

IDEOLOGIA E POLÍTICA DO SISTEMA JURÍDICO E SUAS CORRELAÇÕES COM O DIREITO DE RECORRER

Napoleão Nunes Maia Filho

Desembargador Federal do TRF da 5ª Região

SUMÁRIO: 1.1 - A persistente necessidade dos recursos processuais. 1.2 - Sobre a função estratégica dos recursos. 1.3 - Ainda sobre a dualidade de graus da jurisdição. 1.4 - Os Juízes do segundo grau. Bibliografia.

1.1 A PERSISTENTE NECESSIDADE DOS RECURSOS PROCESSUAIS

Não se deve esquecer, na análise do tema da necessidade dos recursos, que a estrutura recursal repousa diretamente sobre a base teórica que justifica a persistência, na organização judiciária, de *pelo menos dois graus jurisdicionais ordinários*, indicando que as decisões das causas em geral comportam e devem comportar, em princípio, revisões de seus conteúdos.

A necessidade principal da manutenção do elenco dos recursos, quer em versão mais larga, quer em versão mais exígua (*se fosse possível ou admissível fazer-se uma lista das suas razões ou motivos*), diz respeito, certamente, ao interesse de *evitar a prática despótica da primeira instância julgadora*, o que por certo ocorreria em ampla medida, *se fosse vedado o reexame das decisões*, eliminada que fosse a estrutura dual do Poder Judiciário, substituída por uma única instância.

Não se pode negar que a eliminação da dualidade dos graus da jurisdição *certamente contribuiria para celerizar a formação da coisa julgada*, mas importaria também em admitir-se que o prolator da decisão *não co-*

meteria erros (o que é empiricamente falso, como se sabe) ou que deveriam as partes litigantes, a ordem jurídica positiva e a própria sociedade se disporem a *conviver com o erro*.

Esse argumento se presta ao propósito de demonstrar a necessidade da dualidade dos graus da jurisdição, indica que o sistema recursal deve ser pluralístico e de certa forma põe em ordem de discussão a racionalidade desse mesmo sistema, em que se debate se a existência de vários meios impugnativos (plethora recursal) *mais desserve do que aprimora a prestação da justiça*; em outras palavras: os recursos contribuem para retardar a formação da coisa julgada e, por conseqüência, protraem no tempo a solução final das lides.

De toda sorte, o balanço entre as duas posições (unicizar a jurisdição ou assegurar a dualidade de graus da jurisdição) parece favorecer a segunda corrente, que tem um ilustre defensor no grande teórico liberal CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, mais conhecido como o BARÃO DE MONTESQUIEU, que já assinalava, ao seu tempo, a tendência ao *natural despotismo judicial*, que seria incrementado e consolidado com a implantação do *juízo único*.

Ao ver desse autor, são evidentes os prejuízos e os danos aos interesses sociais e ao próprio conceito de justiça que se obtém com a unicidade de graus da jurisdição: eis a passagem da sua obra mais conhecida sobre esse ponto específico:

“Tal Magistrado (único) só pode existir no governo despótico. Vê-se, na história romana, a que ponto um único juiz pode abusar de seu poder. Como não teria Ápio, em seu tribunal, desprezado as leis, já que violou mesmo as que fez.” (O Espírito das Leis, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leônico Martins Rodrigues, EdUnB, 1982, Livro VI, Cap. VII).

A necessidade de implantação de graus sucessivos de jurisdição, como mecanismo capaz de propiciar maior garantia à administração da *boa justiça*, foi albergada na Constituição do Império do Brasil, de 1824, que assim dispunha em seu art. 158:

“Art. 158 - Para julgar as Causas em segunda e última instância, haverá nas Províncias do Império as Relações que forem necessárias para a comodidade dos Povos.”

Apesar de se tratar, como se sabe, de uma Carta Política *outorgada*, foi a Constituição Imperial de 1824 a *única a trazer de forma clara e incontroversa um dispositivo específico sobre o direito de recorrer*, até insinuando que o número de Tribunais (então chamados de Relações), seria balizado pela *commodidade dos Povos*, o que pode ser entendido como sendo a *pressão da demanda dos jurisdicionados*.

