

FABIO VARGAS ADAMI

**A CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM
RETIDO NA NOVA ORDEM PROCESSUAL BRASILEIRA**

**VITÓRIA
2006**

FABIO VARGAS ADAMI

**A CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM
RETIDO NA NOVA ORDEM PROCESSUAL BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais das Faculdades de Vitória, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof.º William Couto Gonçalves

Vitória
2006

FABIO VARGAS ADAMI

**A CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM
RETIDO NA NOVA ORDEM PROCESSUAL BRASILEIRA**

BANCA EXAMINADORA:

Prof.º Dr.º William Couto Gonçalves

Prof.º Dr.º

Prof.º Dr.º

Vitória, ____ de _____ de 2006.

À minha família, ao meu orientador e aos leais amigos, pois caminhar só é muito difícil.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos Excelentíssimos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, então Presidente Adalto Dias Tristão; do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com os agradecimentos à Diretora de Serviço Substituta Cleusa Silva dos Santos Teixeira pela agilização e; do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Laerson Mauro, então Primeiro Vice-Presidente, com os agradecimentos ao Diretor Hesmer da Paixão pela agilização, ao responderem os respectivos requerimentos relativos à quantidade de agravos de instrumento interpostos desde o ano de 1995, discriminando a quantidade ano por ano.

Agradecimentos importantíssimos são dirigidos aos Professores do Curso de Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, mantido pelas Faculdades de Vitória – FDV, pelas colaborações fornecidas à interferir, para sempre, em nossos hábitos intelectuais, em especial ao meu orientador Willian Couto Gonçalves, com suas sutis e fundamentais informações a me guiar pelo caminho percorrido na elaboração da presente pesquisa, mesmo com as dificuldades surgidas devidas à outros comprometimentos.

Agradeço, ainda, aos colegas da turma do mestrado, os quais se mantiveram fiéis as palavras ditas no início do curso, de preservar a ética e o apoio mútuo para vencermos essa batalha.

Por derradeiro, agradeço a minha família e àqueles que me desejaram e desejam sempre a vitória, sem passar por cima de ninguém.

RESUMO

Trabalhou-se com as reformas do CPC/73, especificamente em relação ao recurso de agravo, no que tange aos objetivos pretendidos de acesso à justiça considerando o fator tempo como o norte para se alcançar o processo com contornos de justiça. Foi questionado o não alcance dos objetivos, se tentou demonstrar que as reformas, que se iniciaram no ano de 1995, não conseguiram alcançar o objetivo de diminuir a interposição de agravo de instrumento, o que teria, aparentemente, ido de encontro aos preceitos de processo eficaz, no que diz respeito ao acesso à justiça no quesito celeridade. Foi examinada a nova Lei 11.187/05, qual inseriu e revogou no sistema processual civil, normas a respeito do recurso de agravo, na nova tentativa de aperfeiçoar a sistemática deste recurso. Entretanto, tal abordagem foi feita em conjunto à aspectos da evolução do processo civil, bem como da questão do acesso à justiça, questionando-se a legislação do agravo e, suas modificações, de forma à esclarecer que este recurso não merece ser caracterizado, por si só, de entrave à jurisdição eficaz, em nenhum de seus regimes, apesar da verificação numérica constantes dos dados, por meio de coleta de dados nos Tribunais de Justiça dos Estados do Espírito Santo, São Paulo e Rio de Janeiro.

ABSTRACT

It has been worked on the remodeling made to the Civil Procedure Code/73, specifically concerning appeal, as for the goals intended for access to justice considering time as a guiding factor to reach the lawsuit with justice aspects. The fact that the aims have not been reached was questioned, and it was demonstrated that the remodeling, which started in 1995, did not reach the purpose of diminishing the appeal articles. It would, apparently, have come against the effective procedure rules, concerning access to justice in celerity aspects. The new Law 11.187/05 has been examined, the one which inserted and revoked rules about appeal on the civil procedural law system, intending to improve the systematics of this appeal. However, such approach has been done in addition to evolution aspects of the civil lawsuit, as well as the ones related to the access to justice, questioning the legislation of the appeal and its changes, in order to clarify that this appeal does not deserve to be characterized as an obstacle to the effective jurisdiction, in any of its rules, despite the constant numerical verifications by data collection on the Courts of Justice in the states of Espírito Santo, São Paulo and Rio de Janeiro.

SUMÁRIO

RESUMO	05
ABSTRACT	06
LISTA DE SIGLAS	09
LISTA DE TABELAS	10
1 INTRODUÇÃO	11
2 ASPECTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO E DO PROCESSO	19
2.1 PERÍODO PRIMITIVO.....	19
2.2 PERÍODO ROMANO.....	20
2.3 PERÍODO ROMANO-BARBÁRICO.....	22
2.4 PERÍODO JUDICIALISTA.....	23
2.5 PERÍODO DOS PRÁTICOS.....	24
2.6 PERÍODO PROCEDIMENTALISTA.....	25
2.7 PERÍODO DO PROCESSUALISMO CIENTÍFICO.....	25
2.8 EVOLUÇÃO NO BRASIL.....	30
3 ACESSO À JURISDIÇÃO	35
3.1 EVOLUÇÃO E MOVIMENTOS DE ACESSO À JURISDIÇÃO.....	35
3.2 ASPECTOS SOBRE A EVOLUÇÃO NO BRASIL.....	36
4 ASPECTOS SOBRE A TEORIA GERAL DOS RECURSOS CÍVEIS	50
4.1 IMPORTÂNCIA CONSTITUCIONAL DOS RECURSOS.....	52
4.2 A QUESTÃO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	54
4.3 PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO RECURSO.....	57
4.3.1 Princípio da Voluntariedade.....	61
4.3.2 Princípio da Dialeiticidade.....	62
4.3.3 Princípio da Complementariedade.....	62

4.3.4 Princípio Dispositivo.....	63
4.3.5 Princípio da Taxatividade, Singularidade, Inquisitório e Fungibilidade.....	65
4.4 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E DE MÉRITO DOS RECURSOS.....	67
4.5 EFEITOS DOS RECURSOS.....	73
5 SUCEDÂNEOS RECURSAIS.....	76
6 A CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RETIDO NA NOVA ORDEM PROCESSUAL BRASILEIRA.....	79
6.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O AGRAVO ATÉ 1939.....	82
6.2 AGRAVO NO CPC DE 1939.....	83
6.3 AGRAVO DO CPC DE 1973.....	85
7 O AGRAVO E A REFORMA DE 1995.....	86
8 O AGRAVO E A REFORMA DE 2001.....	89
9 O AGRAVO E A LEI 11.187/2005.....	94
10 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	97
11 CONCLUSÃO.....	103
REFERÊNCIAS.....	104

LISTA DE SIGLAS

CPC – Código de Processo Civil

CF/88 – Constituição Federal de 1988

ORTN – Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Percentual de confiança atribuídos à justiça pela população em geral e pela parcela que já recorreu	11
Tabela 2 – Elementos discriminadores que influenciam na decisão judicial.....	44
Tabela 3 – Elementos discriminadores que influenciam na decisão judicial.....	45
Tabela 4 – Elementos discriminadores que influenciam na decisão judicial.....	45
Tabela 5 – Elementos discriminadores que influenciam na decisão judicial.....	45
Tabela 6 - Elementos discriminadores que influenciam na decisão judicial.....	46
Tabela 7 - Elementos discriminadores que influenciam na decisão judicial.....	46
Tabela 8 – Perfil dos requerentes nos Juizados Especiais de bairros do Município do Rio de Janeiro-RJ.....	47
Tabela 9 – Tipo de ação nos Juizados Especiais de bairros do Município do Rio de Janeiro-RJ.....	48
Tabela 10 - Número de interposição de agravos de instrumento no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.....	88
Tabela 11 – Número de interposição de agravos de instrumento no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.....	91
Tabela 12 – Número de interposição de agravos de instrumento no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	92
Tabela 13 – Número de interposição de agravos de instrumento no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.....	93

1 INTRODUÇÃO

Há necessidade contínua da legislação moldar-se à realidade sócio-político-econômica do lugar sobre a qual incidirá. Seguindo este raciocínio, a legislação brasileira, especificamente a processual, deve estar sempre atenta para adotar procedimentos que se ajustem à necessidade de se obter julgamentos céleres, que se proponham amenizar a morosidade ocasionada pelo notório acúmulo de processos, reduzido número de juízes e procedimentos burocráticos.

Esta contínua adaptação da legislação para com os anseios da sociedade, tem que apresentar consonância num processo dialético de ajustamento.

Mas, não basta possuímos um direito teoricamente bom, sem que, na prática, não surta efeito. Ou seja, fala-se em acesso à justiça por todos e em condições semelhantes, quando na busca pelo judiciário obter a solução o mais rápido possível, sem deixar de se observar os princípios jurídicos, é óbvio, mas o que se vê é a continuidade de acúmulo de processos pendentes de julgamento, colocando em risco a existência do bem da vida almejado. O que acontece na prática é sabido por todos - operadores do direito, os envolvidos na demanda e a população em geral: nossa justiça é lenta.

A lentidão da justiça em dar uma resposta pode gerar várias conseqüências, como aquela em que o órgão julgador não tenha mais condições de tutelar a parte, no sentido de estar o motivo da busca pela tutela eivado de incurabilidade. Diante de uma situação de incurabilidade da situação exposta pelo jurisdicionado, não há como se obter uma opinião que não seja contrária ao sistema judiciário como um todo, incluindo aqueles que de algum modo participam da administração da justiça, podendo alimentar poderes paralelos de soluções de conflito não necessariamente em consonância com a Lei.

A pesquisa inseridas nos capítulos seguintes foi realizada em 1997, na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. A primeira, pelo Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, da Fundação Getúlio Vargas

(CPDOC-FGV), e pelo Instituto de Estudos da Religião (Iser), com a denominação de "Lei, justiça e cidadania" e a segunda, coordenada por Mario Grynszpan, junto ao Arquivo da Justiça e dos Juizados estudados (PANDOLFI, 1999, p. 102).

Pareceu justificável incluir tais dados, bem como outros do mesmo centro de pesquisa no decorrer do presente trabalho, mesmo que coletados de certo modo em data longínqua, haja vista discussões a respeito da morosidade da justiça ser um foco de atenção e estudo por um bom espaço de tempo, anteriormente à pesquisa realizada e, principalmente, por tais dados serem contemporâneos do período em que o recurso de agravo foi comentado no presente trabalho, pela reformas porque passou alguns anos antes e viria a passar logo em seguida.

Não basta assegurar a existência de mecanismo adequado à solução de controvérsias, se as pessoas não tiverem efetivo acesso a ele. Sobre isso, destaca-se:

Em razão disso, a inafastabilidade do Poder Judiciário não pode representar garantia formal de exercício da ação. É preciso oferecer condições reais para a utilização desse instrumento, sempre que necessário. De nada adianta assegurar contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, se a garantia de acesso ao processo não for efetiva, ou seja, não possibilitar realmente a todos meios suficientes para superar eventuais óbices existentes ao pleno exercício dos direitos em juízo. (BEDAQUE, 1998, p. 69).

As duas primeiras reformas do Código de Processo Civil de 1973, podem ser consideradas importantes passos em um movimento prático e teórico na área processual na direção certa, no que tange aos objetivos pretendidos de acesso à justiça considerando o fator tempo como o norte para se alcançar o processo justo. Mas, talvez em alguns pontos, as reformas não tenham alcançado o objetivo pretendido.

No Código de Processo Civil brasileiro, especificamente sobre a questão das impugnações das decisões judiciais por intermédio dos agravos, a reforma de 1995, pela Lei 9.139/95, modificou o processamento do agravo de instrumento, o qual, pelo artigo 524, a sua interposição será dirigida diretamente ao Tribunal, em exceção à regra de interposição dos recursos perante o juízo que proferiu a decisão.

Art. 524 do CPC: O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao Tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos:

- I- a exposição do fato e do direito;*
- II- as razões do pedido de reforma da decisão;*
- III- o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo.*

Art. 525: Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída:

I - obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;

II - facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis.

§ 1º. Acompanhará a petição o comprovante de pagamento das respectivas custas e do porte de retorno, quando devidos, conforme tabela que será publicada pelos tribunais.

§ 2º. No prazo do recurso, a petição será protocolada no tribunal, ou postada no correio sob registro com aviso de recebimento, ou, ainda, interposta por outra forma prevista na lei local.

A supracitada reforma remeteu o ônus da formação do instrumento à parte, substituindo ao serventário, com o objetivo de dar maior celeridade ao julgamento do recurso e desafogamento do primeiro grau. E sobre o fator tempo no processo, a boa interpretação das normas é de fundamental importância, senão vejamos:

Na abordagem da temática tempo no processo, sua morosidade ou duração dilatada, as implicações com a economia processual e a qualificação técnico-científica dos magistrados, como elementos parcialmente determinantes para se chegar ao fim do processo judicial, sobressaem o acumplicimento tanto do Poder Legislativo, na medida em que legisla normas de procedimento que fazem interminável o processo e, portanto, inalcançável a especificidade e a eficácia da jurisdição quanto do Poder Judiciário, na medida em que descarta a melhor técnica de interpretação dos textos legislados, menoscabando aplicação mais sistemática dos princípios estatuídos pelas escolas sobre a atividade jurisdicional. (GONÇALVES, 2004, p. 97).

E continua o mesmo Doutrinador

Certo é que um dos componentes do tema economia processual é o tempo do processo e este está estritamente jungido à efetividade, especificidade e à eficácia da jurisdição, uma vez que, sabe-se, jurisdição que se faz específica, eficaz além do tempo necessário ou legal, pode ser formalmente prestada mas não substancialmente, e isso não é o que se espera do dever de prestação estatal em um Estado Constitucional e de Direito. A jurisdição assim não cumpre com os fins que lhe são próprios. Daí a pertinência da asserção de que “para que a Justiça seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar!” (GONÇALVES, 2004, p. 99).

A efetividade como garantia fundamental do processo, decorre da visão do processo como instrumento de realização do direito material, extraída dos princípios constitucionais, os quais constituem fundamento do processo brasileiro, a saber, p. ex., o princípio econômico, que tem como sinonímia os princípios da economia processual e da simplificação.

Seu enunciado assim se apresenta no sentido de que o processo procura obter o maior resultado com o mínimo de esforço. A economia e racionalização do processo são ideais a serem alcançados, assim, analisa-se tal princípio por quatro vertentes independentes, porém com relacionamento estreito entre si: economia de custos; economia de tempo; economia de atos e; eficiência da administração judiciária, as quais são de domínio público e notório no meio jurídico.

Têm-se como exemplos: diligências inúteis; a fórmula consagrada de que não há nulidade sem prejuízo; permissão do juiz tomar em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, de algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo que influa na julgamento da lide, mesmo depois da propositura da ação; viabilização do indeferimento liminar da petição inicial (art. 295 CPC) e reforma desta decisão pelo próprio juiz (art. 296 CPC); possibilidade de antecipação, total ou parcial, dos efeitos da sentença (art. 273 CPC);

Pode-se, ainda, refletir sobre o processo célere, o princípio lógico, que caracteriza-se pela busca de instrumentos rápidos e eficazes na apuração da verdade, tem, como enunciado, que o processo deve desenvolver-se com os atos e formas mais aptas para descobrir e evitar o erro. Relaciona-se tal princípio com a estruturação coerentemente cronológica dos atos do processo, numa seqüência coordenada e lógica de atos na busca de sua finalidade, como comenta o autor abaixo:

O termo "lógico", neste contexto, não é usado com o sentido de estudo que vise a determinar categorias racionais no plano dogmático do pensamento jurídico, e, sim, o princípio lógico preocupa-se mais com uma adequada liturgia do processo, ou seja, a busca da verdade no processo de forma metodológica. (PORTANOVA, 2003, p. 21).

São exemplos de aplicação de tal princípio: a petição inicial deve preceder à contestação; na petição inicial o autor deve primeiro narrar os fatos e os

fundamentos jurídicos para, após, deduzir o pedido; a ordem das questões do art. 301 do CPC; a extinção do processo sem e com julgamento de mérito (arts. 329, 267 e 269, II a V, ambos do CPC); o julgamento antecipado da lide (arts. 330 CPC); necessidade de reunião de autos, unidade de instrução e decisão conjunta de ações (como acontece na conexão e continência, previstas nos artigos 103 e 104, respectivamente do CPC); apreciação de preliminares (art. 301 CPC).;

Sabe-se que para falarmos do direito de ação, deve-se distinguir do direito constitucional de demandar; apesar de fortes vozes em contrário; o qual passou a ser garantido e ser inserido na órbita constitucional com a evolução do processo civil para se reconhecido como ciência autônoma, cujo processo seria o instrumento para alcance tutela jurisdicional pela sociedade, analisando-se, portanto, o artigo 5º, XXXV, da CF/88:

Art. 5º (...)

XXXV: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Referindo-se à diferença entre de ação e de demandar, Siqueira (1997, p. 60) informa que o direito constitucional de demandar está garantido, o instrumento para exercê-lo é o direito de ação, o qual deverá ter preenchido requisitos pelas partes para poder possuí-lo no caso concreto.

A garantia constitucional de demandar está ligada ao direito de obter uma resposta do Estado para sua pretensão. Entretanto, o direito de ação será analisado pelo Estado-juiz, quanto à possibilidade de lhe entregar a tutela, positiva ou negativa, em relação ao pedido, pois, caso não o tenha, o direito de demandar foi exercido, mas por não ter sido reconhecido o direito de ação, o pedido não chegará a ser analisado.

Verificada a presença das condições da ação, somado à existência dos pressuposto processuais de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, o Poder Judiciário tem que dar uma resposta, positiva ou negativa, de forma mais rápida possível, é óbvio, resguardando o devido processo legal.

Assim, nos primeiros capítulos do trabalho foram analisados aspectos sobre a evolução da jurisdição e do processo, além de seus respectivos instrumentos de concretização. Da mesma forma foi estudado aspectos sobre a evolução do movimento denominado Acesso à Justiça, com considerações gerais e específicas do Brasil.

Expostas estas considerações, adentrou-se na teoria geral dos recursos cíveis, pelo que foram objetos de comentários os princípios dos recursos, juízo de admissibilidade e de mérito dos recursos e os efeitos dos mesmos, sempre se tentando relacionar tais assuntos com a questão da jurisdição eficaz.

Quando dos comentários sobre o recurso de agravo, cuja reforma, pela Lei 10.352/2001, modificou não a forma de interposição do agravo, mas a escolha do regime – por instrumento ou retido - pela parte, tendo em vista as conseqüências advindas com a possibilidade de interposição diretamente no tribunal, foram dadas considerações sobre as conseqüências geradas, como o aumento considerável do número de interposição do agravo de instrumento, comprometendo a prestação jurisdicional de forma célere, tendo em vista o recurso de apelação ficar em segundo plano para julgamento.

Com o objetivo de solucionar o problema do congestionamento de recurso de agravo no regime de instrumento no tribunal, o legislador, por meio da Lei 10.352 de 26 de dezembro de 2001, acrescentou o inciso II ao art. 527 do CPC, modificando o requisito de admissibilidade do agravo de instrumento relacionado com o interesse em recorrer.

Não satisfeito, o legislador novamente modificou, através da Lei 11.187 de 19 de outubro de 2005, algumas regras relativas ao processamento do agravo, notadamente a sua conversão e a impugnação desta decisão. Mereceu, então, ser feito o seguinte questionamento: continuaria o recurso de agravo de instrumento, do código de processo civil de 1973, especialmente após as reformas efetuadas até a presente data, entrave à jurisdição eficaz?

Assim, o objetivo do presente trabalho foi iniciar um estudo sobre a situação que se apresenta atualmente nos tribunais, no que diz respeito ao aumento ou não de interposição de agravo na modalidade de instrumento, confrontando-se com o objetivo almejado pelo legislador, quando da publicação da Lei 10.352/2001, não deixando de comentar a respeito das modificações introduzidas pela Lei 11.187/2005.

Trabalhou-se com as seguintes hipóteses:

O recurso de agravo é um entrave à jurisdição eficaz, independentemente de qual regime seja interposto.

O recurso de agravo não é entrave à jurisdição eficaz, independentemente de ser por instrumento ou retido nos autos.

O recurso de agravo só será entrave à jurisdição eficaz, quando interposto no regime de instrumento.

O recurso de agravo só será entrave à jurisdição eficaz, quando interposto no regime retido.

A metodologia utilizada, como meio de se chegar ao conhecimento a respeito do recurso de agravo e seu comprometimento com a jurisdição eficaz, foi o dedutivo, utilizando-se pesquisa bibliográfica e coleta de dados, para tentar dar maior credibilidade ao presente estudo sobre a interposição de agravo e seu comprometimento com a jurisdição eficaz.

O tema desperta interesse na medida em que seu conteúdo foi, é e será sempre atual, qual seja: a prestação da tutela jurisdicional de forma célere, sem comprometer a regularidade formal e substancial do processo, mais precisamente, no que diz respeito ao não comprometimento do julgamento do recurso de apelação nos tribunais, pelo considerável aumento do número de agravos de instrumento. Sobre tal assunto interessa o comentário abaixo

Os transtornos oriundos da interposição desenfreada de agravos de instrumento, sobretudo com pedidos de efeito suspensivo manifestamente desnecessários, poderia até mesmo justificar a extinção desse recurso em nosso sistema. Todavia, de forma corrente, e lembrando-se um pouco das raízes históricas de nosso processo civil, o legislador corretamente procurou solucionar o problema de outra maneira. (JORGE, 2003, p. 174).

O agravo de instrumento não será aceito caso não esteja relacionado com provimento jurisdicional de urgência, passando este requisito a ser quase imprescindível para a admissibilidade do recurso. Mereceu, então, ser estudado de forma mais clara o inciso II do art. 527 do CPC, quanto ao novo conteúdo do requisito de admissibilidade do recurso, no que tange ao interesse, bem como verificar se o objetivo de diminuição de interposição de agravo na forma de instrumento foi alcançado.

