

O PRIVILÉGIO PÚBLICO DO RECURSO DE OFÍCIO NO PROCESSO CIVIL

HAMILTON CARVALHIDO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor de Direito Penal.

Diversamente das Constituições anteriores¹, a vigente Constituição da República, na letra do inciso LV do seu artigo 5º, estendeu a garantia do duplo grau de jurisdição ao processo civil, compreendida no direito ao recurso, essencial à ampla defesa, preceituando que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Trata-se de norma constitucional expressa, com aplicação imediata², que tem como destinatários não mais apenas os acusados, mas também os litigantes, em processo judicial ou administrativo, informando, assim, na força da sua natureza e função dentro do sistema de direito positivo, a validade e a matéria das normas infraconstitucionais de processo.

¹ CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRASIL, art. 179, 8º “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei, e nestes, dentro de 24 horas, contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz e nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, o juiz, por uma nota por êle assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, o nome do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as”. CONSTITUIÇÃO DE 1891, art. 72, § 16 “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao prêsso e assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas”. CONSTITUIÇÃO DE 1934, art. 113, 24 “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a ela”. CONSTITUIÇÃO DE 1937, art. 122, inciso 11, 2ª parte “Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada, a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa”. CONSTITUIÇÃO DE 1946, art. 141, § 25 “É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao prêsso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória”. CONSTITUIÇÃO DE 1967, art. 26, § 15 “A lei assegurará aos acusados ampla defesa com os recursos a ela inerentes. Não haverá fóro privilegiado nem tribunais de exceção”.

² CONSTITUIÇÃO FEDERAL, artigo 5º, parágrafo 1º

Anteriormente, o duplo grau de jurisdição, na ciência do direito processual civil³, era deduzido fundamental e implicitamente do *due process of law*, como garantia dele indissociável, anotando o ilustre jurista J. J. Calmon de Passos, que o seu estudo “como garantia constitucional desmereceu, da parte dos estudiosos, em nosso meio, considerações maiores. Ou ele é simplesmente negado como tal ou, embora considerado como insito no sistema, fica sem fundamentação mais acurada, em que ao alto saber dos que o afirmam, certamente por força da larga admissibilidade dos recursos em nosso sistema processual, tradicionalmente, sem esquecer sua multiplicidade.”⁴

Tal garantia do duplo grau de jurisdição, que se contém no direito ao recurso⁵, essencial à ampla defesa, hoje ampliada aos litigantes em geral, em processo judicial ou administrativo, somente comporta, por óbvio, exceção também de natureza constitucional e se define, na cátedra dos cultores do direito processual civil, como o direito das partes ao reexame da sentença por um tribunal superior ao da decisão prolatada⁶.

³ Direito e Ciência do Direito são aqui distinguidos, definindo-se aquele como norma e esta como conhecimento que a tem como objeto

⁴ *In ESTUDOS JURÍDICOS EM HOMENAGEM A FACULDADE DE DIREITO DA BAHIA - 1891/1981*, p. 88. Saraiva. São Paulo, 1981.

⁵ V. FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, *PROCESSO PENAL. O DIREITO DE DEFESA: REPERCUSSÃO, AMPLITUDE E LIMITES*, p. 286/287, Forense, Rio de Janeiro, 1986. “Do Direito Recursal - Na instância cognoscitiva de primeiro grau, esgotou o acusado a sua atividade defensoria, terçando e pugnando para que as provas carreadas não conferissem embasamento a um decreto de preceito condenatório. Contudo, sucumbindo diante da condenação a final prolatada, assoma-se no espírito do sentenciado um sentimento natural de irresignação. Justo é, por conseguinte, que se lhe abra a perspectiva de ver apreciada essa sua irresignação, outorgando-se-lhe o ensejo de expor as razões pelas quais se insurge contra o édito condenatório e de provocar o reexame da matéria e, conseqüentemente, da defesa que exerceu no decorrer da relação processual penal. Dai aflorar o princípio do duplo grau de jurisdição, que, em primeiro lugar, visa satisfazer - como nota Moacyr Amaral Santos - uma exigência humana ‘Ninguém se conforma com uma única decisão que lhe seja favorável’ Ou, como pondera João Monteiro, recurso ‘é a expressão legal do instinto que leva todo homem a não se sujeitar, sem reação, ao conceito ou sentença do primeiro censor ou Juiz’.”