A propósito desse dispositivo da Carta de 1824, o notável MARQUÊS DE SÃO VICENTE (Doutor José Antonio Pimenta Bueno), assinado como o maior jurista do Império do Brasil, escreveu o seguinte:

“A Constituição, como se vê do seu art. 158, criou duas e únicas instâncias, e esse é o princípio geralmente admitido como o mais perfeito desde que a civilização começou a segurar os progressos sociais. Se os Juízes julgassem em um só grau, se todas as questões fossem decididas peremptoriamente em sua alçada, se houvesse uma só instância, não haveria meio de corrigir o abuso ou erro que eles cometessem, por isso mesmo que não haveria recurso propriamente dito. Ainda quando fossem responsabilizados, a injustiça ficaria consumada. Seria uma tirania. É pois indispensável que haja dois graus de jurisdição, como um meio justo de conseguir imparcial justiça, de purificar as decisões do abuso, ou do erro.” (Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, ed. de 1857, reed. do Ministério da Justiça, 1958, no. 470, p. 331).

Entretanto, apesar da clara dicção constitucional, a incipiente legislação processual infra-constitucional daquela época (notadamente o famoso Regulamento 737, de 1850, no seu art. 646), previu a implantação de alçada recursal segundo o valor da causa, na apelação cível, *seguramente contrariando a letra do art. 158 da Carta de 1824, que não continha limitação alguma ao uso dos recursos*.

Mas é importante assinalar que os autores d’ antanho não registram *que se tenha discutido, naquele tempo, a possível inconstitucionalidade desse dispositivo do Regulamento 737 (art. 646), por impacto à letra do art. 158 da Constituição Imperial*, o que pareceria evidente e manifesto, pelo menos para os padrões de entendimento jurídico de hoje em dia.

Não se sabe ao certo a que atribuir-se esse *monumental silêncio* dos grandes juristas dessa época, quanto a esse aspecto, mas certamente o pou-

co ou quase nenhum desenvolvimento do Direito Constitucional, naquele tempo, faz parte da explicação dessa omissão dos notáveis doutores nas Leis desse período glorioso.

As Cartas Políticas que se seguiram àquela do Império do Brasil *não trouxeram, como já se disse, previsão explícita da dualidade de graus da jurisdição, que é o antecedente lógico e institucional do sistema recursal e das possibilidades dos recursos, mas previram esses Textos Constitucionais, sem embargo, a existência dos Tribunais de grau superior e as suas competências recursais*, de modo que é legítimo se concluir que a dualidade jurisdicional tem efetivamente sede nas Constituições que ao longo dos tempos foram sendo adotadas no País.

A vigente Carta Política Brasileira, de 1988, mesmo não contendo um dispositivo expresso sobre o duplo grau, tem, no entanto, duas passagens de notável definição quanto a essa forma de organização da estrutura judiciária: (a) o inciso XXXV do art. 5o., *assegurador da amplitude do acesso à justiça e da indeclinabilidade da jurisdição e (b) o inciso LV do mesmo art. 5o., assegurador do contraditório e da ampla defesa e do uso dos recursos a ela (ampla defesa) inerentes.*

Tem relevo anotar que a Carta Magna lista nos seus arts. 48 e 49 as amplas atribuições e competências do Congresso Nacional, nos arts. 51 e 52, as da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, no art. 84 as do Presidente da República, *enquanto as do Poder Judiciário vêm comprimidas no inciso XXXV do art. 5o., onde compactamente se lhe reconhece a ampla função de mediar a solução das lides.*

Os incisos XXXV e LV do art. 5o. da Carta Magna de 88 se inserem estrategicamente no amplíssimo espectro dos direitos e deveres individuais e coletivos, podendo-se concluir (mas não só por essa circunstância) *que o sistema constitucional volta-se à proteção e ao resguardo de direitos e interesses das pessoas, tanto no nível individual, quanto do nível social.*

O grande jurista e Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES expressou em completa síntese essa função da jurisdição, quando ainda não se inscrevera na Carta Magna a largueza da proteção aos direitos sociais, dizendo que *“o sistema constitucional brasileiro ligou ao Poder Judiciário atribuições destinadas ao amparo dos direitos individuais, tanto que o direito à jurisdição está incluído no capítulo em que se declaram os direitos e garantias individuais (...), para concluir que “a atividade jurisdicional por quem tenha legítimo interesse está intimamente ligada à proteção dos*

direitos individuais.” (Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária, Ed. Millenium, 2000).

