



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

SARAH KELLY LIMÃO

**A DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO
PROCESSO E A AMPLA DEFESA NO EFEITO SUSPENSIVO DO
RECURSO DE APELAÇÃO**

FORTALEZA

2017

SARAH KELLY LIMÃO

A DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO
PROCESSO E A AMPLA DEFESA NO EFEITO SUSPENSIVO DO RECURSO
DE APELAÇÃO

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito. Área de concentração: Direitos Fundamentais e Direito Processual Civil. Orientador: Prof. Dr. Gustavo Cesar Machado Cabral.

FORTALEZA

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade Federal do Ceará

Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

L696d Limão, Sarah Kelly.

A Desproporcionalidade Entre a Razoável Duração do Processo e a Ampla Defesa no Efeito Suspensivo do Recurso de Apelação / Sarah Kelly Limão. – 2017.

56 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2017.

Orientação: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

1. Direitos Fundamentais. 2. Processo Civil. 3. Razoável Duração do Processo. 4. Ampla Defesa. 5. Apelação. I. Título.

CDD 340

SARAH KELLY LIMÃO

A DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO
PROCESSO E A AMPLA DEFESA NO EFEITO SUSPENSIVO DO RECURSO
DE APELAÇÃO

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito. Área de concentração: Direitos Fundamentais e Direito Processual Civil. Orientador: Prof. Dr. Gustavo Cesar Machado Cabral.

Aprovada em: ___ / ___ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Davi Guimarães Mendes
Universidade de São Paulo

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus, pela saúde e determinação necessária para vencer os obstáculos da minha caminhada, dando-me capacidade de crescer em meio às adversidades da vida.

Em segundo lugar, agradeço à minha mãe pelo cuidado e zelo de sempre, além de ter me incentivado a leitura desde muito cedo, hábito sem o qual eu não teria chegado até a Faculdade de Direito. Agradeço também à minha tia Neuma, por participar da minha criação como uma irmã. Às mulheres da minha família, esse pequeno matriarcado, sou grata por acreditarem e incentivarem o meu potencial.

Ao meu melhor amigo Marcelo Melo, companheiro desses últimos anos de faculdade, agradeço por todo o carinho, doçura e leveza.

Aos meus amigos de turma, Bruna Plutarco, Marcelo Rubens, Felipe Lacerda, Rafael Mourisca, Victor Valença, Lilian Pâmela e Nayara Sales que fizeram a Faculdade ser mais agradável e das aulas o melhor momento do meu dia nos últimos anos. Agradecimento especial aos meus parceiros Fernanda Leontsinis e Victor Rocha, confidentes que eu pretendo levar até o fim dessa vida.

Também aos meus amigos de escola, mas em especial à Sara Parente, verdadeira irmã de alma que a vida me deu.

A Defensoria Pública Estadual, instituição que me inspirou a buscar ser sempre gentil e prestativa. Agradecimento especial ao Defensor Público Thiago Tozzi, fundamental para meu crescimento profissional.

Ao professor Sérgio Rebouças e ao querido Davi Nogueira por terem aceitado, prontamente, o convite para participar da minha banca avaliadora.

Por fim, ao professor Gustavo Cabral, meu orientador, cujos conselhos me aproximaram da pesquisa.

“There is no means of testing which decision is better, because there is no basis for comparison. We live everything as it comes, without warning, like an actor going on cold. And what can life be worth if the first rehearsal for life is life itself? That is why life is always like a sketch. No, "sketch" is not quite a word, because a sketch is an outline of something, the groundwork for a picture, whereas the sketch that is our life is a sketch for nothing, an outline with no picture.”
Milan Kundera

RESUMO

A Emenda Constitucional nº 45/2004 buscou consolidar os ideais de um processo célere, efetivo e isonômico, ao dar status de Direito Fundamental explícito à Razoável Duração do Processo. Porém, a promulgação do Novo Código de Processo Civil não trouxe nenhuma mudança significativa no principal recurso cível brasileiro, a apelação. O art. 4º do Novo CPC explicita que a concretização do direito à Razoável Duração do Processo compreende não só a fase cognitiva, mas também a fase satisfativa, em outras palavras, o devido processo legal deve durar o tempo razoável necessário, sem dilações indevidas, e ser efetivo. Em oposição, tem-se a apelação, recurso cabível contra qualquer sentença, com efeito suspensivo como regra, de modo que, a sentença não produzirá efeitos quando desafiada por recurso de apelação, salvo as raras exceções legais. A manutenção do efeito suspensivo *ope legis* no recurso de apelação, no Brasil, vai na contramão da tendência internacional de resgatar o prestígio e a efetividade das decisões judiciais de primeiro grau. Em muitos países, o efeito supramencionado, não é regra, mas exceção, o que pode ser observado no ordenamento jurídico Alemão, Italiano e Português. O presente trabalho avalia a desproporcionalidade da solução dada pelo Legislador ao conflito entre dois Direitos Fundamentais previstos na Constituição Brasileira, a Razoável Duração do Processo (art. 5º, inciso LXXVIII, CF) e a Ampla Defesa (art. 5º, inciso LV, CF), com foco no confronto entre o duplo grau de jurisdição e a efetividade das decisões judiciais de primeiro grau, fundamentando-se na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy e algumas ponderações de Virgílio Afonso da Silva.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Jurisdição no Estado Contemporâneo, Duração Razoável do Processo, Ampla Defesa, Duplo Grau de Jurisdição, Apelação, Efeito Suspensivo Ope Legis, Efeito Suspensivo Ope Judice, Máxima da Proporcionalidade.

ABSTRACT

The Constitutional Amendment nº 45/2004 sought to consolidate the ideals of a fast, effective and isonomic process, explicitly attributing the status of "Fundamental Right" to the Reasonable Duration of Process. However, the enactment of the "Novo Código de Processo Civil" hasn't brought about any significant change to the main form of appeal in the Brazilian civil judicial process, the "apelação". Article nº 4 of the "Novo CPC" makes explicit that the concretization of the right to Reasonable Duration of Process encompasses not only the cognitive phase, but also the executive phase of process. In other words, due process must be effective and last for as long as reasonably necessary, without undue dilations. In contrast, the "apelação", appeal used against any judicial sentence, is ingrained with automatic suspensive effect as a rule, making it so sentences do not produce their regular effects when challenged, save for scarce legal exceptions. The maintenance of the suspensive effect "ope legis" in the "apelação", in Brazil, goes against the international tendency of recovering the prestige and effectiveness of first degree judicial decisions. In many countries, the aforementioned suspensive effect isn't the rule, but the exception, as can be observed in the German, Italian and Portuguese legal systems. This paper assesses the disproportionality in the solution given by the Legislator to the conflict between two Fundamental Rights established in the Brazilian Constitution, the right to a Reasonable Duration of Process (art. 5th, LXXVIII, CF) and the right to Ample Defense (art. 5th, LV, CF) with a focus on the confrontation between the double degree of jurisdiction and the effectiveness of first degree judicial decisions, based primarily on the Theory of Fundamental Rights of Robert Alexy and some of the contributions made to it by Virgílio Afonso da Silva.

Keywords: Fundamental Rights, Jurisdiction in the Contemporary State, Reasonable Duration of Process, Ample Defense, Double Degree of Jurisdiction, Appeal, Suspensive Effect "Ope Legis", Suspensive Effect "Ope Judice", Proportionality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O NEOCONSTITUCIONALISMO E O PROCESSO CIVIL	12
2.1	Direitos fundamentais: Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito.....	12
2.2	Direito fundamental ao devido processo legal.....	14
2.3	Direito fundamental ao acesso à justiça.....	15
2.4	O processo no Estado Constitucional.....	17
2.5	O compromisso ideológico com a efetividade dos direitos fundamentais.....	20
3	A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO	23
3.1	Aspectos Gerais.....	23
3.2	Evolução histórica do direito à duração razoável do processo.....	23
3.3	Critérios de análise da demora do processo.....	25
4	A AMPLA DEFESA	29
4.1	A natureza jurídica do duplo grau de jurisdição.....	29
4.2	A Apelação.....	33
4.2.1	A apelação no anteprojeto do Senado.....	34
4.2.2	A apelação no direito comparado.....	37
5	DO CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A AMPLA DEFESA	42
5.1	O suporte fático dos direitos fundamentais.....	42
5.2	O conteúdo essencial dos direitos fundamentais.....	43
5.3	O sopesamento entre ampla defesa e duração razoável do processo no efeito suspensivo do recurso de apelação.....	44
6	CONCLUSÃO	52
7	REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo avaliar situações de conflito entre dois direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira, a razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, CF) e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV, CF), com foco no confronto entre o duplo grau de jurisdição e a efetividade das decisões judiciais, especialmente no que diz respeito aos efeitos do recurso de apelação contra a sentença cível, mas também suas hipóteses de cabimento.

O referido tema foi escolhido tendo em vista a promulgação do Novo Código de Processo Civil e a sua densa carga ideológica, mas pouco efetiva, diante de algumas escolhas inexplicáveis do Legislador, contrariando as expectativas doutrinárias e indo na contramão da tendência internacional sobre o tópico.

Este trabalho tem por base a pesquisa bibliográfica, envolvendo o conteúdo de livros, monografias, dissertações de mestrado, teses de doutorado, revistas, artigos científicos, notícias, legislações, decisões judiciais e consultas a sítios de órgãos públicos brasileiros. Apoiada em tal acervo, a presente monografia divide-se em três partes.

No primeiro capítulo, para compreensão preliminar acerca do objeto em análise, trata-se dos Direitos Fundamentais, especialmente os processuais, inicialmente sob a ideologia do liberalismo clássico, até chegar na jurisdição contemporânea.

Posteriormente, no segundo capítulo, trata-se do direito à Razoável Duração do Processo, sua evolução história e propostas objetivas para análise da demora do processo.

O terceiro capítulo trata da Ampla Defesa, momento em que se avalia se o Duplo Grau de Jurisdição, em matéria cível, é Direito Fundamental ou mero instrumento da Ampla Defesa. É o capítulo central do trabalho, oportunidade em que se estabelece o foco do conflito entre a Razoável Duração do Processo e a Ampla Defesa no efeito suspensivo do recurso de apelação.

Por último, com base na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy e algumas ponderações feitas por Virgílio Afonso da Silva, utiliza-se da máxima da proporcionalidade para expor a desproporcionalidade entre os Direitos Fundamentais em análise na escolha do Legislador em atribuir efeito suspensivo *ope legis* ao recurso de Apelação.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E O PROCESSO CIVIL

Ao que se pretende construir com o presente trabalho, é fundamental a compreensão preliminar acerca do objeto em análise. É o que se empreenderá neste capítulo inaugural, que se estudará a jurisdição no Estado contemporâneo.

Trata-se também dos Direitos Fundamentais, inicialmente sob o prisma dos valores do processualismo liberal, para que se possa entender como algumas concepções, no Brasil, ainda precisam evoluir. Por fim, cuida-se dos Direitos Fundamentais Processuais e suas acepções. A Teoria dos Direitos Fundamentais que se adota, predominantemente, nesse trabalho é a de Robert Alexy, com algumas considerações de Virgílio Afonso da Silva.

2.1 Direitos fundamentais: Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais são herança do constitucionalismo liberal nascido no Estado Moderno, sob um contexto de contrarrevolução, sobretudo, no continente europeu. Segundo Bercovici, “A atual concepção de constituição e constitucionalismo é fruto do século XVIII [...] e diz respeito às circunstâncias históricas europeias e ocidentais”.¹ A constituição liberal se resume a separar e organizar os poderes, além de instituir limites ao Poder do Estado, através de garantias fundamentais. É o que Maurizio Fioravanti chama de “*costituizione garanzia*”².

