

**FLÁVIO BUONADUCE BORGES**

**JULGAMENTO ANTECIPADO EM SEGUNDO**

**GRAU:**

**a utilização do § 3º do art. 515 do CPC nos  
julgamentos de agravo de instrumento**

**MESTRADO EM DIREITO**

**PUC/SP**

**São Paulo**

**2008**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**FLÁVIO BUONADUCE BORGES**

**JULGAMENTO ANTECIPADO EM SEGUNDO**

**GRAU:**

**a utilização do § 3º do art. 515 do CPC nos  
julgamentos de agravo de instrumento**

Dissertação de Mestrado  
apresentada à Banca Examinadora  
da Pontifícia Universidade Católica  
de São Paulo, como exigência  
parcial para obtenção do título de  
Mestre em Direito Processual Civil,  
sob a orientação da Professora  
Doutora Arlete Ines Aurelli.

**PUC/SP**

**São Paulo**

**2008**

Banca Examinadora

---

Profa. Dra. Arlete Ines Aurelli

---

Profa. Dra. Teresa Arruda Alvim Wambier

---

Profa. Dra. Valentina Jungmann Cintra Alla

Dedico este trabalho a todos aqueles, amigos e professores, que não me deixaram esmorecer frente às dificuldades naturais que enfrentei ao cursar o mestrado na PUC de São Paulo, mesmo sendo de outro Estado da federação.

Devo um especial agradecimento aos meus pais, Marcos e Neide, meus constantes incentivadores; à minha esposa Liziane, escora fundamental para o meu equilíbrio emocional e profissional; aos meus filhos Diego e Vitor, pela paciência em relação às minhas ausências; a minha irmã Valéria, que me substituiu nos momentos necessários junto ao escritório; e a Didi e Luiz Manoel pais adotivos do tema ora apresentado.

## RESUMO

O presente trabalho se inicia através de uma abordagem histórica dos recursos, passando por uma análise pontual tanto da origem como dos efeitos existentes na apelação e no agravo de instrumento, chegando ao seu núcleo examinando a possibilidade de se utilizar uma faculdade atribuída aos tribunais, quando da apreciação de uma apelação, no julgamento de um agravo de instrumento. Tal possibilidade encontra-se disciplinada no § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, onde prevê que, em casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o tribunal poderá, encontrando-se convencido sobre a matéria colocada à sua apreciação, e sendo ela só de direito, julgar desde logo a lide. Assim, se avaliará a possibilidade de aplicação da regra do § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil no julgamento do Agravo de Instrumento, decidindo o mérito da controvérsia, ainda que não haja qualquer decisão do juiz de primeiro grau.

**Palavras Chave:** Recurso. Apelação. Agravo de Instrumento. Art. 515, § 3º, do CPC. Julgamento antecipado no Tribunal. Utilização no caso de julgamento de Agravo de Instrumento.

## ABSTRACT

This paper begins with a historic approach to the recourses, going through a point by analysis of the origin as well as the existing effects on the appeal and on the bill of review, arriving at its core by examining the possibility of using an ability attributed to the courts, through the appraisal of an appeal, in the judgement of a bill of review. Such a possibility is found regulated in § 3º, of article 515 of the Civil Process Code, where it is foreseen that in cases of the conclusion of the process without judgement of the merit, the court may, upon finding itself convinced about the matter placed before it, and being only of law, immediately decide the dispute. Therefore, the court will evaluate the possibility of the application of the rule of §3º, article 515, of the Civil Process Code in the judgement of the Bill of Review, deciding upon the merit of the controversy, even if there has not been a decision by the first instance court.

Palavras-Chave: Recourses. Bill of Review. Article 515, § 3º, of the Civil Process Code. Summary judgement in the Court. Use in the case of judgement.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. ORIGEM HISTÓRICA DOS RECURSOS.....	12
2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DOS RECURSOS.....	16
2.1 Princípios informativos.....	16
2.2 Princípios fundamentais.....	18
2.2.1 Duplo grau de jurisdição.....	18
2.2.2 Taxatividade ou <i>numerus clausus</i> .....	23
2.2.3 Singularidade ou unirrecorribilidade.....	24
2.2.4 Fungibilidade.....	26
2.2.5 Dialeiticidade.....	31
2.2.6 Voluntariedade.....	31
2.2.7 Proibição da <i>reformatio in pejus</i> .....	32
2.2.8 Complementaridade.....	35
3. EFEITOS DOS RECURSOS.....	36
3.1 Efeito devolutivo.....	36
3.2 Efeito translativo.....	41
3.3 Efeito suspensivo.....	44
3.4 Efeito expansivo.....	47
3.5 Efeito ativo.....	49
3.6 Efeito substitutivo.....	51
4. RECURSO DE APELAÇÃO.....	53
4.1 Origem.....	54
4.2 Efeitos.....	58
4.2.1 Art. 515 do CPC.....	59
4.2.2 Art. 516 do CPC.....	66

5. RECURSO DE AGRAVO.....	68
5.1 Origem.....	69
5.2 Efeitos.....	73
5.2.1 Efeito devolutivo.....	73
5.2.2 Efeito translativo.....	76
5.2.3 Efeito suspensivo.....	76
5.2.4 Efeito ativo.....	85
5.2.5 Efeito expansivo.....	87
6. O § 3º do art. 515 do CPC.....	88
7. O § 3º do art. 515 do CPC no recuso de agravo de instrumento.....	104
CONCLUSÃO.....	109
REFERÊNCIAS.....	111

## INTRODUÇÃO

O inconformismo do ser humano em relação a situações que lhe são desfavoráveis quer na esfera da vida civil, quer na esfera da vida judiciosa, é característica inerente e que se encontra presente em toda a história da humanidade.