Reconhecendo-se a *sede constitucional* do sistema recursal, como efetivamente parece ser a posição da maioria dos doutrinadores, põe-se a reflexão sobre os limites que a legislação comum, *infra-constitucional*, pode validamente estabelecer, ao disciplinar a procedimentalidade dos recursos.

Passa-se aqui, quanto à *amplitude* do direito de recorrer, algo similar à amplitude do direito de ação que, como é sabido, tem sede na Constituição, *mas a sua dinâmica se ajusta a padrões operacionais infra-constitucionais, às vezes dando a impressão de redução de seu alcance.*

Por certo essa questão alberga a compreensão (seja mais larga, seja mais estreita) do significado ou dos conteúdos do *devido processo legal judicial*, trazendo sempre de envolta a também sempre relevante discussão sobre se a recorribilidade íntegra (ou não) essa histórica garantia reconhecida em favor dos litigantes.

1.2 SOBRE A FUNÇÃO ESTRATÉGICA DOS RECURSOS

Resgatando-se para o termo *política* a sua acepção verdadeira de *gestão de todos os interesses gerais da Cidade*, tal como os filósofos gregos o empregavam, poder-se-á dizer que é *essencialmente política a função do sistema de recursos e de todas as espécies recursais*, importando isso em dizer-se que é a preocupação-síntese do Poder Público (*ou o macro-afazer estatal*) a promoção do indefinível *bem comum*.

No nível da administração da *função jurisdicional do Poder Público*, constata-se que esse relevante afazer estatal se concretiza em *pacificar os contendores das pugnas judiciais (lides) pela aplicação de um processo que se possa crer justo ou pelo menos se revestir da aparência de justiça ou de preocupação com esse resultado.*

A essa compreensão se integram, contudo, outros elementos de igual relevo, alguns de expressão ou feição *predominantemente técnico*, tais como a mitigação das reações naturais dos inconformados com a decisão adversa, formatando a *base psicológica* do sistema recursal, como frisa o Professor RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (Recurso Extraordinário e Especial, RT, 1993, 3a. ed., p. 38).

O notável mestre processualista ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, assim se expressa a propósito desse assunto:

“O recurso visa à satisfação de uma tendência inata no gênero humano, qual seja de que, em regra, ninguém se conforma com um julgamento desfavorável. Nos mais comecinhos exemplos quotidianos, encontram-se vestígios ou manifestação desse impulso, ainda que seja a tentativa de reforma pelo próprio julgador, ante novos argumentos que são invocados, imediatamente, pelo atingido ou prejudicado com a decisão.” (Introdução aos Recursos Cíveis, RT, 1976, 2a. ed., p. 127).

Mas sob a asserção da base psicológica do sistema recursal se oculta um outro fator, também subjetivo, que é a *consciência comum* afirmativa ou constatadora da *falibilidade do ser humano*, o que, sem dúvida alguma, representa um dos motivos da reação inconformada dos demandantes derrotados.

Mas *prevenir, vencer ou dominar a discórdia entre os membros da sociedade*, máxime quando estes se extremam em lutas internas motivadas por interesses imediatos e disputas por bens-da-vida limitados (*não acessíveis ou não disponíveis para todos em igual medida*) será sempre o macro-desafio cujo atendimento serve para justificar o próprio aparato estatal.

Bem por isso, a *nota política* realmente cintila em todo o Direito, em tudo o que é jurídico, em todo o percurso da atividade processual e, naturalmente, marca a estrutura dos recursos e a própria organização judiciária em duplo patamar, dando a noção de uma hierarquia quanto às instâncias produtoras de julgamentos.

