



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
WASHINGTON EDUARDO SOUZA MARQUES

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA PROPOSTA DE EMENDA
CONSTITUCIONAL N. 15/2011, EM FACE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS
DO ACESSO À JUSTIÇA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Tubarão
2012

WASHINGTON EDUARDO SOUZA MARQUES

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA PROPOSTA DE EMENDA
CONSTITUCIONAL N. 15/2011, EM FACE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS
DO ACESSO À JUSTIÇA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel.

Linha de Pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientador: Prof. Wânio Wiggers, Msc.

Tubarão
2012

WASHINGTON EDUARDO SOUZA MARQUES

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA PROPOSTA DE EMENDA
CONSTITUCIONAL N. 15/2011, EM FACE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS
DO ACESSO À JUSTIÇA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do Título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão (SC), 20 de junho de 2012.

Prof. e orientador Wânio Wiggers, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Alírio Schmitt, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Fábio Borges, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho a meu pai, Adenicio João Marques, responsável direto por minha instrução e pelas vitórias que obtive até então; à minha mãe, Regina Souza Marques, pelo amor que me deu e dá e em razão do prazer de sua companhia, minha melhor amiga e uma das razões de meu viver; à minha namorada, Beatriz Coelho Germano, por ser o meu porto seguro, e dar-me todo suporte que eu sequer pudera um dia sonhar; ainda, à minha irmã Morgana Souza Marques, meu maior vínculo comigo mesmo, minha eterna companheira, e a todos meus amigos e àqueles que contribuíram de alguma forma com o presente trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, a uma força maior que insiste em guiar-me, levar-me para os caminhos acertados. A despeito de meu fraquejar constante, agradeço a Você, pela confiança e oportunidades a mim concedidas, e pelas pessoas tão belas que colocou em meu caminho.

Agradeço a meus pais Adenicio e Regina, meus guias, pelo carinho, afeto e amor, pela educação que me entregaram e por todos os momentos indescritíveis que vivemos. Nada melhor do que viver em família, com aqueles que amamos.

Agradeço a minha irmã, Morgana, pela confiança e palavras de incentivo, por sua companhia e amizade inabaláveis. Você vive em meu coração.

Agradeço a minha namorada, Beatriz, por compreender a importância deste trabalho, bem como por aceitar de bom grado os momentos em que não pude me fazer presente. Serei eternamente grato por seu amor e pela confiança em mim depositadas.

Agradeço ao Prof. e amigo Guilherme Marcon, por seu auxílio e pelas sempre pontuais críticas e sugestões feitas com relação ao presente trabalho. Sua amizade é de grande importância para mim.

Agradeço aos meus amigos, e aos colegas de classe, companheiros nessa trajetória, por sua companhia e pelos momentos de alegria e de estudo.

Agradeço, ainda, ao meu orientador Prof. Wânio Wiggers, Msc, pessoa pela qual tenho profundo apreço, pelo voto de confiança, pelo apoio incondicional e paciência nesta longa jornada, pessoa sem a qual o desenvolvimento deste trabalho não seria possível.

Por fim, mas certo de sua importância, agradeço a instituição Universidade do Sul de Santa Catarina e a seu excelente corpo docente, pela divisão de seu conhecimento com este signatário.

“Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.” (Rui Barbosa).

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo analisar a constitucionalidade da Proposta de Emenda Constitucional n. 15/2011 (PEC dos Recursos), em face das garantias constitucionais do devido processo legal e do acesso à justiça, considerado o regime jurídico vigente com relação à interposição de recursos às instâncias superiores e as garantias constitucionais inerentes à espécie. O tema mostra-se relevante e atual na medida em que é notória a necessidade de se instrumentalizar meios para que a prestação jurisdicional ocorra de maneira mais célere, legitimando, pois, o tão almejado acesso à justiça. Aliado a isso, é cediço que as demandas propostas junto ao Poder Judiciário têm aumentado exponencialmente, na contramão dos investimentos verificados em tal Poder, ocasionado, inegavelmente, grande lentidão na resolução dos conflitos. Neste linde, a referida alteração legislativa proposta deve ser analisada de maneira percuciente quanto a sua constitucionalidade, no intuito de assegurar que as garantias constitucionais referentes à temática não restem desrespeitadas. No intento de cumprir o objetivo mencionado, adotou-se, metodologicamente, a pesquisa bibliográfica. Como método de abordagem foi utilizado o dedutivo, partindo de premissas gerais e culminando na análise de matéria de modo específico, ou seja, a constitucionalidade ou não da proposta de emenda constitucional supracitada. O presente trabalho científico, para atingir tal objetivo, tem sua estrutura dividida em três capítulos. No 1º capítulo é abordada a relação do direito constitucional com as liberdades públicas, bem como os princípios que são constitucionalmente assegurados aos litigantes no âmbito do processo. O 2º capítulo, por seu turno, trabalha a problemática do acesso à justiça, bem como versa acerca do papel dos recursos como meios de se impugnar decisões judiciais. O 3º capítulo, por fim, ocupa-se em demonstrar as matérias que podem ser alteradas por meio de emenda constitucional, além de situar o leitor sobre o que é a PEC 15/2011, e analisar os argumentos favoráveis e contrários, no que toca à sua constitucionalidade, lançados pela doutrina pátria com relação à mencionada alteração legislativa. Como resultado, verificou-se que a PEC n. 15/2011 vai de encontro aos princípios do acesso à justiça e do devido processo legal, este considerado como o princípio de onde emanam todas as demais garantias processuais asseguradas ao litigante, apresentando, portanto, vício constitucional de ordem material.

Palavras-chave: Proposta de emenda constitucional n. 15/2011. Devido processo legal. Acesso à justiça. Recursos.

ABSTRACT

This monographic work aims to examine the constitutionality of the proposed constitutional amendment n. 15/2011 (Resources' PEC), in the light of the constitutional guarantees of due process of law and access to justice, considered the current legal regime with respect to appeals to the higher courts and the constitutional guarantees inherent in the species. The theme shows up current and relevant in so far as is known the need for providing means for the jurisdictional provision of faster way occurs, thus legitimising the much sought access to justice. Allied to this is known that demands proposals with the Judiciary have increased exponentially, against the grain of the investments checked in such a power, large lump, undeniably, slowness in conflict resolution. Because of this, the proposed legislative amendment should be analysed so as to its constitutionality, bang up-to-date in order to ensure that the constitutional guarantees relating to the non-thematic remaining flouted. In intent to fulfill the goal mentioned, methodically, was adopted, the bibliographic search. As a method of approach was used the general assumptions from deductive and culminating in the specific mode of analysis, i.e. the constitutionality or otherwise of the proposed constitutional amendment. This scientific work, to achieve this goal, has its structure divided into three chapters. In the 1st chapter is discussed the relationship with constitutional law, public freedoms and the principles that are constitutionally guaranteed to litigants in the scope of the proceeding. The 2nd chapter, for its part, is working the problem of access to justice, as well as speaks about the role of resources as a means of contesting judicial decisions. The 3rd chapter, finally, deals with in demonstrating any material that can be changed through constitutional amendment, in addition to situate the reader about what is the PEC 15/2011, and analyze the arguments in favour and against, regarding its constitutionality, released by homeland doctrine regarding the legislative amendment. As a result, it was found that the PEC n. 15/2011 goes against the principles of access to justice and due process of law, this considered as the principle from which emanate all other procedural guarantees provided to the litigant, showing thus the constitutional defect of material order.

Keywords: Proposal of constitutional amendment n. 15/2011. Due process of law. Access to justice. Resources.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC - Código Civil

CCJ - Comissão de Constituição e Justiça

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CP - Código Penal

CPC - Código de Processo Civil

CPP - Código de Processo Penal

CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil

Min. - Ministro

PEC 15/2011 - Proposta de Emenda Constitucional n. 15/2011

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TRF - Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA.....	12
1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA.....	12
1.3 JUSTIFICATIVA	15
1.4 OBJETIVOS.....	16
1.4.1 Geral	16
1.4.2 Específicos	16
1.5 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	16
1.6 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO E ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS ...	17
2 DIREITO CONSTITUCIONAL E AS LIBERDADES PÚBLICAS: UMA ABORDAGEM PRINCIPIOLÓGICA	18
2.1 CONSTITUCIONALISMO	18
2.2 CONCEITO DE DIREITO CONSTITUCIONAL.....	19
2.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E LIBERDADES PÚBLICAS	21
2.4 JURISDIÇÃO E DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL.....	22
2.5 DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	25
2.5.1 Princípio do juiz natural	28
2.5.2 Princípio da razoabilidade ou proporcionalidade	29
2.5.3 Princípios da razoável duração do processo e celeridade processual	32
2.5.4 Princípios do contraditório e ampla defesa	33
2.5.5 Princípio da presunção de inocência	34
2.5.6 Princípio da coisa julgada	36
2.5.7 Princípio do duplo grau de jurisdição	37
3 DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA E O PAPEL DOS RECURSOS COMO MEIO DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS	40
3.1 CONCEITO E DELINEAMENTO HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA	40
3.2 ÓBICES AO ACESSO À JUSTIÇA E AS ALTERNATIVAS COLOCADAS À DISPOSIÇÃO DAS PARTES PARA AMENIZÁ-LOS	42
3.3 ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO PÁTRIO	44
3.4 SISTEMA RECURSAL PÁTRIO	47
3.4.1 Diferença entre recursos e ações autônomas de impugnação	47

3.4.2 Conceito e natureza jurídica dos recursos	48
3.4.3 Princípios fundamentais dos recursos	50
3.4.3.1 Princípio do duplo grau de jurisdição.....	50
3.4.3.2 Princípio da taxatividade e princípio da singularidade.....	50
3.4.3.3 Princípio da fungibilidade	51
3.4.3.4 Princípio da dialeticidade e princípio da voluntariedade.....	51
3.4.3.5 Princípio da consumação e princípio da proibição da <i>reformatio in pejus</i>	52
3.4.4 Efeitos dos recursos	53
3.4.5 Recursos em espécie	54
3.4.5.1 Dos recursos extraordinário e especial. Criação e evolução histórica.....	54
3.4.5.2 Similaridades entre o recurso extraordinário e o recurso especial	55
3.4.5.3 Recurso extraordinário	56
3.4.5.4 Recurso especial	58
4 ASPECTOS DESTACADOS ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA PEC	
15/2011	61
4.1 DA POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL	61
4.1.1 Direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas	63
4.2 JUSTIFICATIVAS DA PEC 15/2011	64
4.3 A PEC 15/2011 E AS ALTERAÇÕES QUE INTENTA REALIZAR NO TEXTO	
CONSTITUCIONAL	66
4.4 DA CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 15/2011: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS	
RELEVANTES	67
4.4.1 Fim da impunidade e da lentidão dos processos: índice baixíssimo de reversão	
das decisões judiciais de 1º e 2º graus	68
4.4.2 O sistema recursal vigente é lógico, contudo, inviável	69
4.4.3 Multiplicidade de recursos e sistema de quatro instâncias como principais	
causas da morosidade dos processos	70
4.4.4 Aumento da segurança jurídica e fortalecimento dos juízes de 1º grau e dos	
tribunais locais e regionais	71
4.4.5 A PEC 15/2011 não viola garantias individuais constitucionalmente dispostas	
ao litigante	72
4.5 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PEC 15/2011: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS	
RELEVANTES	74
4.5.1 A PEC 15/2011 não atinge a causa da morosidade na prestação jurisdicional	74

4.5.2 A importância da função dos recursos extraordinário e especial no sistema jurídico vigente	75
4.5.3 Existência de mecanismos na legislação hábeis a diminuir o número de recursos no STJ e STF	77
4.5.4 Qualidade das decisões judiciais <i>versus</i> celeridade processual e recursos como meio de controlar/aperfeiçoar os pronunciamentos judiciais	78
4.5.5 Imputação aos advogados da morosidade da justiça e o papel do Estado como maior litigante	79
4.5.6 Inexistência de quatro instâncias recursais e violação da coisa julgada.....	79
4.5.7 Impossibilidade de emenda constitucional restringir direitos e garantias Individuais.....	81
4.5.8 Ofensa ao princípio da presunção de inocência	82
5 CONCLUSÃO.....	84
REFERÊNCIAS	87
ANEXO.....	93
ANEXO A - PEC 15/2011	94

1 INTRODUÇÃO

É cediço que a instantaneidade, a dinamicidade e a velocidade são características que marcam a sociedade atual. A resolução dos conflitos, porque inerente à vida em sociedade, deve trilhar por tais caminhos. Neste jaez, no que toca aos processos judiciais, há exigência de que a prestação jurisdicional seja ótima, e realizada de maneira célere, entregando a cada um aquilo que efetivamente lhe é de direito. Neste contexto, surgem alterações legislativas que buscam imprimir maior celeridade aos processos judiciais, nos termos do art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), diminuindo o tempo necessário para que seja prolatado pronunciamento judicial definitivo. Uma dessas alterações, dessarte, é a Proposta de Emenda Constitucional n. 15/2011 (PEC 15/2011).

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA

Análise da constitucionalidade da Proposta de Emenda Constitucional n. 15/2011, em face das garantias constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal.

1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Impera na doutrina pátria o entendimento de que sem o direito não há sociedade, o que se traduz na expressão latina *ubi societas ibi jus*. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 29). Partindo dessa premissa, o que se pode perceber é que o direito tutela a vida entre os homens, regulando, inclusive, a forma de resolução dos conflitos oriundos da vida em sociedade.

A esta garantia de reclamar direitos ou resolver litígios perante o Estado, e aqui leia-se Poder Judiciário, dá-se o nome de acesso à justiça. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 168).

Neste linde, ao Estado cabe exercer a jurisdição, que pode ser entendida como a atividade de aplicação das leis, pelo Estado, como função específica. (MIRANDA, 1998, p. 32). Tal atividade é desempenhada, conforme mencionado, pelo Poder Judiciário, sendo esta sua função típica, inerente à sua natureza. (LENZA, 2009, p. 553). A função jurisdicional, pois, é realizada através do processo, meio pelo qual se aufere se o postulado pela parte encontra amparo no direito material positivado.

Contudo, no intento de sanar eventuais erros dos juízes, além de atender ao inconformismo natural da parte que recebe prestação jurisdicional que lhe é desfavorável, os estados modernos comportam o princípio do duplo grau de jurisdição (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 81), sendo este, inclusive, o caso da República Federativa do Brasil.

A despeito de alguma dissonância na doutrina, o princípio do duplo grau de jurisdição é tratado como constitucionalmente implícito, decorrente do próprio sistema normativo e jurídico vigente. (NERY JÚNIOR; NERY, 2006, p. 29). Aliado a isso, aqueles que defendem tal posicionamento referem que o aludido princípio está contido na Constituição como uma das facetas do próprio direito constitucional de ação e defesa. (CAMARGO, 2003, p. 80).

O princípio citado autoriza que a parte irressignada com a prestação jurisdicional que lhe fora entregue utilize dos meios previstos em lei para buscar alterar a decisão que lhe seja desfavorável, submetendo a lide a exames sucessivos, por juízes diversos, ressalvando-se os casos positivados no ordenamento jurídico respectivo como de competência originária. (MORAES, 2009, p. 84).

Uma das formas, portanto, de impugnar decisões judiciais prolatadas é por meio de recurso – meio processualmente disposto às partes a fim de reformar, integrar ou clarear uma decisão judicial impugnada –, os quais devem, via de regra, estar expressamente previstos no ordenamento jurídico. Essa previsão, sem dúvida, coaduna-se com o acesso à justiça constitucionalmente assegurado às partes que entendam haver lesão ou ameaça a direito que crêem lhes pertencer.

Não obstante tal situação, o que se tem verificado na contemporaneidade é um discurso donde se convida a refletir acerca da busca pela celeridade processual, em razão da demora verificada na resolução dos conflitos levados ao Poder Judiciário.

Neste contexto, a doutrina vem tecendo fortes embates quanto ao tema, buscando formas de promover a celeridade processual em sua plenitude. Para tanto, cabe trazer à baila recentes alterações legislativas realizadas em tal direção, por intermédio da Emenda Constitucional n. 45/2004, tais como: a assegurar a constitucional da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII da CRFB/88 e art. 7º da EC 45/2004) e a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que passa a ser Órgão do Poder Judiciário, dentre outros. (LENZA, 2009, p. 555-557). Ressalta-se, no ponto, a fixação pelo Conselho Nacional de Justiça de metas a serem cumpridas pelos órgãos judicantes, visando o julgamento mais célere das demandas, v. g. meta 2, dentre outras.

Outrossim, com objetivo similar, tem-se a possibilidade de o magistrado ‘barrar’ recursos interpostos pela parte que contrariem matéria pacificada e sumulada pelos tribunais superiores (art. 518, §1º do Código de Processo Civil (CPC)), bem como os institutos da súmula vinculante e da repercussão geral (arts. 102, §3º, e 103-A, caput, da Carta Magna).

Refere-se ainda à multiplicação de ações judiciais propostas perante o Poder Judiciário, e como consequência, a interposição de recursos contra decisões desfavoráveis aos litigantes.

Nesse ínterim, tem crescido no meio jurídico a ideia de buscar limitar este acesso à justiça constitucionalmente assegurado, em virtude do expressivo número de demandas propostas junto ao Poder Judiciário, aliado à ausência de infra-estrutura dessa Instituição para comportar o número elevado de demandas a si direcionadas, principalmente nos Tribunais Superiores. Em sentido análogo, tem-se ventilado ainda que os causídicos dos litigantes lançam mão de muitos recursos, por vezes inócuos e inoportunos, procrastinando os feitos em demasia.

A doutrina pátria tem se posicionado de maneira bastante controversa quanto ao tema, ora defendendo que a ausência de investimentos expressivos no Poder Judiciário acarreta na morosidade da entrega da prestação jurisdicional definitiva, ora defendendo que as partes litigantes abusam do direito de ação, seja postulando direitos em juízo de maneira desnecessária, seja, especificadamente, interpondo recursos inoportunos e inócuos, dando causa à entrega intempestiva da prestação jurisdicional definitiva.

Nesta senda, tramita no Senado Federal a PEC 15/2011, chamada de PEC dos Recursos, a qual visa alterar o sistema recursal constitucionalmente previsto, com intenção de extirpar do ordenamento jurídico pátrio vigente os recursos especial e extraordinário, dando lugar a verdadeiras ações rescisórias, autorizando, desde logo, a execução provisória das decisões proferidas em instância inferior, buscando limitar o acesso aos Órgãos Superiores do Poder Judiciário, visando desafogar a máquina judiciária e prestar jurisdição de maneira mais célere.

Na medida em que a proposta de alteração legislativa referida é aplaudida por parte dos cidadãos e juristas, vendo possibilidade de prestação jurisdicional mais célere, é veementemente repudiada por outros tantos, os quais vislumbram afronta à ordem constitucional vigente.

Diante do exposto, apresenta-se a seguinte questão de pesquisa: a PEC 15/2011 é constitucional, apresentando-se em consonância com a garantia constitucional de acesso à justiça e do devido processo legal?

1.3 JUSTIFICATIVA

Muito se tem falado na atualidade acerca dos meios de realizar justiça de maneira mais célere. Já ensinava Barbosa (2006) que: “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.” Neste caminhar é que se percebe que analisar a PEC 15/2011 é fato dotado de grande relevância, em razão da controvérsia dada à matéria pela doutrina pátria, bem como diante dos efeitos que sua eventual aprovação trará para a sociedade de maneira geral.

O estudo preliminar da matéria grifada, observando-se as teorias e argumentos aventados, causou inquietação e fascínio, na medida em que as alegações dos defensores e críticos da alteração legislativa aludida são sólidas, juridicamente bem delineadas, e fazem refletir acerca de como se buscar uma justiça menos morosa, com a consequente entrega ao cidadão da prestação jurisdicional com a rapidez que ambos os lados litigantes desejam, sem negligenciar a segurança jurídica dos julgados.

Assim é que aos operadores do direito, como sabido, é entregue a função de buscar apresentar alternativas aos problemas jurídicos vivenciados pela sociedade. Na medida em que se apresenta alteração ao sistema recursal vigente, é de inquestionável importância que se procure verificar a real extensão e reflexos que advirão dessa modificação normativa. Com a pesquisa a ser realizada, portanto, poderão surgir proposições hábeis a contribuir para melhor entendimento quanto à temática, esclarecendo pontos ambíguos e obscuros da modificação proposta, buscando servir de suporte para eventual pacificação e/ou resolução do conflito.

De uma análise perfunctória do tema, destarte, verifica-se que a questão mencionada é de extrema importância, principalmente diante da necessidade de que seja impresso ritmo mais acelerado ao sistema processual atual, sem, contudo, deixar de observar o que preceituam as garantias constitucionais asseguradas às partes litigantes, demonstrando-se que à sociedade é inenarrável a importância da investigação da constitucionalidade da alteração legislativa referida.

1.4 OBJETIVOS

1.4.1 Geral

Analisar a constitucionalidade da Proposta de Emenda Constitucional n. 15/2011 em relação às garantias constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal.

1.4.2 Específicos

Verificar a correlação entre as liberdades públicas e o Estado Democrático de Direito.

Demonstrar a presença na Carta Magna das garantias constitucionais do devido processo legal e os princípios que de si derivam, v. g., contraditório e ampla defesa, presunção de inocência, celeridade processual, duplo grau de jurisdição, etc.

Identificar o âmbito da aplicabilidade dos princípios *supra* no processo judicial, mormente no que toca à interposição de recursos e seus reflexos processuais.

Definir a aplicação, fundamentação e as dimensões da garantia constitucional do acesso à justiça, e seu alcance no processo judicial pátrio.

Descrever a atual sistemática do sistema recursal brasileiro.

Inferir o que é a PEC 15/2011 e quais as alterações que visa promover no sistema recursal brasileiro.

Confrontar a opinião dos defensores e críticos da alteração legislativa referida, conforme os argumentos que invocam para agasalhar sua interpretação acerca da temática, no que toca a sua constitucionalidade.

Correlacionar os argumentos apresentados com as garantias constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal.

1.5 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O trabalho científico presente utilizará como método de abordagem o dedutivo, na medida em que neste método o pesquisador: “parte de uma proposição universal ou geral para atingir uma conclusão específica ou particular.” (LEONEL; MOTTA, 2007, p. 66). Afinal, primeiramente far-se-á uma análise geral acerca das garantias constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal, bem como do sistema recursal brasileiro como um todo,

para posteriormente verificar se a alteração legislativa proposta (PEC n. 15/2011) contraria o que dispõem estes postulados e sistema vigente.

No que se refere ao nível de profundidade da pesquisa, esta trilhará pelos ditames da pesquisa exploratória, conforme salientado. Isso porque, é neste nível de pesquisa que se visa obter maior familiaridade com o objeto de estudo. (LEONEL; MOTTA, 2007, p. 100).

Assim é que, diante da análise da doutrina especializada buscar-se-á verificar se o teor da proposta de alteração legislativa referida se coaduna com o que rezam as garantias constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal.

No que tange ao procedimento, a presente pesquisa é classificada como bibliográfica, eis que, conforme leciona Gil (2002, p.44): “A pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.”

Ora, para o desenvolvimento da presente pesquisa imperará o uso de material já elaborado, com análise das interpretações doutrinárias lançadas em livros, revistas, artigos científicos e periódicos jurídicos que versem sobre o tema de interesse do trabalho científico.

1.6 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO E ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS

O presente trabalho científico, para cumprir o objetivo a que se propõe, estará estruturado em três capítulos, da forma que se passa a expor.

No primeiro capítulo será abordada a relação do direito constitucional com as liberdades públicas, bem como os princípios que são constitucionalmente assegurados aos litigantes no âmbito do processo, derivados da cláusula do devido processo legal.

No capítulo seguinte, por seu turno, buscar-se-á trabalhar a problemática do acesso à justiça, e a interpretação que é dada ao princípio na contemporaneidade, bem como o papel dos recursos como meios de impugnação das decisões judiciais contrárias ao interesse do recorrente.

O terceiro capítulo terá por ocupação demonstrar as matérias que podem ser alteradas por meio do instituto da emenda constitucional, além de situar o leitor sobre o que é a PEC 15/2011. Por fim, serão alvo de análise os argumentos favoráveis e contrários, no que toca à constitucionalidade da mencionada alteração legislativa, lançados pela doutrina pátria.

Ao final do presente trabalho científico, serão ofertadas as respectivas palavras de conclusão.

2 DIREITO CONSTITUCIONAL E AS LIBERDADES PÚBLICAS: UMA ABORDAGEM PRINCIPIOLÓGICA

O Direito Constitucional difere-se dos demais ramos do Direito Público, pela natureza específica de seu objeto e pelos princípios inerentes que o informam. Para Silva (2007, p. 34) o Direito Constitucional configura-se “como Direito Público Fundamental por referir-se diretamente à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política.” Ainda, o Direito Constitucional “é [...] Direito Público Fundamental, porque todos os campos do conhecimento jurídico, sem exceção, sentem a pujança de sua força e a intensidade de suas normas.” (BULOS, 2009, p. 3).

