



O RECURSO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL: POSSIBILIDADES DE RESTRIÇÃO PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL

Veruska Sayonara de Góis¹

RESUMO

O recurso visa à proteção da segurança e foi inserido no âmbito das garantias na Constituição Federal de 1988. Através de pesquisa bibliográfica e documental, pesquisa-se a possibilidade de restrição da garantia. Na CF, não há delimitação dos direitos e garantias, que aparecem como híbridos, inexistindo um regime claro diferencial. A definição de garantia não auxiliaria no desenho das limitações necessárias ao recurso. Assim, a metódica de sopesamento aparece como possibilidade de sustentar as diversas e colidentes posições jurídicas de cunho constitucional, utilizada com a teoria geral das limitações derivadas da Constituição. Verifica-se que o recurso é passível de restrição, através de lei infraconstitucional e ponderação frente a outros bens constitucionalmente assegurados.

Palavras-Chave

Recurso. Garantia. Restrições constitucionais. Sopesamento.

ABSTRACT

The appeal aims to protect the safety and was placed under safeguards of the Federal Constitution of 1988. Through bibliographic and documentary search, research the possibility of limiting the guarantee. In CF, there is no definition of rights and guarantees, which appear as hybrids, absence a clear differential scheme. The definition of security not help in the design of the limitations necessary to appeal. Thus, the method of balancing appears as able to sustain the various positions and colidentes legal of constitutional nature, used with the general theory of the limitations derived from the Constitution. It appears that the appeal is subject to restriction by law infraconstitucional and weighting front of other values constitutionally guaranteed.

Key-words

Appeal. Guarantee. Constitutional restrictions. Balancing.

¹ Professora da Faculdade de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade do Rio Grande do Norte (UERN). Advogada. Mestre em Direito Constitucional (Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN). E-mail: veruskasayonara@uern.br

1. INTRODUÇÃO: O RECURSO COMO GARANTIA

O reconhecimento dos direitos fundamentais em dupla dimensão, de cunho subjetivo e objetivo, tem levado à ampla reestruturação dos diversos ramos da ciência jurídica. O ramo do direito processual, muito jovem, beneficia-se do momento para reavaliar seus pilares e redefinir seus institutos e limites.

Propugna-se mesmo pela criação de uma nova área, intermediada pelos saberes da Constituição e do processo, mas com autonomia, ou objeto próprio. A indefinição conceitual começa no nome e prossegue até o objeto. De qualquer maneira, o momento é de reflexão e mudanças na compreensão do processo.

O recurso é categoria que visa à proteção da segurança jurídica e da defesa. Sua natureza jurídica é a de ação, abstratamente considerada. Mas qual a sua definição no âmbito do sistema constitucional de direitos, liberdades e garantias? E qual a possibilidade de sua limitação pelo legislador infraconstitucional, em termos constitucionais, ou, diga-se, na perspectiva da constitucionalidade?

Essas são as questões suscitadas no presente trabalho, a serem respondidas com apoio em pesquisa bibliográfica e documental. As possibilidades metodológicas são apresentadas e exploradas, a saber, a teoria das restrições *lato sensu*, classificando-se em limitações diretamente constitucionais, limitações indiretamente constitucionais (remissão à lei através de reserva legal simples ou qualificada) e limites imanentes (não autorizados expressamente na Constituição, contemplando-se os direitos dos demais, a cláusula de comunidade e o apelo à interpretação sistemática).

Os recursos constituem importante capítulo da ciência do direito processual. Conquanto essa ciência seja muito jovem, tal capítulo é campo de muitas divergências doutrinárias, dispondo-se de poucas certezas. Somente há cerca de um século, é que a autonomia da área vem sendo firmada, sendo suas categorias fundamentais a ação, a jurisdição e o processo.

A partir da compreensão efetiva da Constituição como documento hierarquicamente superior do ordenamento jurídico, e dos direitos fundamentais como estruturantes desse ordenamento, novas dificuldades são postas. Uma delas diz respeito à discussão dos limites postos aos recursos.

À qual área caberia verificar o cabimento das delimitações do instituto? A pergunta ganha relevo com a amplitude dos estudos de jurisdição constitucional e princípios constitucionais do processo, gerando as disciplinas Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual. Não há consenso sobre a que ramo se adjudica qual objeto, ou seja: qual o domínio do campo científico de tais disciplinas, referindo-se os objetos *lato sensu* a: (a) princípios conformadores do processo e (b) jurisdição constitucional.² No âmbito do primeiro, encontramos nossa preocupação, a saber, a posição do recurso no sistema constitucional,

² Conferir abordagem da divergência doutrinária e uma possível nova classificação em: DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 79-135.

e a constitucionalidade de sua restrição.

Recurso dá a idéia, em termos processuais, de impugnação, correspondente ao ato de se insurgir contra decisão judicial. Etimologicamente, a palavra recurso vem do latim *'recursus'*, trazendo a idéia de voltar atrás – o reexame da questão decidida, a rediscussão da matéria³.

As justificativas dadas para os recursos são variadas. Vão desde a insatisfação e incômodo psicológico das partes, passando pelo controle da atividade dos juízes e indo até a tutela do ordenamento em termos objetivos. Um apanhado das justificações é encontrado em Pontes de Miranda:

Nem sempre as resoluções judiciais – sentenças, decisões ou despachos – são isentos de faltas ou defeitos quanto ao fundo, ou sem infração das regras jurídicas processuais concernentes à forma, ao procedimento. Desinteressar-se-ia o Estado da realização do seu direito material e formal, se não desse ensejo à correção de tais resoluções defeituosas, ou confiaria demasiado na probabilidade de acerto do juiz singular, ou do tribunal de inferior instância. (...) Na finalidade do recurso está interesse das partes, ou legitimados a recorrer, e interesse geral, porque o Estado tem empenho em que se realize o direito objetivo e se faça justiça⁴.

Como se tem dito com relativa frequência, o processo tem por escopo a realização dos bens jurídicos, não esquecendo que ele próprio tem uma dimensão substancial.⁵ Entre esses bens, encontra-se toda a matéria referente aos direitos fundamentais. O processo é, mais do que instrumento, direito de participação e de efetivação das liberdades e posições jurídicas constitucionalmente garantidas.

Por essa razão, o processo necessita de um controle eficaz, em vista de seu cunho publicístico, importando ao Estado seu desenrolar e resultado. Assim, a categoria processo ganha relevo com a tessitura da legalidade hodierna - acerca das normas como princípios e regras e a cláusula do devido processo legal - ou constitucional.