Adverte com inteira pertinência o Professor ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO para a indesejável eventualidade do *uso político dos recursos e do sistema recursal* (O Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil, RT, 1995, p. 127 e segs.), mas embora essa possibilidade seja mesmo inegável, *o que importa frisar é que os meios recursais e o próprio sistema recursal revestem claros propósitos macro-políticos, finalmente redutíveis ao escopo de pacificação social a que todo o ordenamento jurídico serve.*

A ilustre Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER dedica largas reflexões a esse assunto e afirma, em obra notável que produziu com os Professores Antônio Carlos Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco o seguinte:

“Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de natureza política. O Poder Judiciário, principalmente onde os seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno de sua legalidade e a justiça das decisões judiciais. Eis a conotação política do princípio do duplo grau de jurisdição.” (Teoria Geral do Processo, Malheiros, 1992, 9a. ed., p. 31).

Sobre este oportuníssimo magistério da encomiada processualista de São Paulo há que se comentar o seguinte: (a) não é o modo de investidura eletiva o critério infalível da desejada representatividade ou legitimidade dos agentes estatais, *pois essa qualidade pode ser obtida, também, em razão dos desempenhos funcionais*; (b) o exercício do recurso processual *nem sempre gera provimentos mais justos* e (c) a adequação de uma decisão judicial ao padrão da legalidade *depende da percepção que se tenha dessa mesma medida (padrão), não sendo aceitável que signifique sempre, tão só e apenas, a sua dimensão normativa-positiva.*

A *problemática dos recursos* envolve outros aspectos de maior relevo, qual seja, por exemplo, a vedação, pelo menos em termos de princípio, da produção de prova na instância recursal, *o que de certo modo limita ou empeça a demonstração da verdade processual e cerceia a atividade probatória a cargo das partes, ainda que interesse ao juízo*; quando a esse ponto, admite-se que todos os meios de prova terão sido acessíveis ao litigante e que ele terá se valido de quantos lhe foram estratégicos, salvo o elenco que se lhe mostrou impossível.

Não há dúvida que essa é uma *ficção necessária* e sobretudo uma técnica de asseguramento da marcha do processo, inclusive do trâmite do recurso, que de outro modo ficaria à mercê de retrocessos e recuos (ainda que legítimos) às fases processuais pretéritas, com sacrifício de sua celeridade.

Mas é certo que essa *disciplina processual recursal* prestigia maximamente outros valores dessa relação jurídica, na suposição de que a quota de justiça (ou de possibilidade de justiça) seja apreensível, no segundo grau, pelo conjunto de provas que já está integrado ao processo.

Outro dado exponencial pertine ao atendimento dos pressupostos recursais, seguramente um autêntico *filtro* à admissão dos recursos, contribu-

indo também para a formação de coisas julgadas que muitas vezes estão em desarmonia com o desejável conteúdo de justiça de que a decisão recorrida se ressentiu *ou até mesmo afrontando regramentos constitucionais dotados de supremacia.*

1.3 AINDA SOBRE A DUALIDADE DE GRAUS DA JURISDIÇÃO

A historiografia mais recente do Poder Judiciário fornece alguns dados que não são encomiantes do duplo grau de jurisdição, como se pode constatar, por exemplo, nas longas e inconclusivas discussões sobre o assunto, travadas logo na fase de organização do aparelho estatal, após a vitória da Revolução Francesa; a Revolução de 1789 tornou-se paradigma das revoluções liberais, como se sabe, assim se explicando o permanente interesse pela compreensão dos seus aspectos.

São na verdade numerosas as obras a respeito dos significados desse processo revolucionário; sobre a matéria e outras correlatas, de igual interesse para o significado das grandes mudanças institucionais operadas pela Revolução, o Professor ALBERT SOBOUL tem um livro de notável exemplaridade (*História da Revolução Francesa*, tradução de Hélio Pólvora, Zahar, 1974).

Realmente, entende-se que o esforço de construção de um novo tipo de estrutura estatal, arduamente empreendido pelos revolucionários de 89, na França, *ficou como um paradigma da elaboração racionalista de algo contra o passado de certo modo irracional e obscuro*, ou seja, da implantação de uma *ordem institucional nova*, em todos os seus variados aspectos e também valores, em clara adversidade à *ordem institucional antiga*, rejeitada por inteiro ou *em bloco*.