Nesse passo, também mereceu atenção a questão da apreciação do recurso contra a decisão que converter o agravo de instrumento em retido, somente no momento do julgamento do agravo, como dispõe o parágrafo único do artigo 527 do CPC.

2 ASPECTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO E DO PROCESSO

2.1 PERÍODO PRIMITIVO

O conceito de jurisdição como atividade substitutiva do Estado na busca de pacificação social, parece ficar sem sentido se considerarmos a sua existência anterior ao modelo de Estado, onde o homem é visto como um ser que pode modificar as coisas, liberto das fantasias mitológicas.

Acontece que antes deste modelo de Estado, determinados bens da vida já eram objeto de disputa e preservação: o direito natural à vida e à integridade física, por exemplo. Com as primeiras formações grupais e a intensificação dos conflitos dessa natureza, forçaram aquele integrante do grupo, com característica mais marcantes para a época, notadamente a força física, na maioria dos casos, a solucioná-los, com fundamentações duvidosas, nesse sentido “...era o direito que se conhecia a partir da força, dos mitos e das crenças. Eram a jurisdição e o processo do início.” (GONÇALVES, 2005, p. 9).

Pode-se destacar que

Não se pode dar uma definição do conceito de jurisdição absoluta, válida para todos os tempos e pra todos os povos. Não só as formas externas, através das quais se desenvolvem a administração da justiça, senão também os métodos lógicos do julgar, têm um valor contingente, que não pode ser determinado senão em relação a um certo momento histórico. – Relatividade histórica do conceito de jurisdição. (CALAMANDREI, 1999, p. 96).

Nesse sentido “...no atual estágio dos conhecimentos científicos sobre o direito, é predominante o entendimento de que não há sociedade sem direito.” (CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, 2002, p. 19). Como comprovado e ainda não desmentido cientificamente, o homem, desde o início dos tempos, vivia em grupo ou grupos, sendo natural haver conflito de interesse que ocasionou a criação de regras de convivência para a sobrevivência, seja individual ou do próprio grupo, destacando-se que

Nesta quadra destes Estudos pode-se afirmar que a jurisdição e o processo sobressaem, no plano existencial, em dois tempos distintos: o primeiro, embrionário, como atividades de antes do Estado; o segundo, do seu efetivo nascimento, de quando o Estado surgiu. (GONÇALVES, 2005, p. 14).

Desse modo, com o aperfeiçoamento, pelo Estado, das normas de condutas e formas de sua aplicação, advindas de um processo histórico de formação entre os primeiros agrupamentos humanos, é fato que o sistema legal seria diferente para cada Estado originado de determinado grupo ou grupos.

Referindo-se aos grupos formais, a jurisdição e o processo, Gonçalves (2005, p. 19) lembra que se havia, dentro do paradigma de organização e dignidade humana que temos atualmente, de forma mais ou menos evoluída, dentre tais grupos, destacam-se os Sumerianos, os Hebreus, os Egípcios, os Assírios, os Persas, os Gregos e, em especial, os Romanos, devido às novas concepções a respeito do homem que surgiram em concomitância com este grupo formal, onde o direito passou a ser exercitado de forma racional, fugindo do caráter mítico, teleológico e metafísico.

2.2 PERÍODO ROMANO

A história do direito romano é vivenciada do século VII a.C até nossos dias, passando pelo tempo de Justiniano - até o século VI d.C - prolongada ao século XV - império bizantino, conhecendo o renascimento no século XII, com influência aos sistemas romanistas de direito até a atualidade.

Jurisdição e processo passaram a ser traçados a partir do império Romano, onde o poder de julgar passou pelos reis, cônsules, pretores, prefeitos e pontífices. No que diz respeito ao processo, Gonçalves (2005, p. 33) informa que, nos primeiro doze séculos, no Direito Romano teve significados diferentes em três períodos, a saber, o processo nas Legis Actiones – ações da lei; na Per Formula – processo formulário e; Extraordinaria Cognitio – cognição ou procedimento extraordinário.

Destaca ainda Gonçalves (2005, p. 38), as *Legis Actiones* – em vigor desde os tempos da fundação de Roma até os fins da república, originadas nas leis e não dos ditos dos pretores, com característica principal a importância dada à forma, à solenidade dos atos, sendo que essa rigidez culminou em sua extinção; a *Per Formula* – forma escrita outorgada pelo magistrado (cônsul) às partes e ao juiz, limitando a controvérsia, ou seja, em tempos atuais, poderíamos tentar exemplificar como fixar os pontos controvertidos e delinear objetivamente a lide - causa de pedir e pedido. Concordando as partes sobre a fórmula redigida, compareciam perante o juiz para iniciar os atos procedimentais em busca da solução do litígio; a *Extraordinaria Cognitio* – instituído com o advento do principado (27 a.C.) e vigente, com modificações, até os últimos dias do império romano do Ocidente. Em razão da matéria, território ou competência do magistrado, havia prescrição obrigatória para que não houvesse limitação da lide ao exame da controvérsia, como na *Per Formula*, mas que a tratasse por completo, gerando uma cumplicidade, ou melhor, uma expressão da vontade do Estado de forma mais ativa e profunda nas relações conflitantes.

Ainda sobre as fases, Cruz e Tucci & Azevedo (1996, p. 39) comentam que tal demarcação é apenas convencional, talvez pela maior nitidez que se mostram, pois pode-se encontrar em cada um destes períodos, talvez melhor dizer entre a transição destes períodos, sistemas processuais particulares. Discorrem, ainda, que as duas primeiras fases eram de cunho privado, devido a importância e atuação dos envolvidos na solução do caso, sendo a fase da *Extraordinaria Cognitio*, por meio do qual a autoridade do Estado se fazia presente, o início da publicidade do processo.

A respeito da *Extraordinaria Cognitio*, tem-se que

Esse sistema perdurou por muito tempo (já com a jurisdição estatal da *cognitio extra ordinem*), até que, após o retrocesso derivado das invasões bárbaras (século das trevas = período do feudalismo), se foi retomar timidamente na Idade Média, notadamente nas penínsulas itálica e ibérica, a evolução jurídica no tocante à ação, processo e direito. Nesta fase, já se reconhecia ao réu o direito à contraprova (princípio do contraditório). A sentença era uma decorrência dos fatos provados. A sentença só afetava as partes. **Já existia o recurso de apelação.** Aqui, o processo já passara a ser visto como instrumento de realização de um direito, todavia sem lhe ser independente. (RODRIGUES, 2003, p. 82, grifo nosso).

Nesta fase surge a *appellatio*, meio de impugnação de sentenças formalmente válidas, porém eivadas de injustiça substancial. Naquele contexto, a *appellatio* era cabível, em regra, contra sentença definitiva, "...embora, excepcionalmente, pudesse também ser interposta contra decisão interlocutória." (TUCCI & AZEVEDO, 1996, p. 170).

2.3 PERÍODO ROMANO-BARBÁRICO

Com o período romano-barbárico, datado de 476 (queda do Império Romano do Ocidente) até 1088 (surgimento da Escola de Bolonha), o processo passa por uma espécie de provação, experimentando inicialmente um retrocesso – não observância de alguns importantes institutos jurídicos – mas, devido à evolução que o processo romano atingira, não cedeu ao direito dos povos bárbaros, entretanto, sofreu influência que surtiria efeito no futuro.

Sobre determinada fase (feudal) do período romano-barbárico, pode-se destacar que

No conhecido período das trevas, também o direito teve um retrocesso, como todo o sistema, em decorrência do feudalismo. Assim, atrofiaram-se os institutos jurídicos, dando mais valor ao conceito duelístico de resolver as contendas. Houve valorização dos juramentos, aplicava-se a lei de talião (olho por olho e dente por dente) e valorou-se a jurisdição eclesiástica." (RODRIGUES, 2003, p. 83).

Entretanto, como dito, o processo romano sobressaiu à invasão bárbara, principalmente com os estudos desenvolvidos nas universidades, questionando-se as idéias jurídico-políticas germânicas. Ressurgindo, assim, o direito romano, o qual influenciou os principais povos europeus.

Com relação a esta influência, Gonçalves (2005, p. 62) informa que: "três fatores explicam o êxito da recepção do Direito Romano, o científico; outro, religioso; outro, político." O primeiro fator se dá, pela influência que as prestigiadas universidades italianas exerciam nos estudantes de outros países, que nelas ingressavam; o segundo, religioso, devido à aplicação do direito romano pelos tribunais eclesiástico,

dessa maneira divulgando-o; e, pelo fator político, o prestígio do direito romano pelos monarcas, entretanto, como destaca Couture (1997, p. 20), houve, em certa medida, uma mescla do direito romano e germânico, influenciando e forjando o direito processual de diversos povos, principalmente os de origem latina. As universidades italianas, notadamente a de Bolonha (Escola de Bolonha), determinaram o fim do Período Romano-Barbárico da jurisdição e do Processo, dando início o Período Judicialista.

2.4 PERÍODO JUDICIALISTA

Este período processual se deu pela influência e égide do pensamento cristão, notadamente, o pensamento tomista, adjetivo empregado para designar o conjunto das doutrinas expostas por Santo Tomás de Aquino, ou, em sentido amplo, é o conjunto das doutrinas inspiradas em Santo Tomás.

Nesse sentido, Bittar e Almeida (2002, p. 196) lembram que São Tomás de Aquino representou o apogeu da filosofia cristã, com a associação dos pensamentos do cristianismo com o aristotelismo, nesse sentido, para Santo Tomás, a visão de justiça é o dar a cada um o seu, o critério igualdade é a proporcionalidade - média aritmética, a justiça não tem a ver com um exercício do intelecto especulativo, puramente reflexivo, justiça é hábito, prática de dar a cada um o seu.

Sobre a influência do pensamento de Santo Tomás, ainda cabe destacar que

Nos esforços de conciliação das concepções filosófica grega e jurídica romana, o doutor Angélico acaba por elaborar não apenas uma conceituação eclética a partir da mera fusão de ambas, mas também uma teoria própria, tudo isto sem que perca a noção de realidade e da imperiosa necessidade de efetivação da justiça. E, para esta concepção, a justiça é uma virtude cardeal, e sua função consiste em dar a cada um o que é seu. (BITTAR & ALMEIDA, 2002, p. 203).

O pensamento tomista influenciava a justiça, na medida em que se optava por um regime de leis ao regime de julgamento partindo de pessoas não legalmente habilitadas para o cargo. Assegurar-se-ia uma verdadeira efetivação da justiça,

quando o julgamento partisse de autoridade competente para o desempenho da função judicante, respeitando-se a lei positiva, incluindo a observância do procedimentos relacionados às provas, desse modo, para Santo Tomás, Bittar e Almeida (2002, p. 211) informam que mesmo a sentença sendo duvidosa, deve ser cumprida, por encontrar-se submetida ao poder tutelar do julgador; de outro modo, sendo manifestamente injusta, deve ser contestada, por infringir preceitos divinos, não podendo deixar de destacar sobre o Santo Angélico, a coragem em defender, nos tempos de Inquisição, que os litígios fossem julgados apenas por autoridades legalmente investidas para o cargo, excluindo-se, então, os clérigos.

2.5 PERÍODO DOS PRÁTICOS

No período dos práticos, o interesse maior dos juristas direciona-se a favor de um direito mais prático e menos científico. A valoração e afirmação do homem era um dos pontos centrais do pensamento dessa época, influenciando a Revolução Gloriosa, a Independência dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa, pelo que

Por esse período perpassa a vertente filosófica empirista e o início do contratualismo, onde se distinguem as teorias de Francis Bacon (1561-1626), Thomas Hobbes (1588-1679), René Descartes (1596-1704), Gottfried Wilhelm Leibnitz (1646-1716), Christian Wolff (1679-1754), Charles Luís de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu (1689-1755), François-Marie Arouet, Voltaire (1694-1778), David Hume (1711-1776), Jean Jaques Rousseau (1712-1778), Denis Diderot (1713-1784), Jean LÊ Rond d'Alembert (1717-1783), Immanuel Kant (1724-1804), Cesare Beccaria (1738-1794), e outros.... (GONÇALVES, 2005, p. 67).

Nesse passo, o Direito também haveria de ser moldado, pelo que pode-se destacar o surgimento do direito de petição, do habeas corpus, o direito à legalidade para proibir prisões arbitrárias, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, inclusão em constituições de direitos e liberdades fundamentais. A ideologia da época fez com que o Direito, incluindo a jurisdição e o processo, se ajustasse à evolução social e política da sociedade, se não vejamos

O Estado Moderno estava delineado como ponto de interseção entre o Direito, a Política e a Economia e, por seu turno, estavam lançadas as

bases do que viria ser o Estado Constitucional e de Direito. (GONÇALVES, 2005, p. 73).

2.6 PERÍODO PROCEDIMENTALISTA

Dois marcos, importantes desse período da evolução do processo e da jurisdição, são: a concretização dos pensamentos originados da Revolução Francesa e a codificação napoleônica, que separou a legislação processual civil e a penal da lei material.

Neste período a referência de pensamento era o homem, tido como o padrão, a medida, o paradigma de todas as coisas, sendo o individualismo e o liberalismo ideais que forçaram o surgimento da necessidade de regular a atuação dos indivíduos perante os juízes e tribunais, desse modo, a organização judicial, a competência e o procedimento foram os segmentos priorizados nesse período, cabendo destacar que

O fator legal determinante do procedimentalismo ocorre durante a primeira década do século XIX: a codificação napoleônica, ao separar a legislação processual, tanto civil (em 1806) como a processual (em 1808), dos corpos legais substantivos, marca um curso do mapa que foram logo seguidos pelas outras nações e que fez nascer cátedras e livros dedicados ao seu estudo. (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILO, 1992, p. 304)¹.

2.7 PERÍODO DO PROCESSUALISMO CIENTÍFICO

Pelo período do processualismo científico da jurisdição e do processo, tem-se o início em 1868 até os tempos atuais. Nesse sentido “...não há que se admitir um Período Pós-Científico se do Científico muito há por conhecer.” (GONÇALVES, 2005, p. 76).

¹ El factor jurídico determinante Del procedimentalismo se produce durante la primera decena Del siglo XIX: la codificación napoleónica, al separar la legislación procesal, tanto civil (en 1806) como penal (en 1808), de los respectivos cuerpos legales substantivos, marca un derrotero que bien pronto es seguido por las demás naciones y que hace brotar cátedras y libros indenpedientes consagrados a su estudio.

O desenvolvimento do pensamento científico porque passava a Europa, influenciou a ciência jurídica, sendo determinante para a consolidação da autonomia da ciência processual como pública e distinta do direito privado. Como se pode falar que o direito processual civil atual tem relação direta com o seu desenvolvimento na Itália e Alemanha, sobre o que podemos destacar que

É nesta fase que surgem os maiores nomes do Direito Processual de todos os tempos. Nomes como os Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei e Enrico Tullio Liebman na Itália, de Adolf Wach, Leo Rosenber e James Goldschmidt na Alemanha, Jaime Guasp na Espanha, Alfredo Buzaid, Lopes da Costa, Moacyr Amaral Santos no Brasil, enriqueceram a ciência processual desenvolvendo teorias essenciais para a afirmação da autonomia científica deste ramo do Direito. (CÂMARA, 2006, p. 9).

A jurisdição como poder, dever e função em prol do povo, advinda do pensamento iluminista, traz um forte impacto para o processo, posto que, visto agora como instrumento garantidor do exercício da jurisdição, novos instrumentos, institutos e princípios haviam de ser inseridos com vistas à dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.

O direito Romano-germânico era a fonte de estudos dos cientistas jurídicos na metade do Século XIX, ocasião em que se destacaram na parte processual Bernhard Windscheid, Theodor Muther e Oskar von Bulow. Os dois primeiros deram início ao estudo científico do direito processual, com os acalorados debates entre eles protagonizados a respeito de ser o sistema romano um sistema de ações ou direitos, através da ciência do processo desenvolvida por Oskar von Bulow, quando desenvolveu a teoria do processo como relação jurídica e dos pressupostos processuais, pelo que se pode citar que

Deve-se a Bernhard Windscheid, no célebre estudo sobre a actio do direito romano e sua comparação com o direito moderno, propulsor de acalorada polêmica com Theodor Muther, as linhas mestras do pensamento da autonomia do direito de ação: sendo o sistema romano um sistema no qual se assegurava ao sujeito a actio e não direitos, afirmou Windscheid, em vários momentos do seu trabalho e na réplica à Muther, que a actio está no lugar do direito, não é uma emanção deste. Pode, o sujeito, ter uma actio sem ter um direito e, por sua vez, ainda tendo um direito, pode carecer dela (La actio del derecho civil romano, desde al punto de vista del derecho actual, 1856, e La actio. Réplica al Dr. Theodor Muther, 1857, escritos reunidos no volume Polemica sobre la actio, na versão argentina publicada em 1974) (SIQUEIRA, 1997, p. 61).

A concepção autonomista do direito de ação em face do direito material, deveu-se, inicialmente, ao debate travado entre Windsheid e Muther, destacando-se que

Em 1868, ano da publicação da obra do jurista alemão Oskar von Bülow denominada *Die Lehre von den Pro cessen und die Processvoraussetzungen* (A Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais), com a qual se inicia o desenvolvimento da teoria do processo como relação jurídica, o Direito Processual passa a ser considerado ramo autônomo do Direito, passando a integrar, como já afirmado, o direito público. (CÂMARA, 2006, p. 9).

A distinção de processo e procedimento foi de grande importância para se identificar qual relação jurídica havida entre autor, juiz e réu, separando-a, da relação de direito material, havida entre as partes e deduzida em juízo. Desta diferenciação, verifica-se o término de uma fase onde o processo era tido como instrumento das partes, adjetivo do direito subjetivo/material, ampliando a atividade cognitiva do julgador, com a análise por ele dos pressupostos processuais. A partir da idéia dos pressupostos processuais, foram criados diversos outros institutos processuais.

As pesquisas iniciadas pelos estudiosos alemães ganharam um acadêmico chamado Giuseppe Chiovenda, o qual ajustou-as de forma científica e sistemática, inspirando os códigos de processo civil de diversos países da Europa e da América Latina, incluído o Brasil, onde, neste último, já evidenciava a recepção de idéias européias de oralidade e concentração dos atos decisórios em uma única audiência, no Código de Processo Civil de 1939, observando-se que

O evoluir do pensamento dos teóricos sobre a “ação”, que culmina com a Teoria Eclética, em 1949, da qual se vê, na base, o princípio da inadmissibilidade das demandas inviáveis que tem, ao fundo, o propósito deliberado de poupar o homem, as instituições, o Estado, de esforço inútil e reflete o discurso de valorização do homem que a filosofia ocidental apregoou. (GONÇALVES, 2005, p. 84).

Nesta fase da autonomia processual, Siqueira (1997, p. 34) lembra que, como não podia deixar de ser, o processo como ciência autônoma fez surgir diversos institutos e conceitos a respeito da estrutura do processo, e, assim, as divergências foram surgindo entre os ícones que seguiam com os estudos sistematizados iniciados por Chiovenda. Dentre eles estavam Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei e Enrico

Tullio Liebman, cujas idéias se aportaram com maior intensidade na processualística brasileira.

Quanto à Liebman, não se poderia deixar de falar em capítulo próprio, a contribuição para a ciência processual, mas, este trabalho não se propõe a tanto. Tal pensador, que escolheu o Brasil para se exilar, devido à perseguição sofrida no nazismo, influenciou na nossa história processual, a saber

Escolhendo nosso País para o exílio na Segunda Guerra Mundial, Liebman, então jovem professor da Universidade de Milão, encontrou calorosa acolhida entre os processualistas pátrios, ávidos por travar conhecimento acerca dos avanços na ciência processual da Europa Continental. (SIQUEIRA, 1997, p. 35).

O efeito da passagem pelo Brasil de Liebman foi a ponte de idéias européias para nossos meios acadêmicos e de forma científica. Com a elaboração do Código de Processo Civil de 1973, influenciado pelas avançadas idéias de Liebman, a ciência processual penal e do trabalho, passaram a se deixar influenciar transformando uma teoria geral e comum do processo, senão vejamos

A presença, em nosso meio acadêmico, de Enrico Tullio Liebman, representando a passagem do empirismo para o cientificismo do processo civil brasileiro, não se restringiu somente à renovação científica e doutrinária, mas influenciou também na elaboração do direito positivo. (SIQUEIRA, 1997, p. 35).

Referindo-se aos seguidores brasileiros das idéias deixadas por Liebman, Siqueira (1997, p. 37) destaca Alfredo Buzaid, José Frederico Marques, Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Eulálio de Bueno Vidigal e Ada Pellegrini, com obras marcantes na seara do Direito Processual.

A evolução científica dos estudos do processo, como já explicitado, foi importante marco na criação de institutos processuais e valoração de princípios que consolidaram a ciência autônoma do direito material. Posteriormente, passa-se a discutir como a técnica processual, agora tão apurada, poderia ensejar maior efetividade no sentido de conceder a tutela jurisdicional ao povo, como é informado abaixo

A partir do momento em que não se pôde mais pôr em dúvida a autonomia científica do Direito Processual, e estando assentados os mais importantes conceitos da matéria (apesar de se manter imenso o número de polêmicas doutrinárias – todas extremamente saudáveis para o desenvolvimento científico), passou-se à fase que vive hoje o Direito Processual: a fase instrumentalista. Trata-se de um momento em que o processualista dedica seus esforços no sentido de descobrir meios de melhorar o exercício da prestação jurisdicional, tornando tal prestação mais segura e, na medida do possível, mais célere, tentando aproximar a tutela jurisdicional, o mais possível, do que possa ser chamado de justiça. (CÂMARA, 2006, p. 9).

A eficiência do processo em relação ao provimento do bem da vida pretendido iniciava a discussão sobre como o processo, agora poderoso como ciência autônoma, com institutos criados para identificá-lo como matéria importante a ser avaliada pelos obreiros do direito, poderia ser um instrumento a serviço destes obreiros e, principalmente, da sociedade.