O recurso integra esse composto principiológico, vez que é parte do íter processual, sendo-lhe endógeno. “O traço marcante dos recursos é o de que a revisão do pronunciamento judicial opera-se no âmbito do próprio processo (...) a revisão é endoprocessual”.⁶ O que nos leva a uma possível delimitação das características ou do conceito de recurso.

Em geral, admite-se que recurso é o “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de

³ ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 279.

⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 4.

⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 137, jan/mar 1998, p. 15.

⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2007, Vol. III, p. 8.

decisão judicial que se impugna”.⁷ As características ressaltadas são a voluntariedade, a dinâmica processual que se estende, a natureza de impugnação e os seus objetivos quanto à decisão.

Mais complicado se torna discutir a natureza jurídica do recurso, embora boa parte da doutrina se incline pelo “aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de ação e de defesa”⁸. Os recursos seriam uma extensão do próprio direito de ação, dessa maneira.⁹

Mas parte dos estudiosos encara o recurso como possuindo natureza específica, algo distinto em si mesmo, e diferindo do direito de ação. Frederico Marques entende o recurso como direito subjetivo processual, distinto da ação quanto às características ontológicas, fins e objetivos.

Apesar disso, admite que “o direito de recorrer é um direito que se insere no desdobramento dos atos processuais cuja prática resulta do direito de ação ou do direito de defesa”.¹⁰ Parece confundir, assim, natureza jurídica com similaridade dos institutos. Na mesma linha, posição de J. E. Carreira Alvim:

Realmente, o recurso tem individualidade própria (direito de recorrer), com pressupostos específicos, mesmo porque, muitas vezes, alguém está legitimado a interpor recurso, sem que o estivesse para propor a ação, sendo o recurso de terceiro prejudicado (art. 499 do CPC) disso um irrefutável exemplo. Ação e recurso são dois direitos distintos, que se inscrevem no rol dos direitos subjetivos processuais¹¹.

Isso é nada dizer, na realidade. O direito de ação, como direito público subjetivo tem natureza autônoma e abstrata, desvinculada da materialidade do direito reclamado. Essa desvinculação coloca em dúvida a teoria de Liebman das condições da ação, por se ligarem ao mérito – a menos que se trabalhe na perspectiva da asserção, na qual o juiz verifica as condições no momento da proposição.

Por mais que a ação se distinga do recurso, ao se falar de ação autônoma, temos que a diferença de configuração dos institutos não afeta a natureza jurídica similar. Falar em natureza jurídica implica encontrar um *corpus* ontológico basilar, que lhes caracterize e dê razão de ser. Esta também é a posição de Câmara:

Tendo-se em mira que a interposição de um recurso constitui-se em ato de exercício do poder de ação, e que esse meio de impugnação

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 207, vol. V.

⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães et al.. *Recurso no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 32.

⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues et al.. *Curso avançado de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 516, vol. I.

¹⁰ MARQUES, Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 213, Vol. IV.

¹¹ ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 301.

das decisões judiciais implica o desenvolvimento do processo perante o órgão competente para sua apreciação, entendemos adequado considerar que se aplicam aos recursos, devidamente adaptados, os conceitos de ‘condições da ação’ e de pressupostos processuais. Em outros termos, o que se quer aqui é afirmar que os requisitos de admissibilidade dos recursos dividem-se em ‘condições dos recursos’ e pressupostos recursais.¹²

O que se quer dizer é que a estrutura externa diferente não é suficiente para que se sustente a divergência dos institutos. Até melhor se faria em considerar, com Couture, a aproximação da ação ao direito de representação, e expressão típica do direito de petição. De forma que *“la acción es, en nuestro concepto, el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión”*.¹³

A correta apreensão da natureza jurídica se relaciona à sua configuração no ordenamento jurídico, no sentido de relacionamento com outras normas e possibilidade de compressão em um âmbito constitucional. A tutela constitucional do próprio direito de ação sinaliza as possíveis procedimentalizações pelo legislador infraconstitucional.

No constitucionalismo contemporâneo, a interpretação sempre se liga à Carta Constitucional, de forma que a própria Constituição é um molde de organização ou procedimento, indicando os contornos do sistema. O sistema abarca o conglomerado harmônico de órgãos, técnicas e institutos jurídicos regidos por normas constitucionais e infraconstitucionais capazes de propiciar a sua operacionalização segundo o objetivo externo de solucionar conflitos.

Essa configuração se cristaliza através de modelos processuais, unicizados no tempo e no espaço. O modelo constitucional do direito processual civil brasileiro compreende, para fins de estudo, quatro divisões: os princípios constitucionais do direito processual civil, a organização judiciária, as funções essenciais à Justiça e os procedimentos jurisdicionais constitucionalmente identificados.¹⁴

O modelo brasileiro de processo cunha-se na Constituição, que privilegia a inafastabilidade do Judiciário (possivelmente a cláusula genérica do direito de ação), a jurisdição una, as garantias do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos inerentes.

¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2007, Vol. II, p. 68.

¹³ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 57.

¹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *O modelo constitucional do direito processual civil*. Anais da 7ª semana brasileira de direito processual civil e penal. Florianópolis. 2008, p. 3.

2. O MODELO BRASILEIRO GARANTÍSTICO E O PROCESSO

O recurso aparece em um sistema acentuadamente garantista e publicicístico.¹⁵ A cláusula do devido processo legal, um aspecto muito estudado, parece reunir esse rol de proteção constitucional. Tido como a garantia das garantias, o devido processo legal nasce com feição processual, e na Inglaterra, passa a ser caracterizado como o trinômio 'vida – liberdade – propriedade', por servir de proteção contra os arbítrios.

Aceita-se, atualmente, a concepção da garantia como bipartida em *substantive due process* e *procedural due process*. Essa dupla acepção abarca a atuação com respeito à criação das normas de direito material e a tutela processual de direitos. Para Grinover, o conteúdo da cláusula, no processo civil, subsume-se na garantia da ação e da defesa, em juízo, tanto no sistema do direito costumeiro como no positivado.¹⁶

Para outros doutrinadores, essa fórmula funciona como fechamento do rol de garantias e exigências constitucionais referentes ao processo.¹⁷ Estas previsões são amplíssimas, e envolvem: legalidade (segurança da igualdade), juiz natural (competência posta na CF e nas leis de organização judiciária), contraditório e ampla defesa (dialeiticidade e participação: direito à paridade de armas – direito à prova lícita e a influir no convencimento do magistrado).

