

# O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional do processo?

Alguns aportes constitucionais à dogmática  
do processo civil brasileiro

***Italo R. Fuhrmann e Souza***

Ítalo.fuhrmann@gmail.com

Mestre em Direito do Estado pela  
PUC/Rio Grande do Sul.  
Ex-bolsista da Ford Foundation (EUA).  
Pesquisador.

*Recebido em 20/01/2011*

*Aprovado em 14/04/2011*

## **Resumo**

O duplo grau de jurisdição, no direito brasileiro, ainda suscita uma miríade de debates e questionamentos acerca dos seus limites e possibilidades de aplicação, especialmente no que pertine à dogmática do processo civil. Não há, ainda, no Brasil, uma posição unitária nem do Supremo Tribunal Federal, nem dos processualistas sobre a matéria. Com efeito, o duplo grau de jurisdição não está expressamente positivado em termos de direito constitucional brasileiro, o que, todavia, não tem o condão, pura e simplesmente, de retirar-lhe o qualificativo de garantia constitucional do processo.

Compreendendo-se o duplo grau de jurisdição como a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem jurídica, nos filiamos à corrente doutrinária que o qualifica como uma garantia constitucional *implícita* do processo, ainda que passível de limites e restrições.

## **Palavras-chave**

Duplo grau de jurisdição. Processo civil. Garantias constitucionais.

# The double degree of jurisdiction as a constitutional procedural guarantee?

A few constitutional contributions  
to the dogmatic of brazilian civil procedure

*Italo R. Fuhrmann e Souza*

## *Abstract*

*The double degree of jurisdiction, in Brazilian law, still raises a myriad of discussions and questions about its limits and possibilities of application, particularly in relation to civil procedure law. In Brazil there is not yet a unified stance regarding the issue in Supreme Court nor in specialized doctrine. The double degree of jurisdiction is not, in fact, not expressly regulated in Brazilian constitutional law yet, although this alone doesn't mean it can simply be withdraw its status as a constitutional procedural guarantee. By understanding double*

*degree of jurisdiction as the possibility of full review of first stance judicial decisions by a distinct judicial body of higher legal hierarchy, we underwrite current doctrine qualifying it as an implicit constitutional procedural guarantee, although subject to limits and restrictions.*

## *Key Words*

*Double degree of jurisdiction. Civil procedure. Constitutional guarantees.*

## Sumário

- 1 Considerações Preliminares
- 2 O Duplo Grau de Jurisdição como Garantia Constitucional do Processo?
  - 2.1 Aproximações acerca do Duplo Grau de Jurisdição: delimitação conceitual e possível alcance normativo
  - 2.2 Possível Fundamentação Jurídica ao Duplo Grau de Jurisdição como Garantia Constitucional Implícita do Processo
- 3 O Duplo Grau de Jurisdição sob a Perspectiva do Supremo Tribunal Federal
  - 3.1 Análise das Seguintes Decisões: RHC 79.785-7; HC 88420-2 e AgReg no AI 601832-8
- 4 Considerações Finais
- 5 Referências Bibliográficas

## 1 Considerações preliminares

O tema dos direitos fundamentais – ainda que de modo tardio em *terra brasilis*<sup>1</sup> – cada vez mais ganha espaço nos trabalhos científicos e no debate jurídico em geral, abrangendo todos os ramos da ciência jurídica, inclusive no âmbito do processo civil, num verdadeiro processo de constitucionalização do Direito. No Direito, já não há mais espaço para assuntos estanques ao constitucionalismo, devendo toda e qualquer matéria jurídica ser tratada de forma em que esteja em sintonia com a Constituição e com os direitos fundamentais por ela assegurados, a partir de uma filtragem hermenêutico-constitucional do Direito<sup>2</sup>. Como bem aponta Daisson Flach, esta onda de constitucionalização do Direito abriu perspectivas até então inexploradas, levando a uma nova compreensão do processo civil como um instrumento de realização constitucional<sup>3</sup>.

Quando tratamos de questões como a segurança na aplicação do Direito, o controle dos atos estatais, especialmente no que diz respeito com as decisões judiciais, a efetividade do processo e do devido processo legal de um modo geral, surge, como tema de destaque, a problemática da existência ou não do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional do processo, perquirindo-se seus limites e possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. O tema é extremamente controverso entre os doutrinadores e aplicadores do Direito, inclusive no âmbito das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, estando longe de obter uma resposta definitiva e consensual, pelo menos em termos de uma dogmática constitucional do processo civil. Boa parte das discussões travadas nesta seara tem origem na ausência normativa na Constituição Federal de 1988 (doravante CF/88) do princípio do duplo grau de jurisdição, diferentemente do que ocorre com outros princípios constitucionais do processo como, por exemplo, os elencados no rol do art. 5º, da CF/88, como dão conta o princípio do devido processo legal, inciso LIV, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inciso XXXV, da ampla defesa e do contraditório, inciso LV, da publicidade dos atos processuais, inciso LX, dentre outros.

Neste breve ensaio, tentaremos, conscientes da limitação espacial que dispomos, especialmente frente a tema tão relevante e imbricado no debate acadêmico e forense, lançar algumas bases jurídicas a uma devida, e constitucionalmente adequada,

<sup>1</sup> Termo utilizado pelo historiador Eduardo Bueno.

<sup>2</sup> Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo, in: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 4, out/nov/dez, de 2005, Salvador/BA, acesso em 20.09.2009 - [www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005](http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005).

<sup>3</sup> FLACH, Daisson. Processo e Realização Constitucional: “A Construção do Devido Processo”, in: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada. **Visões Críticas do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

compreensão do instituto jurídico do duplo grau de jurisdição, fixando, destarte, seu conteúdo jurídico e seu alcance normativo com fulcro, essencialmente, na CF/88. Assim, postulamos encontrar as respostas do *se* e do *como* do princípio do duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, a partir da dogmática dos direitos fundamentais e do sistema constitucional como um todo, sem descurmarmos dos aportes do Direito alienígena, na busca da necessária instrumentalidade do processo como condição de possibilidade, ainda que não exclusivamente, da eficácia/efetividade dos direitos fundamentais.