⁶ V. ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER E CÂNDIDO R. DINAMARCO, “Teoria Geral do Processo”, p. 41, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1984

MOACYR AMARAL DOS SANTOS, *COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*, p. 498, 1ª edição, Fonseca, Rio de Janeiro, 1976. “PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - O princípio do duplo grau de jurisdição, consagrado pela Revolução Francesa, consiste em admitir-se, como regra, o conhecimento e a decisão das causas por dois órgãos jurisdicionais, sucessivamente, o segundo de grau hierarquicamente superior ao primeiro. Nesse princípio se acha um dos alicerces dos recursos e de sua teoria. Trata-se de um princípio posto à disposição da parte vencida, à qual se concede o direito de recorrer da decisão para órgão jurisdicional hierarquicamente superior, a fim de que por este a matéria decidida seja reexaminada e novamente julgada.”

J. C. BARBOSA MOREIRA, *COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*, volume V, 6ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1993

A pluralidade de instâncias não se fez presente nos primórdios, em que a instância única era a regra. A possibilidade de erro ou má-fé introduziu a tendência ao reexame da sentença judicial, que, primeiro, foi função do próprio soberano delegante, somente se oferecendo como firmado o princípio do duplo grau de jurisdição, na Revolução Francesa.⁷

E foi da hierarquização dos graus de jurisdição que a apelação obteve historicamente a essência que hoje ostenta, apresentando-se como o recurso que, por excelência, manifesta o princípio do duplo grau de jurisdição, na força da devolutividade plena que o caracteriza.⁸

No direito brasileiro, cuja teoria dos recursos foi construída segundo princípios peculiares à tradição lusitana, observa Alfredo Buzaid, transcrevendo nota de Liebman às *Instituições de Direito Processual Civil* de Chiovenda, ao lado da apelação voluntária, “há essa figura de apelação, interposta pelo próprio juiz de sua sentença.”⁹

É a apelação *ex officio*, que foi adotada não apenas no processo penal, como por igual no processo civil, e em várias leis especiais com a denominação genérica de recurso *ex officio*.

Presente nas Ordenações Afonsinas¹⁰, Manuelinas¹¹ e Filipinas¹², a apelação *ex officio* foi trazida, pela primeira vez, ao processo civil, pela Lei de 4 de outubro de 1831, que a instituiu no caso de sentença contra a Fazenda Nacional (artigo 90).

Com a unificação do sistema processual, ficou a matéria assim disciplinada no artigo 822 do Código de Processo Civil, de 1939 (Decreto-lei nº 1.608), que entrou em vigor em 1º de março de 1940:

⁷ V. PONTES DE MIRANDA, *COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (1939)*, VOLUME XI, 2ª edição, p. 15, Forense, Rio de Janeiro, 1960.

⁸ V. ELIEZER ROSA, *DICIONÁRIO DE PROCESSO CIVIL*, p. 91, Rio de Janeiro, 1957.

⁹ *In ESTUDOS DE DIREITO*, p. 209, Saraiva, São Paulo, 1972.