Aqui, volta-se a citar o importante trabalho dos juristas Bryant Garth e Mauro Capelletti, os quais iniciaram os estudos sobre os altos custos dos processos e decisões sem aplicação prática. A busca da tão falada, atualmente, instrumentalidade do processo, passou a fazer parte obrigatória e essencial dos estudos dos cientistas jurídicos, buscando em outras áreas subsídios para inserir na legislação processual uma feição mais humanista quanto à realidade judicial, para se tentar fazer do processo instrumento de alcance da pacificação social, estabelecido em função do ordenamento jurídico-substancial.

Nesse sentido, cabe destacar que

Não são suficientes as garantias e os princípios que repercutem no Direito na medida em que evoluiu o pensamento filosófico ocidental, bem como o conhecimento de todos eles, se o Estado, de resto, não faz eficaz a jurisdição que o processo instrumentaliza. Não se diga efetiva, mas eficaz. (GONÇALVES, 2005, p. 83).

Também referindo-se ao efetivo acesso à solução das controvérsias pelo Judiciário, Bedaque (2003, p. 73) lembra que não basta assegurar mecanismo adequado se não há acesso a ele, de nada valerão os princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural e imparcial, se apenas existentes no mundo do sistema jurídico.

Após ser abraçada a causa da instrumentalidade do processo, de fazê-lo verdadeiro instrumento em colaboração à facilitação ao acesso à uma ordem jurídica justa, iniciativas de considerável importância foram adotadas sob o manto do conceito de acesso à justiça.

Na linha moderna de raciocínio do que seja acesso à justiça, a expressão originou-se da idéia de ser o processo um instrumento da jurisdição, com escopos sócio-político-jurídicos perfeitamente definidos. Essa perspectiva instrumentalista, ao mesmo tempo em que ressaltou a condição do processo como instrumento para realização dos direitos através da jurisdição, projetou seus escopos para além de sua finalidade jurídica; mas também, revelou o direito substancial como um dos fins alcançados pela atividade jurisdicional.

2.8 EVOLUÇÃO NO BRASIL

Enquanto colônia de Portugal, a legislação aplicada no Brasil era a portuguesa, notadamente a processual civil, mesmo após a independência, por força do Decreto de 20 de outubro de 1823, desde que não contrariassem a soberania nacional, tendo em vista a vigência de normas constitucionais pátrias.

Do descobrimento até o ano de 1521, vigorou, em nosso País, o regime das Ordenações Afonsinas, editadas em 1446 pelo rei D. Afonso V. Desta época, destaca-se a eleição anual, por homens bons e confirmados pelo rei, ou pelos donatários, de juízes-ordinários, os quais, dependendo da região onde atuassem, acumulariam a competência de toda jurisdição voluntária e contenciosa cível e criminal.

Do ano de 1521 até 1603, vigoraram as Ordenações Manuelinas, criadas pelo rei D. Manoel, atendendo mais os interesses da realeza, em detrimento do povo, e, após, as Ordenações Filipinas, criadas pelo rei D. Felipe II da Espanha, lembrando que o trono português havia sido entregue a Felipe II, devido à união das coroas, entre 1580 e 1648.

Com o advento da independência do Brasil em 1822, instalou-se em 3 de maio de 1823, a Assembléia constituinte e Legislativa, afim de tratar sobre a legislação do País agora independente. Desta Assembléia surgiu a norma de 20 de outubro, do mesmo ano, autorizando a aplicação das Ordenações Filipinas.

A promulgação da Constituição d 1824 trouxe relevantes inovações e princípios fundamentais, atingindo o processo civil. Referindo-se às estas inovações, Pacheco (1972, p. 44) destaca algumas, dentre elas, a consagração da divisão e harmonia dos poderes, como o mais correto meio de tornar efetivos os direitos e garantias, assegurados pela constituição; o reconhecimento do Poder Judicial independente; a ação popular por qualquer um do povo, em irregularidades envolvendo juízes; e a necessidade de juízo conciliatório prévio. Envolvendo questões relativas ao processo civil, por meio das Disposições transitórias, foram revogadas as leis que permitiam réplicas e trélicas e embargos, antes da sentença, salvo rara exceção.

Quanto à restrição das modalidades de agravo, Alvim Wambier (2000, p. 38), informa que foi o Decreto 24 de 16 de maio de 1832, que restringiu os recursos cabíveis das sentenças interlocutórias ao agravo no auto do processo, desaparecendo, assim, os agravos de instrumento, de petição e o ordinário.

Importante destacar, foi o acontecimento da Reforma Processual de 1832, quando houve a consagração, com bem informa Pacheco (1972, p. 51) com quase um século de antecedência, de princípios como: da imediatidade do juiz, pelo qual o juiz tinha maior liberdade em diligências na busca da verdade; da celeridade processual, com a supressão de recursos e medidas procrastinatórios e; da simplicidade, para reduzir os recursos ao da apelação e agravo no auto do processo na 1ª instância e revista na 2ª instância, além da adoção de procedimento único para o recurso nos tribunais.

Com a regulamentação processual de 1842, destaca-se a revogação do art. 14 das Disposições transitórias de 1832, na parte que reduziu os agravos ao agravo no auto do processo, pelo que se enumerou três tipos de agravos, os quais serão tratados mais adiante quando da história desse recurso.

Posteriormente, como informa Rodrigues (2000, p. 85) surgiu importante diploma no que se refere à legislação processual civil no Brasil, o Código Comercial de 1850, e seus regulamentos: 737, disciplinando o processo das causas comerciais e o 738, disciplinando as atribuições dos juízes e tribunais do comércio. Tal código era aplicado, inicialmente, nas relações comerciais e, nas civis, continuavam sendo aplicadas às normas processuais constante das Ordenações Filipinas e constitucionais.

Em 1876, aconteceu a consolidação de toda legislação extravagante e das Ordenações Filipinas, surgindo a consolidação de Ribas, escrita por Antônio Joaquim Ribas. No ano de 1890, através do Dec. 763, as Ordenações Filipinas foram revogadas, passando o Regulamento 737 a ter maior abrangência, com aplicação também nas causas cíveis.

Referindo-se sobre essa evolução no direito brasileiro, Pacheco (1972, p. 55) trás à memória que a Constituição republicana de 1891 estendeu aos Estados a competência para, também, legislar sobre direito processual, naquilo que não era proibido. Destacam-se o Pará - primeiro Estado a legislar sobre processo – e o Estado do Espírito Santo, que chegou a ter três códigos de processo: a Lei 1.882 de 1914, que não chegou a entrar em vigor, posto que revogado pelo código posterior, Lei 1.055 de 1915; e o terceiro código, Lei 1.743 de 1930.

A nossa Carta Magna de 1934, em resposta à disparidade de normas processuais editadas nos Estados, reunificou a legislação processual, fixando a competência privativa da União, com o intuito de evitar interpretações e decisões diferenciadas. A Constituição de 1937 manteve a unidade, incentivando os ensaios que já se faziam presentes, de se criar um código, o que foi feito com o advento do Código de Processo Civil de 1939, nesse sentido, cabe destacar

Não tendo sido obtido resultado satisfatório, em razão das enormes disparidades de direito processual civil entre as diversas regiões brasileiras, além do fato de que certos institutos eram ora previstos ora não dependendo do Estado, a Constituição de 1934 determinou, então, que a competência legislativa em matéria de direito processual civil deixava de ser dos Estados e passava a ser da União. Assim, adveio, em 1939, um novo estatuto de direito processual civil: o CPC/39. (RODRIGUES, 2000, p. 86)

Referindo-se ao CPC de 1939, Rodrigues (2000, p. 86) lembra que apesar de moderno para a época, devido à influência sofrida por importantes juristas que se destacavam, tal Código carecia de reparos, ocasionando a edição do Código de 1973, destacando-se as alterações em relação aos recursos, processos e procedimento.

O objetivo do presente trabalho não é esgotar o tema sobre evolução do direito processual civil, seja nacional ou estrangeiro, mas cumpre destacar e comentar determinados pontos em referência ao tema abordado, no sentido de contextualizá-lo para que facilite a compreensão de que o processo tem que evoluir na mesma velocidade dos anseios de celeridade e efetividade, dando respostas mais rápidas às falhas observadas no sistema.

Nesse sentido, as reformas que seguiram nos anos de 1994 e 1995, chamada primeira reforma, nos anos de 2001 e 2002, segunda reforma, seguida das alterações ocorridas em 2005 e 2006, tentaram alcançar aqueles objetivos supramencionados, repita-se, celeridade e efetividade do processo, modificando diversos artigos do Código de Processo Civil de 1973. As modificações de maior interesse para nosso estudo são aquelas ligadas ao recurso de agravo, trazidas pelas Leis 9.139/95, 10.352/01 e 11.187/05.

Voltando um pouco no tempo, a evolução do processo e da jurisdição, ora comentada, precisamente na fase do processualismo científico em busca de seu aperfeiçoamento pela instrumentalidade, os princípios passaram a ser objeto de discussão sobre sua importância dentro do sistema normativo jurídico. Ganharam defensores como Chaim Perelman, Ronald Dworkin e Robert Alexy, os quais debatiam a importância dos mesmos na busca da instrumentalidade da jurisdição, influenciando reformas, inclusive no Brasil, que se seguem até a data atual, a saber

Os Princípios Gerais do Direito, que são objeto da “nova retórica” de Chaim Perelman, questionam o ordenamento jurídico que admite esteja o Direito exclusivamente na lei, colocando assim, em crise, o positivismo de Hans Kelsen. No particular, de valoração dos princípios, dá-se ênfase à contribuição de Ronald Dworkin e, na distinção entre princípios e normas, a posição de Robert Alexy. (GONÇALVES, 2005, p. 82).

Antes de adentrarmos no capítulo posterior, que tratará do acesso à justiça e questões a ela relacionadas, cumpre-nos informar que o presente trabalho tenta traçar um caminho pelo qual o interessado na leitura compreenda que a jurisdição, pelo seu instrumento limitador, concretizador e garantidor - o processo - está a buscar uma decisão com contorno justiça, com vistas à sua efetividade e eficácia. Nesse sentido, Gonçalves (2005, p. 172) lembra que não basta um processo efetivo no sentido de se fazer presente, mas tem que se mostrar eficaz na solução e no dizer o direito quando da solução dos conflitos postos à tutela do Estado.

No próximo capítulo será mostrado, num curto percurso, aspectos sobre a evolução do movimento denominado “acesso à justiça”, inclusive, trazendo elementos ao debate de que apenas a garantia da efetividade não é suficiente para o alcance da decisão com contornos de justiça.

3 ACESSO À JURISDIÇÃO

3.1 ASPECTOS SOBRE A EVOLUÇÃO E MOVIMENTO DE ACESSO À JURISDIÇÃO

Analisando o acesso à justiça, por um conceito teórico, encontramos referência, ou melhor, relação de causa e efeito, com os séculos XVIII e XIX, ocasião em que o Estado ficava inerte diante das necessidades do indivíduo, já que se limitava a ratificar as regras de boa conduta naturais, mas sem tutelar aquele indivíduo na prática. Os procedimentos adotados para solução dos litígios civis, resumiam, essencialmente, em propor ou contestar uma ação. Era a visão individualista dos direitos, sem qualquer preocupação de ordem econômica dos demandantes, como se pode observar a seguir:

A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um "direito natural", os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática. (CAPPELLETTI & GARTH, 1988, p. 9).

À medida que as sociedades cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. As ações e relacionamentos passaram a ter caráter mais coletivo, deixando para trás a visão individualista dos direitos.

Reconheceu-se os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos, nesse sentido

Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. (CAPPELLETTI & GARTH, 1988, p. 10).

Posteriormente, o questionamento da utilidade das decisões tornou-se o alvo das discussões, "...conforme o pensamento de nobre linhagem doutrinária, todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter" (CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, 2002, p. 35).

O pensamento de instrumentalidade, que impulsionou a fase revisionista do processo civil, foi identificado pelos renomados autores da obra "Acesso à Justiça", como o atual ponto da evolução do movimento, se não vejamos

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; **que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada**; e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva - **com que frequência ele é executada, em benefício de quem e como que impacto social**. (CAPPELLETTI & GARTH, 1988, p. 12, grifo nosso).

Referindo-se sobre o movimento inicial de acesso à justiça, Cappeletti e Garth (1988, p. 31) informam que teria efetivamente se iniciado, no contexto da evolução supra, pelo acontecimento identificado como as três ondas, a saber: a) expansão da oferta de assistência judiciária aos setores pobres da população, na prática cita-se a edição de leis de assistência judiciária; b) a incorporação dos interesses difusos, ou coletivos, o que levou à revisão de noções tradicionais do processo civil; c) como consequência e recepção das anteriores, evolução no sentido de expandir e consolidar o reconhecimento e a presença, no Judiciário, de sujeitos até então excluídos, aprimorando-se ou modificando-se mecanismos de prevenção e atuação diante de conflitos e lides na sociedade.

Exemplificando-se, respectivamente, a respeito das consequências práticas ocorridas com as ondas de acesso à justiça supracitadas, cita-se a edição de leis de assistência judiciária; o regramento sobre substituição processual e; a criação do Código de Defesa do Consumidor e reformas processuais.

3.2 ASPECTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Como bem informa Carneiro (1999, p. 33), no Brasil a evolução do acesso à justiça iniciou-se de forma lenta, apesar da ocorrência do movimento ideológico que mais se aproximou dos ideais de liberdade e democracia, que incentivaram revoluções pela Europa contra o absolutismo, a Inconfidência Mineira, em muito influenciada pelos estudantes brasileiros que freqüentavam universidades européias.

Nas Ordenações Filipinas, identifica-se uma primeira referência ao acesso à justiça por pessoas financeiramente pobres, no que diz respeito ao direito a serem patrocinadas por Advogado de saber equivalente ao patrono da outra parte. Da Constituição de 1824, extraem-se garantias civis e políticas como: direito à liberdade de imprensa, religiosa e à inviolabilidade do domicílio, dentre outros.

Também previa a edição de um Código Civil e Criminal fundados na justiça e equidade, senão vejamos:

A verdade é que o acesso à justiça, como o entendemos hoje, ou mesmo próximo dele, simplesmente inexistiu no Império brasileiro, até porque é fruto de um processo histórico e político ainda não consolidado àquela altura da evolução do País. (CARNEIRO, 1999, p. 36).

Após a queda o Império, destaca-se a Constituição de 1934, a qual previa direitos trabalhistas no título IV – Da Ordem Econômica e Social – com a instituição da justiça especializada do trabalho. No capítulo II – Dos Direitos e das Garantias Individuais, cria-se a ação popular e a assistência judiciária.

Quanto à assistência judiciária gratuita aos impossibilitados de arcar com quaisquer custas e honorários advocatícios, somente passou a ser concretizada com a edição da Lei 1.060/50, ocasião em que os Estados passaram a criar órgãos de assistência judiciária, como a defensoria pública.

Com a Constituição de 1937, verifica-se um retrocesso em relação aos direitos garantidos na Carta anterior, notadamente, a assistência judiciária, novamente preservada com o advento da Carta de 1946. No ramo do direito processual civil, o caráter tecnicista e conservador permaneceu até a edição do Código de Processo Civil de 1973, mesmo sendo este considerado um marco no direito processual

brasileiro pelo avanço científico nele encontrado. Entretanto, tal Código continuava sem a cumplicidade em alcançar, juntamente com o direito material, maior efetividade, celeridade e finalidade na solução dos conflitos, também considerado distante da parte menos favorecida economicamente, a saber

A carta Política de 1937, que inaugura o Estado Novo, por exemplo, é um dos mais marcantes desses retrocessos, e descreve um Estado autoritário, enfeixando nas mãos do presidente poderes quase absolutos: para expedir decretos-leis sobre todas as matérias de competência da União (art. 180), para avaliar se uma decisão do Poder Judiciário sobre a inconstitucionalidade de uma lei poderia ou não ser revista e tornada sem efeito pelo parlamento (parágrafo único do art. 96¹) e ainda para suprimir as conquistas relatadas no parágrafo anterior no que diz respeito à criação da ação popular e da assistência judiciária. (CARNEIRO, 1999, p. 38).

Com destaque para os movimentos sociais que eclodiram durante a década de 70, em busca de igualdade social, o direito não podia deixar de ser atingido, posto que a jurisdição, como já dito neste trabalho, é uma das várias faces do Estado cuja importância não há como ser medida.

Assim, sob o manto do movimento de efetivo acesso à justiça, importantes processualistas nacionais iniciaram estudos sobre o tema, em busca de avanço para o sistema processual em busca da celeridade, efetividade e finalidade. Seguiram várias edições de leis com esses objetivos, como por exemplo, a Lei 7.019/82, que criava o procedimento de arrolamento de bens para determinados casos, evitando o burocrático inventário e a Lei 7.347/85, que disciplinava a defesa, dentre outros, do meio ambiente e do consumidor.

¹ Constituição Federal de 1937, art. 96: “Só por maioria absoluta de votos de totalidade dos juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo Único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”. (CF/37, disponível em www.planalto.com.gov).

Significativos avanços na conquista, pela sociedade, de mecanismos de defesa de seus interesses foram assegurados com a Constituição de 1988, destaque para a consagração do princípio da igualdade material – art. 3º; o direito à assistência judiciária gratuita integral – art. 5º, LXXIV; a previsão de criação de juizados especiais – art. 98, I; a criação de novos instrumentos de defesa coletiva dos direitos e ampliação de legitimidade – arts. 5º, XXI, LXX, LXXI; e 8º, III; o reconhecimento da importância da defensoria pública – art. 134 e parágrafo único.

Em relação à idéia de fazer do processo instrumento de acesso à justiça, podemos acrescentar as mudanças introduzidas no Código de Processo Civil, como a lei 8.710/93, que amplia os casos de citação postal, as da primeira reforma acontecidas em 1994 e 1995:

- a) Lei 8.950, de 13 de dezembro de 1994, que altera dispositivos do Código de Processo Civil relativos aos recursos;
- b) Lei 8.951, de 13 de dezembro de 1994, que altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre ações de consignação em pagamento e de usucapião;
- c) Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar;
- d) Lei 8.953, de 13 de dezembro de 1994, que altera dispositivos do Código de Processo Civil relativos ao processo de execução;
- e) Lei 9.028, de 13 de abril de 1995, que dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, e caráter emergencial e provisório, e dá outras providências;
- f) Lei 9.079, de 14 de julho de 1995, que altera dispositivos do Código de Processo Civil relativos à ação monitória;
- g) Lei 9.139, de 30 de novembro de 1995, que altera dispositivos do Código de Processo Civil que dispõe sobre o agravo de instrumento;
- h) Lei 9.245, de 26 de dezembro de 1995, que altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre procedimento sumaríssimo.

Este conjunto de normas, seguido pela segunda fase com a edição das Leis 9.756, de 17 de dezembro de 1998; 10.352, de 26 de dezembro de 2001; 10.358, de 27 de dezembro de 2001 ; 10.444, de 07 de maio de 2002; 11.187 de 19 de outubro de

2005 e, 11.232 de 22 de dezembro de 2005; 11.277 de 7 de fevereiro de 2006 e; 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, as quais visaram corrigir imperfeições da primeira reforma, além de acrescentar importantes modificações com vistas ao incremento da eficácia da tutela jurisdicional, objetivou dar seqüência ao processo evolutivo da ciência processual, podendo-se destacar:

- a) O aperfeiçoamento da efetivação da tutela antecipada (§ 3º do art. 273 do CPC);
- b) A autorização expressa da possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela, quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso (§ 6 do art. 273);
- c) Estabelecer a fungibilidade entre medida cautelar e provimento de antecipação de tutela, face à natureza comum de tutela de urgência (§ 7º do art. 273);
- d) A ampliação do âmbito da chamada ação de preceito cominatório (art. 287 do CPC), passando a ser aplicável não só para obrigações de fazer ou não fazer, como também para obrigação de entrega de coisa, sem distinguir quanto à fungibilidade ou não da obrigação;
- e) O acréscimo, dentre as medidas exemplificativas arroladas para a efetivação da específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, a multa por tempo de atraso (§ 5º do art. 461 do CPC);
- f) A autorização de forma expressa da possibilidade de modificação do valor ou da periodicidade das *astreintes* (§ 6º do art. 461), quando se tornarem insuficientes ou excessivas (em aplicação específica da cláusula *rebus sic stantibus*), impostas visando ao cumprimento da tutela específica, concedida na sentença ou liminarmente (§ 4º do art. 461);
- g) A retirada da obrigatoriedade de caução como requisito para a execução provisória (art. 588, inciso I, do CPC);
- h) A autorização do levantamento de depósito em dinheiro e prática de atos que importem alienação de domínio, quando então será necessária prestação de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução, que possa resultar grave dano ao executado (art. 588, II);

- i) A autorização da dispensa da caução nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade (§ 2º do art. 588);
- j) Aperfeiçoamentos quanto á elaboração da memória de cálculo pelo exequente, cuidando da hipótese de ser necessária a consulta de dados em poder do executado ou de terceiro (§ 1º do art. 604);
- k) Insere a utilização do contador do juízo, antes da citação do executado, excepcionando o disposto no caput do art. 604 do CPC, quando a memória apresentado pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária (§ 2º do art. 604);
- l) Restrição do processo autônomo de execução para obrigação de entrega de coisa aos casos de título executivo extrajudicial (arts. 621, caput, e parágrafo único, 624, 627, §§ 1º e 2º), face à efetivação desta tutela específica através de *astreintes* e medidas de apoio (tutela mandamental: art. 461-A, c/c art. 461 do CPC);
- m) Estabeleceu que a sentença referente às obrigações de fazer é efetivada segundo as medidas previstas no art. 461 do CPC (tutela mandamental), sem intervalo entre processo de execução autônomo, sendo apenas subsidiariamente aplicáveis os dispositivos do processo de execução destas modalidades do obrigação (art. 644 do CPC);
- n) Confirmação de que o registro da penhora do bem imóvel no ofício imobiliário, a cargo do exequente, tem a relevante função de acarretar presunção absoluta de conhecimento por terceiros, mas não é ato constitutivo da penhora propriamente, tanto que o executado deve ser imediatamente intimado da constrição (§ 4 do art. 659);
- o) Autorização, nos casos de bens imóveis, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, sua penhora independentemente de onde se localizem, por termo nos autos do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e por este ato constituído depositário (§ 5º do art. 659);
- p) Possibilidade de julgamento de lide extinta sem julgamento de mérito por sentença de primeiro grau de jurisdição;

- q) Regular a interposição de agravo nas modalidade de instrumento e retido, optando-se pela forma retida como regra e, interposição imediata nas audiências de instrução e julgamento;
- r) Ampliação dos poderes do relator com vista à celeridade processual.
- s) Sentença de improcedência quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo há houver sido proferida sentença de improcedência em casos idênticos;
- t) Dispositivos regulando o cumprimento da sentença, cujo conteúdo seja obrigação por quantia certa.
- u) Sobre Julgamento de processos repetitivos;
- v) Reconhecimento ex officio da incompetência relativa e da prescrição.