A primeira vez em que os direitos humanos apareceram vinculados a liberdade e dignidade humana, através de um conceito universalizante, foi pela Declaração dos Direitos do Homem em 1789, durante a Revolução Francesa. De acordo com Bonavides, “os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimi-los, eram ali “direitos naturais, inalienáveis e sagrados”, direitos tidos também por

1 BERCOVICI, Gilberto – Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo – São Paulo: Quartier Latin, 2008, pág. 25.

2 FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di Storia delle costituzioni moderne: Le libertà fondamentali* - Editore: Giappichelli, 2014, pág. 99 – 104.

imprescritíveis”³. Os direitos fundamentais do Estado Liberal são conceituados, pela doutrina, como direitos de primeira geração.

Já no século XX, pós-guerra, e durante a revolução industrial, com a tomada de consciência da classe trabalhadora, o cenário constitucional foi dominado pelos direitos fundamentais de segunda geração, que são, em resumo, os direitos sociais. Frutos do “welfare state”, tiveram grande destaque na Constituição de Weimar e marcam forte presença na nossa Carta Cidadã.

Após a segunda guerra mundial, em 1945, temos a criação da ONU, e a reedição da declaração universal dos direitos humanos (1948), que tem a mesma linguagem universal da Declaração Francesa, mas ressignificada pela experiência da Grande Guerra.

Com a globalização e a consciência de que o mundo fora dividido entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, o sentimento de fraternidade propicia o advento dos Direitos Fundamentais de terceira geração⁴. De caráter universal e humanístico, esses direitos não se destinam ao indivíduo ou grupos específicos, mas a uma coletividade difusa e indeterminada.

Para Dworkin, direitos fundamentais, que o autor chama de direitos preferenciais “são aqueles que, considerados abstratamente, prevalecem contra as decisões tomadas pela comunidade ou sociedade como um todo”.⁵ Quando o jurista americano trata de “background rights”, o faz fora de um contexto cultural, afirmando que estes devem ser obedecidos por serem uma exigência de justiça ou alguma dimensão da moralidade.

Nesse sentido, partindo do consenso dialogal de Habermas, para quem “valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades”⁶, a teoria jurídica de Robert Alexy é a que melhor se comunica com uma teoria filosófica dos direitos fundamentais. No âmbito da filosofia dos direitos humanos, o que torna o direito fundamental não é mera suposição de uma metafísica jusnaturalista

3 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28. ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013, pág. 580.

4 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28. ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013, pág. 583.

5 DWORKIN, Ronald. Levando o Direito a Sério. tradução e notas Nelson Boeira. - São Paulo : Martins Fontes, 2002, pág. 15.

6 HABERMAS, Jürgen, Direito e democracia, Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997, p. 316

ou jusmoralista, mas sim a ideia de que os Direitos Humanos nascem como o resultado de um processo civilizatório. Assim, os direitos fundamentais, que são positivados em lei, têm um fundamento de exigibilidade pré-positivo, porém, cultural.

Aqui resta claro o ponto de intercessão entre naturalismo e positivismo. A positivação dos direitos fundamentais dá instrumentalidade e assegura direitos iminentes ao homem, porém, frutos de uma construção social de luta, principalmente pela democracia e soberania popular.

Direitos fundamentais são direitos do homem positivados por meio da Constituição. Assim, a princípio possuem uma validade exclusivamente moral e, através da positivação, adquirem validade jurídica. Nesse sentido, Robert Alexy⁷ descreve cinco características dos direitos fundamentais. Para o autor, estes são universais, fundamentais, preferências, abstratos e morais.

Finalmente, em um contexto pós-positivista de constitucionalismo brasileiro, podemos conceituar Direitos Fundamentais como valores e garantias fundamentais resguardados por normas constitucionais, de forma explícita ou implícita, que recebem especial proteção, pelo ordenamento jurídico, seja atribuindo-lhes eficácia imediata ou protegendo-os de possíveis violações pelo legislador ordinário ou constituinte reformador. Para Ingo Wolfgang Sarlet, direitos fundamentais correspondem a “positivação constitucional de determinados valores básicos”⁸.

2.2 Direito fundamental ao devido processo legal

O princípio do devido processo legal está resguardado na Constituição Brasileira através do art. 5º, inciso LIV⁹. Trata-se de direito fundamental a um processo justo antes que seja efetivada qualquer restrição a bem ou liberdade do indivíduo.

7 ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo / Robert Alexy; org./trad. Luis Afonso Heck. — 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, pág. 10.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 70.

9 “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. A Constituição da República Federativa do Brasil pode ser acessada em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em: 15 de novembro de 2017.

O processo, como instrumento de efetivação de direitos fundamentais, deve ser justo, equitativo e democrático. O conceito de justiça processual hoje não é o mesmo do Estado-burguês, tampouco será o mesmo no futuro, pois, como todo direito fundamental é fruto de uma valoração social absorvida pelo ordenamento jurídico. Daí a importância de se ter a cláusula geral do devido processo legal e o seu conteúdo complexo, historicamente construído.

Atualmente, no Brasil, entende-se o devido processo legal como “cláusula guarda-chuva”¹⁰ de todos os demais princípios de direito processual, como o contraditório, a ampla defesa, o acesso à justiça, a isonomia processual, a razoável duração do processo, a publicidade, a boa-fé e a efetividade. Dessa forma, tanto são protegidos direitos fundamentais previstos de forma explícita, como também as demais garantias construídas jurisprudencialmente, a partir de princípios implícitos.

2.3 Direito fundamental ao acesso à justiça

Partindo-se da concepção de direitos fundamentais como valores ligados ao ambiente cultural, fica fácil perceber que esses valores se expressam de forma distinta conforme as sociedades evoluem e se modificam. Após a virada linguística, tem-se que o sentido do objeto nasce de uma tentativa consensual, por meio da linguagem, em um contexto social determinado.¹¹ Diante disso, cumpre investigar qual sentido o ordenamento jurídico brasileiro impõe ao conceito de Acesso à Justiça no contexto do neoconstitucionalismo.

A partir do momento em que o Estado proíbe a autotutela, toma para si o monopólio da solução dos conflitos entre particulares e entre cidadão e o próprio Estado. Assim, o Estado passa a dever ao cidadão prestações, no sentido instrumental, que deem efetividade aos direitos, protegendo-os de ameaças ou lesões. Nesse sentido, o art. 5º, inciso XXXV, da CF, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

10 DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1, pág. 63.

11 OLIVEIRA, David Barbosa. A reviravolta linguística na teoria do Direito: a filosofia da linguagem na determinação teórica de Kelsen, Ross e Hart. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 9(1):33-41, janeiro-abril 2017.

Contudo, o direito de ação não é voltado exclusivamente para a atuação do Judiciário, pois este atua mediante meios postos à disposição pelo Legislador. Assim, cabe ao legislador ordinário oferecer instrumentos capazes de proporcionar o efetivo acesso à Justiça.

A doutrina clássica do processo civil, chiovendiana, do Estado-burguês, esforçou-se sobremaneira em dissociar o direito processual do direito material, buscando afirmar o processo como uma ciência autônoma, completamente desvinculada dos direitos que deveria resguardar.¹² Assim, acesso à justiça era tido como o direito de provocar o Estado-juiz.

Essa noção individualista da primeira geração dos Direitos Fundamentais não se preocupava com a igualdade material, ou seja, não era relevante o fato de que alguns indivíduos não possuem capacidade para entender os seus direitos ou lutar por eles. Nesse contexto, apenas quem possuía recursos para provocar o Estado-Juiz e suportar os custos de um processo poderia gozar do direito de acesso à justiça.¹³ O processualismo clássico era um direito de formas, abstrato e hipotético, completamente desvinculado da realidade e alheio à materialidade do Direito. Era excessivamente formal, burocrático e garantista. Embora tenha ajudado a consolidar o caráter publicista do ramo jurídico.

Com o advento da segunda geração dos direitos fundamentais e a posição de destaque dos direitos sociais, surge a preocupação em tornar o acesso à justiça mais democrático, atribuindo isonomia material aos litigantes, o que pode ser evidenciado na Constituição Federal ao instituir a gratuidade da justiça (art. 5º, inciso LXXIV) e a Defensoria Pública (Art. 134).

Após essa democratização, a EC nº 45/2004 vem demonstrar a preocupação com a efetividade da jurisdição e o tempo do processo. Assim, o conceito de acesso à justiça se alarga ao abarcar também a efetividade da tutela jurisdicional. O direito de ação desenvolve-se à medida que é exercido com o objetivo de obter-se uma tutela efetiva, através de um julgamento de mérito e de sua fase de cumprimento. Nesse sentido, o Novo Código de Processo Civil dispõe, em seu art. 4º, que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

12 MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 5ª ed, rev. e atual. – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, pag. 51.

13 CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

Portanto, podemos resumir que, atualmente, o conceito que se extrai do ordenamento jurídico brasileiro de Acesso à Justiça é a capacidade material que o cidadão possui de obter uma tutela jurisdicional do Estado, em tempo razoável.

No Novo Código de Processo Civil, a ação inicia-se com o protocolo de petição inicial (art. 312). Quando o código trata do pronunciamento jurisdicional definitivo, diz que o mérito não será resolvido, dentre outras coisas, quando “verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual” (art. 485, VI). Diante disso, extrai-se que o NCPC abandonou a antiga sistemática das condições da ação propostas por Liebman. Porquanto, a legitimidade e o interesse processual são condições de uma decisão de mérito e não da propositura da ação, em si. Porém, é necessário ressaltar que, entendendo-se a ação como o direito de provocar o juiz e obter uma tutela jurisdicional satisfativa, que é o conceito que se adota neste trabalho, o direito de ação só estará perfeitamente acabado com uma resolução de mérito. Portanto, o que o Novo Código repeliu foi a condição de existência da ação, ampliando ainda mais o acesso à justiça.

Boaventura de Souza Santos adverte para o aumento da litigiosidade que, em países semiperiféricos, deve-se ao desmantelamento do Estado social¹⁴. Desse modo, o cidadão não amparado pelo Executivo busca no Judiciário a efetivação dos seus direitos fundamentais violados, devendo ser atendido de forma satisfatória.

A temática do acesso à justiça é especialmente importante no contexto brasileiro, em que a Constituição prevê diversos direitos e garantias fundamentais, porém, a legislação infraconstitucional não oferece mecanismos suficientemente adequados para a efetivação desses direitos. Em verdade, é comum a tentativa de retroceder em matéria de direitos fundamentais.

2.4 O processo no Estado Constitucional

A evolução histórica do Direito Processual, segundo Ada Pellegrini, possui três fases metodológicas¹⁵. Inicialmente, por influência das culturas orais, não havia

14 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma Revolução Democrática da Justiça. São Paulo, Cortez, 2007, p. 17.

15 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pág. 47.

distinção científica entre direito processual e material, apenas algumas distorções práticas. À essa primeira fase, em que o direito de ação se confundia com o próprio direito material, dá-se o nome de sincretismo.

Na segunda fase, a preocupação era de firmar a autonomia científica do direito processual em face do direito material. Nesse período, surgem as teorias clássicas sobre o direito de ação, suas condições e pressupostos materiais. É o que se conhece por jurisdição clássica.

Ainda segundo a autora, a última fase seria a instrumentalista, em que o processo ganha contornos mais críticos e o destaque deixa de ser a ciência em si e seus contornos técnicos-dogmáticos. Aqui, o direito processual, já firmado como ciência autônoma, passa a preocupar-se dos resultados práticos do processo e do impacto que este vem a causa na vida do jurisdicionado.