Esta faceta humana serve como uma justificativa para o aparecimento do próprio sistema recursal. É natural a resistência que um jurisdicionado demonstra ao receber uma declaração judicial que vai em desencontro com o seu interesse. Principalmente quando esta declaração judicial é a primeira emitida pelo Poder Judiciário. Ao menos uma vez gostaria o jurisdicionado de ver a decisão que lhe foi desfavorável ser revista. Esta possibilidade de revisão, além de assegurar um processo mais transparente, possibilita um maior acerto do Poder Público na tarefa da distribuição da Justiça. Os recursos se prestam para isso, evitando a consolidação de possíveis injustiças em razão de equívocos processuais. Há uma maior possibilidade de acerto se os julgados forem submetidos ao crivo de uma revisão.

Ocorre que o sistema recursal vem sendo considerado um dos vilões da distribuição célere da prestação jurisdicional. Não é difícil encontrar discursos no sentido de responsabilizar a quantidade de recursos pela demora na prestação jurisdicional. E esta fala, por vezes, tem provocado uma série de modificações legislativas incidentes sobre o sistema recursal.

Um dos recursos que sistematicamente vem sofrendo alterações é o de Agravo. Em especial, o Agravo interposto de forma instrumental. E como ele é um remédio previsto para atacar decisões tidas como interlocutórias, sofre a pressão de ser um entrave na diminuição do tempo que cada processo leva.

Uma das formas que a doutrina e a jurisprudência vem se utilizando para modificar esta situação é a utilização de um preceito previsto para outro tipo de recurso, o de apelação, no qual, em casos em que ocorre a extinção do processo sem julgamento do mérito, pode o Tribunal, ao apreciar o recurso, reformar a decisão e analisar o mérito que sequer foi objeto da sentença, desde que a matéria seja unicamente de direito e esteja o colegiado em condições de imediato julgamento. É o que prevê o § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil.

Será esta a tônica do presente trabalho. Verificar se é possível, se não há qualquer conflito, na utilização deste preceito no julgamento do recurso de agravo de instrumento.

## 1

**ORIGEM HISTÓRICA DOS RECURSOS**

Ao se buscar a origem dos recursos, acabamos misturando esta origem à própria história da humanidade. Desde os mais remotos tempos, há notícias de que as pessoas sempre buscaram, de uma forma ou de outra, recorrer, reclamar das decisões que lhe causavam algum tipo de prejuízo. E isto não ocorreu diferente no caso do Direito. O conhecido ato de recorrer é garantia arraigada nos destinos dos mais antigos e variados povos.

A razão desta conduta está ligada a dois fatos dito geradores.

O primeiro, de natureza meramente fisiológica<sup>1</sup>, demonstra a irrisignação do ser humano que, já dentro da própria sociedade familiar, quando criança, tenta recorrer à mãe das decisões contrárias aos seus interesses proferidas pelo pai. Ou seja, o ser humano reage naturalmente contra uma decisão que lhe é desfavorável, não se conformando com um único julgamento.

Já o segundo, é um aspecto eminentemente funcional, ante a possibilidade do erro e da má-fé do julgador<sup>2</sup>.

Mas, como dito, a história do recurso está diretamente ligada à história da humanidade.

No Egito antigo, haviam tribunais de diferentes ordens, a cuja frente estava uma corte suprema, composta de trinta membros, escolhido por Tebas, Mênfis e

---

<sup>1</sup> REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Obra citada*, p. 78.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 78.

Heliópolis, principais cidades daquela época<sup>3</sup>. Neste sistema, já havia um recurso que se assemelhava a apelação.

Entre os judeus, no êxodo, vamos encontrar estruturado um sistema semelhante. O Sinédrio, conselho de sentença, ocupava a cúpula desta ordem, com competência para conhecer dos negócios por meio de recursos dos conselhos inferiores<sup>4</sup>.

Em Roma, berço da nossa cultura jurídica, o sistema processual e sua organização judiciária devem ser analisados em três fases sucessivas que acompanham o próprio desenrolar de sua história. Estas fases foram chamadas de fase da *legis actiones* (ações da lei), que vigorou desde a fundação de Roma até o fim da República; fase da *per formulas* (processo formular), vigente no Império, durante o Principado; e fase da *cognitio extra ordinem* (processo extraordinário), vigente durante o Dominato. Durante estes três períodos, o direito romano passou por uma transformação, indo de uma Justiça mista, aplicada pelo Estado e por uma Justiça arbitral (*Ordo Iudiciorum Privatorum*), para uma organização judiciária eminentemente estatal<sup>5</sup>.

O direito romano, em especial em sua fase republicana, sob a égide das *legis actiones* não existiu propriamente um recurso com os mesmos contornos da nossa apelação, pois as decisões, neste período, eram irrecorríveis, tanto no cível como no criminal. Admitia-se apenas a *provocatio*, que consistia na convocação dos comícios populares para pedir clemência<sup>6</sup>.

No período formular existiram vias extraordinárias de ataque ao julgado denominadas *intercessio*<sup>7</sup>, *revocatio in duplum*<sup>8</sup> e a *restitutio in integrum*<sup>9</sup>. Mesmo com

---

<sup>3</sup> Borges, Marcos Afonso. *Embargos Infringentes*, p. 6.

<sup>4</sup> Borges, Marcos Afonso. *Princípios de direito processual: civil e agrário*, p. 21.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p.. 22.

<sup>6</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. P. 28.

<sup>7</sup> A *intercessio* era a possibilidade que tinha o juiz de intervir e impedir que uma lei ou uma ordem judicial, que fosse contrária e atentatória às liberdades públicas, fosse executada.

<sup>8</sup> A *revocatio in duplum* era uma forma que o vencido possuía para acionar o autor e tentar anular a decisão fundada em vício de forma e de fundo. Caso fosse vencido mais uma vez, teria que pagar em dobro o *quantum* da condenação.

denominações diversas, e fundando-se em motivos diversos ao de uma revisão, estes remédios produziam efeitos semelhantes ao ocasionado pelo recurso<sup>10</sup>.