Especificamente em relação à lei 10.358/01, além de ampliar o âmbito subjetivo de abrangência dos deveres arrolados no art. 14 do CPC, acrescentou o inciso V, relativo ao dever de cumprir, com exatidão, os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final, cuja violação constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição.

A expansão da oferta dos serviços judiciários, para torná-los efetivamente acessíveis, notadamente aos setores de baixa renda, é fundamental, entretanto, "...é tomar como dada a legitimidade da justiça, naturalizando o que, de fato, é efeito de processos históricos, sociais, de imposição, de produção". (PANDOLFI, 1999, p. 102).

Ou seja, seguir apenas por essa via é institucionalizar a justiça como único meio de resolução dos conflitos de interesse, sem levar em consideração a sua não aceitação por parte da população, mesmo que acessível aos serviços judiciários. Importante salientar sobre dados extraprocessuais no presente trabalho, porque dão aos responsáveis pela legislação processual a idéia de rejeição pela população, despertando-o para a necessidade de um equilíbrio através de uma legislação endoprocessual com contornos de justiça e maior eficácia.

Pesquisas realizadas em 1997, na Região Metropolitana do Rio de Janeiro pelo Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, da

Fundação Getúlio Vargas (CPDOC-FGV), e pelo Instituto de Estudos da Religião (Iser), com a denominação de "Lei, justiça e cidadania" e a segunda, coordenada por Mario Grynszpan, junto ao Arquivo da Justiça e dos Juizados estudados (PANDOLFI, 1999, p. 102), as tabelas "1" à "9" indicam o grau de insatisfação e o grau de ineficácia da justiça.

Esclareça-se, que nos pareceu justificável incluir os dados a seguir, bem como outros do mesmo centro de pesquisa no decorrer do presente trabalho, pela relação de tempo com os temas aqui abordados, senão vejamos:

Tabela 1: Graus de confiança atribuídos à justiça pela população em geral e pela parcela que já recorreu (%)

	Geral	Já recorreu
Justiça do trabalho		
1 a 4	19,2	20,6
5 a 7	37,5	30,9
8 a 10	43,3	48,5
Total	100,0	100,0
	(N= 1.578)	(N=210)
Justiça comum*		
1 a 4	35,5	52,7
5 a 7	44,0	37,8
8 a 10	20,5	9,5
Total	100,0	100,0
	(N= 1.578)	(N= 130)
Fonte: CPDOC-FGV/Iser, Lei, justiça e cidadania		
* Refere-se apenas à justiça civil.		

A tabela 1 indica os graus de confiança que a população de Região Metropolitana do Rio de Janeiro expressa em relação à justiça. Enquanto, em termos gerais, a confiança na justiça do trabalho é de média a alta, os números na justiça comum oscilam entre médios e baixos. O contato com a justiça, no entanto, tende a reforçar as concentrações relativas nos extremos, melhorando ou piorando as avaliações. A justiça do trabalho é

vista de um modo mais positivo por aqueles que a ele já recorreram. Com a justiça comum, todavia, é o contrário que ocorre, sendo a tendência entre os que foram atendidos por ela atribuir-lhe graus ainda mais baixos de confiabilidade. (PANDOLFI, 1999, p. 103).

Observação destacada na pesquisa, é que quando se fala em justiça, a população tem em mente também a polícia e outras instituições. Então "...cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam." (CAPPELLETTI & GARTH, 1998, p. 7). Tal indagação fundamental, pode fazer com que sejam analisados criticamente alguns institutos jurídicos processuais para se apurar a idéia de processo justo, considerando o fator tempo como o norte do sistema processual, a exemplo da antecipação de tutela e julgamento antecipado do mérito.

Tabela 2: Que parcela é esta e quais são os elementos discriminadores, na percepção dos entrevistados:

Tabela 2	
Se uma pessoa rica e uma pobre praticarem o mesmo crime, a justiça (%)	
Trata a pobre com maior rigor	95,7
Trata a rica com maior rigor	1,2
Trata as duas igualmente	2,5
NS/NR	0,6
Total	100,0
	(N= 1578)

Fonte: CPDOC-FGV/Iser, Lei, justiça e cidadania.

Tabela 3: Que parcela é esta e quais são os elementos discriminadores, na percepção dos entrevistados:

Tabela 3	
Se uma pessoa negra e uma branca praticarem o mesmo crime, a justiça (%)	
Trata a negra com maior rigor	66,4
Trata a branca com maior rigor	1,1
Trata as duas igualmente	28,8
NS/NR	3,7
Total	100,0

(N=1.578)
Fonte: CPDOC-FGV/Iser, Lei, justiça e cidadania.

Tabela 4: Que parcela é esta e quais são os elementos discriminadores, na percepção dos entrevistados:

Tabela 4	
Se um homem e uma mulher praticarem o mesmo crime, a justiça (%)	
Trata o homem com maior rigor	38,5
Trata a mulher com maior rigor	10,6
Trata as duas igualmente	44,0
NS/NR	6,9
Total	100,0
	(N=1.578)
Fonte: CPDOC-FGV/Iser, Lei, justiça e cidadania.	

Tabela 5: Que parcela é esta e quais são os elementos discriminadores, na percepção dos entrevistados:

Tabela 5		
Se um patrão e um empregado recorrerem à justiça do trabalho, ela tratará (%)		
	Geral	Já recorreu
O empregado com mais rigor	43,9	34,4
O patrão com mais rigor	24,4	10,6
Os dois igualmente	22,1	25,9
NS/NR	9,6	8,5
Total	100,0	100,0
	(N=1.578)	(N=210)
Fonte: CPDOC-FGV/Iser, Lei, justiça e cidadania.		

Tabela 6: Que parcela é esta e quais são os elementos discriminadores, na percepção dos entrevistados:

Tabela 6

A justiça no Brasil funciona (%)		
	Justiça do trabalho	Justiça comum
Mal porque é lenta	46,3	54,1
Mal porque é cara	3,0	7,4
Bem porque pessoas comuns Têm grande possibilidade de Ganhar	28,8	15,5
Bem porque é barata e rápida	4,6	4,4
NS/NR	17,3	18,6
Total	100,0	100,0
	(N=1.578)	(N=1.578)
Fonte: CPDOC-FGV/Iser, Lei, justiça e cidadania.		

Tabela 7: Que parcela é esta e quais são os elementos discriminadores, na percepção dos entrevistados:

Tabela 7	
Parcela da população que já recorreu à justiça (%)	
Justiça do trabalho	13,3
Justiça comum*	8,2
Juizado de Pequenas Causas	1,9
	(N= 1.578)
Fonte: CPDOC-FGV/Iser, Lei, Justiça e cidadania.	
*Refere-se apenas à justiça civil.	

Os dados apresentados evidenciam que a justiça, na percepção da população, é, em larga medida, um instituição hostil, iníqua e ineficiente, o que, certamente, termina por pesar sobre a opção do recurso. Mais, se a avaliação da justiça tende a piorar entre aqueles que a ele já recorreram, é possível que isto venha bloquear a possibilidade de um segundo recurso. É certo, entretanto, que os resultados também indicam a necessidade de se conferir um **tratamento não homogêneo à justiça**, diferenciando os seus distintos ramos. Afinal, a avaliação que se faz da justiça do trabalho parece ser mais positiva do que a da justiça comum - ver tabela 7. (PANDOLFI, 1999, p. 107, grifo nosso).

As tabelas acima reforçam a idéia de que não se deve olhar o acesso à jurisdição somente pelo ângulo da democratização do judiciário, mas, pela criação de meios

alternativos de solução de conflitos de interesse, além, é claro, da contínua busca por instrumentos capazes de dar celeridade, sem comprometer a qualidade da decisão.

Mesmo com a gratuidade, informalidade e agilidade dos juizados de pequenas causas, há pouca procura pela população, o que corrobora com o pensamento da necessidade de se reverter o quadro de pessimismo da população, talvez alimentada com o decorrer do tempo, por desilusões próprias e de terceiros quanto à atividade jurisdicional.

Tabela 8

Tabela 8		Perfil do requerente por juizado (%)				
		Centro	P.-Pavãozinho	B. Tijuca	Bangu	Rocinha
Sexo	Masculino	61,1	50,1	55,9	54,5	33,3
	Feminino	38,9	49,9	44,1	45,5	66,7
	Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Ocupação	Nível superior e Profissionais					
	Liberais	25,3	31,8	33,2	5,6	0,9
	Professores ¹	3,8	5,5	6,1	4,9	0,0
	Militares, Policiais e func.					
	Públicos	9,9	4,2	10,3	17,3	0,0
	Empresários	4,1	6,8	7,6	4,5	4,6
	Serviços de nível médio	12,4	3,2	8,9	15,1	4,6
	Ocupações de nível básico	17,5	11,6	10,6	28,6	49,1
	Aposentados e Prendas domésticas	13,1	13,4	14,3	16,5	29,7
	Estudantes	6,0	1,3	3,7	1,5	0,0
	Outros	6,3	17,2	4,3	5,6	7,5
	NR	1,6	5,0	1,0	0,4	3,6
	Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

		(N=1.008)	(N=381)	(N=301)	(N=266)	(N=108)
Endereço/						
Zona	Central	12,6	2,3	1,0	1,1	0,0
	Sul	23,5	91,6	2,0	0,4	4,6
	Norte	37,4	1,6	1,0	1,9	0,0
	Oeste	7,3	0,3	1,3	95,5	0,0
	Barra/Recreio ²	11,3	0,9	94,0	0,7	0,0
	Rocinha ³	0,2	0,5	0,0	0,0	94,5
	Outros	7,1	2,1	0,3	0,4	0,0
	NR	0,6	0,7	0,4	0,0	0,9
	Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
		(N=1.008)	(N=381)	(N=301)	(N=266)	(N=108)
1 Foram separados, pois não é possível saber, pelos processos, se são professores de formação superior ou média.						
2 Estes bairros foram separados da Zona Oeste à qual pertencem por terem os seus moradores um perfil sócio-econômico superior à média.						
3 Foi tratado separadamente por ser um bairro da Zona Sul com características de favela.						

Tabela 9

Tabela 9					
Tipo de ação por juizado (%)					
	Centro	P. Pavãozinho	B. Tijuca	Bangu	Rocinha
Consumo:					
Serviços e					
Mercadorias	43,9	22,3	37,6	38,0	8,3
Veículos	16,5	16,3	13,6	7,5	4,6
Condomínio	7,4	37,0	11,3	3,8	0,9
Problemas de vizinhança	1,1	0,8	5,3	5,6	71,3
Cobrança, seguros					
E créditos	22,3	13,9	17,6	25,6	5,6
Telefonia	2,9	2,6	8,3	18,4	2,8
Outros	5,9	7,1	6,3	1,1	6,5
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
	(N=1.008)	(N=381)	(N=301)	(N=266)	(N=108)

Os dados relativos à Rocinha chamam a atenção, isto se dá tanto mais quanto maior a sua diferença em relação aos outros, e ao Pavão-

Pavãozinho em particular, De todo modo, ainda que caiba explicar esta diferença - o que não é, entretanto, objetivo deste trabalho -, a sua aparente excepcionalidade, associada ao seu baixo número de processos por relação aos outros juizados, só faz reforçar a idéia de que há, de fato, elementos para além do acesso em si, que pesam sobre o recurso à justiça. Embora sejam gratuitos, informais e relativamente mais ágeis, nem todos recorrem aos juizados especiais de pequenas causas. Na verdade, em relação à população como um todo, a parcela dos que recorrem é reduzida. E, pelo dados da amostra estudada, não é formada pelo setores sociais mais desfavorecidos. (PANDOLFI, 1999, p. 111).

Diante dos números apresentados até agora na presente pesquisa, especificamente àqueles dados relacionados com a questão tempo, repita-se, nota-se o desânimo da população quando se fala em justiça como meio de solução de conflitos. Assim, será objeto de estudo, em capítulos posteriores, a análise da relação que o recurso de agravo mantém com o fator celeridade processual e acesso à jurisdição eficaz, antes porém, parece necessário uma abordagem, ao menos superficial, sobre a teoria geral dos recursos cíveis como ponte para chegarmos ao recurso de agravo propriamente dito e sua relação processual com o acesso à jurisdição, especificamente falando, analisar a sua relação com a duração do processo na solução dos litígios.

4 ASPECTOS SOBRE A TEORIA GERAL DOS RECURSOS CÍVEIS

No que tange à impugnabilidade das decisões judiciais, nosso ordenamento jurídico comunga de um posição intermediária. Reconhecendo a histórica existência dos fundamentos para a possibilidade de se impugnar as decisões judiciais, como a possibilidade de erro do julgador ao proferir a decisão e a inconformidade com a decisão desfavorável, inerente à personalidade humana, o ordenamento jurídico pátrio prevê meios de impugnação com o objetivo de aperfeiçoar a tutela concedida pelo Estado, especialmente no quesito uniformização do direito, caso a parte exerça a faculdade de prosseguir com a relação jurídica lançando mão dos meios de impugnação.

Porém, em atenção à necessidade da rápida solução dos litígios, o mesmo ordenamento limita essa possibilidade de forma a não autorizar a impugnação em alguns casos, ou, impor requisitos específicos para o cabimento da impugnação, como atualmente é o caso do agravo na forma de instrumento, para o qual, excetuando-se os casos expressos de seu cabimento, é exigido, sob pena de conversão para a forma retida, a demonstração de que a decisão é suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, como assim dispõe o caput do art. 522 CPC, modificado pela Lei 11.187/05.

Em poucas palavras, visa o recurso a reformulação da decisão impugnada, com a obtenção de um resultado mais favorável ao recorrente, ou, a invalidação do pronunciamento recorrido, para que outra decisão seja proferida em seu lugar, como nos casos de vícios processuais, ou, ainda, no caso dos embargos de declaração, afastar a falta de clareza ou imprecisão do julgado, ou suprir alguma omissão do julgador, podendo destacar

Os mais modernos ordenamentos processuais fornecem meios pelos quais as decisões judiciais podem ser impugnadas, com maior ou menor intensidade, com a finalidade de propiciar aos jurisdicionados uma justiça mais justa, meios esses que se revelam como corretivos de decisões errôneas ou injustas. Em contrapartida, não poderiam os litígios se

perpetuar no tempo, mediante mecanismos diversos, entre os quais se encontra a interposição de um recurso. Poara obviar os inconvenientes daí decorrentes, há o instituto da coisa julgada, colocando em funcionamento um sistema de freios e contrapesos à adoção de remédios impugnativos de decisões judiciais, projetando-se com eficácia extraprocessual. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 199).

Há previsto na nossa legislação mais de um modo de se impugnar as decisões judiciais como: ações autônomas, incidentes e o principal de todos, o recurso. Nesse sentido "...o recurso, como se pode notar, é um a espécie de gênero remédio." (NERY JÚNIOR, 2004, p. 203). Não é o objetivo do presente trabalho dissertar sobre todos os meios de impugnação previstos, bem como também não é objetivo falar sobre todos os recursos à disposição das partes. Ressalte-se a finalidade de se responder a questão levantada relacionada com o recurso de agravo e a solução em tempo razoável dos litígios, ou melhor, seu comprometimento com a eficácia do processo, no que tange aos fatores tempo e justiça.

Ao tomar para si a responsabilidade de solução dos conflitos sociais o Estado assumiu o risco de errar. A partir desse raciocínio, o Estado se viu no dilema de resolver a questão da pacificação social com uma decisão mais aproximada o possível da justiça e em tempo razoável, mas com atenção à não perpetuação da discussão com a proposição de infinitos recursos.

Esse debate se estende até aos tempos atuais, pelo que podemos destacar

Resta certo, de igual modo, que, na investigação das causas da morosidade processual, desde que ela se faça exclusivamente do ângulo do processo, excluídas as questões atinentes à falta de estrutura humana, física e outras, que comprometem a boa marcha processual, identificamos, com maior medida de comprometimento, o sistema recursal. (GONÇALVES, 2004, p. 129).

É nesse contexto que pretendemos insitar o debate a respeito do recurso de agravo e seu comprometimento com a boa marcha processual.

4.1 IMPORTÂNCIA CONSTITUCIONAL DOS RECURSOS

O processo tem seus desdobramentos justapostos através dos procedimentos previstos na legislação constante do CPC ou esparsa. O processo, então, utiliza-se do procedimento a dizer o modo e a forma de movimento dos atos a caminhar para a frente até a prolação de uma decisão, a sentença final, seja de mérito ou não, a qual poderá deixar uma ou as duas partes inconformadas, podendo-se destacar que

Com efeito, o processo de conhecimento tem por finalidade o proferimento de uma sentença compositiva do conflito de interesses existente entre os ligantes; o processo de execução visa à satisfação do direito que a sentença condenatória (ou título a ele equiparado) declarou pertencer à parte vitoriosa; e o processo cautelar tem por escopo assegurar a efetividade da tutela a ser concedida no futuro.

Para a obtenção do resultado pleiteado em cada espécie de processo, é necessário percorrer um adequado procedimento. (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 24).

Durante a efetivação do processo pelo curso do procedimento, poderão surgir questões a serem resolvidas pelo julgador, de forma a causar, ou não, prejuízo à uma ou às duas partes podendo comprometer o resultado final. Ainda há a possibilidade de que a decisão esteja incompreensível, contraditória ou tenha se omitido sobre ponto importante trazido pela parte prejudicada.

Não se pode deixar de falar dos recursos extraordinários, os quais não têm o objetivo de impugnar a decisão por sua injustiça, mas pela má aplicação da lei, como são os casos do recurso extraordinário, nos termos do art. 102, III, da CF/88 e; do recurso especial, nos termos do art. 105, III do mesmo diploma.

Nesta seara, dispõe o art. 499 do CPC, que é facultado às partes, ao Ministério Público e ao terceiro que prove o interesse, opor-se à decisão de forma a pleitear seu reexame, para obter a reforma, invalidação, esclarecimento ou a sua integração, requerendo expressamente, na mesma relação jurídica processual que foi proferida a decisão, que uma nova substitua ou anule aquela atacada.

Em termos gerais, a reforma da decisão se daria na hipótese de error in iudicando, de pronunciamento equivocado por injustiça em vista do distanciamento da verdade

formal constantes dos autos. A invalidação ocorreria quando presente a situação de error in procedendo, ou seja, o processo estar marcado por infração de dispositivos legais relativos ao procedimento processual, como é o caso, por exemplo, de indeferimento de oitiva de testemunhas em audiência, quando era hipótese de deferimento à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Pode-se, portanto, considerar o remédio como um meio processual colocado à disposição do interessado, para que seja eliminado o ato processual viciado ou para que seja adequada a sua legalidade à conveniência e justiça. Desta maneira, os remédios podem ser classificados em duas espécies. A primeira, onde a finalidade é a eliminação do vício do ato processual, denomina-se de retificação do ato. A segunda, objetivando adequar a legalidade do ato à sua conveniência e à sua justiça, deve ser classificada de acordo com a seguinte subdivisão: a) se se atribui eficácia ao ato viciado, diz-se que houve convalidação do ato; b) se se nega eficácia ao ato imune de vícios, o remédio pode revestir-se de várias formas, onde a principal é o recurso. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 203).

Sobre a integração ou o esclarecimento da decisão teria cabimento, em simples análise do art. 535 do CPC, através do recurso específico, pela presença de obscuridade ou contradição na decisão, ou porque o julgador não tenha enfrentado determinada alegação trazida pela parte que se sente prejudicada.

Ligados à pacificação social, os recursos tinham que ser constitucionalmente amparados como meios de aperfeiçoamento do sistema jurídico no sentido de proporcionar equilíbrio social. Então, vinculado que está o juiz à observação da lei, a existência de recursos contribuiria com esta finalidade, ora atacando a decisão por questão envolvendo o direito objetivo, onde se incluiriam os recursos ordinários, ora objetivando o aperfeiçoar a aplicação da lei, como é o objetivo dos recursos extraordinários.

Corroborando com os dizeres acima, verifica-se no artigo 5º, LV da CF/88, a previsão expressa da garantia do contraditório e ampla defesa, especificamente à este último princípio, facultando às partes impugnar decisão prolatada em processo judicial ou administrativo. Garantia constitucional esta da inviolabilidade da defesa em juízo, sinônima do devido processo legal, à esta categoria de princípio integrante como meio de controle de equívocos cometidos pelos órgãos jurisdicionais.

4.2 A QUESTÃO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

A maioria dos autores informa, que a justificativa da existência de recursos nos sistemas processuais, tem como fundamento a natureza humana que não se conforma com decisão desfavorável, até mesmo porque, fora emitida por outro ser humano, cabendo destacar que

Ao lado disso, imperiosa se torna a necessidade de reexame das decisões para o fim de se atender ao próprio Estado de Direito, em razão do risco sempre presente, lembrado por Alcides de Mendonça Lima, com base nas lições de Montesquieu, de o juiz se tornar um déspota, abusando do poder a ele conferido. (JORGE, 2004, p.184).