Para melhor compreensão do tema a ser abordado nesta pesquisa, mister se faz estudar, ainda que muito brevemente, o fenômeno do constitucionalismo, o direito constitucional e sua conceituação, a ligação entre Estado Democrático de Direito e liberdades públicas, bem como as garantias constitucionais do indivíduo em face ao Estado.

2.1 CONSTITUCIONALISMO

Remete-se às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787 e da França, em 1791, a origem do constitucionalismo, na sua acepção formal. Moraes (2009, p. 2) salienta dois aspectos marcantes de tais codificações: “*organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de previsão de direitos e garantias fundamentais*” (grifo no original).

No entender de Canotilho (1993, p. 51), o constitucionalismo é definido como uma

[...] teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transposta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política* tal como a teoria da democrática ou a teoria do liberalismo. (grifo no original)

Em sentido análogo, Alexandrino e Paulo (2008, p. 1) conceituam constitucionalismo como sendo

o movimento político, jurídico e ideológico que concebeu ou aperfeiçoou a idéia de estruturação racional do Estado e limitação do exercício de seu poder, concretizadas

pela elaboração de um documento escrito destinado a representar sua lei fundamental e suprema.

O constitucionalismo, como visto, liga-se ao fato de que todo Estado possui uma constituição, em qualquer tempo, independentemente do regime político que tenha adotado. Por outro lado, outra conclusão que se extrai do instituto do constitucionalismo é a ideia de que este se liga à tutela das liberdades, possibilitando aos cidadãos exercerem, suplantados em constituições escritas, os direitos e garantias fundamentais que lhes são inerentes. De tal forma, resta vedada a opressão do Estado pelo uso da força ou do arbítrio. (BULOS, 2009, p. 7)

Verifica-se, portanto, atrelada ao constitucionalismo a ideia de limitação do poder estatal, inclusive com a chancela na carta política dos direitos e garantias fundamentais. Tal noção, ainda, é preservada no instituto do neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo pós-moderno. Esta nova perspectiva ao constitucionalismo fora desenvolvida a partir do século XXI, e, nas palavras de Agra (2008, p. 31),

[...] tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionados: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva.

2.2 CONCEITO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Hodiernamente, o objeto do direito constitucional está ligado à constituição do Estado, quando estabelece sua estrutura, a organização de seus órgãos e instituições, e principalmente, o modo de aquisição e limitação do poder, através, inclusive, da previsão de diversos direitos e garantias fundamentais. (MORAES, 2009, p. 2).

Já o direito constitucional é classificado recorrentemente como sendo pertencente ao ramo do direito público, na medida em que se mostra fundamental à organização, ao funcionamento e à configuração política do Estado.

Neste sentido, Alexandrino e Paulo (2009, p. 2) destacam que:

[...] o Direito Constitucional estabelece a estrutura do Estado, a organização de suas instituições e órgãos, o modo de aquisição e exercício do poder, bem como a limitação desse poder, por meio, especialmente, da previsão dos direitos e garantias fundamentais.

São as palavras de Canotilho (1993, p. 133):

O direito constitucional é um ramo do direito público interno [...]. Não obstante as dificuldades de distinção, é tradicional dizer-se que o direito constitucional pertence, juntamente com outros ramos do direito – direito internacional, direito administrativo, direito criminal, direito fiscal, direito processual – ao direito público.

A despeito da tradicional classificação referida, é certo que, modernamente, tem-se compreendido que o direito é uno, indivisível, indecomponível. Desta feita, cresce a corrente de que o direito deve ser estudado como um sistema global, donde a harmonia se verifica no conjunto, sendo que a dicotômica classificação (público ou privado), imputada primeiramente a Jean Domat, subsiste por sua relevância didática, gize-se, apenas por conveniência acadêmica. (LENZA, 2010, p. 47).

Curvando-se à classificação aludida, contudo, pode-se alocar junto aos ramos do direito público, conforme acima mencionado, o direito administrativo, o ambiental, o urbanístico, o financeiro, o econômico, o penal, o internacional, o tributário, o processual. No que toca ao ramo do direito privado, historicamente pode-se salientar o direito civil, e o direito comercial.

Ressalta-se, no ponto, o papel fundamental do direito constitucional. Afinal, este exorbita o simples papel de ramo do direito público, afinal,

[...] o direito constitucional caracteriza-se pela sua *posição hierárquico-normativa superior* relativamente aos outros ramos do direito. Esta superioridade hierárquico-normativa concretiza-se e revela-se em três perspectivas: (1) as normas do direito constitucional constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprímazia normativa*); (2) as normas de direito constitucional são *normas de normas (norma normarum)*, afirmando-se como fonte de produção jurídica de outras normas (normas legais, normas regulamentares, normas estatutárias); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a constituição. (CANOTILHO, 1993, p. 137). (grifo no original).

É o que se vê, ainda, na didática síntese formulada por Alexandrino e Paulo (2009, p. 3), quando afirmam que o Direito Constitucional

consubstancia a matriz de toda a ordem jurídica de um específico Estado. Figurativamente, o Direito Constitucional é representado como o tronco do qual derivam todos os demais ramos da grande árvore que é a ordem jurídica de determinado Estado (essa imagem tem o mérito de representar a unidade do Direito – por definição, indivisível –, consubstanciada na árvore, e esclarecer que a alusão a ‘ramos’ tem função puramente didática).

E não destoa Grinover (1973, p. 8), citando Santi Romano, ao frisar, na esteira do salientado pelos autores acima referidos, que esta função do direito constitucional se retrata

como um tronco de cujas raízes se alimentam os vários ramos do ordenamento público; e enquanto o direito constitucional é o princípio de todo o direito do Estado, os outros ramos o pressupõe e são por ele gerados e sustentados. Suas instituições particulares, suas normas e seus elementos têm sempre um fundamento constitucional, ainda que se desenvolvam com vida própria.

2.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E LIBERDADES PÚBLICAS

A instituição do Estado, tal qual se conhece hoje, deu-se por volta do século XV ou XVI. (MORAES, 2009, p. 2). Miranda (1946, p. 39) conceitua Estado como sendo: “o conjunto de todas as relações entre os poderes públicos e os indivíduos, ou daqueles entre si.”

Dallari (2003, p. 118) entende que Estado é “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.”

Neste passo, Jellinek acentua que são necessários três elementos fundamentais à constituição do Estado: poder/soberania, população e território. Neste ínterim, Moraes (2009, p. 3) expõe que:

O Estado, portanto, é forma histórica de organização jurídica limitado a um determinado território e com população definida e dotado de soberania, que em termos gerais e no sentido moderno, configura-se um poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional.

É cediço que todo Estado tem uma Constituição, em sentido amplo, que disciplina a sua forma de organização. Conforme já explanado alhures, a concepção ou aperfeiçoamento da ideia de estruturação e limitação do exercício do poder do Estado configura o fenômeno do constitucionalismo. (ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 2).

A República Federativa do Brasil, consoante expressa previsão do art. 1º da Carta Maior, configura-se como um Estado Democrático de Direito. Afinal, em seu território prevalece a supremacia da legalidade, bem como não há espaço para a tendência humana ao autoritarismo e à concentração de poder. (MORAES, 2009, p. 5). Aqui, subsiste a ideia de que no Estado brasileiro todas as pessoas e todos os Poderes, estão curvados ao império da lei e no qual os poderes públicos sejam exercidos por representantes do povo, no intuito de que se assegure a todos uma igualdade material. (ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 87).

Moraes (2009, p. 6) esclarece que

o Estado Democrático de Direito, caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se (sic) rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais. [...] O *Estado Constitucional*, portanto, é mais que o *Estado de Direito*, é também o *Estado Democrático*, introduzido no constitucionalismo como garantia de legitimação e limitação do poder. (grifo no original).

Diante desse contexto de limitação do poder estatal em face do cidadão é que surgem as liberdades públicas. Estas estão umbilicalmente ligadas à ideia de democracia e direitos fundamentais. Tratam-se de poderes de autodeterminação positivados pelo Estado, por ele devidamente reconhecidos, gerando, pois, o dever de que sejam respeitados.

O conceito de Bastos (1998, p. 499) não é outro:

Dá-se o nome de liberdades públicas, de direitos humanos ou individuais àquelas prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado. É um dos componentes mínimos do Estado constitucional ou do Estado de Direito. Neste, o exercício dos seus poderes soberanos não vai ao ponto de ignorar que há limites para a sua atividade além dos quais se invade a esfera jurídica do cidadão.

Ao homem, portanto, só é possível viver nos moldes do preconizado na contemporaneidade se lhe for asseguradas garantias para exercer os direitos que lhe são inerentes. (BASTOS, 1998, p. 499).

Ora, o Estado é entidade indubitavelmente mais forte que o homem, sendo necessário que sejam previstas no ordenamento jurídico garantias ao indivíduo de que não sofrerá ilegalidades e abusos pelo Estado. Neste sentido é que, então, deve ser entendida a vida do homem em sociedade, bem como a atuação estatal em face do homem, no contexto de que há direitos irrenunciáveis ao homem que devem ser respeitados. Aliás, essa é uma das justificativas da criação do Estado, donde uma de suas funções é assegurar aos viventes em seu território o respeito aos direitos fundamentais, intrinsecamente ligados a sua existência propriamente dita.

2.4 JURISDIÇÃO E DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL

Com efeito, o Estado vedou aos cidadãos resolverem por si suas contendas, tendo avocado para si o poder de resolver os conflitos de interesses, inerentes à vida social. (ASSIS, 1999, p. 9). Por oportuno, ressalta-se a existência de raras exceções, necessariamente previstas em lei, onde se admite o exercício da autotutela, v.g., o instituto do desforço *incontinenti*, relativo ao direito das coisas, nos termos do art. 1210, §1º, do Código Civil (CC) e a tolerância à legítima defesa, que no Código Penal (CP) é tida por excludente de ilicitude, vide art. 23, II, do Estatuto repressivo. A despeito disso, deve-se ter em mente que será sempre possível o controle de tais atos pelo Judiciário, *a posteriori*.

Assim é que o Estado tem o dever de prestar certo serviço público, que é a jurisdição, que pode ser entendida como a atividade de aplicação das leis, pelo Estado, como

função específica. (MIRANDA, 1998, p. 32). Neste norte, compreende-se que o Poder Judiciário, além de dizer o direito ao caso concreto, não se furta de realizá-lo coativamente, o que se faz através da execução. Àqueles que anseiam por tal atividade, portanto, o Estado regulamentou o direito de provocá-lo, preventiva ou repressivamente, nos termos do art. 5º, XXXV, da CRFB/88.

Nos moldes do que defende Lenza (2010, p. 553), tal atividade é desempenhada pelo Poder Judiciário, sendo esta sua função típica, inerente a sua natureza. A função jurisdicional, pois, é realizada através do processo, meio pelo qual se aufere se o postulado pela parte encontra amparo no direito material positivado. O exercício da jurisdição, destarte, trata-se de atividade eminentemente pública. Aqui, verifica-se a importância do direito processual, pois é ele que regulamenta o modo pelo qual será formulada a pretensão, os recursos cabíveis, etc. Neste contexto, importante frisar que a competência para legislar sobre direito processual, portanto, é privativa da União, consoante disposição do art. 22, I, da Carta Maior.

O processo, é cediço, é tradicionalmente dividido pela doutrina em três tipos, a saber, processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar. É o que diz Theodoro Júnior (2007, p. 331):

Para solucionar os litígios, o Estado põe à disposição das partes três espécies de tutela jurisdicional: a cognição, a execução e a cautela. O que as distingue são os diferentes provimentos judiciais com que o juízo responde ao exercício do direito de ação.

De maneira bastante sintética, pode-se dizer que o processo de conhecimento ou cognição é aquele em que há pretensão contestada, havendo necessidade de definir a vontade concreta da legislação para dar-lhe solução. O processo de conhecimento deságua numa sentença de mérito, a qual deverá conter a resposta definitiva ao pleito do autor. Ocorrido o trânsito em julgado da sentença de mérito, opera-se o fenômeno da coisa julgada, restando imutável, via de regra, a decisão prolatada. Quanto ao fenômeno da coisa julgada, este será melhor abordado *infra*.

Neste contexto, é sabido que há excepcionais situações em que vedar a discussão de uma decisão judicial, ainda que agasalhada pelo fenômeno da coisa julgada, mostra-se como injustiça imensurável, ofensiva aos princípios do ordenamento jurídico. Comungando de opinião semelhante, Marinoni (2007, p. 663) ressalta:

Imagine-se a hipótese de se descobrir, posteriormente ao trânsito em julgado da sentença, que esta foi dada por juiz corrompido. De fato, embora normalmente a

coisa julgada sane todo e qualquer vício do processo em que operou, este defeito é tão grave que, fazer vistas grossas seria altamente prejudicial à legitimidade do ordenamento jurídico e prestação jurisdicional.

Diante disso, é que uma das modalidades para obtenção da anulação da coisa julgada formada sobre decisão judicial é a ação rescisória, prevista na legislação infraconstitucional (art. 485 e seguintes, do CPC), permitindo-se, assim, a revisão do julgamento. Ressalta-se, por necessário, que somente será possível assim proceder em situações excepcionais, devidamente abarcadas pela legislação.

Superada tal premissa, o processo de execução, por outro lado, é aquele em que o direito do autor encontra-se previamente definido na lei como certo, líquido e exigível, tratando-se apenas de pretensão insatisfeita. Pela execução, portanto, busca-se tornar efetiva a vontade da lei. Neste norte, é através desta modalidade de processo “o meio de realizar de forma prática a prestação a que corresponde o direito da parte. A efetiva satisfação do direito do credor é o provimento nessa modalidade de processo.” (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 331)

Já o processo cautelar tem lugar quando, antes da solução definitiva do litígio, em processo de conhecimento ou execução, há, em razão da duração do processo, o risco de alteração no equilíbrio das partes. Diante disso, diz-se que este tem o intuito de conservar o estado de fato e de direito, em caráter provisório e preventivo, na busca de uma prestação jurisdicional útil e efetiva quando de sua prestação em caráter definitivo. Como bem sintetiza Theodoro Junior (2007, p. 331): “Os provimentos do processo cautelar são, pois, medidas práticas para afastar o perigo de dano, antes da solução do processo principal.”

Modernamente, não se pode deixar de ressaltar o paralelo existente entre a disciplina do processo (*lato sensu*) e o regime constitucional em que o processo se desenvolve. Neste sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 84):

Hoje acentua-se a ligação entre processo e Constituição no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, foi dito com muita autoridade, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade.

Ora, considerando que o direito processual disciplina como se dará a atividade jurisdicional, é factível que a Constituição Federal preveja seus princípios norteadores, na medida em que é a Constituição Federal a lei fundamental do Estado. Diante disso, fala-se em direito constitucional processual, o qual tem por objetivo estudar as normas processuais positivadas no texto constitucional. Afinal, na CRFB/88 pátria encontram-se insertas inúmeras

garantias processuais, fato este, inclusive, criticado por parcela da doutrina. Neste contexto, esclarece Arruda Alvim (2008, p. 29) que tal proceder fora uma forma de proteção dos jurisdicionados, após a repressão da ditadura. São suas palavras:

Nosso país passou, recentemente, por período de ditadura, durante o qual as garantias constitucionais do processo foram bastante maltratadas, de modo que optou o legislador constituinte de 1998 por ser bastante explícito no que tange às garantias constitucionais do processo.

Neste contexto, a despeito de todos os princípios constitucionais do processo constituírem decorrência lógica do princípio do devido processo legal, fato a ser melhor abordado *infra*, entende-se que

a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º, CF é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações. (NERY JÚNIOR, 1992, p. 37).

Em razão disso é que “constitui-se [...] o direito constitucional em ramo do direito com o qual o direito processual mantém uma correlação íntima.” (ARRUDA ALVIM, 2008, p. 30). Esta ligação entre processo e constituição, ainda, é verificada pela previsão na Carta Maior de muitos dos aspectos e institutos característicos do direito processual. Ora, cada vez mais se tem percebido que “é justamente a Constituição [...] que se constitui no instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno *processo* e seus princípios.” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2009, p. 85). (grifo no original).

2.5 DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Proemialmente, é imperioso destacar que, no presente estudo, utilizar-se-á ora a expressão ‘princípio do devido processo legal’, ora a expressão ‘garantia constitucional do devido processo legal’, sem que haja relevante diferença de significação entre elas. Isso porque, a despeito de fazê-lo parte da doutrina, filia-se à ideia de que: “O princípio do devido processo legal (*due process of law*) consubstancia uma das mais relevantes garantias constitucionais do processo.” (ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 162). Ademais, verifica-se que a despeito de certa preferência da doutrina por ora utilizar a expressão “princípio”, ora a expressão “garantia”, por se tratar o princípio do devido processo legal de verdadeira garantia processual do indivíduo no atual Estado Democrático de Direito, aliado aos

princípios da inafastabilidade de jurisdição e plenitude do contraditório e ampla defesa, não se vê relevância prática em buscar demonstrar eventual diferenciação nas expressões citadas.

Outra não é a posição de Silva (2007, p. 431):

O princípio do devido processo legal entra agora no Direito Constitucional positivo com um enunciado que vem da Carta Magna inglesa: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (art. 5º, LIV). Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude de defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais.

Isto posto, é sabido que as disposições do art. 5º, LIV, da CRFB/88 encontram-se em consonância com a necessidade de proteção do homem de eventuais arbítrios, inclusive estatais. Afinal, é a redação do dispositivo mencionado: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Vê-se, portanto, que o devido processo legal encontra-se expressamente previsto na Carta Maior vigente.

A grandiosidade jurídica do princípio em análise é bem retratada por Friede (1995, p. 49), ao citar Theodoro Júnior:

O due process of law forjado pela cultura anglo-saxônica é, sem dúvida, uma das grandes ou maiores conquistas da humanidade em sua permanente luta contra o autoritarismo e a prepotência dos que assumem o governo político dos povos e contra as estruturas frias e insensíveis do Estado pré-democrático.

Contudo, para maior entendimento da aludida garantia constitucional, necessário se faz tecer breves comentários quanto a seu desenvolvimento histórico.

Tal garantia remonta à *Magna Charta Libertatum*, de sobremaneira importância no direito anglo-saxão, tendo origem em 15 de junho de 1215. (MORAES, 2009, p. 106). Segundo o escólio de Bonato (2003, p. 11), a ideia, hoje traduzida na expressão *due process of law*, surgiu sob a terminologia *law of the land*, na já citada Magna Carta inglesa.

Quanto ao seu desenvolvimento histórico, ensina Grinover (1973, p. 31) que, primitivamente, deu-se o devido processo legal como ideal reacionário da nobreza contra os julgamentos da coroa, os quais apenas visavam resguardar a vontade indiscutível do monarca.

O princípio, conforme já frisado, instalou-se na velha Inglaterra de João Sem Terra, como exigência de que os senhores feudais, em sua integralidade, mereciam julgamento por um Tribunal formado por seus pares e segundo as leis da Terra.

Desta forma, no contexto do século XIII, tomavam forma ideais como o do juiz natural e o princípio da legalidade.

Mais tardar, ainda na Inglaterra, surgiu a expressão ‘devido processo legal’, referenciando o direito do indivíduo a um processo regularmente disciplinado e ordenado.

Foi no constitucionalismo americano, contudo, que se solidificou o conceito moderno do *due process of law*. No âmbito democrático, significava para o indivíduo garantia maior contra todo e qualquer desmando dos titulares do poder. O constitucionalismo americano não exigiu, destarte, apenas que o Estado assegurasse uma marcha processual devidamente preordenada. Em adição, exigiu que as normas de direito material deveriam mostrar-se razoáveis, vendando-se que fossem arbitrárias ou caprichosas.

Como bem arremata Theodoro Júnior, citado por Friede (1995, p. 50), a partir deste ponto: “o direito processual passou a ocupar científica e politicamente uma posição de destaque, outrora desconhecida e sequer imaginada.”

Como visto, logrou o direito norte-americano em atentar a cultura ocidental para o fato de que

não basta, no plano das grandes instituições jurídicas, a declaração de direitos, nem tampouco a definição de órgãos competentes para a sua tutela. Acima de tudo, é imperioso que o titular do direito declarado possa contar com instrumentos e mecanismos de provocação e atuação efetiva das garantias jurídicas. E ninguém mais adequado para prestar essa tutela jurídica do que o Poder Judiciário. (THEODORO JUNIOR apud FRIEDE, 1995, p. 50).

No direito brasileiro, por outro norte, somente fora assegurado explicitamente o devido processo legal na CRFB/88, sendo que este já estava implícito em Cartas anteriores. (BONATO, 2003, p. 18).

De igual forma, a Declaração Universal de Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, no art. XI, n. 1, garante que

todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.

Sua importância, ainda, é facilmente verificada nas palavras de Nery Júnior (1992, p. 28):

[...] bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.

Atualmente, entende-se que o devido processo legal garante ao indivíduo dupla proteção, seja no âmbito formal, seja no âmbito material. É o que esclarece Moraes (2009, p. 106):

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção

ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, **aos recursos**, à decisão imutável, à revisão criminal). (grifo nosso).

Em sentido análogo, Alexandrino e Paulo (2009, p. 162):

Em sua feição principal, o princípio do devido processo legal deve ser entendido como garantia material de proteção ao direito de liberdade do indivíduo, mas também é garantia de índole formal, num dado processo restritivo de direito. Significa dizer que deve ser assegurada ao indivíduo paridade de condições em face do Estado, quando este intentar restringir a liberdade ou o direito aos bens jurídicos constitucionalmente protegidos daquele.

Do enunciado do devido processo legal derivam inúmeros outros princípios, inclusive relativos às garantias processuais, como o princípio do juiz natural, a só admissibilidade de provas lícitas no processo, a publicidade do processo, a motivação das decisões, o princípio da razoabilidade/proporcionalidade, previsão da razoável duração do processo e celeridade processual, direito de ação e defesa, da igualdade das partes, do contraditório e ampla defesa, dentre outros.

Entende-se, portanto, que a cláusula do devido processo legal integra um

conjunto complexo e plural de ‘garantias constitucionais’ que, associados aos parâmetros da ética e da moral, buscam, em última análise, assegurar o correto exercício da jurisdição, ao mesmo tempo em que legitimam o próprio poder jurisdicional exercido pelo julgador e titularizado pelo Estado-Juiz (FRIEDE, 1995, p. 49).

No mesmo norte, a síntese trazida por Didier Júnior (2007, p. 29), quando discorre sobre o devido processo legal: “Trata-se do postulado fundamental do processo. [...] trata-se do princípio base, sobre o qual todos os outros se sustentam. É a norma-mãe.”

Não destoam Arruda Alvim (2008, p. 31), ao entender que: “Pode-se, sem receio de errar, asseverar que os demais princípios constitucionais do processo são verdadeiramente imanentes à noção de devido processo legal, explicitando-o.”

Feitas tais ressalvas, passa-se a analisar, ainda que muito brevemente, alguns dos princípios acima referidos, originados do *due process of law*, na medida em que guardam relação com o presente estudo, sendo que ao princípio do direito de ação (acesso à justiça), este receberá maior atenção no segundo capítulo *infra*, em razão de sua grandiosidade e complexidade.

2.5.1 Princípio do juiz natural

O princípio do juiz natural encontra-se previsto no art. 5º, XXXVII e LIII, da CRFB/88, *in verbis*:

Art. 5º.

[...]

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

[...]

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

É em razão do princípio em comento, também referenciado como princípio de juiz legal, juiz constitucional ou juiz competente, que resta assegurada a imparcialidade do Poder Judiciário nas questões que são levadas a juízo, bem como a vedação do arbítrio estatal, na medida em que a criação de tribunais de exceção resta vedada pela Carta Política.

Assim, o princípio do juiz natural é consectário direto do princípio do Estado Democrático de Direito. Afinal, o jurisdicionado não poderá deixar de receber jurisdição do juiz natural, garantindo-se a todos julgamento com isenção e imparcialidade. A norma em análise, ainda, veda julgamentos “encomendados”, os quais mostram-se como verdadeiros atos atentatórios aos ditames da legalidade, do devido processo legal e do acesso à justiça. (BULOS, 2009, p. 242). A existência do princípio em análise tem como base os princípios da igualdade e da legalidade.

São consequências jurídicas do princípio do juiz natural:

a) ficam vedados os juízos extraordinários, constituídos após os fatos, para julgamento de determinados casos ou pessoas. Proscreevem-se, destarte, os juízos *ad hoc* e os tribunais de exceção; b) fica subtraído ao controle do Poder Executivo o mecanismo de substituições, convocações e designações de juízes, a ser exercido exclusivamente pelo Poder Judiciário; c) a independência e a imparcialidade dos juízes e tribunais são uma decorrência natural do princípio em tela; d) somente os órgãos dotados de poder jurisdicional, previstos pela Constituição, é que se conformam ao princípio do juiz natural; e) esse princípio também se estende a outros órgãos, estabelecidos na Constituição, dotados do poder de julgar, embora fora do âmbito do Judiciário, como o Senado Federal, no caso de *impeachment* do Presidente da República. (MELLO FILHO, 1986, p. 342-3).