Um dos mais analíticos e eruditos estudos sobre esse aspecto da *constitutividade revolucionária francesa* deve-se ao eminente Professor NELSON SALDANHA, que frisa essencialmente os seus aspectos históricos acumulativos, sobretudo no plano cultural, assinalando o seguinte:

“As novas vigências, no século XVIII, cresceram aos poucos, década por década, de modo que a ocorrência da Revolução encontrou-as assentes. Eram novos valores. Não tão novos, pois desde os séculos XVI e XVII, que a burguesia e o capitalismo, mais o protestantismo e

o humanismo alteraram a vida social e espiritual. Mas no século XVIII o individualismo e o racionalismo se tornaram mais maduros e o iluminismo os pôe mais límpidos.” (Formação da Teoria Constitucional, Forense, 1983, p. 65).

No que diz respeito, especificamente, à alta desconfiança dos líderes da Revolução Francesa quanto à conservação do duplo grau de jurisdição, que existia no Antigo Regime francês (a monarquia absolutista) e de algum modo até mesmo o caracterizava, o eminente Professor NELSON NERY JUNIOR assim a explica:

“Quando se estabelece uma nova ordem jurídica em determinada sociedade, a preocupação dos que assumem o poder é extirpar todo e qualquer resquício restante da ordem jurídica anterior. Foi nesse clima que, imediatamente após a Revolução Francesa, os então novos detentores do poder viam no recurso forma de elitismo, onde os juízes dos tribunais superiores seriam uma espécie de casta com poderes de mando sobre os magistrados de primeiro grau.” (Teoria Geral dos Recursos, RT, 3a. ed., 1996, p. 33).

Entendiam alguns líderes mais exaltados, por certo com base na experiência nacional francesa imediata e recente, naquela época, *que as Cortes de Justiça eram uma espécie de nichos da nobreza ociosa, que os magistrados dessas Cortes superiores tinham sentimentos anti-revolucionários, avessos ao progresso e às mudanças que se impunham, e que a simples conservação dessas instituições elitistas representavam uma concessão injustificável aos adeptos do Ancien Régime, proscrito da vida da Nação pela força das armas da Revolução.*

Essa preocupação se nutria essencialmente das constatações objetivas sobre a *persistência das antigas instituições feudais, ainda subjacentes na organização estatal francesa*, formando um quadro de notável peso e inegáveis condicionantes, a que o Professor GIANFRANCO POGGI chamou de *“legado político do sistema feudal”*, representando uma herança efetiva e de larga consistência, cuja remoção somente a muito custo se viria depois a obter (A Evolução do Estado Moderno, tradução de Álvaro Cabral, Zahar, 1981, p. 44).

Dest'arte, indubiosamente, a reação revolucionária francesa às instituições judiciárias, *com o duplo grau de jurisdição entre elas*, era eivada de inteira pertinência histórica, *sendo ainda o campo fértil para invectivas contra a nobreza e os seus séquitos e o seu espírito mais do que conservador, retrógrado*.

Contudo, a cisma contra o *duplo grau jurisdicional viria a ter acolhimento apenas parcial*, pois ficou assentado, nas discussões da Assembléia Constituinte, *que as instâncias judiciais superiores seriam mantidas, mas disporiam somente do poder de cassação das decisões dos juízes primários, quando fossem portadoras de erro*, devendo os feitos retornar sempre à origem, para o proferimento de outra decisão, pelo mesmo órgão judicial, assim se fazendo prevalecer a diretriz do grau inferior.

Esta foi, de certo modo, uma espécie de solução de compromisso e vê-se que a crença revolucionária privilegiava os juízos de primeiro grau, *conservando a sua desconfiança relativamente aos juízes dos graus jurisdicionais mais altos*.

Entretanto, a jurisdição terminaria se organizando *com os Tribunais recuperando inteiramente a antiga função reformadora das decisões de primeira instância, tanto que a Constituição Francesa de 1795 a consagrou de forma expressa, em concepção que se tornou exemplar para outros povos, eis que essa experiência revolucionária ficou sendo a mais influente de todas*.

Isso significa que, inobstante as razões de ordem política (algumas vezes) recomendarem, como parece ser o caso da Revolução de 89, a eliminação pura e simples do segundo grau de jurisdição, essa forma de organização tem se mantido ao longo das suas muitas adversidades, o que certamente é sinal da sua permanente necessidade.

