XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL I

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

RIVA SOBRADO DE FREITAS

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597
Direito civil constitucional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS
Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr; Riva Sobrado de Freitas. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-696-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL I

Apresentação

Realizou-se em Porto Alegre - RS, entre os dias 14 a 16 de novembro de 2018, o XXVII Congresso Nacional do Conpedi, com o tema Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito.

Com a participação ativa de professores, pesquisadores, mestrandos e doutorandos de todo o país, o evento revela o amadurecimento acadêmico e a aproximação da teoria à realidade social, assim, contribuiu significativa e democraticamente para a exposição de ideias, para o desenvolvimento de debates acadêmicos e para a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas atualmente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Os artigos científicos apresentados especificamente ao Grupo de Trabalho de Direito Civil Constitucional I durante o XXVII Congresso Nacional do Conpedi, ultrapassam o comprometimento dos pesquisadores brasileiros com o desenvolvimento do pensamento jurídico estratégico nas empresas, atinge, sobretudo, o fortalecimento dos estudos voltados para a constante constitucionalização do direito civil e suas relações de natureza privada.

Nesse sentido, em uma perspectiva disciplinar, interdisciplinar e pluridisciplinar, própria dos tempos atuais, foram apresentados e/ou debatidos no âmbito do GT de Direito Civil Constitucional I, temas absolutamente relevantes para o desenvolvimento do Direito no Brasil, tais como: Indenização nas relações de família; A compatibilidade constitucional da eutanásia com o ordenamento jurídico do brasil por meio do neoconstitucionalismo; A dicotomia entre direito público e privado sob a perspectiva da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; A função social dos contratos e sua expressão a partir do princípio da solidariedade: um exemplo de constitucionalização do direito civil brasileiro; A multipropriedade imobiliária e a rediscussão do princípio numerus clausus; Análise de coesão do conceito da função social do contrato na doutrina; Análise dos limites ao duplo grau de jurisdição: Possibilidade legal ou infração constitucional? Da união poliafetiva e suas implicações no mundo contemporâneo; Estatuto da pessoa com deficiência, direitos fundamentais e os conflitos diante da realidade empírica: breves apontamentos sob a ótica do direito e da psiquiatria; Função e limites da igualdade no direito privado; O conceito de pessoa com deficiência e a proposta de um diálogo de cortes: análise da sua significação no sistema interamericano de direitos humanos e na jurisprudência dos tribunais superiores;

O direito civil constitucional: novo paradigma do direito privado no ordenamento jurídico brasileiro; O emprego da legitimação fundiária sobre as áreas de titularidade privada: um exame acerca da proporcionalidade do artigo 23 da lei 13.465/17; Propedêutica da verdade no direito processual constitucional brasileiro; Transparência nas relações médico-paciente: a informação à luz dos direitos da personalidade; Usucapião extrajudicial: Introdução do instituto no ordenamento pátrio e os problemas decorrentes de falhas legislativas à luz de direitos fundamentais.

Diante da atualidade e relevância dos temas abordados, a preocupação acadêmica expressada nos trabalhos, bem como pertinência temática com a realidade, espera-se que a publicação dos artigos apresentados durante o evento possa contribuir ainda mais para o desenvolvimento do ensino e da pesquisa do Direito Civil Constitucional no país, mas também para o fortalecimento ainda maior da base de dados disponível para o trabalho acadêmico de professores, alunos e pesquisadores do Direito.

Prof. Dr. Riva Sobrado de Freitas – UNOESC

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr – UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ANÁLISE DOS LIMITES AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: POSSIBILIDADE LEGAL OU INFRAÇÃO CONSTITUCIONAL?

ANALYSIS OF LIMITS TO DOUBLE DEGREE OF JURISDICTION: LEGAL POSSIBILITY OR CONSTITUTIONAL INFRINGEMENT?

Adeneele Garcia Carneiro [1]
Gustavo Henrique Mattos Voltolini [2]

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto do duplo grau de jurisdição sob a ótica constitucional, a fim de compreender sua natureza jurídica, se garantia ou princípio implícito, bem como a possibilidade de limitações a seu exercício, sob uma visão integrativa dos elementos que permeiam o tema pretende-se responder o seguinte questionamento: Os limites ao duplo grau de jurisdição, segundo sua natureza jurídica, encontra respaldo legal? À luz do referencial teórico da Teoria antropológica da complexidade de Edgar Morin, para compreender a melhor articulação hermenêutica. Para tanto, o trabalho foi desenvolvido adotando-se pesquisa bibliográfica e procedimento dedutivo.