Somente no período do Império, iniciado no ano de 294 d.C., sob o governo do Imperador Diocleciano, é que o governo imperial delega as funções jurisdicionais a funcionários do Estado, aos quais, por solicitação do interessado, incumbia presidir e dirigir o processo do começo ao fim, até a execução. É neste período, da *cognitio extraordinária*, que surge um remédio que visava à reapreciação de decisões por um órgão superior, denominado *appellatio*. Este recurso era interposto no prazo de 03 (três) dias úteis ou 10 (dez) dias contíguos, dirigido ao Imperador e ao *praefectus pretorii* (magistrado superior). Posteriormente, o Imperador delegou competência ao *praefectus urbis* (magistrado inferior), a quem competia elaborar um relatório da causa. O recurso poderia ser verbal ou escrito, por meio do chamado *libellus appellatorius*, e possuía efeito devolutivo e suspensivo. O magistrado superior poderia não se abster as razões do recurso e ao relatório elaborado pelo magistrado inferior. Se entendesse necessário, poderia determinar a realização de provas. Para tanto, tinha o prazo de 02 (dois) anos para julgar o recurso. Se o recurso fosse considerado temerário, o recorrente era condenado a pagar as custas em quádruplo e, em sendo pobre e despido de bens, condenado a trabalhos forçados<sup>11</sup>.

Já entre os bárbaros, com a queda de Roma, predominou nos primeiros tempos o procedimento germânico. Não havia o costume de se recorrer contra as decisões que eram tomadas pelas assembleias dos homens livres, conhecidas como *Ding*, o que prosseguiu no sistema feudal. Mas com o passar do tempo, e com a divisão do poder de julgar, passou-se a admitir meios de revisão destas decisões.

No Direito Canônico, por sua vez, o sistema recursal teve lugar de destaque, nos moldes romanos. Contudo, o costume de apelar de todas as decisões gerou um movimento de restrição às hipóteses de cabimento do recurso. O Concílio de Trento restringiu o recebimento das apelações quando interpostas contra sentenças chamadas interlocutórias, salvo se estas tivessem força definitiva.

---

<sup>9</sup> A *restitutio in integrum* objetivava anular os atos executados e, conseqüentemente, restituir as coisas ao estado anterior, como se o ato nunca tivesse sido consumado.

<sup>10</sup> BORGES, Marcos Afonso. Princípios de direito processual: civil e agrário. p. 33/34.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 37.

E no Direito Português, segundo alguns escritores, o direito de recorrer é reconhecido desde a monarquia, considerando as chamadas “querimas ou querimônias” como as apelações e agravos ou queixas ao rei. Tanto as Ordenações Afonsinas, como as Manuelinas e as Filipinas, e legislações posteriores, albergaram vias recursais.

Quando da descoberta do Brasil, vigorava em Portugal as Ordenações Afonsinas, que, como não poderia deixar de ser, passaram a ser aplicadas em nosso país. A parte recursal estava prevista no Livro III, títulos LXXI a LXXXVI<sup>12</sup>, respectivamente. E, tanto durante o período do império como no Brasil República, não houve alteração legislativa no que concernia aos recursos. E os últimos Códigos de Processo Unitário de 1939 e de 1973, ao serem promulgados, seguiram a tradição, sofrendo reformas a partir de então.

---

<sup>12</sup> Ordenações do Senhor Rei D. Affonso V, 1786, Liv. III, p. 261-327.

## 2

**PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DOS RECURSOS**

Os princípios são elementos indispensáveis a compreensão e a aplicação do Direito. Ao se analisar um princípio, associa-se a idéia de mandamento, parâmetro, ponto central de onde partem os pensamentos dos doutrinadores, e, por consequência, dos estudiosos, no momento de interpretar e normativizar a aplicação do próprio Direito. “No campo do direito, princípios significam os pressupostos, mandamentos básicos que servem de ponto inicial ou de elementos imprescindíveis à compreensão da norma jurídica: são linha diretivas que informam as normas e orientam a sua interpretação”<sup>13</sup>. Segundo a doutrina, são normas “fundantes” do sistema jurídico<sup>14</sup>.

Sendo assim, torna-se indispensável uma análise perfunctória dos principais princípios que norteiam a teoria geral dos recursos.

Há entendimento majoritário que os princípios no direito processual civil podem ser divididos em dois: princípios informativos e princípios fundamentais.

**2.1 PRINCÍPIOS INFORMATIVOS**

Os princípios informativos são considerados regras de caráter técnico, sendo aplicados a todas regras processuais como máxima universalmente aceita. Além de não necessitarem ser demonstrados, e não se basearem em outros critérios que não

---

<sup>13</sup> Lopes de Oliveira, Gleydson Kleber. *Obra citada*, p. 23.

<sup>14</sup> Wambier, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*, p. 66.

os técnicos, não possuem nenhum conteúdo ideológico. Os princípios informativos são os seguintes: lógico, jurídico, político e econômico<sup>15</sup>.

O princípio lógico, como a própria denominação demonstra, prevê que o sistema processual deve se desenvolver através de uma estrutura lógica. Primeiro a petição inicial, observando os requisitos indispensáveis para a sua apreciação, narrando-se os fatos e fundamentos jurídicos e posteriormente deduzindo o pedido. Só depois vem a contestação, alegando inicialmente as preliminares e posteriormente o mérito<sup>16</sup>. Ou seja, tudo deve ocorrer de forma ordenada e cronológica, buscando o fim a que é destinado o processo.

Pelo princípio jurídico verifica-se a necessidade de que o processo se desenvolva observando as regras pré-estabelecidas pelo ordenamento jurídico, respeitando a isonomia entre os litigantes e a correta aplicação do direito objetivo.

O princípio político significa que o processo tem uma função social. Que ele existe exatamente para atender aos reclamos do jurisdicionado no momento em que ele tiver que valer seu direito objetivo. Exprime a idéia de que o processo deve servir ao cidadão, mesmo que haja uma lacuna legislativa. O juiz tem o dever de sentenciar, mesmo que para isso sirva-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito<sup>17</sup>.