## 2 O duplo grau de jurisdição como garantia constitucional do processo

### 2.1 Aproximações acerca do duplo grau de jurisdição: delimitação conceitual e possível alcance normativo

Um bom ponto de partida para a devida conceituação do duplo grau de jurisdição extrai-se da formulação feita pelo então ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, que, em sua perspectiva, constitui-se na “possibilidade de um reexame *integral* da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado a órgão *diverso* do que a proferiu e de hierarquia *superior* na ordem judiciária<sup>4</sup>” (grifo do ministro). Desde já, descarta-se a noção horizontal de duplo grau de jurisdição, ou seja, nesta linha de raciocínio, a revisão da decisão por órgão diverso destituído de hierarquia jurídica superior não se coaduna com a noção estrita de duplo grau<sup>5</sup>. Mais detalhada e rigorosa em termos acadêmicos, temos a definição de Duílio Berni, *ipsis litteris*:

[...] possibilidade de reformulação de decisões nas quais vierem a succumbir uma ou ambas as partes do litígio, ou ainda nos casos de decisão em que a lei determinar o reexame. Tal decisão deverá ser reapreciada por um órgão diverso daquele que a proferiu, que será livre para mantê-la ou para modificá-la. Esta decisão poderá ser uma sentença, uma decisão interlocutória ou um acórdão<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Recurso Ordinário em Habeas Corpus (n. 79.785-7). Relator ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 29 de março de 2000.

<sup>5</sup> As turmas recursais, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, por serem compostas por juízes de primeiro grau, elencam o rol das exceções previstas normativamente ao princípio do duplo grau de jurisdição. Art. 98, inciso I, da CF/88. “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

<sup>6</sup> BERNI, Duílio Landell de Moura. O Duplo Grau de Jurisdição como Garantia Constitucional, in: PORTO, Sérgio Gilberto. **As Garantias do Cidadão no Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Antes, porém, de adentrarmos mais detidamente no objeto proposto pelo presente tópico deste ensaio, qual seja a formulação de uma proposta de conceituação e o possível alcance normativo do duplo grau no Direito constitucional brasileiro, mister um breve esboço histórico do instituto.

Na esteira do que afirmam João Mendes Junior<sup>7</sup>, ainda no século XIX, e Pontes de Miranda<sup>8</sup>, em seu famoso *comentários ao código de processo civil*, o instituto processual do duplo grau de jurisdição tem origem remota, e intrinsecamente ligada a períodos históricos onde o poder de decidir judicialmente estava concentrado nas mãos do rei, ou diretamente vinculada e subordinada à vontade popular; daí sua relação com os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão<sup>9</sup>. Na perspectiva do direito constitucional brasileiro, a primeira e única vez em que esteve garantida, de forma expressa, a figura jurídica do duplo grau de jurisdição foi na Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 24 de março de 1824, especificamente no seu art. 158, assim disposto: “Para julgar as causas em segunda ou última instância haverá nas províncias do Império as Relações, que forem necessárias à comodidade dos povos”<sup>10</sup>. Era a consagração constitucional que, a partir da especialização

<sup>7</sup> Para o autor, de forma pioneira no Brasil, “as leis processuais são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades no processo as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização destas garantias fosse deixados ao critério das partes ao à discricção dos juizes, a Justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfiança e surpresa”. JUNIOR, João Mendes. **O Processo Criminal Brasileiro**. 2. ed. Vol I, *apud*. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*, in: C.A.A de Oliveira (Org). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>8</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, tomo VII, 1975. p. 19.

<sup>9</sup> Os direitos fundamentais de primeira dimensão foram aqueles engendrados dentro do paradigma do Estado liberal clássico, os denominados direitos civis e políticos. Nesta quadra da história do Direito constitucional, os direitos fundamentais atuavam exclusivamente como direitos de defesa do indivíduo frente ao arbítrio do Poder político. À Constituição cabia apenas prever os direitos individuais, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, à liberdade da atividade econômica, etc., e a organização do exercício do poder político, estabelecendo, desta forma, uma rígida separação entre o espaço da sociedade civil e a do Estado. Observa-se, a partir de então, que o foco da atuação estatal passou a centrar-se na manutenção e promoção de uma certa segurança nas relações sociais, especialmente as de caráter mercantil, promovendo como princípios jurídicos fundamentais a autonomia da vontade, a livre disposição contratual e a *Pacta Sunt Servanda*. Cf. LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p. 28; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 55 e ss; COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 151.

<sup>10</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 280. A título de esclarecimento histórico, na época do Império, o que hoje se denomina Tribunal de justiça, eram os Tribunais da Relação que, poste-

da função judiciária e ancorada na tradição legada pelo reconhecimento dos direitos fundamentais, acolhia o entendimento que passou a admitir o reexame das decisões judiciais devido à possibilidade de erro ou má-fé.

Com efeito, um importante trabalho acadêmico desenvolvido nesta seara foi o da profa. Djanira Maria Radamés de Sá, que entende por duplo grau de jurisdição um elemento jurídico desmembrado do princípio constitucional do devido processo legal, que vai além de uma simples regra de organização judiciária, caracterizando-se como uma verdadeira garantia constitucional do processo<sup>11</sup>. A autora prossegue argumentando que o instituto processual-constitucional do duplo grau de jurisdição se manifesta essencialmente pela busca da segurança na aplicação do Direito, de modo a coibir, ou pelo menos minimizar, os possíveis erros advindos do exercício da prestação jurisdicional. Não obstante, esse entendimento sempre poderá ser limitado quando confrontado por outros princípios processuais de hierarquia constitucional, norteadores, também, de um processo justo e efetivo. Nas palavras da autora:

Impõe-se, destarte, a conciliação entre os fatores segurança jurídica e celeridade, balizada pelos critérios da racionalidade e da razoabilidade, o que acaba por informar a necessidade do provimento jurisdicional de primeiro grau sofrer pelo menos um reexame da matéria decidida, sendo nesses exatos limites compreendido o duplo grau de jurisdição como garantia ínsita ao sistema de proteção outorgado pela Constituição Federal<sup>12</sup>.

Nesse sentido, o duplo grau de jurisdição deve ser compreendido de modo a ser aplicado moderadamente, entendendo-o enquanto garantia limitável, o que, de resto, é aplicável a qualquer princípio constitucional<sup>13</sup>, cujo objetivo primeiro é o de dar operacionalidade ao devido processo legal, sem olvidar dos princípios da celeridade, economicidade e da oralidade, a fim de evitar o risco que Mauro Cappelletti apontou em meados da década de 1970, relativamente à excessiva prolongação do processo<sup>14</sup>. No Direito brasileiro, por exemplo, podemos elencar diversos dispositivos

riormente, foram chamados também de Tribunais de Apelação.

<sup>11</sup> SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo Grau de Jurisdição: conteúdo e alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 3.

<sup>12</sup> SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo Grau de Jurisdição: conteúdo e alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 4.

<sup>13</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 86-88.