Palavras-chave: Direito constitucional, Princípios, Recurso, Processo, Razoabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this study is to analyze the institute of the double degree of jurisdiction from the constitutional point, in order to understand its legal, as well as the possibility of limitations to its exercise, under an integrative vision of the elements that permeate the theme, to answer the following question: Do the limits to the double degree of jurisdiction, according to its legal nature, find legal support? In the theoretical reference of the theory the complexity of Edgar Morin, to understand the best hermeneutic articulation. For that, the work was developed adopting bibliographical research and deductive procedure.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional right, Principles, Resource, Process, Reasonability

[1] Mestre e Discente do Programa de Doutorado em Direito/UNIMAR. Docente em Direito Constitucional na Escola Técnica Estadual – Rondonópolis - MT. Advogada. Graduada em Psicologia pela UFMT.

[2] Mestre em Direitos Coletivos pelo Unaerp. Graduado em Direito pela UFSC. Oficial de Registro de Imóveis em Colina/SP.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal apresenta-se como norma soberana de um país, considerando hierarquicamente sua posição de orientar todo o ordenamento jurídico, notório compreender que seu cumprimento é basilar para o bom andamento do modelo político, jurídico, econômico e social do país, uma vez que, a complexidade de interações entre os referidos sistemas, são traduzidas pela normatização, já que compete ao direito regular o comportamento social.

Não obstante, sabe-se que toda e qualquer país direciona maior ou menor cumprimento legal conforme seus ideários, todavia, sabe-se que os objetivos e fundamentos da república devem direcionar suas políticas e consequentemente conceder mais efetividade ao documento constitucional que o rege.

Assim sendo, sabe-se que não são somente as normas expressas, mas também os princípios implícitos na Constituição Federal devem ser aplicáveis, por todas as esferas de poder. Ao se falar em judiciário e em sua função precípua, não há que descaracterizar a observância desse direcionamento legislativo maior.

O trâmite processual tem suas fases, garantias e princípios tuteladas em código próprio, todavia, a previsão constitucional de orientação geral para concreção de premissas basilares, são de suma importância, ademais a própria Lei Maior propicia o acesso a apreciação das lides pelo judiciário.

Princípios como a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, o devido processo legal e o princípio da segurança jurídica, são institutos de observância pelo intérprete da lei na manutenção do processo, todavia, sabe-se que há possibilidade de colisão principiológica, inclusive pela presença de princípios gerais - vagos, assim sendo, importante compreender que a ponderação, razoabilidade e proporcionalidade das decisões no rito processual, deve ser primada.

Sabe-se que as garantias constitucionais tem prevalência sob as demais previsões infraconstitucionais, não sendo possível mitigar garantias, todavia, compreender a natureza jurídica das previsões em pauta, faz-se basilar. Especificadamente, o duplo grau de jurisdição entra em voga no tocante ao seguinte questionamento: seria esse um princípio implícito ou uma garantia constitucional? Seria admissível sua limitação?

Sabe-se que a estruturação do poder estatal na delegação de poderes, embora não plenos, embasa o instituto do duplo grau de jurisdição, já que nessa perspectiva, o poder

concedido ao magistrado como representante dessa incumbência do Estado, é passível de reanálise, quando se busca o controle da decisão.

Não obstante, a livre convicção do magistrado não perfaz uma motivação absoluta para a concreção do instituto, assim sendo, necessário que se conheça o instituto do duplo grau e sua consolidação estrutural, bem como a sua finalidade para se afirmar irregularidade ou possibilidade no que tange a previsão de lei infraconstitucional em determinar a supressão da análise em diferentes graus, entendido como diferentes instâncias.

Busca-se analisar tal premissa, sob o referencial antropológico das relações sociais, à luz da Teoria da complexidade de Edgar Morin, no tocante a abertura da razão, e relevância da interações para compreender a melhor articulação hermenêutica e de aplicabilidade do duplo grau de jurisdição.

Fica delimitado o objetivo da presente pesquisa, que consiste em analisar o instituto do duplo grau de jurisdição sob a ótica constitucional, bem como sua referência principiológica, a fim de compreender sua natureza jurídica, se garantia ou princípio constitucional implícito, bem como a possibilidade de limitações a seu exercício, conhecendo algumas dessas, para que assim, a visão integrativa dos elementos que permeiam o tema possam responder o seguinte questionamento: Os limites ao duplo grau de jurisdição, segundo sua natureza jurídica, encontra respaldo legal?

Para tanto, o estudo desenvolver-se-á com o amparo de material bibliográfico, por meio de averiguação de expressão instrumental, como análise e fichamento de material sobre o tema, e a apresentação do objeto da presente pesquisa dar-se-á mediante a adoção do procedimento dedutivo.

1 PERCURSO CONCEITUAL DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

A sociedade em sua conjuntura carece de regulações gerais para que os sujeitos se harmonizem na perspectiva de autonomia, respeito, liberdades e dignidades, considerando as evidentes distinções de interesses e consequentes lides entre si.

