um recurso legalmente previsto, o descontente com frequência vai encontrar algum outro meio de provocar o reexame da decisão que o prejudica.

Se essa vulnerabilidade é fruto, em grande parte, da pouca credibilidade que inspiram as decisões judiciais, que é um problema político, institucional e cultural que não está ao alcance do Direito Processual resolver, de outro, é preciso reconhecer que um bom sistema recursal pode reduzir bastante essas soluções extravagantes que, num círculo vicioso, agravam ainda mais o desprestígio das instituições judiciárias. Experiência positiva nesse sentido tivemos com a reforma do agravo, pela Lei nº 9.139/95, que praticamente esvaziou a possibilidade de impetração de mandados de segurança contra as decisões dos juízes de primeiro grau.

Outros resultados positivos poderão ser alcançados com uma reforma processual que reduza a fragmentação do procedimento ordinário numa sucessão interminável de

decisões interlocutórias e numa reforma institucional do Poder Judiciário que estabeleça uma relação mais democrática entre os juízes inferiores e os respectivos órgãos de progressão funcional e de controle disciplinar. Por outro lado, grande serviço prestariam à Nação os tribunais superiores da União, especialmente o Supremo Tribunal Federal, se em lugar de agravar essa Babel com a sugestão de utilização de sucedâneos recursais para enfrentar problemas que, em minha modesta opinião, poderiam ser solucionados dentro das regras do nosso ordenamento processual, definissem com clareza o relevo e o alcance da coisa julgada e da segurança jurídica, tão abalados por decisões que os seus prolatores muitas vezes acreditam heróicas, mas que, infelizmente, ao pretenderem remediar um suposto defeito do ordenamento jurídico, criam outro tão grave ou ainda mais grave do que o anterior, transformando o juiz em soberano e ilimitado intérprete das aspirações da comunidade, o que mereceu a censura irresponsável de Calmon de Passos, nestes termos:

“Se o direito posto for aplicado a cavaleiro de controles que assegurem coerência e pertinência entre o formalizado como expectativa compartilhável pelos governados (o legislado) e o produzido como norma disciplinadora do caso concreto, em verdade se desqualifica o Direito previamente posto e só o Direito produzido no caso concreto prevalecerá em termos absolutos. E isso repugna visceralmente a um sistema democrático de governo. Estaríamos, em última análise, transferindo a soberania do povo para um segmento privilegiado do sistema político, justamente aquele menos vinculado ao princípio representativo, fundamental num Estado de Direito Democrático: os magistrados”<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> PASSOS, J.J. Calmon de, *As razões da crise de nosso sistema recursal*. In Adroaldo Furtado Fabrício (coord.). **Meios de impugnação ao julgado civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 370. Pesquisa recentemente divulgada, realizada na Itália pelo *Centro Studi e Ricerche sull’Ordinamento Giudiziario (CeSROG) da Universidade de Bologna*, na qual foram ouvidos magistrados italianos, revelou que 66% dos entrevistados respondeu negativamente à seguinte pergunta: Na atividade judiciária, o magistrado julgante deveria procurar fazer-se porta-voz das expectativas da comunidade. Se o juiz se inspirasse nesse princípio, a qualidade da nossa administração da justiça poderia melhorar? (SAPIGNOLI, Michele. **Qualità della giustizia e indipendenza della magistratura nell’opinione dei magistrati italiani**. Padova: CEDAM, 2009, p.81).

*m) Acesso a um tribunal superior para coibir decisões judiciais contrárias à lei*

Nos países de direito escrito, a tutela jurisdicional efetiva significa que o cidadão tem o direito de obter do Estado um provimento que lhe assegure o mais amplo gozo dos direitos que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico. Essa tutela não pode ficar, ao sabor da sorte, sujeita a opiniões diversas que os juízos tenham a respeito dos direitos acolhidos pelo ordenamento jurídico, porque a lei deve ser igual para todos e a função jurisdicional deve a todos reconhecer os mesmos direitos, com o mesmo conteúdo.