O princípio do juiz natural, portanto

deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se, não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não sejam afetadas a independência e imparcialidade do órgão julgador. (MORAES, 2009, p. 88).

2.5.2 Princípio da razoabilidade ou proporcionalidade

A par de alguma diferenciação apontada pela doutrina, entende-se que a cláusula em estudo, chamada de princípio da razoabilidade, princípio da proporcionalidade, ou princípio da proibição do excesso, são sinônimas. É o que acentua Bulos (2009, p. 291).

A terminologia princípio da razoabilidade advém dos norte-americanos. Os alemães preferem chamá-la de princípio da proporcionalidade, enquanto os europeus rotulam-na de princípio da proibição do excesso. Todas essas denominações são apropriadas. A doutrina e a jurisprudência predominantes consideram-nas sinônimas. [...] É inútil pretender extrair de figuras tão idênticas resultados diversos.

O princípio aqui tratado não se encontra expressamente previsto no texto constitucional. Parcela da doutrina compreende que este decorre do devido processo legal. Este é o posicionamento daqueles influenciados pela teoria norte-americana, a qual prega que o princípio em tela deriva da cláusula do *due process*. Outra parcela da doutrina, contudo, entende que o princípio da razoabilidade trata-se de princípio não escrito, sendo uma projeção do Estado de Direito (*Rechtsstaat*). Assim, dá crédito a teoria aceita pelo direito alemão.

Independente da origem, seja esta alemã ou norte americana, o que há de se ressaltar é que o princípio em voga integra o direito constitucional brasileiro, tendo os tribunais pátrios, inclusive, invocado por diversas vezes suas disposições para pacificar controvérsias, por vezes entre normas de caráter constitucional, conforme se verá adiante. (BULOS, 2009, p. 292).

Lança-se mão, por oportuno, das palavras de Ferreira, referenciado por Lenza (2010, p. 793). Assim, vê-se que:

o princípio do devido processo legal tem duas facetas: 1) formal e 2) material. O segundo encontra fundamento nos artigos 5º, inciso LV, e 3º, inciso I, da Constituição Federal. Do devido processo legal substancial ou material são extraídos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não há repercussão prática na discussão sobre a origem do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se que os mesmos têm *status* constitucional, e diante de tal situação todos os atos infraconstitucionais devem com eles guardar relação de compatibilidade, sob pena de irremissível inconstitucionalidade, reconhecida no controle difuso ou concentrado... A razoabilidade e proporcionalidade de leis e atos do Poder Público são inafastáveis, considerando-se que o Direito tem conteúdo justo.

No entendimento de Alexandrino e Paulo (2009, p. 164), o princípio da razoabilidade

significa que, ao se analisar uma lei restritiva de direitos, deve-se ter em vista o fim a que ela se destina, os meios adequados e necessários para atingi-lo e o grau de limitação e de promoção que ela acarretará aos princípios constitucionais que estejam envolvidos. Se os meios porventura não forem adequados ao fim colimado, ou se sua utilização acarretar cerceamento de direitos em grau maior do que o necessário, ou ainda se as desvantagens da adoção da medida (restrição a princípios constitucionais), suplantarem as vantagens (realização ou promoção de outros princípios constitucionais), deve a lei ser invalidada por ofensa à Constituição, especificamente, por violação ao princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

O princípio da razoabilidade, ou proporcionalidade, é utilizado para solucionar impasses advindos da constatação da tensão entre direitos fundamentais e/ou princípios

constitucionais. Isso porque, em razão do princípio da unidade da Constituição, não se mostra possível a interpretação de norma constitucional em contradição com outra de mesma natureza. Diante disso:

O magistrado, para resolver o conflito, haverá de avaliar qual das normas constitucionais, no caso concreto, deve prevalecer – como não se pode resolver a tensão pelo princípio da hierarquia das normas, pois advindas da mesma fonte, o juiz pondera os interesses em jogo, limitando a aplicação de um dos conflitantes em detrimento da do outro, de modo a delimitar o seu alcance. (DIDIER JÚNIOR, 2007, p. 33).

O princípio da unidade da constituição, portanto:

Consiste numa especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e conflitos existentes entre as normas constitucionais. Por afastar a tese de hierarquia entre os dispositivos da Constituição, esse princípio impede a declaração de inconstitucionalidade de uma norma constitucional originária. (NOVELINO, 2009, p. 77).

Ou seja, ao intérprete da constituição, diante de normas constitucionais aparentemente contraditórias, cabe harmonizá-las, compatibilizá-las, na medida em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), em diversos julgados, inadmite a tese de normas contraditórias advindas do poder constituinte originário.¹

¹ Neste sentido, a posição do STF no julgamento da ADI 815/DF, em 28/03/1996: EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. [...] Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abrangendo normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido. (Destacamos). E também: STF/ADI 466/DF, julgado em 03/04/1991: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INSTITUIÇÃO DA PENA DE MORTE MEDIANTE PRÉVIA CONSULTA PLEBISCITÁRIA - LIMITAÇÃO MATERIAL EXPLÍCITA DO PODER REFORMADOR DO CONGRESSO NACIONAL (ART. 60, § 4º, IV) - INEXISTÊNCIA DE CONTROLE PREVENTIVO ABSTRATO (EM TESE) NO DIREITO BRASILEIRO - AUSÊNCIA DE ATO NORMATIVO - NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA. [...]. A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas - que não são normas constitucionais originárias - não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade. O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. [...].

2.5.3 Princípios da razoável duração do processo e celeridade processual

Preliminarmente, há de se ressaltar que a prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável e efetivo já era prevista, como direito fundamental do homem, nos arts. 8º, 1º, e 25, 1º, do Pacto de San José da Costa Rica. (LENZA, 2010, p. 799).

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/04, a chamada Reforma do Judiciário, aprovada após 13 anos de tramitação, expressamente previu-se no texto constitucional os princípios da razoável duração do processo e da celeridade processual, *ex vi* do art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Ora, “toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira *efetiva* o papel que lhe toca.” (TUCCI, 1999, p. 234) (grifo no original). Diante disso, aliada à efetividade do pronunciamento judicial, este deve ser tempestivo, uma das razões que levou o legislador constituinte derivado a erigir a razoável duração do processo à garantia constitucional.

Há de se ressaltar, entretanto, que antes mesmo da elevação de tais postulados a norma constitucional, não se pode deixar de entender que: “o direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do ‘*due process of law*’.” (MORAES, 2009, p. 107).

Isso porque, nos moldes do que defende Moraes (2009, p. 107):

Essas previsões – *razoável duração do processo e celeridade processual* -, em nosso entender, já estavam contempladas no texto constitucional, seja na consagração do princípio do *devido processo legal*, seja na previsão do princípio da eficiência aplicável à Administração Pública (CF, art. 37, caput).

Alexandrino e Paulo (2009, p. 187), em sentido análogo, referenciam que o STF, em mais de um julgado, teve oportunidade de assentar a necessidade de acelerar a prestação jurisdicional, de vedar retardamentos abusivos ou dilações inoportunas na resolução dos conflitos, por parte dos magistrados e Tribunais. Neste sentido, é o voto da pena do Ministro (Min.) Celso de Mello:

O réu [...] tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva nem dilações indevidas. [...] O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário [...], traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com todas

as garantias reconhecidas pelo ordenamento jurídico. (RTJ 187/933-934, rel. Min. Celso de Mello).

A despeito disso, a EC 45/04, conforme mencionado *supra*, consagrou na Carta Maior os princípios aqui referidos, no extenso rol do art. 5º. Buscando trazer celeridade e desburocratização à Justiça pátria, ainda, a Reforma do Judiciário instituiu:

a vedação de férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, a proporcionalidade do número de juízes à efetiva demanda judicial e à respectiva população, a distribuição imediata dos processos, em todos os graus de jurisdição, a possibilidade de delegação aos servidores do Judiciário, para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório, a necessidade de demonstração de *repercussão geral das questões constitucionais* discutidas no caso para fins de conhecimento do recurso extraordinário, a instalação da justiça itinerante, as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. (MORAES, 2009, p. 108).

2.5.4 Princípios do contraditório e ampla defesa

“O devido processo legal tem como corolários a *ampla defesa* e o *contraditório*.” (MORAES, 2009, p. 106) (grifo no original). Assim, verifica-se que estas cláusulas estão intimamente conectas ao devido processo legal, eis que:

não há como se falar em devido processo legal sem a outorga da plenitude de defesa (direito de defesa técnica, direito à publicidade dos atos processuais, direito à citação, direito à produção de provas, direito ao recurso, direito à contestação etc. (ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 165).

Tais garantias encontram-se expressamente positivadas na Carta Magna, vazadas no art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Os princípios do contraditório e ampla defesa caminham juntos, a despeito de tratados como dissociáveis por parte da doutrina, ante sua complementaridade. Afinal, é efetivamente do contraditório que nasce o exercício da defesa e é essa que garante aquele. (BONATO, 2003, p. 159).

Neste sentido posiciona-se, também, Bastos (1988, p. 266):

O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é pois a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Ultrapassada tal premissa, cabe conceituar os princípios *supra*. Por contraditório, deve-se entender como sendo a própria exteriorização da ampla defesa, na medida em que

todo e qualquer ato praticado pela parte acusatória legitimará igual direito da defesa de opor-se, de apresentar suas contrarrazões, de entregar ao juízo uma versão ou interpretação diversa daquela a si imputada pelo autor. O contraditório, pois, “impõe a condução dialética do processo (*par conditio*).” (ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 166).

Ampla defesa, por outro turno, é entendida como a possibilidade outorgada ao acusado de trazer ao processo, seja judicial ou administrativo, das provas legalmente obtidas para buscar provar a verdade, ou até mesmo a possibilidade de omitir-se ou calar-se, sempre que entender necessário.

Neste sentido é que o STF, em sede do instituto da Súmula Vinculante, vem buscando manter incólume o postulado constitucional da ampla defesa. Para tanto, citam-se as Súmulas Vinculantes n. 03, 14 e 21.²

Ressalva-se, por oportuno, que na seara penal, no âmbito do inquérito policial, não há exigência do contraditório, em razão do caráter investigatório e da natureza meramente informativa deste procedimento, nos termos da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vide STF, RTJ 143/306, RE 136.239-SP, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, dentre outros julgados.

2.5.5 Princípio da presunção de inocência

Apesar de não constar expressamente nas constituições brasileiras passadas, a garantia da presunção de inocência era invocada do princípio do contraditório e do princípio da plenitude de defesa. (BULOS, 2009, p. 312). No texto constitucional atual, entretanto, o princípio em comento está expressamente previsto no art. 5º, LVII, da Carta Maior, que traz a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Percebe-se, da dicção do artigo supratranscrito, que esta se trata de verdadeira garantia processual ao indivíduo, mostrando-se o objetivo do Estado de tutelar a sua liberdade. Assim, o acusado é presumidamente inocente até que o Estado efetivamente

² Súmula vinculante n. 3: Nos processos perante o tribunal de contas da união asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Súmula vinculante n. 14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Súmula vinculante n. 21: É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

demonstre sua culpabilidade. Afinal, conforme ressalta Moraes (2009, p. 118), se assim não fosse, voltar-se-ia ao total arbítrio estatal.

São conclusões extraídas do princípio do estado de inocência:

- 1) qualquer restrição à liberdade do acusado somente se admite após sua condenação definitiva, isto é, quando nenhum recurso é mais possível; 2) cumpre à acusação o dever de demonstrar a responsabilidade do réu e não a este comprovar sua inocência; 3) a condenação deve derivar da certeza do julgador, sendo que eventual dúvida será interpretada em favor do réu (*in dubio pro reo*). (CUNHA; PINTO, 2008, p. 21).

Do princípio em estudo, ademais, decorre o princípio de interpretação das leis penais conhecido pelo brocardo latino *in dubio pro reo*. Segundo tal princípio, para que haja condenação do acusado, a sua culpabilidade deve estar plenamente demonstrada no arcabouço probatório, não havendo espaço para dúvidas ou incerteza pelo julgador quanto a sua culpabilidade. Ainda, ressaltam Alexandrino e Paulo (2009, p. 174), que “existindo dúvida na interpretação da lei ou na capitulação do fato, adota-se aquela que for mais favorável ao réu.”

Imperioso trazer à baila o que frisam Bechara e Campos, citados por Lenza (2010, p. 786), acerca do princípio da presunção de inocência: “[...] melhor denominação seria princípio da não culpabilidade. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado.”

Desta forma, nos termos da Súmula 716 do STF, admite-se “a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinado, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

Conforme ponderam Bechara e Campos (apud LENZA, 2012, p. 787): “[...] tem-se uma hipótese de antecipação dos efeitos da condenação transitada em julgado, contudo, a mitigação do princípio da presunção de inocência é justificada pelo princípio do *favor rei* ou *favor libertatis*, igualmente de índole constitucional.”

E diante desse contexto de não prejudicialidade do acusado, traz-se à voga julgamento perante o STF, tendo sido pacificado o entendimento de que: “a execução da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, contraria o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição.” (LENZA, 2010, p. 787). Gize-se que ficou ressalvada a eventual possibilidade de prisão cautelar do réu, nas hipóteses previstas no Código de Processo Penal (CPP).

2.5.6 Princípio da coisa julgada³

O fenômeno da coisa julgada, diante de sua importância, assume no ordenamento jurídico *status* constitucional, tendo sido elevado, inclusive, à condição de cláusula pétrea, eis que reza a CRFB/88 (art. 5º, inc. XXXVI) que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Desta forma, o postulado da coisa julgada refere-se à decisão judicial irrecorrível, em face da qual não cabe mais recurso. No processo judicial esta ocorre quando de certa decisão não há mais possibilidade de impugnação, tornando-se esta, pois, imutável.

Entende Bastos (1998, p. 20) que na coisa julgada:

o direito incorpora-se ao patrimônio de seu titular por força de proteção que recebe da imutabilidade da decisão judicial. Daí falar-se em coisa julgada formal e material. Coisa julgada formal é aquela que se dá no âmbito do próprio processo. Seus efeitos restringem-se, pois, a este, não o extrapolando. A coisa julgada material, ou substancial, existe, nas palavras de Couture, quando à condição de inimpugnável no mesmo processo, a sentença reúne a imutabilidade até mesmo em processo posterior (Fundamentos do direito processual civil). Já para Wilson de Souza Campos Batalha, coisa julgada formal significa sentença transitada em julgado, isto é, preclusão de todas as impugnações, e coisa julgada material significa o bem da vida, reconhecido ou denegado pela sentença irrecorrível. O problema que se põe, do ângulo constitucional, é o de saber se a proteção assegurada pela Lei Maior é atribuída tão-somente à coisa julgada material ou também à formal. O art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal, não faz qualquer discriminação; a distinção mencionada é feita pelos processualistas. A nosso ver, a Constituição assegura uma proteção integral das situações de coisa julgada.

A coisa julgada, conforme se percebe, está intrinsecamente ligada à ideia de segurança jurídica. Ao comungar deste entendimento, Silva (2007, p. 436) acentua que:

Tutela-se a estabilidade dos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio. A coisa julgada é, em certo sentido, um ato jurídico perfeito; assim, já estaria contemplada na proteção deste, mas o constituinte a destacou como um instituto de enorme relevância na teoria da segurança jurídica.

O que não se olvida, entretanto, é que a proteção constitucional do princípio em comento não impede que a lei disponha sobre regras para a rescisão da coisa julgada mediante atividade jurisdicional. Neste diapasão, Silva (2007, p. 437) frisa a licitude em assim agir, referenciando o art. 485 do CPC, o qual prevê a rescindibilidade da coisa julgada por meio de ação rescisória.

³ Não se desconhece a importância e complexidade do fenômeno da coisa julgada, contudo é de se ressaltar que o princípio em tela não será aqui exaustivamente analisado, notadamente porque o objetivo do presente trabalho é diverso.

2.5.7 Princípio do duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição indica a possibilidade de revisão, por via de recurso, de causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou primeira instância). Desta forma, é garantido um novo julgamento por parte dos órgãos da jurisdição superior, ou de segundo grau.

Alexandrino e Paulo (2009, p. 169), buscando conceituar o princípio em comento, ressaltam que este

significa a obrigatoriedade de que exista a possibilidade de uma causa ser reapreciada por um órgão judiciário (ou administrativo, se for o caso de processo administrativo) de instância superior, mediante a interposição de recurso contra a decisão do órgão inferior.

No direito pátrio, apenas a Carta Imperial de 1824 o consagrou de maneira explícita, em seu art. 158. As demais Constituições, atenta Bulos (2009, p. 295):

[...] não prescreveram, *in verbis*, o vetor, deixando-o imanente e implícito na ordem jurídica. É o caso do Texto Magno de 1988. Ele, ao disciplinar o regime dos recursos constitucionais (arts. 102, II e III e 105, II e III), abriu campo para a pluralidade dos graus de jurisdição, concretizando o princípio em estudo. Conseqüência (sic) disso: o legislador não poderá obstaculizar, via ato legislativo, a prerrogativa de reexame das decisões jurisdicionais.

É aresto do STF (BRASIL, 2007):

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO. PROCESSAMENTO. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DO RÉU À PRISÃO. DECRETO DE CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO PREJUDICADO. PRISÃO PREVENTIVA SUBSISTENCIA ENQUANTO PERDURAREM OS MOTIVOS QUE A MOTIVARAM. ORDEM CONCEDIDA [...] III – A garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição, sobrepondo-se a exigência prevista no art. 594 do CPP. IV – O acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais. V – Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior a promulgação do Código de Processo Penal. VI – A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior. VII - Ordem concedida.

O princípio citado, entendem Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 80), não macula a independência do togado, eis que:

O Juiz, qualquer que seja o grau de jurisdição exercido, tem independência jurídica, pelo que não está adstrito, entre nós, às decisões dos tribunais de segundo grau, julgando apenas em obediência ao direito e à sua consciência jurídica. As locuções *jurisdição superior* e *jurisdição inferior* indicam apenas a competência primeira para julgar novamente as causas já decididas em primeiro grau – competência de

derrogação, pois, sem qualquer possibilidade de prévia interferência sobre o modo como o juiz decidirá.

Desta feita, vislumbra-se que os fundamentos recorrentemente invocados pela parcela da doutrina defensora da existência do princípio do duplo grau de jurisdição são, dentre outros: a) outorgar ao vencido a possibilidade de se reexaminar a sentença com a qual não se conformou; b) a formação, nos tribunais de segundo grau, de juízes mais experientes, conjugados, via de regra, em órgãos colegiados; c) a preocupação psicológica do juiz de primeiro grau ao ter ciência de que sua decisão poderá ser revista por tribunais de instância superior; d) a ideia, de natureza política, pela qual nenhum ato estatal pode existir sem controles; e) a falibilidade do julgador e; f) o natural inconformismo do homem, que não se sujeita a um único julgamento. (CINTRA; GRINOVER, DINAMARCO, 2009, p. 79).

Ainda da pena de Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 80), ressalta-se que o princípio do duplo grau de jurisdição:

funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso. **Apesar disso, ainda existe uma corrente doutrinária – hoje reduzidíssima – que se manifesta contrariamente ao princípio. [...] O duplo grau de jurisdição é, assim, acolhido pela generalidade dos sistemas processuais contemporâneos, inclusive pelo brasileiro.** O princípio não é garantido constitucionalmente de modo expresso, entre nós, desde a República; mas a própria Constituição incumbe-se de atribuir competência recursal a vários órgãos da jurisdição, prevendo expressamente, sob a denominação de *tribunais*, órgãos judiciários de segundo grau. (grifo nosso).

Comungam de tal opinião Cunha e Pinto (2008, p. 22):

A maioria, contudo, entende que, embora não previsto expressamente, o referido princípio [duplo grau de jurisdição] decorre do próprio sistema constitucional, onde há menção a uma série de recursos (recursos ordinários constitucionais, especial e extraordinário), além de tratar, também, da competência recursal de vários órgãos da jurisdição, ao aludir a diversos tribunais e estabelecer-lhes as respectivas competências.

O princípio citado autoriza, portanto, que a parte irresignada com a prestação jurisdicional que lhe fora entregue utilize dos meios previstos em lei para buscar alterar a decisão que lhe seja desfavorável, submetendo a lide a exames sucessivos, por juízes diversos, ressalvando-se os casos positivados no ordenamento jurídico respectivo como de competência originária. (MORAES, 2009, p. 85).

Não obstante tal situação, é imperativo consignar que o STF tem interpretado o princípio em voga, na medida em que admite: “o duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia constitucional.” (STF, AgRg em Agl 209.954-1/SP e 210.048-0/SP, rel. Min. Marcos Aurélio, 2 Turma, DJ 1, de 4-12-1998, p. 15)

Não se desconhece, por outro turno, a parcela da doutrina que entende de maneira diversa. Neste caminhar, Marinoni (2007, p. 505), ao defender o direito à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, conclui que o legislador infraconstitucional

não está obrigado a estabelecer, para toda e qualquer causa, uma dupla revisão em relação ao mérito, principalmente porque a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXVII, garante a todos o direito à tutela jurisdicional tempestiva, direito este que não pode deixar de ser levado em consideração quando se pensa em 'garantir' a segurança da parte através da instituição da 'dupla revisão'. (grifo no original).

O duplo grau de jurisdição conforme ressaltado *supra*, no direito pátrio, é tratado como constitucionalmente implícito, decorrente do próprio sistema normativo e jurídico vigente. (NERY JUNIOR; NERY, 2006, p 29). Ainda, há de se salientar que o princípio referido está contido na Constituição Federal como uma das facetas do próprio direito de ação e defesa. (CAMARGO, 2003, p. 80). Aliás, o direito de ação e defesa, ou princípio do acesso à justiça, a despeito de tratar-se de princípio relacionado às liberdades públicas, tais quais os abordados neste capítulo, diante de sua grandiosidade e complexidade será oportunamente abordado no capítulo que segue.

3 DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA E O PAPEL DOS RECURSOS COMO MEIO DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS

O princípio do acesso à justiça, é sabido, está intimamente ligado aos diversos princípios constitucionais do processo, tais quais os princípios da ampla defesa, do contraditório, da publicidade, da celeridade processual, da segurança jurídica, da razoável duração do processo, etc., alguns dos quais, aliás, se teve oportunidade de tecer comentários no capítulo que passou (capítulo 2, item 2.5).

Na direção do exposto, a ligação do princípio do acesso à justiça com o princípio do devido processo legal é das mais firmes, mormente em função da característica derivante (ou irradiante) do princípio do devido processo legal, o qual é considerado como o princípio de maior amplitude, donde derivam os demais princípios constitucionais do processo, conforme amplamente ventilado no presente estudo.

Em razão disso, o processo justo é assim considerado quando observa *efetivamente* todas as garantias constitucionais do processo, em todos os aspectos acima destacados. Do mencionado, portanto, extrai-se a importância de analisar o que se entende pela cláusula do acesso à justiça, tarefa esta que se realiza na sequência.

3.1 CONCEITO E DELINEAMENTO HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Inobstante a pluralidade de expressões destacadas pela doutrina para fazer referência à garantia em comento – princípio da inafastabilidade de jurisdição, direito de ação, princípio do livre acesso ao judiciário, princípio da ubiquidade da justiça, etc. – utilizar-se-á neste trabalho a expressão acesso à justiça, porquanto de maior abrangência, conforme se explicará *infra*.

Historicamente, o conceito de acesso à justiça sofreu severas alterações, ao acompanhar o desenvolvimento do pensamento da sociedade. Por volta dos séculos dezoito e dezenove, prevalecia a interpretação meramente formal do acesso à justiça. Neste ponto, entendia-se que: “Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação.” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9). Dentro deste contexto, o papel do Estado era retratado como de um mero espectador, pouco intervindo para solucionar problemas que impedissem certo indivíduo de

reconhecer ou defender seus direitos de maneira satisfatória. Neste momento, em síntese, o acesso era meramente formal, mas não efetivo à justiça.

Posteriormente, as sociedades desenvolveram-se, tornaram-se cada vez maiores e mais complexas. Neste caminhar, o caráter individual da sociedade, típico dos séculos dezoito e dezenove, deu espaço ao sentimento de coletividade, e o reconhecimento de direitos e deveres sociais dos governos, comunidades e indivíduos mostrou-se um imperativo. É este o momento histórico, i.e., da Constituição Francesa de 1946, que ao preceituar novos direitos humanos busca a efetivação, a acessibilidade a todos, dos direitos já proclamados aos cidadãos. Nestes termos, frisam Cappelletti e Garth (1988, p. 11) que:

[...] o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Atualmente, é importante destacar que diversos são os significados dados a expressão ‘acesso à justiça’ pela doutrina pátria. Rodrigues (1994, p. 28) bem sintetiza os dois sentidos fundamentalmente explorados pela doutrina:

[...] o primeiro, atribuindo ao significante acesso à justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário; o segundo, partindo de uma versão axiológica da expressão justiça, compreende[ndo] o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.

