

PRINCÍPIOS INSTITUTIVOS E INFORMATIVOS DOS RECURSOS

CHARLEY TEIXEIRA CHAVES

Mestre pela PUC Minas, Coordenador de pesquisa da
FASPI e professor do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Civil e Processo Civil da FIC

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo apontar os princípios basilares interligados aos recursos, bem como reestruturá-los dentro de uma visão constitucional. É feita, assim, uma revisitação de alguns conceitos ainda obscuros por estarem ligados a valores solipsistas. Passa-se pelo esclarecimento da importância dos princípios como normas criadoras de regras comportamentais vinculativas e sua repercussão para estruturalização de um recurso.

PALAVRAS-CHAVE: Recursos; princípios recursais.

ABSTRACT: This work objectives to point the main principles related to appeals in the Brazilian Law as well as to organize them according to a constitutional point of view. Therefore, one analyses concepts that are still obscure due to the fact that they are related to solipsist values. Furthermore one clarifies the importance of principles as norms that create behavioral binding rules and emphasizes their repercussion in the structuralization of an appeal.

KEY WORDS: Appeals; reviewing principles.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Princípios fundamentais dos recursos. 2.1. Princípio do duplo “grau” de “jurisdição”. 2.2. Princípio da taxatividade. 2.3. Princípio da singularidade, ou unirrecorribilidade, ou unicidade. 2.4. Princípio da fungibilidade. 2.5. Princípio da proibição da *reformatio in pejus*. 2.6. Princípio da voluntariedade. 2.7. Princípio da lesividade do provimento. 2.8. Princípio da dupla conformidade ou *doppio conforme*. 2.9. Princípio da consumação. 2.10. Princípio da variabilidade dos recursos. 2.11. Princípio da complementaridade. 2.12. Princípio das decisões juridicamente relevantes. 2.13. Princípio da dialogicidade ou dialeticidade. 2.14. A distribuição dos recursos. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A presente pesquisa pretende abordar os princípios institutivos e informativos que fundamentam e regulam a utilização dos recursos. Os princípios serão apresentados como norma jurídica de característica expansiva ou genérica, sem perder de vista os limites condutores de interpretação e aplicação no caso concreto.

Os referidos princípios sempre foram compreendidos como elementos irradiadores do ordenamento jurídico; um norteador da interpretação jurídica com finalidades restritivas no campo da integralização da norma ou como função supletiva, no caso de lacuna da lei. Outrora, aponta-se uma certa desvalorização dos princípios abordados como meros auxiliares da interpretação da norma jurídica. Consta da legislação processual (procedimento) cível, no artigo 126 do Código de Processo Civil (CPC) que em caso de lacuna (*nom liquet*), o julgador estará autorizado utilizar “[...] a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Em sentido próximo, encontra-se o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC). Percebe-se que os princípios eram sempre colocados em terceiro lugar.

Coube ao pós-positivismo¹ o tratamento adequado a todos os princípios, elevando-os à categoria de norma jurídica.

Os princípios são espécies do gênero norma. Não deixam de ser norma jurídica por apresentar estrutura diversa das regras.

O princípio é a “[...] norma de justificação ou de fundamentação da regra jurídica” (LEAL, 2004, p. 246), pois em “[...] resumo, de um princípio (ou princípios) poderão nascer várias regras jurídicas de múltiplos conteúdos, mas, uma vez transformadas em normas positivas (leis) identificam-se pelo conteúdo específico que as vincula ao ramo do Direito correspondente.” (LEAL, 1995, p. 4)

A regra é a formalizadora que projeta e assegura a criação de direitos, isto é, norma legal. Quanto aos princípios, sempre são estabelecidos pela lei, mas têm conteúdo genérico e abrangente. Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal (1995, p. 3) “[...] o princípio encontra sua concreção (solidificação) nas regras jurídicas conseqüentes e, estas, a seu turno, são fatores de embasamento do conteúdo da norma jurídica.”

Continua a explicação de Leal (1995, p. 3): “[...] o princípio sempre conterá um sentido de *validade genérica*, sem perder a qualidade de gerar regras nas diversas especialidades da Ciência Jurídica”.

Portanto, como explica Chaves (2004, p. 47), “[...] “as Normas Constitucionais (leis + princípios) são fontes jurisdicionais do direito e garantia das partes”. Porventura os princípios não têm características secundárias ou terciárias, mas primárias por ser norma jurídica. Ao interpretar uma regra descritiva de um comportamento, o princípio

¹ Pós-positivistas, como Friedrich Muller, Dworkin, Alexy, Canotilho e outros. Cf. (LEAL, 2002, p. 37).

adequado será interpretado em conjunto com a regra específica ou, dependendo do caso, antes da regra em face da hierarquia das normas.

Importante é a conceituação dos princípios como institutos, quando são denominados “princípios institutivos”. Leal (2004, p. 220) explica que o *instituto* refere-se a um “[...] agrupamento de princípios que guardam unidade ou afinidades de conteúdos lógico-jurídicos no discurso legal.” E completa que *instituição* é um “[...] agrupamento de *institutos* (s) e princípios (s) que guardam unidade ou afinidade de conteúdos lógico-jurídicos no discurso legal.” Os princípios chamados de “princípios institutivos”, presentes na Constituição, comportam desdobramentos e “[...] implicações teóricas de conotações enciclopédicas”. (LEAL, 2004, p. 102).

Há princípios que são fruto de desdobramento dos princípios institutivos ou da instituição, corolário da expansividade (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 14) ou redesdobramento do instituto. Significa dizer que a norma constitucional expande toda sua vinculação ao ordenamento jurídico, pois dela se extrai toda principiologia estruturante do Estado e das suas instituições. Se, por acaso, esse princípio dividir-se em outros consecutórios com afinidade indissociável de conteúdo, será também um princípio institutivo.

Em síntese, há princípios (institutos) que exteriorizam diversos outros princípios (subprincípios). Portanto, quando se extraem de um princípio outros subprincípios, estes recebem a característica de institutos. Sendo assim, existem os chamados *princípios informativos* “[...] como variáveis lógico-jurídicos dos princípios institutivos”. (LEAL, 2004, p. 105).²

Neste contexto, serão abordados alguns princípios como institutos e outros como consecutórios destes, isto é, princípios informativos ou subprincípios. Para exemplificar essa variação, basta verificar que o princípio da ampla defesa é um princípio institutivo; dele decorrem outros princípios informativos, como o princípio da oralidade e da publicidade.