Ante o exposto, percebe-se que o processo, na sua concepção clássica, tinha contornos privatistas. Isso não se devia só a preocupação em garantir a autonomia e cientificidade do ramo do Direito, mas refletia todo um contexto de valores do Estado Liberal de Direito. No Estado de Direito do liberalismo burguês, a Constituição é vista como forma de limitar o poder do Estado, ao separar e organizar os poderes, além de instituir direitos e garantias individuais. Essa concepção representa uma clara separação entre Estado e Sociedade. O reflexo disso, no Direito Processual, é o seu caráter garantista e absenteísta. O Estado devia evitar ao máximo interferir na esfera privada do indivíduo.

Com a decadência do princípio da legalidade e a ascensão dos direitos sociais de segunda geração, o Estado de Direito ganha contornos mais democráticos, ao passo que se aproxima mais da sociedade no seu dever de dar efetividade aos Direitos Fundamentais. Nesse cenário, surge a teoria material da constituição, fundada sobre “pressupostos axiológicos, ontológicos, tópicos e teleológicos”. A Constituição material deve refletir as expectativas normativas da sociedade, especialmente através dos Direitos Fundamentais¹⁶. Nesse período pós Segunda Guerra Mundial, quase a totalidade das constituições ocidentais incorporaram ao rol de Direitos Fundamentais os diversos direitos processuais. A partir disso, consolidou-se o caráter publicista do Direito Processual. No âmbito do Processo Civil, o procedimento não serve mais a fins egoísticos de proteção do réu, mas, sobretudo, tem o papel de dar efetividade a direitos materiais

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28. ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013

violados e promover uma participação isonômica e democrática¹⁷ entre as partes, com a instituição de direitos e deveres à ambos os litigantes.

Com isso, não se quer dizer que a jurisdição não deva garantir a ampla defesa, porquanto trata-se de um Direito Fundamental do réu, tanto quanto a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva é direito do autor. O que se pretende evidenciar é que, no passado, prevaleceu o privilégio das garantias do réu e, atualmente, o processo desenvolve-se, dialeticamente, através de um contraditório mais isonômico, buscando amenizar os danos ao demandante de uma situação que, no tempo, se estabilizou em favor do demandado. Some-se a isso a expansão da cidadania, o que cobra mais efetividade dos serviços públicos, além da necessidade das sociedades hipercomplexas e informatizadas de dar solução rápida aos conflitos. Em outras palavras: a jurisdição, através do processo, tem o dever de efetivar as tutelas previstas no ordenamento jurídico, em tempo razoável.

Didier chama esse período, ainda em construção, de constitucionalização do direito processual de quarta fase ou neoprocessualismo¹⁸. A denominação é didática e busca refletir o neoconstitucionalismo. No Brasil, esse movimento coincide com a redemocratização, pós Ditadura Militar, e tem como principais características o reconhecimento da força normativa da constituição e a incorporação de novos métodos hermenêuticos. Nesse sentido, cita-se Marinoni:

“(...) a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo. Sem ela seria impossível o Estado não apenas dar tutela aos direitos fundamentais e permitir a participação do povo na reivindicação dos direitos transindividuais e na correção dos desvios na gestão da coisa pública, mas sobretudo de garantir

¹⁷ Aqui, é possível perceber a clara influência do que Paulo Bonavides chama de direitos fundamentais de quarta geração. A quarta dimensão dos Direitos Fundamentais, para o constitucionalismo brasileiro, surge como reação a globalização da política neoliberal que implica em uma caminhada sem referência a valores. A crise do Estado-nação, o esvaziamento de seus poderes, e da sua capacidade de gerência na vida social implicam em uma falsa despolitização do mundo. Um dos pontos patentes desse processo é, em tese, a perpetuação da condição de subdesenvolvido aos vários países. Entretanto, para romper com esse paradigma de dominação e subdesenvolvimento, deve-se fazer uma nova globalização política. Ela deve ser calcada na democracia direta, no direito à informação e no pluralismo. O principal ponto da quarta geração é a interdependência entre informação e pluralismo para a democracia. Os dois primeiros direitos servem como base para uma democracia direta saudável. A dificuldade na sua efetivação decorre justamente do acesso a informações, bem como de aceitação da diversidade do pensar e agir. Uma das formas diretas de participação social na democracia é, justamente, através do processo judicial. Exemplo disso é a ação popular, cujo único requisito de legitimidade ativa é a cidadania. Através do processo, obtém-se a eficácia de direitos individuais, transindividuais coletivos e individuais homogêneos. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28. ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013.

¹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1, pág. 44

a razão de ser do ordenamento jurídico, dos direitos e das suas próprias formas de tutela ou proteção.”¹⁹

O objetivo é: dar efetividade aos Direitos Fundamentais. A Constituição não pode ser mera folha de papel, conforme criticado por Lassale ao se referir à Constituição de Weimar²⁰. Nesse contexto, todo o ordenamento jurídico deverá passar por uma filtragem constitucional, em que seus institutos devem ser interpretados à luz da Constituição²¹.

2.5 O compromisso ideológico com a efetividade dos direitos fundamentais

Luiz Fux, integrante da comissão de juristas responsável pelo anteprojeto do NCPC no Senado, afirma que o valor norteador dos trabalhos seria a busca pela efetividade da garantia constitucional da razoável duração do processo. O Ministro aponta como causas da demora da prestação jurisdicional o excesso de formalismos, a litigiosidade de massa hoje enfrentada pelo Poder Judiciário e a prodigalidade recursal²².

Ao tratar a litigiosidade de massa, antes de ser uma das causas da lentidão da Justiça, é uma conquista da parcela mais vulnerável da população na luta pela efetividade dos seus direitos fundamentais através do acesso à justiça.

O Brasil enfrenta uma crise institucional. Executivo e Legislativo marcados pela formalidade. A crise do Judiciário não é, necessariamente, dos seus atores, mas, sobretudo, estrutural. A ampliação do acesso à Justiça, seja através do fortalecimento das instituições independentes como Defensoria Pública e Ministério Público, ou pela Justiça Gratuita, causou um abarrotamento do Judiciário. Some-se a isso a ineficácia do Poder Público em dar efetividade aos direitos fundamentais do cidadão, o que os faz recorrer cada vez mais à Justiça. Trata-se de um problema comum em países em desenvolvimento,

¹⁹ 19 MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, 5ª ed, rev. e atual. – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, pag. 140.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28. ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. Revista da EMERJ, v.4, n.15, 2001.

²² FUX, Luiz. O Novo Processo Civil. Rev. TST, Brasília, vol. 80, no 4, out/dez 2014, p. 265.

como no caso do Brasil²³, em que a Constituição garante diversos direitos sociais, interesses difusos e coletivos, porém, estes mostram-se apenas promessas vazias, à medida que os Poderes não dão efetividade satisfatória.

Em busca de gozar dos seus direitos, os jurisdicionados buscam respostas no Judiciários e, em muitos casos, sofrem nova violação, porquanto a Justiça não é capaz de oferecer um serviço de qualidade, ou seja, célere e eficaz. Para Carlos Velloso, a lentidão da Justiça é o seu maior mal e responsável pelo seu descredito²⁴. O Judiciário é sempre o último recurso e, quando este também falha, é difícil manter a crença em um Estado Democrático de Direito.

No presente trabalho, importa destacar o que se considera como os problemas basilares a serem superados para se ter, no Brasil, uma Justiça mais democrática e eficaz: o formalismo excessivo e o “sistema irracional de recursos”²⁵. Reduzindo-se ainda mais o objeto do estudo, temos que a manutenção da tradicional sistemática do Recurso de Apelação é óbice à efetividade dos Direitos Fundamentais sob o falso pretexto de uma segurança jurídica que ultrapassa qualquer limite do razoável, elegendo a ampla defesa como o mais fundamental dos Direitos Fundamentais processuais. Esse privilégio exacerbado das garantias fundamentais do réu pode se justificar no âmbito do Processo Penal, porém, essa lógica aplicada ao Processo Civil é um serviço à manutenção de valores liberais e individualista que há muito já deveria ter sido superado.

No início do século XX, entra em crise esse conceito de programaticidade, com sua baixíssima normatividade, que fazia dissolver o próprio conceito de Constituição, ante os desafios econômicos e sociais do período. Tal aspecto foi denunciado por Lassale, ainda no século XIX, ao afirmar que a Constituição não passava de uma mera “folha de papel”, ressaltando a baixa normatividade da norma constitucional. Assim sendo, a partir da segunda metade do século XX, com a necessidade de refundação do Estado como Democrático de Direito, passando a Constituição a assumir definitivamente o papel central do ordenamento jurídico, a norma constitucional ganha em juridicidade. Destaca-se, neste momento, a reconstrução do caráter jurídico da norma constitucional, no trabalho de Konrad Hesse, que partindo da crítica de Lassale,

²³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma Revolução Democrática da Justiça. São Paulo, Cortez, 2007,

²⁴ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do Poder Judiciário: Como torna-los mais ágil e dinâmico. Revista de Informação Legislativa: Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998.

²⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do Poder Judiciário: Como torna-los mais ágil e dinâmico. Revista de Informação Legislativa: Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998.

desenvolve o conceito de “força normativa da Constituição”, ou seja, a força que a Constituição possui de modificar a realidade²⁶.

Não restam dúvidas de que do jurista, atualmente, exige-se uma postura crítica diante da lei, porquanto o neoconstitucionalismo determina que as normas infraconstitucionais estejam de acordo com os valores constitucionais e que promovam sua eficácia. Assim, sua conduta não pode se resumir a descrever a lei, mas compreendê-la à luz dos valores constitucionais.

Embora o §1º do art. 5º da Constituição Federal atribua eficácia imediata às normas de Direitos Fundamentais que, geralmente, se configuram na estrutura de princípios, na prática forense, as regras tornam a efetivação desses direitos possível.

Porém, a lei é fruto de uma atividade do Parlamento e, muitas vezes, não traduz as expectativas normativas da sociedade, mas valores egoísticos e imediatistas de determinados grupos de poder.

Quando o parlamento, na produção de uma regra, não soluciona o conflito entre princípios com base no princípio da proporcionalidade, mas por motivos diversos alheios à ordem Constitucional, o papel militante do jurista ganha contornos mais relevantes. No presente trabalho, busca-se ressaltar a voz de boa parte da doutrina brasileira contra o retrocesso perpetrado pelo Legislativo ao manter a antiga sistemática da Apelação no âmbito do Novo CPC.

26 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28. ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013.

3 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

3.1 Aspectos gerais

O processualismo clássico sempre tratou o tempo do processo como um ônus a ser suportado pelo autor, como se fosse um preço a ser pago para gozar de seus direitos. Essa percepção puramente técnica da jurisdição, distanciando-o do direito material, o desliga do meio social. Nesse contexto, o tempo não possui importância. Contudo, o tempo é necessário ao Estado-Juiz, para que este forme sua convicção. Assim, fator temporal não decorre do direito de ação, mas do contraditório, desse poder-dever democrático das partes de participarem de forma isonômica do processo. Por conta disso, o tempo deve ser distribuído entre os litigantes. Para tanto, é necessário que se estabeleça a seguinte proporção: o autor, com razão, é prejudicado pelo tempo, à medida que o réu, sem razão, é por ele beneficiado.²⁷

Da tentativa de promover um processo civil mais efetivo, isonômico e democrático, surge a preocupação com a demora na prestação jurisdicional, base do direito fundamental à razoável duração do processo que pode ser extraído da cláusula-geral do devido processo legal.