Da análise, verifica-se que melhor sorte assiste a ideia de que o acesso à justiça não pode limitar-se ao acesso única e exclusivamente ao Poder Judiciário. Ora, o entendimento da cláusula do acesso à justiça deve dar-se dentro de um contexto mais amplo, ligado à própria justiça social, ultrapassando, assim, a fria interpretação de mero acesso à instituição estatal, sendo uma obrigação seja possibilitado efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Navega no mesmo sentido Watanabe (1998, p. 128):

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*. (grifo no original).

Desta forma é que prevalece a conceituação de acesso à justiça trazida no ensaio elaborado por Cappelletti e Garth (1988, p. 8):

A expressão 'acesso à justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. **Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.** (grifo nosso).

Nesse norte, ainda, a tradução ao princípio dada por Bulos (2009, p. 224):

Acesso à justiça é a expressão máxima de reivindicação do cidadão pelos seus direitos, resolvendo seus litígios, numa ordem jurídica democrática de direito, cujo lema é a justiça social, onde todos têm o privilégio de reconhecer suas prerrogativas, podendo defendê-las adequadamente de possíveis lesões ou ameaças de lesões. (grifo no original).

Destarte, não é suficiente a previsão no ordenamento jurídico brasileiro dos mais variados direitos aos cidadãos, sejam de índole social, trabalhista, etc., e da mera admissão ao processo, traduzida na possibilidade de ingresso em juízo. Afinal, aliado a isso, é imperioso que o Estado preveja meios pelos quais os indivíduos possam *efetivamente* reivindicar seus direitos, solucionar suas contendas, de maneira adequada e tempestiva. Para isso, portanto, o Estado deve buscar amenizar, superar, os óbices que se contrapõe à boa qualidade da jurisdição, os quais passa-se a analisar.

3.2 ÓBICES AO ACESSO A JUSTIÇA E AS ALTERNATIVAS COLOCADAS A DISPOSIÇÃO DAS PARTES PARA AMENIZÁ-LOS

O sistema jurídico atual, bem como o coro da processualística moderna, coloca em voga princípios e garantias ao indivíduo que, interpretados de maneira harmoniosa, culminam no caminho pelo qual as partes possam ter acesso à ordem jurídica justa, conforme amplamente ventilado no presente estudo. Diante disso, é tranquilo que a existência dos referidos princípios e garantias vinculam-se ao postulado do acesso à justiça, o qual se mostra como ideia central de suas existências.

Desta forma, enumeram Cintra, Dinamarco e Grinover (2009, p. 40) que, em razão do postulado do acesso a justiça:

a) oferece-se a mais ampla *admissão de pessoas e causas* ao processo (universalidade de jurisdição), depois b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*, para que c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (*princípio do contraditório*), podendo exigir dele a d) efetividade de uma *participação em diálogo* -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. (grifo no original).

É pelo exposto a esteira pela qual caminham os princípios e garantias do processo, na intenção de que a pacificação das controvérsias, com justiça, seja alcançada.

No entanto, é cediço que, para o alcance da efetividade do processo, traduzida na missão social de eliminar os conflitos e fazer justiça, há barreiras a serem transpostas, as quais configuram verdadeira ameaça ao serviço de bem prestar jurisdição, de maneira efetiva. Esses óbices, na visão de Cintra, Dinamarco e Grinover (2009, p. 40), estariam intimamente ligados: a) a admissão das partes ao processo; b) ao modo-de-ser do processo; c) a justiça das decisões e; d) a efetividade das decisões.

Da análise, verifica-se que há custos para que a parte possa ingressar em juízo. Diante disso, é uma necessidade eliminar as dificuldades econômicas que impeçam, ou no mínimo, desanimem as partes a buscar solução para seus litígios, ou apresentarem defesa de modo adequado. A norma constitucional prevê, dessarte, como alternativa a assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, CRFB/88) àqueles que comprovarem não possuir condições de arcar com os custos do processo. Em sentido análogo, é a previsão pela Carta Maior da possibilidade de litigar para defender interesses supra-individuais (difusos e coletivos). É o caso, i.e., da possibilidade do Ministério Público e das associações de pleitear judicialmente em defesa de interesses coletivos ou difusos, bem como da previsão constitucional do mandado de segurança coletivo, respeitadas as condições impostas na própria legislação constitucional.

Possibilitado o ingresso em juízo, é forçoso que a ordem dos atos do processo seja respeitada, em atendimento ao princípio do devido processo legal, exhaustivamente tratado no capítulo passado. Em tal contexto entende-se a obrigação de oportunizar às partes o diálogo com o juiz, nos moldes do princípio do contraditório, bem como a própria participação do juiz na resolução do conflito, atuando ativamente na busca da verdade no âmbito do processo, a fim de que possa decidir de maneira criteriosa. Desta forma, não deve o juiz “exigir uma prova tão precisa e exaustiva dos fatos, que torne impossível a demonstração destes e impeça o exercício do direito material pela parte.” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2009, p. 41). Assim, diante de interpretações diversas aceitáveis, o juiz deve caminhar para aquela que seja a mais justa, ainda que desafie aparentemente a vontade do legislador.

Por fim, no contexto de sua decisão, o juiz deve outorgar ao requerente tudo aquilo que a parte tem o direito de receber, buscando com a presteza da jurisdição a pacificação ótima da controvérsia, a inexistência de resíduos de injustiça. Aqui, vale ressaltar a possibilidade do manejo de medidas cautelares, visando assegurar a efetividade de um decreto judicial posterior, conforme apontado no capítulo *supra*.

3.3 ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO PÁTRIO

A cláusula do acesso à justiça surgiu no direito brasileiro com a Constituição de 1946, operando verdadeira inovação da ordem jurídica pátria na sua época. Isso porque tratava-se de garantia constitucional inédita no ordenamento jurídico brasileiro. (BULOS, 2009, p. 222).

O texto constitucional vigente, é sabido, explicita que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, nos termos do art. 5º, inc. XXXV da CRFB/88. Recorda Bulos (2009, p. 223) que a assertiva do acesso à justiça encontra-se disseminada, também, na Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela ONU (10-12-1948, art. 10), bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em San José, Costa Rica (22-11-1969, art. 8º, 1). É o princípio em referência, consoante defende Tavares (2009, p. 693), um dos pilares sobre o qual se sustenta o Estado de Direito, afinal, o desrespeito às leis regularmente votadas pelos representantes eleitos pelo povo pode ser combatido, junto ao Poder Judiciário, nos moldes do preconizado, inclusive, se considerado o princípio da legalidade.

Com efeito, resta obstado que os Poderes Legislativo ou Executivo reduzam o campo de atuação do Poder Judiciário, seja por intermédio de edição de leis, medidas provisórias, ou qualquer outro ato que pretenda excluir determinada matéria ou controvérsia de apreciação judicial, tudo com base no alicerce fundamental da separação dos Poderes, previsto no art. 2º da CRFB/88.

Ao criticar a forma indireta de apresentação da garantia em questão, Lenza (2010, p. 773) recorda que: “Essa forma indireta surgiu, provavelmente, como reação a atos arbitrários que, aproveitando a inexistência de prescrição expressa, muitas vezes, por intermédio de lei ou decreto-lei, excluía da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito.”

Independente da crítica referida, é cediço que apesar de ter por destinatário principal o legislador, o princípio em referência direciona-se a todos, de modo geral, assegurando-se ao indivíduo que entenda estar sofrendo lesão ou ameaça a direito de que se julgue titular a possibilidade de invocar e obter decisão de um Poder independente e imparcial. Ainda, vão além Alexandrino e Paulo (2009, p. 144):

[...] não só a lei está impedida de excluir determinadas controvérsias da apreciação do Judiciário; a inafastabilidade de jurisdição, sendo garantia individual fundamental, está gravada como cláusula pétrea (CF, art. 60, §4º, IV), insuscetível de abolição, nem mesmo mediante emenda à Constituição.

Desta forma, havendo plausibilidade da ameaça ao direito invocada, é o Poder Judiciário obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial que lhe fora entregue regularmente pela parte, na medida em que a indeclinabilidade da prestação jurisdicional é princípio básico que rege a jurisdição, eis que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue. (MORAES, 2009, p. 83).

Trata-se, portanto, de uma das mais relevantes garantias ao indivíduo, na medida em que se constitui como direito público subjetivo, emanado da assunção estatal de administração da justiça, que é outorgado ao homem para invocar a prestação jurisdicional, relativamente ao conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. (BULOS, 2009, p. 223).

Da interpretação do princípio do acesso à justiça deflui-se, por exemplo, que não mais subsiste no direito constitucional pátrio a chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado. Assim, não há necessidade de o indivíduo lançar mão do processo administrativo respectivo para, somente depois, de mão do indeferimento administrativo de sua pretensão, recorrer ao Poder Judiciário. Em outras palavras: “Poderá o indivíduo, de pronto, sem necessidade de exaurir (ou mesmo de utilizar) a via administrativa, ingressar com a ação judicial cabível.” (ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 145).

Ressalta-se, contudo, a existência de duas situações em que o esgotamento da via administrativa mostra-se necessário, já que introduzidas pelo poder constituinte originário. São os casos das a) lides desportivas, nos termos do art. 217, §1º, da CRFB/88¹ e; b) em sede de habeas data, conforme deixou assentado o STF².

É importante frisar, contudo, a advertência feita por Tavares (2009, p. 694), de que o legislador constituinte fixou prazo máximo de sessenta dias para a manifestação final da instância jurisdicional administrativa, no contexto das lides desportivas (art. 217, §2º, CRFB/88). Assim, eventual procrastinação no trâmite do feito restou vedada, o que, se houvesse, desrespeitaria por via indireta o postulado do acesso à justiça.

Não macula o princípio do acesso à justiça, ainda, o permissivo disposto na Lei n. 9.307/96 (Lei da Arbitragem), possibilidade de que as pessoas possam utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos de caráter patrimonial e disponível, submetendo a solução do

¹ Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: [...] § 1º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

² É o que fora decidido no Habeas Data 22/DF, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 19.09.91. Em sentido convergente, o disposto na Súmula 2 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe que: “Não cabe o habeas data (CF, Art. 5º, LXXII, letra a) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa.”

litígio a juízo arbitral, mediante convenção de arbitragem. Isso porque, nesse caso, a parte não abre mão do direito de ação, somente opciona por uma jurisdição privada.

Com qualidade didática cuidaram do tema Cappelletti e Garth (1988, p. 82):

Dadas as delongas e despesas frequentemente características dos litígios, essas alternativas podem reduzir as barreiras de custas para as partes e, pela utilização de julgadores mais ativos e informais, beneficiar substancialmente as partes mais fracas [...]. Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediatas, tais como o juízo arbitral.

Em sentido análogo, Nery Junior (1992, p. 80):

O que não se pode tolerar por flagrante inconstitucionalidade é a exclusão, pela lei, da apreciação de lesão a direito pelo Poder Judiciário, que não é o caso do juízo arbitral. O que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se pode ir à justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas há, por óbvio, a atividade jurisdicional.

Convém rememorar, ademais, que havendo excesso do compromisso arbitral, as partes podem recorrer ao Poder Judiciário, mantendo-se, assim, incólume o postulado no princípio do acesso à justiça.

Não obstante a positivação da garantia constitucional do acesso à justiça na Carta Maior, há matérias inclusive que fogem da apreciação judicial, não podendo ser invocada a aludida cláusula para vê-las rediscutidas junto ao Poder Judiciário. De maneira ilustrativa, é o caso dos atos *interna corporis* (de competência privativa das Casas Legislativas), bem como do mérito do ato administrativo discricionário, na medida em que somente à Administração Pública, nestes casos, é outorgado o poder para valorar a oportunidade e conveniência para a prática de determinado ato administrativo, no que concerne aos elementos motivo e objeto de tal ato.

Sob outro enfoque, contudo ainda no contexto de limitação do princípio do acesso à justiça, frisa Moraes (2009, p. 83) que

a necessidade de serem preenchidas as condições da ação e os pressupostos processuais, bem como a observância dos prazos prescricionais e decadenciais para o exercício do direito de ação, são previsões que, apesar de limitadoras, caracterizam-se pela plausibilidade e constitucionalidade.

Ao interpretar a cláusula do acesso à justiça, o STF teve a oportunidade de deixar assente a possibilidade que lei ordinária tem de impor restrições à concessão de medidas cautelares e de liminares em ações judiciais, apenas se houver razoabilidade para tal medida. Diante disso, i. e., “existe lei que veda a concessão de medida liminar em mandado de

segurança para determinar a equiparação, a reclassificação e o pagamento de vantagens e remunerações a servidores públicos.” (ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 144).

Nesse norte, ainda, a súmula n. 667, editada pelo STF, a qual entende violar a garantia constitucional do acesso à justiça a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa. Ora, permitir a fixação de taxa judiciária incidente sobre o valor da causa, desprovida de limites, configuraria verdadeiro desequilíbrio entre o valor cobrado pelo Estado e o custo da prestação jurisdicional, maculando os dizeres do princípio do acesso à justiça.

Deflui-se, pelo exposto, que o entendimento do que seja acesso à justiça ultrapassa os limites do simples ingresso em juízo, de cunho meramente formal. Na atualidade, prevalece o discurso de que o acesso à justiça necessita ser efetivo, hábil a eliminar os conflitos, pacificar as controvérsias, no contexto da justiça social. Para que haja o efetivo acesso à justiça, então, a Carta Maior prevê a existência de inúmeros princípios e garantias processuais, conforme já salientado em diversas oportunidades no presente estudo. Neste contexto, então, o Texto Maior prevê a existência de Tribunais (arts. 101 a 126), e é com supedâneo nesses dispositivos que se assegura a existência do duplo grau de jurisdição. Àquele que queira ver reformada uma decisão de primeira instância que lhe seja desfavorável pode, portanto, utilizar-se do sistema recursal vigente para tanto. E é sobre o sistema recursal brasileiro que se ocupa *infra*.

3.4 SISTEMA RECURSAL PÁTRIO

3.4.1 Diferença entre recursos e ações autônomas de impugnação

Antes de aventurar-se no estudo do sistema recursal vigente no país, é necessário que o estudioso compreenda que os recursos não são os únicos meios de se impugnar decisões judiciais. Isso porque, “Existem ações (autônomas) que se prestam a impugnar atos decisórios do juiz, a exemplo do *habeas corpus*, e outros mecanismos informais, como o requerimento para o órgão judiciário corrigir inexatidões materiais (art. 463, I).” (ASSIS, 2008, p. 35).

Na forma do que se expôs, os recursos obstam à formação da coisa julgada, cuja finalidade caracteriza-se por tornar indiscutível, no presente e no futuro, o decreto judicial. Os recursos, ademais, desenvolvem-se dentro de um mesmo processo. Em outras palavras, não dão origem à criação de um novo processo; processam-se, pois, no mesmo *loco* em que prolatada a decisão impugnada.

Por outro lado, as ações autônomas de impugnação dão origem a um novo processo, e tem por finalidade, via de regra, a discussão, o reexame das decisões judiciais acobertadas pelo manto da eficácia da coisa julgada.

É o que acentua Arruda Alvim (2008, p. 670):

[...] as *ações autônomas de impugnação* – por exemplo, a ação rescisória e também a hipótese do art. 486 – pressupõe a instauração de nova relação processual, ainda que não necessariamente sejam todas elas vocacionadas a contrastar decisões judiciais transitadas em julgado (v.g. na hipótese de mandado de segurança contra ato judicial, ou de embargos de terceiro, há ação impugnativa autônoma, com instauração de nova relação processual, sem que tenha havido trânsito em julgado). (grifo no original).

Gize-se que o critério de distinção das duas modalidades referidas, à luz do direito positivo, reside na necessidade ou não de se instaurar novo processo.

Feitas as ressalvas acima, passa-se a analisar a natureza jurídica dos recursos, os princípios que lhe são inerentes, bem como seus efeitos, para posteriormente adentrar na esfera dos recursos em espécie, notadamente para tecer comentários quanto aos recursos extraordinário e especial, ante o objetivo do presente trabalho.

3.4.2 Conceito e natureza jurídica dos recursos

É sabido que os recursos são o gênero mais amplo dos meios voltados a atacar decisões judiciais, sendo sua existência condicionada à expressa previsão legal em tal sentido. Moreira (1998, p. 207) enfatiza que recurso é, portanto: “o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna.”

Os recursos, na esteira do que já se explanou, tratam-se de remédios voluntários. Com efeito, recorrer de um provimento judicial desfavorável é ato de vontade da parte irrisignada com a prestação jurisdicional entregue. Diante desse cenário, é que não se pode atribuir ao reexame necessário (art. 475, *caput*, CPC), v.g., a natureza de recurso, na medida em que lhe falta justamente a voluntariedade. (CÂMARA, 2007, p. 55).

Sendo assim, lança-se mão dos recursos para alcançar a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de determinado provimento judicial, com a adoção do conceito acima trazido.

Num primeiro momento, destaca-se que somente podem ser alvo de recurso atos do juiz de cunho decisório, a exemplo das decisões interlocutórias, da sentença e do acórdão.

Por tal razão, os despachos de mero expediente não comportam recurso, havendo, inclusive, expressa previsão legal neste sentido (art. 504, CPC).

De maneira bastante sintética, pode-se dizer que pela reforma o recorrente alega ter havido *error in iudicando* na decisão guerreada. Isso é, o recorrente acredita que o órgão julgador prolatou decisão em sentido diverso da vontade concreta da lei, havendo dado o sentenciante solução equivocada à questão decidida.

A invalidade de uma decisão, por outro lado, é buscada pelo recorrente com fundamento na existência de *error in procedendo* no provimento judicial impugnado. Ou seja, verificado o descumprimento de norma de direito processual, tal vício é hábil a alcançar o próprio decreto judicial, em razão do vício de forma, acarretando, pois, sua nulidade. É o que ocorre, “[...] numa sentença sem fundamentação. Trata-se de sentença eivada de nulidade absoluta (art. 93, IX, da Constituição da República). Eventual recurso interposto contra ela terá por fim a obtenção de decisão que a invalide, fazendo-a desaparecer do processo.” (CÂMARA, 2007, p. 57).

Tocante ao esclarecimento de certa decisão, este é provocado pela interposição, no direito pátrio, de embargos de declaração. Por intermédio dessa modalidade de recurso, o recorrente busca sanar eventual obscuridade, contradição ou ambiguidade da decisão judicial. Nesta senda, o que se objetiva, do próprio juiz prolator da decisão (efeito iterativo), é que reformule o que já havia dito outrora, contudo não o havia feito de maneira clara, hialina.

Quanto ao efeito integrador da decisão judicial, ainda em sede de embargos de declaração, este ocorre quando o provimento judicial é omissivo sobre certo aspecto do pedido trazido pela parte. Assim, reabre-se a atividade de decidir do juiz, passando-se ao julgamento daquilo que não fora alvo de deliberação.

Neste contexto, é importante frisar que somente existirá recurso se lei federal assim o dispôr, considerando-se a competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I, CRFB/88). Em adição, é tranquilo que inclusive o texto constitucional dispõe acerca da competência recursal dos tribunais superiores, *ex vi* dos arts. 102, II e III, e 105, II e III da Carta Maior, sendo certo que a legislação infraconstitucional, conforme acima salientado, prevê, no âmbito de sua aplicabilidade, os recursos admissíveis, v.g. art. 496, CPC.

Prevalece na doutrina, consoante análise feita por Moreira (1998, p. 236) a ideia que identifica o “poder de recorrer como simples aspecto, elemento, modalidade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo”, sendo raros os autores que viajam em sentido divergente. Esse posicionamento, de se ressaltar, já fora exaustivamente referido no presente estudo, na medida em que se considera o direito de recorrer como incluso no

princípio do devido processo legal, nascedouro de todas as garantias processuais dos indivíduos.

Com efeito, é tranquila no direito pátrio, a exemplo dos direitos alemão e italiano, a compreensão de que o recurso caracteriza-se como prolongamento da ação originária, na medida em que a interposição do recurso não faz surgir processos distintos, conforme salientado *supra*. Aliado a isso, entende-se o instituto do recurso como pretensão autônoma no mesmo processo, *in simultâneo processu*, porque a sua pretensão é diversa da primitiva, ante a diferença dos elementos objetivos, causa e pedido. (ASSIS, 2008, p. 45).

3.4.3 Princípios fundamentais dos recursos

Os princípios são considerados o pilar no qual se sustentam as disposições de determinada área do direito. Ora:

Os princípios são as idéias [sic] centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo a ele um sentido lógico, harmonioso e racional, o que possibilita uma adequada compreensão de sua estrutura. Os princípios determinam o alcance e o sentido das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria produção normativa. (ALEXANDRINO; PAULO, 2010, p. 187).

Neste caminhar, importante analisar certos princípios inerentes ao estudo dos recursos, porque ligados de certa forma com o estudo que se faz, sem menosprezar, contudo, outros a que a doutrina faz referência.

3.4.3.1 Princípio do duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição, suporte para a existência dos recursos, subsiste no entendimento de que aos tribunais cabe a revisão de certa decisão prolatada, em regra, por juízes de primeira instância. Inúmeras razões são invocadas para justificar a existência do princípio em questão no direito pátrio, v.g., aperfeiçoamento das decisões judiciais, injustiça ao impossibilitar a revisão dos julgados, juízes integrantes dos órgãos colegiados de instância superior com maior experiência em julicar, etc.

Remete-se o leitor ao capítulo 2 *supra*, item 2.5.7, onde se analisa de maneira mais criteriosa o princípio do duplo grau de jurisdição. Gize-se, contudo, que o princípio em questão encontra-se previsto no direito pátrio, ainda que implicitamente, conforme opinião da doutrina lá disposta, bem como consoante o decidido pelo STF.

3.4.3.2 Princípio da taxatividade e princípio da singularidade

Ideia já vazada no presente estudo, do princípio da taxatividade conclui-se que os recursos devem estar expressamente previstos na legislação. Assim, compete privativamente à União legislar sobre direito processual (art. 22, I, CRFB/88). A despeito disso, é de se frisar que a competência para legislar sobre *procedimento* em matéria processual não está incluída no rol de competências privativas da União, tratando-se de “[...] competência legislativa concorrente entre as pessoas políticas (art. 24, XI, CF).” (MARINONI, 2007, p. 677).

Como regra geral, entende-se que para cada situação processual há somente um recurso adequado. Assim, por exemplo, da sentença que indefere certa modalidade de prova e julga a causa, não cabe agravo e apelação.

A despeito de certas exceções trazidas pela doutrina pátria, as quais não se mostram oportunas analisar neste trabalho científico, do princípio da singularidade decorre a inadmissibilidade de se interpor mais de um recurso de uma mesma decisão, bem como a necessidade de se empregar todos os recursos cabíveis para viabilizar, posteriormente, os recursos seguintes para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e STF. Neste jaez, é o teor das súmulas 207 e 281³, respectivamente, do STJ e STF, as quais acolhem a dita ideia de esgotamento das vias impugnativas para ascensão aos tribunais superiores. (ASSIS, 2008, p. 87-88).

3.4.3.3 Princípio da fungibilidade

O princípio da fungibilidade autoriza ao magistrado reconhecer certo recurso, interposto equivocadamente, como sendo o recurso correto, quando houver dúvida objetiva e atual acerca da admissibilidade de determinado recurso. Neste contexto, na esteira do decidido pelo STJ, a adoção do princípio da fungibilidade deve ocorrer quando presentes:

[...] a) dúvida objetiva sobre qual o recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro, que se dá quando se interpõe recurso errado quando o correto encontra-se expressamente indicado na lei e sobre o qual não se opõe nenhuma dúvida; c) que o recurso erroneamente interposto tenha sido agitado no prazo do que se pretende transformá-lo. (1ª Turma do STJ, RMS 888-DF, 02.10.1995, Rel. Min. Gomes de Barros, DJU 25.03.1996, p. 8.544).

³ Súmula 207: É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.

Súmula 281: É Inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

3.4.3.4 Princípio da dialeticidade e princípio da voluntariedade

Pelo princípio da dialeticidade entende-se que o recorrente deve obrigatoriamente motivar o recurso no ato de sua interposição, sendo vedada a retificação ou posterior complementação das razões apresentadas. Ou seja, a contrário do que ocorre no processo penal (art. 578, *caput*, c/c arts. 588, *caput*, e 600, todos do CPP), não se admite no processo civil a apresentação posterior de razões recursais, sendo inadmissível, pois, o recurso desacompanhado de razões.

Desta forma é que, recurso desprovido de fundamentação para reformar, invalidar, integrar ou esclarecer certa decisão judicial é considerado inepto. (ASSIS, 2008, p. 97).

Com arrimo no que fora exposto, é direito subjetivo da parte recorrer de decisão judicial que não lhe seja favorável, ou buscar maior benefício do que aquele que lhe fora concedido. Trata-se, pois, de ônus que lhe toca, existindo a figura do recurso em razão do ato voluntário da parte em recorrer de determinado provimento judicial. É em razão disso que se fundamenta o princípio da voluntariedade.