Cabe ressaltar que não é nosso objetivo identificar, neste trabalho, todos os princípios institutivos e informativos, tendo em vista que isso extrapolaria a finalidade deste artigo; ademais, seria necessário um aprofundamento de diversos princípios para seu enquadramento nos princípios institutivos, resultando num trabalho um pouco mais denso e longo.

Após os contornos iniciais desenvolvidos, passa-se ao estudo dos princípios ligados ao sistema recursal.

² Em sentido diverso, Nelson Nery Júnior divide os princípios em *informativos* e *em fundamentais*. “Os *informativos* são considerados quase que como axiomas, pois prescindem de maiores indagações e não necessitam ser demonstrados.” Os princípios *fundamentais* “são aqueles sobre os quais o sistema jurídico pode fazer opção, considerando aspectos políticos e ideológicos.” (2000, p. 34-35).

2. Princípios fundamentais dos recursos

Antes de abordar os princípios fundamentais dos recursos, torna-se importante conceituar recurso. Defende-se *recurso* como um instituto garantido constitucionalmente, decorrente do art. 5º, incisos XXXV e LV. (ROCHA, 2007, p. 253). Nas palavras de Leal, o “[...] *recurso* é instituto de garantia revisional exercitável na estrutura procedimental, como forma de alongar ou ampliar o processo pela impugnação das decisões nele proferidas e não meio de dar continuidade ao exercício do direito-de-ação que se exaure, em cada caso, com a propositura do procedimento”. (LEAL, 2004, p. 192).

Em decorrência da base constitucional dos recursos, Rocha explica alguns pontos que se extraem da visão constitucionalista dos recursos:

- (a) o legislador não pode editar um texto suprimindo genericamente o recurso;
- (b) o legislador não pode criar obstáculos excessivos, formalistas e desproporcionados, dificultando seu exercício;
- (c) o acesso aos recursos instituídos só pode ser limitado em face de outros direitos constitucionais, respeitado o princípio da proporcionalidade;
- (d) os membros do Judiciário devem interpretar e aplicar as normas sobre recursos do modo mais favorável a sua admissão. (ROCHA, 2007, p. 253).

Trata-se de limites constitucionais que expandem e condicionam as normas infraconstitucionais que regulamentam as variações de procedimentos recursais.

Essa garantia revisional (recurso), porventura, tem amparo constitucional, sendo permitidas às normas infraconstitucionais criarem uma diversidade de procedimentos (*variabilidade e expansividade*) (ANOLINA; VIGNERA, 1990, p. 14) para implementar a previsão constitucional do direito ao recurso, dentro dos limites contidos na própria Constituição.³

Assim, pode-se falar em *Direito ao Recurso* como procedimento de impugnação. Ex.: apelação, agravo e embargos declaratórios. Do outro lado, em “[...] *Direito de recorrer* que é direito material inviolável (constitucional, direito-garantia → incondicional)”. (LEAL, 2004, p. 300).

2.1. Princípio do duplo “grau” de “jurisdição”

Antes de abordar as peculiaridades desse princípio, cabe destacar a impropriedade da terminologia empregada. Primeiro, a jurisdição é sempre una, sendo incorreto afirmar que exista um desdobramento dela. A jurisdição é o monopólio estatal para

³ Em sentido próximo defende (ROCHA, 2007, p. 253).

estabelecer o direito pré-dito, isto é, com base na lei popular, construída através de seus representantes, em observância ao *devido processo legislativo*. Esse princípio, denominado de *duplo grau de jurisdição [sic]*, remete-nos à idéia de que existe uma jurisdição de primeiro, segundo, terceiro e até quarto graus, o que não é verdade. Nunes esclarece que “[...] essa diversidade não é possível, uma vez que a jurisdição é una, qualquer que seja o conflito a se resolver, mesmo que seus órgãos, seus graus e seus atos sejam plúrimos”. (NUNES, 2003, p. 106). Araken de Assis (2007, p. 69) também alerta sobre a impropriedade terminológica da expressão duplo grau e explica: “[...] entre nós, a jurisdição revela-se imune a graus. O direito brasileiro adotou o princípio da unidade jurisdicional. A separação baseia-se na hierarquia, e não na qualidade intrínseca do corpo julgador”.

Importante são os ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal (2004, p. 235), os quais apontam que “[...] a Jurisdição é UNA, por isso não é penal, civil, especial, comum – o procedimento é que pode apresentar características *variadas* como penal, civil, especial e o *Processo é único* para reger todos os Procedimentos”.

Cabe destacar que a jurisdição não é um simples meio do exercício do *poder* estatal, mas um direito humano fundamental de movimentar o Estado para apreciar as lesões ou ameaças a direitos. Nesse sentido, enfatiza Costa:

A consagração e a constitucionalização das instituições processuais instigaram a reflexão jurídica no sentido de não se admitir mais a jurisdição com meio do exercício do poder estatal, mas, sim, como um direito fundamental de movimentar incondicionalmente o Estado na apreciação das pretensões levadas até ele. (COSTA, 2007, p. 44).

Outro ponto preocupante desse princípio do duplo grau está na idéia de que a revisibilidade das decisões proferidas passará sempre por um órgão judicial hierarquicamente superior ao anterior, com julgadores mais experientes, mas nem sempre isso ocorrerá. De acordo com alguns recursos (procedimentos recursais) previstos em nosso ordenamento jurídico, a decisão hostilizada passará por uma nova análise sem ser encaminhada a outro órgão judicial hierarquicamente superior. Têm-se como exemplos os recursos de embargos de declaração e embargos infringentes que a decisão irredutível passa a ser revista pelo mesmo órgão julgador que proferiu a decisão anterior, sendo que nos embargos infringentes terão uma ampliação do número dos julgadores. Na competência originária de determinados tribunais também não serão encaminhados para outro tribunal hierarquicamente superior, porque não existe mais recurso ou porque o recurso será analisado pelo próprio órgão jurisdicional.

Mais uma vez, a impropriedade da expressão duplo grau não se correlaciona aos desdobramentos e vertentes teóricas dos recursos. Assim, uma expressão aparentemente adequada para o princípio do duplo grau de jurisdição seria “duplo

juízo sobre o mérito”, como se referiu Nunes⁴, citando Luiz Guilherme Marinoni ou, para nós, uma *dupla decisão sobre um caminho processual percorrido*, ainda que incompleto ou ininteligível, isto é, *dupla análise das decisões jurisdicionais* exaradas.

A necessidade da dupla análise das decisões processuais passa por diversos fundamentos de ordem objetiva, subjetiva, *error in iudicando* e *error in procedendo*; não serão aqui abordadas, porém, todas elas. Percebe-se que o vício mais grave de uma decisão que justificaria uma nova análise do mérito (*dupla análise das decisões jurisdicionais*) seria a violação dos princípios constitucionais, tais como ampla defesa, contraditório, isonomia, fundamentação das decisões, princípio da reserva legal e direito a advogado.