Fala-se, com Mauro Cappelletti, no direito ao acesso à justiça e na jurisdição constitucional das liberdades, o que implica a prestação social do direito a uma ordem jurídica justa, consistente em defesa técnica adequada. A jurisdição constitucional das liberdades toca à possibilidade de concretização dos direitos constitucionais por todos os juízes, assim como à declaração de constitucionalidade das leis no caso concreto. O rol de proteção é expansivo, diverso e complexo, mas a mera previsibilidade constitucional não basta para sua adequada concretização.

A tutela constitucional do processo ou a constitucionalização do direito cívico de ação não bastam para configurar o 'devido processo legal'. Como vimos, o processo é instrumento de atuação da Constituição e o binômio processo – Constituição constitui não somente garantia de justiça, como também garantia de liberdade. O direito não deve ficar a mercê do processo, nem sucumbir diante

¹⁵ "O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores. (...) Assim entendido, o processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei; há de ter, pois, tantos atos quantos sejam necessários para alcançar essa finalidade. (...) o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito. As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estrutura-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça", BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*, p. 768.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 40.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 264 Vol. I.

da inexistência ou insuficiência deste. O objeto da garantia constitucional deve ser a possibilidade concreta e efetiva de obter a tutela e não a simples reafirmação do direito à sentença¹⁸.

A questão da diferenciação entre sentença e tutela diz respeito à execução da sentença e efetividade do processo, ou seja, à proteção do bem da vida. A efetividade do processo tem sido a principal preocupação dos processualistas,¹⁹ pelo fato de o direito de ação cobrir a multifuncionalidade dos direitos fundamentais.

Ou seja, os direitos fundamentais materiais dependem, em termos de efetividade, do direito de ação. Tamanha é a complexidade desse direito que, para Marinoni, ele é construído na processualidade dinâmica, envolvendo os múltiplos aspectos protetivos que a Constituição impõe.

“A ação, diante de seus desdobramentos concretos, constitui um complexo de posições jurídicas e técnicas processuais que objetivam a tutela jurisdicional efetiva, constituindo, em abstrato, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”, diz ²⁰. Segundo Grinover, o direito de ação envolve questões de cunho metaprocessual, com profundas implicações constitucionais²¹.

O que nos leva à ligação inestimável de ação, jurisdição e processo sob a ótica da Constituição. Se, para efeito do nosso estudo, estabeleceu-se o recurso como sucedâneo do direito de ação, agora nos importa caracterizar o recurso no sistema de direitos e garantias fundamentais.

Antes, parece interessante mostrar o caminho da principal referência a recurso feita nas Constituições, a partir da mesma formulação lingüística. Aparece essa fórmula protetiva, inicialmente, na seara penal. Praticamente, em todas as cartas constitucionais, estabelece-se o direito à ação, em alguns casos, na forma de representação.

A redação atual da Constituição atesta, em seu artigo 5.º, inciso LV, que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e RECURSOS a ela inerentes.

Assim, importante perceber que o termo ‘assegurar’ se repete, em uma tônica de

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, *op. cit.*, p. 99.

¹⁹ “Tentativas de soluções para esses problemas, verdadeiros óbices à efetividade da tutela jurisdicional, têm sido a grande preocupação dos processualistas. A ciência processual deixou de ser um conjunto de princípios e regras técnicas apenas, para assumir caráter nitidamente instrumental, com a preocupação voltada para os fins a serem alcançados pelo processo. O estudo dos meios só se justifica, na medida em que contribua para atingir resultados mais efetivos, eliminando a crise do processo, crise essa representada pela ineficiência do instrumento em relação a seus escopos”. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. As formas diferenciadas de tutela no processo civil brasileiro, p. 3. Disponível em: www.direitoprocessual.org

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 221.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 74.

segurança, asseveração, garantia. A garantia é instituto constitucional, que se põe acerca do direito, fortalecendo-o. Tem, pois, cunho instrumental. Clássica e assaz repetida é a postulação de Ruy Barbosa, para quem a confusão entre direitos e garantias desvia-se sensivelmente do rigor científico.

Direito, dessa maneira, seria a faculdade reconhecida, natural ou legal, de praticar, ou não praticar certos atos, enquanto a garantia ou segurança de um direito seria o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados²². Admite, porém, certo grau de dificuldade de identificação, fornecendo um critério para sua resolução.

Verdade é que também não se encontrará, na Constituição, parte, ou clausula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução “garantias constitucionaes”. Mas a accepção é obvia, desde que separarmos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuralortas, que são as que, em defeza dos direitos, limitam o poder. Aquellas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito²³.

Praticamente não é outra a noção de Jorge Miranda, ao dizer que os direitos representam só por si certos bens, já as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; classificando os direitos como principais e as garantias como acessórias e de cunho adjetivo²⁴.

Parece, então, que o recurso aparece no sistema protetivo de direitos fundamentais como garantia do direito ao processo, ou ao devido processo legal. Como já dito, a forma de externalidade e sua unicidade estrutural não lhe retiram a natureza jurídica de ação.

Nem se perde a identidade pelo fato da ação constar como direito e o recurso como garantia. As formas diferenciadas confirmam a individualidade dos institutos enquanto processuais, embora se enquadrem na mesma categoria do ponto de vista de uma teoria jurídica geral.

O garantismo tem sido uma doutrina bastante desenvolvida pelos estudiosos italianos. No Brasil, as noções de direito e garantia estão imbricadas, salientando-se principalmente o caráter instrumental destas últimas. Em termos práticos, a Constituição não parece ter diferenciado, pois determina preceitos para direitos e garantias na sua estrutura de norma de direito fundamental.

Assim, ambas as categorias, pela previsão constitucional, são auto-aplicáveis, de modificação mais rigorosa pelo legislador (poder constituinte

²² BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo*, p. 186.

²³ Idem, p. 187.

²⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, Tomo IV, p. 88-89.

derivado) e protegidas de emenda tendente à sua abolição. Em termos práticos, os estudiosos brasileiros têm elaborado essas questões complexas com certa dificuldade.

Diante dessas questões, é relevante ressaltar que a configuração do recurso como garantia não se confunde com a garantia do duplo grau de jurisdição, que decorre da forma de estruturação dos órgãos judiciais, determinada na Constituição e nas leis estaduais.