Ocorre que, atualmente, a preocupação se acentuou dada a crise generalizada que o Poder Judiciário vem enfrentando quando se trata de atender aos jurisdicionados. Motivo pelo qual, a EC nº 45/2004 consolidou o princípio da à razoável duração do

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 193.

processo como norma de Direito Fundamental, ao inserir o inciso LXXVIII ao art. 5º da CF.

Conforme visto, o tempo é indispensável à formação da convicção da Justiça, além de uma necessidade democrática, por respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Não se pode sacrificar direitos fundamentais em nome da celeridade, porquanto um processo célere não é direito fundamental²⁸. O que a Constituição garante é um processo que dure o tempo necessário, sem dilações indevidas.

Por processo, entende-se não só a fase de conhecimento, mas também a fase de cumprimento. O Novo CPC, em nome do sincretismo processual, buscou mostrar de forma pedagógica, que um processo que dura o tempo razoável também inclui a atividade satisfativa²⁹.

Portando, da mesma forma que o direito de ação, a atividade jurisdicional não se esgota com o reconhecimento do direito, mas também com a sua concretização. A prestação da tutela jurisdicional.

3.2 Evolução histórica do direito à duração razoável do processo

A primeira vez que se tem notícia da previsão do devido processo legal, refere-se à Idade Média, mais precisamente na Inglaterra. Durante o reinado de João Sem-Terra, a sua Magna Carta das Liberdades previa “a ninguém nos venderemos, recusaremos ou atrasaremos o direito ou a justiça”.³⁰ Dessa forma, percebe-se que desde a Idade Média a ideia de um processo justo está ligada ao tempo necessário na prestação da tutela jurisdicional.

Desde o Estado Moderno, o princípio da razoável duração do processo se encontra presente na maioria das Constituições ocidentais, além dos tratados internacionais. Na Constituição Espanhola, o art. 24 prevê um processo público sem dilações indevidas. A Constituição Portuguesa estabelece que todos têm direito a uma decisão proferida em tempo razoável, além de um processo equitativo. A Carta Canadense dos Direitos e Liberdades, de 1982, também prevê o julgamento em tempo razoável. Na

28 DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1, pág. 93.

29 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil, 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. único, pág. 142.

30 Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf, acessado em 20 de outubro de 2017.

doutrina Alemã, existe o princípio da aceleração, que motivou diversas reformas no ZPO (Código de Processo Civil), especialmente no que diz respeito ao sistema de recursos.³¹

No âmbito do Direito Internacional, a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em seu art. 6º preceitua “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, em um prazo razoável, (...)”.³²

No Brasil, a positivação do princípio em apreço se deu, durante a reforma do Judiciário, através da EC nº 45/2004. A referida emenda buscou consolidar os ideais de um processo célere e efetivo ao introduzir, no art. 5º da CF, o inciso LXXVIII que elege a razoável duração do processo à norma de direito fundamental positivada através da constituição e, portanto, tem aplicação imediata, nos termos do art. 5º, §1º, da CF, o que impõe ao Judiciário dar a máxima efetividade possível no caso concreto.

Antes disso, o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, já havia introduzido o princípio da razoável duração do processo no ordenamento jurídico brasileiro, através do seu art. 8º, §1º:

“Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”³³

O novo CPC, em seu art. 139, inciso II, diz que incube ao magistrado “velar pela duração razoável do processo”. Porém, o princípio em apreço, como norma constitucional, deveria vincular também a Administração Pública e o Legislador ordinário. Ocorre que, o novo CPC não rompe com ideologia do CPC/73, de ver o processo como mero garantidor de formas, o que potencializa a injustiça social, à medida que, nas lições de Cappelletti³⁴ “a duração excessiva é fonte de injustiça social, porque o

31 KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino A Razoável Duração do Processo. 2ª ed, Juspodivm, Salvador: 2013, pag. 40.

32 Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf, acessado em 20 de outubro de 2017.

33 <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>, acessado em 20/10/2017.

34 Apud, MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, Revista dos Tribunais, 5.ed., São Paulo, 2011, p. 193.

grau de resistência do pobre é menor que o grau de resistência do rico; esse último, e não o primeiro, pode normalmente esperar sem grave dano uma justiça lenta.”.

3.3 Critérios de análise da demora do processo

Conforme visto no capítulo anterior, direitos fundamentais previstos em normas de princípios, são mandados de otimização. Por conta disso, possuem um suporte fático amplo e abstrato. Desse modo, é impossível delimitar, a priori, um conceito do que seria um processo de duração razoável.

Ocorre que, critérios objetivos são necessários à orientação do interprete, especialmente nos casos em que a parte que suportou um processo, cuja duração fora desarrazoada, busque indenização junto ao Estado. Quanto à possibilidade de dano ao direito fundamental à razoável duração do processo, cumpre citar Luiz Guilherme Marinoni:

“A dimensão do tempo é também inocultável quando se tomam em consideração os direitos não patrimoniais, como os direitos de personalidade e o direito ao meio ambiente. Esses direitos, como é pouco mais do que evidente, não podem se dar ao luxo de esperar o “tempo normal da justiça”, pena de serem transformados em direitos à indenização. O tempo do processo inutiliza-os, dando a impressão de que todos, ao contrário do que está proclamado na lei, podem violá-los caso se disponham a pagar por eles, prestando indenização”.³⁵

Além disso, em consequência da escolha, nesse trabalho, por adotar a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, também não é possível, a priori, limitar o suporte fático, como forma de delimitar o conteúdo essencial desse direito fundamental, porquanto é relativo e dependerá de colisões com outros Direitos Fundamentais. Da mesma forma Virgílio Afonso da Silva também conceitua conteúdo essencial. A divergência surge na imposição de limites às restrições de direitos fundamentais. Assim, para o doutrinador alemão, esses direitos só podem ser restringidos à medida que não afetem o mais fundamental de todos os princípios, que é a dignidade da pessoa humana. Já o constitucionalista brasileiro, esclarece que toda restrição deverá passar pelo crivo da razoabilidade. Em termos práticos, o resultado será o mesmo, posto que em ambos os casos se fará uso da proporcionalidade.

35 MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, Revista dos Tribunais, 5.ed., São Paulo, 2011, p. 194.

Feitas essas considerações de cunho teórico, importa esclarecer que: embora não seja possível delimitar o conteúdo a priori, pode-se e deve-se, no caso concreto, utilizar critérios para enriquecer a argumentação, sob o crivo da razoabilidade, para conferir maior segurança jurídica à aplicação da norma. Ressalta-se que os critérios aqui expostos só possuem aplicação no caso concreto, de modo que, não se trata de uma limitação *a priori*, o que confrontaria a Teoria adotada.

Dada a impossibilidade de limitação prévia, rejeitam-se critérios puramente matemáticos, de soma dos prazos processuais.³⁶ Além disso, fundamentar-se no tempo médio para casos semelhantes também não serve de parâmetro, pois apenas contribuiu para perpetuar deficiências sistêmicas da Justiça³⁷.

Finalmente, da análise do caso concreto, o interprete pode avaliar se o processo decorreu o tempo necessário, sem dilações indevidas, amparado na razoabilidade e orientando-se pelos critérios propostos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, quais sejam: a complexidade do litígio, a conduta da parte lesada, a conduta das autoridades envolvidas no processo e o interesse em jogo para o demandante da indenização.³⁸

A complexidade do litígio é o primeiro critério a ser avaliado, isso porque um processo intrincado, que envolva um grande número de partes ou que exija uma instrução probatória robusta, naturalmente, levam um tempo maior que casos até similares, porém menos complexos.

Quanto à conduta pessoa da parte lesada, trata-se de uma decorrência lógica da vedação ao comportamento contraditório, do qual o ator não pode jamais se beneficiar. Assim, cumpre avaliar se as dilações indevidas não foram perpetradas pelo autor, bem como, se este cumpriu de forma tempestiva com os seus deveres processuais. Aqui, vale ressaltar, apenas a conduta do lesado é o que efetivamente importa.

36 No Brasil, o critério de soma dos prazos para os atos processuais é defendido por autores como Fernando da Fonseca Gajardoni (Técnicas de aceleração do processo, São Paulo: 2003) e Alessandra Mendes Spalding (Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do LIXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC nº 45/2004. São Paulo, RT: 2005).

³⁷ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino A Razoável Duração do Processo. 2ª ed, Juspodivm, Salvador: 2013, pag. 50.

³⁸ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino A Razoável Duração do Processo. 2ª ed, Juspodivm, Salvador: 2013, pag 91.

A conduta das autoridades envolvidas no processo é um critério de extrema relevância. Nesse ponto, não importa apenas a conduta do magistrado ou demais serventuários da Justiça, mas também do Legislativo, caso não tenha oferecido instrumentos capazes de impedir a violação ao direito fundamental à razoável duração do processo. Há ainda a parcela de responsabilidade do Poder Executivo, por ser o responsável na distribuição de recursos públicos.³⁹

Ainda com relação ao terceiro critério, inclui-se aqui a omissão do Poder Judiciário diante da conduta abusiva do réu que promove dilações indevidas. Como visto, o tempo é necessário à formação da convicção da Justiça, além de uma necessidade democrática, por respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Infelizmente, o tempo ainda é um encargo suportado quase exclusivamente pelo autor em benefício do réu.

Sendo assim, é dever do Judiciário velar para que o réu não abuse do seu direito de defesa ao praticar atos que protelem o efeito e perpetuem a situação de injustiça que se estabilizou em seu favor. Caso a litigância de má-fé não seja evitada pelo Estado-Juiz, estar-se-á esvaziando o direito fundamental do autor de acesso à justiça e de obter sua tutela jurisdicional em tempo razoável. Não se trata aqui de mera faculdade do Estado-juiz, mas de um poder-dever, conforme se depreende do art. 139, incisos II e III do CPC, “velar pela duração razoável do processo;” e “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias”.

39 KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino A Razoável Duração do Processo. 2ª ed, Juspodivm, Salvador: 2013, pag.107.

4 A AMPLA DEFESA

O direito de defesa é um contraponto ao direito de ação. Tratam-se de Direitos Fundamentais em constante conflito. Como visto anteriormente, o direito de ação não se esgota com a propositura da demanda. Da mesma forma, a ampla defesa não se esgota com a apresentação da contestação. É necessário que o réu possa utilizar tantos meios quanto forem idôneos e necessários para que sua esfera privada não seja restringida, em benefício do autor, de forma indevida⁴⁰. Além disso, o promovido tem, assegurado pela ampla defesa, o direito de buscar influenciar o convencimento do juiz.

Embora parte da doutrina brasileira insista em tratar ampla defesa e contraditório como sinônimos⁴¹, cumpre traçar as diferenças entre os dois direitos. Inicialmente, temos o contraditório como um direito tanto do autor quanto do réu. Deriva de uma necessidade da dialética, como forma de propiciar que o Juiz forme o seu convencimento. Do outro lado, o fim precípua da ampla defesa é resguardar o réu contra restrições indevidas aos seus direitos. Enquanto o contraditório é uma garantia do diálogo e da contraposição de pretensões, que serve tanto ao magistrado quanto a ambas as partes, a ampla defesa é uma garantia de inviolabilidade dos direitos da parte requerida e representa uma conquista democrática contra o Estado Inquisitório.

⁴⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil, 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. único, pág. 114.

⁴¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1, pág. 64.

Contudo, vale ressaltar que todos os direitos fundamentais albergados pela norma geral do devido processual legal, em algum momento, poderão encontrar um ponto de intercessão. A exemplo disso, temos coincidências inclusive quando se trata de acesso à justiça e à ampla defesa, embora pareçam direitos tão antagônicos. Considerando a existência do direito a uma tutela efetiva, inerente ao acesso à justiça e ao direito de ação, sua idoneidade é requisito indispensável na obtenção da tutela devida, para tanto, as garantias da ampla defesa deverão ser respeitadas para que a prestação seja, de fato, efetiva. Essa fluidez característica não deriva apenas da garantia do devido processo legal, mas sobretudo da natureza de princípio das normas de direito fundamental.