Os princípios constitucionais institutivos são vinculativos e delimitativos do discurso processual. Deve-se adotar um *medium lingüístico* para nortear a discursividade procedimental, qual seja, a principiologia do processo para reger o debate sobre a construção das decisões.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são faculdades e garantias personalíssimas dos litigantes, tendo os juízes o dever de assegurá-los sem nenhuma restrição. (LEAL, 2007, p. 265).

Para Dhenis Cruz Madeira, “[...] o *logos* decisional do provimento, em especial, da sentença constitutiva, não cria direitos, porque esses só são criados com a observância do devido processo legislativo”. E prossegue: “[...] o julgador e as partes não devem atuar *apesar da lei*, mas sim *com a lei*.” (MADEIRA, 2006, p. 142).

Sem a observância desses princípios constitucionais, a decisão se torna incompleta à apreciação da matéria fática, ou porque as questões não foram submetidas ao debate, ou porque foram mal apreciadas, ou porque nem sequer foram observadas pelo julgador na decisão final.

Nunes (2003, p. 148) explica que “[...] o instituto do recurso, em face do perigo e da possibilidade de um desenvolvimento incompleto da primeira instância, a permitir uma mácula do contraditório e da ampla defesa, passa a ser indissociável de nosso modelo constitucional de processo”.

A *dupla análise das decisões jurisdicionais* representa sempre uma vantagem, porque não se pode desejar uma decisão rápida feita com o desprezo da principiologia formadora e colaboradora da construção do provimento final, quais sejam, os princípios constitucionais institutivos.

⁴ “O duplo grau poder-se-ia denominar, assim, como um ‘duplo juízo sobre o mérito’, de forma a permitir que para cada demanda sejam permitidas duas decisões válidas e completas proferidas por juízos diversos”. (NUNES, 2003, p. 106).

Por outro lado, o certo que esse princípio (*dupla análise das decisões jurisdicionais*) não se encontra expressamente consignado na CF/88, o que admitiria a possibilidade de o legislador (o povo, através dos seus representantes) suprimir um ou alguns dos seus recursos (procedimentos recursais). A própria CF/88, no seu art. 121, §3º, estabelece que as decisões do TSE são irrecorríveis, com ressalva às matérias constitucionais.

Entretanto, o Brasil ratificou (Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992) a Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 8, n. 2, *h*, que assegurou o duplo juízo apenas ao procedimento penal. Lembra Nelson Nery Júnior que “a garantia expressa no tratado parece não alcançar o direito processual como um todo, donde é lícito concluir que o duplo grau de jurisdição, como garantia constitucional absoluta, existe no âmbito do direito processual penal, mas não no do direito processual civil ou do trabalho.” (NERY JUNIOR, 2002 b, p.179). Poder-se-ia socorrer ao princípio da isonomia para estender o efeito daquela norma também às matérias cíveis.

Miranda e Pizzol (2006, p. 8) afirmam que “[...] a previsão é implícita e decorre do fato de a Magna Carta ter mencionado a existência de tribunais (art. 92 e seguintes da Constituição Federal)”. Trata-se de uma atividade escalonada com competência recursal prevista na CF/88.

Por outro lado, a necessidade da *dupla análise das decisões jurisdicionais* decorre do *devido processo legal* (MIRANDA, 2006, p. 7) bem como dos princípios do *contraditório e da ampla defesa* (LEAL, 2004, p. 191)⁵ quando não observados na sua completude.

Mesmo na falta de recursos próprios pela ausência normativa ou pela supressão de recursos (medida legislativa), restam-nos os denominados sucedâneos recursais⁶, ações autônomas de impugnações que poderiam alcançar os objetivos análogos ao esperado por um recurso. Basta citar o Mandado de Segurança ação constitucional e o *habeas corpus*. Sempre que não existir na esfera da infraconstitucionalidade um recurso próprio, o Mandado de Segurança surge como instrumento capaz de se opor ao ato contestado.

Gregório Assagra de Almeida ressalta a importância da utilização do mandado de segurança, em face da inexistência de recursos específicos para as decisões interlocutórias, como acontece no processo penal:

Não podemos deixar de reconhecer que no campo do direito processual penal a aplicabilidade do mandado de segurança, atualmente, é bem mais ampla do que no direito processual civil, até porque não há, no processo penal, a recorribilidade de

⁵ No mesmo sentido: NUNES, 2003, p. 149.

⁶ São requisitos para utilização das ações autônomas: ausência de recurso próprio, não ocorrência da coisa julgada e requisitos próprios da ação utilizada.

todas as decisões interlocutórias. Ademais, o sistema recursal nele previsto possui inúmeras deficiências que justificam o alargamento do campo de incidência desse *writ*. (ALMEIDA, 2007, p. 516).

O que não pode existir é uma decisão que viole os próprios elementos que contribuem para a formação da decisão jurisdicional; torna-se incompleta por desrespeitar os princípios constitucionais, elementos de validade de qualquer espécie de decisão democrática.

Por fim, apesar da possibilidade de um recurso ser analisado pelo próprio prolator da decisão, o ideal é que a decisão seja analisada por um órgão colegiado e distinto do anterior, por ser mais democrático um tribunal com formação variada, advindo de juízes de carreira, de promotores (representantes do Ministério Público) e de advogados (como acontece na regra do quinto constitucional, art. 94 da CF/88).

2.2. Princípio da taxatividade

O princípio da taxatividade está ligado ao princípio da reserva legal. Os recursos são criados por lei, não permitindo que as partes criem *ao seu bel-prazer* um mecanismo de irrisignação (recurso). Também não são recursos os previstos nos regimentos internos dos tribunais por não terem passado pelo *devido processo legislativo*. Cabe destacar que é a lei que determina as formas de impugnação como recursos.

O rol de recursos é sempre legal, construído através do *devido processo legislativo*, ainda mais que a iniciativa do projeto de lei é privativa da União, conforme art. 22, I, da CF/88, isto é, para quem defende os recursos como matéria processual. Para aqueles que defendem os recursos como procedimento, a competência para a iniciativa do projeto de lei será concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 24, XI, da CF/88).