Assim sendo, no decorrer histórico o rito de solução destes conflitos passa pelos diferentes períodos sociais para proclamação do direito, por meio do Estado, para que hoje possa se falar em uma finalidade de consolidação do ideário de justiça, na busca de equilibrar os interesses.

Considerando que esse equilíbrio, exige-se uma leitura a partir da extensão da finalidade pretendida, bem como a necessidade de se considerar toda a complexidade que

permeia as relações humanas e as ciências, principalmente no que tange o direito, importante compreender os arquétipos de resoluções de conflitos.

Como mencionado, houveram, diferentes modelos de resoluções de lides, conforme os arquétipos de organização da sociedade, Oreste Laspro (1995), divide didaticamente esses modelos em quatro fases, o primeiro período, onde a cultura familiar predomina, momento em que as civilizações antigas se caracterizam pela resoluções internas de conflitos no seio dos grupos domésticos; o segundo, onde a individualidade se manifesta, por meio da escolha de árbitros pela parte interessada, respeitada essa faculdade; a terceira fase de concessão dessa faculdade ao Estado para que este escolha o árbitro, cabendo a ele executar as decisões emanadas, e por fim, o último modelo de resolução dos conflitos por meio da intervenção do Estado como detentor do conhecimento de equalizador de interesses, estabelecendo o justo.

Esse exercício de poder concedido ao Estado para sanar os conflitos e se perquirir a justiça, carece de regulação, uma vez que, o poder do ente não pode ser conferido a uma pessoa irrestritamente, o que pode resultar em arbitrariedades iminentes.

A luz da teoria da complexidade, não pode haver uma razão absoluta e irrestrita para o exercício de poder, “A razão enlouquece quando se torna ao mesmo tempo puro instrumento do poder, dos poderes e da ordem e fim do poder e dos poderes. (...) se destina ao mesmo tempo a uma ordem racionalizadora. ” (MORIN, 2010, p. 164)

A função jurisdicional como delegação de poder, carece de controle, muito mais político que jurídico, como afirma Oreste Laspro (1995, p. 93) ao dizer que “ (...) um problema de natureza política que propriamente jurídica, pois sua aplicação e restrição depende mais da vontade e forma de concepção da organização de cada Estado.”

A estruturação do poder estatal na delegação de poderes, embora não plenos, embasa o instituto do duplo grau de jurisdição, já que nessa perspectiva, o poder concedido ao magistrado como representante dessa incumbência do Estado, será passível de reanalise, quando se busca o controle da decisão e não da personificação do julgador, denota também, uma caracterização política.

Juridicamente o fundamento dessa lógica encontra respaldo no primeiro modelo de estruturação constitucional do país, influenciado pela revolução francesa, bem como a realidade nacional, embora, ainda não social, mas atenta a manutenção do exercício de poder.

A codificação apresenta-se como instrumento para o estabelecimento de controles sociais, sabe-se que a Constituição Federal ocupa o lugar de norma suprema do país, tendo como condão o dever de traçar os liames do modelo de estado, governo, forma de governo, atribuições públicas e privadas, garantir direitos e impor deveres, assim sendo, sabe-se que as

previsões expressas em seu bojo, devem ser interpretadas em sua máxima efetividade, bem como a referida decodificação de seu conteúdo deve basear-se no princípio da forca normativa da constituição.

Não obstante os princípios norteadores o duplo grau de jurisdição vem sendo discutido, no que tange ser esse, uma garantia constitucional ou um princípio implícito, decorrente do devido processo legal ou da ampla defesa.

Importante faz-se conhecer a origem do duplo grau de jurisdição que se deu na Constituição do Império em 1824, ou seja, no magno documento que em seu art. 158 previa no título 6º, do Poder Judicial, capítulo único, a seguinte redação: "Art. 158. Para julgar as Causas em segunda, e última instancia haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para comodidade dos Povos. "

Nas Constituições subsequentes, não houve expressão literal do referido instituto, embora a doutrina processualista, aponte a perpetuação deste, inclusive pela existência de tribunais de instâncias superiores competentes para julgamentos dos recursos ordinários constitucionais, os recursos extraordinários e especiais.

Na mesma senda, com o advento da Constituição de 1988, verifica-se assim como os documentos anteriores, que expressamente não há menção direta ao duplo grau de jurisdição, embora com a interpretação do previsto no art. 5º § 2º, haja uma sustentação da tese de alusão a correlação deste ao contraditório e ampla defesa, bem como ao devido processo legal, concedendo portanto, uma abertura a conjugação de garantia magna.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> § 2º - 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. (BRASIL, 1824)

Todavia, para que seja possível discutir a natureza constitucional, necessário se faz compreender o conceito do duplo grau de jurisdição, para que assim, a elucidação da referida temática, seja abrangida, não só em sentido material, como também processualmente com o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Canotilho (2002) compreende o duplo grau de jurisdição, em sentido lato como a reanálise jurisdicional, e estritamente como uma possibilidade de reexame de decisão em sede de mérito, por instancia superior ao juízo que a proferiu.

