

A APELAÇÃO NA “CAUSA MADURA”

JORGE DE MIRANDA MAGALHÃES

Desembargador TJ/RJ. Professor da EMERJ

A nova Lei nº 10.352/2001, seguindo o critério de modificação do Código de Processo Civil, estabelecido pelo Governo, de fazê-lo através de diversas e sucessivas leis, trouxe a questão alusiva à Apelação nas chamadas causas maduras, ou seja, aquelas que foram extintas sem o exame de mérito, quando este já estava pronto para o julgamento definitivo.

É o que se lê do artigo 515, parágrafo 3º, na nova redação, *in verbis*:

Parágrafo 3º:

“Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”

A matéria tem despertado discussões acerbadas, com elogios, no sentido de que foram atendidos os princípios da economia e da efetividade do processo, eis que o tribunal, afastando a causa sentencial da extinção do processo, sem exame do mérito, fica, de pronto, incumbido nas funções de julgador da causa, se esta for de direito e estiver madura; mas também com críticas, porque estaria ferido o princípio dispositivo, já que a parte não buscou o pronunciamento do tribunal, sobre aquele *mérito*, como ainda a regra constitucional do duplo grau de jurisdição.

É o que nos propomos a examinar.

Que o objetivo da Lei foi atender aos reclamos da sociedade, quanto à lentidão da prestação jurisdicional, que não atende aos direitos sociais de justiça rápida e eficaz, não há qualquer dúvida e, a providência seria elogiável, se não existissem os óbices legais e constitucionais que a ela se opõem.

O primeiro, alusivo à ofensa ao princípio do dispositivo, nos parece incabível e inaceitável.

É que referido princípio fundamental do Código de Processo Civil, estatuído no artigo 302, 1ª parte do Digesto Processual, é plenamente aplicável aos recursos, ensejando o chamado efeito devolutivo aos recursos, adiando a formação da coisa julgada e remetendo ao tribunal competente o exame das questões nele contidas (Arruda Alvim, **Teoria Geral dos Recursos**, in R.P. 58, de 1990, p. 156).

Por ele, não podendo o juiz agir de ofício, aguarda a manifestação da parte, que devolve ao órgão julgador *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada.

Ocorre que tal princípio se encontra entre aqueles considerados *fundamentais*, do processo, sobre os quais o sistema jurídico pode fazer opção, considerando aspectos políticos e ideológicos, ao lado de tanto outros, como o da substanciação, o da impugnação específica, o da correlação etc., opondo-se doutrinariamente, aos chamados princípios informativos, considerados quase axiomas, pois prescindem de maiores indagações e não precisam ser demonstrados, não possuindo qualquer conteúdo ideológico: são os princípios lógico, jurídico, político e econômico, conforme ensina Nelson Nery Junior (**Princípios Fundamentais, Tema Geral dos Recursos**, RT, 4ª ed., p. 33).

Nascem da lei e a ela devem obediência, tal como, a proibição da *reformatio in pejus*, ante seu caráter limitado nele estabelecido, de que só a matéria levantada pode ser decidida, afastando a idéia romana da *appellatio generalis*, pela qual a interposição do recurso era o *quantum satis* para que o órgão *ad quem* pudesse reexaminar tudo o que tivesse sido discutido em 1º grau, caracterizando o *beneficium comune* que permitia, por consequência, a hoje vedada *reformatio in pejus*.

Para nós, todavia, se a permissão ao reexame decorre da lei, e da lei decorre a exigência da vontade de recorrer, não há qualquer impedimento na aplicação da nova regra, quanto a esse aspecto, já que o critério é apenas de caráter político e ideológico.

Mais séria é a objeção quanto à ofensa ao chamado duplo grau de jurisdição, eis que a lei afasta, ou teria afastado regra constitucional, pela qual todos os julgamentos devem ser submetidos a reexame, ante a possibilidade de falha humana no julgamento, em síntese.

Ora, o duplo grau de jurisdição é entendido como a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário

pela interposição de recurso. É garantia constitucional ligada ao direito de defesa, sendo porém vista pela doutrina com a ressalva de que deve ter aplicação moderada, não sendo possível aplicá-la como forma de aplicar-se a justiça rápida e efetiva, sem se perder de vista a segurança.

Embora inerente ao chamado *devido processo legal*, de ordem constitucional, diz respeito apenas à sentença, e não aos demais atos judiciais, o que já demonstra a sua incidência limitada e restrita, podendo a lei limitar sua aplicação, por objetivos políticos e ideológicos, tal como ocorre no direito francês e no italiano, entre outros, e no nosso próprio sistema. Vejam-se os casos de restrição de recursos na Lei de Executivos Fiscais (art. 34), na Lei dos Juizados Especiais, que submete a decisão final aos juízes do mesmo grau, em Colegiado, e não no Tribunal de Justiça correspondente.