Outros mecanismos de irrisignação são utilizados como se fossem recursos, apesar de não serem legalmente constituídos para esse fim: os denominados *sucedâneos dos recursos*, que acabam por fazer o papel dos próprios recursos com algumas peculiaridades que os afastam do enquadramento legal dos recursos. O importante é que seja utilizado na ausência de um recurso específico para irrisignação da matéria discutida, com exceção do pedido de reconsideração que pode ser manejado antes do recurso próprio ou em conjunto com ele. Destaca-se que o pedido de reconsideração não suspende ou interrompe o prazo para o recurso próprio do ato hostilizado, nesse sentido realça Nery Júnior (2000, p. 69). O artigo 527, parágrafo único, do CPC, redação dada pela Lei n. 11.187, de 2005, permite que o relator reconsidere sua decisão, perceptível que o sistema procedimental Brasileiro adotou a técnica da reconsideração, situação também prevista no art. 523, § 2º do CPC. Por fim, podem-se citar outros exemplos de sucedâneos recursais: mandado de segurança contra ato jurisdicional, *habeas corpus* e ação rescisória (Cf. NERY JÚNIOR, 2000, p. 56-83).

2.3. Princípio da singularidade, ou unirrecorribilidade, ou unicidade

Esse princípio tem como objetivo uniformizar os recursos para configurarem um mecanismo de impugnação próprio. Para cada decisão hostilizada, existirá um recurso adequado próprio e sucessivo. Em outras palavras, não se admitem vários recursos interpostos contra um ato decisório específico. Tem-se um recurso próprio para irresignar cada matéria fustigada de forma sucessiva (um de cada vez) e nunca acumulativa.

Como bem citado por Assis, o CPC de 1939, no seu art. 809, mesmo quando admitia uma variabilidade de recursos dentro do prazo legal, vetava o uso de mais de um recurso ao mesmo tempo. (ASSIS, 2007, p. 83). O CPC de 1973 não adotou explicitamente esse princípio como o CPC anterior, mas estruturou os atos decisórios no art. 162 separando adequadamente quais são passíveis, por exemplo, de apelação e de agravo.

Assim, ficou determinado, pela leitura da norma processual infraconstitucional, que, para cada ato decisório, existe apenas um mecanismo de impugnação; a utilização errônea do recurso acarreta o não preenchimento de um dos requisitos de admissibilidade dos recursos, qual seja, o cabimento. Portanto, os recursos foram bem estruturados legalmente para não admitir mais de um recurso contra cada ato de irresignação.

Nesse sentido manifestou o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

STJ. AgRg no Ag 1013411 / RS AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2008/0029923-0. Ministro MASSAMI UYEDA(1129).-TERCEIRA TURMA. Dj. 01/10/2009. DJe 27/10/2009.

Ementa:

AGRAVO REGIMENTAL - PRINCÍPIO DA **UNIRRECORRIBILIDADE** – INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E AGRADO REGIMENTAL - IMPOSSIBILIDADE - AGRADO NÃO CONHECIDO.

Em nossa opinião, a única exceção a esse princípio seria o próximo princípio abordado. Com a nova redação do art. 498 do CPC dada pela Lei nº 10.352/2001, manteve-se a coerência da unirrecorribilidade dos atos decisórios em relação aos embargos infringentes. No caso, quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, têm-se duas decisões com conteúdos diversos, susceptíveis simultaneamente de mais de dois recursos, recurso extraordinário (RE) e/ou recurso especial (REsp) e embargos infringentes. Porém, o “legislador” suspende o prazo de 15 dias, ou na verdade nem sequer começa a contá-lo, para o RE e REsp, evitando, assim, a cumulação de dois recursos. O prazo para os demais recursos iniciará da intimação da decisão dos embargos infringentes ou quando transitar em julgado a decisão majoritária. A interposição dos embargos

da declaração interrompe o prazo dos demais recursos (art. 538 CPC)⁷. Mesmo no caso de sucumbência recíproca, podem surgir de uma decisão dois recursos distintos: um de apelação e outro de embargos de declaração. Tampouco há uma exceção ao princípio em tela, pois os recursos atacam conteúdos distintos.

Outro ponto que aparenta ser uma exceção ao princípio tratado seria o caso do RE e do REsp, que devem ser interpostos conjuntamente, ou seja, simultaneamente. Na realidade, o princípio da singularidade permanece intacto, pois ainda para cada decisão existe apenas um recurso próprio. No caso, os recursos extraordinário e especial, apesar de serem manejados em conjunto, atacam conteúdos distintos. O primeiro, a matéria constitucional (art. 102, III, CF/88), o segundo, a matéria federal (art. 105, III, CF/88). São salutares os elucidamentos de Theodoro Júnior (2007, p. 643): “[...] na previsão de interposição simultânea de recurso extraordinário e de recurso especial contra o mesmo acórdão (art. 541), há apenas uma aparente quebra do princípio da unirrecorribilidade, haja vista que cada um deles ataca partes distintas do decisório impugnado”.

Ademais, quando conhecidos ambos os recursos, não são julgados ao mesmo tempo. Os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Após o julgamento do REsp, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal (STF), se o REsp não estiver prejudicado. No caso de o relator do STJ convencer-se que o RE é prejudicial, a análise do REsp sobrestará o julgamento e remeterá os autos ao STF, em decisão irrecorrível para as partes. No mesmo sentido, o relator do STF poderá devolver os autos para o STJ, caso não considerar prejudicial o julgamento primeiro do RE em face do REsp, obrigando o STJ julgar o REsp em primeiro lugar. É um verdadeiro “vai e vem” dos recursos extraordinários (RE e REsp), conforme se lê no art. 543 do CPC.

Por fim, cabe esclarecer que a terminologia utilizada para apresentar os recursos, como recurso ordinário e extraordinário, é empregada no Brasil com conteúdos distintos ao de outros sistemas como o português, o francês, o suíço e outros. “O recurso ordinário é reservado para decisão não transitada em julgado e o extraordinário contra aquela já transitada”. (LEAL, 2004, p. 193). Tecnicamente, todos os recursos são ordinários por impugnarem as decisões ainda não transitadas em julgado. Entretanto, no modelo brasileiro, são denominados de recurso extraordinário aqueles que têm conteúdo de irresignação limitado, admitindo apenas discussões sobre questões de direito e, ao contrário dos modelos estrangeiros citados, não estão acobertados pela coisa julgada – trata-se do RE e do REsp.