Ana Menezes Marcato (2006, p. 27) entende que “para observância regular do duplo grau de jurisdição basta apenas que o juízes a quo e ad quem sejam distintos não havendo necessidade de superposição de hierarquia entre eles.”

Portanto o duplo grau, não seria necessariamente fruto da revisão necessária de instancia superior, compreendido o conceito sob a égide da reapreciação como regra. Assim sendo, devem ser juízos diferentes, mas não hierarquicamente superiores, partindo da ótica do duplo exame e não do duplo grau.

A função está em submeter a lide ou negócio a um segundo exame que ofereça maiores garantias do que o primeiro, já que se serve da experiência deste e o realiza um oficio superior. O essencial é que se trata de um exame reiterado, isto é, de uma revisão de tudo quanto se fez na primeira vez, e essa reiteração permite evitar erros e suprir lacunas em que eventualmente se incorreu no exame anterior. Dessa função provém que o objeto do segundo procedimento tem que ser a mesma lide ou aquele mesmo negócio que foi objeto do primeiro, pois do contrário não se trataria de novo exame; a isso se costuma chamar o princípio do duplo grau (CARNELUTTI, 2000).

Considerando que contemporaneamente em um Estado democrático, a finalidade a que se pretende o ordenamento jurídico, permeia o valor fim de justiça, que pode ser tanto entendida sob uma visão legalista e normativa no que tange a aplicação correta da norma, ou sob o aspecto valorativo, de apreciação do sentido da norma, todavia, ambas considerando a não arbitrariedade, para que a decisão seja resultado de concreção equânime.

A não expressão literal do duplo grau de jurisdição na Constituição, não o descaracteriza da observância de interpretação segundo o ideal a qual as decisões judiciais estão direcionadas, ou seja, justiça, interligada a pluralidade de valores, consubstanciado a essência do direito, por isso que a discussão garantista do instituto ganha forma, já que a experiência jurídica que embasa a digressão dos postulados liberdade x igualdade, no tocante a liberdade de interpretação valorativa, bem como da possibilidade de reanalise para concreção de justiça, sem a qual o arbítrio poderia se instalar, bem como da igualdade do ordenamento, ou seja, na segurança jurídica da decisão.

Eis a questão dialética entre o politicamente justo e o filosoficamente justo:

> O Direito positivo que lhes corresponde realizaria o que ele denomina de politicamente justo. Bom, mas este só é «justo» quando e na medida em que realize, pelo menos de modo aproximado, o «filosoficamente justo» — correspondente ao estádio de conhecimento de cada época. O direito positivo representa o politicamente justo, mas este só é justo quando se realize de modo aproximado ao filosoficamente justo.(LARENZ, 1997, p. 247)

Considerando a questão transcendental da justiça, sem a qual não há fruição de inúmeros direitos, a transcendência de decisões meramente legais, todavia, não justas, justificam a lógica recursal, o fundamento do qual decorre as premissas constitucionais de acesso ao judiciário em todos a extensão dos princípios que o regem.

2 NATUREZA PRINCIPIOLÓGICA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Os componentes a ordem jurídica não se baseiam apenas em regras positivadas, mas sim, em princípios, que também são espécie das normas, como afirma Barroso ao entender norma como "um gênero que comporta, em meio a outras classificações, duas grandes espécies: as regras e os princípios." (BARROSO, 2008, p. 203)

> Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E porque não deveriam ser normas? (BOBBIO, 1997, p. 158-159)

Os princípios se diferenciam das regras, precisamente porque o primeiro possui mais abrangência, no sentido a abertura hermenêutica, sendo mais expansivo que a regra, fonte tradicional que só pode ser válida ou não, mas que deve ser norteada pela consonância principiológica que possua normatividade e gozem de autoridade, como aduz Alexy (2008, p. 117) "princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fática."

A aplicabilidade dos princípios e regras se diferenciam, a medida de sua demanda para direcionamento legal "A diferença entre princípios jurídicos e regras é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem" (DWORKIN, 2002, p. 39).

> (...) a atribuição de normatividade aos princípios são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo. Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano

> ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. ” (BARROSO, 2008, p. 144)

Compreendido a dimensão de princípios e regras, em analise doutrinaria, é possível identificar diferentes correntes sobre a natureza do duplo grau de jurisdição, sendo este entendido como garantia constitucional absoluta, em outra linha, relativa, ou como princípio implícito, decorrente da constituição, mas, não como garantia.