4.1 A natureza jurídica do duplo grau de jurisdição

O Duplo grau de jurisdição consiste no direito de obter a reapreciação, por instância superior, de uma decisão proferida em primeira instância. Em outras palavras, trata-se de garantia que permite a revisão de toda decisão judicial, de modo que, toda irresignação pode destituir de eficácia um pronunciamento jurisdicional, ainda que temporariamente. No ordenamento jurídico brasileiro, o duplo grau de jurisdição é exercido, principalmente, através do recurso de Apelação.

Dentre as controvérsias acerca dos princípios processuais constitucionais, a maior delas é a indagação acerca da natureza do duplo grau de jurisdição, se este é ou não um direito fundamental, porquanto a Constituição Federal não o traz explicitamente em seu texto. Porém, para boa parte da doutrina brasileira, o duplo grau de jurisdição é direito fundamental, decorrente dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa⁴².

Conforme visto no primeiro capítulo da presente monografia, os direitos fundamentais variam ao longo da história. Trata-se de categoria que vem sendo ampliada com o reconhecimento de novos direitos, ao passo que os valores sociais se modificam e se desenvolvem. Assim, à medida que as expectativas normativas se transformam e o legislativo não as acompanha, inevitavelmente, há um esforço doutrinário e jurisprudencial em reconhecer e positivar o que convencionou-se chamar de princípios implícitos, com fundamento no §2º do art. 5º da Constituição Federal de onde se pode extrair a materialidade dos direitos fundamentais e sua enumeração aberta.

42 BUENO, Cassio Scarpinella Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, vol. 1, 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014, pág. 107.

Portanto, não só os direitos fundamentais constitucionalmente explícitos e formais, podem sofrer alterações conforme as mudanças sociais, como também podem ser reconhecidos direitos fundamentais materiais e implícitos, porém, extraídos das normas constitucionais ou de tratados internacionais sobre direitos humanos do qual o Brasil seja signatário, porquanto são dotados de status supralegal, ainda que não tenham sido aprovados pelo quórum especial do §3º do art. 5º da Carta Maior.

Diante da abertura da norma que estabelece o catálogo aberto de direitos fundamentais, surge a problemática de se estabelecer critérios técnicos na identificação desses direitos implícitos. Com base na literalidade da norma, extrai-se dois critérios fundamentais: 1. Devem decorrer do regime e dos princípios que regem a República Federativa do Brasil; 2. Ou serem objeto dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

O primeiro critério exposto é excessivamente vago e aberto, não oferecendo um modelo consistente. Diante dessa problemática, Ingo Wolfgang Sarlet⁴³ propõe que essa identificação dos direitos fundamentais implícitos seja feita pelo Poder Judiciário, diante do caso concreto, com fundamento nos artigos 1º ao 4º⁴⁴, além dos direitos fundamentais previstos explicitamente no texto constitucional.

Partindo-se dos critérios estabelecidos, cumpre analisar se: 1. O duplo grau de jurisdição é direito fundamental previsto em algum tratado internacional do qual o Brasil seja signatário. 2. Se a norma pode ser extraída dos demais valores explícitos previstos em normas constitucionais de direitos e princípios fundamentais. 3. Se o duplo grau de jurisdição foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal como garantia fundamental.

Inicialmente, temos a previsão do duplo grau de jurisdição no art. 8º, n. 2, letra h, do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Interamericana dos Direitos Humanos de 1969) promulgado pelo Decreto n. 678/1992, com status de norma constitucional, porquanto seguiu as exigências de quórum especial do § 3º do art. 5º da

43 SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: Problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 33 n. 131 jul./set. 1996.

44 Nas lições de José Afonso da Silva, são os princípios político-constitucionais, que “Manifestam-se como princípios constitucionais fundamentais, positivados em normas-princípio que “traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição”, segundo Gomes Canotilho, ou, de outro quadrante, são decisões políticas fundamentais sobre a particular forma de existência política da nação, na concepção de Carl Schmitt.” SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, ed. Malheiros, 37ª ed, São Paulo: 2014, pág. 96.

Constituição Federal. O dispositivo estabelece que “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.”⁴⁵. É garantia constitucional do réu em ação penal, portanto, o Brasil não é signatário de tratado internacional que garanta à parte, em procedimento civil, o direito de recorrer à segunda instância.

Afastado o primeiro critério, cumpre avaliar o segundo. Aqui, conforme já exposto anteriormente, parte da doutrina vê o duplo grau de jurisdição como uma garantia decorrente da cláusula geral do devido processo legal e do exercício da ampla defesa. Além disso, há quem defenda que a previsão constitucional de Tribunais com função revisora, aliada ao “sentimento generalizado no processo civil de que “toda” decisão é recorrível” seriam evidências suficientes da existência dessa suposta garantia fundamental⁴⁶.

A simples existência de uma instância superior não garante o duplo grau de jurisdição como direito fundamental, porquanto se trata apenas de uma exigência da ampla defesa. Em relação às normas de processo civil, conforme vimos, não servem de parâmetro para identificar direitos fundamentais implícitos, pois estes devem derivar das normas constitucionais já apontada.

Em posição oposta à de Scarpinella, Arenhart e Marinoni⁴⁷ afirmam que o duplo grau de jurisdição não está de fora do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal à toa. O próprio dispositivo estabelece que “aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Da leitura do dispositivo mencionado, extrai-se que os recursos não necessários ao exercício da ampla defesa poderão ser suprimidos, motivo pelo qual não se pode depreender da norma em apreço que o duplo grau de jurisdição é garantia fundamental e, conseqüentemente, que toda sentença comporta recurso de apelação. Ademais disso, há que se considerar a

45 Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>, acessado em 13 de novembro de 2017.

46 BUENO, Cassio Scarpinella Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, vol. 1, 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

47 ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol. 2, 7ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2008, pág. 502.

competência originária do Supremo Tribunal Federal⁴⁸ e do Superior Tribunal de Justiça⁴⁹ que não comportam revisão recursal.

Por último, Gilmar Ferreira Mendes leciona que, no modelo constitucional brasileiro, “não se reconhece direito a uma contestação continuada e permanente, sob pena de se colocar em xeque um valor da própria ordem constitucional, o da segurança jurídica, que conta com especial proteção (coisa julgada). Assim, o Supremo Tribunal Federal tem acentuado a não configuração de um direito ao duplo grau de jurisdição, a não ser naqueles casos em que a Constituição expressamente assegura ou garante esse direito”⁵⁰. Desse modo, a medida que a constituição brasileira não garante o direito de apelar, o duplo grau de jurisdição não pode ser considerado garantia fundamental. Nesse ponto, retomamos os ensinamentos de Arenhart e Marinoni, porquanto, o que a Carta Maior garante são apenas os recursos inerentes à ampla defesa, motivo pelo qual não há que se falar em direito de apelar de toda e qualquer sentença.

Evidente que a natureza jurídica do duplo grau de jurisdição não é assunto pacífico na doutrina brasileira, bem como, não se encontra resolvido através do Supremo Tribunal Federal. Embora este trabalho filie-se à noção de que o duplo grau de jurisdição não é direito fundamental implícito, é imperioso destacar que as consequências práticas, para o presente trabalho, de ambas as posições são as mesmas, porquanto, se consideramos o duplo grau de jurisdição um Direito Fundamental, pela adoção da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, não podemos fugir da constatação de que este não seria absoluto e, portanto, quando em conflito com direito fundamental diverso, pode sofrer restrições.

A restrição ao duplo grau como forma de garantir eficácia à prestação jurisdicional não é matéria estranha ao direito nacional, exemplo disso é o recurso das sentenças trabalhistas, que são recebidos, em regra, apenas no efeito devolutivo.⁵¹ Outro

48 Art. 102. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acessado em: 13 de novembro de 2017.

49 Art. 105. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acessado em: 13 de novembro de 2017.

50 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional - 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

51 Art. 899, CLT “Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora”

exemplo é o art. 34 da Lei de Execução Fiscal, que estabelece um valor mínimo de alçada.⁵²

Portanto, a possibilidade de restrição do duplo grau de jurisdição – independentemente deste ser considerado um Direito Fundamental ou não – decorre da concepção de que nem os Direitos Fundamentais são valores absolutos, sejam eles constitucionalmente explícitos ou implícitos, pois são mandamentos de otimização, ao contrário das regras, que são aplicadas inteiramente ou não⁵³.

4.2 A apelação

A Apelação é recurso por excelência, pois sendo de fundamentação livre, pode ser usada para impugnar qualquer matéria discutida durante o processo, seja vício de forma (*error in procedendo*), seja vício de julgamento (*error in iudicando*). Além das sentenças, a apelação também é cabível contra decisões interlocutórias não impugnáveis por agravo de instrumento, tendo em vista que o Novo Código de Processo Civil extinguiu a figura do agravo retido e limitou as possibilidades de interposição do agravo de instrumento através de um rol enumerativo previsto no art. 1.015⁵⁴, além de em outros casos previstos em lei.

É recurso contra sentença terminativa e definitiva, ou seja, resolvendo-se o mérito ou não, a apelação será cabível. Também é irrelevante a espécie do procedimento, porquanto, havendo sentença, será possível impugná-la por meio da apelação, salvo raras

52 Art. 34, Lei 6.830/80: Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.

53ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015

54 “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.ht, acessado em: 13 de novembro de 2017.

exceções legais⁵⁵, como o recurso inominado em sede de Juizado Especial, a sentença que decreta a falência, o recurso ordinário na Justiça Trabalhista e o valor mínimo de alçada nas execuções fiscais, conforme já exposto neste trabalho.

A impugnação deverá ser interposta perante o primeiro grau de jurisdição, que não poderá mais exercer o juízo de admissibilidade⁵⁶. Trata-se de inovação que busca desafogar os Tribunais de Agravos de Instrumento, que só serviam para destrancar recursos, e proporcionar maior celeridade ao feito.

A apelação possui efeito devolutivo amplo, por força do art. 1.013 do CPC: "A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada". Assim, o apelante poderá transferir para reexame ao órgão *ad quem* todas as questões suscitadas pelas partes no processo. Conforme já exposto, por se tratar de recurso de fundamentação livre, "é possível formular qualquer espécie de crítica à sentença". Nesse sentido, os limites do efeito devolutivo serão delimitados pelo apelante, porquanto, só poderá ser apreciado pelo Tribunal, as questões impugnadas. Quanto ao resto, operar-se-á o trânsito em julgado.⁵⁷ Ainda, excepcionalmente, é possível arguir matéria não apreciada no juízo a quo (art. 1.014).

Por fim, no que diz respeito ao efeito suspensivo, este é regra nos recursos de apelação, de modo que a sistemática adotada pelo Novo CPC é semelhante à do CPC/73, qual seja, efeito suspensivo *ope legis*. Trata-se do principal ponto do presente trabalho, porquanto, pretende-se demonstrar que o Novo CPC, diante dos princípios processuais constitucionais, deveria ter adotado o efeito suspensivo *ope iudice* como regra, em uma nova sistemática processual.

4.2.1 A apelação no Anteprojeto do Senado

O reconhecimento da ineficiência do sistema processual civil brasileiro no seu papel de dar efetividade aos direitos ameaçados ou violados, fez surgir a necessidade de um Novo Código de Processo Civil que atendesse melhor aos jurisdicionados, à

55 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil, vol. único, 8ª ed., Salvador: ed. Juspodivm, 2016. Pág. 1.541.