2.4. Princípio da fungibilidade

Este princípio não se encontra mais previsto no CPC de 1973, porém foi muito utilizado no ordenamento processual de 1939, previsto no art. 810. Admitia-se um recurso

⁷ No juizado especial (Lei nº 9.009/95, arts. 50 e 83, §2º) a interposição dos embargos suspende o prazo para o recurso.

no lugar de outro, sempre que não houvesse má-fé (observar o menor dos prazos dentre os recursos aptos para impugnar a decisão) e não existisse erro grosseiro quando da interposição do recurso. Na época foi necessária a utilização do princípio da fungibilidade, tendo em vista a desorganização e impropriedade (ASSIS, 2007, p. 87) legal para apresentar mecanismos adequados para impugnar as decisões. O atual CPC simplificou os mecanismos de impugnação, estabelecendo um recurso para cada modalidade de resignação, conforme se lê no art. 162 do CPC, facilitando a vida dos operadores do direito.

Todavia, as impropriedades terminológicas se perpetuaram no ordenamento, a simplicidade do CPC de 1973 não foi absoluta. Alguns dispositivos legais que se referiam a “sentença” não coadunavam com a definição do art. 162, por tratarem de uma decisão interlocutória, mas que recebeu a denominação de sentença. Por exemplo, o art. 395 CPC, o indeferimento liminar da petição inicial da reconvenção – art. 315 do CPC e art. 17 da Lei nº 1.060/1950.

Em face da complexidade de alguns dispositivos legais que se referem a alguns atos como sentença em tese, pelo nome atribuído, o recurso adequado seria o da apelação. No entanto, de acordo com a sistemática do CPC (art. 162 do CPC), o ato seria uma decisão interlocutória passível de agravo. Restou uma dúvida objetiva; houve a necessidade de ressuscitar o princípio da fungibilidade, no processo civil, tendo como sustentáculo o princípio da instrumentalidade das formas (art. 250 do CPC).

No processo penal há previsibilidade expressa no art. 579 do CPP. Como bem explica Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2001, p. 39), “[...] há, nesse caso, aproveitamento do recurso erroneamente interposto, mediante sua conversão no adequado, em homenagem ao princípio de que o processo não deve sacrificar o fundo pela forma”.

O requisito para a admissibilidade da fungibilidade, conforme entendimento doutrinário (NUNES, 2003, p. 90), é a existência de dúvida objetiva que represente uma divergência doutrinária e jurisprudencial sobre admissibilidade de um ou outro recurso. Nery Júnior recepciona o requisito da fungibilidade, qual seja, dúvida objetiva, e explica “com segurança, que configura erro grosseiro a interposição de recurso errado, quando o correto se encontra *indicado expressamente no texto de lei*.” Sintetizando, “em se tratando de erro grosseiro, não é possível aplicar-se a fungibilidade, pois não seria razoável premiar-se o recorrente desidioso, que age em desconformidade com as regras comezinhas do direito processual. Ao revés, se o erro for escusável, não se caracterizando como grosseiro, a regra tem incidência plena.”(2000, p. 135 e 140).

O STJ também reconheceu o requisito da dúvida objetiva para aplicação do Princípio da fungibilidade:

EMENTA:

RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS "A" E "C" - PROCESSO CIVIL - AÇÃO DE CONHECIMENTO - EXCLUSÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO - INDEFERIMENTO DA INICIAL EM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS - EXTINÇÃO DA AÇÃO E NÃO DO PROCESSO - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - RECURSO CABÍVEL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL.

É firme a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que o ato judicial que exclui litisconsorte passivo não põe termo ao processo, mas somente à ação em relação a um dos réus. Por essa razão, o recurso cabível é o agravo de instrumento, e não apelação (cf. REsp n. 164.729/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 01.06.1998, REsp n. 219.132/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 01.11.1999 e REsp n. 14.878/SP, rel. para o acórdão Min. Eduardo Ribeiro, DJU 16.03.1992, dentre outros).

Se inexistir dúvida objetiva acerca do recurso cabível, não se admite a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

Recurso especial não conhecido

STJ, REsp 427786/RS 2002/0043014-5), 2ªT., Rel. Min. Franciulli Netto, j. 15-4-2003. [Grifo nosso]

Quanto ao prazo para interposição do recurso, tem-se o entendimento de que deve ser levado em conta o menor prazo dos recursos apontados como duvidosos. De outro lado, entende-se que o prazo que deve ser observado é do recurso utilizado, independentemente de ser menor ou não. “Desta forma, ocorrendo dúvida objetiva, dever-se-á aceitar a aplicação do princípio da fungibilidade, mesmo que haja utilização do prazo do recurso efetivamente interposto, o qual era tido pelo recorrente como o correto”. (NUNES, 2003, p. 91).

2.5. Princípio da proibição da *reformatio in pejus*

O princípio da proibição da *reformatio in pejus* impede que o julgador profira uma decisão piorando a sua situação já decidida. Caso a parte recorra sozinha, não poderá ver sua situação piorar. Esse princípio está ligado ao fato do pedido que delimita a atuação judicacional (correlação entre a decisão e o pedido); impede-se que o julgador piore a situação daquele que recorre sozinho, recebendo uma decisão pior do que já tinha, isto é, *reforma para pior*. Logicamente que este princípio não se aplica às matérias de ordem pública que permitem aos julgadores reconhecerem de ofício, a qualquer momento, como os pressupostos processuais, condições da ação e requisitos de admissibilidade dos recursos, denominados de efeito translativo dos recursos.

O exemplo extraído da obra Darlan Barroso é bem elucidativo – em se tratando de matéria de ordem pública, a decisão do tribunal pode piorar a situação do recorrente:

Seria o caso de, em primeira instância, o juiz ter condenado o réu ao pagamento da quantia equivalente a dez salários mínimos. Todavia, inconformado com a procedência parcial, o autor apela da sentença para obter a elevação da condenação, mantendo-se o réu conformado com sua condenação (não recorre). Por sua vez, o tribunal entende que o autor é parte ilegítima para a ação e acaba por extinguir o processo sem o julgamento do mérito (cancelando a condenação que o autor tinha em seu favor). (BARROSO, 2007, p. 15).

Esse princípio está ligado ao princípio da disponibilidade, que delimita a atuação da atividade jurisdicional. A exceção ao princípio em análise é a matéria de ordem pública. Como visto supra, não se fala em preclusão; o recurso transfere a análise da matéria (ordem pública) – independentemente da alegação da parte – juntamente com a irrisignação da parte interessada, aos tribunais, que verificarão os recursos. Portanto, o princípio ora estudado é abrandado pelo efeito translativo dos recursos.

O princípio da proibição da *reformatio in pejus* não se aplica ao tribunal do júri. Mesmo que a primeira decisão fosse anulada, a soberania do tribunal popular não poderia ser limitada, isto é, *os novos julgadores que voltem a julgar a causa* (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2001, p. 48).

Por fim, a Súmula 45 do STJ estabelece: “No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.”