O duplo grau de jurisdição já foi regra expressa na Constituição de 1824, como aludido anteriormente, todavia, seu caráter principiológico, submisso aos parâmetros de ponderação, razoabilidade entre segurança jurídica, razoável duração do processo, bem como devido processo legal e ampla defesa, denotam a origem extensiva deste preceito, salientando-se a importância dos princípios para o ordenamento jurídico.

Ada Pellegrini Grinover (1998) compreende a garantia fundamental do duplo grau de jurisdição, embora encontrar-se implícito na Constituição de 88, esse seria decorrente da igualdade aos litigantes e paridade na revisão das decisões, ou seja, inadmitindo a seletividade de recursos apenas para alguns casos, com pauta no fundamento político da preservação do duplo grau, não sendo portanto lógico um juízo único sob pena de lesão ao devido processo legal, e as instituições políticos constitucionais.

Em posição de garantia relativa, que pode ser mitigada:

> O Duplo Grau de Jurisdição, é uma garantia constitucional que decorre do princípio do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e da organização constitucional dos tribunais brasileiros. Não se trata, no
> Direito Processual Civil, de uma garantia plena, ou seja, que deva ser aplicada em todas as decisões. Se o direito processual garantisse o Duplo Grau de Jurisdição em todas as decisões, o processo passaria a ter caráter protelatório, desrespeitando outros princípios também fundamentais no processo. (LIMA, 2004, p. 159)

Todavia, hodiernamente o entendimento que esse seria princípio implícito encontra-se plausível a medida que sua flexibilização, ou mitigação, não afeta os princípios fim, como ampla defesa e devido processo legal, uma vez que a sentença do juízo de primeiro grau, propicia de toda feita, as partes a alegação, produção de provas e todo o tramite processual, portanto conceder efetividade imediata as decisões judiciais proferidas em primeiro grau, em prol de um processo mais célere e efetivo.

Não obstante, não há que se falar em descaracterização do duplo grau, todavia, sua mitigação, no tocante de uma instancia superior, em razão do norma infraconstitucional não

gera inconstitucionalidade, a exemplo da mitigação reconhecida pelo tribunal no julgado do Recurso ordinário em ação rescisória ROAR- TST - 371003620055200000 37100-36.2005.5.20.0000 (TST) (ainda fazendo menção a previsão ao código de processo civil de 1973, todavia o instituto foi recepcionado) ao admitir a mitigação do duplo grau em face de aparente conflito com o princípio da razoável duração do processo, uma vez que esse último desfruta de prestígio constitucional, sendo o duplo grau princípio implícito, que ponderado pode ser mitigado para que se alcance o valor fim.

No agravo de Instrumento de STF- AI-AGR- nº. 209954/SP – Relator Marco Aurélio, afirma ainda, não ser o duplo grau de jurisdição garantia constitucional, no que tange a inexistência e exigibilidade constitucional, não sendo portanto transgressão ao devido processo legal.

Portanto não haveria qualquer irregularidade no que tange a possibilidade de lei infraconstitucional determinar a supressão analise em diferentes graus, entendido a diferentes instâncias, em prol da efetividade das decisões judiciais, claro que não há que se falar em mitigar o direito recursal, todavia, não na senda de garantia constitucional de duplo grau.

Neste sentido, Dinamarco (2008) afirma que o duplo grau de jurisdição como princípio seria um direcionamento ao legislador no sentido de evitar confinar causas a um nível só, sem a possibilidade de um recurso extenso.

Não obstante, a garantia recursal não necessariamente alude a obrigatoriedade de observância do duplo grau jurisdicional, o que concede abertura para o entendimento de que pode haver limitação ao exercício deste, bem como a dispensa, sem gerar inconstitucionalidades.

A essencialidade do recurso representa importante instituto, assim como a existência dos tribunais superiores, já que a ideia da reforma das decisões acaba induzindo condutas mais assertivas dos juízes de primeiro grau, no que concerne os dois aspectos aduzidos por Ana Marcato (2006), o psicológico que seria o controle interno e o policiamento da atividade do estado, configurando o controle externo.

Sabe-se que não basta olhar o direito, ou seja, leis, princípios, o papel do judiciário, sob uma visão reducionista, uma vez que, os controles supramencionados, remontam para a correlação entre diferentes aspectos que permeiam as relações humanas, bem como a necessidade de se analisar toda e qualquer decisão, considerando a correlação político, jurídico, econômica para se tratar do papel das leis e do judiciário, portanto, importante conceber a conexão temática envolta ao tema sob o prisma da teoria de Morin (2013, p. 44) que assim afirma: ser “ (...) evidente que a ambição da complexidade é prestar contas das

articulações entre disciplinas, entre categorias cognitivas e entre tipos de conhecimento. De fato, a aspiração à complexidade tende para o conhecimento multidimensional.”