O princípio econômico está ligado ao tempo que o processo leva para chegar ao seu fim. Deve-se ter em mente que o processo deve atingir o seu fim no menor espaço de tempo e com o menor esforço necessário, respeitadas as garantias das partes e as regras procedimentais.

---

<sup>15</sup> Nery Junior, Nelson. Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos, p. 35.

<sup>16</sup> Nery Junior, Nelson. Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos, p. 35.

<sup>17</sup> Tal hipótese já é contemplada no atual Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 126.

## 2.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Diversamente do que ocorre com os princípios informativos, os princípios fundamentais são dotados de carga político-ideológica. Ao tratarmos dos princípios gerais dos recursos, estamos falando dos princípios fundamentais, que englobam tantos os princípios recursais com os do direito processual civil como um todo. Contudo, analisaremos somente os princípios fundamentais atinentes à teoria dos recursos cíveis, que é o que nos interessa nesta monografia.

Em regra, a doutrina tende a apontar, com algumas variações de um doutrinador para outro, os seguintes princípios recursais: duplo grau de jurisdição, taxatividade ou *numerus clausus*, singularidade ou unirrecorribilidade, fungibilidade, dialeticidade, irrecorribilidade em separado das interlocutórias, proibição da *reformatio in pejus*, complementaridade, disponibilidade, decisão juridicamente relevante<sup>18</sup>. Vejamos cada um deles detidamente.

### 2.2.1 Duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição, consagrado pela Revolução Francesa, está atrelado à própria razão de existir dos recursos, pois, através de sua observância, se busca evitar a possibilidade de abuso de poder por parte do juiz, o que poderia ocorrer senão houvesse previsão de revisão desta decisão por outro órgão do Poder Judiciário. Este princípio consagra a idéia de que as causas levadas à apreciação do Poder Judiciário serão decididas, de início, por dois órgãos jurisdicionais, de forma sucessiva, e sendo o segundo grau, em regra, hierarquicamente superior ao primeiro. Consiste, portanto, na idéia de que a lide poderá ser submetida a exames sucessivos.

Naturalmente, este princípio sofreu, e ainda sofre objeções por parte da comunidade jurídica. Como justificativas desta parte da doutrina, hoje

---

<sup>18</sup> Dentre eles: Nery Junior, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, p. 35 e segs. Amaral Santos, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, p. 86 e segs.. Wambier, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*, p. 66 e segs..

reduzidíssima<sup>19</sup>, podemos destacar que: a confirmação da sentença representa supérflua atividade para o Judiciário; a reforma de sentença desprestigia o Judiciário, atestando o erro do órgão julgador; retarda a prestação jurisdicional; julgar por último nem sempre significa julgar melhor; ter o segundo julgamento não significa que ele é mais justo que o primeiro, etc.

Contudo, as vantagens em sua adoção são, sem sombra de dúvidas, muito maiores. O inconformismo humano a uma única decisão é abrandado ao se adotar a idéia de que todos os casos serão decididos com base em dois julgamentos, no mínimo. Além disso, é evidente que a possibilidade de revisão das decisões reduz sensivelmente a possibilidade de erro no julgamento. Todos nós somos humanos e passíveis de erros. Não podemos deixar de pensar que a possibilidade de revisão da decisão acarreta naturalmente a idéia de que ela estará sendo purificada ao ser analisada por um órgão hierarquicamente superior, sendo revista por julgadores de maior experiência. E outorgar poder absoluto a um só órgão julgador poderia acarretar sentenças de má qualidade. Isto sem falar na possibilidade de legalizarmos uma ditadura judicial, pois contra aquele ato não haveria nenhuma ferramenta para se insurgir contra.

“Tendo em vista a falibilidade do ser humano, não seria razoável pretender-se fosse o juiz homem imune de falhas, capaz de decidir de modo definitivo sem que ninguém pudesse questioná-lo em sua fundamentação ao julgar”<sup>20</sup>.

“A possibilidade do reexame recomenda ao juiz inferior maior cuidado na elaboração da sentença e o estímulo ao aprimoramento de suas aptidões funcionais, como título para a sua ascensão nos quadros da magistratura. O órgão de grau superior, pela sua maior experiência, acha-se mais habilitado para reexaminar a causa e apreciar a sentença anterior, a qual,

---

<sup>19</sup> In Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. Teoria Geral do Processo. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. P. 80.

<sup>20</sup> Nery Junior, Nelson. Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos, p. 39.

por sua vez, funciona como elemento e freio à nova decisão que se vier a proferir”<sup>21</sup>.

Portanto, pode-se afirmar que a adoção do princípio do duplo grau de jurisdição é garantia fundamental de uma boa justiça. Isto sem falar na importância política que este princípio possui, pois nenhum ato estatal pode ficar imune a um necessário controle. E, com tal importância, devemos analisar se este princípio foi consagrado pelo direito positivo brasileiro, o que, mais adiante, refletirá diretamente no núcleo do presente trabalho.

Para uma substancial parcela da doutrina, com a qual comungamos, o princípio do duplo grau de jurisdição está consagrado pela própria Constituição Federal, inobstante não haver preceito expresso<sup>22</sup>. Ele está ínsito em nosso sistema constitucional, mas não chega a figurar como uma garantia constitucional, pois não figura como cláusula pétrea em nossa Carta Magna.

A Constituição do Império, de 1824, foi a única constituição brasileira a consagrar expressamente, em seu art. 158<sup>23</sup>, o princípio do duplo grau de jurisdição. Esta previsão era tida como ilimitada. Pelo que se viu, o legislador ordinário não podia limitar os casos de cabimento de recurso, pois a carta imperial previa textualmente que as causas fossem decididas em segunda e última instância pelo Tribunal de Relações.