Desta forma, inclusive, “mostra-se lícito ao legitimado a recorrer dispor do recurso, renunciando ou desistindo.” (PORTO; USTÁRROZ, 2008, p. 44).

3.4.3.5 Princípio da consumação e princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

O princípio da consumação encontra previsão no art. 158 do CPC, segundo o qual qualquer ato processual produz: “imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.” Da análise, verifica-se a previsão do fenômeno da preclusão consumativa, eis que “realizado o ato, não será possível pretender tornar a praticá-lo, ou acrescentar-lhe elementos que ficaram de fora e nele deveriam ter sido incluídos, ou retirar os que, inseridos, não deveriam tê-lo sido.” (ARAGÃO, 1989, p. 180).

O princípio da proibição da *reformatio in pejus*, na esteira do que propõe a doutrina, deriva da interpretação do sistema recursal vigente. (ASSIS, 2008, p. 107). Tal conclusão se dá com base principalmente no que preceitua o efeito devolutivo. Afinal, tal efeito limita a área de atuação do tribunal *ad quem*, sendo-lhe vedado, via de regra⁴, que modifique a sentença em desfavor do apelante.

⁴ Ressalta-se que há casos em que se possibilita a reforma da decisão para pior, v.g, por força da autorização ao exame das questões de ordem pública.

Ainda, o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, por não existir expressa previsão legal que o comporte, tem por fundamento os postulados da garantia do devido processo legal, bem como o interesse exigido para se impugnar decisões judiciais.

3.4.4 Efeitos dos recursos

Os efeitos relativos aos recursos usualmente encontram-se divididos em duas categorias, pela doutrina⁵: a) efeitos decorrentes da interposição dos recursos e; b) efeitos decorrentes do julgamento do recurso. Tocante aos efeitos decorrentes da interposição dos recursos, tem-se que estes estão umbilicalmente ligados ao impedimento da formação da coisa julgada, consequência ínsita a todos os recursos, bem como da manutenção do estado de litispendência. Ainda, ligam-se a remessa a um novo julgamento do conteúdo do *decisum*, bem como do reconhecimento, ou não, da suspensão da eficácia do ato impugnado.

Desta forma, é comum a todos os recursos a qualidade de obstar o trânsito em julgado da decisão impugnada. A interposição de qualquer recurso, nessa senda, adia a formação da coisa julgada, nos termos do efeito obstativo. O recurso admissível, aquele preenchedor do conjunto de condições de admissibilidade, é hábil a inibir a formação da coisa julgada. A data do trânsito em julgado mostra-se importante, inclusive, para fins de contagem do prazo para interposição de ação rescisória, além de caracterizar a provisoriedade ou não de eventual ação de execução ofertada. Ainda, grande maioria dos recursos exhibe efeito devolutivo, efeito este que transfere ao órgão *ad quem*, via de regra órgão diverso do prolator da sentença, o conhecimento da matéria impugnada.⁶

O órgão *ad quem*, portanto, está adstrito à matéria impugnada, sendo vedada a prolação de decisão *ultra, extra, ou citra petita*, ressalvadas as matérias erigidas pela lei como tanto, a exemplo das questões de ordem pública. O recurso, portanto, só aproveita ao recorrente, pois limita o conhecimento pelo órgão *ad quem* ao que for impugnado (*tantum devolutum quantum apelatum*). Desta forma, resta obstada a *reformatio in pejus*, não sendo possível agravar a situação do recorrente em benefício daquele que não exerceu tal faculdade.

Quanto ao efeito suspensivo, este é entendido como o efeito que obsta que a decisão recorrida produza efeitos antes do julgamento do recurso. Fica sem eficácia, pois, a decisão recorrida, até o julgamento da impugnação, impedindo a produção dos efeitos

⁵ É a classificação adotada, v.g., por Assis (2008) e Câmara (2007).

⁶ Imperioso destacar que os embargos de declaração são endereçados ao mesmo órgão prolator da decisão embargada, entendendo parcela da doutrina pela não produção do efeito devolutivo, neste caso.

próprios da resolução judicial. A regra no sistema processual vigente é de que os recursos são dotados de efeito suspensivo. Por consequência lógica, a lei deve prever as causas em que o recurso deve ser recebido desprovido do efeito suspensivo. No caso dos recursos extraordinário e especial, estes serão recebidos apenas no efeito devolutivo, nos termos da previsão do art. 542, §2º, do CPC.

Ressalta-se, além dos efeitos consagrados acima, a existência do efeito regressivo, no qual o próprio órgão prolator da decisão impugnada é instado a reexaminá-la, v.g. embargos de declaração, os quais inclusive também possuem o efeito interruptivo, na medida em que tempestivamente interpostos interrompem o prazo recursal (art. 538 do CPC).

Ademais, quanto aos efeitos decorrentes do julgamento do recurso, estes variam de acordo com o resultado do recurso, ante o seu provimento ou desprovimento. Desta forma, avançando o órgão *ad quem* ao mérito da questão, este prolatará decisão que ou substituirá o julgamento, ou anulará o julgamento feito pelo órgão *a quo*, sendo que ambas as situações não podem ocorrer simultaneamente. (CÂMARA, 2007, p. 83).

3.4.5 Recursos em espécie⁷

3.4.5.1 Dos recursos extraordinário e especial. Criação e evolução histórica

Antes da promulgação da Constituição de 1891, já se era previsto no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de se ascender ao STF, ao qual competia a guarda da constituição, bem como o papel de judicar pela inteireza do direito positivo. (ASSIS, 2008, p. 685). Do que se via, tal legislação – Decreto 848, de 11 de outubro de 1890 – muito se assemelhava aos textos americanos sobre o *writ of error*, quase se configurando como verdadeira cópia *ipsis litteris* das disposições americanas. (MANCUSO, 2001, p. 55). Diante disso, “como sempre acontece, quando se adota técnica existente em sistema cultural diferente, o recurso sofreu, aqui, os azares da incompreensão, o que certamente não ocorreria se proviesse de uma evolução da revista.” (SILVA, 1963, p. 31).

Em decorrência da possibilidade de se lançar mão do recurso extraordinário onde houvesse ‘questão federal’ ou ‘questão constitucional’, verificou-se na maior Corte acúmulo de processos, mormente porque: “O tribunal agasalhou competências extravagantes e bem

⁷ O presente trabalho científico não desconhece a existência dos demais recursos ordinários, e inclusive em diversas passagens do texto a eles faz menção. Contudo, considerando o objetivo que lhe toca, busca analisar de maneira explícita somente os recursos excepcionais.

superiores às de corte constitucional.” (ASSIS, 2008, p. 686). Destarte, com o passar do tempo, apesar dos esforços em sentido contrário, tal situação culminou na chamada ‘crise do Supremo’, por excesso de trabalho.

Com efeito, no intuito de aliviar o acúmulo de processos ante o STF, bem como considerando a evolução do próprio recurso extraordinário, decidiu-se pela criação de um novo Tribunal⁸, deixando-se a cargo da elevada Corte apenas matérias de mais alta relevância jurídica e constitucional. (MANCUSO, 2001, p. 82).

Neste jaez é que, com a promulgação da CRFB/88, o recurso extraordinário fica limitado a questões constitucionais, tratando-se do recurso mais elevado no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Por outro lado, ao criar o STJ, a Lei Maior outorgou a este a competência para conhecer e julgar as questões federais, desafogando, pois, o STF. Desta forma, “à Suprema Corte [...] incumbe o reexame de questões de direito constitucional federal, enquanto ao STJ é atribuída a competência para julgar, mediante recurso especial, as questões de direito federal infraconstitucional.” (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCE, 2009, p. 200).

Passa-se, na sequência, a analisar, sob diversas óticas, os recursos extraordinário e especial.

3.4.5.2 Similaridades entre o recurso extraordinário e o recurso especial

O recurso extraordinário e o recurso especial tratam-se de impugnações extraordinárias, em decorrência de características diversas que lhes são peculiares. Afinal, diz-se que o recurso é extraordinário, *lato sensu*, quando visa proteger, imediatamente, o direito objetivo, e por via de consequência, o direito do recorrente. Ainda, em tal modalidade de recurso só se admite impugnação de matéria de direito, bem como estão sujeitos a regras rígidas de cabimento excepcional. Nesta senda, no contexto das impugnações extraordinárias, é que ao lado do recurso extraordinário, tem lugar também o recurso especial.

Quanto ao recurso extraordinário, *lato sensu*, tem-se que este:

[...] é remédio típico dos sistemas federativos, nos quais a pluralidade de fontes normativas (União, Estados, Municípios) e também de órgãos judicantes (Justiça Federal e Justiças Estaduais) recomenda a previsão de mecanismos através dos quais seja possível a revisão das decisões dos tribunais locais, sempre que nestes tiver sido discutida uma *questão de direito federal*. (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 200). (grifo no original).

⁸ A tese da criação de um novo Tribunal, bem como da criação do recurso especial, já era defendida por José Afonso da Silva, no ano de 1963, em trabalho acadêmico elaborado sobre o Recurso Extraordinário.

Assim é que o recurso extraordinário e o recurso especial podem ser manejados pelas partes, no prazo de 15 (quinze) dias, inclusive de maneira simultânea (art. 543, CPC), mas constituem-se como meio de preservar o próprio direito federal; apenas se prestam ao reexame de matéria de direito, excluído, pois, o reexame de matéria de fato⁹; não é autorizado, no contexto do extraordinário e do especial, discussão de direito local¹⁰; e são oponíveis somente em face de determinadas situações previstas expressamente nos róis taxativos dos arts. 102, III e 105, III, da CRFB/88, estando sujeitos a rígidos controles de admissibilidade, previstos na legislação que lhes é respectiva (Lei 8.038/90), bem como no regimento interno e em súmulas editadas pelos próprios tribunais superiores. (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 199).

Desta forma, é requisito básico comum ao recurso extraordinário e ao recurso especial o prequestionamento da matéria veiculada¹¹, observada, logicamente, a competência recursal atinente ao respectivo tribunal superior a que se dirige o recorrente (da questão federal, no caso do recurso especial; da questão constitucional, no caso do recurso extraordinário). Assim, exige-se, explicitamente, o debate e posterior decisão da instância inferior quanto ao tema jurígeno aventado no recurso, sob pena de não serem conhecidos os recursos extraordinário e/ou especial. (MORAES, 2009, p. 587).¹²

3.4.5.3 Recurso extraordinário

O recurso extraordinário, no âmbito da atual constituição, tem relevante papel constitucional, conforme já esposado alhures. Desta forma, considerando-se sua elevada estatura, é vedado que seja suprimido, ou sequer condicionado pela via legislativa. (TAVARES, 2009, p. 296).

O recurso extraordinário, então, é o recurso excepcional dirigido ao STF, em face de decisões de outros tribunais, proferidas em única ou última instância, quando houver

⁹ Neste linde, o teor das Súmulas 279 do STF e 7 do STJ: Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Súmula 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

¹⁰ Súmula 280 STF: ‘Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário’.

¹¹ Súmula 282 STF: ‘É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada’. Súmulas 320: ‘A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento’.

¹² É de se ressaltar, todavia, a possibilidade de que o instituto do prequestionamento seja dispensado, quando impossível a sua exigência. São os exemplos trazidos por Câmara, (2007, p. 140): ‘assim, por exemplo, vícios contidos no próprio julgamento recorrido – e.g., decisão *extra petita*, ou recurso especial interposto por litisconsorte necessário que não participou do processo, alegando violação do art. 47 do CPC’. (grifo no original).

afronta à CRFB/88, nos termos do art. 102, III, da CRFB/88. As hipóteses de cabimento do extraordinário, rol taxativo, são as seguintes:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Com efeito, qualquer litigante, devidamente representado por procurador, poderá requerer junto ao STF reforma de decisão que não lhe seja favorável, no todo ou em parte, se esta houver sido prolatada em afronta à constituição, amoldando-se a alguns dos casos elencados *supra*.

Além da existência de pelo menos uma das condições específicas acima mencionadas para autorizar o manejo do extraordinário, é necessário que se preencham certos requisitos gerais, os quais se entendem defluir do próprio texto constitucional. São eles: “a) o esgotamento das vias recursais ordinárias; b) o prequestionamento da questão constitucional do ato impugnado; c) a ofensa direta ao texto constitucional; e d) a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso.” (ASSIS, 2008, p. 694).

Para que se admita o manejo do extraordinário, não se pode haver possibilidade de rediscussão da matéria na instância inferior. Assim:

Se a Corte de origem não analisou a questão constitucional veiculada, deverão ser interpostos embargos declaratórios, para esse fim, de maneira que se esgotem todos os mecanismos ordinários de discussão da questão constitucional, possibilitando-se o apelo extremo. (MORAES, 2010, p. 587).

No mais, devidamente prequestionada a matéria objeto do recurso, consoante já esposado, e havendo ofensa direta ao texto constitucional vigente, é de rigor que para conhecimento da matéria seja declarada a repercussão geral do tema constitucional objeto do recurso (art. 102, §3º, da CRFB/88). Da redação do artigo mencionado, incluído na Carta Maior pela Emenda Constitucional n. 45/2004, vê-se que cabe ao STF avaliar a relevância constitucional da matéria, bem como do interesse público em vê-la discutida, na esperança de livrar-se das questões de relevância apenas para a parte recorrente. Com o dispositivo em apreço, por exemplo, busca-se evitar que “[...] o STF julgue brigas particulares de vizinhos como algumas discussões sobre ‘assassinato’ de papagaio ou ‘furto’ de galinha já examinadas pela mais alta Corte.” (LENZA, 2010, p. 559).

De se ressaltar que na pendência de recurso extraordinário *lato sensu* - recurso extraordinário e recurso especial, portanto – a sentença guerreada já pode ser executada, de maneira provisória. Afinal, no âmbito dessa modalidade recursal não se aplica o efeito suspensivo dos recursos.

Assim, interposto recurso extraordinário, este produz efeito obstativo, impedindo, pois, o trânsito em julgado da decisão guerreada. Quanto ao efeito devolutivo, presente em todos os recursos, este está presente no extraordinário de maneira limitada, considerando-se sua natureza e a própria função do recurso. (ASSIS, 2008, p. 727).

A decisão proferida em sede de recurso extraordinário, é sabido, tem efeito somente para as partes litigantes no processo (*inter partes*). Reconhecida a inconstitucionalidade de determinada lei, por exemplo, ela atinge a norma desde seu surgimento, produzindo efeitos retroativos (*ex tunc*), via de regra.¹³ O efeito da decisão, como visto, não alcança terceiros, e somente o fará se, depois de transitada em julgado a decisão, e devidamente comunicado o Senado Federal, este decidir por suspender a execução da lei declarada inconstitucional, conforme dicção do art. 52, X, da CRFB/88.

3.4.5.4 Recurso especial

Concebido fora o STJ, pela CRFB/88, sendo-lhe entregue: “competência originária, recursal-ordinária e recursal-extraordinária.” (MANCUSO, 2001, p. 82). Na forma do que já se teve oportunidade de frisar, a criação do STJ está intimamente ligada à ‘crise do Supremo’, quando se buscou diminuir as competências da mais alta corte do país. A despeito disso, o sistema vigente enfrenta críticas, tais quais a de Assis (2008, p. 772): “O STJ não deu cabo da ‘crise’ do STF. Essa última permanece indômita. A última tentativa de solução cristalizou-se no instituto da repercussão geral (art. 102, 3º, da CF/88, c/c Lei 11.418/2006).”

Para dar cumprimento à função precípua que fora entregue ao STJ instituiu-se o recurso especial, modalidade recursal esta que visa assegurar a integridade e uniformidade de interpretação do direito federal infraconstitucional. (MOREIRA, 1998, p. 589). É o recurso especial, dessarte:

[...] modalidade de recurso extraordinário *lato sensu*, destinado, por previsão constitucional, a preservar a unidade e autoridade do direito federal, sob a inspiração de que nele o interesse público, refletido na correta interpretação da lei, deve prevalecer sobre os interesses das partes. Ao lado do seu objetivo de ensejar o

¹³ Isso porque, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que, ainda que em sede de controle difuso, poder-se-ia dar efeito *ex nunc* ao *decisum*, o que ocorreu no RE 197.917, em que relator o Min. Maurício Corrêa, oportunidade em que o STF decidiu reduzir o número de vereadores do Município de Mira Estrela de 11 para 9 e determinou que tal decisão somente atingisse a legislatura subsequente.

reexame da causa, avulta sua finalidade precípua, que é a defesa do direito federal e a unificação da jurisprudência. Não se presta, entretanto, ao exame de matéria de fato, e nem representa terceira instância. (TEIXEIRA, 1991, p. 69).

O recurso especial, portanto, é manejado contra decisões de outros tribunais, de única ou última instância, quando houver afronta à lei federal. Ainda, pode ser utilizado para pacificar a jurisprudência, quando constatada interpretação divergente dada à mesma matéria por tribunais diversos. Desta forma, é o STJ o guardião do direito federal.

As hipóteses de cabimento do recurso especial encontram-se elencadas no art. 105, III, da CRFB/88:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

A exemplo do que ocorre no recurso extraordinário, ressalvada a competência de cada tribunal, para que se conheça do recurso especial há duas condições genéricas extraídas do dispositivo mencionado. São elas: a) esgotamento das vias recursais ordinárias¹⁴; e b) prequestionamento da questão federal do ato impugnado.

Em razão do ventilado acima, para que o STJ conheça do recurso especial interposto, a matéria federal ventilada, sendo alguma daquelas que comporta o recurso especial, deve ter sofrido análise por parte do Tribunal Regional Federal (TRF) ou dos Tribunais estaduais ou do Distrito Federal. Isso considerado, “Não se admite, pois, recurso especial contra decisão proferida pela turma recursal dos Juizados Especiais Cíveis (ou por qualquer outro órgão jurisdicional de primeira instância).” (CÂMARA, 2007, p. 132). Situação diversa, contudo, se dá no contexto do recurso extraordinário, compreendendo a doutrina pela possibilidade do manejo do extraordinário neste caso, ante a ausência de qualquer outro recurso ordinário hábil a atacá-la. (MOREIRA, 2000, p. 162).

Tal qual no recurso extraordinário, no âmbito do recurso especial não há espaço para discussão de matéria de direito local, bem como sua interposição admite apenas efeito devolutivo, ficando este adstrito, obviamente, à matéria de cunho federal. Ressalta-se a

¹⁴ Assim, nos termos do exposto por Assis (2008, p. 777), é possível delinear que o pronunciamento judicial unânime no recurso de apelação e, por maioria ou não, em sede de agravo de instrumento, atacável por embargos de declaração apenas para fins de prequestionamento, é a decisão última, e deste modo, idônea a ensejar recurso especial, se presentes as demais condições de admissibilidade. Ainda, neste ponto, destaca-se a Súmula 207, do STJ: ‘É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem’.

qualidade do recurso especial em impedir a formação da coisa julgada (efeito obstativo), efeito este inerente, como sabido, aos recursos em sentido geral.

Do exposto, portanto, deflui-se que ao litigante é assegurado, no direito pátrio, acesso *efetivo* à justiça, sendo uma de tais modalidades o acesso aos tribunais superiores. De tal forma, no intento de rediscutir matérias específicas, se caracterizadas como alguma das possibilidades expressas no texto constitucional, o litigante poderá lançar mão dos recursos extraordinário ou especial, dirigidos, respectivamente, ao STF e ao STJ. De outra banda, tem-se que para que haja análise do mérito do recurso extraordinário *lato sensu* é exigido o preenchimento de rigorosos requisitos, os quais visam, inclusive, diminuir o número de processos que aportam nos tribunais superiores. Analisados os recursos extraordinário e especial, bem como os princípios que lhes são inerentes, é de rigor buscar compreender a alteração legislativa constante da PEC 15/2011, mormente para que se verifique, posteriormente, se vai ao encontro do texto constitucional vigente, tarefa que se ocupa o capítulo seguinte.

4 ASPECTOS DESTACADOS ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 15/2011

4.1 DA POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

O poder constituinte originário, quando da promulgação da vigente constituição pátria, previu a possibilidade de reforma de seu texto, por meio do poder constituinte derivado reformador (art. 59, I, e 60 da CRFB/88). Isso ocorreu porque, “Embora as constituições sejam concebidas para durar no tempo, a evolução dos fatos sociais pode reclamar ajustes na vontade expressa no documento do poder constituinte originário.” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 247).

Desta forma, a alteração do trabalho realizado pelo legislador originário, quando tendente a empreender modificações pontuais e de forma localizada no texto constitucional, se dá por meio de emenda constitucional. (BULOS, 2009, p. 843). Salienta-se que o poder derivado, ao contrário do originário, é condicionado, devendo curvar-se às regras impostas pelo poder que o instituiu.

É sabido que a atual constituição pátria, a exemplo de praticamente todas as constituições anteriormente vigentes no país, é definida como rígida. Rígida é a constituição que prevê um procedimento especial para alteração de seu texto, mais complexo e árduo do que aquele colocado para a atividade comum do Poder Legislativo.

De se ressaltar, no ponto, o caráter integrativo da alteração constitucional pelo poder reformador. É o que destaca Moraes (2009, p. 660):

A alterabilidade constitucional, embora se possa traduzir na alteração de muitas disposições da constituição, sempre conservará um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema originário da constituição. A revisão serve, pois para alterar a constituição mas não para mudá-la, uma vez que não será uma reforma constitucional o meio propício para fazer revoluções constitucionais.

Porque instituído pelo constituinte originário, o poder de reforma da constituição sofre limitações, conforme já salientado, limitações estas de ordem expressa ou implícita. Aquelas se subdividem em limitações de ordem formal, circunstancial e material.

Quanto ao aspecto formal, tem-se que a iniciativa de alteração do texto constitucional é privativa e concorrente. (LENZA, 2010, p. 467). Assim, são autorizados a apresentar proposta tendente a alterar determinada disposição constitucional aqueles

taxativamente elencados no art. 60, I, II e III, da CRFB/88.¹ Ressalta-se que não está prevista em tal dispositivo a iniciativa popular de proposta de emenda constitucional.

Ainda, o *quorum* de aprovação da proposta é aquele disposto no art. 60, §2º, da carta política, ou seja, a proposta de emenda constitucional deve ser discutida e votada em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, sendo que será aprovada se obtiver três quintos dos votos dos respectivos membros.

A promulgação da emenda constitucional, pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, deverá ser feita com o respectivo número de ordem (art. 60, §3º, CRFB/88). Ou seja, deverá apresentar o número que indica a quantidade de vezes que a constituição restou alterada, desde sua promulgação. Da análise, portanto, verifica-se que aprovada a emenda, esta será encaminhada para promulgação, não existindo sanção ou veto pelo Presidente da República.

É vedada, ainda, a reapresentação, na mesma sessão legislativa, de proposta de emenda constitucional nela rejeitada ou havida por prejudicada (art. 60, §5º, CRFB/88).

O aspecto circunstancial, por sua vez, é refletido na proibição de alteração da constituição pátria em determinadas situações ante a anormalidade e gravidade institucionais. (LENZA, 2009, p. 468). Desta forma, a Constituição Federal não poderá ser alterada na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio, a rigor do art. 60, §1º, CRFB/88.

Quanto às limitações materiais, é imperioso destacar que não é autorizado o legislador derivado a alterar a identidade básica do texto constitucional, o que, logicamente, já configura limitação ao poder de reforma que lhe fora outorgado. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 250). Além disso, o constituinte originário indicou na atual constituição os princípios que não admite sejam modificados, caracterizando, pois, as cláusulas pétreas, também mencionadas pela doutrina como garantias de eternidade, cláusulas intangíveis, cláusulas absolutas, cláusulas imodificáveis, etc.

Assim, não será admitida proposta de emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. (art. 60, § 4º, CRFB/88).

¹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

No que toca as limitações implícitas, a grande maioria da doutrina nacional entende pela impossibilidade de aplicação da teoria da dupla revisão. (LENZA, 2010, p. 471). Ou seja, há no texto constitucional limitações implícitas ao poder de reforma, sendo que estas: “são as que dizem respeito à forma de criação de norma constitucional bem como as que impedem a pura e simples supressão dos dispositivos atinentes à intocabilidade dos temas já elencados (art. 60, §4º, da CF).” (TEMER, 1998, p. 145). As limitações expressas, desta feita, configuram-se como a primeira limitação implícita, sendo que outras duas são apontadas pela doutrina: a impossibilidade de alteração tanto do titular do poder constituinte originário quanto do titular do poder constituinte derivado reformador. (LENZA, 2010, p. 471).

4.1.1 Direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas

Em razão de expressa previsão do legislador constituinte, não se admitem mudanças que minimizem a proteção aos direitos e garantias individuais, enumerados no art. 5º da CRFB/88 e em outros dispositivos da Carta. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 257-8), mormente porque os direitos e garantias individuais não estão restritos ao rol do art. 5º, resguardando-se, assim, um conjunto mais amplo de direitos constitucionais de índole individual dispersos no texto da constituição pátria. (MORAES, 2009, p. 663).² Nesta senda, para que haja redução dos direitos e garantias fundamentais, vazados na Carta Maior, é necessário que haja ruptura constitucional, autorizando-se, a partir desse momento, a confecção de nova constituição. É o que defende Bulos (2009, p. 845):

Uma reforma constitucional, por exemplo, não pode alterar, ampliar, restringir, e muito menos abolir os direitos e garantias fundamentais do art. 5º, seus incisos e parágrafos, os preceitos do art. 7º, em todas as suas projeções possíveis e imaginárias. Ou se faz uma nova Constituição, ou se respeita o seu núcleo intocável.