<sup>14</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Dictamen Iconoclastico sobre la Reforma del Proceso Civil Italiano**. Apud. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O Duplo Grau de Jurisdição e sua Perspectiva Constitucional, in: C.A.A de Oliveira (Org). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 246-7. “a duração excessiva, desqualificando um sistema processual, nega-lhe, por um lado, a adequação às exigências da vida contemporânea, que implica eficiência e rapidez, e retira-lhe, por outro lado, o caráter democrático. Este último caráter implica um procedimento cuja duração não seja excessiva, pois isto resulta prejudicial sobretudo à parte menos forte econo-

normativos que dizem respeito exatamente à relativização do princípio, a saber, os casos em que o processo e julgamento são de competência originária dos Tribunais de Justiça, os casos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, art. 102, III, da CF/88, a impossibilidade do Tribunal em modificar o mérito do julgamento de competência do Tribunal do Júri, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais que se submetem ao julgamento das Turmas Recursais e, recentemente, através da Reforma do Processo Civil, a cláusula do § 3º, do art. 515, do CPC<sup>15</sup>, que dispõe sobre o julgamento antecipado do mérito. A este último exemplo, pela atualidade e relevância da matéria, cabe um comentário breve a respeito. Com efeito, este dispositivo deve ser aplicado, sob pena de violação ao duplo grau, em apenas dois casos, quais sejam quando a sentença terminativa haja sido proferida depois de toda a instrução realizada, ou seja, quando concluída a audiência de instrução e julgamento e encerrada a instrução probatória; e nos casos em que, não havendo prova alguma a ser produzida, justifica-se o julgamento antecipado do mérito<sup>16</sup>.

Ainda no que tange à delimitação e abrangência do duplo grau em nosso ordenamento jurídico, o processualista Cássio Bueno o caracteriza enquanto:

O modelo no qual se garante a revisibilidade ampla das decisões judiciais, quaisquer decisões, por magistrados preferencialmente diversos e localizados em nível hierárquico diverso. Por revisibilidade ampla deve ser entendida a oportunidade de tudo aquilo o órgão *a quo* a proferir uma decisão e ser contrastado pelo magistrado *ad quem*<sup>17</sup>.

Seguindo na linha argumentativa do autor em comento, o duplo grau de jurisdição, ainda que não positivado expressamente no texto da Constituição brasileira, integraria o modelo constitucional mínimo do processo civil, principalmente a partir de extração da cláusula do devido processo legal, não ocorrendo qualquer distinção do ponto de vista da densidade normativa em relação aos demais princípios constitucionais expressos na CF/88<sup>18</sup>. Ademais, em se tratando de garantia/direito fundamental, o duplo grau de jurisdição, no Direito constitucional brasileiro, também dispõe do acréscimo de juridicidade (aplicabilidade e eficácia), a partir do § 1º, do art. 5º, da CF/88, o qual podemos denominar de *mais-valia* jurídica dos direitos fundamentais, na

micamente, já que esta tem mais urgência em obter o que lhe é devido. A duração excessiva do processo oferece geralmente à parte mais rica uma posição de privilégio frente ao adversário”.

<sup>15</sup> Art. 515, § 3º, do CPC, introduzido pela Lei 10.352/2001: “nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o Tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de Direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

<sup>16</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 261.

<sup>17</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 119.

<sup>18</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 121.

medida em que aponta para a aplicabilidade direta e imediata destes direitos<sup>19</sup>.

Na esteira dos ensinamentos do ministro do Superior Tribunal de Justiça e influente processualista no Brasil, Luiz Fux, ao duplo grau é incumbida a função de submeter aos Tribunais, com competência funcional, as decisões judiciais que definam, satisfaçam ou acautelem direitos das partes, com a finalidade de rever e derrogar estas decisões, função, aliás, típica dos sistemas processuais oriundos da família romano-germânica<sup>20</sup>. Ainda com Fux, a administração do Tribunal à causa julgada não permite que este aprecie pedidos ou exceções materiais não formuladas na instância inferior, fatos existentes e não suscitados e matérias que não foram objeto da decisão. Ultrapassando-se esta vedação, o que não se aplica na hipótese do art. 515, § 3º, do CPC, o órgão superior estará incorrendo em violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, a exemplo do que ocorre com a impossibilidade do juiz de primeiro grau julgar além do pedido<sup>21</sup>. Em outras palavras, veda-se a atividade extrapolante do Tribunal quanto à extensão da impugnação, porém a investigação é ampla do órgão *ad quem* quanto à profundidade do recurso.

Após discorrermos sobre a conceituação e a abrangência normativa do princípio do duplo grau de jurisdição, cumpre ainda tecermos alguns comentários sobre a posição do processualista paulista Nelson Nery Junior, especificamente em relação ao âmbito de aplicação do instituto do duplo grau. O autor assevera que, após a ratificação pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica<sup>22</sup>, datado de 1969, através do decreto 678, de 1992, a garantia do duplo grau de jurisdição estaria expressamente assegurada no ordenamento jurídico pátrio, porém esta não alcançaria o direito processual como um todo, concluindo que o duplo grau, como garantia absoluta, existiria no âmbito do processo penal, mas não no do direito processual civil ou do trabalho<sup>23</sup>. Sem lançarmos mão ainda de toda fundamentação jurídica para o acolhimento no âmbito do processo civil do princípio do duplo grau de ju-

<sup>19</sup> Para uma adequada compreensão do art. 5º, § 1º, da CF/88, v. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 282-3.

<sup>20</sup> FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 932-3.

<sup>21</sup> Art. 128, do CPC: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”. Art. 460, do CPC: “É defeso ao juiz proferir sentença a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

<sup>22</sup> Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8º: Garantias Judiciais: (...), inciso II: Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) alínea “h”: direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

<sup>23</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 283.

risdição, o que faremos no tópico seguinte, a posição conservadora do prof. Nery Júnior não resta afinada com o já consagrado postulado da unidade do Direito, e da aplicação igualitária de todas as garantias constitucionais entre todos os ramos do sistema jurídico. Uma distinção desta natureza, sem base argumentativa do ponto de vista finalístico – a menos que se entenda que uma má condenação na esfera civil não seja também uma violação a direitos fundamentais –, levando em conta pura e simplesmente um dispositivo desindexado do conjunto normativo do Pacto, que preza, dentre outras, pela observância das garantias judiciais em todas as áreas da jurisdição, quer seja no processo civil, no penal, no trabalhista ou fiscal<sup>24</sup>, não merece acolhida, nomeadamente frente à sistemática constitucional em que foi inserida o referido Pacto de Direitos Humanos.

## 2.2 Possível fundamentação jurídica ao duplo grau de jurisdição como garantia constitucional *implícita* do processo

O texto constitucional, de forma cada vez mais intensa, vem perdendo o significado de mero pedaço de papel “*Ein Stück Papier*” – recordando aqui os ensinamentos de Ferdinand Lassalle<sup>25</sup> –, para o direito processual civil, que passa a assumir um caráter eminentemente instrumental capaz de contribuir aos pressupostos de realização constitucional e à persecução dos objetivos e tarefas traçadas pelo constituinte originário<sup>26</sup>. A Constituição, sobretudo a Constituição brasileira, ainda deve ser entendida como instrumento jurídico de direção político-social da sociedade, sem incorrer numa planificação constitucional da política, mas estabelecendo diretrizes à emancipação social, à igualdade substancial e à realização de uma democracia real e plural.