Nas demais constituições, o princípio do duplo grau de jurisdição esteve previsto de forma genérica, normalmente considerado um princípio constitucional derivado do princípio do devido processo legal. Além disso, a sua previsão não era mais tida como ilimitada. Poderia o legislador ordinário, a partir de então, limitar os casos de cabimento de recurso.

---

<sup>21</sup> Amaral Santos, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, p. 86.

<sup>22</sup> Dentre eles: Nery Junior, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, p. 35 e segs. Amaral Santos, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, p. 86 e segs.. Wambier, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*, p. 66 e segs..

<sup>23</sup> “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”.

Hipótese neste sentido que inclusive contradizia a própria Constituição do Império de 1824, e que na visão de Nelson Nery Júnior já era inconstitucional<sup>24</sup>, contida no art. 646, do Decreto 737/1850, que regulava o processo comercial e posteriormente o civil, restringia a interposição da apelação para o Tribunal de Relação a causas que excedessem o valor de 200\$. Mais adiante, veremos este tipo de limitação, como outros, presentes na vigente Carta Magna de nosso país.

Afirma-se que o princípio do duplo grau de jurisdição está contido na atual Constituição Federal quando esta Carta, de forma textual, prevê o princípio do devido processo legal<sup>25</sup>. Ou seja, a previsão do primeiro está ligada, como dito anteriormente, de forma derivada à previsão do segundo. Mas repita-se, não chega a figurar como uma garantia constitucional, e sim como um princípio constitucional.

Além disso, quando se estabelece que os tribunais do país terão competência para julgar causas originariamente ou em grau de recurso, também se está assegurando a observância do princípio do duplo grau de jurisdição. E, mesmo havendo balizadas discordâncias<sup>26</sup>, não há como negar que a previsão dos recursos especial e extraordinário, nos arts. 102<sup>27</sup> e 105<sup>28</sup> da Constituição Federal, são demonstrações inquestionáveis de que o constituinte de 1988 pretendeu valorizar o princípio do duplo grau de jurisdição no texto constitucional, mesmo que de forma subsidiária ao princípio do devido processo legal.

---

<sup>24</sup> “O Decreto 737/1850, que regulava somente o processo comercial, passou a reger o civil por força do de n. 763, de 19.9.1890. Ambos deveriam respeitar a Constituição Imperial de 1824 que, como já se disse, restou revogada em 1891. O legislador de 1850 não poderia, por impeditivo constitucional, restringir o cabimento da apelação ao valor da causa, pois o jurisdicionado tinha direito garantido pela Constituição de ver a causa julgada em segunda e última instância pela Relação de sua província”. *In* Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos. 5ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. P. 40/41.

<sup>25</sup> Laspro, Orestes Nestor. Garantia do duplo grau de jurisdição, p. 200.

<sup>26</sup> Para Ada Pellegrini Grinover, “o princípio do duplo grau de jurisdição exaure-se nos recursos cabíveis no âmbito de cada organismo judiciário (ou ‘justiças’). O recurso extraordinário – embora tenha indubitavelmente a natureza de recurso – não é preordenado a corrigir injustiças nos casos concretos, mas é destinado à tutela do ordenamento jurídico nacional” (Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil, p. 141-142).

<sup>27</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...)”.

<sup>28</sup> “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (...)”.

Assim, o princípio do duplo grau de jurisdição não é absoluto na atual Constituição. Não figura como uma garantia constitucional<sup>29</sup>. Lembra Flávio Cheim Jorge<sup>30</sup>, que a própria Constituição Federal, em mais de uma oportunidade, prevê situações em que há limitação do duplo grau de jurisdição. Dentre eles, a hipótese do art. 102, I, *b* da Constituição Federal, que prevê o julgamento do presidente da república pelo Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns. Ou no caso do art. 121, § 3º, da Carta Constitucional, que prevê a irrecorribilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo quando contrariem a Constituição Federal.

Além disso, há uma série de limitações impostas por normas infra-constitucionais<sup>31</sup>. Podemos citar, por exemplo, o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, instituído pela Lei n. 9.099/95, que prevê o cabimento de recurso contra a sentença do juiz para o próprio Juizado (art. 41); a Lei de Execução Fiscal, que condiciona a apelação a causas de valor acima de 50 OTNs (art. 34, *caput*).

Mesmo havendo limitação, o princípio do duplo grau de jurisdição é princípio insito à Constituição Federal, o que quer dizer que a lei ordinária não pode suprimir

---

<sup>29</sup> “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ESGOTAMENTO DO LAPSO ASSINALADO NO ART. 67 DO ADCT. PRAZO ASSINALADO EM FAVOR DA DEMARCAÇÃO E DOS INTERESSES DOS INDÍGENAS. INEXISTÊNCIA DE GARANTIA CONSTITUCIONAL AO DUPLO GRAU ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. OFENSA ÀS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. 1. O art. 67 do ADCT não estipula prazo decadencial para a realização da providência ali determinada. Trata-se de prazo destinado a impulsionar o cumprimento pela União do dever constitucionalmente imposto de delimitar e proteger as áreas tradicionalmente ocupadas pelos índios, as quais são "inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (art. 231). Não tem o decurso do prazo, assim, evidentemente, o efeito de desincumbir o Poder Público desse encargo. O prazo foi fixado em benefício da demarcação e dos interesses dos indígenas, e não contra eles. 2. **Esta Corte, na esteira da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, assentou o entendimento segundo o qual não há, na Constituição de 1988, garantia de duplo grau de jurisdição administrativa**” (MS 10269/DF, S1, rel. Min. José Delgado, j. 14.09.2005, DJ 17.10.2005, p. 162) (nosso grifo).

<sup>30</sup> *In* Teoria Geral dos Recursos Cíveis, p. 31.