Embora não haja previsão expressa do princípio do duplo grau de jurisdição, Ingo Sarlet compreende que, a previsão do art 5°, inc. XXXV da Constituição de 1988, ao prever que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito", seria suficiente para embasar, quando necessário a essencialidade deste instituto, já que a lesão ou ameaça ao direito pode decorrer da arbitrariedade do poder judiciário, instante em que a reapreciação por instancia superior seria evocada, somada a referida previsão aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, tutelados pela Constituição no art 5°, inc. LIV e LV, permeiam a regra geral de possibilidade do duplo grau de jurisdição (TESHEINER, 2005).

A interpretação extensiva dos princípios por si, remontam para a aplicabilidade do duplo grau, bem como o modelo adotado pelo legislador constituinte que tratam do processo e da organização do Poder Judiciário, que apresenta a estrutura hierárquica e um modelo de ideal de justiça, portando um direcionamento que permite uma reapreciação das decisões, a fim de evitar abusos, eu não dizem respeito a uma fiscalização direta do juiz, mas sim, da causa.

Ingo Sarlet, diz que a simples previsão hierárquica das instâncias recusais pela constituição, não garante do duplo grau, embora permita, não somente por isso, mas pelos princípios da ampla defesa e devido processo legal, quando necessário aos imperativos, assegurando que a garantia desses princípios não fica condicionada ao duplo grau de jurisdição, já que tal correlação não e absoluta, e pode representar obstáculo a tempestividade processual (TESHEINER, 2005).

Porquanto verifica-se que apresenta-se o duplo grau de jurisdição como princípio constitucional implícito, decorrente de demais previsões processuais, bem como aludido como princípio processual, que pode ser mitigado quando do sopesamento do devido processo legal e a razoável duração do processo.

Todavia, salienta-se por fim que essa leitura acima aludida, não se consolida na esfera penal, em razão da previsão do princípio do duplo grau de jurisdição não deve em regra ser relativizado, devido a ratificação pelo Brasil pelo Pacto de São José da Costa Rica. Que assim prevê em seu art. 8º alínea h, o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

O Pacto de Santo José da Costa Rica não institutiu o princípio do duplo grau

> de jurisdição como garantia absoluta no processo civil e do trabalho, mas apenas ao processo penal, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 22.11.1969, do qual o Brasil é signatário e já fez ingressar ao seu direito interno, estabelece no seu Art.8º, n. 2, letra h, verbis: ―Art. 8º Garantias Judiciais: (...) 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa. Durante o processo toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, às
> seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. A leitura dessa norma do tratado internacional indica a adoção da garantia do duplo grau de jurisdição em matéria penal, isto é, o direito de o réu, no processo penal, interpor recurso de apelação. No entanto, 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 direito processual civil ou do trabalho. (NERY JUNIOR, 2002, p. 178-179)

Verifica-se que em matéria penal em favor do réu, seria o duplo grau uma garantia não absoluta, que embora não expressa no texto originalmente constitucional, adquiriu tal caráter em face da posição supralegal dos tratados internacionais, inclusive com a influência dada a este, com o advento do § 3º do art. 5º da Magna Carta, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

3 DAS LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Considerando a natureza do duplo grau de jurisdição e a não taxatividade deste para toda e qualquer decisão, como afirma Laspro (1995), os princípios do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição, apesar de ligados entre si, não traduzem relação de dependência ou continência. Isso porque é possível assegurar o devido processo legal sem o duplo grau de jurisdição e vice-versa.

Assim sendo, verificasse que em todo o recurso implica reapreciação de instancia hierarquicamente superior, ou seja, embora garanta o direito de recurso embora existente, cumpre o devido processo legal, todavia, não aduz o duplo grau de jurisdição em sentido estrito.

Uma das limitações apresentadas pela legislação, consiste no exemplo dos embargos de declaração, elencado no Código de Processo Civil como recurso, no qual a decisão é submetida ao juiz a quo, para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento e para corrigir erro material, conforme previsão do art. 1022 do CPC.

> Os recursos nem sempre são inerentes à ampla defesa; nos casos em que não é razoável a previsão de um duplo juízo sobre o mérito, como nas hipóteses das causas denominadas de "menor complexidade" – que sofre os efeitos benéficos da oralidade-, ou em outras, assim não definidas, mas que também possam justificar, racionalmente, uma única decisão, não há inconstitucionalidade na dispensa do duplo juízo. (MARINONI, 2003, p. 523)

Ademais, outra limitação se refere ao modo de atuação dos juizados especiais cíveis, que justamente por primar pela celeridade processual, possui rito diferenciado, sendo que conforme previsão do artigo 41, *caput*, e § 1º, da Lei 9.099/95, há possibilidade de se acessar em sede de recorribilidade a Turma Recursal, que seria traduz-se por um órgão julgador, a quem pertence, dentre outras incumbências, a reanalise dos recursos interpostos contra decisões proferidas no âmbito dos juizados.