Entretanto, a multiplicidade de litígios, a extensão do território em que a jurisdição deva ser exercida em nome do Estado soberano e a necessidade de assegurar a todos os cidadãos em igualdade de condições o mais rápido e econômico acesso à justiça, obrigam à instituição de numerosos órgãos jurisdicionais, em cujo exercício os seus titulares podem adotar entendimentos diversos a respeito do conteúdo dos direitos reconhecidos no ordenamento jurídico. Daí a necessidade de criação de uma Corte Suprema e de instituição de um recurso a ela dirigido, para que ela possa exercer essa importantíssima função de dizer a última palavra a respeito de quais são os direitos tutelados pelo ordenamento jurídico, qual é a sua extensão, para *in concreto*, conferir-lhes a máxima efetividade em igualdade de condições em benefício de todos os cidadãos.

No exercício dessa função, através de um recurso em que prepondera o reexame das questões de direito relativas à vigência, aplicação ou interpretação da lei, esse tribunal de cúpula vela pela preservação do exato conteúdo dos direitos agasalhados pelo ordenamento jurídico em benefício dos seus titulares, homogeneiza o conteúdo das decisões judiciais a respeito desses direitos e indiretamente tutela a própria ordem jurídica.

Luigi Paolo Comoglio, o expoente do garantismo não penal na Itália, observa que, no modelo de processo constitucionalmente garantido, que se extrai da tradição constitucional dos Estados europeus, se inclui um juízo de legitimidade perante um órgão jurisdicional supremo com funções *nomofiláticas*<sup>54</sup>, ou seja, com a missão de revelar o conteúdo das normas jurídicas e de tutelar uniformemente as situações por elas protegidas.

---

<sup>54</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva Dell'Unione Europea*. In COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e tecnica del 'giusto processo'**. Torino: G. Giappichelli editore, 2004, pp. 119-121.

Nesse sentido, associado ao grande processualista argentino Augusto Mario Morello, inclui o Autor, no seu projeto de bases constitucionais mínimas do processo civil *giusto* para a América Latina, a necessidade de sempre admitir-se recurso, por violação da lei, perante órgãos supremos de justiça, contra qualquer provimento jurisdicional decisório<sup>55</sup>.

A necessidade de atender à celeridade dos julgamentos e de desestimular o abuso de recursos meramente protelatórios não recomenda a adoção de filtros recursais para essas instâncias de superposição, sob pena de abdicar o Judiciário da sua missão mais relevante, que é a tutela dos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, consoante sustentamos acima.

*n) Acesso subsidiário à jurisdição constitucional*

No regime democrático, a promessa da efetividade da tutela jurisdicional somente se concretiza se no próprio sistema recursal, que propicia o reexame de decisões judiciais dentro dos processos em que foram proferidas, existir um mecanismo de acesso do jurisdicionado insatisfeito ao tribunal constitucional, caso não exista algum outro meio eficaz de assegurar a proteção de seus direitos fundamentais.

Sobre todo o sistema judiciário deve sobrepairar o tribunal constitucional, que, no caso do Brasil, é o Supremo Tribunal, em condições de prover à tutela recursal de qualquer direito fundamental violado ou ameaçado por alguma decisão judicial, quando não houver outro meio adequado e eficaz de prover a essa tutela. A instituição de um recurso constitucional subsidiário é, portanto, uma imposição do Estado de Direito fundado na eficácia concreta dos direitos fundamentais (Constituição Federal, art. 5º, § 1º), paradigmaticamente criado pelo direito alemão através do § 2º do artigo 93 da Lei

---

<sup>55</sup> MORELLO, A.M. e COMOGLIO, L.P.. *Basi costituzionali minime del processo civile 'giusto' per l'America Latina*. In COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e tecnica del 'giusto processo'**. Torino: G. Giappichelli editore, 2004, pp.

Fundamental de Bonn<sup>56</sup>, posteriormente reproduzido no Direito Constitucional de outros países europeus, como a Espanha, através do chamado *amparo constitucional*. Lamentavelmente, entre nós, a tentativa de instituição de um instrumento desse tipo, através da chamada arguição de descumprimento de preceito fundamental, foi vetada pelo Presidente da República por ocasião da sanção ao projeto que se transformou na Lei 9.882/99.

O maior paradoxo daí decorrente, em nosso País, é que o indivíduo que tenha um direito fundamental violado por uma decisão judicial pode alcançar a jurisdição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por força da nossa adesão ao Pacto de San Jose da Costa Rica, mas possivelmente não conseguirá levar o seu pleito ao nosso Supremo Tribunal Federal, tendo em vista os filtros à admissibilidade do recurso extraordinário, ainda recentemente ampliados com a introdução do pressuposto da repercussão geral.