De destaque, ainda, a possibilidade outorgada ao legislador derivado em criar novos direitos fundamentais, ampliando, desta forma, o rol dos direitos já existentes no texto constitucional. Contudo, o direito criado não estará coberto pelo manto da cláusula pétrea,

² No sentido do texto, o assentado na ADI 3.685/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, onde ficou considerado que o princípio da anterioridade eleitoral do art. 16 da Constituição trata-se de garantia individual do cidadão-eleitor e cláusula pétrea. Ainda, lembra Moraes (2009, p. 663) que considerou o Supremo Tribunal Federal, na Adin nº 939-7/DF, ser cláusula pétrea a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, b, da CF (princípio da anterioridade tributária), bem como lembra a referência feita pelo Ministro Carlos Velloso, no mesmo julgamento, aos direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos como pertencentes à categoria de direitos e garantias individuais, sendo, pois, imodificáveis. O Ministro Marcos Aurélio, em mesma oportunidade, afirmou a relação de continência dos direitos sociais dentre os direitos individuais estatuidos no art. 60, §4º, da Magna Carta.

afinal, não cabe ao poder de reforma criar cláusulas pétreas, tarefa esta dedicada ao poder constituinte originário. Neste contexto, é imperioso ressaltar que o legislador reformador, entretanto, pode especificar direitos já concebidos pelo poder constituinte originário. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 259). Assim,

O direito já existia, passando apenas a ser mais bem explicado. Nesse caso, a cláusula pétrea já o abrangia, ainda que implicitamente. **É o que se deu, por exemplo, com o direito à prestação jurisdicional célere somado, como inciso LXXVIII, ao rol do art. 5º da Constituição, pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004. Esse direito já existia, como elemento necessário do direito de acesso à Justiça – que há de ser ágil para ser efetiva – e do princípio do devido processo legal, ambos assentados pelo constituinte originário.** (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 259-260). (grifo nosso).

4.2 JUSTIFICATIVAS DA PEC 15/2011

Vencidas as disposições acerca do modo de alteração do texto constitucional, bem como verificadas as matérias erigidas pelo poder originário como imutáveis, tem-se que não é de hoje que o legislador derivado busca alternativas para solucionar os anseios da população por jurisdição célere, sem perder de vista, contudo, a segurança jurídica que deve emanar dos decretos judiciais. Isso porque, não é estranho àquele que acompanha o dia-a-dia do Poder Judiciário o cenário em que os processos ficam anos a fio aguardando julgamento de recursos manejados pelas partes, acarretando muitas vezes descrédito e má visão dos jurisdicionados no Judiciário e nas decisões judiciais entregues pelas instâncias inferiores.

É o que bem contextualizam Maia e Fonseca (2011):

A morosidade é uma característica marcante e histórica da Justiça Brasileira. A enorme quantidade de processos, aliada à falta de estrutura do Judiciário e extensa gama de recursos passíveis de interposição, mesmo que meramente protelatórios, tem contribuído para esse quadro.

Neste contexto, v.g., o legislador positivou na norma pátria alguns dispositivos para buscar diminuir a morosidade dos processos ou a procrastinação dos feitos. De se ressaltar, dentre tais medidas, alterações trazidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário), como a criação do requisito da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, para a admissão do recurso extraordinário, ponto este melhor abordado no capítulo que passou, bem como a criação da Súmula Vinculante do STF.

Ainda, pode-se citar o julgamento uniforme de causas idênticas no STJ, nos termos da Lei n. 11.672/08; a previsão no CPC da disposição que impede o prosseguimento do recurso de apelação interposto contra decisão fundamentada em súmula do STJ ou do STF,

ex vi do art. 518, §1º, do citado diploma; o julgamento monocrático pelo relator em casos de recurso inadmissível, improcedente ou prejudicado, ou em confronto com súmula do STF ou de tribunal superior (art. 557, CPC); as sanções impostas às partes em razão da litigância de má-fé, etc.

Ou seja, o legislador derivado não está alheio à necessidade de buscar aperfeiçoar o arcabouço jurídico, em razão do anseio dos jurisdicionados em ver suas contendas resolvidas em tempo satisfatório, tal qual previsto, inclusive, pela citada Reforma do Judiciário, com a inclusão no extenso rol do art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88 do princípio da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Ora, “Se o Direito existe para conceber a melhor conduta e impô-la, quando necessário, ao cidadão, não se pode mais falar em ordenamento jurídico sem dotá-lo da qualidade que o pós-moderno exige de tudo: eficiência, agilidade, rapidez.” (ÁLVARES DA SILVA, 2011, p. 8).

Com este intuito, o então presidente do STF, Min. Cezar Peluso, apresentou em 21/03/2011, durante mesa redonda organizada pela Fundação Getúlio Vargas sobre o tema “Caminhos para um Judiciário eficiente”, proposta tendente a autorizar a imediata execução das decisões judiciais proferidas pelos tribunais de segunda instância, antecipando-se a configuração da coisa julgada material e possibilitando, desde logo, a execução das sentenças proferidas nos tribunais superiores do país.

Em 05/04/2011, o Senador Ricardo Ferraço apresentou perante a respectiva casa legislativa proposta nos termos daquela elaborada pelo Min. Cezar Peluso, a qual fora transformada na PEC 15/2011.³ Diante da importância do tema envolto na aludida proposição, e considerando o objetivo do presente, é imperioso que se passe a conhecer com maior profundidade as alterações que busca inovar no texto constitucional, além dos mais diversos argumentos de seus defensores e daqueles que nela não crêem, tarefa que se ocupam os itens seguintes.

³ A proposta mencionada recebeu a seguinte ementa: Altera o art. 102 da Constituição Federal para incluir a ação rescisória extraordinária dentre os processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal; estabelece as hipóteses de cabimento da ação rescisória extraordinária; determina que, na ação rescisória extraordinária, o autor demonstre a repercussão geral das questões constitucionais nela discutidas, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine sua admissibilidade, somente podendo recusá-la, por ausência de repercussão geral, pelo voto de dois terços de seus membros; modifica o art. 105 da Constituição Federal para incluir a ação rescisória especial dentre os processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça; especifica os casos de ajuizamento da ação rescisória especial; remete à legislação ordinária o estabelecimento dos casos de inadmissibilidade da ação rescisória especial.

4.3 A PEC 15/2011 E AS ALTERAÇÕES QUE INTENTA REALIZAR NO TEXTO CONSTITUCIONAL

O texto inicial da PEC 15/2011⁴, *ex vi* dos arts. 1º e 2º, visa alterar os arts. 102 e 105 da CRFB/88, outorgando competência ao STF e ao STJ para julgamento, respectivamente, da ação rescisória extraordinária e ação rescisória especial.

Em decorrência disso, no âmbito da mais alta Corte do país, fica incluída a alínea s) no art. 102 da CRFB/88, registrando a competência do STF para processar e julgar, originariamente, a ação rescisória extraordinária. Institui novo parágrafo terceiro no referido art. 102, colacionando as possibilidades de manejo da ação rescisória extraordinária, a ser movida contra decisões que, em única ou última instância, tenham transitado em julgado, as quais são as mesmas situações do texto que visa reformar, quando em sede de recurso extraordinário. Ainda, faz constar como parágrafo quarto as disposições trazidas no atual parágrafo terceiro do art. 102, ressaltando-se que substitui a expressão “No recurso extraordinário, o recorrente” pela expressão “Na ação rescisória, o autor”, adequando o texto para o processamento e julgamento de ação rescisória extraordinária, extinguindo a figura do atual recurso extraordinário, portanto, com a consequente revogação do atual inciso III do *caput* do referido artigo.

A mesma lógica é aplicada quanto às competências do STJ. Renumerar o parágrafo único do art. 105 como primeiro e inclui a alínea j) no art. 105, da CRFB/88, estatuinto a competência do STJ para processar e julgar, originariamente, a ação rescisória especial. Desta feita, cria o parágrafo segundo no art. 105, pontuando as possibilidades em que a ação rescisória especial será ajuizada, em face das decisões dos TRFs ou dos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, decididas em única ou última instância, que tenham transitado em julgado, as quais, inclusive, são as mesmas daquelas que autorizavam manejo do recurso especial. Ainda, inclui o parágrafo terceiro no citado artigo, cabendo à lei estabelecer os casos de inadmissibilidade da ação rescisória especial. Por fim, à exemplo do que propõe quanto ao recurso extraordinário, ficaria extinto o inciso III do *caput* do art. 105, fazendo desaparecer, portanto, a figura do recurso especial do texto constitucional.

No art. 3º da proposta em destaque, fica determinado que o Congresso Nacional deverá instalar, imediatamente após a promulgação da emenda constitucional, comissão especial mista tendente a elaborar projeto de lei necessário à regulamentação da matéria nela tratada, no prazo de sessenta dias.

⁴ A íntegra do texto encontra-se no Anexo A - PEC 15/2011.

As disposições do art. 4º, por seu turno, referem-se ao direito intertemporal. Ou seja, assegura-se a aplicação das regras de processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial àqueles que houverem sido interpostos em momento anterior ao da entrada em vigor da regulamentação referida no art. 3º da PEC em destaque.

Estando em tramitação a PEC referida, fora confeccionado parecer pelo relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), Senador Aloysio Nunes Ferreira em 06/07/2011, No parecer referido⁵, apresenta-se substitutivo à proposta, e propõe que ao invés de se transformar os recursos extraordinários em ação rescisória (ante a sua natureza autônoma, com necessidade de citação e fase de instrução), manter-se-ia a competência recursal do STJ e STF, nos moldes atuais, com a diferença fundamental de que a interposição de tais recursos não obstaría o trânsito em julgado das decisões tomadas pelas instâncias inferiores. Neste sentido era a proposta apresentada pelo Min. Cezar Peluso, onde a admissibilidade de recurso extraordinário ou especial não obstaría o trânsito em julgado da decisão que os comportasse. Em outras palavras, a proposta apresentada pelo Senador Ferraz promoveu algumas alterações na proposta originária, de autoria do ex-presidente do STF⁶, tal qual a exclusão dos recursos extraordinário e especial, inovação que o Min. Peluso não tencionou fosse feita, quando da apresentação de sua sugestão de alteração do texto constitucional.

Conhecidos os pontos que a PEC 15/2011, vulgarmente conhecida por “PEC dos recursos”, visa alterar na norma constitucional, é de rigor analisar os argumentos aventados pelos que proclamam sua aprovação, para posteriormente conhecer o que alegam os críticos da alteração legislativa em comento.

4.4 DA CONSTITUCIONALIDADE DA PEC 15/2011: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS RELEVANTES

A PEC 15/2011 é inovadora, certa, oportuna, tratando-se de meio hábil em resolver grande parte dos problemas que afligem o Poder Judiciário, porquanto exclui o atraso

⁵ A íntegra do parecer mencionado está disponível no seguinte endereço eletrônico:

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=93054&c=RTF>>. Acesso em: maio 2012.

⁶ A proposta elaborada pelo Min Cezar Peluso tem como originária a seguinte redação: Art. 105-A: A admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial não obsta o trânsito em julgado da decisão que os comporte. Parágrafo único: A nenhum título Serpa concedido efeito suspensivo aos recursos, podendo o Relator, se for o caso, pedir preferência no julgamento. Art. 105-B: Cabe recurso ordinário, com efeito devolutivo e suspensivo, no prazo de quinze (15) dias, da decisão que, com ou sem julgamento de mérito, extinga processo de competência originária: I - de Tribunal local, para o Tribunal Superior competente; II - de Tribunal Superior, para o Supremo Tribunal Federal.

dos tribunais superiores quanto à duração dos processos, os quais poderão funcionar, desta forma, com rapidez e eficiência, exercendo a atividade jurisdicional em pouco tempo e cumprindo seu dever constitucional e moral com a sociedade. (ÁLVARES DA SILVA, 2011, p. 9). É o que pregam aqueles que sustentam a constitucionalidade da proposta de emenda à constituição em questão, sendo que os argumentos variados que lançam mão para tanto serão analisados na sequência.

4.4.1 Fim da impunidade e da lentidão dos processos: índice baixíssimo de reversão das decisões judiciais de 1º e 2º graus

A sociedade clama, na contemporaneidade, por justiça célere. O Poder Judiciário é censurado pela sociedade em decorrência de sua ineficiência, sendo notório que a justiça deve ser rápida e justa. Aqui, não há motivo para se preferir justiça menos rápida a uma rapidez sem justiça, pois esta modalidade não reproduz justiça. Ora, rapidez sem justiça nunca fora praticada, pois em se tratando de Judiciário, isto seria inimaginável, incompreensível. (ÁLVARES DA SILVA, 2011, p. 43).

Com a aprovação da PEC 15/2011, as decisões judiciais proferidas em segunda instância de jurisdição, respeitado o princípio do duplo grau de jurisdição portanto, ganharão automaticamente o caráter de trânsito em julgado. Neste norte, poderão ser executadas *incontinenti*, diminuindo sobremaneira o tempo necessário para se buscar a satisfação do direito material declarado. Afinal, “os processos terminarão depois do julgamento do juiz de primeiro grau e do tribunal competente. Recursos às cortes superiores não impedirão a execução imediata das decisões dos tribunais estaduais e regionais.” (PELUSO, 2011).

Em sentido convergente, a firme conclusão de Álvares da Silva (2011, p. 103):

Evidentemente, há uma profunda transformação: a execução imediata dos processos julgados em segundo grau. Permanecem os recursos, mas o que foi decidido é executado. Hoje, acontece o contrário: enquanto se aguarda o julgamento no terceiro grau, os processos não se executam. Aguardam, numa quarentena inútil, o julgamento dos recursos geralmente protelatórios.

O que ocorre, portanto, é a antecipação do fenômeno do trânsito em julgado, fulcrada, inclusive em dados estatísticos.

No âmbito cível, entre 2009 e 2011, apenas 4% dos recursos extraordinários no STF foram providos, sendo que na esfera criminal tal número não superou a marca de 3%. (FERREIRA, 2011). Dos dados apresentados, infere-se que a esmagadora maioria dos

recursos manejados restou improvido, tratando-se sua interposição de expediente meramente protelatório, invocado em prejuízo daquele que teve o direito material reconhecido. Neste ínterim, o injustificado adiamento do trânsito em julgado viola o princípio da segurança jurídica, notadamente diante da função pacificadora desempenhada pelo Poder Judiciário ao decidir as causas a si levadas.

4.4.2 O sistema recursal vigente é lógico, contudo, inviável

De maneira bastante simplista pode-se afirmar que, na República Federativa do Brasil, o Poder Judiciário vigente é composto de quatro instâncias, sendo duas instâncias ordinárias (primeira e segunda instâncias) e duas instâncias extraordinárias (instância de controle da legalidade e instância de controle da constitucionalidade). (FERREIRA, 2011). Da análise, o sistema em voga

é de uma lógica impecável. A controvérsia é julgada por todos os ângulos e satisfaz a todas as exigências teóricas de um bom julgamento: o fato e o direito são decididos duas vezes, para que se tenha a certeza do que se julgou. O direito é analisado pela segunda vez nos tribunais de terceira instância, para se conferir sua adequação, não mais aos fatos, mas à lei ou à jurisprudência estabelecida para a interpretação do caso em decisões anteriores. (ÁLVARES DA SILVA, 2011, p. 24).

Não obstante tal situação, tem-se que a despeito de sua logicidade, o sistema tornou-se inviável. Isso porque, tal sistema “É caro e obriga o processo a passar por uma tormentosa e longa via que, com o correr do tempo, burocratizou-se para servir de meio a esta canalização maciça de ações que hoje se despeja no Judiciário.” (ÁLVARES DA SILVA, 2011, p. 25).

É o que afirma Peluso (2011):

Em termos simples, o projeto estabelece o final do processo após duas decisões judiciais. O Brasil é o único país do mundo em que um processo pode percorrer quatro graus de jurisdição: juiz, tribunal local ou regional, tribunal superior e Supremo Tribunal Federal (STF). O sistema atual produz intoleráveis problemas, como a ‘eternização’ dos processos, a sobrecarga do Judiciário e a morosidade da Justiça.

A sociedade brasileira, neste diapasão, necessita de que as decisões judiciais sejam prolatadas em tempo abreviado, para bem da segurança jurídica e da efetividade das decisões. Diante disso é que a estrutura do sistema recursal brasileiro não está em consonância com o princípio da duração razoável do processo. Para ganhar caráter de definitividade, a decisão judicial é subjugada a toda sorte de recursos, entre a primeira instância e o STF, fato que

macula a razoável duração do processo constitucionalmente assegurada aos litigantes. (art. 5º, LXXVIII, CRFB/88).

4.4.3 Multiplicidade de recursos e sistema de quatro instâncias como principais causas da morosidade dos processos

A alteração do texto constitucional em estudo fundamenta-se, também, na existência de número excessivo de recursos possíveis de serem manejados pelas partes, para buscar modificação de decisão judicial desfavorável ou contrária aos seus interesses. E neste cenário, a quase totalidade dos recursos interpostos tem por característica protelar o feito, furtando-se de cumprir o recorrente a decisão guerreada, por consequência da atribuição do efeito suspensivo ao recurso. Afinal,

Não é novidade para ninguém que, em todas as secretarias judiciais, de todas as instâncias, de todas as ‘justiças brasileiras’, estadual, federal, militar, trabalhista, eleitoral, milhares de processos e, dentro deles, muito mais importante, milhares de pessoas, famílias, crianças, idosos, empresas, grupos sociais, enfim, milhares de destinos agonizam à espera de uma decisão judicial definitiva que nunca vem. A Justiça brasileira padece de uma crise insuperável de efetividade da jurisdição. É a eternização dos processos. (SILVESTRE, 2011).

São trinta e sete vias as vias de acesso ao STF, por intermédio da interposição de recurso extraordinário, agravo regimental, e de instrumento, embargos, entre outras modalidades recursais. Essas modalidades de ingresso ao Supremo, de se ressaltar, são impeditivas do trânsito em julgado da decisão, sendo um dos objetivos da PEC 15/2011 evitar o uso indiscriminado desses recursos pelos litigantes. (MINISTRO..., 2011).

Consoante delineado alhures, o sistema de quatro instâncias recursais vigente no país, aliado à enorme possibilidade de ingresso aos tribunais superiores, pela eleição de toda sorte de recursos previstos na legislação, culmina na entrega extemporânea da prestação jurisdicional. É o que assevera Silvestre (2011) ao defender a PEC 15/2011:

A ideia vem ao encontro dos mais lídimos anseios de todos aqueles, profissionais e cidadãos, que se aventuram na busca de abrigo, de resguardo de seus direitos ameaçados ou violados, perante o Poder Judiciário. A sábia ideia: permitir que em um sistema de Justiça escalonado em quatro instâncias, em que as coisas não se resolvem nunca, ou absurdamente a destempo, se possa, no mesmo instante, equilibrar uma discussão profunda e justa nas duas primeiras instâncias (juiz de primeiro grau e tribunais locais) e, a partir daí, conferir-lhe nota de definitividade, reservando à terceira (STJ, TST, TSE, STM) e quarta instâncias (STF), seus exclusivos papéis de decidir poucas e importantes questões de lei em tese.

Por tais razões, deixaria de ser realidade na justiça brasileira a impossibilidade de execução das decisões judiciais em tempo célere. Afinal, com a aprovação da proposta em

destaque, o manejo de recursos meramente protelatórios seria desestimulado, ante a possibilidade de execução definitiva das decisões judiciais proferidas pelo segundo grau de jurisdição.

4.4.4 Aumento da segurança jurídica e fortalecimento dos juízes de 1º grau e dos tribunais locais e regionais

O Direito existe como meio efetivo para a busca da pacificação das controvérsias. A jurisdição tem por finalidade atingir a pacificação social, e judicar sem fazê-lo equivale a negar-lhe a prestação. De tal assertiva extrai-se que o meio legitimado às partes para resolver suas contendas deve ser ótimo, hábil a, no menor tempo possível, responder ao anseio do litigante, seja por declarar existente o direito material pleiteado, seja por negar sua postulação, mas sempre o fazendo com tons de definitividade.

Silvestre (2011), neste contexto, destaca que:

é possível afirmar, sem medo de errar: a pacificação social bem mais pela nota de definitividade da decisão, do que propriamente pela justiça ínsita nessa decisão. Justiça é um conceito fluido, o que é justo para um não é justo para outro. O que é justo em determinado momento histórico, não o é em outro. Essa discussão será eterna. Evolui com a evolução social, é cambiante. Definitividade não. É um valor certo. Uma nota marcante que aplaca os ânimos em confronto. É uma certeza que acalma o ambiente social. É segurança para as pessoas. É certeza. Melhor uma resposta definitiva, positiva ou negativa, do que a angústia da incerteza, da indecisão.

Por promover aceleração nos pronunciamentos judiciais, estes com caráter definitivo, ante a antecipação do trânsito em julgado, a alteração constitucional em destaque vai ao encontro da segurança jurídica, pois processos excessivamente longos induzem, por óbvio, insegurança jurídica. Tal situação acaba por fortalecer a própria Justiça, serviço público dos mais essenciais. (PELUSO, 2011).

Há de se privilegiar, ainda, os togados de primeiro e segundo graus de jurisdição, situação esta que se mostra possível com a aprovação da PEC 15/2011. Afinal, é cediço que o magistrado de primeiro grau é aquele que tem contato direto com as partes e as provas coligidas, o que lhe propicia visão privilegiada de toda a situação de fato discutida no caso. Os tribunais de segunda instância não destoam, por possuir vasta experiência e capacidade notória para bem julgar as demandas a si levadas. Comunga de tal opinião Silvestre (2011):

Valioso anotar, em arrimo à proposta, que os juízes de primeiro grau, em sua maioria, julgam, e julgam muito bem. A proximidade com a sociedade, com as partes, com a prova, com a causa, lhes permite palmilhar e perquirir, como ninguém,

o ideal do justo. Os tribunais brasileiros, em segunda instância, estão muito bem servidos de desembargadores íntegros, com alta capacidade técnica e experiência necessária que os habilitam a decidir as mais altas questões sem descuidar de garantias intocáveis aos cidadãos.

Com a alteração legislativa proposta, enaltecido fica o papel do juiz e dos tribunais locais e regionais do Poder Judiciário, ante a importância de seus pronunciamentos, os quais serão acompanhados, com ainda mais atenção, pela sociedade, em razão da característica de definitividade que lhes será inerente.

4.4.5 A PEC 15/2011 não viola garantias individuais constitucionalmente dispostas ao litigante

Esta talvez seja a maior crítica endereçada a PEC 15/2011, por entender-se que sua aprovação violaria os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da presunção de inocência, da segurança jurídica, da coisa julgada e do acesso à justiça, esbarrando, por conseguinte, na vedação vazada no art. 60, §4º, IV, da CRFB/88.

As alegações, não obstante o fervor com que são aventadas, não procedem. No âmbito criminal, não se pode acolhê-las, pois, a uma, a matéria poderá ser rediscutida em sede de Revisão Criminal e de *Habeas Corpus*, remédio este tradicional para reverter processos e prisões tidas por ilegais. A duas, porque os recursos continuarão existindo como hoje, na proposta do Min. Peluso e nos termos do substitutivo apresentado pelo relator da matéria na CCJ, sendo que poderão ser manejados se a parte tiver certeza do direito que defende. (PELUSO, 2011). A três, porque o sistema tal qual o vigente favorece a impunidade e sensação de descrédito da população no Poder Judiciário, ante a demora no julgamento dos processos criminais, e muitas vezes na consequente declaração da prescrição, em alguma de suas mais diversas modalidades previstas no CPP. Desta forma,

a proposta será o mais poderoso instrumento de combate à impunidade, a prolação de sentenças penais condenatórias, atendendo à expectativa social que há décadas se colhe nos anseios dos brasileiros, conferindo efetividade ao Direito Penal, que hoje não passa de um Direito virtual, que existe, mas não repercute na vida da sociedade. (SILVESTRE, 2011).

Os demais princípios assegurados ao litigante, também, não restariam ofendidos. Ora, a matéria será rediscutida, por no mínimo, duas instâncias recursais. Nesse norte, atendido estará o princípio do duplo grau de jurisdição, notadamente porque haverá julgamento pelo primeiro grau de jurisdição, e pelos tribunais dos estados ou regionais. Aliado

a isso, em caso de hipóteses de foro especial por prerrogativa de função nas ações penais, o substitutivo apresentado na CCJ prevê a possibilidade de interposição de recurso ordinário nestes casos, fato que se coaduna com o postulado do duplo grau de jurisdição.