A referida Turma Recursal é formada por três Magistrados de 1ª instância, titulares de Juizados, não havendo entre eles e o Juiz *a quo* hierarquia de instancias, portanto, não haveria também distinção de conhecimento prático, além de em tese não coadunar com o tese de graus diferenciados a fim de evitar interferências políticas, bem como não alcançar efetivamente maior assertividade no que tange a finalidade de justiça, funcionando os colégios como segunda instancia, embora sejam pela lógica mesmo grau hierárquico.

Sobre o tema Luiz Guilherme Marinoni alude que "o duplo grau de jurisdição como um duplo juízo sobre o mérito, até porque quando a revisão é feita pelo tribunal não há que falar em dois graus de jurisdição, mas em dois órgãos do Poder Judiciário analisando a mesma causa" (MARINONI, 1999, p. 208)

Não obstante, outra hipótese de não admissão do princípio do duplo grau de jurisdição pela previsao do art, 102, inciso I da CF, haja visto a irrecorribilidade das decisões, certo ser esse última instância do judiciário brasileiro, atuando esse em sua plenitude.

Corroborando com a tese de não garantia constitucional absoluta, possível encontrar limites ao duplo grau de jurisdição no próprio texto Magno, como no caso da previsão do art 121, §3º, que aduz que são irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, a não ser nas hipóteses que o texto excepciona.

Outra questão seria o caso dos Recursos extraordinário (RE) e o especial (REsp) que não se consideram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, visto que buscam desconstituir exclusivamente a norma abstrata relativa à questão, não havendo possibilidade de revisão de fato e de direito da causa.

Ainda nas hipóteses do Art. 1.013 que prevê que a (teoria da causa madura) em que o tribunal julgará, de pronto a causa que estiver em condições de imediato julgamento, conforme a previsão do § 3 do referido artigo que aduz, que se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo nas hipóteses apresentadas no código, portanto nas proposições em que a matéria for precipuamente de direito e houver extinção do processo sem resolução do mérito.

> (...) Figure-se a hipótese da decisão interlocutória com que o juiz determina a realização de uma prova e a parte manifesta agravo de instrumento com o pedido de que essa prova não seja realizada: se o tribunal aceitar os fundamentos do recurso interposto, para que a prova não se realize, e entender também que nenhuma outra existe a ser realizada, é de rigor que passe desde logo ao julgamento do meritum causae, porque assim é o espírito da Reforma - acelerar a oferta da tutela jurisdicional, renegando mitos seculares, sempre que isso não importe prejuízo à efetividade das garantias constitucionais do processo nem prejuízo ilegítimo às partes (...) (DINAMARCO, 2003, p. 162-163)

Ademais, expressamente verifica-se limitações ao duplo grau de jurisdição, ademais, considerando que o processo deve compatibilizar-se, buscando o equilíbrio entre o devido processo legal, ampla defesa, os princípios da razoável duração do processo, do duplo grau de jurisdição, da segurança jurídica e o ideal de justiça nas decisões, por vezes os tribunais mitigaram o referido duplo grau, considerado como princípio decorrente desses.

Não obstante, uma das maiores críticas ao sistema judiciário brasileiro consiste especialmente na morosidade processual, todavia a constituição faz expressa menção ao princípio da razoável duração do processo, todavia não estabelece um quantum para tanto, o que aduz uma tolerância a manutenção de processos que por muitas vezes, apoiado no princípio do duplo grau de jurisdição, acaba por promover muitos atos protelatórios.

Nesse sentido, por ser o referido princípio um conceito vago, inúmeros critérios devem ser levados em consideração para se aferir sua aplicabilidade, a exemplo da complexidade da causa, a abertura legislativa, os atos processuais, os órgãos jurisdicionais e principalmente a consonância principiológica com o ordenamento.

Portanto, compreende-se que quando houver possibilidade de dispensar a duplo grau de jurisdição, buscar sua concreção, seria atentatório a razoabilidade processual. A exemplo da não necessidade de interposição de recursos em que já haja pacifica questão sumuladas pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

Salienta-se que não seria o duplo grau de jurisdição o responsável para a morosidade

do judiciário, não exclusivamente, todavia, sabe-se que as procrastinações com base no referido princípio, não corrobora para celeridade buscada e tutelada pela constituição.

Sabe-se que não basta mitigar ou dispensar o duplo grau de jurisdição sem qualquer fundamentação, todavia a proporcionalidade e razoabilidade nas decisões judiciais que tangem o processo perfaz de extrema importância, portanto, consagrar o duplo grau de jurisdição apenas como sucedâneo recursal dogmático, sem questionamento de sua efetividade, tendendo a aplacar a razoabilidade do processo, embora não expressamente, contudo, nitidamente para o julgador, constaria de nítida violação constitucional.