De acordo com o § 3º, do artigo 102, da Constituição, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o Supremo Tribunal Federal somente conhecerá do recurso extraordinário quando a questão suscitada for de repercussão geral. Em outros termos, o que esse requisito significa é que, a partir da sua implantação com o advento da Lei 11.418/2006, que a regulamentou, há algumas violações à Constituição mais relevantes do que outras. O recurso extraordinário não poderá ser manejado para sanar qualquer violação ao pacto político fundamental, mas apenas aquelas que o Supremo Tribunal Federal reputar como sendo de repercussão geral.

A ânsia de resolver o problema do excesso de recursos parece fazer olvidar o fato de que o acesso ao tribunal constitucional por qualquer cidadão que tenha um direito fundamental violado é um princípio político indispensável na organização do Estado de Direito Contemporâneo.

Ao copiarmos o modelo norte-americano, cuja Corte Suprema pode escolher quais processos julgar, esquecemos que ele é totalmente diferente do nosso. Naquele país, o recurso não é propriamente um direito subjetivo, porque a Justiça é feita

---

<sup>56</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **La giurisdizione costituzionale delle libertà**. Milano: Giuffrè, 1955; TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974, pp.148/157.

preponderantemente comunidade, o tribunal de primeiro grau tem legitimidade democrática e pode até mesmo decidir contra a lei. O paradigma copiado não é de uma justiça escrava da lei, mas de uma justiça pacificadora, em que os tribunais superiores se reservam o direito de somente reverem as questões que consideram ter alguma importância para o futuro desenvolvimento do sistema jurídico. A função da Suprema Corte norte-americana não é a de assegurar o primado da lei, para suprir a falta de legitimidade dos juízes inferiores.

Não há nada de antidemocrático no fato de a Corte Suprema dos EUA selecionar os recursos que quer julgar, porque a função do Judiciário daquele país não é a de ser a boca da lei, mas pacificar os litígios. Entretanto, ao copiarmos os modelos usados em outro paradigma de jurisdição, temos de adaptá-los às características do nosso próprio sistema, para que deles não resultem violações a garantias fundamentais do processo consagradas constitucionalmente, em especial ao acesso ao direito e à justiça.

## **5 – A VULNERABILIDADE DOS RECURSOS DE ESTRITO DIREITO**

Embora não me anime a incluir a questão no rol dos princípios gerais da teoria dos recursos, não posso deixar de referir-me ao paradoxo, consolidado a partir da Revolução francesa, da criação de recursos para as Cortes Supremas, como os nossos atuais recursos extraordinário e especial, cujo efeito devolutivo ficaria restrito à reapreciação de questões de direito, analisadas à luz dos fatos reputados verdadeiros pelas instâncias inferiores, sem qualquer reavaliação da adequação e da consistência dos juízos ali formados sobre a sua existência. Entende-se que a jurisdição do STF e do STJ não é ordinária, porque os recursos dirigidos a esses tribunais não provocam o reexame da matéria de fato; não proporcionam o reexame completo da decisão, mas apenas da matéria de direito relativa à aplicação da lei federal ou da Constituição, conforme o caso. Grande parte da doutrina desenvolvida na Europa Continental após a Revolução francesa e a criação da Corte de Cassação e das Cortes Supremas, identificaram nesses recursos uma função eminentemente política de tutela do direito objetivo e do interesse social à integridade e ao primado da norma jurídica,

colocando em plano secundário o direito subjetivo das partes, que seria preponderantemente tutelado pelos recursos ordinários<sup>57</sup>.