2.6. Princípio da voluntariedade

A impugnação feita através do recurso depende da manifestação de vontade das partes. Trata-se da “vontade expressa e motivação de recorrer (induidosa)” (LEAL, 2004, p. 302). O ordenamento apresenta alguns “recursos” [sic] que não preenchem o requisito da voluntariedade, com a *remessa necessária* que erroneamente é denominada de “recurso” *ex officio*. Tecnicamente, a *remessa necessária* (art. 475 do CPC) não se classifica como um recurso por lhe faltarem os elementos da voluntariedade, da taxatividade e da dialeticidade. Na realidade, trata-se de uma condição de eficácia da sentença, quando for proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público. A decisão proferida pelo juízo monocrático apenas se torna válida após ser confirmada pelo tribunal ou órgão superior. Embora o ato esteja previsto em lei, representa um descaso com a atuação do julgador que apreciou e prolatou a primeira decisão, condicionando a eficácia da sua decisão a ratificação pelo tribunal, como se fosse um mero parecerista. Pior: trata-se de uma proteção unilateral, em nossa opinião, desnecessária e, ainda, violadora do princípio da isonomia. Não há reciprocidade de tratamento, porque não ficaria condicionada, ao contrário do que ocorre com o Estado, à confirmação da decisão quando o condenado fosse um indivíduo (cidadão) que litigasse contra o Estado. Há, dessa forma, uma violação do princípio da isonomia procedimental injustificável.

O fundamento da remessa necessária como condição de eficácia da decisão anteriormente prolatada depende da confirmação do tribunal; representa mais um resquício do *princípio inquisitório* no nosso ordenamento jurídico. Embora não seja um recurso, através do reexame obrigatório, pode a decisão final ser modificada inteira ou parcialmente (*efeito translativo*). (NERY JÚNIOR; NERY, 2002, p. 916).

Como o manejo do recurso passa pela voluntariedade, a sua subsistência também decorre desse princípio. Sendo assim, a parte que interpôs um recurso poderá desistir do seu direito de recorrer (fato extintivo), independentemente da aceitação da outra parte, a qualquer tempo, na sustentação oral, desde que seja antes do julgamento do recurso (art. 501 do CPC).

Cabe lembrar que, no procedimento penal, o Ministério Público não é obrigado a recorrer; entretanto, se optar por fazê-lo, não poderá desistir do recurso interposto (art. 576 do CPP), tendo em vista o princípio da obrigatoriedade consectário da reserva legal que imprime um dever legal na atuação do *Representante Popular Permanente*⁸.

2.7. Princípio da lesividade do provimento

Este princípio se conecta a um dos requisitos de admissibilidade dos recursos, qual seja, o do interesse em recorrer que se desdobra no binômio: adequação e necessidade ou utilidade. De fato, o princípio ora estudado encontra-se ligado à utilidade ou necessidade.

O interesse de recorrer – “adequação” – está ligado ao requisito de admissibilidade dos recursos, qual seja, o cabimento, e também ao princípio da singularidade. Já o que nos interessa, neste momento, é a necessidade (ou utilidade), que se relaciona com o prejuízo decorrente do fato de a decisão não ter acatado o pedido da parte na sua integralidade ou parcialidade.

Denomina-se de sucumbência o prejuízo sofrido pela parte quando a decisão jurisdicional for contrária ao solicitado pela parte ou pelas partes, isto é, for vencido totalmente ou parcialmente.

Não é qualquer decisão que se torna passível de ser impugnada pela via do recurso. A parte, caso tenha interesse em recorrer, deve demonstrá-lo. Para tanto, o prejuízo tem de ser visualizado por uma das partes, porventura sucumbente. A decisão jurisdicional deve causar qualquer espécie de lesividade para parte, autorizando, assim, o manejo do respectivo recurso.

O recurso deve ser útil e necessário. Nesse sentido Nunes explica três situações decorrentes da sucumbência que podem ocorrer: [...] “sucumbência formal, quando

⁸ Ver: CHAVES, 2008.

o dispositivo da decisão diverge do que foi requerido pela parte; sucumbência material, quando a decisão produz efeitos desfavoráveis às partes e/ou terceiros; ou quando não se obtém tudo aquilo que se poderia obter com o processo". (NUNES, 2003, p. 74).

No entanto, as formas de lesividade do provimento para autorizar a impugnação da decisão pelo recurso podem apresentar outras maneiras. Miranda e Pizzol (2006, p. 23) apontam "[...] o caso do embargante que requer a declaração do julgado. Vencedor, na totalidade, poderá embargar em caso de omissão, obscuridade ou contradição, mesmo não tendo, à primeira vista, qualquer prejuízo". Percebe-se, no caso do Ministério Público, a possibilidade de recorrer sem exigir qualquer prejuízo para ele. Trata-se de uma *legitimidade legal*, que foge ou abranda o requisito do interesse de recorrer.

2.8. Princípio da dupla conformidade ou *doppio conforme*

Este princípio impede a utilização de outro. Quando houver decisão que se conforme com outra, fica obstaculizada a utilização de um outro recurso ordinário. Um exemplo são os embargos infringentes, que exigem, além de a decisão ser majoritária, de mérito, que a anterior tenha sido reformada. Se a segunda decisão, mesmo majoritária, for pela manutenção ou conforme a primeira decisão, não caberá o recurso de embargos infringentes.

Nesse sentido, pronuncia-se Nunes (2003, p. 102):

Consiste, numa acepção, na impossibilidade de cabimento de recurso ordinário quando um determinado provimento já tiver sido submetido à apreciação de outro órgão julgador mediante a interposição de recurso que tenha confirmado a decisão, ou seja, duas decisões coincidentes proferidas por órgãos judiciais diversos.

Essa é a compreensão que se extrai do art. 530 do CPC: "Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência."

2.9. Princípio da consumação

Este princípio decorre da preclusão, mais especificamente o da preclusão consumativa, que não permite que um ato já realizado seja *refeito* pela parte. O art. 158 do CPC estabelece: "Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais".

Uma vez praticado o ato, ele se consumou. "Logo, interposto o recurso, extingue-se,

tout court, o direito de impugnar o provimento, não importa se admissível ou não". (ASSIS, 2007, p. 100).

A parte não pode modificar o ato realizado, independentemente se for correto ou não. O ato, uma vez realizado, não pode ser refeito (a fim de ser corrigido ou complementado), mesmo que dentro do prazo.

A exceção a este princípio será abordada abaixo, no item 2.11. Nunes (2003, p. 76) visualiza "[...] uma possível exceção à aplicação deste princípio poderia ser vislumbrada na utilização do preceito do art. 500 do CPC de 1973, quanto à interposição do recurso incidental, indevidamente denominado pela lei como recurso adesivo".