¹⁰ *ORDENAÇÕES DO SENHOR REY D. AFFONSO V. LIVRO V. TITULO LVIII. 15 e 16* (Fundação Calouste Gulbenkian, p. 221) “15 - E se os querellosos quiserem acusar, e demandar, vaam per esses feitos en diante, ataa que dem em elles livramento com direito, e se acusar nom quizerem, tomem esses Juizes o feito polla Justiça, e façam essas acusaçoens aa custa dos querellosos, ie beens teverem, e se nom aa custa dos Concelhos, honde os malleficios sejam feitos, segundo he contheudo na Hordenaçom do Regno, e acabados esses feitos, se as partes nom appellarem, appellem elles pera Nós polla Justiça 16 - E em caso, que das querellas suso ditas se mostre, que o querelloso foi mallecioso em obrigar o preso, ou dar a querella, dizendo que foi dos casos suso ditos ou cada hui delles, e se mostrar que foi em reixa nova, appelle o Juiz, e mande a appellaçom, e tanto que esto assy acharem, prendam logo o querelloso, e nom o soltem atee que venha o desembargo da appellaçom e quando enviarem a appellaçom enviem

“Art. 822. A apelação necessária ou ex officio será interposta pelo juiz mediante simples declaração na sentença.

Parágrafo único. Haverá apelação necessária:

I – Das sentenças que declaram a nulidade do casamento;

II – Das que homologam o desquite amigável;

III – Das proferidas contra a União, o Estado ou o Município.”

(Decreto-lei nº 4.565, de 11 de agosto de 1942, artigo 31).

Em função da sua natureza de condição de eficácia da sentença, objeto de incansável reflexão no âmbito da ciência do direito processual, a apelação necessária ou *ex officio* é matéria do artigo 475 do vigente Código de Processo Civil, do seguinte teor:

“Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - que anular o casamento;

II - proferida contra a União, o Estado e o Município;

III - que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, n. VI).

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da

dizer como he preso o quereloso. pera lhe feer dada pena. e ao acusado feer julgada emmenda e corregimento da perda e dampno. que por ello recebeo”

¹¹ **ORDENAÇÕES DO SENHOR REY D. MANUEL. LIVRO V**

Titulo I. 2 (Fundação Calouste Gulbenkian. p. 5) *“E NOMSOOMENTE deuem apellar da sentença definitiva. mas ainda de qualquer interlocutoria que trogua tal agrauo que se nom possa despois reparar no caso d’apellaçam. assi como se o Juiz juiguasse meter o preso a tormento. cá dando loguo sua sentença á execuçam já nom poderá o preso reparar no caso d’apellaçam aquelle dâno. que hi recebesse. se nom for justamente atormentado. E por tanto se de tal sentença a parte apellar. secr-lhe-há recebida apellaçam. e se a parte nom apellar. o Julguador apellará por parte da Justiça”*

Titulo XLII. 3 (Fundação Calouste Gulbenkian. p. 126) *“E em todos os casos sobreditos a Justiça haa lugar. e se appellará por parte da Justiça quando cada hua das partes nom apellar. ou desistir da acusaçam. e esto assi da sentença definitiva dada em cada hua dos ditos casos. como da interlocutoria que aja força de definitiva(.)”*

¹² **ORDENAÇÕES E LEIS DO REINO DE PORTUGAL RECOPIADAS PER MANDADO DO MUITO ALTO CATHOLICO E PODEROSO REI DOM PHILIPPE O PRIMEIRO. LIVRO V. Titulo CXXII (Fundação Calouste Gulbenkian. p. 1282/1283).** *“Dos casos. em que a Justiça ha lugar e dos em que se appellara por parte da Justiça - Em todos os casos em que se receber querela. a Justiça ha lugar. e se appellara per parte della quando cada huma das partes não apellar. ou desistir da accusação - e isto assi da sentença definitiva como da interlocutoria que tenha força de definitiva(.)”*

parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los.”

Tem-se, desse modo, na obediência à letra da lei, que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, “a sentença proferida contra a União, o Estado e o Município; que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (artigo 585, n. VI).” (inciso III do artigo 475 do Código de Processo Civil).

E a interpretação sistemática dos incisos II e III do artigo 475 do Código de Processo Civil desvela que aquele rege, de forma extensiva, o reexame necessário no processo de conhecimento e este, de forma restritiva, o reexame necessário no processo de execução, admitindo-o, como o admite, apenas na “sentença que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (artigo 585, inciso VI).”

Por isso, preceitua o parágrafo único do mesmo artigo 475 do Código de Processo Civil:

“Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los.”