O processo civil, no bojo do fenômeno chamado de constitucionalização do Direito, especialmente a partir do segundo pós-guerra, acaba por atuar na tutela e na realização dos direitos subjetivos substanciais, fazendo com que o procedimento seja obrigado a conviver com os princípios superiores da norma constitucional. O processo civil, nesta perspectiva constitucionalizada, adquire duas características peculiares, quais sejam, uma aproximação sintomática das figuras jurídicas processuais

<sup>24</sup> Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8º, inciso I: toda pessoa terá direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal, ou de qualquer outra natureza.

<sup>25</sup> Cf. LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. ed. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2001.

<sup>26</sup> Sobre a noção de Constituição Dirigente, Cf., por todos, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – contributo à compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

do direito material, reforçando o papel instrumental do processo em direção à realização do que se pode chamar, nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, de *processo justo*, e necessariamente dinâmico<sup>27</sup>, na medida que se orienta na tutela efetiva dos direitos subjetivos; e na formação e consolidação da constitucionalização dos princípios e institutos do processo civil, que acabaram por receber assento na sistemática reguladora dos direitos e garantias fundamentais<sup>28</sup>.

O Processo Constitucional, como objeto e ramo da ciência jurídica, nada mais é do que a metodologia constitucional, aplicada no processo judicial, das garantias dos direitos fundamentais. Desta forma, como decorrência da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que nesta senda assumem a função de parâmetro e formatação das estruturas organizatórias e procedimentais do Estado<sup>29</sup>, a participação num processo engendrado a partir dos princípios constitucionais já deve ser considerada como um exercício de direito fundamental. Quanto ao objeto da dimensão procedimental dos direitos fundamentais, estes, segundo Robert Alexy, podem ser tanto a formulação de determinadas normas procedimentais, quanto o direito a uma determinada interpretação e aplicação constitucionalmente adequada das normas que tratam sobre procedimento<sup>30</sup>. É neste sentido que deve ser compreendido o devido processo legal, afinado com os direitos fundamentais – e não apenas às normas infraconstitucionais – desde sua formação legislativa até a aplicação pelo intérprete.

De todo o exposto, e a partir dessas pré-compreensões jurídicas, já podemos nos deter mais especificamente na análise do instituto do duplo grau de jurisdição, elencando, criti-

<sup>27</sup> Assim se manifesta o processualista Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sobre a dinamização do devido processo legal: “Realmente, a visão estática assentava a segurança na garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88). Todavia, numa visão dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais, parece mais correto falar em direito fundamental a um processo justo. Não se cuida mais de um genérico direito ao processo, assentado em direitos estáticos. Trata-se de se assegurar, a partir dos conceitos de equanimidade e de justiça, não apenas a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais, mas também um resultado qualitativamente diferenciado. Desse modo, a partir das premissas antes estabelecidas é possível extrair a consequência de que, no quadro dos direitos fundamentais constitucionais, o direito ao processo não é caracterizado por um objeto puramente formal ou abstrato, mas assume um conteúdo modal qualificado, que é exatamente a face dinâmica do devido processo legal. Em semelhante contexto, à estrita ótica de um devido processo legal, correspondente a uma compreensão puramente liberal e garantística do fenômeno jurídico, contrapõe-se a visão dinâmica em que todos os institutos e categorias jurídicas são relidos à luz da Constituição e na qual o processo civil é materialmente informado pelos direitos fundamentais”, in: **Os Direitos Fundamentais à Efetividade e à Segurança em Perspectiva Dinâmica**. Revista de Processo, vol. 155, jan, 2008. p. 22.

<sup>28</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. Direito Processual Constitucional, in: **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, vol. 9, nº 55, Porto Alegre: Síntese, set/out, 2008. p. 67-8.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 224.

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. ed. Frankfurt a.M: Suhrkamp, 1994. p. 431.

camente, os diversos prós e contras na doutrina e na jurisprudência, a fim de chegarmos a uma solução constitucionalmente adequada e devidamente fundamentada.

Como dito alhures, o principal obstáculo para a caracterização do duplo grau de jurisdição enquanto garantia constitucional do processo civil brasileiro é o fato deste não estar expressamente positivado em nossa Carta Magna. Com efeito, as tentativas até agora feitas, pelo menos em sua grande maioria, em prol de uma garantia constitucional do duplo grau se vinculam a teses de hermenêutica jurídica, a normas de Direito internacional e, inclusive, de Direito consuetudinário<sup>31</sup>. Antes, porém, de analisarmos os principais argumentos em favor do princípio do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional do processo, passamos a análise dos pontos passíveis de crítica atinentes a este instituto processual.

São vários os argumentos utilizados para a desqualificação do duplo grau de jurisdição, sendo o principal e mais eloquente, a nosso sentir, o que diz respeito ao excessivo prolongamento da prestação jurisdicional, que prejudicaria, invariavelmente, a parte mais fraca do ponto de vista econômico. Estar-se-ia, nesta linha de raciocínio, restringido, de modo excessivo, os princípios processuais da oralidade e da celeridade, e da efetividade do processo de um modo geral, em nome de uma suposta segurança jurídica. Ademais, uma reforma da decisão em sede recursal abriria margem para dúvidas quanto à aplicação do Direito, trazendo incertezas e apontando para divergências no âmbito da interpretação jurídica, desprestigiando o Poder Judiciário como um todo<sup>32</sup>. Aos juízes de primeira instância, seria relegado o papel de meros instrutores da causa, cabendo aos juízes superiores a realização da verdadeira decisão do julgado. Do contrário, ou seja, na hipótese de manutenção da decisão impugnada, a atividade revisora restaria plenamente inútil e antieconômica<sup>33</sup>. Por fim, diz-se, ainda, que a decisão no juízo de primeiro grau é mais consentânea da realidade, principalmente pelo conhecimento dos fatos realizados pela instrução probatória, diferentemente com o que sucede no âmbito do Tribunal que não mantém contato com as partes e com o conjunto das provas.

Realmente, o elenco supracitado de razões contrárias ao princípio do duplo grau de jurisdição gozam de uma certa eloquência, capaz de persuadir, sem muito

<sup>31</sup> Nesse sentido, Dalmo Dallari entende ser o duplo grau de jurisdição um direito garantido pela tradição, conforme as disposições organizacionais do sistema de competências dos juízes e tribunais na história do direito constitucional brasileiro. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 106.

<sup>32</sup> SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo Grau de Jurisdição: conteúdo e alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 93.