56 Art. 1.010, §3º do Código de Processo Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015; acessado em: 13 de novembro de 2017.

57 DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 3, pág. 177.

medida que seja compatível as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito⁵⁸.

A tramitação do Projeto do Novo CPC iniciou-se no Senado Federal através do PL nº 166/2010 e, após, seguiu para a casa revisora, a Câmara dos Deputados, onde se tornou PL nº 8046/2010. Após retorno à casa iniciador e passar pela apreciação do Poder Executivo, resultou na Lei nº 13.105/2015⁵⁹.

O CPC/73 previa como regra geral a suspensão das decisões quando desafiadas por recurso, excluindo dessa sistemática, através do art. 497, apenas o Recurso Especial e Extraordinário. Desse modo, a regra era de que as decisões judiciais de primeiro grau só teriam eficácia, caso impugnadas, após revisão pelo órgão ad quem.

Com vistas a dar maior efetividade ao acesso à justiça e ao direito fundamental da razoável duração do processo, o anteprojeto do Senado dispunha que:

“Art. 908. Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão

§1º A eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se demonstrado probabilidade de provimento do recurso

§2º O pedido de efeitos suspensivo durante o processamento do recurso em primeiro grau será dirigido ao tribunal, em petição autônoma, que terá prioridade na distribuição e tornará prevento o relator.

Art. 928. Atribuído efeito suspensivo à apelação, o juiz não poderá inovar no processo; recebida sem efeito suspensivo, o apelado poderá promover, desde logo, a execução provisória da sentença”

Observa-se que, o Anteprojeto buscou romper com a antiga sistemática recursal, tornando a eficácia do pronunciamento jurisdicional de primeiro grau regra. No caso do recurso de Apelação, a suspensão dos efeitos da sentença poderia ser atribuída *ope iudice*, pelo relator, após requerimento do apelante, caso houvesse possibilidade de provimento do apelo. Tratava-se de dispositivo que sopesava, de forma proporcional, a necessidade de um processo eficaz, porém, sem suprimir o exercício da ampla defesa.

Ocorre que, o próprio substitutivo enviado à Câmara (PL nº 8.046/2010), tornou a mudança, praticamente, inócua ao adicionar o §3º que estabelecia “Quando se

58 Código de Processo Civil: anteprojeto - Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.

59 PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Sobre a Permanência do Efeito Suspensivo Ope Legis da Apelação: Uma Oportunidade Perdida. <no prelo>

tratar de pedido de efeito suspensivo a recurso de apelação, o protocolo da petição a que se refere o § 2º impede a eficácia da sentença até que seja apreciado pelo relator”⁶⁰. Ou seja, bastaria que o apelante protocolasse pedido de efeito suspensivo, para que o autor continuasse privado do seu direito material reconhecido por cognição exauriente.

A promessa do efeito suspensivo *ope iudicis* da apelação foi eliminada de vez com a EMC 391/2001⁶¹, que objetivava manter a sistemática do CPC/73 ao estabelecer, como regra, o efeito suspensivo do recurso de apelação.

Desse modo, o Novo CPC foi promulgado com a introdução do art. 1.012, com seguinte redação:

Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

I - homologa divisão ou demarcação de terras;

II - condena a pagar alimentos;

III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;

IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

VI - decreta a interdição.

§ 2º Nos casos do § 1º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença.

§ 3º O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao:

I - tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame preventivo para julgá-la;

II - relator, se já distribuída a apelação.

§ 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Ou seja, o dispositivo em comento é muito semelhante ao art. 520 e o parágrafo único do art. 558 do CPC de 1973, representando um enorme retrocesso do Novo CPC, pois não foi capaz de superar a regra de que a apelação suspende a sentença

60 PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Sobre a Permanência do Efeito Suspensivo Ope Legis da Apelação: Uma Oportunidade Perdida. <no prelo>

61 PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Sobre a Permanência do Efeito Suspensivo Ope Legis da Apelação: Uma Oportunidade Perdida. <no prelo>

e impede a sua eficácia. Além disso, o § 1º do art. 1.012, da mesma forma que o art. 520 do CPC de 1973, elenca as hipóteses em que a apelação não tem efeito suspensivo, permitindo ao apelado requerer seu cumprimento provisório (§ 2º), ressalvada ainda a hipótese de atribuição *ope judicis* de efeito suspensivo ao apelo (§ 4º). Entre o novo e o antigo Código, a única inovação “considerável” acerca do efeito suspensivo da apelação é que: a sentença que decreta interdição não terá, como regra, efeito suspensivo. Nesse sentido, Lara Pereira afirma que se perdeu a oportunidade ideal de dar maior eficácia à jurisdição de primeiro grau⁶².

Por todo o exposto, retrocesso não pode ser concebido apenas como mudança, mas também como manutenção de uma sistemática falida e que não traduz os anseios sociais. Nesse ponto, cumpre enfatizar a ausência de mudanças significativas entre o CPC/73 e o CPC/15, no que tange ao recurso de apelação, por ser esse um entrave à duração razoável do processo e, em muitos casos, ao acesso à justiça, porquanto “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”⁶³.

4.2.2 A apelação no direito comparado

A Emenda Constitucional nº 45/2004 buscou consolidar os ideais de um processo célere, efetivo e isonômico. Porém, a promulgação do Novo Código de Processo Civil não trouxe nenhuma mudança significativa no principal recurso cível brasileiro, a apelação.

Cumpre destacar, ainda, que a manutenção do efeito suspensivo *ope legis* no recurso de apelação, no Brasil, vai na contramão da tendência internacional de resgatar o prestígio e a efetividade das decisões de primeiro grau. Em muitos países, o efeito

⁶² PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Sobre a Permanência do Efeito Suspensivo *Ope Legis* da Apelação: Uma Oportunidade Perdida. <no prelo>

⁶³ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, 5ª ed., Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1999, p. 40.

supramencionado, não é regra, mas exceção, o que pode ser observado no ordenamento jurídico Alemão⁶⁴, Italiano⁶⁵ e Português⁶⁶.

Em outros países onde também vigora o civil law, as restrições ao duplo grau de jurisdição são fruto de intensas reformas legislativa, após amplo debate doutrinário e diversas reclamações à Corte Europeia de Direitos Humanos por violação do art. 6^a, parágrafo 1^o da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁶⁷.

Conforme visto no capítulo anterior, o princípio da razoável duração do processo se encontra presente na maioria das Constituições ocidentais, além dos tratados internacionais. Na Constituição Espanhola, o art. 24 prevê um processo público sem dilações indevidas. A Constituição Portuguesa estabelece que todos têm direito a uma decisão proferida em tempo razoável, além de um processo equitativo. A Carta Canadense dos Direitos e Liberdades, de 1982, também prevê o julgamento em tempo razoável. Na doutrina Alemã, existe o princípio da aceleração, cujo fundamentou diversas reformas no ZPO (Código de Processo Civil), especialmente no que diz respeito ao sistema de recursos.⁶⁸

A Constituição Italiana prevê o direito à razoável duração do processo, em seu art. 111, que dispõe:

“Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.”⁶⁹

64 O art. 511 estabelece um valor de alçada de 600 euros. A ZPO pode ser consultada na internet. Disponível em: < <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>>. Acesso em: 12 set. 2017.

65 O art. 282 diz que a sentença de primeiro grau pode ser executada provisoriamente pelo vencedor. O Codice di Procedura Civile pode ser consultado na internet. Disponível em: <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>. Acesso em: 12 set. 2017.

66 O art. 647 trata dos efeitos da apelação. O Código de Processo Civil Português pode ser consultado na internet. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 12 set. 2017.

67 “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, (...)”

68 KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino A Razoável Duração do Processo. 2^a ed, Juspodivm, Salvador: 2013, pag. 40.

69 A Constituição Italiana está disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>.

No âmbito do Direito Internacional, a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em seu art. 6º preceitua “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, em um prazo razoável, (...)”.

Ao contrário das demais culturas jurídicas aqui tratadas, o Brasil incorporou o princípio fundamental da duração razoável do processo como Direito Fundamental, porém, não realizou, por meio das normas infraconstitucionais, reformas necessárias a dar efetividade ao princípio supramencionado.

Fato que, normas de direito fundamental que se apresentam na estrutura de princípios servem para dar unidade ao ordenamento jurídico e orientar o legislador ordinário. Além disso, inobstante a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, na prática, a efetividade desses preceitos depende das regras. A temática será melhor desenvolvida no próximo capítulo da presente monografia, porém, o que importa no momento é ressaltar que de nada adianta prever um direito fundamental e não dotar o ordenamento jurídico de instrumentos que garantam sua eficácia. A situação piora quando, ao contrário disso, criam-se regras que frustram o gozo desses direitos, tornando-os promessas vazias.

No Brasil, semelhantemente ao que ocorreu na Itália⁷⁰, houve uma intensa desvalorização do Juízo de primeiro grau, à medida que este “se torna uma antessala – aliás, uma cara, penosa e inútil antessala – à espera da única e verdadeira decisão, que então é, sem dúvida, a do tribunal”⁷¹.

Porém, ao contrário do que ocorre no Brasil, o ordenamento jurídico italiano sofreu diversas reformas, especialmente na legislação processual, de forma a garantir maior celeridade e efetividade das decisões de primeiro grau, diminuindo a sensação de ineficácia generalizada do Judiciário.

70 KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino A Razoável Duração do Processo. 2ª ed, Juspodivm, Salvador: 2013, pag. 219.

71 MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, ed. Revista dos Tribunais, 5.ed., São Paulo, 2011, p. 231.

Na cultura processual italiana, a ideia de “valorizzazione” do primeiro grau de jurisdição, implicou em uma “svalutazione” do recurso de Apelação. Para além do direito a um processo que dure o tempo razoável, trata-se de um resgate do princípio da oralidade, inspirado nos processos trabalhistas, pois o juiz de primeiro grau é quem verdadeiramente tem contato com as partes, os fatos e os elementos processuais⁷², enquanto o Tribunal está restrito à frieza documental.

A apelação, no processo civil italiano, não possui efeito suspensivo automático, ou seja, *ope legis*, por força do art. 337 do Codice di procedura civile, que dispõe “L'esecuzione della sentenza non e' sospesa per effetto dell'impugnazione di essa, salve le disposizioni degli articoli 283, 373, 401 e 407. (...)”⁷³

Semelhante disposição foi incorporada no Novo CPC, através do art. 995, que atribui, como regra, efeito suspensivo *ope iudice* aos recursos, salvo previsão legal. Ocorre que, enquanto no Código italiano a apelação não traz previsão de efeito suspensivo automático, o CPC estabelece que, em regra, o simples protocolo da apelação impede a eficácia da sentença impugnada.

Por fim, o efeito suspensivo como regra da apelação, além de um pequeno rol de hipóteses em que o recurso será recebido apenas no efeito devolutivo, deixa clara a escolha do legislador em prestigiar a ampla defesa de uma forma que, praticamente, inviabiliza o exercício do direito fundamental à razoável duração do processo, além de fomenta a sanha recursal, indo na contramão da tendência internacional de prestigiar a eficácia das decisões judiciais de primeiro grau.

72 VACCARELLA, Romano. CAPPONI, Bruno. CECCELLA, Claudio. Il Processo Civile Dopo Le Riforme. G. Giappichelli editore, Torino: 1992, pág. 268.

73 <http://www.altalex.com/documents/news/2014/11/17/delle-impugnazioni>, acessado em 14 de novembro de 2017.