<sup>31</sup> “AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. VALOR INFERIOR A 60(SESENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS. DISPENSA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. 1. Na hipótese de execução com valor inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, é dispensável o duplo grau de jurisdição de que trata o art. 475, § 2º, do CPC. 2. Agravo regimental improvido” (AgRg no REsp 852678/SP, 2ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 23.10.2007, DJ 22.11.2007, p. 229). No mesmo sentido: REsp 639836/SE, 5ª T., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 28.09.2005, DJ 07.11.2005, p. 345.

recursos pura e simplesmente. Ao restringirem o cabimento de recursos, não estão infringindo o texto constitucional, nem tampouco não observando o princípio do duplo grau de jurisdição. O princípio assegura a possibilidade de reexame das decisões. Mas esta possibilidade poder ser enquadrada, limitada, a situações específicas. Seria infringência se ocorresse a supressão total das hipóteses recursais, e se o referido princípio figurasse expressamente na Constituição Federal, o que não é o caso.

### 2.2.2 Taxatividade ou *numerus clausus*

Deste princípio, decorre a idéia de que somente são considerados recursos aptos a serem conhecidos pelos órgãos competentes os previstos em Lei. Ou seja, não existe qualquer possibilidade das partes criarem recursos para exercitarem seu inconformismo diante das decisões que lhes foram desfavoráveis. Só há a possibilidade de recorrer destas decisões através dos recursos enumerados pela Lei.

Havendo esta imposição, importante saber de quem é a competência para legislar sobre matéria recursal. Em nosso país, é da União, consoante o inc. I, do art. 22, da Constituição Federal<sup>32</sup>. Não se pode confundir tal competência, entretanto, com a que é prevista tanto a União, como aos Estados e Distrito Federal, pelo inc. XI, do art. 24, da mesma Carta Magna<sup>33</sup>, no tocante a normas procedimentais, o que é algo bastante diferente.

Somente para citar, os recursos cabíveis pela nossa legislação processual vigente estão previstos no art. 496 do Código de Processo Civil, além dos previstos em legislações federais extravagantes<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”

<sup>33</sup> “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislador concorrentemente sobre: (...) XI – procedimentos em matéria processual;”

<sup>34</sup> “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DESCABIMENTO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE RECURSAL. AUSÊNCIA DE ATAQUE ESPECÍFICO AO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ. I – Não tendo a agravante impugnado, especificamente, o fundamento da decisão agravada, aplica-se a Súmula n. 182/STJ, in casu. II –

### 2.2.3 Singularidade ou unirrecorribilidade

Este princípio prestigia a idéia que para cada decisão só há a possibilidade de se utilizar de um único recurso. Ou seja, o que se busca impedir é a possibilidade de interposição simultânea ou cumulativa de mais de um recurso contra o mesmo ato judicial.

O Código de Processo Civil de 1939 contemplava expressamente este princípio, em seu art. 809, dispõe que “a parte poderá variar de recurso dentro do prazo legal, não podendo, todavia, usar, ao mesmo tempo, de mais de um recurso”.

Já o atual Código de Processo Civil não incorpora expressamente tal princípio. Mas a sua presença decorre de uma interpretação conjugada dos arts. 496, que enumera os recursos cabíveis na nossa legislação, 162, que classifica os atos praticados pelo juiz, 504, que obsta a interposição de recurso contra despachos de mero expediente, 513, que prevê a apelação como recurso oponível contra sentença, e 522, que descreve o recurso de agravo como o adequado para atacar decisões interlocutórias.

Contudo, a discussão quanto a possibilidade de uma decisão ser analisada em capítulos, ou seja, em partes estanques, provoca uma divergência doutrinária quanto a situações que podem excepcionar o princípio da singularidade. É o caso, por exemplo, da redação do antigo art. 498, do Código de Processo Civil, que previa a interposição simultânea dos embargos infringentes e recurso extraordinário ou especial. Agora, com a alteração deste artigo do CPC<sup>35</sup>, determinada pela Lei n. 10.352/2001, o prazo de interposição do recurso extraordinário ou especial fica suspenso quando houver embargos infringentes opostos contra o mesmo acórdão

---

No sistema processual recursal vige o princípio da taxatividade, assim, somente serão admissíveis embargos de divergência em agravo regimental quando o acórdão examinou tese jurídica meritória em recurso especial ou em agravo de instrumento nas hipóteses do art. 544, § 3º, do CPC. Precedentes desta Corte Especial: AgRg na Pet n. 1840/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 19/05/2003; AgRg na Pet n. 3435/SP, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ de 10/10/2005 e AgRg na Pet n. 5125/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 12/02/2007. III – Agravo regimental improvido” (AgRg na Pet 4951/RJ, CE, rel. Min. Francisco Falcão, j. 15.08.2007, DJ 17.09.2007, p. 193.

<sup>35</sup> “Art. 498. Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos.”

pendente de julgamento, pondo fim, neste ponto, a tal discussão. Parece-nos que agora só há a hipótese do art. 541, do CPC<sup>36</sup>, que prevê a interposição do recurso extraordinário e especial contra o mesmo acórdão no mesmo prazo recursal.

Mas devemos observar que tal situação não caracteriza uma quebra à regra da singularidade ou unirecorribilidade dos recursos. Parcela da doutrina entende, inclusive, ser caso de excepcionalidade<sup>37</sup>.

Deve ser ressaltado também que o legislador processual classifica os pronunciamentos judiciais de forma finalística. “Com isso queremos dizer que, para o sistema do código, tanto na classificação dos atos do juiz, quanto na consideração sobre sua recorribilidade, é importante somente a aferição *finalística* do conteúdo desse mesmo ato”<sup>38</sup>. Ou seja, cada ato judicial poderá ser atacado através de um único recurso, tomando por base a sua característica conclusiva; se sentença, se decisão interlocutória ou se despacho. Por mais que o pronunciamento judicial decida varais questões em um mesmo ato, este poderá ser classificado somente de uma forma. Não há como considerarmos a existência de um pronunciamento judicial que seja, ao mesmo tempo, sentença e decisão interlocutória. Esta é a regra<sup>39</sup>.