É certo que a instituição do duplo grau de jurisdição e, por natural consequência, a permanência dos Tribunais organizados em *Cortes de Justiça* vem se mantendo com as suas características básicas, *naturalmente sob as configurações diversas que vão sendo ditadas pelo tempo*.

Dir-se-ia que os Tribunais são experiências de todo enraizadas nas culturas de praticamente todos os povos *e não se caracterizam* (como pareceu aos revolucionários franceses de 89) *como templos da aversão à evolução social e às mudanças, pelo contrário, são formadores de proteções efetivas aos direitos, às liberdades e às garantias dos indivíduos*.

1.4 OS JUÍZES DO SEGUNDO GRAU

A análise da estrutura da jurisdição mostra que ela efetivamente se organiza em dois graus ordinários (ou comuns) ou imediatos e sucessivos (o grau primário e o grau secundário), fundando-se nessa forma de organização o pressuposto da competência recursal das Cortes de Justiça, ou seja, *sem essa estrutura se inviabilizaria por completo a função recursória*.

Os demais órgãos jurisdicionais ou estruturais compõem os *graus superiores da jurisdição*, somente acionáveis em situações de todo singulares e previstas expressamente no ordenamento jurídico, através dos *recursos raros*, como o recurso especial e o recurso extraordinário, para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e para o Supremo Tribunal Federal (STF), respectivamente, conforme se prevê nos arts. 102, III e 104, III da Carta Magna.

Esses dois Tribunais Superiores têm posição deveras destacada na estrutura do Poder Judiciário do País e não integram a organização das instâncias julgadoras comuns, situando-se ambos em patamar *sui generis*, daí está a merecer maior reflexão o quadro sinótico apresentado pelo eminente Professor ALEXANDRE DE MORAES, em que posta o STJ *no mesmo nível hierárquico dos Tribunais Superiores das jurisdições especializadas da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar* (Direito Constitucional, Atlas, 9a. ed., 2001, p. 435), o que é certamente uma informação que deveria ser revista pelo ilustre autor.

De igual modo, os órgãos judiciários inferiores são chamados de *primários* (correspondendo aos do primeiro grau de jurisdição), de *secundários*, os seguintes (abrangendo os Tribunais ou Cortes de Justiça de segundo grau) e de *superiores*, os outros (representativos da jurisdição extraordinária).

Ademais, o Poder Judiciário Brasileiro, por ser o Brasil um Estado Federal, se organiza também em função da dualidade de ordens políticas que caracteriza e denota a estrutura estatal federativa, de modo que ao lado da Justiça da União Federal há também os órgãos da Justiça dos Estados, *ocorrendo em cada em cada uma dessas organizações (a federal e a dos Estados-membros) a presença de órgãos jurisdicionais comuns e órgãos jurisdicionais especializados*.

No âmbito da Justiça da União Federal, os órgãos da sua jurisdição comum são os da *Justiça Federal* (arts. 106 e segs. da Carta Magna), com-

preendendo: (a) os Juízes Federais (Grau Primário), organizados em Seções Judiciárias (uma em cada Estado da Federação e no DF), com um número variável de Varas Federais, e (b) os cinco Tribunais Regionais Federais (TRF's), formando o seu Grau Secundário, abrangendo cada uma dessas Cortes um número desigual de Seções Judiciárias.

Por sua vez, os órgãos da jurisdição especializada da União Federal são: (i) a *Justiça do Trabalho*, cujo grau primário corresponde às Varas do Trabalho e cujo grau secundário pertence aos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT's), havendo pelo menos um em cada Estado-membro e no DF (arts. 111 e segs. da CF); (ii) a *Justiça Eleitoral*, cujo primeiro grau corresponde às Juntas e Juízes Eleitorais e cujo segundo grau pertence aos Tribunais Regionais Eleitorais (TRE's), havendo um em cada Estado-membro e no DF (arts. 118 e segs. da Carta Magna) e, finalmente, (iii) a *Justiça Militar* (arts. 122 e segs. da Carta Magna), cuja organização acha-se toda estruturada infra-constitucionalmente.

Na Justiça dos Estados a jurisdição comum cabe aos Juízes de Direito (Grau Primário) e cabe aos Tribunais de Justiça (TJ's) ou aos Tribunais de Alçada (TA's) o Grau Secundário, sendo a implantação da Justiça Militar uma faculdade atribuída aos Estados-membros, desde que atendidos todos os requisitos constitucionais (art. 125 e segs. da Carta Magna).