Ademais, conforme Miranda, em sentido amplo, recorrer significa comunicar vontade de que o feito, ou parte do feito, continue conhecido, não se tendo, portanto, como definitiva a cognição operada. “Não supõe devolução necessária à superior instância. Há recursos no mesmo plano funcional da organização judiciária”²⁵.

O duplo grau, à exceção do duplo grau obrigatório, realiza-se através do recurso, sem com ele se confundir. O duplo grau de jurisdição pode ser visto como princípio atinente aos recursos, mas em diversas passagens, a própria Constituição limita esse princípio. O Supremo Tribunal Federal, sobre o tema, já se manifestou.

Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de “toda pessoa acusada de delito”, durante o processo, “de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.²⁶

²⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, Tomo VII, p. 4.

²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RHC.SCLA.+E+79785.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 24/07/2008.

O Pacto citado (São José) prevê o duplo grau, nos termos de que toda pessoa acusada de delito tem direito à presunção de inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa; assim como tem direito, durante o processo, em plena igualdade, à garantia mínima de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior (Garantias judiciais, 2, h).

É de lembrar, entretanto, que o princípio do duplo grau de jurisdição é o que possibilita o controle da atividade do magistrado, uma vez que a sentença é conhecida por outro órgão. Contudo, prevalece entendimento (jurisprudencial, doutrinário e legal, a partir da Constituição) de que o duplo grau não se erige em garantia constitucional.²⁷

Como já dito, não há que se confundir a garantia do recurso com garantia de duplo grau de jurisdição. “Prever a possibilidade de interposição de recursos aos tribunais superiores não é o mesmo que garantir o duplo grau”.²⁸

Firmada a posição de que o duplo grau de jurisdição não constitui garantia, resta que ele é forma estrutural de organização da justiça, e princípio da teoria recursal, passível de restrição em ambas as concepções. Isso porque a Constituição prevê hipóteses em que a instância originária é tribunal superior, sem órgão hierárquico acima. E no tocante aos recursos, sabido que o duplo grau se efetiva pela dinâmica recursal, sem se confundir com pressuposto de caracterização de recurso, uma vez que há possibilidade de recorrer para o órgão emanador da decisão.

3. POSSIBILIDADES DE RESTRIÇÃO AO RECURSO PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL

A configuração do recurso como garantia leva à questão da possível restrição no sistema de direitos fundamentais. Pergunta-se: o regime de restrição das garantias é diferente, dada a sua natureza peculiar de instrumento ou técnica²⁹ assecuratória que tutela o direito fundamental?

Ao elaborar critérios tendenciais do sistema dos direitos, liberdades e garantias, Canotilho aponta para a construção de um regime jurídico-constitucional especial, onde se destacam o critério do radical subjetivo, referindo-se os direitos ao homem individual, a natureza defensiva e negativa desses direitos, apontando para as variadas funções dos direitos, a determinação constitucional do conteúdo (determinação de conteúdo por opções constitucionais), e a aproximação tendencial dos direitos, garantias e liberdades.

²⁷ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues et al., *op. cit.*, p. 525.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 511.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 51.

No último critério, tem-se a similaridade dos traços que envolvem direitos, liberdades e garantias, que implicam em pretensões subjetivas diretamente aplicáveis e de conteúdo delimitado constitucionalmente. Apesar de se aproximar aqui o regime do direito e da garantia, é o próprio autor que realça a inexistência de conexão necessária entre uma pretensão jurídica autônoma e sua justiciabilidade.

Isso porque não se confunde a existência do direito com a existência da garantia, mesmo com o grau de eficácia e concretude possíveis. Nessa concretização, advinda da persecução de um interesse autônomo e individualizado, é que se revela “a garantia jurídica proporcionada pelo direito (...) na plenitude de sua dimensão subjectiva”³⁰.

Chama-se atenção a esse ponto porque pode parecer questionável, teoricamente, um direito fundamental insuscetível de justiciabilidade, dado o teor normativo que envolve o direito fundamental, e ainda mais quando se trabalha com a categoria garantia, cuja função é auxiliar a concretização dos direitos.

Lembramos a garantia primária de Ferrajoli,³¹ relacionada à noção kelseniana de direito subjetivo (o direito subjetivo de uma pessoa é correspondente à obrigação de outra).³² Tem-se resolvido isso na anuência de que existem direitos sem garantias, o que não devemos, por hora, aprofundar.

Em uma aproximação com as garantias, é de se perguntar qual o limite de sua semelhança com os direitos e quais as diferenças que aprovariam um tratamento diferente. Ferrajoli aponta uma distinção importante entre os direitos e garantias, quando cita os direitos como normas de reconhecimento de posições jurídicas, e as garantias como as obrigações e proibições correspondentes à proteção do direito.³³

Conforme Ruy Barbosa, “ora, uma coisa são garantias constitucionais, outra coisa os direitos, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança”.³⁴ Isso se harmoniza com a concepção do recurso como garantia ligada à defesa no âmbito do processo, ou seja, relacionada à possibilidade de reagir, impugnar, reclamar. A idéia de defesa também se relaciona à noção de segurança, típica

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 395-396; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 102.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 61.

³² “Há, então, duas dimensões que cabe relevar na garantia jusfundamental e cujos contornos serão, a seguir, delineados: uma dimensão objectiva, que resulta essencialmente na garantia jurídica de um bem proporcionada pela imposição de deveres jurídicos objectivos ao Estado e uma dimensão subjectiva, que resulta da garantia jurídica, ainda que muito diferenciada, de uma posição de vantagem individual na fruição dos bens protegidos de direitos fundamentais”. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 56.

³³ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 63.

³⁴ BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, p. 182. Disponível em: biblioteca digital do STJ.

reclamação dos recorrentes. Na doutrina italiana, encontramos algumas distinções em termos de conseqüências práticas no tocante a essas distinções. Diz Ferrajoli:

Entiendo por «garantía constitucional», según el uso de este término que aparece en el título VI de la Constitución italiana, su ubicación en el vértice del sistema de fuentes y la consiguiente rigidez asegurada a las normas constitucionales por dos instituciones conectadas entre sí: por un lado, su sustracción a las formas de producción establecidas para la legislación ordinaria y la creación, mediante normas de nivel superior, de procedimientos de revisión agravados (art. 138); y, por otro, el sometimiento de las leyes ordinarias al control jurisdiccional de legitimidad constitucional en virtud del cual, en caso de incoherencia de sus contenidos o significados con los de las normas constitucionales, no prevalecen las primeras sobre las segundas, merced al principio *lex posterior derogat priori*, sino que son inválidas y por tanto pueden ser anuladas según el principio *lex superior derogat inferiori* (art. 134). La garantía constitucional de los derechos reconocidos en la Constitución reside, por consiguiente, en su inviolabilidad por parte de las leyes y, al mismo tiempo, en el sometimiento a ellos del legislador.³⁵

No caso do regime italiano, teríamos um sistema mais agravado ou rígido para a modificação das garantias constitucionais, ou mesmo sua subtração à ação do legislador, e, ao mesmo tempo, a submissão das leis infraconstitucionais ao controle de compatibilidade com a Constituição, ou controle de constitucionalidade.