Podemos citar situações pontuais que fugirão à esta regra. Como é o caso da sentença que, em seu bojo, concede tutela antecipada e julga o mérito. Frente ao princípio ora analisado, parte da doutrina entende ser vedada a interposição de agravo de instrumento contra o capítulo da sentença que concedeu a tutela antecipada. E parte da doutrina entende ser cabível a interposição do agravo de

---

<sup>36</sup> “Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido em petições distintas, que conterão:...”).

<sup>37</sup> Nery Júnior, Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*, p. 99.

<sup>38</sup> Nelson Nery Júnior. Obra citada, p. 95.

<sup>39</sup> “PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA NA SENTENÇA. RECURSO CABÍVEL. APELAÇÃO. De acordo com o princípio da singularidade recursal, tem-se que a sentença é apelável, a decisão interlocutória agravável e os despachos de mero expediente são irrecorríveis. Logo, o recurso cabível contra sentença em que foi concedida a antecipação de tutela é a apelação” (REsp 663921/CE, 5ª T., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 08.03.2005, DJ 11.04.2005, p. 368). No mesmo sentido: AgRg no REsp 456633/MG, 6ª T., rel. Min. Paulo Medina, j. 02.05.2006, DJ 01.08.2006, p. 560. EDcl no AgRg no REsp 763481/RS, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 06.06.2006, DJ 26.06.2006, p. 194. AgRg nos EREsp 697183/MG, S3, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 26.10.2005, DJ 09.11.2005, p. 137.

instrumento, por entender que esta parte da sentença é ontologicamente classificada como decisão interlocutória.

Mas estas hipóteses devem ser encaradas como exceções à regra do princípio da singularidade. Este raciocínio deve ser mantido para que não haja constante confusão na classificação de um ato judicial e conseqüente atribuição do recurso cabível. E para essas situações, em que haja dúvida quanto ao tipo de recurso que deva ser utilizada, deve-se aplicar o princípio da fungibilidade, que trataremos a seguir.

#### **2.2.4 Fungibilidade**

No plano dogmático, o sistema recursal deve possibilitar ao jurisdicionado identificar o recurso adequado a rever determinada decisão que lhe foi desfavorável<sup>40</sup>. Contudo, por razões como as descritas acima, pode ocorrer dúvidas quanto ao recurso cabível contra determinada decisão, oportunidade em que, abrandando-se o rigorismo da forma e da adequação, poderá admitir-se o recurso inadequado como se adequado fosse, substituindo um pelo outro. Isto é o que contempla o princípio da fungibilidade.

O Código de Processo Civil de 1939, em razão da grande complexidade que havia para identificar o recurso cabível contra determinada decisão, dispôs expressamente, em seu art. 810<sup>41</sup>, a aplicabilidade do princípio da fungibilidade.

Também se sabe que mesmo antes da edição do Código de Processo Civil de 1939, o princípio da fungibilidade já havia sido contemplado pelos Códigos Estaduais de Minas Gerais (parágrafo único do art. 1.485) e do Distrito Federal (art. 1.143).

Como Nelson Nery Júnior lembra:

---

<sup>40</sup> Cf. Arruda Alvim. Anotações sobre a teoria geral dos recursos. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1999. P. 65.

<sup>41</sup> “Art. 810. Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento”.

“no antigo direito português já existia, também, preceito semelhante ao do art. 810 do CPC/39, muito embora o CPC lusitano de 1876 não contivesse alusão à fungibilidade dos recursos, do art. 205, §§ 1º e 3º do Decreto 21.287, de 26.5.1932, simplificando o acesso à instância recursal, que introduziu muitas alterações no CPC então vigente, disciplinava que ‘tendo-se interposto apelação ou revista, se o juiz entender que o recurso competente é o de agravo ou vice-versa, não indeferirá o requerimento por esse motivo e mandará seguir os termos do recurso que julgar competente’. Esse princípio restou consagrado no texto do CPC português de 1939 (art. 688) e repetido no CPC vigente (art. 687, 3, parte final)”<sup>42</sup>.

Contudo, o Código de Processo Civil brasileiro vigente não cuidou expressamente o princípio da fungibilidade recursal. E isto se deu em razão da reforma que o sistema recursal passou, entendendo, àquela época, que não haveria mais dúvidas quanto ao remédio a ser eleito para atacar um pronunciamento judicial, como ocorrera com o Código de Processo Civil de 39. Com a classificação dada pelo novo estatuto aos atos processuais e a enumeração dos recursos cabíveis para cada caso, o legislador considerou que a complexidade recursal vivenciada no diploma processual anterior havia terminado. Daí entendeu-se desnecessária a repetição da regra do antigo art. 810, conforme é mencionado pelos itens 31<sup>43</sup> e 33<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Obra citada. P. 115.

<sup>43</sup> “(...) É certo que, para obviar os inconvenientes da interposição errônea de um recurso por outro, o Código vigente admite o seu conhecimento pela instância superior e ordena a remessa à câmara ou turma, desde que não esteja viciado por má-fé ou erro grosseiro (art. 810). O Código consagrou nesse preceito legal, a teoria do “recurso indiferente” (Sowohls-auch-Theorie), como ensinam os autores alemães. Esta solução não serviu, porém, para melhorar o sistema, porque a frequência com que os recursos, erroneamente interpostos, não são conhecidos pelo Tribunal evidenciou que a aplicação do art. 810 tem valor limitadíssimo.”

<sup>44</sup> “Diversamente do Código vigente, o projeto simplifica o sistema de recursos. Concede apelação só de sentença; de todas as decisões interlocutórias, agravo de instrumento. Esta solução atende plenamente aos princípios fundamentais do Código, sem sacrificar o andamento da causa e sem retardar injustificadamente a resolução de questões incidentes, muitas das quais são de importância decisiva para a apreciação do mérito. O critério que distingue os dois recursos é simples. Se o juiz põe termo ao processo, cabe apelação. Não importa indagar se decidiu ou não o mérito. A condição do recurso é que tenha havido julgamento final do processo. Cabe agravo de instrumento de toda a decisão, proferida no curso do processo, pela qual o juiz resolve questão incidente.”

da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, e a posição doutrinária da época em razão da racionalidade do novo sistema recursal.