Essa concepção não pode ser acolhida dentro de uma compreensão moderna da função jurisdicional como instrumento da tutela efetiva dos interesses particulares agasalhados pela lei<sup>58</sup>. O recorrente não interpõe um desses recursos para ir em busca da tutela do direito objetivo, mas do seu direito subjetivo que considera respaldado no direito objetivo. A Cassação francesa subsequente à Revolução chegou a instituir um “recurso no interesse da lei”, que o Ministério Público poderia interpor perante a Corte Suprema apenas para eventualmente rever a interpretação da lei e manter a sua uniformidade. Mas esse mecanismo, adotado igualmente em outros países que seguiram o modelo francês, caiu em desuso, porque o recurso à Corte Suprema nunca deixou de ser um instrumento de tutela do direito subjetivo das partes. Correta, portanto, a lição de José Frederico Marques<sup>59</sup>, de que o objeto desses recursos (cassação, recursos extraordinários) “continua sendo a pretensão submetida ao pronunciamento e apreciação do órgão jurisdicional, tanto que sobre ela é que vai recair a decisão pronunciada para unificar a jurisprudência”. Por mais política que seja a função desses recursos, eles não a cumpriram, muito menos cumpriram a sua função primordial de tutela do direito subjetivo de quem tem razão, se as Cortes Supremas, que os julgam, se limitassem a friamente aceitar como verdadeiros os fatos admitidos na decisão recorrida e simplesmente verificar se, em face desses fatos, ainda que absurdos ou mal justificados, a norma jurídica foi bem ou mal aplicada ou interpretada. Por isso, seja essa função *nomofilática*, de preservação da uniformidade da interpretação e da correta aplicação do direito objetivo, seja a função propriamente jurisdicional de tutela dos interesses particulares, esses recursos somente conseguem realizar se, por meio deles, as Cortes Supremas exercerem um efetivo controle sobre os juízos de fato, o que já vem sendo efetivado em outros países, como a França, a Alemanha e a Argentina, pelo menos em duas situações: na de insuficiência quantitativa dos motivos, quando o raciocínio judicial não

---

<sup>57</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 136; JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2009, p. 39.

<sup>58</sup> GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: 2ª ed., Forense, vol. I, 2010, item 3.1.

<sup>59</sup> MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 2ª ed., 1963, p.129.

abranja todo o material probatório; e na de insuficiência qualitativa dos motivos, quando o julgamento despreze uma clara imposição lógica na apreciação da prova, provocando um defeito de motivação<sup>60</sup>.

Talvez se pudesse dizer que daí está surgindo um novo princípio da teoria geral dos recursos, qual seja o de que a limitação cognitiva às questões de direito, imposta por razões de política jurídica à admissibilidade de determinados recursos, não pode de tal modo distanciá-los das questões de fato, a ponto de impedir que as instâncias recursais que forem instituídas, como pressuposto da correta solução das questões de direito, verifiquem se os juízos sobre os fatos preenchem requisitos mínimos de suficiência quantitativa e de adequação qualitativa que razoavelmente os justifiquem.

## 6. – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retomo aqui, a título de síntese conclusiva, uma reflexão que iniciei há alguns anos atrás a respeito da qualidade dessa parte tão importante do nosso Direito Processual Civil, que é o sistema de recursos. Já o anteprojeto de Alfredo Buzaid, que antecedeu ao Código de 73, prometia uma profunda racionalização e simplificação do sistema recursal. Menos radical, o próprio Código extinguiu os agravos de petição e no auto do processo, os embargos de alçada e o recurso de revista, mantendo os embargos infringentes com base em voto vencido, que o anteprojeto prometera extinguir. Adotou o Código amplamente o princípio do duplo grau de jurisdição, tornando recorríveis todas as decisões de 1º grau. Rendendo-se ao caráter aberto do nosso sistema, em cujos vazios penetram as ações constitucionais, como o mandado de segurança e o *habeas corpus*, além de outros sucedâneos recursais, como a reclamação ou correição parcial e os informais pedidos de reconsideração, o Código adotou a ampla recorribilidade das decisões interlocutórias por agravo, assim diminuindo os espaços para o mandado de segurança e a reclamação.

---

<sup>60</sup> FERRAND, Frédérique. *Cassation française et Révision allemande*. Paris: PUF, 1993, pp. 165-178; SILVA, Ovídio A. Baptista da. Questão de fato em recurso extraordinário. In Adroaldo Furtado Fabrício (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 502.

Pouca ou nenhuma influência sofreu o sistema recursal do Código de 1973 da escola da efetividade do processo, naquele momento já amplamente difundida na Europa, e da constitucionalização do processo através da revisão da sua teoria geral à luz dos direitos e garantias fundamentais.

Ao contrário, o procedimento recursal seguiu a tradição positivista e formalista da praxe luso-brasileira e do sistema recursal herdado das Ordenações do Reino, mitigada apenas pela já apontada generalização da recorribilidade de todas as decisões interlocutórias, pela adoção, sem exceções, do princípio do duplo grau de jurisdição, e também pela introdução do instituto do recurso adesivo e pela pacificação em torno da proibição da *reformatio in pejus*, antes controvertida. Não conseguindo eliminar o recurso *ex-officio*, deu-lhe nova roupagem, a do duplo grau de jurisdição obrigatório. A preocupação com a possível explosão de recursos resultou na criação do agravo retido, por emenda do Senador Acióli Filho, relator do projeto no Senado, o que, na prática representou de certo modo a restauração do extinto agravo no auto do processo.