<sup>33</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 257. v. também BERNI, Duílio Landell de Moura. O Duplo Grau de Jurisdição como Garantia Constitucional, in: PORTO, Sérgio Gilberto. **As Garantias do Cidadão no Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 199.

esforço, aqueles que se detiveram de maneira perfunctória no estudo da matéria. Com efeito, o direito fundamental à duração razoável do processo, de maneira alguma, é incompatível, de forma absoluta, com o duplo grau de jurisdição. Para a efetiva concreção deste direito fundamental, antes de adotarmos medidas supressoras de instâncias e demais garantias individuais do processo, há que se investir na estruturação e no aumento do número de integrantes do Poder Judiciário, de modo que se atenda a crescente demanda social à prestação jurisdicional tempestivamente. Este múnus estatal não deve ser olvidado por governos que, tomando medidas mais convenientes política e economicamente, preferem fechar os olhos para os problemas concretos, lançando mão de medidas paliativas e violadoras de direitos e garantias fundamentais.

De outra banda, o duplo grau de jurisdição dispõe de fortes argumentos a seu favor, compreendido como garantia constitucional *implícita* do processo, por boa parte da doutrina. De modo *en passim*, podemos citar, como os argumentos mais utilizados à adoção do duplo grau, a segurança jurídica, o controle dos atos judiciais e o devido processo legal, a clara opção constitucional pela possibilidade de interposição de recursos contra as decisões judiciais, a cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, especialmente frente à incorporação no Direito interno de textos normativos sobre Direitos Humanos, uma interpretação mais abrangente do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, além da argumentação atinente à instância pré e supra positiva, consubstanciada no Direito natural, como a necessidade psicológica do vencido em ver a decisão adversa reexaminada. Passemos à análise mais detida nas linhas que se seguem.

A noção de segurança na aplicação do Direito, ainda que saibamos que erros judiciais possam ocorrer em qualquer grau de jurisdição, pelo simples fato de que qualquer prestação jurisdicional é realizada por ato humano – cientes de que a certeza absoluta da justa decisão seja inviável, mas a busca por uma maior probabilidade é perfeitamente sindicável e imperativa do ponto de vista jurídico – está intrinsecamente relacionada, mas não exclusivamente, com o princípio do duplo grau de jurisdição. A segurança jurídica, expressamente consagrada em nosso texto constitucional, no art. 5º, *caput*, e no preâmbulo, é entendida, neste viés, como um desdobramento necessário do devido processo legal<sup>34</sup>. Torna-se, como corolário da adoção do princípio do duplo grau, a uniformização da interpretação da Constituição e da lei federal extremamente conveniente para a pacificação e o desenvolvimento social, evitando-se a dispersão dos julgados entre os juízos de primeira instância<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo Grau de Jurisdição: conteúdo e alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 3.

<sup>35</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo:

Para muitos processualistas e constitucionalistas, o duplo grau de jurisdição teria assento, essencialmente, no regime democrático e no Estado de Direito, na medida em que atuaria como elemento controlador dos atos estatais<sup>36</sup>. Com efeito, não há espaço, num verdadeiro regime constitucional de garantias e direitos, para decisões judiciais que não sejam submetidas a controle algum. Assim se manifestam, *ipsis litteris*, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco:

O principal fundamento para a manutenção do duplo grau de jurisdição é de natureza política: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles. O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. Não o legitimam as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciárias<sup>37</sup>.

O devido processo legal, positivado no rol do art. 5º, da CF/88, pressuposto inarredável da concepção de Estado de Direito, concretiza-se, também, pelo duplo grau de jurisdição que, como função precípua, atua no controle externo das decisões pela sociedade, designadamente através do manejo dos recursos pelas partes, e no controle interno, pela própria atividade judicante dos órgãos hierarquicamente superiores do Poder Judiciário que funcionam, preponderantemente, como instâncias revisoras<sup>38</sup>. Não é à toa que o princípio do duplo grau de jurisdição se afirmou, como instituto jurídico essencial de qualquer ordem normativa condizente com um Estado de Direito, após a Revolução Francesa, como elemento dispensor/mitigador da concentração excessiva do poder na figura do juiz<sup>39</sup>.

Malheiros Editores, 2005. p. 257.

<sup>36</sup> Neste sentido, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 76-7. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**, op. cit., p. 13-4. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Gabriel Garcia. **Breves Comentários à nova Sistemática Processual Civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 268. BERNI, Duílio Landell de Moura. O Duplo Grau de Jurisdição como Garantia Constitucional, in: PORTO, Sérgio Gilberto. **As Garantias do Cidadão no Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 209. PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, dentre outros.

<sup>37</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 76-7.

<sup>38</sup> NOGUEIRA, Maurício José. Duplo Grau de Jurisdição: aspectos constitucionais e reflexos processuais, in: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 543-4.

<sup>39</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 264.

A opção do constituinte originário pela adoção de vários Tribunais de natureza predominantemente revisora também é um indicativo seguro sobre a existência do duplo grau enquanto princípio constitucional, ainda que não expresso entre nós<sup>40</sup>. A partir da previsão jurídico-constitucional da competência de Tribunais de superposição para o julgamento do recurso ordinário, do extraordinário e do especial (art. 102, inciso II, art. 105, inciso II, da CF/88), da disposição sobre os recursos a serem endereçados aos Tribunais integrantes da Justiça da União, como o Superior Tribunal Militar, o Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Federais, e dos órgãos inferiores e superiores nas Justiças Estaduais, além do conjunto normativo infraconstitucional, especificamente nos artigos 504, 513 e 522, *caput*, do CPC, pode-se chegar à conclusão de que, para além de mera escolha política de organização judiciária, o organograma do Poder Judiciário configura-se como pressuposto da existência do duplo grau de jurisdição como garantia/direito fundamental à organização e ao procedimento.

Outra dimensão constitucional sobre o duplo grau de jurisdição, e que merece especial atenção, é a que diz respeito à cláusula de abertura material dos Direitos Fundamentais recepcionada pela nossa ordem jurídica maior. De acordo com a doutrina dominante, os direitos fundamentais gozam de fundamentalidade em sentido duplo, a formal, concernente ao *status* constitucional que as normas definidoras destes direitos dispõem, e a material, relativa, por sua vez, à importância do conteúdo e do significado de tais direitos (dimensão axiológica). Em sua acepção material, a fundamentalidade dos direitos fundamentais decorre do seu conteúdo e relevância social, já que prescrevem decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade. Eles fazem parte da constituição material de um determinado Estado que, necessariamente, deve estar aberto para reconhecer novos direitos fundamentais construídos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, equiparando-os aos direitos formalmente fundamentais. O art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira<sup>41</sup>, inspirado por sua vez à IX Emenda à Constituição Norte-Americana, recepciona a cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, tanto aqueles que se encontram fora do catálogo ou em tratados internacionais, mas que por seu conteúdo e importância adquirem *status* privilegiado no ordenamento jurídico, quanto os implícitos e decorrentes dos princípios e do regime adotado pela República Federal<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 121.