Transpondo essa situação para o ordenamento pátrio, veremos que não há diferença do regime aproximado de direitos e garantias proposto por Canotilho. Isso porque se segue a teoria do escalonamento jurídico de Kelsen, sendo a Constituição a norma máxima, ou norma das normas. Tal construção sugere a supremacia do documento constitucional, e a conseqüente rigidez ou dificuldade de modificação de suas normas.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é misto, e contempla a possibilidade de fiscalização concentrada, por um órgão constitucional; ou difusa, com a fiscalização de todos os juízes no caso concreto. As ações são variadas, e a legitimação para interpô-las foi ampliada – apesar da crítica de ausência de participação popular neste controle.

Temos uma norma de garantia desse sistema, abrigada no artigo 60, § 4º, onde se proíbe ao legislador (poder constituinte derivado) a produção de preceitos tendentes a abolir os direitos e garantias fundamentais.³⁶ Assim,

³⁵ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 113.

³⁶ Constituição Federal: "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) §

parece que tal distinção não se firma como suficiente para um tratamento distinto às garantias.

Os direitos fundamentais, como já exposto, gozam de um regime especial de proteção. Não obstante a tônica do constitucionalismo contemporâneo se manifestar na preocupação com a concretização dos direitos (ou mecanismos que garantam a efetividade das normas constitucionais, em especial, das definidoras de direitos fundamentais), a realidade nos mostra a dificuldade de implementação empírica dessas prerrogativas.

Algumas dessas dificuldades levam em consideração a colisão e a restrição de direitos. De fato, criticável pensar abstratamente em direitos absolutos. Uma vez que os direitos são posições jurídicas garantidas a partir de opções constitucionais, é de ressaltar a abertura da norma à realidade, e a multiplicidade de posições ocupadas na contextura dinâmica da vida.

A preocupação com a constitucionalidade de restrição ao recurso aparece como legítima, anotando-se a aparente inviabilidade de se construir a teoria da limitação pelo viés da natureza de garantia. Assim, propõe-se a análise da restrição pelo critério do regime comum de direitos e garantias.

Falar de restrição a uma garantia fundamental de natureza processual pode soar inapropriado, no momento em que se busca uma compreensão mais ampliada do 'acesso à justiça'. O conceito, explicitado por Cappelletti, diz respeito às três ondas, a saber: 1ª) assistência judiciária aos mais pobres, 2ª) representação dos interesses difusos, e 3ª) concepção ampla de acesso à justiça por meio do conjunto de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados no processo, e a relação com interesses sem adequada representação.³⁷

Ocorre que essa abertura no enfoque é a mesma que autoriza a falar em restrições, dentro de uma teoria constitucional. No caso, falamos em restrições postas pelo legislador, ou seja, normas que limitam normas. As normas restritivas diminuem ou restringem as posições jurídicas no âmbito dos direitos fundamentais.

Uma diferenciação relevante é a que existe entre restrição e conformação. As regras restritivas seriam sempre conformadoras, mas nem toda regra conformadora seria restritiva, podendo mesmo concretizar o conteúdo da norma, ou tão somente definir ou completar o conteúdo da norma. O recurso à própria Constituição, para definir as possibilidades de restrição, tem se resolvido no sistema de restrições (a) diretamente constitucionais, (b) limitações estabelecidas através da reserva de lei e (c) pelos limites iminentes.

Na primeira situação, a Constituição estabelece os limites, demarcando

4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais."

³⁷ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 31-73.

de imediato o contorno de um direito fundamental. Na segunda hipótese, a Constituição reserva à lei espaço para regulamentar a matéria, através de reserva legal simples (remissão à lei sem especificar condições) ou qualificada (a referência à lei se dá em uma extensão delimitada de possibilidades). Na terceira situação, fala-se em limites imanentes.

O sistema de limitação imanente assenta-se em três pontos: a) nas restrições sem a correspondente norma autorizadora, b) no método de solução de conflitos, e c) na existência de limites às próprias limitações necessárias à solução de conflitos.³⁸ A ‘cláusula de comunidade’ é utilizada para justificar o sopesamento entre os direitos individuais e os bens jurídicos necessários à existência da comunidade.

Assim, tais “limites imanentes justificar-se-iam em virtude da existência de ‘limites originários ou primitivos’ que se imporiam a todos os direitos: (i) ‘limites constituídos por direitos dos outros’; (ii) limites imanentes da ordem social; (iii) limites eticamente imanentes”.³⁹

Muito embora se possa considerar a idéia de limites imanentes perigosa, dada a ausência da norma autorizadora, é de se admitir que a existência de um único direito com caráter absoluto poria em risco a existência do sistema de direitos fundamentais como um todo, por ser – jurídica e faticamente – impossível o não entrelaçamento, conflito e conformação dos direitos na arena do cotidiano e da vida prática.

Outras abordagens das restrições são postas por Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Martin Borowski. Um aspecto da restrição das normas constitucionais é colocado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em uma crítica à classificação de José Afonso da Silva e já no estudo do primeiro modelo de compressão.

Diz que, tecnicamente, normas de eficácia plena e normas de eficácia contida não se diferenciam quanto à aplicabilidade, e sim no tocante à possibilidade de restrição. As normas de eficácia plena seriam revestidas de imunidade quanto à restrição, por assim dizer, normas irrestringíveis. O termo eficácia contida poderia ser substituído por eficácia restringível, devendo a classificação contemplar as seguintes ressalvas: as normas plenamente eficazes e de aplicação desde a vigência (subdivididas em normas plenamente eficazes sem possibilidade de restrição pelo legislador; e as normas de eficácia plena, mas de alcance restringível pelo legislador); e as normas de eficácia limitada e aplicabilidade reduzida.⁴⁰

Tais considerações são feitas para explicar a possibilidade de restrição

³⁸ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 166.

³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1238.