Considerando-se apenas os *juízes do segundo grau da jurisdição comum*, ou seja, os juízes que compõem os Tribunais de Segundo Grau, situados intermediariamente entre os juízos primários comuns e os Tribunais Superiores e, mais especificamente, os integrantes dos TRF's e dos TJ's dos Estados, cabe fazer a seguinte análise.

De acordo com a Carta Magna Federal, os membros dos TJ's dos Estados e os dos TRF's são oriundos na sua maioria (4/5), respectivamente, da Justiça Comum dos Estados (Juízes de Direito) e da Justiça Federal (Juízes Federais), que ascendem a esses Tribunais mediante dois critérios distintos: (a) a promoção por antiguidade, que contempla os Magistrados mais antigos na carreira e (b) a promoção por merecimento, que não contempla somente os mais antigos, *podendo a escolha recair em Magistrado mais moderno*.

Os Juízes de Direito são escolhidos em lista tríplice organizada pelo respectivo Tribunal de Justiça, dentre os integrantes do primeiro quinto dos mais antigos na última entrância e cabe ao Presidente da Corte de Justiça nomear aquele que foi o mais votado.

A rigor, portanto, a escolha do Juiz de Direito a compor o Tribunal de Justiça é do próprio Pleno da Corte, não podendo o Presidente escolher o que não tenha obtido a maior votação.

Quanto aos Juízes de Direito requer a Constituição (art. 93, II, “b”) que o candidato à promoção por merecimento tenha pelo menos um biênio de exercício na entrância e integre a primeira quinta parte (20%) dos mais antigos desta; essa *mesclagem* (mistura de antiguidade e de mérito) desfigura o critério, sendo preferível que as promoções por merecimento considerem apenas a vitaliciedade do candidato, que é obtida após 2 anos de exercício (art. 22. II. “d” da LC 35/79).

A promoção dos Juízes Federais por merecimento se orienta por outros ditames constitucionais, requerendo-se só que tenha o candidato entre 30 e 65 anos de idade e no mínimo 5 anos de exercício como Juiz Federal (art. 107, *caput* e II da Carta Magna), *não se lhes aplicando, em face dessa disposição constitucional específica, a regra geral contida no art. 93, II, “b” da Constituição.*

Essa matéria já foi enfrentada mais de uma vez pelo colendo STF, sendo essa a orientação uniforme dos seus julgamentos, *mas continua, quanto a essa diretriz, a obstinada oposição de alguns poucos, mas eminentes, Magistrados de TRF’s de Juízes Federais de Primeiro Grau, estes certamente por razões menos jurídicas e menos institucionais; de fato, a antiguidade não exclui o merecimento, do mesmo modo que este independe daquela.*

Esses critérios de promoção de Juízes às Cortes de Justiça são muitas vezes questionados, sob a inspiração de motivações geralmente causuísticas: *diz-se, mas sem razão, que a promoção por merecimento tende a favorecer certos e determinados Magistrados, mas se insinua nessa alusão que esses Magistrados, os potencialmente favorecidos com a promoção por merecimento, por certo não reuniriam os requisitos de altivez, sabedoria e experiência, de que os mais antigos se julgam os únicos detentores.*

O argumento não tem procedência ou, pelo menos, não tem a relevância que lhe é atribuída: *não há garantia alguma de que os Magistrados promovidos pelo critério da antiguidade sejam os mais sábios, os mais independentes ou experientes, não sendo de todo estranho que alguns Magistrados antigos não sejam mesmo os melhores, na exata consideração dos destinatários da sua jurisdição.*

Tem magna importância, ademais, consignar que cabe ao Presidente da República nomear os Juizes Federais que vão compor os TRF's, seja pelo critério de antiguidade, seja pelo de merecimento, *contrariamente ao que se passa com a Justiça dos Estados, cuja escolha é do Pleno dos TJ's e a nomeação do Presidente da Corte.*

Também é importante analisar que, nos Tribunais de Segundo Grau, por expressa previsão constitucional (art. 94), 1/5 dos seus lugares é preenchido com membros oriundos do Ministério Público (Estadual, no caso dos TJ's ou Federal, no caso dos TRF's), com pelo menos 10 anos de carreira, e Advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada, com pelos menos 10 anos de militância profissional.