<sup>41</sup> Art. 5º, § 2º, da CF/88: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>42</sup> Para Ingo Sarlet, o duplo grau de jurisdição pode ser extraído a partir do conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, ainda que não como um direito materialmente autônomo, mas sim incerto, implicitamente, no âmbito de proteção *Schutzbereich* de outros direitos e ga-

Portanto, a partir da incorporação no ordenamento jurídico interno do famoso, e reiteradamente debatido no âmbito do nosso Supremo Tribunal Federal, Pacto de São José da Costa Rica, especialmente na parte onde garante expressamente o duplo grau de jurisdição na seara do processo penal e, implicitamente, na do civil, deve, por força do art. 5º, § 2º, da CF/88, ser entendido enquanto um direito fundamental em nosso ordenamento jurídico<sup>43</sup>.

Outro argumento importante que pode ser trazido ao debate, conquanto ainda pouco explorado na doutrina, é o que se fundamenta na garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88<sup>44</sup>. Não há como negar que do Estado, através dos provimentos jurisdicionais do Poder Judiciário, pode advir lesão ou ameaça a direito. Ademais, o exercício da função jurisdicional deve ser compreendido de forma ampla, de modo a não se esgotar no primeiro provimento jurisdicional, sendo o recurso uma espécie de continuação do procedimento instaurado com o direito de ação<sup>45</sup>.

Amparados nos argumentos acima colacionados, cumpre um breve olhar para um assunto que nos parece ainda pouco explorado na doutrina e na jurisprudência, e que, salvo melhor juízo, pode significar a supressão pura e simples, em certas hipóteses, da garantia individual de recorrer das decisões judiciais, sem amparo na Constituição. Trata-se do entendimento já pacífico (súmula 636 STF) do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual não cabe Recurso Extraordinário cuja alegação se baseie única e exclusivamente na interpretação de lei infraconstitucional pela decisão recorrida, de modo que a violação ao texto da Constituição se daria de modo indireto<sup>46</sup>. Com efeito, a se sustentar tal entendimento, em caráter geral e irrestrito, estar-se-ia subtraindo, em determinadas circunstâncias, a possibilidade do jurisdicionado de ter a decisão adversa revisada por outro órgão judicial hierarquicamente superior, muito embora tal restrição não esteja lastreada por nenhum dispositivo

rantias fundamentais, como o acesso à justiça, o direito à ampla defesa, o princípio do devido processo legal e a inafastabilidade do controle jurisdicional. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo grau de Jurisdição: Problematização em Nível Constitucional, à Luz de um Conceito Material de Direitos Fundamentais, in: **Revista da Ajuris**, nº 66, ano XXIII – Março, 1996. p. 120.

<sup>43</sup> No âmbito do Supremo Tribunal Federal, ver julgamentos: AI no AgR 601.832-8 São Paulo, Min. Rel. Joaquim Barbosa; HC 90450, Min. Rel. Celso de Mello.

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo grau de Jurisdição: problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de direitos fundamentais, in: **Revista da AJURIS**, nº 66, ano XXIII – Março, 1996. p. 118.

<sup>45</sup> SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo Grau de Jurisdição: Conteúdo e Alcance Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 102.

<sup>46</sup> AgRg no AI 468.465-PB, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.03.04; AgRg no AI 475.088-AL, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 27.05.04; AgRg no AI 383.957-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 13.09.02, dentre outros.

constitucional, o que, de resto, não ocorre com os demais limites e restrições.

Importa consignar que o próprio STF já relativizou a utilização deste critério de admissibilidade recursal, designadamente no AgRg no RE 395662-1-RS, julgado aos 16.03.2004, sob a relatoria do ministro Carlos Velloso (Relator p/ acórdão Gilmar Mendes), no qual restou provido o recurso extremo, apesar de ter como fulcro ofensa reflexa à Constituição (princípio da legalidade e devido processo legal)<sup>47</sup>. Com base no direito alemão<sup>48</sup>, o Tribunal entendeu que a legalidade da restrição de direitos e liberdades é uma condição de sua constitucionalidade, e que, pelo postulado da força normativa da Constituição, que restaria maculado pela manutenção de decisões divergentes, seria admissível, neste caso, a interposição de Recurso Extraordinário à decisão judicial sob o argumento de afronta à interpretação legal.

Independentemente do acerto ou não da decisão supracitada, o que se busca pôr à evidência é o fato de que o critério de admissibilidade recursal fundado na ofensa reflexa à Constituição caracteriza-se enquanto limitação da recorribilidade das decisões, em específico da interposição de Recurso Extraordinário, recurso garantido em nível constitucional contra decisões de última ou única instância (art. 102, inc. III, da CF/88). Tal limitação, por sua vez, não está expressa no texto da Constituição, devendo ser submetida, como de resto, a limitação e restrição dos demais direitos e garantias fundamentais, aos critérios da proporcionalidade *Übermassverbot/Untermassverbot* e da razoabilidade na sua utilização.

Por fim, acreditamos que a justa expectativa do vencido em ver a decisão adversa reexaminada constitui pressuposto para o adequado funcionamento do Poder Judiciário e à manutenção da confiança que nele é depositada pela população, além de um anseio legítimo e ínsito à personalidade humana, por sua vez, ligada diretamente à dignidade do humano<sup>49</sup>. Há uma exigência psicológica do vencido em ver a decisão reapreciada que transcende aspectos meramente jurídicos, capaz de evitar distúrbios sociais pelo confinamento dos julgamentos a um só grau de jurisdição<sup>50</sup>. Neste sentido, o fator psicológico, ao mesmo tempo em que atua na tarefa de pa-

<sup>47</sup> À crítica desta decisão por violação à segurança jurídica e ao princípio isonômico, cf. BARROSO, Luís Roberto. Recurso Extraordinário. Violação Indireta da Constituição. Ilegitimidade da Alteração Pontual e Casuística da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in: TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Marco Félix; JOBIM, Geraldo Cordeiro. (Org.). **Tempestividade e Efetividade Processual: Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro**. Caxias do Sul: Plenum, 2010.

<sup>48</sup> Decisão Elfes-Urteil, de 16.01.1957 (**BVerfGE 6, 32**).

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo grau de Jurisdição: problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de direitos fundamentais, in: **Revista da AJURIS**, nº 66, ano XXIII – Março, 1996 p. 116.

<sup>50</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 257.

cificação social, justamente pela constatação de que as decisões proferidas em sede de segundo grau conferem maior legitimidade e aceitação por parte da população<sup>51</sup>, também exerce a tarefa de “pressionar” o magistrado de primeiro grau a decidir a lide com mais cuidado e correção, já que esta poderá ser passível de revisão por instância judicial hierarquicamente superior.