5 DO CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A AMPLA DEFESA

A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy conceitua princípios como mandados de otimização, espécies normativas ilimitadas em caráter *prima facie* que devem ser realizadas nas maiores medidas fática e juridicamente possíveis⁷⁴. Com base na teoria do jurista alemão, Virgílio Afonso da Silva⁷⁵, por sua vez, sustenta que, em geral, os direitos fundamentais são normas da categoria dos princípios. Assim, na teoria adotada como referencial teórico deste trabalho, elaborada por Alexy e expandida por Virgílio Afonso da Silva, norma de direito fundamental possui suporte fático amplo. Isso significa reconhecer a inevitabilidade da ocorrência de colisão entre direitos fundamentais, as quais serão solucionadas mediante a regra da proporcionalidade, levando, quando possível, ao estabelecimento de concessões recíprocas entre os princípios em jogo, à medida que cada princípio traz em si valores que podem ser superados, em alguma medida, por valores opostos.

74 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pág. 90.

75 SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

A forma como se dará o processo de solução dessas colisões depende também da teoria a ser adotada em relação ao conceito de conteúdo essencial (núcleo) de direitos fundamentais, entendido como limites à possibilidade de restrições aos princípios. A melhor explanação desses pontos, suporte fático dos direitos fundamentais e seu conteúdo essencial, levada a cabo nos tópicos seguintes, é imprescindível para que se chegue a uma conclusão satisfatória do presente trabalho, quando da avaliação do conflito entre os direitos fundamentais à razoável duração do processo e ampla defesa no recurso de apelação.

5.1 O suporte fático dos direitos fundamentais

O suporte fático dos direitos fundamentais diz respeito ao âmbito de proteção dessas espécies normativas. Um direito fundamental ter suporte fático amplo implica dizer que qualquer conduta que possa, em tese, restringi-lo, merece ser considerada como protegida pelo respectivo Direito Fundamental. Isso quer dizer, por exemplo, que o direito à ampla defesa protege o direito de apelar ou de interpor recurso em qualquer decisão desfavorável. Ocorre que essa proteção, na tese do suporte fático amplo, tem um caráter meramente “prima facie”. Isso quer dizer que a ampla defesa, um dos objetos do presente trabalho, só protegerá qualquer tipo de ação no sentido de que a restrição a qualquer conduta que se insira adequadamente no seu âmbito temático deverá ser justificada através da efetivação proporcional de outro Direito Fundamental, no caso em estudo, a razoável duração do processo.

Portanto, na teoria ampla, dizer que o direito à ampla defesa protege “prima facie” o duplo grau de jurisdição, não implica dizer definitivamente que a apelação em seus efeitos amplos sempre deve ser permitida no ordenamento jurídico, mas tão somente que a proibição dessa conduta deve ser justificada por outro direito fundamental. Trata-se, acima de tudo, de impor um ônus argumentativo àquele que restringe, de alguma forma, um princípio jurídico. A teoria do suporte fático restrito inverte essa lógica: para ela, uma conduta só pode ser considerada como protegida, em qualquer medida ou intensidade, por um direito fundamental, caso ela “sobreviva” ao teste do sopesamento. O direito à ampla defesa não protegeria a conduta de não cumprir uma decisão jurisdicional de primeiro grau, pois ao sopesar os princípios em conflito, seria

desproporcional permitir essa conduta em todo caso ao invés de avaliar as peculiaridades do caso concreto e o grau de efetividade do direito autoral.

A teoria do suporte amplo pode, à primeira vista, parecer menos sensata ou segura, mas, em última análise, enquanto ambas as teorias podem levar a resultados semelhantes ou idênticos, a teoria do suporte fático restrito tende a mascarar o processo intelectual através do qual se chega a conclusão de que uma conduta merece ou não proteção do ordenamento jurídico, enquanto a teoria do suporte fático amplo, por outro lado, expõe esse processo intelectual (o sopesamento, que acaba sendo realizado em ambos os casos) e estabelece claramente o ônus argumentativo que deve ser superado a fim de que uma conduta seja considerada constitucional ou inconstitucional.

Assim, cita-se Robert Alexy:

“Se se parte do modelo de princípios, o que é restringido não é simplesmente um bem protegido pela norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma. No modelo de princípios, portanto, é correto falar em restrição a direitos fundamentais”⁷⁶.

Feitas tais considerações e adotada a teoria do suporte fático amplo, tem-se que a restrição de um direito fundamental não dependerá de uma análise, em abstrato, do que está ou não contido dentro desse direito, mas de uma ponderação em relação a outro direito fundamental, respeitando, por fim, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais envolvidos, o que será explorado adiante.

5.2 O conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Ponto ainda mais relevante quando se trata de restrições a direitos fundamentais, é o que diz respeito ao núcleo essencial desses direitos. De um lado, tem-se a teoria absoluta, que sustenta a ideia de que cada direito fundamental tem um núcleo essencial que não pode ser atingido, quando da restrição a partir da colisão com outro direito fundamental. Assim, o sopesamento entre direitos fundamentais colidentes só

76 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pág. 281.

poderá ser feito “desde que não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.”⁷⁷

Teoria contrária, adotada no presente trabalho, é a relativista, que sustenta a ausência de um núcleo essencial fixo e pré-definido, de modo que um direito fundamental possa ser restringido, em detrimento de bem jurídico de maior valor, “mesmo que desse direito nada reste em alguns casos individuais”. A exemplo disso, temos a quebra do sigilo telefônico, a pena de reclusão, a desapropriação, dentre tantos outros.⁷⁸

Enquanto Alexy vincula a sua concepção relativista ao princípio da dignidade da pessoa humana⁷⁹, Virgílio Afonso da Silva aposta na regra da proporcionalidade como critério de delimitação do conteúdo essencial de um direito fundamental. Nesse sentido, se a restrição passar no teste da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), esta não afetou o conteúdo essencial do direito fundamental restringido. Essa é a tese adotada nesse trabalho.

No Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet, ao considerar o princípio da dignidade da pessoa humana um superprincípio, que fundamenta todo o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, todos os direitos fundamentais, também sustenta que as restrições a direitos fundamentais só podem se operar na medida em que não afetem a dignidade da pessoa humana, seguindo o modelo proposto por Robert Alexy. Em ambos os casos, a consequência prática é a mesma, porquanto uma restrição desproporcional de um direito fundamental, certamente importará em violação da dignidade humana do indivíduo que teve o seu direito restringido.

77 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pág. 196.

78 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pág. 197.

79 Marcelo Neves propõe um modelo híbrido, nos moldes do tipo ideal de Weber, que servem para ordenar a realidade caótica. Assim, criam-se esquemas de interpretação com ênfase unilateral em determinados elementos mais relevantes ao conhecimento que se pretende obter. Nesse sentido, princípios e regras são conceitos normativos análogos aos tipos ideais, que não podem ser imunizados de qualquer contaminação recíproca na prática jurídica desordenada e marcada pelo dissenso. Como exemplo, o autor trata da dignidade da pessoa humana que, estruturalmente, apresenta-se como norma e, funcionalmente, como princípio. O jurista brasileiro ressalta ainda que esse caráter fluido da dignidade da pessoa humana também foi destacado por Robert Alexy. NEVES, MARCELO. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo, ed. WMF Martins Fontes, 2013.

5.4 O sopesamento entre ampla defesa e duração razoável do processo no efeito suspensivo do recurso de apelação

Quando se fala de duração razoável do processo, há que se avaliar não só a fase de conhecimento que finda com a prolação da sentença, mas sobretudo, a eficácia que o pronunciamento de mérito de primeiro grau, após cognição exauriente, terá perante o jurisdicionado. Afinal, o objetivo primordial do litigante não é apenas ver o seu direito reconhecido, mas poder gozar deste.

Um processo que transcorre sem dilações indevidas dura o tempo necessário à formação da convicção do magistrado, ao mesmo tempo que privilegia as garantias do réu de forma razoável, sem sacrificar o direito do autor. Ocorre que a espera do processo é ainda mais frustrante quando, ao final, a simples irresignação da parte vencida é o suficiente para perpetuar, em favor de quem provavelmente viola o direito da parte vencedora, uma situação que se estabilizou ao longo do processo, ainda que essa insatisfação não tenha qualquer fundamentação jurídica. Assim, o legislador ordinário, a pretexto de regulamentar a ampla defesa, acabou por restringir a razoável duração do processo de forma contundente, violadora, chegando a esvaziar o conteúdo essencial deste direito.

Conforme já estabelecido no capítulo anterior, partimos da consideração de que o duplo grau de jurisdição não é Direito Fundamental, porquanto não é um recurso ou meio inerente à ampla defesa. Porém, o que se pretende aqui não é restringir o acesso ao duplo grau, através de empecilhos ao recurso de apelação. Tampouco se pretende discutir a inconstitucionalidade material do caput do art. 1.012 do CPC⁸⁰. O que se questiona é se o efeito suspensivo *ope legis* é medida mais adequada que o efeito suspensivo *ope iudice*.

O próprio legislador ordinário elenca exceções em que a apelação não terá efeito suspensivo automático, autorizando desde logo a execução provisória da sentença. Ou seja, o legislador admite que, em determinados casos, não é razoável que o vencedor

80 “A apelação terá efeito suspensivo”. O CPC está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm, acessado em 17 de novembro de 2017.

espere ainda mais pela tutela pretendida. Portanto, tem-se uma conclusão óbvia: o direito à ampla defesa não é absoluto.

Partindo-se da premissa de que, nem sempre o direito à ampla defesa, exercido através da apelação e levado ao extremo com a atribuição do efeito suspensivo, deverá prevalecer quando confrontado com o direito do autor de gozar da tutela obtida por meio de cognição exauriente, somente a possibilidade de atribuição *ope judice* desse efeito, pelo magistrado ou pelo relator (quando indeferido pelo juízo *a quo*), em detrimento à atribuição automática, *ope legis*, poderá garantir que o conflito seja solucionado, de forma proporcional, diante das peculiaridades do caso concreto.

Para auxiliar e racionalizar essa atividade de ponderação, são propostas três regras da proporcionalidade: adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito⁸¹, a serem aplicadas sucessivamente em cada colisão.

A adequação é uma ferramenta para determinar se uma conduta é ou não tutelada *prima facie* por um princípio, ou seja, determina-se meramente se a conduta se insere no âmbito temático do valor tutelado. Virgílio Afonso da Silva critica parte da doutrina que atribuiu ao subprincípio da adequação o objetivo de fomentar a realização do objetivo perseguido por completo. O autor afirma que a medida é contraproducente, pois o legislador ao agir em situação de incerteza empírica não sabe se as previsões serão realizadas ou, por fim, esbarra nos limites da cognição⁸². Adiciona-se, à crítica do constitucionalista, o fato de que a regulamentação de um Direito Fundamental através de uma regra infraconstitucional evidenciará conflito com outros Direitos Fundamentais que precisam ser levados em consideração, caso contrário, ocorrerá o esvaziamento desses direitos ao tratar o primeiro como um valor absoluto. Entende-se que foi o que ocorreu no caso ora analisado.

Se, no entanto, uma conduta for adequada à realização de um princípio (ou vários), procede-se ao primeiro passo de verdadeiro sopesamento, uma espécie de ponderação preliminar: a necessidade. A partir dela verifica-se se não há alguma conduta alternativa àquela considerada, que realize o princípio tão efetivamente quanto esta, mas

81 Robert Alexy propõe o uso da “máxima da proporcionalidade”, que se desdobraria nas três regras mencionadas. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, pp. 116-120.

82 SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pág. 170.

ao mesmo tempo restringindo menos outros princípios. Ou seja, é um ato comparativo entre medidas diversas.