Analisando a questão já anunciada, Nelson Nery Junior (op. cit., p. 43):

*“Algumas questões que se têm levantado sobre o duplo grau, não pertencem à discussão sobre a incidência, ou não, do princípio. O exemplo mais comum é o da apelação de sentença de extinção do processo, sem exame do mérito, que, quando provida pelo Tribunal **ad quem**, sofre julgamento pelo mérito, sem que o juiz de 1º grau tenha decidido o fundo do litígio.*

O que ocorre nestes casos em verdade, é a discussão sobre a competência, do órgão judicante para conhecer e julgar esta ou aquela questão ou causa. Nada tem a ver com o duplo grau de jurisdição.”

A posição, para nós, é irrepreensível!

Efetivamente, sendo a competência a distribuição legal da jurisdição entre os diversos órgãos que a possuem, resta claro que é a lei quem fixa o poder-dever que têm esses órgãos para julgar as causas, conforme a previsão legal, sendo absoluta ou relativa, conforme os diversos critérios de classificação.

Assim, quando a Carta Federal estabelece a competência dos Tribunais Superior ou Justiça Federal, para julgar as questões ali expostas, e delega aos Códigos de Organização Judiciária o poder de, por iniciativa dos Tribunais de Justiça, fixar sua competência e, por óbvio, a dos juízes de 1º grau, com recursos para o Tribunal, quis, sem dúvida, afirmar que “somente

com a sentença de mérito é que estaria examinada a sua competência para o exercício da atividade judicante (art. 463, caput)”. (Nelson Nery Junior, op. cit. p. 43).

Para nós se afigura claro e indiscutível que, se o Tribunal der provimento ao apelo para afastar a decisão extintiva do processo, sem exame do mérito, ainda que se trate de causa madura, é ele absolutamente incompetente, para o deslinde da controvérsia.

Ressalte-se que, em processamentos já lançados, conforme Súmulas do STF 146/238 e 98/236, assim como em RTJ 104/298, o E. Supremo Tribunal Federal já entendeu que fere o duplo grau de jurisdição o julgamento do mérito pela Corte que afaste a razão da extinção do processo sem exame de fundo, pelo juiz de 1º grau, que se eximiu de julgar a questão de fundo.

Nem aproveita à tese da regularidade desse novo procedimento, esposado pelo parágrafo 3º do artigo 515, conforme a nova lei, dizer-se que idêntico rito podem ter os E. Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça quando, na forma de seus regimentos, ao acolher Agravo de Instrumento contra decisão indeferitória de Recursos Extraordinário ou Especial, nos próprios autos, desde que devidamente instruídos passam a julgar os próprios recursos, que ficarem fisicamente nos tribunais de origem, adentrando ao mérito.

As hipóteses são diferentes.

É que na presente e nova regra, o tribunal afasta a extinção sem exame do mérito e julga a questão de fundo que ainda não tinha sido objeto de exame pelo órgão monocrático de primeiro grau, competente para tanto.

No caso dos Tribunais Superiores, o órgão *a quo* já se havia pronunciado, inclusive quanto ao mérito, e é em relação a ele que o recurso é encaminhado, devolutivamente, ao Tribunal Superior, o qual apenas abrevia o tempo e, pelo princípio da economia, e autorizado por seus regimentos, aproveita os autos do Agravo de Instrumento, onde também deverá estar o Recurso Extraordinário ou Especial fundamentado, e o julga ali mesmo, dando aso à aplicação reclamada da rapidez e celeridade, mas sem praticar qualquer irregularidade processual.

Um outro fundamento, de ordem igualmente constitucional, é a ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Se o magistrado de 1º grau, ao extinguir o feito não examinou a questão de fundo, o apelo interposto só se referiu a essa decisão terminativa e só em relação a ela foi contra-arrazoado. Não houve qualquer manifestação,

nem do Apelante nem do Apelado, embora a questão já estivesse madura, quanto ao mérito eis que, como óbvio, o julgado se referia apenas à questão prévia.

Do mesmo modo, marcado o julgamento da apelação, não haverá nela qualquer pronunciamento a respeito do mérito, por parte de qualquer dos interessados que poderão ser surpreendidos no dia, e na hora, ante eventual reforma da decisão, quanto à questão prévia, através do imediato exame, pelo órgão julgador de 2º grau, da essência da discussão, sem que, repita-se, qualquer delas tenha tido oportunidade de defender sua posição quanto à controvérsia material.

Assim, vulnerados, a um só golpe, três princípios constitucionais: o do devido processo legal, no que tange à competência, o do contraditório e o da ampla defesa, o que torna inaceitável, a nova regra de que se cogita. ◆