Apesar da redação do art. 94 da Carta Magna, esses dois últimos requisitos são também exigíveis aos membros do MP que se candidatam aos Tribunais, *não sendo razoável supor que o decênio de atividades funcionais, por si só, bastasse para evidenciar o merecimento.*

A escolha e nomeação dos que, provindo do quinto constitucional (MP e OAB), vão integrar os TJ's e os TRF's, são procedidas pelo Governador do Estado (no caso dos TJ's) e pelo Presidente da República (no caso do TRF's), *sendo essa uma maneira de integrar o Chefe do Poder Executivo na formação das Cortes de Justiça, com saldo favorável à meta de harmonia entre os poderes.*

O preenchimento do *quinto constitucional*, porém, não é uma tarefa que sempre se desenvolva sem percalços, pois é frequente a eclosão de disputa sobre qual a classe (MP ou OAB) a que deve ter a preponderância inicial; a regra geral (art. 94 da Carta Magna), mencionando em primeiro lugar o MP, *parece indicar seja dessa douta instituição o direito ao preenchimento da primeira vaga do quinto.*

Entretanto, o art. 107, I da Carta Magna *menciona em primeiro lugar o membro oriundo da OAB, dando a entender que, relativamente aos TRF's, a primazia seria da nobre classe dos Advogados.*

De toda sorte, resolvida a questão sobre a primazia da preponderância inicial, os preenchimentos seguintes se farão alternadamente, ora preponderando uma, ora a outra classe.

Outra consideração que se faz relativamente ao quinto constitucional pertine à sua própria razão de ser, alvitando alguns que se trata de instituto de indiscutível valia para o exercício da melhor justiça, por permitir a participação de membros oriundos de outras classes, que não a Magistratura

(MP e OAB), na composição dos Tribunais de Segundo Grau, *assim arejando o colegiado de julgadores e lhe trazendo a proveitosa visão de outras profissões jurídicas, comprometidas na aplicação contenciosa do Direito Positivo.*

Há, contudo, vozes em contrário, pugnando até mesmo pela *extinção do quinto constitucional*, lembrando que a função de julgar representa, antes de tudo, *uma vocação e um aprimoramento constantes, requisitos não presentes nas funções do Advogado e do Ministério Público*, vocacionados que são eles, inegavelmente, para outras nobilíssimas tarefas que, porém, acumulam experiências de todo distintas da atividade de julgar.

Por último, cabe registro relevante a respeito da idade mínima para o julgador integrar as Cortes de Justiça, sendo 30 anos nos TRF's (art. 107, *caput*, da Carta Magna), mas havendo *silêncio constitucional* quanto à exigência desse requisito etário aos Juízes de Direito, para acesso aos Tribunais de Justiça do Estados.

BIBLIOGRAFIA

BUENO, José Antonio Pimenta, (Marquês de São Vicente), *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, 1857, reed. do Ministério da Justiça, 1958.

JÚNIOR, Nelson Nery, *Teoria Geral dos Recursos*, 3a. ed., RT, 1996.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza, *O Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*, RT, 1995.

LIMA, Alcides de Mendonça, *Introdução aos Recursos Cíveis*, 2a. ed., RT, 1976.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Recurso Extraordinário e Especial*, 3a. ed., RT, 1993.

MARQUES, José Frederico, *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, Ed. Millenium, 2000.

MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 9a. ed., Ed. Atlas, 2001.

POGGI, Gianfranco, *A Evolução do Estado Moderno*, tradução de Álvaro Cabral, Zahar Editores, 1981.

ROCHA, José de Albuquerque, *Estudos sobre o Poder Judiciário*, Malheiros, 1995.

SALDANHA, Nelson, *Formação da Teoria Constitucional*, Forense, 1983.

SECONDAT, Charles-Louis de, (Barão de Montesquieu), *O Espírito das Leis*, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leônico Martins Rodrigues, EdUnB, 1982.

SOBOUL, Albert, *História da Revolução Francesa*, tradução de Hélio Pólvora, Zahar Editores, 1974.