Após ser determinado que uma conduta é adequada e necessária, é preciso ainda determinar se a restrição que ela causa a outros princípios é proporcional, e aqui entra em ação a ferramenta da proporcionalidade em sentido estrito. O nível de restrição a um direito fundamental deve ser diretamente proporcional ao nível de realização de outro direito fundamental em concreto. Além disso, deve ser considerada a consistência das provas apresentadas que sustentam a alegação de restrição/efetivação dos direitos fundamentais implicados, além da importância em abstrato destes e a força dos argumentos a favor dessa importância.

Para facilitar, chamar-se-á ampla defesa de P1 e razoável duração do processo de P2, enquanto a M1 é a medida adotada pelo legislador, qual seja, atribuição de efeito suspensivo *ope legis* ao recurso de apelação e M2 é a proposta desse trabalho, que é deixar o efeito suspensivo a cargo do magistrado, ou seja, *ope iudice*.

A primeira indagação que precisa ser feita é acerca do critério da adequação: M1 é adequado para efetivar P1? Sim, o efeito suspensivo do recurso de apelação evita que o Estado-juiz atinja a esfera indivíduo da parte vencida, garantindo-lhe a maior proteção possível da ampla defesa.

No segundo teste, indaga-se: M2 é tão eficiente quanto M1 na efetivação do P1? Não. O efeito suspensivo automático é, sem dúvida, mais eficiente na proteção do apelante que a espera por uma decisão do relator.

Até aqui, o legislador ordinário, através da M1, garantiu a mais ampla defesa possível ao réu. Pode-se considerar como uma consequência do suporte fático amplo desse direito fundamental. Porém, todo direito fundamental tem suporte fático amplo, assim, as colisões são inevitáveis. Portanto, à medida que se protegeu o P1, houve restrição ao P2. A proporcionalidade em sentido estrito deverá dizer se essa restrição foi constitucionalmente fundamentada ou ocasionou uma violação⁸³.

83 SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pág. 170.

A apelação, como recurso de fundamentação livre com efeito suspensivo *ope legis*, é eficaz na efetivação da garantia à ampla defesa e à segurança jurídica. Porém, a efetivação da ampla defesa, nesses moldes (M1), viola de modo irrazoável e desproporcional outro direito fundamental, que é o de obter uma prestação jurisdicional em tempo justo. M1 viola P2 de forma tão contundente que esvazia o seu conteúdo essencial, revelando-se medida desproporcional e violadora de outro direito fundamental.

O que ocorreu, em verdade, foi que a casa iniciadora preparou um Código que atendia aos princípios processuais constitucionais, porém, a casa revisora promoveu algumas emendas pontuais que desvirtuaram o projeto e, justamente por serem poucas, resultaram em um Código cheio de incongruências, com dispositivos conflitantes entre si. Para os fins do presente trabalho, cumpre evidenciar algumas dessas incongruências, que representam o ônus argumentativo de se chegar numa conclusão de desproporcionalidade:

Tutela de evidência: Obviamente, em situações de urgência, o autor não pode esperar o decorrer do tempo necessário à formação da convicção do Estado-Juiz, sob pena do direito perecer. Assim, mediante cognição sumária e, inclusive, com deferimento do contraditório, estando presentes os requisitos do art. 300 do CPC, quais sejam, probabilidade do direito e perigo de dano, a prestação poderá ser antecipada ao requerente. Ocorre que, o princípio da isonomia fez surgir a necessidade de redistribuir o ônus do tempo no processo, possibilitando o deferimento da pretensão autoral, em situações excepcionais, quando o direito estiver em estado de evidência, dentre outros requisitos constantes nos incisos do art. 311 do CPC. É um enorme contrassenso admitir-se a tutela antecipada, decisão fundada em cognição sumária, e negar eficácia à sentença, fruto da cognição exauriente, especialmente no caso da tutela de evidência, em que fica patente a necessidade de gerenciamento do tempo do processo, que não deve ser suportado apenas pelo autor, distribuindo-o de modo racional entre as partes. Ressalta-se que, nos casos em que a sentença confirmar tutela antecipada, o efeito suspensivo deverá ser afastado, nos termos do art. 1.012, inciso V, do CPC.

Julgamento parcial do mérito: O Novo CPC inovou ao introduzir a possibilidade de se fracionar o mérito da ação, através do julgamento antecipado parcial de mérito, quando “pedidos formulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso” ou nos casos de julgamento antecipado do mérito, seja pela desnecessidade de produção de

novas provas ou pela operação dos efeitos da revelia. A absurda contradição dessa inovação, diz respeito à sua eficácia, pois o §2º do art. 356 dispõe que “A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto”. Com isso, o Código de Processo Civil criou duas classes de resolução de mérito, uma a ser impugnada por sentença com efeito suspensivo automático, outra que desafia agravo de instrumento, recurso cujo efeito suspensivo depende de decisão do relator (art. 1.019, inciso I, do CPC). Aqui não há como conceber a existência de distinção entre os efeitos de duas decisões de mérito, seja a parcial ou a total, pois ambas passaram por cognição exauriente.

Validade da sentença: É completamente injustificado que uma pretensão, manifestada pelo simples protocolo de um recurso, seja capaz de suspender os efeitos de uma sentença que, até prova em contrário, é um pronunciamento jurisdicional válido e com carga normativa. Enquanto a apelação, muitas vezes, é apenas um instrumento de protelação do feito. Nesse cenário, a sentença é mero “projeto da decisão do tribunal”⁸⁴.

Retomemos aqui o anteprojeto do Senado:

Art. 908. Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão

§1º A eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se demonstrado probabilidade de provimento do recurso

§2º O pedido de efeitos suspensivo durante o processamento do recurso em primeiro grau será dirigido ao tribunal, em petição autônoma, que terá prioridade na distribuição e tornará prevento o relator.

Art. 928. Atribuído efeito suspensivo à apelação, o juiz não poderá inovar no processo; recebida sem efeito suspensivo, o apelado poderá promover, desde logo, a execução provisória da sentença

De acordo com os enunciados acima, tanto o magistrado quanto o relator poderiam atribuir efeito suspensivo ao recurso de apelação, considerando as

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo, ed. Revista dos Tribunais, 5.ed., São Paulo, 2011, p. 231.

particularidades do caso concreto. Para tanto, seria necessário somente a superação de um ônus argumentativo mediante exercício de ponderação com base na máxima da proporcionalidade. Dessa forma, contribuir-se-ia para a possibilidade de controle racional da decisão de suspensão, prestigiando a decisão de primeiro grau sempre que não haja algum empecilho que justifique sua suspensão, ao invés de impor que esta ocorra sempre que haja mera irresignação do vencido, mesmo que infundada.

Além disso, é ilógico admitir que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, se a fase satisfativa pode ser afastada, de forma automática, com o simples protocolo de um recurso. Ou seja, não existe justificção juridicamente válida, tampouco equilíbrio entre a realização da ampla defesa e a razoável duração do processo.

Nesse sentido, cumpre citar Virgílio Afonso da Silva:

“A última etapa da proporcionalidade, que consiste em um sopesamento entre direitos envolvidos, tem como função principal evitar esse tipo de exagero, ou seja, evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo persegueja capaz de justificar.”⁸⁵

A realização da ampla defesa através da M1, tanto não se justifica quanto são inúmeras as incongruências do Legislador ordinário nas oportunidades em que regulamenta ambos os princípios P1 e P2, conforme já visto no capítulo anterior.

Portanto, deixar para o magistrado ou relator a tarefa de avaliar a proporcionalidade da atribuição do efeito suspensivo ao recurso de apelação, é a medida mais compatível com os princípios processuais constitucionais, além das demais disposições do CPC, pois, caso entenda pela probabilidade de reforma da sentença, o magistrado irá atribuir o efeito desejado, garantindo que o apelante possa exercer sua defesa da forma mais ampla possível. Inobstante isso, recebido o recurso sem efeito suspensivo e, caso o relator também entenda que não é o caso de suspender a sentença,

⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pág. 175.

as regras relativas à execução provisória da sentença, além da possibilidade de impugnação, são instrumentos adequados à preservação das garantias processuais do réu, enquanto a decisão não transitar em julgado.

6 CONCLUSÕES

A superação do processualismo clássico, baseado em valores do liberalismo, representa uma nova concepção de acesso à justiça, especialmente particular em países em desenvolvimento, em que o Estado Democrático de Direito tem um papel central na tutela dos Direitos Fundamentais.

O Novo Código de Processo Civil traz normas que evidenciam as incongruências entre o sistema infraconstitucional e os valores da Jurisdição Contemporânea, são elas a tutela de evidência e o julgamento parcial do mérito. Tratam-se de dispositivos que ressaltam a normatividade das decisões interlocutórias, enquanto a sentença, desafiada por recurso de apelação, é destituída de efeitos. Partindo-se disso, investigou-se a desproporcionalidade entre a Ampla Defesa e a Razoável Duração do Processo no efeito suspensivo *ope legis* do recurso de apelação, em que o argumento central é a validade da sentença e o resgate de sua força normativa.

Com isso, concluiu-se que a medida proporcional, nos termos da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, seria a atribuição de efeito suspensivo *ope iudice* ao recurso de apelação. Dessa forma, caberia ao magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto e com base na regra da proporcionalidade, avaliar o cabimento do efeito suspensivo ao recurso de apelação. Essa superação da antiga sistemática recursal, grande causa da crise do Judiciário, é um importante passo para dar efetividade ao Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck, 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**, vol. 2, 7ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2008

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**, 5ª ed., Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1999

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v.4, n.15, 2001

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pág. 25.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 95/2016 e pelo Decreto-Legislativo nº 186/2008 – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017, 510 p.

BRASIL. Lei n.13.105, de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

BRASIL. **Código de Processo Civil: anteprojeto** - Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.

Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Disponível em:

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em:
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.

Codice di Procedura Civile. O Código de Processo Civil Italiano pode ser acessado em:
<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>. Acesso em: 12 set. 2017.

Código de Processo Civil. O Código de Processo Civil Português pode ser acessado em:
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis&so_mio_lo=. Acesso em: 12 set. 2017.

Costituzione della Repubblica Italiana. A Constituição Italiana pode ser acessada em:
<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>.

BUENO, Cassio Scarpinella **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil**, vol. 1, 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 17. Ed, Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Eduardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 3. 14. Ed, Salvador: Ed.JusPodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito a Sério**. tradução e notas Nelson Boeira. - São Paulo : Martins Fontes, 2002.

FUX, Luiz. O Novo Processo Civil. **Rev. TST**, Brasília, vol. 80, no 4, out/dez 2014

GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Técnicas de Aceleração do Processo**, ed. Lemos e Cruz, São Paulo, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino **A Razoável Duração do Processo**. 2ª ed, Juspodivm, Salvador: 2013

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**, 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. único

NEVES, MARCELO. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo, ed. WMF Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, David Barbosa. A reviravolta linguística na teoria do Direito: a filosofia da linguagem na determinação teórica de Kelsen, Ross e Hart. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 9(1):33-41, janeiro-abril 2017.

PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Sobre a Permanência do Efeito Suspensivo Ope Legis da Apelação: Uma Oportunidade Perdida. <no prelo>

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo, Cortez, 2007

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, ed. Malheiros, 37^a ed, São Paulo: 2014

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Tempestiva à Luz do LIXXVIII do Art. 5º da CF. ed., **Revista dos Tribunais**: São Paulo, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum**, vol. 1. 56 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VACCARELLA, Romano. CAPPONI, Bruno. CECCELLA, Claudio. **Il Processo Civile Dopo Le Riforme**. G. Giappichelli editore, Torino: 1992

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do Poder Judiciário: Como torna-los mais ágil e dinâmico. **Revista de Informação Legislativa**: Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998

ZPO. O Código de Processo Civil Alemão pode ser acessado em: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>.