Estudado pela maioria dos doutrinadores como um princípio, o duplo grau de jurisdição tem gerado discussões sobre o conteúdo de seu conceito. Referindo-se sobre o conceito de duplo grau de jurisdição, Jorge (2004, p. 185) lembra que não há muita harmonia entre a doutrina, sobre a necessidade de o reexame ser feito por órgão hierarquicamente superior.

Então, há os que defendem que no conceito de duplo grau de jurisdição tem que estar inserido o novo julgamento por órgão hierarquicamente superior e, de outro lado, os que sustentam que basta o reexame por juízes diversos daqueles que proferiram a decisão, podendo ser da mesma hierarquia, podendo-se destacar que

Parece-nos, de fato, inútil, e até certo ponto carente de sentido e operatividade, insistir-se na idéia de que o efeito devolutivo só se daria quando a matéria fosse devolvida para o Poder Judiciário, para que este a reexaminasse e proferisse outra decisão através de um órgão diferente daquele de que, originariamente, emanou a decisão.

A fórmula tradicional prende-se à origem histórica do fenômeno, que consistia na devolução da causa àquele que, originariamente, teria poderes para decidir sobre ela, que seria o Soberano, quando a parte que se julgava prejudicada pela decisão do preposto (os juizes eram delegados do Soberano), inconformada, provocava este reexame. (WAMBIER, 2000, p. 221).

Podemos exemplificar o segundo pensamento acima, com o recurso denominado como inominado nos juizados especiais, cujo julgamento é feito por um órgão colegiado constituído por 03 (três) juízes de primeiro grau, nos termos do art. 41, §

1º da Lei 9.099/95, também com os embargos declaratórios e com os agravos, quando há a retratação.

Questiona-se, também, ser o duplo grau de jurisdição uma garantia constitucional. Tal questionamento tem relação direta com o tema abordado no presente trabalho, posto que pode influenciar na possibilidade ou não do legislador suprimir ou limitar a possibilidade de interposição de recurso para órgão hierarquicamente superior, com vista a celeridade processual.

A CF/88 não trás expressamente a garantia do duplo grau de jurisdição, o fazendo apenas de forma específica nos casos de competência originária de tribunal estadual ou federal que não seja o STF, podendo caber o recurso ordinário constitucional, ou o recurso especial, ou o recurso extraordinário, nos termos dos artigos 102, II; 105, II e; 102, III, respectivamente.

Sua previsão específica também vem expressa em legislação infraconstitucional, como por exemplo, o art. 475 do CPC, onde estão previstas hipóteses em que, obrigatoriamente, deverão ser observadas a aplicabilidade do duplo grau de jurisdição.

Sobre tais indagações, Jorge (2004, p. 186) informa que a CF/88 aponta o duplo grau de jurisdição como uma diretriz a ser seguida, apesar de não constar expressamente sua previsão, o faz de forma implícita. Acrescenta que não se deve confundir o duplo grau de jurisdição com os recursos, estes com referência expressa pela Constituição Federal, informando ainda que

De início convém lembrar que a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, garantia expressamente em seu artigo 158 o duplo grau de jurisdição, com a seguinte redação: “para julgar as causas em segunda e última instância haverá nas províncias do Império as Relações, que forem necessárias para a comodidade dos povos”. As demais constituições que advieram após a de 1824, inclusive a atual de 1988, não dispuseram expressamente sobre a possibilidade de as partes se insurgirem para a segunda instância contra as decisões proferidas pelos juízes monocráticos. (JORGE, 2004, p. 186).

Repita-se, no sistema pátrio, os recursos, apesar de intimamente ligados ao duplo grau de jurisdição, podem existir e proporcionar o reexame da matéria, sem que com

isso sejam analisados por órgão de hierarquia superior ao que proferiu a decisão, como já exemplificado acima, sendo conveniente ilustrar com os seguintes dizeres:

De fato, o recurso é, antes e acima de tudo, um ato de vontade, ou seja, a parte sucumbente oferecerá sua impugnação, caso contrário terá se conformado com a decisão que é plenamente válida e eficaz. Já o duplo grau de jurisdição está garantido em algumas hipóteses, independente da interposição do recurso. Além disso, no sistema processual brasileiro existem recursos que podem ser dirigidos ao próprio juízo que proferiu a decisão impugnada, o que não se admite para que haja o duplo grau de jurisdição. (LASPRO, 1999, p. 192).

Dessa forma, conclui-se, que diante desta distinção, não haveria problema em restringir o duplo grau de jurisdição quando se respeitam as regras e princípios constitucionais correlatos, principalmente o devido processo legal e a ampla defesa. Neste sentido “...perfeitamente constitucionais as disposições legais que restringem o duplo grau de jurisdição, como a prevista na Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/80).” (JORGE, 2004, p. 187). Tal Lei, em seu artigo 34, impede o manuseio do recurso de apelação contra as sentenças proferidas em execução de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) ORTNs, prevendo, de tais decisões, os recursos de embargos infringentes e de declaração para o mesmo órgão que proferiu a referida sentença.

Em acordo com os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, podemos refletir, então, que não há a possibilidade de impedir a impugnação de decisão manifestamente contrária ao direito ou aos fatos devidamente provados. Suprimir um determinado tipo de recurso em si poderia ser possível, na medida em que não deixasse as partes de mãos atadas contra decisão eivada de vício manifesto, criando-se um novo recurso, mais dinâmico, sob pena de se ter que lançar mão dos conhecidos sucedâneos recursais, aparentemente, gerando mais entraves à jurisdição eficaz.

Da mesma forma, limitar o duplo grau de jurisdição poderia ser considerado constitucional, desde que, pelo mesmo argumento supra, seja proporcionado ao prejudicado o direito ao reexame da matéria. Em suma, a observância dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, essencialmente, com o objetivo prático baseado na celeridade, efetividade e eficácia do processo.

Nesse sentido, cabe destacar que

O objetivo do duplo grau de jurisdição é, portanto, fazer adequação entre a realidade no contexto social de cada país e o direito à segurança e à justiça das decisões judiciais, que todos têm de acordo com a Constituição Federal. Essa é a razão porque a nossa Constituição não garante o duplo grau de jurisdição ilimitadamente, como fez a do Império, de 1824, regra que não foi seguida pelas demais Constituições brasileiras. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 40)

Complementando o raciocínio supra, podemos destacar que

Não é acertado dizer, em outras palavras, que o controle da justiça da decisão possa ser confundido com um controle da própria atividade do juiz. Não há que falar em controle da atividade do juiz quando se está discutindo sobre a oportunidade de se dar ao vencido o direito à revisão da decisão que lhe foi contrária. Lembre-se que os tribunais, através das corregedorias, têm as suas próprias formas para inibir condutas ilícitas, que obviamente não se confundem com decisões “injustas”. (MARINONI, 1999, p. 209).

Assim, comungamos com o entendimento de que há previsão implícita do princípio do duplo grau de jurisdição na Constituição Federal, porém de forma não ilimitada, podendo constar dentro de seu conceito, fator de equilíbrio entre justiça e segurança jurídica.

4.3 PRINCÍPIOS RELACIONADOS AOS RECURSOS

Muito se fala em acesso à justiça, pelo qual o direito processual civil estaria convocado a colaborar. A correta aplicação das normas constantes do sistema processual civil teria, então, importante papel para a solução dos litígios, no sentido de se respeitar determinadas regras e princípios em função de outras regras e princípios não aplicáveis ao caso, para se tentar aproximar da melhor decisão possível objetivando a tão almejada pacificação social.

Aduzem Cappelletti e Garth (1988, p. 8) 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 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.

Desse modo, o "acesso" não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna aplicação dos instrumentos processuais existentes e futuros. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Sem delongas a respeito do conceito e identificação dos princípios no direito processual civil, especificamente dos relacionados aos recursos, é importante comentar sobre aqueles que com estes se relacionam, mais precisamente os que, na nossa concepção, tenham maior ligação e um ajuste de tom com a jurisdição eficaz.

Partindo-se da diferença básica entre norma, regra e princípio, trazida por Robert Alexy, posteriormente informar-se-á os princípios que, ao nosso julgamento, têm maior relevância para o estudo em tela.

Uma norma pode ser extraída de um enunciado, bem como de uma manifestação, p. ex., de um semáforo. Porém, quanto ao segundo caso, trata-se de um método primário de identificação de uma norma, não aconselhável. O ideal seria identificarmos a norma através de um enunciado, como bem informa Robert Alexy, exemplificando tal método de identificação de norma por meio do enunciado previsto no artigo 16, parágrafo 2º, frase 1 da Lei Fundamental alemã, a saber

Nenhum alemão não poderá ser extraditado ao estrangeiro ".

Este enunciado expressa a norma de acordo com que a extradição de um alemão ao estrangeiro é proibida. A indicação "que nenhum alemão não poderá extraditado ao estrangeiro" significa que a extradição de um alemão ao estrangeiro está proibida. Uma norma é, então, o significado de uma indicação normativa. (ALEXY, 1993, p. 51)¹.

Nesse sentido, "... toda norma pode se expressada através de um enunciado normativo". (ALEXY, 2002, p. 53)². Por meio dos chamados modais deônticos – proibição e permissão – podemos identificar uma norma, a qual será expressa por um enunciado deôntico, p. ex., "Nenhum alemão pode ser extraditado ao estrangeiro"; "Está proibido extraditar alemães ao estrangeiro"; "Os alemães na devem ser extraditado ao estrangeiro".

Podemos concluir no mesmo sentido do autor citado, que nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico, porém todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deôntico.

No que tange à diferença entre regras e princípios, assim expõe o autor ora estudado:

Constitui a base do fundamentação iusfundamental e é uma chave para a solução de problemas centrais do dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela, não pode existir uma teoria adaptada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e de qualquer uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema legal. É um elemento básico não somente de dogmática dos direitos da liberdade e da igualdade, mas também dos direitos à proteção, à organização e ao procedimento e aos benefícios no sentido estrito. (ALEXY, 2002, p. 81)³.

¹ Ningún alemán puede ser extraditado al extranjero.

Este enunciado expresa la norma según la cual está prohibida la extradición de un alemán al extranjero. El enunciado "Ningún alemán puede ser extraditado al extranjero" significa que está prohibida la extradición de un alemán al extranjero. Una norma es, pues, el significado de un enunciado normativo.

² Toda norma puede ser expresada a través de um enunciado normativo.

³ Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Es un elemento básico no sólo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos a protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto.

Ressalte-se, que acontece de se verificar, na doutrina e jurisprudência, engano sobre na distinção entre regra e princípio, utilizando-se, por vezes, um pelo outro, pelo que cumpre destacar que

Tanto quanto as regras quanto os princípios são normas porque ambas dizem o que deve ser. Ambas podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas do mandado, da permissão e da proibição. Os princípios, como as regras, são razões para julgamentos concretos de ter que ser, mesmo que sejam as razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é pois uma distinção entre dois tipos de normas. (ALEXY, 2002, p. 83)¹.

O critério da generalidade é muito utilizado para a distinção entre regras e princípios. Segundo o qual, são princípios as normas com um grau de generalidade relativamente alto, por conseguinte, são regras as normas que possuem um nível de generalidade relativamente baixo.

Um exemplo de norma com nível relativamente elevado de generalidade é aquela que diz que todos gozam de liberdade religiosa. Ao contrário, uma norma segundo a qual todo preso tem o direito de converter outros presos tem um grau relativamente baixo de generalidade. (ALEXY, 2002, p. 83)².

¹ Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deônticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.

² Un ejemplo de una norma con un nivel relativamente alto de generalidad es la norma que dice que cada cual goza de libertad religiosa. Em cambio, una norma según la cual todo preso tiene el derecho a convertir a otros presos tiene un grado relativamente bajo de generalidad.

Entretanto, para o autor, há um melhor método de distinção entre regras e princípios no que se refere à amplitude e flexibilização da aplicação, ou seja:

Os princípios são normas que requisitam que algo seja feito na maior medida possível, dentro da realidade legal e real. Conseqüentemente, os princípios são os mandados de confiança, que são caracterizados pelo fato que podem ser cumpridos em grau diferente e que a medida devida de seu cumprimento depende não somente das possibilidades reais mas também das legais. (ALEXY, 2002, p. 86)¹.

Referindo-se sobre os princípios do direito processual civil Nery Júnior (2004, p. 34) lembra que foi no século XIX, quando da transição da fase de recepção do direito romano para as codificações, que se construiu e equacionou a divisão entre princípios informativos e princípios fundamentais, sendo que quando se fala em princípios gerais dos recursos, refere-se aos fundamentais, cabendo destacar que:

Os princípios informativos são regras predominantemente técnicas e, pois, desligados de maior conotação ideológica, sendo, por esta razão, quase que universais. Já os denominados princípios fundamentais do processo são diretrizes nitidamente inspiradas por características políticas, trazendo em si carga ideológica significativa, e, por isto, válidos para os sistemas ideologicamente afeiçoados aos princípios fundamentais que lhes correspondam. (ALVIM, 2005, p. 23).

Desse modo, passa-se a expor os princípios fundamentais gerais, relacionados aos recursos no processo civil, repita-se, os quais, ao nosso entendimento, têm uma maior aproximação com a jurisdição eficaz.

4.3.1 Princípio da voluntariedade

¹ ...los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida devida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.

Temos por este princípio, as presenças no recurso, de forma expressa, da insatisfação do recorrente com a decisão proferida, bem como as razões desta insatisfação, sob pena de não conhecimento. Tal princípio, em nosso entendimento, tem relação direta com o princípio dispositivo, na medida em que o elemento volitivo manifestado pela insatisfação expressa pelo recorrente, enseja a existência do recurso, pois, caso contrário, sobre a decisão poderá incidir a preclusão ou a coisa julgada, já que o Estado, através do órgão jurisdicional competente, não poderá fazê-lo.

4.3.2 Princípio da dialeticidade

As razões da insatisfação, concatenadas através dos fundamentos de fato e de direito, têm que embasar o inconformismo do recorrente, sob pena de não conhecimento do recurso. A peça recursal é comparável à peça inaugural, nesse sentido “...devendo, pois, conter os fundamentos de fato e de direito que embasariam o inconformismo do recorrente, e, finalmente, o pedido de nova decisão.” (NERY JÚNIOR, 2004, p. 176).

Essas razões devem acompanhar a peça recursal, as quais têm estreita relação com o efeito devolutivo dos recursos, na medida em que fixa o limite de impugnação da matéria contida na decisão, evidenciando-se, conseqüentemente, a máxima: *tantum devolutum quantum appellatum*.

Pode-se visualizar a presença expressa deste princípio nos artigos referentes à apelação, artigo 514, II e III; ao agravo, artigo 524, I e II; ao agravo retido, artigo 523, § 3º; aos embargos declaratórios, artigo 536; ao recurso ordinário, artigo 540; aos recursos especial e extraordinário, artigo 51, I, II e III, todos do Código de Processo Civil.

4.3.3 Princípio da complementariedade

Os recursos devem ser interpostos acompanhados das razões do inconformismo e no prazo legal respectivo, sob pena de preclusão. Entretanto, o próprio sistema processual possibilita a complementação do recurso já interposto, em virtude de alteração ou integração pelo provimento dos embargos declaratórios, caso contrário haveria prejuízo para a parte recorrente.

Utilizando-se o exemplo trazido por Nery Júnior (2004, p. 182), afigura-se a situação onde o réu se vê diante de uma sentença, objeto de integração por embargos declaratórios, os quais foram acolhidos julgando procedente o pedido que tinha ficado sem apreciação. Como o réu já houvera interposto apelação, não poderá interpor outro recurso para impugnar especificamente este pedido, constante agora da sentença objeto de integração, mas, poderá complementar o recurso já interposto, à impugnar o pedido que antes não tinha sido apreciado e posteriormente foi julgado procedente.

A coerência deste princípio está na simples constatação, de que não há como defender a incidência de preclusão sobre uma decisão que não apreciou uma questão ou um pedido.

4.3.4 Princípio dispositivo

O princípio tem aplicabilidade aos recursos, na medida em que o recorrente, por ato de disposição, pode ou não exercer o direito de impugnar a decisão, total ou parcialmente, como se pode extrair da análise dos artigos 2º, 128, 499 e 505 do CPC.

Como consequência do princípio dispositivo, onde o elemento volitivo encontra-se presente na relação entre recorrente e recurso, apresenta-se a proibição da *reformatio in pejus*, pela qual, quando do reexame da decisão impugnada, ou se dá provimento ao recurso, melhorando a situação do recorrente, ou se nega provimento, permanecendo igual a situação.

Relaciona-se com a segurança jurídica, na medida em que se proíbe que os pronunciamentos judiciais sejam reexaminados de forma a tirar da parte que recorre, aquilo que já conseguiu com o pronunciamento do órgão hierarquicamente inferior, piorando a situação do recorrente, o qual exerceu o direito de impugnar de forma voluntária e facultativa, por entender que a tutela lhe foi entregue de forma parcial. Em suma: pelo próprio recurso, o recorrente não pode ver sua situação piorada, no mínimo a manutenção da realidade imposta pelo pronunciamento atacado.

Primeira observação a ser feita, é que poderá haver piora na situação se houver sucumbência recíproca e ambas as partes recorrerem na parte em que sucumbiram, mas não será pelo próprio recurso da parte recorrente que enseja a piora na situação, mas, sim, pelo provimento do recurso da parte contrária, não se tratando de *reformatio in peius*.

Outra observação relevante, relaciona-se com o princípio inquisitório, quando da observação deste, poderá haver piora na situação se o tribunal, ao apreciar o recurso, constatar matérias que fogem ao poder de disposição das partes, como as de ordem pública, as quais podem ser argüidas de ofício pelo juiz.

Portanto, o enunciado básico da proibição da *reformatio in peius* não tem aplicação absoluta, cedendo na hipótese da instância recursal enfrentar e acolher questão processual de ordem pública, repita-se, as quais são passíveis de argüição de ofício pelo julgador.

São de ordem pública as regras que tratam dos requisitos genéricos para a obtenção de um provimento de mérito, como as condições da ação e pressupostos processuais, nos termos dos artigos 267, § 3º e 301, § 4º do CPC, assim como as que versam sobre nulidades absolutas, p. ex., incompetência absoluta prevista no artigo 113 do CPC, anulação da sentença por cerceamento de defesa (art. 5º, LV CF), anulação da sentença infra, ultra ou extra petita, previstos nos artigos 128 e 460 do CPC.

Situação interessante e não extraordinária acontecer na prática, é quando o juízo a quo não condena o sucumbente em honorários advocatícios, posto que nos termos

do art. 20 do CPC, pode a situação do recorrente ser piorada se o tribunal, ao manter a sentença, o condenar em honorários, suprimindo a omissão do juízo a quo. O que não poderá ser feito é piorar a decisão *a quo* referente aos honorários pelo próprio recurso da parte.

Figura assemelhada à da proibição da *reformatio in peius*, é a proibição, pela súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça, do agravamento da condenação imposta à Fazenda Pública, quando do cumprimento do disposto no artigo 475 do CPC, no que se chama remessa necessária ou duplo grau de jurisdição obrigatório. Como será visto mais adiante, tal previsão não pode ser confundida com recurso, onde o princípio da voluntariedade se faz presente.

4.3.5 Princípios da taxatividade, singularidade, inquisitório e fungibilidade

A análise conjunta dos princípios da singularidade, inquisitório e fungibilidade, não tem qualquer relação com uma menor importância que tenham sobre os recursos, mas, sim, pela atenção dada à necessidade de evitar subdivisão excessiva.

Pelo princípio da taxatividade, somente são considerados recursos aqueles designados em número limitado por lei federal, quer seja via Código de Processo Civil, quer seja por outra lei de mesma hierarquia. Portanto, a numeração não é exemplificativa, mas taxativa, bem como a interpretação não pode ser ampliada, mas restritiva.

Pode-se encontrar previsão taxativa de recursos no artigo 496 do Código de Processo Civil, como também os previstos pela Constituição Federal, nos artigos 102, I e 105, II e em legislação federal extravagante, como dispõe o artigo 34 da Lei de Execuções Fiscais, Lei 6.830/80.

É de fácil constatação a importância deste princípio, na medida em que a taxatividade dificulta movimentos processuais, estranhos aos recursos, com a finalidade de impugnar decisões judiciais, o que só iria de encontro à celeridade processual.

A respeito do princípio da singularidade, apresentando as sinonímias unirecorribilidade e unicidade, temos que no sistema brasileiro não há possibilidade de ser interposto mais de um recurso contra uma mesma decisão. Tal princípio é extraído do sistema processual, já que este prevê expressamente determinado recurso para cada ato decisório do juiz, evitando-se o entrave da jurisdição.

Cabendo destacar a possibilidade de interposição de mais de um recurso contra a mesma decisão, tendo em vista o conteúdo decisório do ato admitir essa multiplicidade, mas por questão de celeridade e economia processual, é consuetudinário o acúmulo, respeitando-se uma ordem estabelecida de julgamento dos recursos.

A exemplo de acúmulo autorizado legalmente, cita-se uma decisão da câmara que infrinja lei federal e a Constituição Federal, quando poderá ser interposto, respectivamente, o recurso especial e o extraordinário, cujo procedimento é regulado pelo artigo 543 do Código de Processo Civil. Exceção ao princípio que também pode ser visualizada no artigo 489 do mesmo diploma, o qual prevê de um mesmo processo em julgamento de segundo grau desafiar embargos infringentes, recurso extraordinário e recurso especial, preenchidos os pressupostos específicos de cada um.