Mas o aumento desmedido da interposição de recursos já se evidenciara, tanto que a Emenda Constitucional nº 1/69 conferira ao Supremo Tribunal Federal o poder de limitar no seu Regimento Interno a admissibilidade do recurso extraordinário em função da natureza da causa, do seu valor ou do tipo de procedimento. O recurso para o STF, que visava à preservação do direito federal, constitucional e infra-constitucional, ficou assim bastante mutilado e, como válvula de escape, o Tribunal passou a abrir exceções às restrições regimentais pela via da *arguição de relevância da questão federal*, decidida em sessão secreta, sem a presença das partes ou dos advogados e sem a lavratura de acórdão que desse publicidade às razões do seu acolhimento ou da sua rejeição.

De 1973 em diante, a Justiça brasileira enfrentou o crescimento do número de demandas em índices absolutamente inusitados, e a exacerbação do automatismo recursal, gerando a saturação da capacidade de julgamento dos tribunais superiores. A principal causa desse fenômeno foram as sucessivas crises do próprio Estado: a 1ª e a 2ª crises do petróleo em 1973 e 1979, com o desencadeamento da hiperinflação, seguidas dos diversos planos econômicos, todos caracterizados pela supressão ou vulneração de direitos dos

cidadãos, tanto nas relações jurídicas privadas quanto nas dos particulares com o Poder Público.

Em meio a todas essas turbulências, a Constituição de 1988 introduziu no Brasil o primado dos direitos fundamentais, a eficácia concreta desses direitos, a garantia da tutela jurisdicional efetiva, prometendo um Judiciário apto a remediar todas as injustiças e violações de direitos, inclusive as perpetradas pelo próprio Estado. A mesma Constituição repudiou as limitações à admissibilidade do recurso extraordinário, mas, reconhecendo a sobrecarga do Supremo Tribunal Federal, criou o Superior Tribunal de Justiça, para dividir com o STF a jurisdição de superposição, e criou os Tribunais Regionais Federais como 2ª instância da Justiça Federal.

A nova Carta Magna expandiu o contencioso constitucional, facilitando o acesso direto ao Supremo Tribunal Federal de ações de controle concentrado de constitucionalidade por iniciativa de diversos legitimados, indicados no seu artigo 103, aumentou as espécies de recursos e as instâncias recursais, mas o sistema recursal continuou o mesmo, com um número excessivo de recursos, que possibilita ao vencido reiterar o exercício da jurisdição de modo quase interminável, retardando o desfecho dos processos, o cumprimento das decisões e o acesso do vencedor ao pleno gozo do seu direito. Aquele a quem interessa retardar o desfecho da causa, porque desfruta de uma situação de vantagem de que não quer abrir mão em favor do vencedor, dispõe de um arsenal de meios de impugnação e, assim, os tribunais ficam cada vez mais congestionados, o mais forte protela o desrespeito ao direito do mais fraco e o Estado fracassa na tutela jurisdicional efetiva dos direitos dos cidadãos. As pessoas jurídicas de direito público são justamente aquelas que mais abusam do direito de recorrer, para esquivar-se de cumprir as suas obrigações para com os cidadãos e de pagar as suas dívidas, oriundas de condenações judiciais.

Por outro lado, os tribunais, congestionados com o excesso de recursos, proferem julgamentos de qualidade sempre pior, porque não dão vazão à quantidade. Não têm mais tempo para examinar as alegações e provas dos autos e de efetivamente estudá-las, discutilas colegiadamente. Julgam processos, presumivelmente iguais, em pilhas. Não têm mais paciência para ouvir os advogados. Não têm mais tempo, sequer, para ouvir os relatórios e

votos dos seus próprios membros. O próprio Supremo Tribunal Federal naufraga nessa avalanche.