Verifica-se que surge a faculdade da utilização do "recurso adesivo" quando a parte sucumbente não interpôs o recurso no prazo adequado, materializando a preclusão temporal, e a outra parte interpôs o seu recurso (sucumbência recíproca). Ao recurso interposto por qualquer um deles poderá aderir o recurso interposto pela outra parte, ficando este subordinado ao recurso principal. O direito precluso da parte pode ser novamente utilizado no prazo das contra-razões recursais, em peça distinta, através do recurso incidental adesivo, sendo aderido ao principal.

2.10. Princípio da variabilidade dos recursos

Este princípio não mais existe em nosso ordenamento. O CPC de 1939, em seu artigo 809, pugnava pela prática de vários atos ou recursos, desde que estando dentro do prazo. Hoje predomina o princípio da consumação.

2.11. Princípio da complementaridade

Este princípio acaba por mitigar o princípio da consumação, pois se admite que o recurso seja complementado mesmo que seu direito já tenha sido exercitado. Os fundamentos da complementaridade dos recursos encontram-se nos princípios do contraditório e da ampla defesa sempre que houver qualquer modificação na decisão, como no caso de conhecimento e provimento dos embargos de declaração. Quando a outra parte, também sucumbente, houver interposto o recurso de apelação, poderá complementá-lo naquilo que foi modificado (integração da decisão obscura, contraditória ou omissa) pelo julgador por força dos embargos manejados. Ainda sobre a possibilidade de novo recurso, a nosso sentir, incabível. "Não poderá interpor novo recurso, a menos que a decisão modificativa ou integrativa altere a natureza do pronunciamento judicial, o que se nos afigura difícil de ocorrer." (Cf. NERY JÚNIOR, 2000, p. 155)

Como explicam Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2001, p. 39), "[...] nesse caso é evidente que a preclusão consumativa não opera, porque os fundamentos da decisão só surgirão, em sua inteireza, com a integração ou complementação a que os embargos de declaração deram margem".

No procedimento penal, a situação apontada torna-se difícil de ser visualizada, já que as razões recursais não vêm junto com a peça de interposição do recurso (art. 578 c/c arts. 588 e 600 do CPP), ao contrário do que ocorre no procedimento cível. Pode acontecer de as modificações na decisão por força dos embargos ocorrerem no prazo para apresentar as razões recursais, não se falando, assim, em complementaridade.

2.12. Princípio das decisões juridicamente relevantes

Algumas decisões não são passíveis de impugnação por recurso por não serem consideradas juridicamente relevantes: são os denominados despachos (art. 504 do CPC). O artigo 162, § 3º, esclarece que “São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.” Os despachos são atos que não têm conteúdo decisório. Destaca-se que não é o nome dado ao ato que é importante, mas sim o seu conteúdo. Assim, se um ato praticado pelo juízo receber a titularização de “despacho”, porém com conteúdo decisório, será passível de recurso.

Existem outras situações impostas por lei que, por não se tratarem de decisão juridicamente relevante, obstaculizam momentaneamente o recurso. Trata-se das decisões interlocutórias em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução, manejadas por agravo de instrumento passível de recurso extraordinário. De outro modo, o recurso especial ficará retido nos autos principais e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final ou para as contra-razões (art. 542, §3º do CPC).

O objetivo, pelo que se percebe, é evitar que os tribunais superiores analisem, através do recurso, o conteúdo dos autos de um processo mais de uma vez, ou seja, através de recursos que impugnem as decisões interlocutórias via agravo e o processo principal.

Nunes (2003, p. 95) esclarece que “[...] existe, na atualidade, uma orientação doutrinária de limitação dos recursos, com o objetivo de evitar a utilização de recursos intermediários que dilatam o tempo de tramitação procedimental e propiciam expedientes de chicana”.

Algumas justificativas dessa limitação são apresentadas como: a) a decisão apenas ficou retida, podendo ser reiterada em momento futuro; b) a decisão interlocutória recorrida poderá não influenciar na decisão final do processo principal, não causando nenhum prejuízo para o recorrente (MONTENEGRO FILHO, 2007, p. 204) quando a sentença lhe seja favorável.

O problema é quando, da análise de recurso então retido, demonstra-se a relevância do seu conteúdo, o que pode provocar a cassação do ato impugnado, anulando todos os atos praticados, ou seja, esse dispositivo (art. 542, §3º, do CPC) pode ampliar

ainda mais a morosidade do Judiciário, pois todos os atos serão refeitos, inclusive a própria decisão monocrática prolatada. Trata-se de medida contraproducente. A medida cautelar será o mecanismo processual para tentar destrancar o recurso especial e extraordinário retido (art. 542, §3º, do CPC) mediante demonstração da urgência (*periculum in mora* e *fumus bonis juris*) ou dano irreparável que poderia ser provocado pela retenção desses recursos. A jurisprudência do STJ tem reconhecido essa medida (MONTENEGRO FILHO, 2007, p. 204).

Muitas das vezes, pode ser prejudicial para as partes ficarem os recursos retidos nos autos aguardando a interposição do recurso contra a decisão final do processo principal, para só assim reiterarem as alegações da impugnação retida, no prazo de interposição do recurso contra a decisão final. Cabe indagar: se o recurso principal não for conhecido, pode o recurso obrigatoriamente retido ser processado independentemente do recurso principal? Entendemos que sim. Não pode existir duplo impedimento. O fato de o recurso principal não ser conhecido não impede o conhecimento do recurso que ficou retido, desde que também apresente os requisitos de admissibilidade comuns a qualquer recurso e também os peculiares ao correspondente recurso (procedimento) utilizado.

Outro dispositivo que não se amolda como juridicamente relevante, impedido o seu processamento de forma imediato é o disposto no art. 527, II, do CPC. Esse dispositivo permite ao relator converter o agravo de instrumento em agravo retido, remetendo os autos ao juiz da causa, sempre que não 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. Antes da Lei nº 11.187/2005, da conversão do agravo de instrumento em retido, cabia um recurso. Agora esse recurso foi suprimido. Dessa decisão não caberá nenhum recurso. Cabe a parte interessada socorrer-se aos sucedâneos recursais, no caso, o mandado de segurança ou pedido de reconsideração.