Quanto ao princípio inquisitório, em breves palavras, informa-se que na esfera recursal, o julgador possa conhecer de questões, mesmo que as partes não as impugnaram, por estarem fora do âmbito de disposição destas, pelo que cabe destacar que

Além das questões de ordem pública, devem ser incluídas também as situações que possam vir a comprometer a própria validade da prestação da tutela jurisdicional, como ocorre diante da presença de nulidade absoluta. Permite-se, assim, independentemente de qualquer alegação nas razões recursais, que o Tribunal, no julgamento de um recurso de apelação, anule a sentença infra (citra), ultra ou extra petita (arts. 128 e 460 CPC). (JORGE, 2004, p. 227).

Finalmente, sobre o princípio da fungibilidade, também nomeado de princípio do recurso indiferente ou, princípio da permutabilidade dos recursos ou, princípio da conversibilidade dos recursos, dispõe que havendo dúvida objetiva, na doutrina ou na jurisprudência, sobre o recurso cabível a ser interposto e não se evidencie erro

grosseiro ou má-fé por parte do recorrente, poderá haver mitigação do cabimento recursal, pelo que admite-se a interposição de um recurso pelo outro.

A aceitação de tal princípio pela jurisprudência e doutrina, apesar de não haver previsão legal, toma como maior objetivo a não prejudicialidade da parte que se vê desarmada de lei ou interpretação doutrinária e jurisprudencial sobre o cabimento do recurso adequado para determinada decisão, não havendo que se falar em desencontro com a celeridade processual, mas evitar que o formalismo excessivo na admissão dos recursos, somado ao erro ou omissão do sistema normativo prejudique o recorrente.

A doutrina cita alguns exemplos de aplicação do princípio da fungibilidade, quando a dúvida paira entre o manuseio do recurso de agravo ou da apelação, pelo que Nery Júnior (2004, p. 146) enumera a rejeição liminar da reconvenção (art. 318 CPC) e decisão que exclui litisconsorte do processo.

4.4 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E DE MÉRITO DOS RECURSOS

Assim como os pressupostos processuais de existência e validade, bem como as condições da ação são requisitos para o pronunciamento de mérito, no âmbito recursal também se analisam determinados requisitos para que haja o juízo de mérito recursal. Nesse sentido “quanto ao recurso, ocorre fenômeno assemelhado. Existem algumas condições de admissibilidade que necessitam estar presentes para que o juízo ad quem possa proferir o julgamento do mérito do recurso.” (NERY JÚNIOR, 2004, p. 252).

Tais requisitos de admissibilidade dos recursos, constituem exigências formais que devem ser observadas pelo recorrente, em sua totalidade, para que lhe seja garantido a análise das razões de sua irresignação com a decisão atacada, a fim de

que, após conhecido o recurso por ter aqueles requisitos de admissibilidade preenchidos, se alcance o reexame, sendo que o provimento ou não, será consequência do juízo de mérito. Cumpre observar, que os requisitos de admissibilidade são preceitos de ordem pública, de incidência inafastável pela vontade das partes e do próprio julgador, como acontece com as condições da ação, como se pode confirmar nos dizeres de Nelson Nery Júnior, senão vejamos

Como a matéria relativa ao juízo de admissibilidade dos recursos é de ordem pública, o juiz deve reexaminar se estão presentes os pressupostos recursais, de ofício. Pode, igualmente, servir-se da alegação do recorrido, que apontou a inadmissibilidade do recurso nas contra-razões. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 261).

Informa Jorge (2004, p. 53), sobre a importância do não conhecimento do recurso em relação ao trânsito em julgado da decisão judicial, notadamente quanto à contagem do prazo de interposição da ação rescisória, a respeito da qual a doutrina tem entendido que começaria a contar do dia final do prazo para interposição do recurso, visto a decisão de inadmissibilidade do recurso ter efeito ex tunc, pelo que a respeito do assunto destaca-se que

O recurso não conhecido, por lhe faltar alguma das condições de admissibilidade, faz com que se tenha a decisão impugnada como transitada em julgado no momento em que se verificou a causa do não conhecimento do recurso (eficácia ex tunc), e não no momento em que o tribunal ad quem proferiu o juízo negativo de admissibilidade. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 267).

Isto é, mesmo que a decisão de não conhecer do recurso, por intempestividade, seja dada dois anos após a sua interposição, ela terá efeito ex tunc, retroagindo a imutabilidade pelo trânsito em julgado, à data do último dia do prazo para interposição legal e, conseqüentemente, de quando se iniciará a contagem do prazo para a ação rescisória, nos termos do artigo 495 do CPC, fazendo com que a parte seja punida pela demora do julgamento do recurso.

A respeito do efeito ex tunc ou ex nunc da decisão sobre o juízo de admissibilidade dos recursos, cabe destacar que

A respeito desse assunto, não podemos olvidar que o correto é adotar-se uma posição intermediária, não se deixando de reconhecer inúmeras situações em que o juízo de admissibilidade deverá ter efeito ex tunc.

Essa posição que denominamos de intermediária veio a ser construída pela própria jurisprudência diante da circunstância narrada, qual seja a demora no julgamento dos recursos que vieram, posteriormente, escoados mais de dois anos, a não ser conhecidos. (JORGE, 2004, p. 53).

Por esse motivo, Jorge (2004, p. 54) defende o efeito ex tunc no que tange aos requisitos tempestividade e preparo. Operando-se efeito ex nunc com a decisão que não conhece do recurso pelo não preenchimento de requisito diferente.

No que tange aos requisitos de admissibilidade dos recursos, informa Nery Júnior (2004, p. 273) que o critério de divisão proposto por José Carlos Barbosa Moreira é o melhor, dividindo-se em requisitos envolvendo a existência do poder de recorrer, a saber: o cabimento do recurso; legitimidade para recorrer; interesse em recorrer; inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, chamados de requisitos intrínsecos; e os que dizem respeito ao modo de exercer o poder de recorrer, sendo: tempestividade; regularidade formal e preparo, denominados extrínsecos.

Em poucas linhas, sobre os requisitos intrínsecos, ao cabimento estariam ligadas as circunstâncias de recorribilidade do ato decisório judicial e de ser utilizado o recurso correto frente a este ato. Da análise de dispositivos legais se pode extrair o conteúdo do requisito intrínseco cabimento, visualizando-se a questão da recorribilidade e da correspondência do respectivo recurso, nos artigos 162; 504; 522, caput; 539; 541 e; 546, ambos do CPC.

Sobre a legitimidade para recorrer, encontra-se no artigo 499 do CPC, de forma limitada, a numeração daqueles que estão habilitados para tal, evitando-se o caos processual se qualquer um pudesse recorrer. O primeiro e mais comum habilitado a recorrer, seria aquele com a qualidade de parte no processo, nos termos do artigo 6º do diploma processual civil, tratando-se de legitimidade ordinária, podendo-se citar, no mesmo sentido, a Lei 7.347/85 e o Código de Defesa do Consumidor, os quais dispõem sobre a legitimidade extraordinária, somando ao fato da sucumbência no processo.

Legitima-se o terceiro prejudicado, na medida em que este evidencia para o Poder Judiciário a relação de prejuízo com o objeto do processo, como dispõe a primeira parte do artigo 472 do CPC. Nesse sentido os auxiliares da justiça não teriam legitimidade. Entretanto, por disposição legal expressa, o advogado teria legitimidade em relação aos honorários de sucumbência, nos termos do artigo 23 e 24 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei 8.906/94, senão vejamos

Com efeito, não seria razoável que a lei lhe conferisse o direito aos honorários da sucumbência, mas não a defesa e a proteção efetiva desse direito, com todos os seus consectários. Assim, parece-nos que há para o advogado legitimidade e interesse em recorrer dessa sentença, como terceiro prejudicado (CPC 499), para discutir amplamente a questão de seus honorários, como critério para a fixação, o valor etc. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 314).

Resta clara a legitimidade do Ministério Público para recorrer, devido a disposição expressa, além das atribuições que lhe são inerentes, seja como parte, seja como fiscal da lei.

Interesse em recorrer tem relação com a necessidade da intervenção estatal, no plano recursal, pelo prejuízo evidente com a decisão prolatada em seu desfavor, sendo que somente pelo recurso haveria de se conseguir reverter a situação, posto ter o mesmo a utilidade para tal. A exceção de não se vincular a esse binômio necessidade –utilidade do recurso, estaria o Ministério Público, o qual mesmo saindo vencedor do litígio, seja na condição de parte ou fiscal da lei, pode interpor recurso contra a decisão que lhe foi favorável, em aplicação ao princípio da independência funcional que lhe é inerente, tendo em vista atuar em causas de interesse público ou quando o seu comparecimento se faz necessário pela presença de parte relativa ou absolutamente incapaz.

A inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do poder de recorrer, como requisito intrínseco dos recursos, diz respeito à sua não presença até o momento do juízo de mérito, sob pena de não conhecimento do recurso. Assim, tanto a renúncia ao direito de recorrer, artigo 502, como a aquiescência, artigo 503, e, a desistência, artigo 501, todos do CPC, são considerados requisitos negativos de admissibilidade dos recursos.

No âmbito dos requisitos que dizem respeito ao recurso em si, classificados como extrínsecos, a tempestividade relaciona-se com a impugnação no prazo que a lei estipula, sob pena de preclusão ou trânsito em julgado da decisão pelo não conhecimento do recurso. É de se ressaltar os prazos diferenciados regulados pelo artigo 188 e 191 do CPC, com observância da súmula 641 do Supremo Tribunal Federal, relacionados à Fazenda Pública, ao Ministério Público e aos litisconsortes.

Também não se pode esquecer das Autarquias, sobre as quais Spitzcovsky (2003, p. 105) lembra que estão incluídas na expressão Fazenda Pública, estendendo-se a elas os privilégios processuais fixados no artigo 188 supracitado, inclusive com julgamento nesse sentido nos tribunais superiores, como se pode observar em julgados do Superior Tribunal de Justiça, 1ª T., REsp n. 60.591/PR, rel. Min. César Rocha, RSTJ 812/75.

Cumprir destacar a boa iniciativa da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, a qual dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, especificamente em seu artigo 9º, igualando os prazos para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos.

A contagem do prazo recursal segue os dispositivos 242 e 506, na forma do artigo 184, todos do Código de Processo Civil.

Outro requisito extrínseco é o preparo, pelo qual, os recursos se submetem ao recolhimento de custas, as quais, não pagas no momento adequado, acarreta a pena de deserção, ou seja, considerar-se-á abandonado o recurso, impedindo que se faça o juízo de mérito. Merecem destaque aqueles recorrentes isentos de custas, como os numerados no § 1º do artigo 511 do CPC, bem como aquelas pessoas amparadas pela Lei 1.060/50.

Isenções objetivas que não poderiam ficar de fora são as do agravo retido e do agravo de instrumento, este quando visar ao destrancamento de recurso especial ou de recurso extraordinário, como dispõem, respectivamente, o § único do artigo 522 e a primeira parte do § 2º do artigo 544, ambos do CPC.

A regularidade formal dos recursos como requisito de admissibilidade, está ligado ao preceito de que os atos processuais, sejam das partes, do magistrado ou dos auxiliares da justiça, devem revestir-se de uma forma para que a segurança jurídica seja preservada, podendo haver mitigação desse formalismo exacerbado, desde que o ato alcance a finalidade sem causar prejuízo a qualquer das partes ou à administração da justiça, como dispõe o artigo 250 do CPC.

Intimamente ligado à regularidade formal dos recursos é o artigo 514 do CPC, podendo-se citar como exemplo a interposição na forma escrita, que é regra e deve ser seguida, admitindo-se a forma oral excepcionalmente, como prevê o novíssimo § 3º do artigo 523 do CPC, sobre o qual se exporá comentários mais adiante.

Exposto, de forma reduzida, o teor dos requisitos de admissibilidade dos recursos em geral, convém ressaltar que existem os específicos ligados à regularidade formal, como os relativos ao agravo, nas modalidades de instrumento e retido. Na forma de instrumento, o recorrente deve observar os requisitos gerais de admissibilidade, além de demonstrar para o julgador que a decisão recorrida é suscetível de lhe causar lesão grave e de difícil reparação, ou, independentemente desta situação, nos casos em que o agravo retido seja inócuo, não tendo possibilidade de surtir efeito diante da situação processual atual, como nos casos de inadmissão da apelação ou relativa aos efeitos que esta é recebida, nos termos do art. 522 do CPC.

Pode-se citar outros exemplos no mesmo sentido, ou seja, onde a interposição de agravo na modalidade retida seja inócuo, pelo momento procedimental ou por questão de urgência, o ato de admitir ou de rejeitar requerimento de substituição de penhora; admitir ou rejeitar alegação de impenhorabilidade; deferir ou indeferir requerimento de assistência; fixar alimentos provisórios; e outros. Nos casos em que a decisão versar sobre matérias de ordem pública, não haveria interesse recursal no agravo na modalidade retida, já que este tem como principal objetivo a não incidência de preclusão e, tais matérias, não ficam acobertadas por este instituto.

Ainda quanto ao agravo na forma de instrumento, têm-se os requisitos formais dos incisos e parágrafos do artigo 525 e o requerimento de juntada de cópia como dispõe o artigo 526 e § único, ambos do CPC.

Na forma retida, o recorrente também deve obedecer aos requisitos gerais de admissibilidade, com exceção do preparo do qual é isento, além daqueles de que dispõe o CPC, como o requerimento de apreciação pelo tribunal, previsto no § 1º do artigo 523 e, sua interposição oral e imediata, nas audiências de instrução e julgamento, nos termos do § 3º do mesmo artigo.

4.5 EFEITOS DOS RECURSOS

A prática de atos decisórios judiciais pode ensejar a interposição de recursos, os quais produzem consequências no processo, denominadas de efeitos dos recursos. Complementando, o ato decisório pode ocasionar a interposição de determinado recurso, com seus respectivos efeitos àquele ato diretamente relacionados.

Sem delongas, aparentemente tem maior relação com o presente trabalho os efeitos classificados como devolutivo e suspensivo dos recursos, cabendo destacar que

O primeiro se refere à transferência, ao órgão competente do duplo exame, da matéria que constitui o objeto da impugnação recursal. O segundo atinente ao impedimento da eficácia (produção de efeitos) da decisão recorrida. (JORGE, 2004, p. 247).

Diante do direito constitucional de reexame, todo recurso tem efeito devolutivo, sendo considerado essa observância mesmo que o direito ao duplo grau de jurisdição seja limitado, como já exposto no subtítulo 4.2, quando o reexame seja feito por órgão da mesma hierarquia daquele que emanou a decisão, ou, ainda que seja feito pelo mesmo órgão, como ocorre nos embargos de declaração, no agravo, quando há o juízo de retratação e na apelação, nas exceções previstas para a retratação no artigo 296 e do novíço § 1º do artigo 285-A, ambos do CPC.

Quanto ao efeito suspensivo, este não diz respeito ao recurso em si, mas ao efeito da decisão, destacando-se que

O denominado efeito suspensivo está diretamente relacionado à ineficácia da decisão, qual seja, por vontade do legislador, e em apreço às técnicas de segurança, este predeterminedou que, regra geral, as decisões que extinguem o processo não são dotadas de efeito imediato, isto é, proferida uma decisão ela já nasce amordaçada de seu efeito normal. Sabe-se qual será o efeito, mas o sistema impede que seja realizado. Então, diante disso, o legislador estabelece que o recurso apenas prolonga o estado de ineficácia da decisão.” (JORGE, 2004, p. 249).

As técnicas de segurança e efetividade, levadas em conta pelo legislador para atribuir aos recursos aptidão de suspender a eficácia do ato decisório, têm sido historicamente manuseadas, notadamente em relação ao recurso de agravo, como poderá ser observado posteriormente quando dos comentários sobre a evolução deste recurso no sistema recursal brasileiro, tendo em vista dar maior celeridade ao processo, sem deixar de observar o perigo da decisão em causar lesão grave e de difícil reparação para as partes.

Atualmente, o agravo na modalidade retida, pela sistemática procedimental de sua interposição e julgamento, não tem efeito suspensivo, entretanto, o agravo na modalidade de instrumento o terá, se pleiteado pelo recorrente com base no rol exemplificativo do artigo 558 do CPC. Outros casos em que não se evidencie a urgência pelo perigo de lesão de difícil reparação, quando é possível o recorrente sofrer os efeitos negativos da decisão, o agravo de instrumento não terá o efeito suspensivo, se não vejamos

Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

A respeito do recurso de agravo ser recebido apenas no efeito devolutivo, vejamos sobre a sistemática posterior à sua interposição e ao provimento, a saber

Como o agravo é recebido, em regra, apenas no efeito devolutivo (CPC 497 e 527 III a contrario sensu), a decisão agravada é desde logo eficaz e o procedimento não se interrompe com a interposição do recurso. Os atos processuais que são praticados depois da interposição do agravo ficam

sujeitos a condição resolutive, isto é, dependem do desprovemento do recurso. Caso seja provido, todos esses atos tornam-se ineficazes. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 434).

Diante do ordenamento processual vigente, mesmo que não haja apelação, não incidirá a coisa julgada, apenas a preclusão quanto à possibilidade de interposição deste recurso. Nesse sentido, “a decorrência natural disto é que a eficácia da sentença fica condicionada ao desprovemento do recurso de agravo.” (NERY JÚNIOR, 2004, p. 435).

5 SUCEDÂNEOS RECURSAIS

O remédio específico previsto nos sistema processual para impugnar as decisões judiciais é o recurso, taxativamente enumerado e com relação estabelecida para cada tipo de decisão. Entretanto, alguns remédios processuais têm o poder de exercer a mesma função dos recursos quando, por falha do sistema, estes não forem previstos para impugnar determinada decisão. Fundamentalmente, diferenciam dos recursos pela atipicidade e, as vezes, por instituírem nova relação jurídica processual, mas comportando em sua natureza muita proximidade com estes, como os conteúdos de voluntariedade, dialeticidade e direito ao contraditório da parte, além, é claro, da eliminação ou substituição do ato decisório, destacando-se que

Existem alguns remédios que, por absoluta falta de previsão legal, não são considerados como recursos, mas tendo em vista a finalidade para a qual foram criados, fazem as vezes destes e, por esta razão, são denominados de seus sucedâneos. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 75).

Com a evolução do direito processual civil, notadamente com o surgimento do Código de Processo Civil de 1973, toda e qualquer decisão passou a ser recorrível, entrando em desuso sucedâneos como o mandado de segurança, pedido de reconsideração e correição parcial. Este último, tendo sido muito usado na vigência do Código de Processo Civil de 1939, o qual previa hipóteses taxativas de interlucutórias passíveis de interposição do recurso, fazendo com que as partes utilizassem a correição parcial, também chamada de reclamação, para suprir as lacunas, com procedimento idêntico ao agravo de instrumento.

Há que se observar, que o mandado de segurança passou a ser manuseado com outro objetivo após a vigência do CPC de 1973, ou seja, essa ação autônoma foi bastante utilizada até o advento da Lei 10.352 do ano de 2001, quando ampliou-se os casos em que o agravo teria efeito suspensivo. Até então, o mandado de segurança tinha larga utilização com o objetivo específico de atribuição desse efeito ao agravo, sendo os dois institutos interpostos praticamente de forma simultânea, sendo alvo de severas críticas pelo abarrotamento de processos nos tribunais, com consequências negativas sobre a celeridade.

Além dos sucedâneos supracitados, Nery Júnior (2004, p. 75), controvérsias a parte, ainda enumera outros como a arguição de relevância no recurso extraordinário, a ação rescisória, os embargos de terceiro, os agravos regimentais, o habeas corpus contra o decreto de prisão civil e a medida cautelar inominada.

Importante destacar, também, a importância da chamada querela nullitatis nesse contexto, tendo em vista sua proximidade com a natureza funcional dos recursos, que é a impugnação, mesmo que de forma reflexa, pela declaração de inexistência de relação jurídica pela nulidade de citação somada à revelia do réu. O defeito em questão é de extrema gravidade e, mesmo com a incidência das supostas preclusões e do suposto trânsito em julgado, tal meio de impugnação ergue-se soberano para declarar que o suposto processo nunca existiu no mundo jurídico, senão vejamos

Assim, a citação nula, somada à revelia, deixará de ser nula, para ser inexistente: neste sentido, deve considerar-se inexistente a citação nula somada à revelia. Não ocorre, neste caso, uma transformação da nulidade em inexistência. O que ocorre é que, se antes havia ato nulo – porque a emissão da citação não foi realizada validamente – este vício deixa de ser considerado diante do vício mais grave, consistente no fato de a informação veiculada por meio da citação não ter chagado ao réu (=ausência de citação). (WAMBIER, 2004, p. 356).

A respeito de se cogitar ser a remessa necessária um sucedâneo recursal, prevista no artigo 475 do CPC, cabe destacar que

Atualmente, não há mais que se falar na existência de uma apelação ex officio ou necessária e tampouco atribuir-lhe a natureza de recurso. Faltam-lhe todos os elementos necessários para a sua caracterização como recurso, tais como a tipicidade, a voluntariedade, a dialeticidade e o próprio direito ao contraditório da parte contrária. (JORGE, 2004, 201).

Assim, diante do conceito de sucedâneo recursal, não se pode atribuir à remessa necessária esta qualidade, posto que se distancia em muito do conteúdo conceitual dos recursos.

Interessa, ainda, destacar o pedido de reconsideração, tendo em vista seu possível retorno aos meandros do judiciário, com a publicação da Lei 11.187, de 19 de outubro de 2005, a qual será objeto de análise mais a frente.

O artifício utilizado pelos advogados em ocasiões onde a Lei revelava-se omissa, era o chamado Pedido de Reconsideração, ressaltando-se já ter sido do direito positivo, a saber, nas Ordenações Filipinas e mantida pela Consolidação Ribas, nesse sentido cabe destacar

Sua grande utilidade ocorria quando a parte tinha em seu desfavor uma decisão interlocutória, contra a qual somente cabia o recurso de agravo de instrumento interposto perante a primeira instância, onde era processado e após meses remetido ao tribunal respectivo para julgamento (JORGE, 2004, p. 202).