⁴⁰ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.220.

de norma de direito fundamental, conforme o primeiro modelo (mecanismo de aplicabilidade). O segundo modelo é proposto por Martin Borowski, que vê uma clara relação entre a diferenciação teórico-normativa entre regras e princípios e as teorias da restrição.

A questão proposta é: “si uma norma que asegura um derecho es tomada como uma regla, entonces esse derecho es necesariamente um derecho no limitable. Si, no obstante, se trata de um principio, el derecho es necesariamente limitable”.⁴¹ A proposição é claramente baseada no conteúdo indefinido dos princípios, que exigiria complementação. Lembremos aqui que nem sempre a conformação legislativa corresponde à restrição.⁴²

A Constituição de 1988 não adotou um modelo estrutural único para as normas de direitos fundamentais, nem distinguiu bem, por meio das disposições, as categorias princípios, direitos e garantias. De fato:

Embora se possa catalogar, formalmente, as normas de direitos fundamentais constantes de uma Constituição como regras ou princípios, o salto dialético no estudo desse tipo de normas parece depender da consideração de que elas possuem um duplo caráter. Os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger.⁴³

Outro item que merece análise é a relação entre os modelos sugeridos. De fato, há pontos em comum. Ambos os modelos partem do pressuposto de que as limitações dependem de um dado da Constituição, perceptível na natureza da norma que se manifeste através da classificação estrutural (regra ou princípio) ou do mecanismo de aplicabilidade (conceito técnico de eficácia). Encontram-se, assim, na necessidade ou dependência de outra norma que lhes dê concretude, possibilidade de facticidade ou realização.

Mas um ponto crucial de entrecruzamento dos modelos parece residir na baixa atribuição de força normativa aos princípios, daí resultando a elasticidade da norma principiológica, que poderia ser moldada. Não por acaso que a referida classificação de aplicabilidade é da lavra de José Afonso da Silva, um autor reticente ao entendimento do princípio como norma.

Entende-os como núcleos de condensação de valores e bens, distinguindo norma de princípio. A norma de eficácia limitada não é mais do que a norma programática ou principiológica. Segundo esse autor:

⁴¹ BOROWSKI, Martin. *La restricción de derechos fundamentales*, p. 39.

⁴² O autor em análise tem uma posição diferenciada. Segundo Martin Borowski, configuração e restrição são duas formas diferentes de descrever o mesmo fenômeno. A única diferença estaria no acento posto. Quando se acentua o direito fundamental, fala-se em restrição. Acentuando-se o direito infraconstitucional, falar-se-ia de uma configuração. Cf. Martin BOROWSKI, *La restricción de derechos fundamentales*, p. 54-55.

⁴³ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 155.

Há, no entanto, quem concebe regras e princípios como espécies de norma, de modo que a distinção entre regras e princípios constitui uma distinção entre duas espécies de normas. A compreensão dessa doutrina exige conceituação precisa de normas e regras, inclusive para estabelecer a distinção entre ambas, o que os expositores da doutrina não têm feito, deixando assim obscuro seu ensinamento. Esse manual não comporta entrar a fundo nessa questão, razão porque nos contentamos com a singela distinção apresentada acima entre normas e princípios⁴⁴.

Canotilho também propõe uma metódica de restrição de direitos e garantias fundamentais, baseado na determinação do âmbito de proteção a partir da análise da estrutura da norma, e na averiguação do tipo, natureza e finalidades da medida legal restritiva. A restrição legal de direitos fundamentais existe “quando o âmbito de proteção de um direito fundado numa norma é directa ou indirectamente limitado através da lei”⁴⁵.

Aqui, tentaremos elaborar um esboço das restrições à garantia do recurso com base na Constituição, mediante a atividade do legislador. Não tentaremos estabelecer uma classificação das restrições possíveis, mas tão somente elencar algumas hipóteses constitucionais de restrição pelo legislador infraconstitucional.

A primeira possibilidade de restrição é a colocada pela forma de produção de normas pelo Legislador, que pode permitir a restrição ou proibi-la; independentemente de se considerar a atividade legislativa como configuração ou restrição. Registra-se posição de Martin Borowski, para quem a configuração e a restrição são faces do mesmo fenômeno.⁴⁶

Temos, de pronto, um impedimento ao poder legislativo estadual de elaborar normas acerca de processo,⁴⁷ o que inviabiliza a pretensão a limitar a garantia jusfundamental do recurso. Entretanto, compete aos Estados-membros, concorrentemente à União, legislar sobre custas dos serviços forenses, criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas, procedimentos em matéria processual, assistência jurídica e Defensoria pública (CF, artigo 24, incisos IV, X, XI, XIII).

Assim, a tênue demarcação entre processo e procedimento pode dar azo aos Estados-membros a legislar acerca de recursos, em nosso entendimento, podendo resultar em limitação desautorizada constitucionalmente. Por outro lado, a liberdade legislativa encontra azo para limitações aos recursos na própria sistemática dos princípios da República Federativa do Brasil, em especial a dignidade da pessoa

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 92.

⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1234.

⁴⁶ “*Quien pone el acento en el derecho fundamental, habla de una restricción; quien acentua el derecho infraconstitucional, habla de una configuración en el sentido arriba mencionado*”. Cf. BOROWSKI, Martin. *La restricción de derechos fundamentales*, p. 54.

⁴⁷ Constituição Federal: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.”

humana (artigo, 1º, II).

O princípio da dignidade é cláusula aberta que possibilita o sopesamento dos bens jurídicos envolvidos no processo. Assim, permite a limitação aos direitos e garantias fundamentais, para maior concretização prática dessas categorias. Isso porque o processo envolve direitos como bens, e outros valores como tempo e segurança. Assim, é de se ver que limitações são necessárias e razoáveis para que se atinja o escopo do processo.