### 3 O duplo grau de jurisdição sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal

#### 3.1 Análise das seguintes decisões: rhc – 79.785-7, hc – 88.420-2 e ag. reg no ai 601.832-8.

Nesta parte, procederemos a uma análise crítica das principais decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca do princípio/garantia do duplo grau de jurisdição, de maneira há encontrarmos sua devida e necessária compreensão desde uma confluência entre teoria e prática no Direito. Antes, contudo, de adentrarmos nas minúcias das decisões em comento, faz-se necessária uma breve digressão sobre a decisão histórica, e intimamente relacionada com o tema do nosso estudo, – designadamente pela previsão da garantia de acesso ao duplo grau pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos – prolatada pelo STF, que outorgou aos tratados internacionais de direitos humanos hierarquia supralegal, ou seja, prevalente face antinomias ex surgidas em contraste com normas legais<sup>52</sup>. Estamos falando do já multicitado Recurso Extraordinário nº 466.343, julgado em 03.12.2008, sob a relatoria do Min. Cezar Peluzo, que, por cinco votos a quatro, entendeu que os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos possuem *status* infraconstitucional, porém acima da legislação ordinária<sup>53</sup>.

Em síntese sucinta, o Supremo decidiu por não ampliar o bloco de constitucionalidade relativamente aos tratados internacionais sobre direitos humanos incor-

<sup>51</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O Duplo Grau de Jurisdição e sua Perspectiva Constitucional, in: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 223.

<sup>52</sup> Para uma compreensão mais desenvolvida do tema, ainda que com enfoque distinto, cf. SARLET, Ingo Wolfgang; PETERLE, Selma Rodrigues. A Prisão Civil do Depositário Infiel no Ordenamento Jurídico-Constitucional Brasileiro: Evolução e Perspectivas em face da recente Orientação Adotada pelo STF, in: **Revista da Ajuris**, nº 116, dezembro de 2009.

<sup>53</sup> No sentido de conferir hierarquia supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos, se posicionaram os ministros Gilmar Mendes, Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Marco Aurélio. No sentido contrário, com destaque para o voto do ministro Celso de Mello; além deste, encontram-se os ministros Eros Grau, Ellen Graice e Cezar Peluzo.

porados ao Direito interno antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, designadamente a partir dos argumentos alicerçados na dificuldade em se identificar quais seriam os tratados de direitos humanos e do incremento substancial das hipóteses ensejadoras de controle abstrato e concreto de constitucionalidade. Ainda que de forma conservadora, é inegável o avanço na matéria perpetrado pelo STF que, tradicionalmente, adotava posição restritiva em relação à aplicabilidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Direito brasileiro<sup>54</sup>.

Passemos a analisar, doravante, as principais decisões do STF sobre o duplo grau de jurisdição, já que de posse do mais recente entendimento da corte suprema brasileira acerca dos tratados internacionais de direitos humanos, mais especificamente no que diz respeito com o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos). Tal documento jurídico, como exposto ao longo do texto, prevê, expressamente, a figura do duplo grau de jurisdição como garantia fundamental<sup>55</sup>.

À guisa de delimitação do objeto de estudo, iremos analisar as decisões RHC nº 79.785-7, relator ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 29 de março de 2000; HC nº 88.420-2, relator ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 17 de abril de 2007; e Ag. Reg no AI 601.832-8, relator ministro Joaquim Barbosa, julgado em 17 de março de 2009. As três decisões, cada qual com um enfoque particular sobre a matéria, formam o conjunto de argumentações mais significativas que o Supremo Tribunal Federal já proferiu em relação ao duplo grau de jurisdição.

Com efeito, a primeira delas, apesar de ostentar o peso de uma decisão plenária que, de resto, não é compartilhada com as demais, foi prolatada anteriormente à incorporação ao texto da Constituição do § 3º do art. 5º, derivada da chamada reforma do Poder Judiciário, através da Emenda Constitucional 45/2004. Nesta ocasião, entendeu-se, essencialmente a partir da exposição argumentativa do ministro Sepúlveda Pertence, que o duplo grau de jurisdição, entendido como reexame integral da sentença de primeiro grau por um órgão diverso que a proferiu e de hierarquia superior, não poderia ser erigido como garantia constitucional, designadamente pelas várias previsões, na própria lei fundamental, de julgamento de única instância ordinária. Nas palavras do relator:

Para dar-se eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José da Costa Rica, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator; mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força abrogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir.

<sup>54</sup> Cf. RE nº 80.004/77, ministro relator Xavier de Albuquerque.

<sup>55</sup> Artigo 8º, 2, h, e artigo 25, 1, 2, b, da CADH.

Em outras palavras, o pleno do STF entendeu que onde a Constituição não previa expressamente a possibilidade de interposição recursal quando de competência originária de tribunal, quais sejam arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V, da CF/88, significava que o tinha proibido, não cabendo qualquer espécie de recurso inominado. Estes casos evidenciariam a inaplicabilidade da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estaria, segundo os ministros, em confronto direto ao texto constitucional que dispunha de um tratamento desfavorável ao duplo grau como garantia/direito fundamental.

Na sequência, outra decisão paradigmática foi proferida pelo Supremo, desta vez sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, com enfoque diverso sobre a matéria<sup>56</sup>. Tratava-se, na ocasião, da possibilidade do réu em ver seu recurso processado ainda que não recolhido à prisão por força do art. 594, do Código de Processo Penal<sup>57</sup>. A decisão da primeira turma foi no sentido de revogar a norma contida no Código de Processo Penal, dando-se prevalência ao Pacto de São José da Costa Rica que foi incorporado ao Direito pátrio após a promulgação da norma processual penal, na linha do *lex posterior derogat priori*. Ademais, entendeu-se que o duplo grau de jurisdição constituía elemento intrínseco à noção de devido processo legal, incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais. No dizer do ministro Lewandowski:

Bem sopesada a questão, tenho para mim que o direito ao duplo grau de jurisdição tem estatura constitucional, ainda que a Carta Magna a ele não faça menção direta, como o fez a Constituição de 1824. Isso porque entendo que o direito ao *due process of law*, abrigado no art. 5º, LIV, da lei maior, contempla a possibilidade de revisão, por tribunal superior, de sentença proferida por juízo monocrático.

Concluindo este esforço do mérito das principais decisões julgadas por nossa Corte Suprema sobre o duplo grau de jurisdição, temos o recente julgamento da 2ª turma, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa<sup>58</sup>. Esta decisão conferiu *status* constitucional à alegada Convenção Americana de Direitos Humanos, seja pelo art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pela EC 45/2004, como autêntica garantia constitucional do processo, porém não dotada de caráter absoluto. Na linha do voto do relator, a própria existência de ações de competência originária pelo STF já mitiga a natureza absoluta da garantia do duplo grau, de tal sorte que as exceções ao duplo grau podem ser extraídas da própria Constituição. Assim sendo, segundo o relator da decisão, o

<sup>56</sup> Habeas Corpus nº 88. 420-2.