O pedido de reconsideração é expediente raro no judiciário, principalmente quando o legislador adotou a recorribilidade ampla das interlocutórias, com o advento do Código de Processo Civil de 1973 e a possibilidade de interpor o agravo de instrumento diretamente no tribunal, com a reforma processual.

Referindo-se ao chamado pedido de reconsideração, Alvim Wambier (2000, p. 383), informa que, atualmente, compreende em simples requerimento de reexame da questão decidida pelo mesmo juiz que prolatou a decisão, quando este não esteja atado pela preclusão pro judicato, podendo, então, ser exercido mesmo de ofício, independentemente de interposição de recurso. Cita-se, um caso de uso desse sucedâneo, o pedido de revisão da decisão que concede a tutela antecipada.

6 A CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RETIDO NA NOVA ORDEM PROCESSUAL BRASILEIRA

Destacam-se os atos judiciais, especificamente os pronunciamentos judiciais proferidos incidentalmente no processo, com natureza decisória, serem denominadas de decisões interlocutórias. Nesse sentido “...preferível que o CPC a tivesse denominado simplesmente de “interlocutória”, porque decisão ela já é...” (JORGE, 2004, p. 30).

Comungando deste entendimento, passamos a nomear as decisões passíveis de impugnação, via recurso de agravo, somente de interlocutórias. Refletindo-se sobre a relação das interlocutórias com o processo, pelo que encontramos as “questões” de qualquer natureza ou espécie, resolvidas incidentalmente durante o curso do processo, por exemplo, as de fundo e de forma; as de conhecimento de ofício; as atuais, aquelas onde são apresentadas afirmações do réu contrárias às do autor, sejam como for, deverão ser apreciadas porque ensejam dúvidas que interferem no julgamento definitivo, de maneira a comprometer a justiça, celeridade e/ou na movimentação inútil da máquina estatal judiciária.

Neste passo, os despachos não podem ser considerados como atos decisórios propriamente ditos, pois mesmo que existindo determinado e pequeno grau de conteúdo decisório, a finalidade não é resolver questões. O trâmite processual é o objetivo dos despachos, de forma a que os atos sejam praticados, pelas partes, de forma conseqüente ao antecedente, a se alcançar à decisão de mérito. Impulsionar o processo e a movimentação procedimental, p. ex., determinação de juntada de documentos, designação de audiência preliminar, vista de documentos novos, nos termos do § 3º do artigo 162, analisado em conjunto com o art. 262, ambos do CPC.

Cumprе salientar a importância de se distinguir tais atos processuais, repita-se, despacho e interlocutória, com a finalidade de se evitar, de início, o processamento desnecessário de um recurso contra um ato sem conteúdo decisório que possa causar prejuízo, ou sem qualquer grau intelectual de decisão pelo Juiz, sendo que a

tal distinção deveriam, Advogados e Julgadores, dar mais atenção, para contribuir com o trâmite célere do processo.

Com relação à identificação de despachos e interlocutórias, cabe destacar que

A resolução da questão, portanto, para que seja caracterizada uma decisão, evidencia a necessidade de um grau acentuado de cognição do juiz, diante dos caminhos por ele apontados. O juiz terá então de efetuar propriamente um julgamento sendo dele exigido uma reflexão, uma atividade mental profunda de escolha.

No despacho não existe esse tipo de atividade pronunciamento no despacho é automático e decorre da pura aplicação da lei, sem considerável avaliação de escolha. A essência da solução, segundo pensamos, encontra-se na inexistência de atividade intelectual relevante. (JORGE, 2004, p. 38).

Definitivamente, o atual sistema processual civil brasileiro não adotou o princípio, de origem romana, da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, cabendo destacar que

Com relação ao direito romano, há que se ressaltar que a estrutura do procedimento formulário não permitia a existência de uma verdadeira decisão interlocutória, anterior à sentença, pois o processo como que se esgotava no pronunciamento único do pretor. A primeira notícia que se tem de recurso de interlocutórias é da época dos Severos, quando se permitia a apelação. (ALVIM WAMBIER, 2000, p. 27).

No atual sistema, as decisões interlocutórias poderão ser alvo de impugnação por meio de recurso de agravo, podendo ser interposto por três formas: por instrumento (CPC 524), retido nos autos (CPC 523) ou internamente nos autos (CPC 532, 545 e 557, § 1º), o qual, sobre seu surgimento, a doutrina parece consentir que se origine do direito português, ao tempo de D. Afonso IV, no período de 1325 a 1357, destacando-se que

Nos escaninhos dos diversos povos do mundo, onde são guardados os registros históricos dos recursos disponíveis às partes em juízo, somente no compartimento destinado aos patrícios de Camões é que se pode encontrar a origem do Agravo de Instrumento. (GONÇALVES, 2004, p. 136).

Conforme lembra Gonçalves (2004, p. 137), já na época de D. Afonso IV, podemos observar o confronto entre recurso de interlocutórias e recursos de decisões definitivas, no que diz respeito à celeridade processual, tendo em vista aquele

recurso causar entraves ao alcance de uma decisão de mérito, pois se paralisava o processo a cada apelo de interlocutórias.

A solução adotada por D. Afonso IV, foi vedar o recurso de apelação das decisões proferidas no curso do processo, "...excluindo aquelas das quais pudesse decorrer dano irreparável." (GONÇALVES, 2004, p. 137). Restando claro, atualmente, que a medida tomada por D. Afonso IV foi equivocada, pois ficaram sem possibilidade de impugnação, principalmente, aquelas decisões consideradas abusivas.

Assim, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias fez delas, muitas das vezes, perigosas armas à disposição dos seus prolores, mesmo que não se operasse, como verdade se dava, o efeito preclusivo das tais. (GOLÇALVES, 2004, p. 138).

Nesse passo, só aumentavam as reclamações contra decisões abusivas, as quais eram apreciadas pelo Rei, porém com uma versão deturpada dos fatos apresentados pelas partes. As chamadas cartas de justiça geradas pelas citadas reclamações, agora tinham que passar pelo escrivão ou tabelião, ocasião que se instrumentalizava o expediente para remetê-lo ao corregedor. Nesse passo "...surgiram, respectivamente, o agravo de instrumento e a carta testemunhável." (GONÇALVES, 2004, p. 140).

Referindo-se à adoção do recurso de agravo, após seu advento, Alvim Wambier (2000, p. 44) lembra que nossas legislações o adotaram, estando mesmo presente no regulamento 737, nos Códigos de Processo Civil dos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Pernambuco, Bahia, Distrito Federal e Espírito Santo.

Posteriormente, tal recurso foi previsto nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973. Quanto ao último, tendo sofrido alteração pelas reformas ocorridas nos anos de 1995, 2001 e, recentemente, no ano de 2005, com os objetivos de dar maior celeridade ao processo e desafogar os tribunais pelo aumento de sua interposição. Já no início do século XX, o recurso de agravo era tido como alvo de estudo e modificações. Nesse sentido "...dos institutos de direito formal é o agravo o que mais tem evoluído e que mais profundas modificações tem sofrido no direito pátrio." (GARCEZ, 1914, p. I).

Passa-se, então, ao estudo de aspectos importantes do recurso de agravo durante a sua evolução.

6.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O AGRAVO ATÉ 1939

O autoritarismo da hierarquia estabelecida em Roma, não admitia apelar das decisões proferidas pelo Senado. Mas para amenizar a situação de clamor por justiça, foram criadas as *supplicationes*, pela qual a parte, após confessar que a justiça tinha sido feita, requeria o novo conhecimento da causa.

Nesse sentido “...cabia o agravo ordinário das sentenças definitivas e das interlocutórias com força de definitivas (Ord. L. 3º, 84, § 4º), equivalente à *supplicatio* dos romanos.” (GARCEZ, 1914, p. 9). Antes, porém, observa-se quanto ao recurso de agravo no Direito português, que as Ordenações Afonsinas e Manoelinas, reduziram o cabimento de apelações das interlocutórias aos casos de possibilidade de dano irreparável e das decisões que pusessem fim ao processo.

No direito português, então, ocorreu semelhante situação que se deu em Roma, ou seja, não se admitia apelação de decisões proferidas por certas autoridades judiciárias. Também no mesmo sentido do Direito Romano, foi estabelecido em 1582, pelas Ordenações Manoelinas, a possibilidade de se agravar de determinadas decisões de juízes de quem não era lícito apelar, cujos recursos seriam julgados pelos Senadores Agravistas.

Essa redução provocou a reação daqueles que se sentiam prejudicados com outras decisões, que apesar de gerar prejuízo de ordem processual ou material, ficavam imunes à impugnação, já que o referido agravo ordinário era cabível em determinadas hipóteses a apenas de decisões de determinados juízes. Dessa forma, as queixas contras aquelas decisões consideradas abusivas ou simplesmente equivocadas, eram levadas ao rei sob a forma de cartas de justiça, formalizadas em instrumento, dando origem, posteriormente, ao agravo de instrumento.

Porém, com a prática, observou-se a desnecessidade de formalizar um instrumento, quando o órgão ad quem estivesse a uma distância que não ultrapassasse cinco léguas da sede do juízo a quo, criando-se o agravo de petição, pelo qual, por simples petição, requeria-se ao órgão ad quem que ordenasse a subida dos autos.

Outra importante modalidade de agravo surgida com a Ordenação Filipina, foi o agravo no auto do processo, introduzida pela Casta Regia de 5 de Julho de 1526 – liv. 3º, tit. 20 da Ordenação¹. Tal agravo era previsto para as interlocutórias relativas aos incidentes processuais.

A respeito da história normativa do agravo, Alvim Wambier (2000, p. 38) informa que no Brasil, o agravo ordinário, o agravo de petição, o de instrumento e o agravo no auto do processo eram as modalidades previstas que vigoravam até o advento da Disposição Provisória acerca da administração da justiça de 29 de novembro de 1832, a qual reduziu as modalidades para a de agravo no auto do processo, sendo posteriormente derogada na parte relativa aos agravos, resgatando-se a legislação anterior através da Lei de 3 de dezembro de 1841.

Com o advento do Regulamento 737, foi extinto o agravo no auto do processo, ampliando-se os casos passíveis de impugnação via agravo de petição e de instrumento. Seguiu-se, posteriormente, a ampliação dos casos passíveis de impugnação mediante o recurso de agravo, continuando a linha de atuação legislativa de se fazer prever na lei os casos agraváveis.

6.2 AGRAVO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939

Quanto ao tema ora discutido, interessa, objetivamente, para o presente trabalho, analisar o recurso de agravo no sistema processual civil do Código de 1939 até o atual.

¹ Disponível no site da Universidade de Coimbra: www.uc.pt

No Código de Processo Civil de 1939, apesar de modernos princípios importados do direito alemão e do italiano, imperfeições relacionadas ao agravo existiam, a saber: taxatividade para os regimes de instrumento e de petição (agravo de petição), ou seja, não havia possibilidade de escolha pela parte, a lei previa os casos passíveis de impugnação mediante aquelas modalidades do agravo, além de dizer qual modalidade era compatível.

O resultado foi a confusão gerada em se identificar os casos passíveis de agravo, já que novos casos, diferentes dos previstos em lei, ou, outras decisões que podiam causar dano irreparável, ou de difícilíssima reparação, em relação as quais a lei não previa a possibilidade de recurso, mesmo que evidenciado ser interlocutórias, obviamente impugnáveis por recurso de agravo, ficavam de fora, conforme exposto abaixo

Mas justamente porque a lei enumerava taxativamente os casos de agravo de instrumento, havia hipóteses em que, ainda que de decisão terminativa se tratasse, por força do art. 846, o recurso cabível, em verdade, era o agravo de instrumento, e não o de petição. (WAMBIER, 2000, p. 52).

No diploma processual de 1939, o agravo era previsto, de um modo geral, contra decisões de primeira instância que não julgassem o mérito, terminativa ou interlocutórias, e nos tribunais, contra decisões de inadmissão de determinados recursos.

Nesse sentido, cabe salientar que

Não é de admirar, por isso, que as correções parciais, os procedimentos disciplinares de reclamação e o mandado de segurança viessem a suprir, embora oblíqua e inadequadamente, a falha e erro do legislador de 1939. Quando D. Afonso IV, de Portugal, promulgou lei proibindo a apelação das sentenças interlocutórias, respondeu-lhe a realidade da vida forense e judiciária, àquele tempo, com as querimas e querimônias. Não se lembrou o legislador do Código revogado dessa advertência histórica, e por isso fenômeno idêntico se repetia, com os sucedâneos recursais. (MARQUES, 2000, p. 311).

A saída utilizada pelos advogados, de usar os chamados sucedâneos recursais: correção parcial e mandado de segurança, comprometeu a celeridade processual.

6.3 AGRAVO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Para solucionar o problema que acontecia no sistema do código passado, adotou-se a recorribilidade ampla das interlocutórias.

Em relação ao efeito suspensivo, só podia tê-lo nas hipóteses taxativamente previstas no art. 558: levantamento de dinheiro sem caução, prisão de depositário infiel, etc, se não vejamos:

*Art. 558. O agravante poderá requerer o relator, nos casos de prisão de depositário infiel, a adjudicação, remissão de bens ou de levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea, que suspenda a execução da medida até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.
Parágrafo único. Igual competência tem o juiz da causa enquanto o agravo não tiver subido. (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 1990).*

Assim, passam a ser previstos dois regimes de interposição do agravo: o de instrumento e a de retenção nos autos, com fungibilidade plena entre eles, com algumas ressalvas. A consequência de taxar as hipóteses de concessão de efeito suspensivo ao agravo, foi a de se usar o mandado de segurança para atribuir tal efeito, acumulando a máquina judiciária deste instrumento, comprometendo a celeridade processual, sendo por demais desgastante para o Advogado que se via na condição automática de interpor o mandado de segurança e despachá-lo, a fim de evitar as consequências da não concessão do efeito suspensivo ao recurso.

Com o decorrer do tempo, restou claro que reformas deveriam ser feitas no âmbito do recurso de agravo, o que só veio a acontecer vinte e dois anos depois.

7 O AGRAVO NA REFORMA DE 1995

Pela reforma do Código de Processo Civil através da Lei 9.139, de 30 de novembro 1995, importantes mudanças ocorreram em relação ao recurso de agravo, voltou-se à restrição da escolha pelo regime, inclusive estabelecendo-se, propositadamente, momento do processo onde obrigatoriamente o agravo, na forma retida, fosse obrigatório, com a exceção prevista.

Art. 523.)

Parágrafo 4º: “Será sempre retido o agravo das decisões posteriores à sentença, salvo caso de inadmissão da apelação”. (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 1999, p. 178).

Sobre o parágrafo quarto do artigo 523, a opção do legislador em tornar regra a interposição de agravo, na modalidade retida, contra as decisões posteriores à sentença, levava em conta a lógica processual apresentada, no que diz respeito à fase em que o processo se encontrava.

Nesse sentido o agravo retido das decisões proferidas após sentença, justifica-se pela proximidade do julgamento da apelação, sendo que, caso julgue ainda necessário reformar aquela decisão, poderá reiterar o pedido dentro do recurso de apelação, na forma do art. 523 caput do CPC, indo ao encontro do objetivo da celeridade processual.

A exceção prevista expressamente, tem fundamento na lógica de ser o agravo, na forma de instrumento, a modalidade útil para que o recorrente tente reverter o julgamento negativo de admissibilidade da apelação, já que seria inócuo o agravo, na forma retida, posto ser dependente da subida do recurso de apelação para ser julgado.

Quanto à escolha entre as forma de interposição do agravo, o parágrafo 3º do art. 523 do CPC, abria margem para a interposição nas duas modalidades, além de facultar ao recorrente a interposição oral e imediata do agravo retido, em qualquer

audiência, seja de conciliação, preliminar ou de instrução e julgamento, previstas, respectivamente, nos artigos 125, IV; 331 e 447, ambas no CPC.

Art. 523.)

§ 3º. Das decisões interlocutórias proferidas em audiência admitir-se-á interposição oral do agravo retido, a constar do respectivo termo, expostas sucintamente as razões que justifiquem o pedido de nova decisão. (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 1999, p. 178)

Nos termos no artigo 524 do CPC, a interposição do recurso diretamente no Tribunal, com o objetivo de celeridade, remeteu o ônus da formação do instrumento do serventuário para o agravante, o que de um lado atarefou o Advogado, mas o resultado obtido era bem mais vantajoso, visto que se livrava da dependência da serventia em formar o instrumento, posto que já se havia cheio de afazeres.

Nessa oportunidade, o legislador, com vistas a desafogar os tribunais, também aproveitou para corrigir a questão de atribuição do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, possibilitando o relator atribuí-lo, inviabilizando o uso do Mandado de Segurança para tal.

Vejamos a redação dada ao art. 558 do CPC, pela Lei 9.139/95 e, que é a atual:

Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2006, p. 670).

O processamento do agravo realmente tornou-se mais ágil. A formação do instrumento feito por intermédio do Advogado logo foi assimilada pelos causídicos, incluindo mais essa função em seus trabalhos. Outro objetivo alcançado foi que o mandado de segurança deixou de ser utilizado largamente, o sendo em raríssimas ocasiões, onde o relator não atribuía o efeito suspensivo.

Pode-se considerar a principal consequência da primeira reforma processual, no que tange ao recurso de agravo, o aumento considerável de interposição desse meio de impugnação nos tribunais, comprometendo o julgamento do recurso de apelação.

Em pesquisa do professor da UFES (Universidade Federal do Espírito Santo) e desembargador do TJES (Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo) Álvaro Bourguignon, citada por Jorge et al (2003, p. 172), constatou-se, na prática, o aumento do recurso de agravo de instrumento, se não vejamos:

Tabela 10

ANO	AGRAVOS
1994	264
1996	1.197 um ano após a Lei 9.139/95
2001	1.811

Novamente a legislação processual estaria comprometida em se mover, no sentido de reformar as regras atinentes ao recurso de agravo, revogando e editando novas regras com o intuito de deter o aumento de interposição de recursos de agravo de instrumento.

8 O AGRAVO NA REFORMA DE 2001

Novamente com vistas ao desafogamento dos tribunais do julgamento de agravos de instrumento, posto que, repita-se, estavam prejudicando o julgamento das apelações, recurso este por excelência, considerado o mais próximo à efetividade, mais intimamente ligado à prestação jurisdicional, já que composto de razões ligadas ao mérito, a Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, trouxe mudanças importantes, dentre elas a possibilidade de o relator converter o agravo, originariamente na modalidade de instrumento, em retido, artigo 527, II.

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:

II – poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente. (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2003, p. 676);

Agora, o legislador opta por adotar o agravo, na modalidade retida, como regra, passando o agravo, na modalidade de instrumento, como exceção, tendo-se que preencher novo requisito para que não seja convertido, a saber: estar relacionado com uma tutela de urgência.

Este novo requisito só não será avaliado, quando a modalidade retida for inofensiva contra a decisão, pela falta de interesse, como, por exemplo, da decisão de inadmissão da apelação; da que decidir sobre os efeitos em que a apelação é recebida; da decisão que versar sobre matérias de ordem pública; ato de admitir ou de rejeitar requerimento de substituição de penhora; admitir ou rejeitar alegação de impenhorabilidade; deferir ou indeferir requerimento de assistência; fixar alimentos provisórios; indeferir requerimento de suspender ou de adiar a realização de hasta pública previamente designada pela não intimação do cônjuge do executado¹.

¹ A respeito da falta de interesse na interposição do agravo na forma retida, diga-se que o novo art. 475-H do CPC: “Da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento”, segue a técnica processual correta, pelo que o cumprimento da sentença com conteúdo obrigacional de pagar quantia certa, apurada em liquidação, não enseja nova relação jurídica, portanto, sem previsão de sentença a qual pudesse enfrentar apelação que, por sua vez, fizesse subir o agravo retido. (CPC, 2006, p. 656).

Cumprido ressaltar, que sobre a audiência preliminar, o legislador a deixou de fora do novo parágrafo 4º, do art. 523, quanto à obrigatoriedade de interposição de agravo, na forma retida, tendo em vista não estar presente a mesma justificativa da audiência de instrução e julgamento, repita-se, de estar próximo ao recurso de apelação. Ainda sobre esta parte, deve ser salientado, que em determinadas decisões tomadas na audiência preliminar, é inviável a interposição de agravo na forma retida, a saber

Somente se pode imaginar a interposição do agravo retido contra a decisão que fixa os pontos controvertidos e a que defere as provas. Nunca se poderia cogitar da interposição do agravo retido contra a decisão tomada na audiência preliminar que resolve as questões processuais pendentes. E isso porque essas questões são justamente aquelas relacionadas com as condições da ação e com os pressupostos processuais. (JORGE, DIDIER JÚNIOR & RODRIGUES, 2003, p. 163).

Realmente, não haveria interesse em se recorrer de questões que não precluem, sendo que o agravo retido tem essa função, num primeiro momento.

Na seara do recurso de agravo, a reforma de 2001 gerou dúvidas na doutrina sobre a obrigatoriedade ou não do relator converter o agravo de instrumento em retido. Também alvo de discussões era a previsão, na parte final do inciso II do artigo 527 do CPC, de agravo da decisão que decidisse pela conversão.

Sobre a obrigatoriedade de o relator converter o agravo de instrumento em retido, importantes doutrinadores já se inclinavam pela margem de liberdade do magistrado neste mister, senão vejamos

Indiscutivelmente deverá existir, para o desembargador-relator, uma certa margem de liberdade para que determine ou não a conversão do agravo de instrumento. Poderá ele entender, por exemplo, que a análise daquela decisão, em sede de agravo de instrumento, será mais benéfica para o próprio processo do que aguardar-se o seu exame quando do julgamento do agravo retido. (JORGE, DIDIER JÚNIOR & RODRIGUES, 2003, p. 178).

Fica ainda mais evidenciada a tendência legislativa em obstar, ou melhor, criar resistência à análise de mérito do agravo, na modalidade de instrumento, como se vê na ampliação dos poderes do relator no caso do inciso I do 527 do Código de Processo Civil.