Também por isso, dispõe o artigo 520, inciso V, do Código de Processo Civil que “a apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo”, salvo “quando interposta de sentença que rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes”, caso em que será “recebida só no efeito devolutivo”.

Longe de incompatíveis, as disposições dos artigos 475, inciso III, e 520, inciso V, do Código de Processo Civil, ajustam-se à perfeição, na exata medida em que o reexame necessário, no processo de execução, é restringido pelo inciso III do artigo 475 do Código de Processo Civil apenas à hipótese de “sentença que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (artigo 585, inciso VI)” e o inciso V do artigo 520 do Código de Processo Civil suprime o efeito suspensivo à apelação da sentença que “rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes”, exurgindo manifesta a relação norma especial - norma geral que se estabelece entre as disposições legais processuais em questão.

E tanto mais evidentes se fazem a sustentada restrição do reexame necessário, no processo de execução, e a relação norma especial - norma geral que se estabelece entre os artigos 475, inciso III, e 520, inciso V, do Código de Processo Civil, quanto se tem presente que a alusão “(artigo 585, inciso VI)”, na disposição inserta no inciso III do artigo 475 do Código de Processo Civil, determina que se a recolha como a hipótese legal de sentença que julgar improcedente, não, a execução, mas, sim, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública, o que, mais uma vez, põe na luz da evidência, a sua pertinência exclusiva ao processo de execução e, neste, a restrição do reexame necessário aos embargos à execução de dívida ativa, quando julgados procedentes e, pois, contra a Fazenda Pública.

Não é outro o magistério de José Afonso da Silva, a propósito do inciso III do artigo 475 do Código de Processo Civil:

“Outro problema: é isto que está dito no inciso III: sentença que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública. Mas, na verdade, não se julga mais improcedente a execução no sistema deste Código. O Código agora uniformizou, unificou os meios de promoção da execução. No sistema anterior havia dois modos de promover a execução: o sistema dos artigos 882 e seguintes do Código, para execução das sentenças condenatórias; o sistema das ações executivas do art. 298, para os chamados títulos executivos não sentenciais, e, para a execução do título executivo da Fazenda Pública, o Dec. Lei nº 960.

*Ora, nestes casos, propostas as ações executivas, que eram um misto de atos executivos e de processo de conhecimento, havia, realmente, uma contestação (ou os embargos previstos no Dec. Lei nº 960 que tinham a natureza de contestação), daí se inserir, depois de penhora, um procedimento de conhecimento, dentro do processo executivo, pelo qual o juiz deveria julgar a própria procedência da ação. E se a julgasse procedente, aí se prosseguiria nos demais atos da execução com a avaliação, arrematação, etc. Ou se julgava improcedente a ação e aí se tinha um julgamento efetivo contra a Fazenda, e cabia o recurso *ex officio*. Mas agora isso não ocorre. Por quê? Porque a execução dos títulos extrajudiciais se realiza tal como a execução da sentença e a diferença está apenas na natureza dos títulos executivos, previstos no art. 584 - títulos executivos judiciais; sentenças*

condenatórias etc. e no art. 585, os chamados títulos executivos extrajudiciais: promissórias, letras de câmbio etc. No inciso VI, acha-se a certidão da dívida ativa, como título executivo extrajudicial da execução fiscal, execução que se processa tal como qualquer execução para recebimento de quantia certa, com penhora e demais atos da execução, sem uma decisão de julgamento da execução. O que ocorre? (Nisto é que deve ter entendido o texto). É que depois da penhora, em qualquer execução por quantia certa o executado pode opor embargos, mas estes não são contestação; estes embargos têm a natureza de ação; é uma ação contra os atos de execução, tendente à paralisação dos atos executivos, e, por isso mesmo, é que o recorrente é intimado para impugná-los, formando aqui um processo de conhecimento, visando a paralisar a execução; ação essa conexa com o processo de execução, que pode terminar com acolhimento dos embargos, ou com sua rejeição, isto é, julgando procedentes os embargos, ou julgando-os improcedentes. Ora, é exatamente quando se julgam os embargos procedentes, que envolve o prejuízo para a fazenda; é neste caso então que a decisão fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, e não como se diz aqui; portanto, deve entender-se, na verdade, o julgamento de procedência dos embargos, em vez de julgamento de improcedência da execução.”¹³