Observa-se claro, que nenhum princípio deve se sobrepor a outro, razão pela qual não há que se falar também em mitigar o duplo grau de jurisdição em prol da celeridade processual, pode desencadear arbitrariedades, e falta de segurança jurídica das decisões. Voltando portando novamente a todo o embasamento da proporcionalidade, bem como a observância da abertura do sistema jurídico para o alcance do valor fim.

CONCLUSÃO

Como aludido, deve haver equilíbrio em se discutir o tema, uma vez que há entendimentos diversos, sobre a natureza jurídica do duplo grau de jurisdição, o que denota a necessidade de uma leitura a partir da extensão da finalidade pretendida do instituto, bem como a necessidade de se considerar toda a complexidade no cumprimento de direitos constitucionais.

Não obstante, a proposta do presente trabalho se pautou na resposta sseguinte questionamento: Os limites ao duplo grau de jurisdição, segundo sua natureza jurídica, encontra respaldo legal? Desta feita, seriam os limites a esse, uma concreção legal ou infração constitucional, todavia, para tal questionamento, foi necessário compreender a natureza jurídica do referido duplo grau de jurisdição, como princípio constitucional implícito e não como garantia.

Verificou-se que não há expressão literal do duplo grau de jurisdição na Constituição, o que remonta para uma não caracterização deste instituto como garantia, o que não caracteriza impossibilidade recursal, uma vez que a observância de interpretação segundo o ideal a qual as decisões judiciais estão direcionadas, ou seja, justiça, interligada a pluralidade de valores, consubstancia-se na essência do direito, por isso que a discussão garantista do instituto ganha forma, já que a experiência jurídica que embasa a digressão dos postulados liberdade x igualdade, no tocante a liberdade de interpretação valorativa, bem

como da possibilidade de reanálise para concreção de justiça, sem a qual o arbítrio poderia se instalar, bem como da igualdade do ordenamento, ou seja, na segurança jurídica da decisão são relevantes.

Não obstante, a garantia recursal não necessariamente alude a obrigatoriedade de observância do duplo grau jurisdicional, o que concede abertura para o entendimento de que pode haver limitação ao exercício deste, bem como a dispensa, sem gerar inconstitucionalidades.

Assim sendo, verificasse que nem todo o recurso implica reapreciação de instância hierarquicamente superior, ou seja, embora garanta o direito de recurso existente, cumpre o devido processo legal, todavia, não aduz o duplo grau de jurisdição em sentido estrito.

Hodiernamente o entendimento que esse seria princípio implícito encontra-se plausível a medida que sua flexibilização, ou mitigação, não afeta os princípios fim, como ampla defesa e devido processo legal, uma vez que a sentença do juízo de primeiro grau, propicia de toda feita, as partes a alegação, produção de provas e todo o trâmite processual, portanto, conceder efetividade imediata as decisões judiciais proferidas em primeiro grau, em prol de um processo mais célere e efetivo é uma via legal.

Conclui-se que o duplo grau de jurisdição perfaz princípio constitucional implícito, decorrente de demais previsões processuais, bem como aludido como princípio processual, que pode ser mitigado e limitado quando do sopesamento do devido processo legal e a razoável duração do processo, dentre as proposições legais de admissão de flexibilidade em prol da proporcionalidade da aplicabilidade nas decisões em consonância com os ditames constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL, Constituição Política do Império do Brazil, 1824.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 22 jun. 2018.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 9. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002

CARNELUTTI, Francesco. Instituições do Processo Civil. vol. II, tradução Adrian Sotero De Witt Batista, São Paulo : Classic Book, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 13ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo em Evolução, 2ª ed, Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1998.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Carolina Alves de Souza. O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. São Paulo: Manole, 2004.

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 e Sérgio Cruz Arenhart. Manual do Processo de Conhecimento. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2ª edição, 2003.p. 523.

MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da Tempestividade da Tutela Jurisdicional e Duplo Grau de Jurisdição. In TUCCI, José R. C (coord.). Garantias Constitucionais do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

MORIN, Edgar. Ciência com Consciência. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

MORIN, Edgar. A Via para o futuro da humanidade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TESHEINER, José Maria Rosa. Constituição e restrições ao duplo grau de jurisdição – Lição de Ingo W. Sarlet. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 5, nº 353, 17 de dezembro de 2005. Disponível em: http://www.tex.pro.br/artigos/94-artigos-dez-2005/5356-constituicao-e-restricoes-ao-duplo-grau-de-jurisdicao--licao-de-ingo-w-sarlet. Acesso em 17 de abril. 2018.