Embora autores como Marinoni⁴⁸ atestem que o processo visa à tutela do direito do autor, parece-nos ser mais correto admitir que o processo tutela o direito do caso concreto, a ser verificado pelo juiz. É que a realidade supera as expectativas abstrativistas, sendo a finalidade do processo dar razão a quem a tem.⁴⁹ Exemplifica-se:

Tivemos um processo no nosso tribunal em que as partes já faleceram e foram substituídas pelos espólios; os advogados idem, e foram substituídos filhos advogados; quem julgou a causa pela primeira vez foi o Tribunal Federal de Recurso, que foi extinto; quem proferiu a sentença foi um ministro que está aposentado; quem julgou o feito no TRF-2ª Região, sucessor do TFR, foi um desembargador, já também já aposentado; e, quando foi a julgamento, o Plenário tendia a anular o processo por inteiro. Eu disse, então, que não dava para anular aquele processo, porque, do contrário, nós também íamos ser substituídos pelo nosso espólio, e a causa nunca teria solução. O processo ficou vinte e cinco anos tramitando, espólio em cima de espólio, tribunal sobre tribunal, e só foi julgado por esse meu empenho em mostrar que, afinal de contas, estávamos ali para buscar uma final definitivo para aquela demanda.⁵⁰

Assim, a doutrina admite, de forma pacífica, que o legislador pode restringir os recursos de inúmeras formas, até mesmo sugerindo a supressão de algumas espécies deles. Isso porque a Constituição inseriu, como direito fundamental expresso, a razoável duração do processo e os meios garantidores da celeridade de sua tramitação (artigo 5º, LXXVIII).

Os recursos são, inegavelmente, garantia que se presta à defesa e à segurança, mas também, em contrapartida, mecanismos de protelação e abuso de defesa. A sistemática processual brasileira prevê muitas espécies de recursos, e sucedâneos processuais com efeito recursal. “O excessivo número de recursos em nosso ordenamento jurídico é motivo de preocupações, uma vez que leva a um interminável trâmite dos feitos pelos Tribunais (...)”.⁵¹

Assim, cada vez mais se atenta para a desvalorização que a ausência de filtros

⁴⁸ “O réu não tem direito à tutela do direito”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 305.

⁴⁹ BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*, p. 394.

⁵⁰ ALVIM, J. E. Carreira. *Os Princípios Dominantes no Processo Civil e o Sincretismo Processual com vistas ao 3º Milênio*, p. 16.

⁵¹ DIAS, Francisco Barros *A busca da efetividade do processo*, p. 6. Disponível em: www.jfjb.gov.br

compatíveis com a dignidade da garantia e dos outros bens constitucionais tem trazido aos envolvidos no processo. A extinção de recursos é, assim, restrição possível, desde que razoável, distribuindo-se os ônus e valores da relação jurídica processual.

Também o é a existência de óbices, compatíveis com técnica processual e com a grandeza dos bens constitucionais. “Não é possível também continuar com um processo em que toda decisão é recorrível (...). Há, portanto, que se cuidar de uma forma em que haja seleção das decisões, ou uma boa parcela de recursos sejam retidos”.⁵²

Os obstáculos mais comuns são aqueles relacionados aos prazos e aos custos de interposição de recurso. Expressam-se, em regra, por meio dos chamados requisitos de admissibilidade ou pressupostos recursais. Alguns doutrinadores falam de ‘condições dos recursos’. Marinoni, apesar de admitir a restrição de recursos,⁵³ parece ser refratário à limitação do exercício do direito de ação, ao dizer que “o legislador também não pode impor óbices ao exercício do direito de ação, pois isso configura exclusão da apreciação jurisdicional, ainda que de forma indireta”.⁵⁴

Entendemos que a possível limitação ao recurso se estende à possibilidade de restrição ao direito de ação, ainda mais que o recurso é manifestação do direito abstrato de ação na forma de ação exercida. Esses obstáculos é que não devem ser excessivos, meramente formalistas ou desproporcionais.⁵⁵

Os requisitos dos recursos são divididos doutrinariamente de diversas formas, comumente adotando-se a classificação das condições da ação e dos pressupostos processuais, aplicados aos recursos.⁵⁶ Entre as condições da ação (ressalve-se a problematização já feita sobre esse tópico), estão: a legitimidade para recorrer, o interesse em recorrer e a possibilidade jurídica do recurso.

Um dos filtros mais eficientes seria o exame do interesse em recorrer, relacionando-se à necessidade de interposição do recurso e a adequação do recurso interposto. A análise do interesse deve abarcar a possibilidade de sucesso do pedido, tendo em vista as decisões de tribunais superiores. Neste sentido, entende-se constitucional a Lei 11.276/2006.⁵⁷ Os poderes do juiz aumentaram e devem ser vistos em consonância com os objetivos de cada instituto. O direito de ação, se amplo, não é desmedido ou ilimitado. Neste sentido:

Essas considerações fariam supor a existência de princípio – a

⁵² Idem, p. 2.

⁵³ “Uma lei pode deixar de prever a possibilidade de recurso diante de determinada situação de direito material”, MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 312.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito fundamental de ação*, p. 4.

⁵⁵ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 292.

⁵⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: LumenJuris, 2007, p. 68-69, Vol. II; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Op. cit.*, p. 34.

⁵⁷ Código de Processo Civil: "Art. 518, (...) § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal."

priori – de que “*toda resolução judicial seja suscetível de recurso*”. Esse princípio necessário de recorribilidade de todas as resoluções judiciais não existe. Só existe o princípio da recorribilidade de todas as resoluções que constituam entrega definitiva da prestação jurisdicional (...). É o princípio da recorribilidade das resoluções judiciais relevantes. O problema de técnica legislativa é, então, o de se discriminar o que é relevante e o que é irrelevante.⁵⁸

Tal posicionamento coaduna com a noção de que apenas os provimentos é que são recorríveis, mas deve ser elástico, para abarcar o interesse no sentido de harmonia com as decisões dos tribunais superiores e possível reforma do julgado. Naturalmente, a proposição objetiva a harmonia com os demais valores, mas está a depender de um aprofundamento da teoria das condições da ação, que, por hora, não será realizado.⁵⁹

Sobre os pressupostos como limitações, temos a necessidade de encaminhamento recursal a órgão jurisdicional competente, capacidade processual das partes e regularidade formal do recurso. Embora a construção sistematizada seja construção doutrinária, tais quesitos estão consubstanciados em lei, tocando ao último pressuposto requisitos extrínsecos como tempestividade, preparo e adequação (formalidades).

Fala-se assim, da restrição autorizada pela Constituição, através de remissão direta para configuração pela lei (atuação conformadora - restritiva do Poder Legislativo), e tocou-se na problemática das múltiplas posições jurídicas de direitos fundamentais, entendendo-se que o exercício dos direitos e garantias são mutuamente restringentes. A proporcionalidade é a medida sempre invocada para atuação judiciária, e nesse caso, invocada para verificação de atividade legislativa.

O já cansado princípio da proporcionalidade é mecanismo operativo de verificação de compatibilidade com a Constituição, uma vez que o modelo processual civil é calcado naquele documento. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais atua na imposição de um sistema jurídico sob as normas constitucionais, como cânones estruturantes.