Da reflexão, contudo, do reexame necessário resulta, de forma manifesta, que as ações contra o Poder Público e aquelas de execução de dívida ativa por ele propostas, em sendo procedentes o pedido inicial, no primeiro caso, e os embargos do executado, no segundo caso, estão, na letra da lei, submetidas à competência funcional¹⁴, com o que se atribui a tais pleitos judiciais uma natureza complexa, enquanto participam, a um só tempo, da natureza dos processos próprios do primeiro grau de jurisdição e da natu-

¹³ In ESTUDOS SOBRE O NOVO CODIGO DE PROCESSO CIVIL, p. 192/194, Resenha Tributária, São Paulo

¹⁴ V. JOSÉ FREDERICO MARQUES, INSTITUIÇÕES DE PROCESSO CIVIL, volume I, p. 356, 2ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1962. “Fala-se em competência funcional quando se tem de determinar, num dado processo, os órgãos judiciários que devem participar da relação processual, e sobre a prática dos atos que lhe são atribuídos dentro desse processo. Cuida-se, pois, na competência funcional, de repartir o poder jurisdicional, entre órgãos judiciários, dentro de um mesmo processo. Como diz CHIOVENDA, ha competência funcional quando as ‘diversas funções necessárias num mesmo processo ou coordenadas à atuação da mesma vontade de lei são atribuídas a juizes diversos ou a órgãos judiciário diversos’”

reza dos processos da competência originária dos tribunais, por isso que a sentença tem a sua eficácia condicionada à sua confirmação no grau superior da jurisdição.

De tal natureza complexa, decorrem o tratamento desigual das partes, a supressão do direito ao reexame da decisão da demanda, com devolução plena e a impossibilidade de defesa da sentença favorável quando irrecorrida pela parte até então sucumbente, que fundam invencível desconforto às garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e, em especial, do duplo grau de jurisdição, pura consequência, em verdade, da preservação de rematado privilégio outorgado ao Poder Público¹⁵, incompatível com o Estado Democrático de Direito, porque próprio do processo autoritário e marca indelével do obscuro Estado Autoritarista que, a pretexto de segurança, viola garantias fundamentais.

De qualquer modo, diante do elastério que, por vezes, se tem atribuído ao reexame necessário, gize-se que as suas normas, pela afinidade que guardam com o autoritarismo, são de direito estrito e devem ser interpretadas restritivamente, em obséquio dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, até porque, ao menor desaviso, submeter-se-á o processo a tempos sociais prescritivos, denegatórios do direito a tutela jurisdicional.

Peremptas as razões históricas que sustentavam o duplo grau de jurisdição nas sentenças anulatórias de casamento (Código de Processo Civil, artigo 475, inciso I) e incontornável o desajuste dos privilégios do Poder Público aos direitos da pessoa humana, já tarda o banimento do reexame necessário da sede do processo civil, senão do próprio sistema de direito positivo brasileiro. ♦

¹⁵ V. HUMBERTO THEODORO JUNIOR, CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, volume I, p. 534, 11ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1994. *“Quanto ao conteúdo do julgamento que o Tribunal deve pronunciar por força do reexame ex officio, há de lembrar-se que, quando o duplo grau de jurisdição opera como um remédio processual de tutela dos interesses de uma das partes, como é o caso da Fazenda Pública, não pode a reapreciação da instância superior conduzir a um agravamento da situação do Poder Público, sob pena de cometer-se uma intolerável reformatio in pejus. Dessa maneira, a sentença só poderá ser alterada contra a Fazenda quando, a par da remessa ex officio, houver também recurso voluntário da parte contrária”*