O acesso à justiça, também, estará preservado, pois não haverá extinção dos recursos extraordinários hoje existentes, nos termos do substitutivo apresentado na CCJ. Ainda, a proposta “contribuirá também para ampliar o acesso à Justiça por parte da grande maioria da população, que hoje não recorre ao sistema judiciário porque sabe que a causa pode arrastar-se por anos.” (PELUSO, 2011).

No que toca a mitigação do princípio da coisa julgada, de se pontuar que a coisa julgada, no direito brasileiro, contrariamente à constituição portuguesa, não foi acolhida pela Constituição. A previsão constante do art. 5º, XXXVI, da CRFB/88, estabelece que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, tratando-se, pois, de mandamento que se dirige ao legislador, determinando-lhe o resguardo da coisa julgada e não a coisa julgada em si mesma. (ÁLVARES DA SILVA, 2011, p. 60). Desta forma,

O conceito de coisa julgada é eminentemente de direito infraconstitucional, estando previsto à exaustão no Código de Processo Civil. O que a Constituição proíbe é eliminar o instituto da coisa julgada ou restringi-lo a tal ponto que fosse inaplicável. Isso, sim, é imodificável, por se trata [sic] de cláusula pétrea, mas a intenção da PEC 15/11 passa longe desse desiderato. (ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL, 2011).

E, além disso, caso a coisa julgada fosse considerada como cláusula pétrea, seria de rigor que o STF julgasse inconstitucionais os institutos previstos nos arts. 475-L, 741, parágrafo único e 884, §5º, todos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Ainda, o próprio instituto da ação rescisória, por tratar-se de agressão à coisa julgada. (ÁLVARES DA SILVA, 2011, p. 61).

Não há que se falar, portanto, em redução das garantias constitucionais impostas ao litigante, considerando que este, seja

em demanda cível, criminal, trabalhista, tributária, eleitoral, manterá íntegros seus direitos ao contraditório, à ampla defesa, à igualdade das partes, enfim, ao devido processo legal. Poderá falar, apresentar provas, argumentar, protestar. Ao final será julgado por um juiz independente, imparcial, com o dever de fundamentar suas decisões, tudo exatamente como acontece hoje e como mandam os postulados de um Estado Social e Democrático de Direito. E caso a decisão do juiz seja contrária, embora tudo isso assegurado, ainda há algo a fazer? Sim. A parte inconformada terá seu direito ao recurso, livre acesso à instância superior. (SILVESTRE, 2011).

Todas as garantias decorrentes do devido processo legal restarão, portanto, inabaladas. Os tribunais superiores, por seu turno, “se dedicarão exclusivamente à sua missão

constitucional e universal de uniformização e interpretação, relegando para os tribunais inferiores a função verdadeira para a qual existem: a matéria de fato.” (ÁLVARES DA SILVA, 2011, p. 9).

O idealizador da proposta avisa que “O projeto não interfere em nenhum dos direitos garantidos pela Constituição, como as liberdades individuais, o devido processo legal, a ampla defesa, o tratamento digno do réu.” (PELUSO, 2011). O que se proíbe é a possibilidade de utilização de recursos como expediente para procrastinar o feito, eternizar os processos, buscar evitar, a todo modo, o cumprimento de um pronunciamento judicial desfavorável. A proposta, destarte, vai ao encontro dos princípios da razoável duração do processo e da celeridade de sua tramitação, sem excluir qualquer garantia constitucionalmente assegurada ao litigante, seja autor ou réu.

4.5 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PEC 15/2011: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS RELEVANTES

Não é novidade que parcela da doutrina pátria não compreende a PEC 15/2011 como meio hábil a solucionar os problemas enfrentados pelo Poder Judiciário na busca da entrega efetiva da prestação jurisdicional, com equilíbrio dos princípios do acesso à justiça e duração razoável do processo. Para tanto, grande número de argumentos são aventados para que se declare a inconstitucionalidade da proposta de alteração legislativa referida, os quais seguem analisados.

4.5.1 A PEC 15/2011 não atinge a causa da morosidade na prestação jurisdicional

Toda alteração que busque compatibilizar os princípios do acesso à justiça e duração razoável do processo, para que o jurisdicionado receba de maneira ótima o produto da jurisdição, é merecedora de aplausos.

Não obstante, tal alteração não pode estar divorciada de melhor análise acerca do cenário vivido pela justiça brasileira, sob pena de mostrar-se medida inócua, incapaz de atingir o âmago da problemática da prestação célere da jurisdição. Neste caminhar, aspectos de cunho prático devem ser considerados em tal equação. É o que defende Filardi (2011, p. 204):

Falta de condições dignas de trabalho para serventuários de justiça, total omissão do Poder Público no investimento na estrutura dos órgãos judiciários, carência de políticas de gerenciamento de documentos e insuficiência no número de magistrados

são hoje os grandes problemas de ordem pragmática da atividade jurisdicional e nenhuma construção doutrinária ou acadêmica será capaz de garantir a duração razoável do processo sem enfrentar esses pontos mais práticos.

Aliado a isso, o debate acerca da criação de um sistema processual garantístico e capaz de entregar em tempo jurisdição de qualidade só será possível se houver incentivos a práticas de gestão na administração dos órgãos judiciários e à difusão da cultura de produtividade e eficiência no funcionalismo público. Neste cenário, portanto, está a inexistência de exigência, na prática, do cumprimento dos prazos processuais pelos magistrados, bem como na ausência de fixação de metas internas de produtividade nas serventias judiciais. (FILARDI, 2011, p. 204).

Neste sentido, manifestou o Colégio de Presidentes dos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil sua contrariedade com eventual aprovação da PEC 15/2011. Ainda, externou-se a preocupação com a deficiência orçamentária de vários órgãos do Poder Judiciário dos Estados, bem como, ainda no mesmo documento, pleiteou-se maior transparência no órgão, com divulgação da produtividade dos magistrados, inclusive nos Tribunais Superiores, com destaque na necessidade de fixação de prazos para julgamento de recursos, dentre outros pleitos. (OAB..., 2011).

De outro giro, tem-se que o gargalo no Poder Judiciário ocorre no primeiro grau de jurisdição, aquele que recebe número maior de processos para julgamento e está tão mal equipado quanto gerenciado, além do recebimento pelo aludido Poder de poucos recursos para desempenhar a função que lhe é inerente. Desta feita, defende Aragão, citado por Filardi (2011, p. 206) ser:

insuportável que, para privilegiar a brevidade, sejam atropeladas garantias constitucionais asseguradas aos litigantes, assim ao autor como ao réu. [...] o combate à lentidão não se faz com a supressão de vias de recorrer, mas com a aceleração generalizada da marcha da máquina judiciária. Se esta, no seu todo, funciona devagar e ninguém se preocupa com o porquê, devagar continuará a funcionar, embora reduzindo o número de recursos. **Mesmo que se chegue à extinção absoluta, que deixará os tribunais entregues à ociosidade, perdurará a lentidão na primeira instância.** (grifo nosso).

4.5.2 A importância da função dos recursos extraordinário e especial no sistema jurídico vigente

Já se teve oportunidade de destacar, no capítulo passado, a função de destaque dos recursos extraordinário e especial no sistema jurídico vigente. Ao STF e ao STJ, nos moldes do texto constitucional, é outorgada a função de garantir a eficácia da norma jurídica constitucional e federal, respectivamente.

Neste jaez, se por um lado devem os referidos Tribunais

[...] atuar como órgãos aptos a darem solidez às normas jurídicas abstratas e se prestarem ao controle e padronização das decisões judiciais, por outro buscam reduzir sua carga de julgamento de recursos em prol de uma prestação jurisdicional de relevância e pautada pela qualidade, tendo necessariamente que prestigiar um anacrônico sistema de freios recursais que em muitas hipóteses beira à negativa de jurisdição. (FILARDI, 2011, p. 206).

Por tais razões, suprimir os recursos extraordinário e especial significa prestigiar a impossibilidade de revisão de possíveis inconstitucionalidades e ilegalidades na interpretação das leis e sua aplicação ao caso concreto. Se aprovada a PEC 15/2011, fulminado de morte estaria o sistema de controle de constitucionalidade por via difusa. (FILARDI, 2011, p. 212).

Aliado a isso, não se pode olvidar que “cada vez mais nosso sistema jurídico é constituído por normas de natureza aberta e principiológica, carecendo assim de interpretações mais constantes e sujeitas à controlabilidade dos Tribunais Superiores.” (FILARDI, 2011, p. 212).

Neste caminhar, a PEC 15/2011 mirando nos recursos,

[...] acaba atingindo o cerne do papel reservado ao STF e ao STJ no contexto judiciário brasileiro. Esses tribunais são, com efeito, tribunais da federação. A competência que exercem é estabelecida em função do sistema de dualidade da justiça, adotada por força da forma federativa do Estado nacional e que implica a existência de duas órbitas de órgãos judiciários – os federais e os estaduais. Cabe, por isso, ao STF e ao STJ a missão de preservar a uniformidade, em tese, na aplicação da Constituição e do direito federal. A malsinada PEC dos recursos atenta contra esse papel histórico do Supremo, estendido, em parte, pela Constituição vigente, ao STJ. Ambas as Cortes deixarão de exercê-lo em toda plenitude, à medida que assim se fecharem, drasticamente, as vias de acesso à jurisdição. (MEDINA, 2011).

Assim, a extinção dos recursos extraordinários *lato sensu* acima referidos não ataca efetivamente as causas que levam à demora na prestação jurisdicional, bem como ofende os princípios do devido processo legal e do acesso à justiça. Reflete Filardi (2011, p. 216):

Extinguir os recursos extraordinário e especial em nada irá contribuir com o ideal de efetividade e celeridade perseguido, até mesmo porque certamente tais pretensões continuarão sendo veiculadas agora por meio de ações autônomas de impugnação de decisões judiciais com pedido rescisório.

Ademais, tem-se que as situações erigidas pelo texto constitucional que possibilitam o manejo de tais recursos são bastante restritas, conforme verificado no capítulo que se passou, sendo certo que há diversos mecanismos na legislação que impedem o conhecimento dos recursos protelatórios manejados, o que efetivamente na prática tem sido verificado nas instâncias superiores.

4.5.3 Existência de mecanismos na legislação hábeis a diminuir o número de recursos no STJ e STF

Ao longo do presente trabalho científico, em diversas oportunidades, mostrou-se que o legislador pátrio está atuando ativamente para buscar diminuir a lentidão verificada nos pronunciamentos do Poder Judiciário. Neste norte, inúmeras são as inovações e alterações levadas a efeito na legislação, tais quais

A previsão da tutela antecipada (Lei. 8.952/1994), a facilitação do cumprimento de sentença (Lei 11.232/2005) e desburocratização da execução de títulos extrajudiciais (Lei 11.382/2006), além das modificações impostas no sistema recursal com a modificação no processamento e cabimento dos agravos [...]. (FILARDI, 2011, p. 208).

Soma-se a isso, a instituição paulatina do processo eletrônico, a previsão no CPC da impossibilidade de conhecimento do recurso de apelação quando a decisão guerreada estiver em conformidade com súmula dos tribunais superiores (art. 518, §1º), bem como a possibilidade de julgamento monocrático pelo relator em casos de recurso inadmissível, improcedente ou prejudicado, ou em confronto com súmula do STF ou de tribunal superior (art. 557, CPC), dentre outras.

No âmbito da competência recursal do STJ e do STF, por sua vez, cabe ressaltar a rigidez das causas em que se admite o manejo dos respectivos recursos aos Tribunais superiores. Aqui, de se destacar que a realidade nos tribunais superiores é realmente de não conhecimento dos recursos que não se amoldem a alguma das previsões constitucionais que autorizem sua interposição, ou estejam em desconformidade com súmula dos tribunais superiores. O acesso a estes tribunais, dessarte, é bastante restrito e árduo. No mais, destaca-se a sistemática de julgamentos idênticos no STF e STJ, bem como, em sede de recurso extraordinário, a disciplina pelas Leis n. 11.417/06 e 11.418/06 dos institutos da súmula vinculante e da repercussão geral. Quanto ao recurso extraordinário, destaca-se a diminuição considerável de recursos que aportaram no STF entre 2007 e 2010, sendo que o total de processos caiu de 110 mil ao ano para aproximadamente 30 mil.⁷

De se atentar, ainda, para a criação do CNJ, órgão que prima pelo bom funcionamento do Poder Judiciário, através da instituição de metas de produtividade, desenvolvimento de projetos de informatização e a produção de dados estatísticos para auxiliar na atividade de se prestar jurisdição.

⁷ Conforme pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas Direito Rio. Disponível em: <<http://diretorio.fgv.br/supremoemnumeros-lancamento>>. Acesso em: 16 maio 2012.

4.5.4 Qualidade das decisões judiciais *versus* celeridade processual e recursos como meios de controlar/aperfeiçoar os pronunciamentos judiciais

É relevante destacar que a efetividade da tutela jurisdicional não está ligada, necessariamente, à prolação de decisões céleres. Ora, é importante que as decisões judiciais sejam proferidas em tempo razoável, contudo estas devem primar pelo compromisso com a busca incessante pela qualidade. (FILARDI, 2011, p. 205).

Em sentido análogo, Moreira (2004, p. 5) frisa que:

[...] se uma Justiça é lenta demais é decerto uma má Justiça, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem. **Não, contudo, a qualquer preço.** (grifo nosso).

Considera-se que os recursos são meios legítimos para controle e aperfeiçoamento das decisões judiciais. Neste sentido, os recursos seriam resultantes do próprio Estado Constitucional, entendidos como garantias constitucionais inquestionáveis e fundamentais à democracia, porque meio hábil a ensejar, v.g., a participação do jurisdicionado na construção das decisões judiciais. (FILARDI, 2011, p. 206).

Em outras palavras, os recursos derivam da cláusula do devido processo legal e do acesso à justiça, sendo indubitável que sua correta interposição vai ao encontro da segurança dos pronunciamentos judiciais, e de sua controlabilidade. É o que assevera Calmon de Passos (2007, p. 371): “Garantia inerente a um Estado Democrático, portanto, é o controle interno das decisões judiciais mediante a técnica de recursos.”

Os recursos, portanto, tratam-se de parte da cultura jurídica do país, na medida em que diante da extensa possibilidade de interpretação da lei e da aplicação do direito, o litigante busca, ao percorrer as diversas vias recursais, interpretação judicial que lhe seja favorável. Destaca-se, ainda, que o ato de recorrer é dever de ofício do causídico, porque meio expressamente previsto na legislação para buscar reconhecimento do direito do autor. (BAPTISTA, 2011). Com efeito, a possibilidade das partes litigantes em defender e manifestar, de maneira exaustiva, seu ponto de vista perante o Poder Judiciário, está intimamente ligada à segurança jurídica. (FILARDI, 2011, p. 212).

4.5.5 Imputação aos advogados da morosidade da justiça e o papel do Estado como maior litigante

É no mínimo temerário imputar exclusivamente aos causídicos a demora na prestação jurisdicional, por meio da alegação de que estes, em seu mister, manejam demasiados recursos inoportunos, protelatórios.

A proposta de emenda constitucional em comento parte da premissa de que todos os recursos excepcionais dirigidos aos Tribunais têm a intenção de procrastinar o feito, e que a utilização da totalidade dos meios legítimos para acesso à justiça e exercício da ampla defesa e contraditório seria capaz de obstar uma atuação judicial mais célere. (FILARDI, 2011, p. 209).

Tais premissas são inválidas, na visão de Mariano (2011), na medida em que: “[...] atribuir ao quantitativo de recursos previstos na legislação a responsabilidade pela falta de efetividade das decisões, representa uma forma de ocultar as verdadeiras razões que paralisam o Judiciário.”

Filardi (2011, p. 211) vai além: “[...] é muito cômodo simplificar a problemática da lentidão da justiça na atuação dos advogados com a interposição de recursos tidos como protelatórios, sem, contudo, analisar que o maior litigante é justamente o Estado.” No sentido do texto, são as conclusões extraídas da pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, citada acima. Segundo a referida pesquisa, dos recursos que aportam no STF, há somente uma empresa privada dentre os doze maiores litigantes da Corte. Caixa Econômica Federal, União e Instituto Nacional da Seguridade Social são responsáveis por 50% dos processos. Ou seja, segundo a pesquisa, apenas 10 litigantes respondem por quase 65% dos processos, e entre tais litigantes, nove são ligados ao Poder Executivo. Diante destes dados, é que se questiona: “Por que não, então, rever a própria postura do Estado nas demandas judiciais, antes de taxar os advogados como responsáveis pela morosidade do Judiciário?” (FILARDI, 2011, p. 211).

4.5.6 Inexistência de quatro instâncias recursais e violação da coisa julgada

A defesa da PEC 15/2011 fundamenta-se em muitos argumentos, e um deles reza sobre a existência de quatro instâncias recursais no sistema recursal pátrio. Parcela da doutrina trilha em sentido diverso. Wambier (2001, p. 166), ao tecer considerações acerca dos recursos extraordinário e especial, afirma:

é desnecessário dizer que se tratam de recursos de direito estrito. Isto é o mesmo que afirmar não se tratar de 3º e 4º grau de jurisdição. O âmbito do que pode ser alegado nesses recursos é bem mais restrito do que o âmbito de cognição exercido ou exercível pelo juízo *ad quem* no recurso de apelação.

Em análise da proposta de emenda à constituição aqui tratada, Simantob e Toron (2011) sustentam:

Não é verdade que existam quatro instâncias recursais no Brasil. Existem duas instâncias ordinárias, nas quais os fatos e as provas são examinados com amplitude. Já os recursos extraordinário e especial não se prestam ao reexame de prova (Súmulas n.º 279 do STF e n.º 7 do STJ), tampouco à correção da injustiça do julgado recorrido. Servem, como se sabe, para garantir a vigência e a uniformidade da interpretação das leis infraconstitucionais e da Constituição Federal, daí por que se dizer tratar-se o STJ e o STF de instâncias excepcionais, e não ordinárias.

De outro norte, a aprovação da proposta de emenda constitucional em debate ofenderia o próprio princípio da coisa julgada, pois estaria sendo admitida a imutabilidade sem segurança jurídica. (FILARDI, 2011, p. 212).

É certo que o debate acerca da relativização da intangibilidade da coisa julgada é fervoroso na doutrina. Recorda Santos (2011, p. 73) que o Plenário Virtual do STF reconheceu repercussão geral com relação à relativização da coisa julgada, vide RE 600658, fato que, por si só, atesta a relevância do tema.

Neste contexto, de vista das alterações que tenciona a PEC 15/2011 inovar no texto constitucional, o Min. Marco Aurélio Mello, integrante do STF, manifestou publicamente sua preocupação com possíveis inconstitucionalidades constantes da aludida PEC.⁸ Uma de suas preocupações, destarte, é no sentido de a PEC referida pretender mitigar a intangibilidade da coisa julgada. No que interessa, são suas palavras:

Consigno ver empecilho em mitigar-se a coisa julgada. Algo é não possuírem o recurso extraordinário e o especial eficácia suspensiva. Totalmente diverso é dizer-se que a admissibilidade – vocábulo a gerar incongruência considerado o que proposto – não empece a coisa julgada. O sistema pátrio define-a como qualidade do pronunciamento judicial irrecorrível. A par desse aspecto, não pode haver tramitação de emenda constitucional que vise abolir direito individual, e os parâmetros tradicionais da coisa julgada consubstanciam direito individual. Em síntese, a coisa julgada, tal como se extrai da Constituição Federal, é cláusula pétrea. Mais do que isso, no campo criminal, mitigar a coisa julgada significa mitigar o princípio da não culpabilidade. [...]

Para concluir, retorno à problemática da coisa julgada, ressaltando o sistema constitucional. A lei não pode afastá-la. A mitigação do instituto já ocorre na própria Carta da República quando se prevê a ação de impugnação autônoma que é a rescisória. Permita-me, Presidente, externar preocupação no que, pouco a pouco, vem-se esvaziando o sistema processual. O argumento relativo à busca da celeridade não pode ser potencializado a esse ponto. (MELLO, 2011).

⁸ Por meio do ofício n. 006/2011 - GBMA, datado de 3 de abril de 2011, dirigido ao então Presidente do STF, Min. Cezar Peluso.

Uma das facetas do princípio da segurança jurídica, destarte, pode ser vista sob o ângulo da intangibilidade da coisa julgada. Conforme já ressaltado no presente estudo, o texto constitucional prevê uma mitigação da coisa julgada consubstanciada na ação rescisória, a qual poderá ser exercida nas situações previstas no rol taxativo do art. 485 do CPC. O intuito da PEC, contudo, é diverso, e não lhe é autorizado mitigar o instituto da coisa julgada na dimensão constante do texto da proposta. Em sentido análogo, dos Santos (2011, p. 81) enfatiza:

Logo, em nosso sentir, os argumentos de *injustiça* da decisão e da '*excepcionalidade*' com que se pretende [...] *desconsiderar* (*rectius*: violar) a coisa julgada (e não propriamente '*relativizar*', haja vista que a mitigação legal da intangibilidade da coisa julgada já é feita pelo próprio ordenamento jurídico com a *ação rescisória*) não nos parecem corretos. As sociedades e o ordenamento jurídico convivem e sempre conviveram com a possibilidade de *injustiça* da decisão, procurando, em verdade, dotar o sistema para evitá-la (sistema recursal para impugnação de decisões), inclusive, após a formação da coisa julgada (ação rescisória), mas em um dado momento, a situação jurídica precisa consolidar-se, estabilizar-se, e isso se dá com o esgotamento do sistema recursal e o decurso do prazo decadencial da ação rescisória, quando tem lugar o fenômeno da *coisa soberanamente julgada*, não mais de [sic] podendo rescindir ou modificar a coisa julgada, seja qual for o motivo ou fundamento alegado pelo interessado, fazendo o Estado *Democrático* de Direito a *opção política* pela *segurança jurídica coletiva*, ainda que pontualmente possa haver uma decisão injusta. (grifo no original).

4.5.7 Impossibilidade de emenda constitucional restringir direitos e garantias individuais

É cediço que os direitos e garantias individuais são tratados pelo constituinte originário como cláusula pétrea, *ex vi* do art. 60, §4º, IV, da CRFB/88, fato inclusive melhor delineado alhures. Neste contexto, o Min. Ari Pargendler, integrante do STJ, após analisada a PEC 15/2011, entendeu a supressão dos recursos extraordinário e especial como “uma solução tão radical que os juízes seriam obrigados a descumprir a Constituição.” (BASILE; MAGRO, 2011).

A Carta da República vigente, promulgada após longo período histórico de desrespeito aos direitos dos cidadãos,

restabeleceu em nosso país a ordem jurídica e democrática, visando sempre salvaguardar os direitos fundamentais e a soberania popular. [...] Evidentemente, o êxito da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é extremamente dependente da defesa das cláusulas pétreas e dos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito. (FILARDI, 2011, p. 214).

Com efeito, o legislador constituinte originário não admite que o legislador derivado altere a identidade básica da constituição. Para tanto, lança mão do instituto da cláusula pétrea para assegurar que determinadas matérias relevantes não possam ser alteradas,

suprimidas, sequer reduzidas. Mariz de Oliveira (2011), no âmbito da PEC 15/2011, defende que a:

[...] emenda, prevendo recursos ou ações, continuará a ferir os direitos e as garantias individuais, que constituem cláusula pétrea, constante do art. 5º da CF/1988, dentre os quais, além da presunção de inocência, há os princípios do devido processo legal e da ampla defesa. A supressão do recurso extraordinário, condutor para o Supremo das ofensas à Constituição, e do recurso especial, apto a preservar a observância das leis federais, impedirá que as duas Cortes superiores apreciem atentados à liberdade, que já terão sido cometidos antes da apreciação dos recursos ou das ações rescisórias. Observa-se que o art. 60, da Carta Magna, em seu §4º, declara que ‘não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir’, dentre outras cláusulas, ‘os direitos e garantias individuais’ (inciso IV). Portanto, aí já se põe em dúvida a própria constitucionalidade da PEC.

No mesmo tom, são as palavras de Coelho (2011):

A emenda constitucional pode muito, mas não pode tudo. O exercício do poder de reforma da Constituição pelo Congresso possui limites materiais explícitos e implícitos. Não pode instituir a pena de morte ou o fim da propriedade individual, para ficar em dois exemplos. Também não pode transformar recursos em ações rescisórias. Isto porque o artigo 60, parágrafo 4º da Constituição veda a tramitação de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais. O direito a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, encontra-se estatuído no rol de proteção do cidadão pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição, sendo cláusula imutável.

O direito ao recurso é parte integrante da ampla defesa e não pode ser menosprezado, afinal trata-se de cláusula pétrea, e por tal razão não pode ser alterado pelo Congresso. Respeitar o múnus da advocacia significa fortalecer o cidadão e é absolutamente possível a adoção de medidas outras para buscar a agilidade do processo. Uma dessas hipóteses, conforme já referido *supra*, seria instituir prazos para o julgamento dos recursos. (NOGUEIRA, 2011 apud FILARDI, 2011).