Adotam-se, então, em vários tribunais, medidas regimentais para conter a pressão do excesso de recursos. O próprio legislador constituinte, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 determinou algumas providências nesse sentido, como a proibição da retenção da distribuição de recursos e a proibição de férias coletivas dos magistrados. Empreendem-se inutilmente reformas legislativas pragmáticas, todas inspiradas na intenção de refrear a demanda recursal, sem atacar as suas causas. O formalismo, que deveria ter sido exorcizado com base nos princípios da efetividade e do garantismo, se exacerba através de entendimentos jurisprudenciais cujo intuito manifesto é apenas o de esvaziar as prateleiras. Nas medidas legislativas, é evidente a busca da simplificação dos procedimentos e da imposição de obstáculos ao acesso aos tribunais superiores e aos órgãos colegiados. Enquanto isso, outras leis, embora bem intencionadas, como a Lei do Agravo<sup>61</sup>, pioraram ainda mais essa situação, multiplicando extraordinariamente os julgamentos.

Essa escalada na progressiva perda da qualidade das decisões recursais e na adoção de medidas de força para reduzir a quantidade de julgamentos prossegue de modo frenético, com a implantação da súmula vinculante e da repercussão geral, como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004 e na criação do sistema de julgamento de recursos especiais repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, originário da Lei 11.672/2008. Grande número dos princípios fundamentais do sistema recursal, anteriormente expostos, é francamente abandonado no altar da celeridade e da redução a qualquer preço do número de julgamentos. Essa decadência, esse desmoronamento, esse desvirtuamento do sistema recursal, cada vez mais distante das razões que determinaram a sua existência, não terminou, porque as causas do aumento incontrolável do número de processos e de recursos não foram equacionadas. Os processos e os recursos continuarão a crescer e as medidas traumáticas, até agora adotadas, em poucos anos serão insuficientes e terão gerado nova e interminável cadeia de

---

<sup>61</sup> Lei 9.139, de 30 de novembro de 1995.

litigiosidade, pela perda da confiança e da credibilidade do Judiciário, engendrada pelos próprios caminhos por ele escolhidos para enfrentar a sua crise.

As deficiências qualitativas do nosso sistema recursal, acima apontadas, indicam que não serão soluções paliativas, que atinjam metas exclusivamente quantitativas, que vão erguer o sistema processual ao nível de desempenho compatível com o papel que lhe impõe o Estado Democrático de Direito.

Algumas dessas soluções poderão representar um alívio momentâneo, mas não equacionarão a crise recursal, que é fundamentalmente uma crise decorrente de três fatores: o excesso de processos e de meios de impugnação; a má qualidade e a falta de credibilidade das decisões dos tribunais; e a facilidade e as vantagens de recorrer, mesmo sabendo não ter razão.

A solução da maior parte desses problemas não depende do Direito Processual ou do sistema recursal. O Estado brasileiro precisa implantar, fora do processo judicial, uma política pública de prevenção e solução de litígios, que deve começar pela internalização administrativa das divergências entre os particulares e o Poder Público e a criação no serviço público de uma nova cultura de respeito e satisfação aos direitos dos cidadãos. Para se ter uma idéia, aproximadamente oitenta e cinco por cento dos recursos que chegam ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça têm como uma das partes o Estado.

É necessário mudar a mentalidade da Administração Pública. Erradamente tem-se a idéia de que o administrador honesto é o que diz “não” ao cidadão; aquele que diz “sim”, ou seja, que reconhece um direito do administrado, já está sob suspeita de ser corrupto. Perdeu-se, no Estado brasileiro, a noção de que a Administração presta serviços públicos e que, portanto, estes têm de oferecidos e organizados em benefício dos cidadãos, e não em benefício da própria Administração.

Costumo dizer que se a União revertisse tudo o que gasta para defender-se em juízo em um eficiente atendimento ao particular, orientando os seus advogados a reconhecerem, no balcão de atendimento ao público, os direitos daqueles que têm razão, reduzir-se-ia consideravelmente a litigiosidade que sobrecarrega as instâncias judiciais. Não adianta

pensarmos que todos os problemas da Justiça brasileira se resolvem dentro da própria Justiça.

Por outro lado, os juízes precisam ser mais bem qualificados para o desempenho das suas pesadas funções e para o seu exercício dirigido à busca de soluções efetivamente pacificadoras resultantes do diálogo democrático e legitimador com as partes e com os seus advogados, o que a simples aprovação em concurso público não assegura.

Mas o Direito Processual também tem de dar a sua contribuição, eliminando todos os fatores que favorecem a interposição de recursos com intuito meramente protelatório.