<sup>57</sup> Art. 594, do CPP: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.

<sup>58</sup> Ag. Reg no AI nº 601.832-8, julgado em 17 de março de 2009.

silêncio eloquente da Constituição quando não prevê hipóteses de recursos ordinários nos Tribunais no exercício de jurisdição penal originária, não enseja espaço para o preenchimento destas lacunas por via de interpretação jurisprudencial, no sentido de que a relativização da garantia do duplo grau de jurisdição, em algumas hipóteses, não retira deste o qualificativo de garantia constitucional do processo.

A partir das linhas acima expostas, podemos afirmar, com certa tranquilidade, que, no Brasil, sob a perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o duplo grau de jurisdição pode ser considerado como um direito fundamental, apenas podendo ser restringido nas hipóteses específicas que o próprio texto constitucional estipula. Embora a posição ainda reticente do STF relativamente à hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos, que, por enquanto, gozam de estatura supralegal, o duplo grau de jurisdição, contrariamente ao entendimento do ministro Sepúlveda Pertence, não deve ter seu núcleo essencial constitucional esvaziado pelo simples fato de sofrer mitigações pelo texto constitucional. Considerando-se a cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, contida no § 2º, do art. 5º, da CF/88, e da posição privilegiada que os tratados internacionais sobre direitos humanos ostentam na nossa ordem jurídica, especialmente após o advento da Emenda Constitucional 45, de 2004, não há mais que se falar em garantias constitucionais do processo sem a figura jurídica do duplo grau de jurisdição.

#### **4 Considerações finais**

Cientes da alta controvérsia existente sobre o tema, aqui abordado, na doutrina e nos Tribunais brasileiros – ainda que sem a pretensão de esgotarmos todos os aspectos que o assunto suscita –, deixamos consignado nosso contributo para o debate e reflexão doutrinária no que diz respeito à matéria envolta do duplo grau de jurisdição. Se mesmo em relação às disposições normativas expressas existem inúmeros questionamentos acerca de seus significados e da sua própria compreensão (*Hans-Georg Gadamer*), certamente estes questionamentos multiplicam-se em relação a um direito/garantia que nem ao menos está positivado de forma expressa no texto da Constituição.

No decorrer do presente trabalho, nos dedicamos a traçar um delineamento constitucionalmente adequado ao duplo grau de jurisdição, seu conceito, conteúdo e possível alcance normativo, sua fundamentação do ponto de vista jurídico-constitucional e seu enquadramento desde a perspectiva do Supremo Tribunal Federal. Destarte, concluímos que o duplo grau de jurisdição constitui um elemento jurídico desmembrado do princípio constitucional do devido processo legal, que vai além de uma

simples regra de organização judiciária, caracterizando-se como uma verdadeira garantia constitucional do processo. Ao duplo grau deve ser conferido o *status* de garantia constitucional implícita do processo, principalmente a partir de uma perspectiva hermenêutica das diversas regras dispostas na Constituição Federal de 1988, além da abertura material do catálogo de direitos fundamentais, consagrada no sistema constitucional brasileiro mediante o art. 5º. § 2º, da CF/88, que, sem dúvida, apontam para o caminho do reconhecimento constitucional do duplo grau de jurisdição.

A supressão da possibilidade de recorrer da decisão judicial, como no caso da interposição de Recurso Extraordinário quando lastreado por ofensa reflexa, também foi objeto do presente trabalho, que embora seja extremamente conveniente, principalmente em tempos de procura por mecanismos de diminuição do processamento de demandas, como, por exemplo, a súmula vinculante, a repercussão geral, dentre outros, põe à evidência o inegável déficit gerado na defesa do sistema constitucional como um todo, e da restrição ao direito do jurisdicionado de ter a decisão adversa revisada por meio da interposição de Recurso Extraordinário (art. 102, inc. III, da CF/88), não expressamente autorizada pela Constituição brasileira.

## 5 Referência Bibliográfica

- ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. ed., Frankfurt: Suhrkamp, 1994.
- ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: RT, 2006.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Recurso Extraordinário. Violação Indireta da Constituição. Ilegitimidade da Alteração Pontual e Casuística da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in: TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Marco Félix; JOBIM, Geraldo Cordeiro. (Org.). **Tempestividade e Efetividade Processual: Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro**. Caxias do Sul: Plenum, 2010.
- BERNI, Duílio Landell de Moura. O Duplo Grau de Jurisdição como Garantia Constitucional, in: PORTO, Sérgio Gilberto. **As Garantias do Cidadão no Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O Duplo Grau de Jurisdição e sua Perspectiva Constitucional, in: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CALMON DE PASSOS, Joaquim José. O Devido Processo Legal e o Duplo Grau de Jurisdição, in: **Revista da AJURIS**, v. 25, Porto Alegre, 1982.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – contributo à compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 21. Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- COVAS, Silvéneo. **O Duplo Grau de Jurisdição**. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos. São Paulo: RT, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo de Conhecimento. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- \_\_\_\_\_; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em Evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. Direito Processual Constitucional, in: **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, vol. 9, nº 55, Porto Alegre: Síntese, set/out, 2008.
- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil**. São Paulo: RT, 1995.
- MARCATO, Ana Cândida Menezes. **O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição e a Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da Tempestividade da Tutela Jurisdicional e Duplo Grau de Jurisdição, in: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: RT, 1999.
- \_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, tomo VII, 1975.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Teoria Geral dos Recursos**. Editora Revista dos Tribunais. 6. ed. São Paulo, 2004.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Cível na Perspectiva dos Direitos Fundamentais, in: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PERINI, Raquel Fernandes. **Os princípios Constitucionais Implícitos**. Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, nº 17, 2000.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

- PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil – Consteúdo Processual da Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo Grau de Jurisdição: Conteúdo e Alcance Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição: Problematização em Nível Constitucional, à Luz de um Conceito Material de Direitos Fundamentais, in: **Revista da AJURIS**, nº66, 1996.
- \_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- \_\_\_\_\_; PETTERLE, Selma Rodrigues. A Prisão Civil do Depositário Infel no Ordenamento Jurídico-Constitucional Brasileiro: Evolução e Perspectivas em face da recente Orientação Adotada pelo STF, in: **Revista da Ajuris**, nº 116, dezembro de 2009.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo, in: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 4, out/nov/dez, de 2005, Salvador/BA.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. São Paulo, Malheiros, 1992.
- TICIANELLI, Maria Fernanda Rossi. **Princípio do Duplo Grau de Jurisdição**. Paraná: Juruá Editora, 2005.