4.5.8 Ofensa ao princípio da presunção de inocência

O Min. Cezar Peluso argumenta, na intenção de ver aprovada a proposta de emenda à constituição que idealizou, que no âmbito criminal, considerados os anos de 2009 e 2010, somente um réu teria sido prejudicado, caso estivesse vigente a reforma em questão. (ROCHA, 2011). Tal situação, contudo, navega em sentido oposto ao da PEC, considerando que a liberdade do indivíduo não é mensurável, não se podendo aceitar o encarceramento de um indivíduo inocente, no Estado Democrático de Direito vigente no país, em favor do julgamento das demandas levadas ao Poder Judiciário de maneira mais célere. É admitido no direito penal vigente, inclusive, o princípio de que mais vale a soltura de um culpado à prisão

de um inocente, fato que fundamenta a aplicação, em casos de incerteza do julgador, do princípio do *in dubio pro reo*.

O princípio da presunção de inocência, conforme já delineado no presente estudo, é aquele em que o acusado é presumidamente considerado inocente, até que o Estado efetivamente demonstre sua culpabilidade. Desta forma, a aprovação da proposta em comento mitigaria o princípio da presunção de inocência, constitucionalmente assegurado ao réu, considerando que autorizaria o imediato cumprimento da decisão condenatória exarada pelo segundo grau de jurisdição. O STF, nesta toada, decidiu que: “a execução da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, contraria o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição.” (BRASIL, 2009).

D’Oliveira, D’Oliveira e Camargo (2011) sustentam que a PEC 15/2011 ofende determinadas garantias constitucionais outorgadas ao cidadão, caso do princípio da presunção de inocência. São suas palavras:

[...] o princípio de presunção da inocência, elencado no art. 5º, inciso LVII, da CF/88, constitui um desdobramento do princípio do devido processo legal e é uma das mais importantes garantias estabelecidas pelo nosso ordenamento jurídico, pois afirma que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim sendo, até que haja a irrecorribilidade da sanção penal aplicada, todos deverão ser considerados inocentes, tendo-se em vista que tal princípio visa, sobretudo, a tutela da liberdade pessoal de cada indivíduo. Desta maneira, como a todos é garantido o direito à ampla defesa, vislumbra-se a possibilidade de utilização de todas as formas de recursos jurisdicionais existentes, de maneira que não ocorra um eventual erro na apreciação do fato ou na aplicação da sanção por parte do Poder Judiciário, tampouco supressão de Instâncias. Dentro desse paradigma, a proposta de emenda à Constituição violaria sobremaneira esta garantia fundamental, a partir da perspectiva de que a legislação pátria impõe que a aplicação da pena só poderá ocorrer no momento em que se esgotarem todos os recursos previstos em lei.

Isso considerado, enquanto “a burocracia da máquina judiciária não for descortinada e garantias processuais forem vistas como entraves à evolução da marcha processual, não teremos um Poder Judiciário próximo do jurisdicionado comum [...]” (FILARDI, 2011, p. 207), sendo que o litigante ficará, cada vez mais, a mercê de pronunciamentos judiciais divorciados da qualidade que lhes deve ser inerente. A população não pode assumir as consequências da inviabilidade, da inoperância do Estado. Não outra vez.

5 CONCLUSÃO

Proemialmente, imperioso frisar que não teve o presente trabalho científico a pretensão de exaurir o tema estudado, notadamente se considerada sua complexidade ímpar e importância para o Poder Judiciário e para a sociedade, o que denota a importância da discussão do tema em questão, inclusive com a participação efetiva dos destinatários da prestação jurisdicional.

Desta forma, a problematização abordada no presente trabalho científico consistiu na análise da constitucionalidade da PEC 15/2011, considerando-se o postulado pelos princípios do acesso à justiça e do devido processo legal.

A saber, a PEC 15/2011, tal qual apresentada no Senado Federal, encontra-se em desalinho com as garantias constitucionais asseguradas aos litigantes. Afinal, por tencionar excluir do sistema jurídico vigente os recursos extraordinário e especial, transmudando-os em ação rescisória extraordinária e especial, respectivamente, acaba por ofender os princípios do acesso à justiça e do devido processo legal.

Não se pode negar, no ponto, que é desejo de praticamente todos a prestação jurisdicional ótima, no tempo mais abreviado possível, ou seja, que as partes tenham acesso *efetivo* à justiça, pois. Não obstante tal situação, não se pode suprimir garantias constitucionais impostas ao litigante, v.g., a possibilidade de ingresso nos Tribunais superiores através dos recursos excepcionais, sob a alegação de se buscar justiça célere, notadamente porque não são os recursos os procrastinadores dos feitos.

Neste contexto, os recursos excepcionais foram previstos pelo legislador constituinte originário como forma de se manter a uniformidade na interpretação da lei federal vigente (recurso especial) e assegurar o cumprimento das disposições constitucionais (recurso extraordinário). Os tribunais superiores, nesta senda, configuram-se como instâncias excepcionais, não se tratando, portanto, de instâncias ordinárias, não havendo espaço para se falar em quatro instâncias recursais.

O ingresso no STJ e no STF, neste diapasão, está adstrito às situações expressamente previstas nos róis taxativos dos arts. 102 e 105, da CRFB/88, respectivamente, sendo que os Tribunais superiores são autorizados a negar seguimento aos recursos interpostos em desconformidade com o texto legal. No ponto, de se rememorar a existência de inúmeros mecanismos previstos na legislação para negar seguimento aos recursos interpostos, tais quais, em sede constitucional, da repercussão geral e da súmula vinculante, e em sede

infraconstitucional, da súmula impeditiva de recursos (art. 518, par. 1º e art. 557, ambos do CPC), das penas pela litigância de má-fé, entre outros.

A supressão de vias de recurso, tal qual estabelecida pela PEC 15/2011, é possível de ser declarada inconstitucional, pela CCJ do Senado Federal. Se aprovada a PEC 15/2011, a segurança jurídica restaria abalada, considerada a possibilidade de execução da sentença prolatada no segundo grau de jurisdição, desde logo. Gize-se que a ação de execução citada teria características de definitividade, e não de provisoriedade. Neste diapasão, expropria-se o patrimônio, entrega-se o bem, encarcera-se o indivíduo, etc., ainda que na pendência de ação rescisória respectiva, se regularmente intentada. Neste contexto, o credor realmente sentirá segurança em executar decisão que lhe é favorável, mas pendente de julgamento em ação rescisória?

Ora, não se terá, a princípio, rol *numerus clausus* de cabimento da ação rescisória, tal qual hoje se tem no art. 485 do CPC, mas sim a possibilidade de toda controvérsia ensejar o manejo de ação rescisória extraordinária ou especial. Desta forma, se provida a ação rescisória, portanto, deverão voltar as partes ao *status quo ante*, situação que, na prática, poderá ser criadora de injustiças, afinal, é notório que há situações em que a reversibilidade da medida não é possível.

Com efeito, aos recursos extraordinário e especial, tais quais estabelecidos hoje pela legislação constitucional, não é atribuído, via de regra, efeito suspensivo. Assim, eventual medida executiva trilhará pelos caminhos da provisoriedade. A PEC 15/2011 age de outra forma, na medida em que mitiga o princípio da coisa julgada, considerado como cláusula pétrea pelo texto constitucional. A coisa julgada, sabe-se, é qualidade inerente ao pronunciamento judicial, e inserta está no rol do art. 5º da Carta da República, não podendo ser alterada, e aqui leia-se reduzida, pelo legislador reformador, *ex vi* do art. 60, §4º, da CRFB/88. Situação semelhante ocorre no âmbito criminal. Com a aprovação da PEC em comento, restaria ofendido, por óbvio, o princípio da presunção de inocência, na medida em que o sistema jurídico pátrio prevê que a aplicação da pena só poderá ocorrer depois de esgotados todos os meios de recurso previstos em lei.

Sob a ótica da razoável duração do processo, ainda, tem-se que a constitucionalidade da PEC 15/2011 é duvidosa. Ora, a criação das ações rescisória extraordinária e especial é inoportuna, considerada sua natureza autônoma, com necessidade de nova citação e possibilidade de instrução processual. Estas ações rescisórias, é possível prever, não terão duração abreviada nos tribunais superiores. Nesta toada, os Tribunais superiores continuarão recebendo número grande de processos, pois as partes teriam acesso a

eles por meio das ações rescisórias extraordinárias *lato sensu*, e a decisão em tais processos será, igualmente, tardia, pois o volume de processos não diminuiria de maneira considerável, tampouco a celeridade da tramitação dos feitos nas instâncias superiores.

Não se pode deixar de destacar, no ponto, que a proposta da pena do Min. Cezar Peluso diferencia-se da PEC 15/2011. Apesar de não ser o tema central do presente trabalho científico, a proposta emanada do referido membro da Corte Suprema visa unicamente antecipar o fenômeno do trânsito em julgado, o qual configuraria-se logo após a prolação da sentença pela segunda instância, possibilitando, desta forma, a execução da sentença desde logo. Em sentido análogo é o teor do substitutivo apresentado pelo relator da PEC 15/2011, o qual manteria incólumes no sistema jurídico vigente os recursos extraordinário e especial. *Prima facie*, tal alteração no texto constitucional poderia trazer algum benefício para o bom andamento dos processos, privilegiando-se a duração razoável do processo. Todavia, parece incidir em erros semelhantes ao da atual PEC 15/2011, na medida em que opta por suprimir garantias constitucionais asseguradas aos litigantes, em detrimento de buscar, efetivamente, as complexas causas que levam à morosidade da prestação jurisdicional.

A instituição de prazo para julgamento de recursos, cominando-se penalidades àqueles que injustificadamente deixarem de cumpri-las; o maior investimento no Poder Judiciário, notadamente no primeiro e segundo graus de jurisdição, com a expansão das serventias judiciais e contratação e capacitação real de seus servidores; a revisão do papel do Estado quando litigante, deixando de atuar em causas infundadas ou relativas a matérias já pacificadas pelos tribunais, primando, em seu agir, sempre que possível pela celeridade processual e para desafogar a justiça; o controle dos atos do Poder Judiciário pelo CNJ e a instituição de campanhas para buscar conscientizar os litigantes da importância da conciliação; além da fixação de metas possíveis de cumprimento pelo Poder Judiciário, visando acelerar a marcha processual; etc. Estas são algumas das ações que poderiam ser realizadas para se buscar maior celeridade no andamento dos processos, sem macular as garantias constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal, o que se verifica na PEC 15/2011, como mencionado. Por outro lado, é necessário o diálogo constante entre os Poderes da República e entidades essenciais à administração da justiça, para que se possa equacionar a problemática da morosidade da prestação jurisdicional e buscar soluções para alcançar aquilo que todos desejam: a pacificação social das controvérsias com justiça.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. xvi, 759 p.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. **A Pec dos recursos e a reforma do judiciário**: defesa da proposta do Ministro Peluso. 2. ed. Belo Horizonte: RTM, 2011.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 2. ed. reform., atual. e ampl. da obra Curso de. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 1102 p.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 988 p.

_____. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p 9-46.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. **Nota técnica nº 02/2011**.

Disponível em:

<http://www.ajufe.org.br/portal/images/stories/Link_Documentos/arquivos_em_pdf/Nota_Tcnica_02.11_Ajufe__PEC_15_Recursos.pdf>. Acesso em: 21 maio 2012.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Recursos são parte da cultura jurídica do país**.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-21/pluralidade-recursos-parte-cultura-juridica-brasileira>>. Acesso em: 21 maio 2012.

BASILE, Juliano; MAGRO, Maíra. **Pargendler defende PEC dos recursos**. Disponível em: <www.valor.com.br/arquivo/895095/pargendler-defende-pec-dos-recursos>. Acesso em: 12 maio 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. 499 p.

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. xvi, 207 p.

BRASIL. Código civil. In: CURIA, Luiz Roberto; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. lxxvi, p. 135-313.

_____. Código de processo civil. In: CURIA, Luiz Roberto; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. lxxvi, p. 391-489.

_____. Código de processo penal. In: CURIA, Luiz Roberto; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. lxxvi, p. 625-687.

_____. Código penal. In: CURIA, Luiz Roberto; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. lxxvi, p. 543-605.

_____. Consolidação das leis do trabalho. In: CURIA, Luiz Roberto; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. lxxvi, p. 881-975.

_____. Constituição federal. In: CURIA, Luiz Roberto; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. lxxvi, p. 9-129.

_____. **Habeas Corpus. Inconstitucionalidade da chamada ‘execução antecipada da pena’: art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. art. 1º, III, da Constituição do Brasil. HC 84.078/MG.** Relator: Min. Eros grau, Brasília, DF, 05 fev. 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 abr. 2012.

_____. **Habeas corpus. Processo penal. Sentença condenatória. Recurso de apelação. Processamento. Possibilidade. Desnecessidade de recolhimento do réu à prisão. Decreto de custódia cautelar não prejudicado. Prisão preventiva subsistente enquanto perdurarem os motivos que a motivaram. Ordem concedida. HC 88.420 / PR.** Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 17 abr.2007. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 abr. 2012.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Constituição federal anotada**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. xxx, 1597 p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 3 v. (v. 2).

CAMARGO, Lester Marcantonio; CAMBI, Eduardo (Orientador). **O princípio do duplo grau de jurisdição e os recursos cíveis**. 2003. 175 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. 1228 p.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: S. Antonio Fabris, 1988. 168 p.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. 384 p.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **PEC não pode transformar recurso em ação**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-24/poder-constituente-reformador-nao-transformar-recurso-acao>>. Acesso em: 21 maio 2012.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo penal doutrina e prática**. Bahia: Jus Podivm, 2008.

CURIA, Luiz Roberto; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. lxxvi, 1911 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. xii, 307 p.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2007. 4 v.

D'OLIVEIRA, Marcele Camargo; D'OLIVEIRA, Mariane Camargo; CAMARGO, Maria Aparecida Santana. **O estudo da principiologia penal a partir da perspectiva da celeridade processual**. Disponível em:

<http://www.unicruz.edu.br/16_seminario/artigos/sociais/O%20ESTUDO%20DA%20PRINCIPIOLOGIA%20PENAL%20A%20PARTIR%20DA%20PERSPECTIVA%20DA%20CELERIDADE%20PROCESSUAL.pdf>. Acesso em: 17 maio 2012.

E.D. Moniz de Aragão. Preclusão. In: OLIVEIRA, Nome. et al. **Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof Galeno Lacerda**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1989. p. 141-183.

FERREIRA, Aloysio Nunes. **Parecer nº ..., de 2011**. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=93054&c=RTF>>. Acesso em: 20 maio 2012.

FILARDI, Hugo. Análise crítica da Proposta de Emenda Constitucional dos Recursos (PEC 15/2011) – Proposta de compatibilização dos princípios constitucionais do acesso à Justiça, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, duração razoável do processo e efetividade da tutela jurisdicional, **Revista de processo**, v. 201, p. 203-219, nov. 2011. Disponível em: <<http://www.siqueiracastro.com.br/downloads/newsMidia/848.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2012.

FONSECA, Ilana Alcântara Monteiro da; MAIA, Angelus Emilio Medeiros de Azevedo. O recurso extraordinário na PEC dos recursos. **Revista Direito e Liberdade – ESMARN**, Rio Grande do Norte, v.13, n. 2, p. 9-30, jul./dez. 2011. Disponível em:

<http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/365/432>. Acesso em: 21 maio 2012.

FRIEDE, R. Reis, A garantia constitucional do devido processo legal. **Justitia**. São Paulo, v. 57, p. 49-54, out./dez. 1995. Disponível em: <www.justitia.com.br/revistas/37dx43.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2012.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 175 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. 195 p.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. 1024 p.

LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e pesquisa**: livro didático. 2. ed. rev. e atual. Palhoça: UnisulVirtual, 2007. 228 p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 334 p. (Recursos no processo civil; 3).

MARIANO, Henrique. **Causa ou efeito?** Disponível em: <<http://www.oabpe.org.br/comunicacao/artigos/9101-causa-ou-efeito-henrique-mariano.html>>. Acesso em: 18 maio 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 814 p. (Curso de processo civil; 2).

MARIZ DE OLIVEIRA, Antônio Cláudio. **Redução dos recursos**: violação da liberdade. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,reducao-dos-recursos-violacao-da-liberdade,730841,0.htm>>. Acesso em: 17 maio 2012.

MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa. **Ainda a PEC dos recursos**. Disponível em: <<http://oab-ce.jusbrasil.com.br/noticias/2772433/ainda-a-pec-dos-recursos>>. Acesso em: 2 maio 2012.

MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição federal anotada**. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1986. 640 p.

MELLO, Marco Aurélio. **Ofício n. 006/2011 – GBMA**. Disponível em: <<s.conjur.com.br/dl/oficio-006-ministro-cezar-peluso.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. xli, 1486 p.

MINISTRO Cezar Peluso defende PEC dos Recursos na CCJ do Senado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181328&tip=UN>>. Acesso em: 18 maio 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 1998. 5 v.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. xxx, 922 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: TEMAS de direito processual, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 343 p.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993; 1998. v. 5.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1536 p.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

OAB sai em prol do CNJ e repudia PEC dos Recursos. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-05/oab-defende-atuacao-cnj-repudia-pec-recursos-peluso>>. Acesso em: 12 maio 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2010. 954 p.

_____. **Direito constitucional descomplicado**. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008. 997 p.

PELUSO, Cezar. **Em defesa de uma justiça eficiente**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181248>>. Acesso em: 21 maio 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1946.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Manual dos recursos cíveis**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 308 p.

ROCHA, Gabriela. **PEC dos Recursos viola presunção de inocência**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-16/criminalistas-afirmam-pec-recursos-viola-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 15 maio 2012.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994. 146 p.

SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Coisa julgada, boa fé do particular e segurança jurídica. **Revista de Direito**. São Paulo, v. 13, n. 18, p. 73-89, 2010. Disponível em: <<http://sare.unianhanguera.edu.br/index.php/rdire/article/view/2825/1060>>. Acesso em: 18 maio 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. 926 p.

_____. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. 487 p.

SILVESTRE, Fábio Galindo. **PEC vem assegurar garantias processuais**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-26/pec-recursos-vem-assegurar-garantias-processuais-devido-processo>>. Acesso em: 21 maio 2012.

SIMANTOB Fábio Tófic; TORON, Alberto Zacharias. **Duas instâncias não satisfazem demanda da sociedade**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-11/proposta-duas-instancias-judiciario-nao-atende-demandas-sociais>> Acesso em: 17 maio 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. xxi, 1364 p.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. 222 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 3 v.

TUCCI, José Rogério Cruz e, Garantia do processo sem dilações indevidas, In: _____. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 235-262.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: RT, 2001.

WATANABE, Kazuo et al. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ANEXOS

ANEXO A - PEC 15/2011

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº ... , DE 2011

Altera os arts. 102 e 105 da Constituição, para transformar os recursos extraordinário e especial em ações rescisórias.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 102 da Constituição passa a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 102**.....

I -

.....

s) a ação rescisória extraordinária;

.....

§ 3º A ação rescisória extraordinária será ajuizada contra decisões que, em única ou última instância, tenham transitado em julgado, sempre que:

I - contrariarem dispositivo desta Constituição;

II - declararem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

III - julgarem válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;

IV - julgarem válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 4º Na ação rescisória extraordinária, o autor deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais nela discutidas, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine sua admissibilidade, somente podendo recusá-la, por ausência de repercussão geral, pelo voto de dois terços de seus membros.” (NR)

Art. 2º O art. 105 da Constituição passa a vigorar com as seguintes alterações, renumerando-se o parágrafo único como § 1º:

“**Art. 105**.....

I –

.....

j) a ação rescisória especial;

.....

§1º

§ 2º. A ação rescisória especial será ajuizada contra decisões dos Tribunais Regionais Federais ou dos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios que, em única ou última instância, tenham transitado em julgado, sempre que:

I - contrariarem tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

II - julgarem válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

III - derem a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

§ 3º A lei estabelecerá os casos de inadmissibilidade da ação rescisória especial.”

(NR)

Art. 3º O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, no prazo de sessenta dias, projeto de lei necessário à regulamentação da matéria nela tratada.

Art. 4º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, assegurada a aplicação das regras de processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial àqueles que houverem sido interpostos antes da entrada em vigor da regulamentação a que se refere o art. 3º desta Emenda.

Art. 5º Ficam revogados o inciso III do *caput* do art. 102 e o inciso III do *caput* do art. 105 da Constituição.

JUSTIFICAÇÃO

A Reforma do Poder Judiciário, aprovada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, trouxe importantes inovações dirigidas à racionalização do sistema processual pátrio, entre as quais a súmula vinculante e o instituto da repercussão geral. De acordo com o Relatório de Atividades do Supremo Tribunal Federal (STF) de 2010, tais inovações possibilitaram uma redução de 38% no número de recursos extraordinários e agravos de instrumento que chegam anualmente à Corte. Com isso, o Tribunal pode hoje dedicar maior parcela de seu tempo ao julgamento de questões constitucionais de maior envergadura, tal como desejado pelo constituinte de 1988, ao qualificar o STF como guardião da Lei Maior.

A Reforma de 2004 deixou, contudo, algumas questões pendentes. Parte das mudanças, por haver sido aprovada apenas pelo Senado Federal, necessitou retornar à Câmara dos Deputados, constituindo a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 358, de 2005, ainda pendente de apreciação naquela Casa. E mesmo essa PEC passou ao largo de alguns problemas que ainda afligem as Cortes Superiores e que alimentam o sentimento de desesperança daqueles que buscam, sem êxito, uma prestação jurisdicional mais expedita.

Tal como reconhecido pelo Presidente do STF, o Ministro Cezar Peluso, em entrevista concedida ao jornal *O Estado de São Paulo* de 28 de dezembro passado, *o Brasil é o único país do mundo que tem na verdade quatro instâncias recursais*. É certo que a ampla e quase inesgotável via recursal tem sido utilizada, grande parte das vezes, para fins meramente protelatórios, como estratégia da parte para furtar-se ao cumprimento da lei.

Na referida entrevista, o Presidente do STF esboça uma proposta de transformação dos recursos especial e extraordinário em ações rescisórias, como forma de evitar que a remessa de casos à apreciação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao STF seja utilizada como mero expediente de dilação processual. Com a transformação desses recursos em ações rescisórias, as decisões das cortes inferiores poderiam transitar em julgado, independentemente do prosseguimento da discussão no STJ ou no STF. Assim, poderiam ser promovidas execuções definitivas e a satisfação do direito material das partes seria feita mais celeremente do que sói ocorrer hoje em dia. Ademais, para se evitar a multiplicação de ações rescisórias dependentes de julgamento, poder-se-ia manter os atuais critérios de repercussão geral válidos para o STF, bem assim abrir possibilidade semelhante quanto às ações rescisórias que o STJ viria a julgar, em substituição ao atual recurso especial.

Um exemplo palpável dos benefícios que a nova sistemática traria pode ser visto a partir da recente discussão em torno da Lei da Ficha Limpa, que considera inelegíveis os condenados à suspensão de direitos políticos ou por ilícitos eleitorais, por decisão de órgão judicial colegiado, mesmo quando ainda não esgotada a via recursal. A constitucionalidade da lei é contestada com base no princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória. A extinção dos recursos especial e extraordinário, com a correspondente criação de ações rescisórias em seu lugar, resolveria o problema, pois o trânsito em julgado dos processos, nesse e em outros casos, já ocorreria nas instâncias inferiores.

Outro exemplo: no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078, ocorrido em 5 de fevereiro de 2009, o STF afastou a aplicação do art. 637 do Código de Processo Penal, que confere efeito meramente devolutivo ao recurso extraordinário em matéria penal, entendendo que tal disposição não se coaduna com o princípio constitucional da presunção de inocência. Em sendo aplicada a regra do art. 637, poder-se-ia iniciar o cumprimento da pena antes do julgamento do recurso extraordinário, o que foi rechaçado pela Suprema Corte. No entanto, caso aquela espécie recursal fosse extinta, e criada em seu lugar uma ação rescisória extraordinária, a execução da sentença condenatória poderia ser feita, independentemente de existir ação rescisória pendente de julgamento.

Cabe aduzir que, em outros ordenamentos jurídicos, as partes suscitam questões constitucionais por meio de ações autônomas ajuizadas perante a Corte Constitucional, após o encerramento do processo nas instâncias ordinárias. Esse é o caso da Reclamação Constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) do Direito alemão. As inovações de que cogita o Ministro Peluso, não configuram, pois, algo inaudito ou esdrúxulo.

Por entendermos que a ideia do Ministro Peluzo, transformada em norma jurídica, muito contribuirá para coibir condutas protelatórias das partes, assegurando uma prestação jurisdicional mais rápida e efetiva, apresentamos a presente proposta de Emenda à Constituição, que transforma o recurso extraordinário em ação rescisória extraordinária e o recurso especial em ação rescisória especial. Ante o exposto e dada a relevância da matéria, solicitamos o apoio de nossos Pares para sua aprovação.

Sala das Sessões,

Senador RICARDO FERRAÇO