Para isso, é preciso *tornar desvantajosa a procrastinação*. No atual contexto de crise, é como se retardar a eficácia dos direitos alheios tivesse virado um direito das partes. Ora, no momento em que recorrer se torna vantajoso, porque, com isso, se ganha tempo ou a própria impossibilidade de execução do julgado, mesmo quando o recurso não tem efeito suspensivo, muitos daqueles que não têm razão sentem-se compelidos a recorrer automaticamente.

É preciso criar mecanismos desvantajosos que incidam direta e automaticamente sobre aquele que promove o retardamento do desfecho do processo, rompendo o atual automatismo recursal, com as vantagens que o recorrente tem de interpor um recurso sem ter razão.

A maioria das apelações tem efeito suspensivo. Já se tentou, por meio de alguns projetos de lei não aprovados, acabar-se com o efeito suspensivo automático da apelação, o que é contrário ao interesse dos governantes. Isso porque o maior beneficiário do efeito suspensivo da apelação é o Estado procrastinador; na verdade, a Justiça, hoje, está servindo para administrar a moratória do Estado, e não para satisfazer os direitos dos cidadãos. Há um completo desvirtuamento da função do Poder Judiciário.

Algumas medidas que certamente seriam eficazes na ruptura dessas práticas demandistas seriam, a meu ver, as seguintes: a) a supressão do efeito suspensivo automático dos recursos ordinários; b) a execução provisória exaustiva, independentemente de caução; c) nova sucumbência em grau de recurso; d) juros progressivos enquanto durar a demanda judicial; e) a eliminação do duplo grau de jurisdição obrigatório; e) a eliminação

de alguns recursos, como embargos infringentes, de divergência ou de declaração; f) a concentração das questões constitucionais e infra-constitucionais em um único recurso especial para o STJ, deste cabendo recurso extraordinário para o STF; g) a eliminação da exigência de trânsito em julgado para execuções contra a Fazenda Pública.

Em síntese, é preciso diminuir o número de recursos, sem reduzir o acesso à Justiça por parte dos cidadãos. É indispensável assegurar nas instâncias recursais o mais amplo respeito às garantias fundamentais de um processo justo e tornar desvantajosa a interposição de recursos protelatórios.

As reformas do sistema recursal não podem inspirar-se no interesse do Estado, de limitar o custo da administração da Justiça, ou dos juízes, de frear o aumento da quantidade de trabalho, mas dos jurisdicionados, que não podem ser vistos como intrusos inconvenientes que perturbam a vida e o sossego dos magistrados e que, portanto, têm de ser tratados com má vontade porque se presume que estejam litigando e recorrendo por simples espírito de emulação ou para alcançar algum proveito escuso.

É preciso que a Justiça recupere a consciência de que recursos não são apenas folhas de papel ou arquivos de computador, mas podem significar o acesso a direitos que garantam a própria sobrevivência dos cidadãos. A pendência interminável de recursos e a demora no seu julgamento podem obrigar a parte que tem razão a fazer acordos injustos ou a abrir mão do seu direito porque a Justiça não lhe garante o acesso rápido ao pleno gozo desse direito. Nos tão festejados mutirões de conciliação, grande parte dos acordos são o reflexo da ineficiência da Justiça e a consagração de que, à falta dela, o mais fraco tem de se curvar às imposições do mais forte.

Esse é o atual panorama do sistema de recursos no Brasil, mergulhado em profunda crise, impulsionada pela perda de credibilidade da Justiça, pelo descontentamento dos juízes e jurisdicionados e pela falta de uma política racional e eficaz, não demagógica, de solução dos problemas.

É muito fácil e nada custoso para o Congresso Nacional e para o Presidente da República reformar leis processuais, aproveitando, quando convêm, idéias e sugestões de juristas que altruisticamente prestam a sua colaboração.

Mudar a lei processual é a solução mais simples, mas não suficiente, porque a causa da litigiosidade só em pequena parte pode ser atribuída à legislação. Na maioria dos casos, a ineficiência da administração da Justiça ou está ligada a causas externas ao Poder Judiciário ou às deficiências estruturais daquele Poder, as quais não podem ser resolvidas pela simples edição de uma lei processual. As causas não estão sendo atacadas, porque, para isso, seria necessária uma mudança de postura do Estado na assunção efetiva das responsabilidades que a Constituição lhe impõe de assegurar a mais ampla tutela aos direitos de todos e de promover a paz social.

Rio de Janeiro, 25 de fevereiro de 2010