2.13. Princípio da dialogicidade ou dialeticidade

Esse princípio viabiliza a discursividade e a delimitação da transferência da matéria que tenha sido alvo da impugnação pelo recurso. De um lado, o princípio em tela permite a manifestação e insatisfação da decisão guerreada com os motivos demonstrados, do outro, mostra-se encaixado no princípio do contraditório ao possibilitar o conhecimento das razões recursais à outra parte, que poderá apresentar suas contra-razões. Leal (2004, p. 302) explica que a “[...] dialeticidade (impõe): apresentação de elementos claros, inteligíveis para obviar contraditório”.

Pode-se interligar esse princípio ao efeito devolutivo, leia-se: transferência da matéria irrisignada ao tribunal ou juízo (*tantum devolutum quantum appellatum*), bem como ao requisito de admissibilidade dos recursos, qual seja, formal quando se pedem os fundamentos de fato e de direito, na peça recursal (art. 514, II, CPC); ao terceiro prejudicado deve demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial (art. 499,

§ 1º, CPC). É perceptível a importância deste princípio também para o juízo, visto que “[...] as razões do recurso e as respectivas contra-razões são, assim, elementos indispensáveis para que o tribunal possa examinar seu mérito. Sua falta acarreta o não conhecimento”. (GRINOVER, 2001, p. 41).

2.14. A distribuição dos recursos

Não se trata de um princípio, mas sua finalidade é evitar que determinadas matérias impugnadas sejam escolhidas ao *bel-prazer* do julgador. Nota-se que o art. 548 do CPC liga a distribuição a três princípios, a saber: publicidade, alternatividade e sorteio. Na realidade a distribuição regida por aqueles princípios visa assegurar a imparcialidade do juízo, não obstante ser também uma garantia das partes interessadas para que sua matéria seja analisada de forma isenta. Impede também que o julgador que conheceu em primeira instância venha novamente realizar o julgamento da matéria (art. 134, III, CPC).

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, foi acrescentado ao art. 93 da CF/88 o inciso XV, que ficou com a seguinte redação: “[...] a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.” Assim, objetiva-se eliminar a morosidade na distribuição e evitar qualquer limitação de processo por julgadores, bem como permitir de imediato o conhecimento dos o(s) nome(s) do(s) julgadores(s).

3. Considerações finais

Cabe apontar que o recurso é um instituto democrático de testificação das decisões jurisdicionais. A necessidade de rever as decisões liga-se ao próprio modelo democrático que não permite que o conhecimento seja solipsista, mas construído com os destinatários, aqueles que realmente sofrerão os resultados da decisão jurisdicional.

Não se pode pensar que o recurso é um obstáculo ao rápido andamento do procedimento, ainda mais quando a estrutura do Judiciário não acompanha o crescimento populacional e, conseqüentemente, o aumento de conflito.

Perceptível é a precária falta de material humana (julgadores e funcionários) em face dos litígios existentes. A criação de novas leis nem sempre resolve a questão social e acaba proporcionando o problema da legitimidade das leis. O resultado é uma inflação legislativa com critérios paliativos que não “cidadanizam” o povo, por não incluí-lo nos critérios de sua formação (projeto de lei).

Não se pode mais olvidar, pelo princípio democrático, de que a formação do conhecimento seja ainda solitária. Acreditar que todo conhecimento se exaure na experiência pessoal ou interior de um sujeito, como se fosse uma mera reprodução pessoal, é um erro que caminha por desconsiderar o outro como sujeito também de direitos. Nota-se que a construção ou decisão é feita para seres humanos que se voltaram para o mesmo construtor ou decididor que também é um ser humano.

Curial destacar que o conflito resistido representa um problema social de aceitação e cumprimento voluntário das regras de condutas transformadas em leis que, muitas das vezes, não refletem a realidade nem a pluralidade social. É um equívoco criar meios paliativos como a redução ou eliminação de meios de impugnação das decisões proferidas [sic], simplificação do procedimento, e/ou estabelecimento de requisitos mais rigorosos para admitir uma segunda análise do que já foi proferido, como se fosse o único problema a quantidade de processos. Esquece-se de que, por trás da quantidade de processos, existem pessoas (seres humanos) que almejam uma resolução do seu conflito. Na realidade, o caso posto ao julgador representa um direito humano fundamental.

O Judiciário é necessário para reestruturar o comportamento desobedecido, desde que isso seja feito democraticamente.

Qualquer provimento jurisdicional que não permitir a concretização dos elementos democráticos, base de qualquer formação decisional (contraditório, ampla defesa, isonomia e direito ao advogado), não será vista como democrática. O fato de o legislador eliminar o procedimento recursal como principal causa da morosidade do judiciário [sic] permite que outros mecanismos façam o mesmo, como é o caso dos sucedâneos recursais, já que o recurso tem amparo constitucional decorrente do princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

No entanto, deve-se perguntar se uma decisão jurisdicional que não passou pela principiologia constitucional estaria completa. Com certeza não; essa insuficiência da decisão jurisdicional decorre da não observância dos princípios constitucionais. O julgador, ciente da necessidade da observação das garantias principiológicas constantes da Constituição, ao impulsionar como dever a testificação dos seus julgados pelas partes interessadas, faz com que o processo comece a incluir o destinatário da decisão jurisdicional no contexto da participação da esfera decisional. A participação do afetado que sofrerá o resultado final do provimento jurisdicional, apesar da decisão ser imperiosa, fortalece ou consubstancia sua validade por reconhecer a participação do interessado como colaborador e também como construtor e destinatário daquilo que ajudou a construir. Assim o reconhecimento das decisões jurisdicionais se legitima pelo critério includente da participação.

4. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Corso di Lezioni. Torino: Giappichelli, 1990.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARROSO, Darlan. *Manual de direito processual civil: recursos e processo de execução*. São Paulo: Manole, 2007.

CHAVES, Charley Teixeira. As principais teorias sobre a natureza jurídica do processo e a problemática da efetividade no campo do direito processual civil. In: CASTRO, João Antônio Lima; TEIXEIRA, Fernanda Fernandes Lippi. *Direito processual: coletânea de artigos*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2004.

CHAVES, Charley Teixeira. *Ação penal, instituição popular do ministério público e o conceito de Parte na construção do provimento processual penal no direito democrático*. 2008. 255f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

COSTA, Fabrício Veiga. O processo constitucional no paradigma do estado democrático de direito. Belo Horizonte: *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, v. 13, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e mercado mundial*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1995.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC Brasileiro. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *A cognição no direito democrático*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

MIRANDA, Gilson Delgado. PIZZOL, Patrícia Miranda. *Recursos no processo civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; *Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 b.

NUNES, Dierle José Coelho. *O recurso como possibilidade jurídico-discursiva das garantias do contraditório e da ampla defesa*. 2003. Dissertação (Mestrado), Belo Horizonte.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.