A idéia de proporcionalidade advinda da doutrina alemã comporta três sub-princípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No núcleo da necessidade, teríamos a proibição do excesso e o meio mais idôneo com a menor restrição possível (ou meio menos gravoso), com sopesamento

⁵⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 5.

⁵⁹ Conforme comentado, a teoria em questão está sendo amplamente revisada. A teoria da asserção tem sido aceita, direcionando a ligação com o mérito apenas como uma avaliação sumária de admissibilidade no momento inicial do exercício do direito de ação. Atente-se para o fato de que alguns autores já propõem o abandono das condições da ação. Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: JusPodvim, 2008, Vol. I, p. 174.

de possibilidades fáticas.

Na adequação, verifica-se a relação meio-fim, enquanto na proporcionalidade em sentido estrito, teríamos o controle das possibilidades jurídicas, com o equilíbrio de valores e bens envolvidos. Assim, na verificação de limites à garantia do recurso, faz-se muito importante esse último critério, por ser vetor ou cânion de justaposição de valores constitucionais de mesma estatura.⁶⁰

Na problemática proposta, verificou-se que a natureza de garantia ao recurso não o dota de um regime próprio ou diferenciado, mas similar e aproximado ao dos direitos fundamentais. Assim, pode ser limitado pelo legislador infraconstitucional, seja através das remissões diretas (restrições constitucionais, casos em que se limita constitucionalmente o direito), seja através da remissão à lei complementadora (reserva qualificada ou simples). Ainda pode-se trabalhar com os limites imanentes.

Sem se classificar o tipo de restrição, procurou-se, no texto da Constituição, e sob a teoria das restrições acima descrita, identificar alguns casos passíveis de limitação. O exame foi feito considerando-se a natureza de ação e a máxima da proporcionalidade. Conclui-se, assim, que as possibilidades de restrição são utilizadas de forma bastante minimizada, configurando o âmbito da garantia do recurso, atualmente, dotado de elastério que comprime e impede a realização de outros valores - direitos e garantias - constitucionais.

4. SÍNTESE CONCLUSIVA

Partindo da teoria do escalonamento jurídico, que pressupõe a supremacia da Constituição, e da compreensão da tessitura normativa aberta, a teoria jurídica contemporânea tem realinhado as áreas de saber aos princípios constitucionais. Assim, o campo do direito processual também sofre a influência estruturante da norma constitucional, sendo revisada amplamente.

No presente trabalho, atenta-se quanto à natureza do recurso enquanto categoria processual e constitucional. Através de pesquisa bibliográfica e documental, chega-se à noção do recurso como instituto com natureza jurídica de ação, inserida no âmbito das garantias na Constituição Federal de 1988.

O documento legal é quem informa o *status* e a estrutura de suas normas, a partir de suas opções configurativas. Percebeu-se que não há um esforço da Constituição na delimitação desses institutos, que aparecem, não raramente, imbuídos de um hibridismo de difícil elucidação.

Não há um regime claro diferencial, no caso da sistemática de proteção constitucional, no tocante aos direitos e garantias. A garantia diferencia-se, em

⁶⁰ Cita-se como exemplo posição da limitação ponderada do Supremo Tribunal acerca da lei que limita concessão de liminares. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, p. 10.

relação ao direito, por seu caráter acessório e adjetivo, denotado na formulação lingüística da norma, mas não há disposições que realcem um tratamento distintivo.

Disso, conclui-se que a definição de garantia não auxilia no desenho do âmbito das limitações. Essas restrições são necessárias no contexto de um processo de resultados, atento à tutela dos direitos materiais, sem se desligar das exigências com a dimensão do feixe de prerrogativas do próprio 'devido processo legal'.

A cláusula de fechamento fornece ao *due process of law* o conteúdo de um direito complexo, e voltado para valores nem sempre harmônicos reciprocamente considerados. Assim, a metódica de sopesamento faz-se necessária, em uma possibilidade de sustentar as diversas e colidentes posições jurídicas, asseguradas constitucionalmente como direitos e garantias fundamentais.

Algumas variantes metodológicas de restrições forma apresentadas, fazendo-se a opção pela teoria geral das limitações derivadas da Constituição. Tais restrições podem ser diretamente constitucionais, indiretamente constitucionais (remissão à lei através de reserva legal simples ou qualificada) e definidas através do apelo aos limites imanentes (não autorizados expressamente na Constituição, contemplando-se os direitos dos demais, a cláusula de comunidade e o apelo à interpretação sistemática).

As formas de punição por abuso de defesa, as condições de admissibilidade do recurso e os pressupostos recursais são alguns dos exemplos desses limites. Entretanto, considera-se ainda que o aumento do poder do juiz autoriza o exame do interesse e relevância, mesmo que tal generalidade venha a ser explicitada melhor por lei.

De maneira que lei que restringe recurso por meio dos poderes judiciais é, em nosso entendimento, válida, sendo desejável, no entanto, a enumeração e explicação dos critérios a serem verificados no caso concreto.

Com essa base, verifica-se que o recurso é passível de restrição, já realizada na conformação de mecanismos de retenção recursal e ponderação frente a outros bens constitucionalmente assegurados, mormente a dignidade da pessoa humana e o direito à razoável duração do processo.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BOROWSKI, Martin. La restricción de derechos fundamentales. In: *Revista*

Española de Derecho Constitucional. N. 59, ano 20, mayo/agosto 2000. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

BUENO, Cassio Scarpinella. *O modelo constitucional do direito processual civil*. Anais da 7ª semana brasileira de direito processual civil e penal. Florianópolis. 2008, p. 3.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14. ed. Vol. II. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1993.

DANTAS, Ivo. *Constituição & processo: introdução ao direito processual constitucional*. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 9.ed. São Paulo: JusPodvim, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães *et al*. *Recurso no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 137, jan/mar 1998. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/1/Pdf/pdf_137/r137-02.pdf Acesso em: 02/04/2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito fundamental de ação*. Disponível em: http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/20080320041324DIREITO_FUNDAMENTAL_DE_ACAO.pdf. Acesso em: 28/07/2008.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3 ed. Tomo IV. Coimbra:

Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Constituições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm, acesso em: 20/07/2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.220.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Jurisprudência*. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RHC.SCLA.+E+79785.NUME.&base=baseAcordaos> Acesso em: 24/07/2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil*. Vol. I. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.