A respeito do procedimento do agravo contra a decisão de conversão, Jorge et al (2003, p. 181), informam que apesar da inexistência de disposição nesse sentido, deveria aplicar analogicamente as disposições do artigo 557, §§ 1º e 2º do CPC. Mas devendo-se advertir, que a previsão de agravo inominado contra a decisão de conversão, visivelmente caminhava de encontro, ou seja, era um paradoxo à intenção do legislador da reforma de 2001, no sentido de dar ao recurso de agravo maior dinamismo em prol da celeridade processual.

O sistema processual, neste ponto, via-se onde dois caminhos se cruzam: direito constitucional ao reexame das decisões versus celeridade processual, questão que freqüenta a mente dos pesquisadores e julgadores da área jurídica, desde o direito romano.

O número de interposição de agravos de instrumento nos Tribunais estaduais, nesta época, revela um crescimento em demasia do manuseio desse recurso, pelo que a discussão sobre nova reforma, nesta ceara, não tardaria a entrar em pauta novamente.

Pesquisas que fizemos em alguns Tribunais de Justiça estaduais, como o do Estado do Espírito Santo e outros dois importantes Tribunais da Região Sudeste: do Estado de São Paulo e do Estado do Rio de Janeiro, nos levaram, em primeira análise, a concluir que os números expressivos deste recurso, após as reformas processuais, evidenciaram uma face do processo contrária à prestação jurisdicional de forma célere, senão vejamos

Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

Tabela 11

ANO	AGRAVOS
2002	2630
2003	2119
2004	2618
2005 (ATÉ 25/04)	803

Os números ora apresentados nos possibilitam, de logo, concluir que o objetivo pretendido pelo legislador não está sendo alcançado. Comparando-se com a pesquisa realizada pelo Des. Álvaro Bourguignon, referida no capítulo 6, nos dão conta de que a possibilidade de conversão do agravo de instrumento em retido, proporcionada ao relator, não surtiu efeito de diminuir a interposição daquele recurso.

Do mesmo modo podemos analisar as pesquisas realizadas nos Tribunais do Rio de Janeiro e São Paulo, se não vejamos:

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹

Tabela 12

ANO	AGRAVOS
1998	17.473
1999	23.006
2000	26.399
2001*	24.966
2002	33.581
2003	40.350
2004**	30.106
2005*** (até 06/07)	40.007

Cumprе destacar, a respeito do processamento mais célere do agravo, o pensamento de Gonçalves (2004, p. 146), na defesa da interposição do agravo no juízo a quo, sendo que sua subida estaria condicionada ao juízo de retratação negativo ou, se positivo, do recurso desta nova decisão, seguindo-se, o desentranhamento das peças necessárias, o preparo, a resposta do agravado e o envio à instância superior, nada mais.

¹ * Greve do Judiciário de 27/08 a 14/11/01

** Greve do Judiciário de 29/06 a 27/09/2004

*** Greve do Judiciário de janeiro a maio de 2005

Tabela 13

ANO	AGRAVOS
1995	2551
1996	5489
1997	5710
1998	10443
1999	14848
2000	17139
2001	18455
2002	21601
2001	18455
2002	21601
2003	23629
2004	24523
2005	24287

A nova lei 11.187, de 19 de outubro de 2005, acabou por tentar solucionar o problema, dentre outros relativos ao recurso de agravo, como será examinado a seguir.

9 O AGRAVO E A LEI 11.187/2005

De logo, observa-se com a nova redação dada pela Lei 11.187/05 ao artigo 522 caput do Código de Processo Civil, a efetivação legal da opção pelo legislador, da interposição do agravo na modalidade retida como regra, se não vejamos:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2006, p. 665).

Assim, com o advento do artigo trazido pela nova lei, não há mais que se falar em escolha do regime do recurso de agravo. A regra é a forma retida, ressalvadas situações em que se a decisão esteja relacionada com a suscetibilidade de causar lesão grave e de difícil reparação ao recorrente, bem como naquelas em que o agravo na forma retida esteja desprovido do requisito interesse, como supramencionado no capítulo 9.

Seguindo o mesmo curso de ideais almejados quanto ao recurso de agravo, notadamente a celeridade processual, o legislador torna obrigatória a interposição de agravo, oral e imediatamente, contra as decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento. Cumpre ressaltar que, salvo melhor juízo, o prazo para resposta do agravo, neste caso, nos parece dever respeitar o princípio da isonomia. Nas outras situações, haveria aplicação normal do § 2º do artigo 523 do CPC.

A respeito da obrigatoriedade de interposição da modalidade retida de agravo, das decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento, em princípio, parece de fácil concatenação dos pensamentos, que tal obrigatoriedade sucumbirá face a uma decisão que evidencie periculum in mora.

Como exemplo, podemos citar uma decisão que indefere a oitiva de determinada testemunha, acometida de grave doença e na iminência de falecer; no mesmo raciocínio, uma decisão que antecipa os efeitos da sentença, contra a qual somente

caberia apelação com efeito devolutivo. Em ambos os casos, evidencia-se o agravo, na forma de instrumento, como o remédio eficaz para a parte.

Também fica resolvida a questão da obrigatoriedade do relator em converter o agravo de instrumento em agravo retido, condicionada à inexistência de perigo de periculum in mora e, naqueles casos onde não há interesse recursal na modalidade retida, se não vejamos

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:

I. (...);

II. Converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa. (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2006, p. 665).

Entretanto, pensamos que o ponto mais polêmico trazido pela Lei 11.187/05, foi a supressão da interposição de recurso contra as decisões previstas nos incisos II e III do artigo 527 do Código de Processo Civil, acrescentando o § único ao mesmo artigo, como a seguir

Art. 527. (...)

(...);

§ único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar. (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2006, p. 666).

No caso do inciso II do artigo supracitado, convertido, então, o agravo de instrumento em agravo retido e, não sendo exercida a retratação pelo o relator, o agravo de instrumento será remetido ao juízo de primeiro grau e apensado ao processo de origem. O recorrente, para ver exercido o juízo de mérito agravo convertido em retido, deverá proceder conforme as disposições do caput e § 1º do artigo 523 do CPC.

Conforme a exposição de motivos do Projeto de Lei que deu nova redação aos artigos 523 e 527 da Lei 5.869/73 – CPC - as mudanças relativas ao recurso de agravo estão sob as diretrizes da racionalidade e celeridade da prestação

jurisdicional, sem deixar de ser observado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

No caso específico do § único do artigo 527 do CPC, informa a citada exposição de motivos que o escopo é impedir a reiteração de recursos, evitando-se o retardamento processual. Assim, parece surgir uma situação em que o sucedâneo recursal “pedido de reconsideração”, haveria de ser manuseado para que o relator reexaminasse sua decisão de converter o agravo de instrumento em retido, posto não mais caber recurso desta decisão ou, mais grave ainda, voltar à cena, de modo a frustrar o objetivo do legislador de evitar o retardamento processual, o uso do Mandado de Segurança contra ato judicial.

Deixar para rever a decisão tomada pelo relator nos casos dos incisos II e III do artigo 527 do CPC, quando do julgamento do agravo, é insignificante para a parte. A vedação do cabimento do mandado de segurança contra ato judicial, prevista o inciso II do artigo 5º da Lei 1.533/51, parece não ter eficácia diante de uma situação que evidencie o receio ou a ameaça de lesão grave ou de difícil reparação, sendo cabível o writ.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito se fala em celeridade processual, por vezes se esquecendo da utilidade da decisão, sem se atentar que ambas têm que caminhar harmonicamente. A prestação da tutela jurisdicional tem que ser entregue de forma mais rápida possível, porém tem que ser útil, a rapidez ou a demora podem contribuir para uma decisão iníqua.

Com a publicação e entrada em vigor da norma constante do inciso LXXVIII do artigo 5º da CF/88, a efetiva prestação jurisdicional foi erigida a princípio fundamental, que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Não se pode esquecer que neste contexto, a segurança jurídica não pode ficar de fora. Os princípios da celeridade e a duração do processo devem ser aplicados com observação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, assegurando que o processo não se estenda além do prazo razoável, nem tampouco venha comprometer a plena defesa e o contraditório. Nesse sentido, cabe destacar

Tempo e processo constituem duas vertentes que estão em constante confronto. Em muitas ocasiões o tempo age em prol da verdade e da justiça. Na maioria das vezes, contudo, o fator temporal conspira contra o processo. Chiovenda falava do processo como fonte autônoma de bens; poder-se-ia, com maior realismo, falar do processo contemporâneo como fonte autônoma de males! (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 11).

A análise crítica de alguns institutos jurídicos processuais, para se apurar a idéia de processo justo, considerando o fator tempo e a segurança jurídica como o norte do sistema processual, a exemplo da conversão do agravo de instrumento em agravo retido, há de ser contínua.

Não basta assegurar, portanto, a existência de mecanismos adequados à solução de controvérsias, se as pessoas não tenham efetivo acesso a ele, podendo-se salientar que

Em razão disso, a inafastabilidade do Poder Judiciário não pode representar garantia formal de exercício da ação. É preciso oferecer condições reais para a utilização desse instrumento, sempre que necessário. De nada adianta

assegurar contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, se a garantia de acesso ao processo não for efetiva, ou seja, não possibilitar realmente a todos meios suficientes para superar eventuais óbices existentes ao pleno exercício dos direitos em juízo. (BEDAQUE, 1998, p. 69).

Vislumbra-se que o objetivo do legislador, não de desafogar os Tribunais do recurso de agravo, mas de dar maior celeridade ao processo para um provimento final, abrogando-se a parte final do inciso II do art. 527 e adiando o julgamento do recurso contra a decisão que converte a modalidade do agravo de instrumento para retido, ou que decide sobre os efeitos, ao momento do julgamento do agravo original, aparentemente tem uma grande chance de lograr êxito, pois, desse modo, o Tribunal não teria que se reunir exclusivamente para julgar o agravo contra a decisão de conversão.

Entretanto, pode-se contra-argumentar sobre a inutilidade da derrogação acima referida, devido à possibilidade de se interpor o mandado de segurança como sucedâneo, o qual também exigiria a mesma atividade do Tribunal, sem se esquecer do pedido de reconsideração.

A solução encontrada pelo legislador, foi de postergar o reexame da decisão que converte o agravo em retido para o momento do julgamento do agravo de instrumento ou que decide sobre os efeitos, fazendo com que o Tribunal se movimente em um só momento para analisar a decisão tomada e o mérito do agravo na mesma sessão.

As vantagens de se interpor o agravo de instrumento diretamente no tribunal são inquestionáveis, fugindo à regra no direito pátrio de se interpor recurso perante o órgão prolator da decisão recorrida, objetiva-se a celeridade, remetendo o ônus da formação do instrumento do serventário para o agravante.

Essa regra, que adveio com a primeira reforma no código de processo civil, através da Lei 9.139, de 30 de novembro de 1995, alcançou o objetivo de celeridade almejada pelo legislador, porém, contribuiu para o afogamento dos tribunais pelo aumento considerável do recurso de agravo, comprometendo o julgamento do recurso de apelação.

Nesse sentido, novamente o legislador, na segunda reforma do código de processo civil, através da Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, modificou o artigo 527, criando pressupostos particulares ao agravo de instrumento, sob pena de, não preenchidos, haver conversão para o agravo retido, como dispõe o inciso II daquele artigo.

O objetivo do legislador, com a possibilidade da conversão do agravo de instrumento em agravo retido, era o de desafogar os tribunais do recurso de agravo na modalidade de instrumento, mereceu ser averiguado se logrou êxito. Os números apresentados sobre a interposição de agravo de instrumento nos Tribunais do Espírito Santo, Rio de Janeiro e São Paulo, comprovam que não.

Definitivamente, como informa Jorge et al. (2003, p. 173), o sistema processual civil brasileiro não adotou o princípio, de origem romana, da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. No atual sistema processual civil pátrio, as decisões interlocutórias poderão ser alvo de impugnação através do recurso de agravo, podendo ser interposto por três formas: por instrumento, art. 524, retido nos autos, art. 523 ou, internamente nos autos arts. 532, 545 e 557, par 1º, todos do CPC.

Tal recurso de agravo, o qual, sobre seu surgimento, a doutrina parece consentir que se origine do direito português, ao tempo de D. Afonso IV, no período de 1325 a 1357. Já nesta época, se depara com o confronto entre recurso de interlocutórias e recursos de decisões definitivas, no que diz respeito à celeridade processual, tendo em vista aquele recurso causar entraves ao alcance de uma decisão de mérito, pois se paralisava o processo a cada apelo de interlocutórias.

A solução adotada por D. Afonso IV, foi vedar o recurso de apelação das decisões proferidas no curso do processo, "...excluindo aquelas das quais pudesse decorrer dano irreparável." (GONÇALVES, 2004, p. 137).

Resta claro hoje que a medida tomada por D. Afonso IV foi equivocada, pois ficaram sem possibilidade de impugnações decisões consideradas abusivas.

Assim, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias fez delas, muitas das vezes, perigosas armas à disposição dos seus prolatores, mesmo que não se operasse, como verdade se dava, o efeito preclusivo das tais. (GOLÇALVES, 2004, p. 138).

Nesse passo, só aumentavam as reclamações contra decisões abusivas, as quais eram apreciadas pelo Rei, porém com uma versão deturpada dos fatos apresentados pelas partes. As chamadas cartas de justiça geradas pelas citadas reclamações, agora tinham que passar pelo escrivão ou tabelião, ocasião que se instrumentalizava o expediente para remetê-lo ao corregedor.

Dos expedientes processados pelos tabeliães e pelos escrivães surgiram, respectivamente, o agravo de instrumento e a carta testemunhável. “...Pedem assy dello Estormentos de fora aos Tabellaeens, ou Cartas Testemunhavees aos Escrivães...” (Ord. Afons. L. III, T. LXXVII, par. 1º). (GONÇALVES, 2004, p. 140).

Após o advento do recurso de agravo, nossas legislações o adotaram, estando mesmo presente no regulamento 737, nos Códigos de Processo Civil dos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Pernambuco, Bahia, Distrito Federal e Espírito Santo.

Diante do sistema processual posto atualmente, ou melhor, advindo de um longo caminho evolutivo, não nos parece cabível deliberar, de forma isolada, sobre impossibilitar a interposição de recurso das interlocutórias. O exemplo de tempos remotos, somado às situações que exigem do julgador tomar decisões sobre questões que surgem durante o trâmite processual, só fariam com que os sucedâneos ganhassem terreno, tornando-se entraves à jurisdição eficaz.

Além de equívocos aos que os julgadores estão sujeitos, podemos citar como exemplo, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, onde a irrecorribilidade das interlocutórias impera, situações em que a parte tem que se submeter à decisão do julgador, sem poder se insurgir via recurso por falta de previsão legal, a saber: decisões liminares proferidas antes da audiência de instrução e julgamento; decisão que deixa de receber o recurso inominado; decisões em processo de execução.

De fácil constatação que a parte terá que lançar mão de sucedâneos ou instrumentos afins para atacar tais decisões, e com a mesma facilidade conclui-se pelo entrave da jurisdição.

Assim, como já exposto no subtítulo 3.2, limitar o exercício do duplo grau de jurisdição por questões ligadas ao benefício do processo e, conseqüentemente, da parte, seria possível, mas, diante do sistema jurídico processual a qual nos submetemos, qualquer limitação ao reexame de uma decisão se apresenta por demais perigoso, cabendo destacar que

Os recursos são tratados pelas legislações de modo a refletir, na atividade jurisdicional, a política empreendida pelo legislador a fim de chegar-se à paz social, objetivo primeiro da jurisdição.

Pode o legislador, portanto, ampliar ou limitar os meios de impugnação das decisões judiciais, conforme sugere este ou aquele momento do desenvolvimento do país, devendo, para tanto, servir-se da manifestação legítima dos anseios dos jurisdicionados. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 32).

Analisando a evolução do Direito Processual Civil, extrai-se que o sistema preclusivo conspira para que a decisão seja passível de impugnação pela parte que se achar prejudicada, sob pena de perda dessa faculdade e uma futura decisão desfavorável. Impõe-se ao procedimento, com o instituto da preclusão, uma rígida ordem entre atos e fases que o compõem, sem comprometimento com a justiça ou injustiça da decisão, tendo em vista à celeridade do processo. O que se pretende com a preclusão é apenas abreviar ao máximo possível a duração do processo, pouco importando que isto implique em uma decisão injusta, cabendo destacar que

Esta situação processual, ou seja, a preclusão, pode ter lugar num campo a que nós chamaríamos positivo, e noutro, que denominaríamos negativo. Este campo positivo refere-se à atividade das partes consistente em criar elementos, baseados nos quais, o juiz deverá proferir decisão de mérito. Estes elementos são, grosso modo, a produção das provas, a dedução de argumentos e a formulação de pedidos. Já o campo negativo diz respeito à possibilidade de a parte praticar atos com escopo de argüir defeitos do processo. Exemplo do que chamamos de campo positivo, em que pode incidir a preclusão, seria a atividade consistente em trazer-se, ou não, um documento aos autos, e, se não aportado ao processo, perder-se a oportunidade; no campo negativo, está a atividade da parte contrária, no sentido de argüir falsidade de uma assinatura dele constante, e se o não fizer, importar a mesma conseqüência. (ALVIM WAMBIER, 2000, p. 374).

O próprio CPC, em seus artigos 515 e 516, reza essa situação em relação ao efeito devolutivo da apelação, submetendo à apreciação pelo tribunal também as questões

anteriores à sentença, salvo as preclusas. Tem-se, pois, que, não sendo interposto agravo de decisão interlocutória, ocorre preclusão, assim para a parte quanto para o juiz ou tribunal.

Assim, especificamente em relação às interlocutórias, a possibilidade legal de impugnação deve ser preservada, pelos motivos já comentados a respeito da garantia de acesso à justiça, notadamente, de garantia de mais um instrumento de acesso à uma decisão com contornos de justiça, cabendo destacar que

“...não se exceda nos recursos, sob pretexto de assegurar a justiça do caso, nem se os limite excessivamente ou se os suprima, sob pretexto de segurança jurídica ou de celeridade.” (PODETTI apud ALVIM WAMBIER, 2000, p. 216).

CONCLUSÃO

Concluimos que, pela evolução do processo civil, da demanda social pela tutela estatal com contornos de justiça e pela evolução processual do recurso de agravo, salvo melhor juízo, não considerar este recurso, seja no regime retido ou por instrumento, entrave à jurisdição eficaz, quando analisado isoladamente.

Mesmo com os números extraídos dos Tribunais de Justiça do Estado do Espírito Santo, São Paulo e Rio de Janeiro, informados no capítulo 7, onde verifica-se um aumento considerável de interposição de agravos de instrumento, mesmo com a previsão de sua conversão em retido, não devemos crucificar tal instrumento de impugnação, visto que, em todas as três vias procedimentais colocadas à disposição das partes, quando estas venham buscar a via jurisdicional para a solução do conflito de interesse, são aptas à incidência de preclusão, quando o Estado-Juiz venha a decidir questões sem extinguir o processo.

Tanto no processo de conhecimento, como no processo de execução e no processo cautelar, há a necessidade de se percorrer um procedimento inerente a cada um, onde há o momento oportuno de se praticar cada ato seqüencial, a respeito de se alcançar a decisão final, que é o objetivo em comum.

Neste passo, exigências legais quanto às formas procedimentais e aos princípios do sistema jurídico como um todo, quando não atendidas, podem resultar em uma questão a ser resolvida pelo Juiz, cuja solução pode não ser favorável a uma das partes e resultar em uma decisão final sem contornos de justiça. Excluindo-se os casos envolvendo matérias que não precluem, a parte que ficar inerte diante da decisão, terá que se resignar e não poderá impugnar a decisão final alegando razões relacionadas àquela questão decida.

Portanto, a relação processual e a procedimental, aos quais as partes se submetem, conspiram para que as partes envolvidas tenham participação ativa na observância, por estas próprias partes e pelo órgão judicial, de uma atividade jurisdicional justa.

REFERÊNCIAS

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 375 p. v. 1.

_____. **Elementos de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 453 p. v. 2.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. Tomo II. 694 p.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993. 607 p.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 553 p. v.1.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 430 p.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas S/A, 2002. 559 p.

BRASIL, Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1937. Disponível em <www.planalto.gov>. Acesso em: 27 maio. 2006.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em <www.planalto.gov>. Acesso em: 02 jan. 2006.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**: estudos sobre o processo civil. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Lúmen Júris, 1999. 333 p. v. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 538 p. v. 1.

_____, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 556 p. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Curitiba: Sérgio Antônio Fabris, 1988. 168 p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 359 p.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. 524 p.

GARCEZ, Martinho. **Dos agravos**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1994. 582 p.

GIANULO, Wilson. **Código de processo civil referenciado**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003. 742 p.

GONÇALVES, Willian Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. 248 p.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 467 p. v. 2.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 388 p.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 372 p.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000. 464 p. v. 4.

MAURÍCIO. Antônio Ribeiro Lopes. **Código de processo civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 1999. 1135 p.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral dos recursos em espécies e processo de execução**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 605 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Novo Processo civil brasileiro**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 345 p.

MORELLO, Augusto M. **El proceso justo: Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos**. La Plata: Platense, 1994. 682 p.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil: a reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e de 1995**. São Paulo: RT, 1996. 279 p.

_____. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, 698 p.

PANDOLFI, Dulce Chaves et al. **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, 248 p.

PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1541 p.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 308 p.

PACHECO, José da Silva. **Curso de teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 467 p.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, 478p. v.3.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: RT, 1998. 543 p. v.1.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fabio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. 351 p.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Garantias constitucionais do processo civil**: São Paulo: RT, 1999, 262 p.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003. 409 p.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. 168 p.

TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT. 1996. 254 p.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT. 2002, 295 p.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT. 2000. 564 p.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas. 1998. 202 p.