Ocorre que a alteração do sistema recursal introduzida pelo Código de 1973 não bastou para extirpar com todas as dificuldades em identificar qual o recurso adequado para determinados casos. Inclusive, as inovações introduzidas no Código de Processo Civil nestes últimos tempos vêm demonstrando que tais hipóteses possivelmente sempre ocorrerão, já se aceitando, inclusive, a utilização do princípio da fungibilidade para outros institutos processuais.

Assim, mesmo não havendo no Código de Processo Civil menção expressa ao princípio da fungibilidade, a sua indicação como solução para a utilização inadequada da via recursal, quando ocorre dúvida na sua interposição, é bastante corriqueira. A jurisprudência, como forma de atenuar o formalismo, e resolver o problema da omissão legislativa, teve e tem papel importantíssimo neste contexto, ao ponto de consagrar a fungibilidade como princípio implícito ao sistema recursal brasileiro<sup>45</sup>.

Discussão se trava também no sentido de se verificar se os requisitos para a aplicação da fungibilidade, anteriormente previstos pelo art. 810 do Código de Processo Civil de 1939, são os mesmos. Parte da doutrina<sup>46</sup> e da jurisprudência<sup>47</sup> entende que sim. Que a ausência de má-fé e de erro grosseiro ainda são condições determinantes para a aplicação do princípio. E outra parte entende que não<sup>48</sup>. Como o Código de Processo Civil de 1973 não faz menção expressa ao princípio, os

---

<sup>45</sup> “Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental. Aplicação do princípio da fungibilidade. Brasil Telecom S/A. Contrato de participação financeira. Cessionários. Ilegitimidade ativa. Valor patrimonial das ações. Balancete mensal” (EDcl no REsp 1019549/RS, 4ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 06.03.2008, *DJ* 17.03.2008, p. 1). Neste sentido: EDcl no REsp 991698/RS, 4ª T., rel. Min. Massami Uyeda, j. 26.02.2008, *DJ* 17.03.2008, p. 1. RCDESP no EREsp 932711/SP, S1, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 13.02.2008, *DJ* 03.03.2008, p. 1. AgRg no Ag 885700/RS, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 29.11.2007, *DJ* 07.02.2008. AgRg no REsp 775606/PE, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 25.10.2007, *DJ* 19.11.2007, p. 269.

<sup>46</sup> Dentre eles: Nelson Nery Júnior. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*, p. 135.

<sup>47</sup> “Recurso Especial. Erro Grosseiro. Fungibilidade recursal. Para que seja aplicado o princípio da fungibilidade recursal é necessário que o recorrente não tenha incidido em erro grosseiro” (REsp 14947/PR, 2ª T., rel. Min. José de Jesus Filho, j. 06.04.1992, *DJ* 11.05.1992, p. 6414). No mesmo sentido: AgRg nos EAg 729652/CE, CE, rel. Min. Luiz Fux, j. 19.12.2007, *DJ* 06.03.2008 p. 1. EDcl no AgRg no Ag 890759SP, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 17.12.2007, *DJ* 10.03.2008, p. 1. AgRg no AgRg no REsp 901813/PR, 2ª T., rel. Min. Castro Meira, j. 20.11.2007, *DJ* 28.11.2007, p. 209.

<sup>48</sup> Dentre eles: Flávio Cheim Jorge. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 211.

requisitos previstos pelo antigo Código para a sua aplicação não se tornam obrigatórios.

Desde o Código de Processo Civil de 39 existe grande discussão em estabelecer no que consiste o erro grosseiro e a má-fé, na interposição de um recurso inadequado, e que autorize a aplicação do princípio da fungibilidade. A discussão quanto ao conceito de erro grosseiro e má-fé teve como pano de fundo a definição dos casos de inaplicabilidade do próprio princípio da fungibilidade.

Afirmou-se que a má-fé seria um agravamento do erro grosseiro, pois não se concebe a idéia de que alguém recorre de má-fé. Contudo, tal interpretação foi rechaçada pela própria redação do art. 810, que empregava a expressão “ou” e não “e”. Pontes de Miranda chegou a enumerar circunstâncias indicadoras da má-fé<sup>49</sup>. Outros, como Seabra Fagundes<sup>50</sup>, sustentaram que a má-fé consubstanciava-se em um erro intencional do recorrente em interpor recurso impróprio de forma intencional. Determinava-se, ainda, a má-fé através da análise do prazo de interposição do recurso inadequado. Se interpondo o recurso errado no prazo do recurso adequado, isto corresponderia um indicador de boa-fé. O contrário seria tido como má-fé.

A discussão quanto ao prazo utilizado pelo recorrente na interposição do recurso inadequado, aliás, foi também tema de muita discussão. Questionava-se se para a aplicação do princípio da fungibilidade seria necessário que o recorrente, mesmo escolhendo o recurso inadequado, o protocolasse no prazo do recurso adequado. Além do antigo art. 810, do CPC/39, não mencionar esta hipótese, ao que parece exigir esta conduta do recorrente vai em desencontro com o próprio espírito do princípio da fungibilidade. Se existe dúvida sobre qual recurso é cabível, por conseqüência, haverá dúvida quanto ao prazo a ser observado<sup>51</sup>.

Na verdade, para que possa ser aplicado o princípio da fungibilidade deve-se considerar se realmente a hipótese enseja dúvida quanto ao recurso adequado. Se realmente a parte tenha dificuldade em identificar qual é o recurso cabível contra

---

<sup>49</sup> “(...) a) usar o recurso impróprio de maior prazo, por haver perdido o prazo do recurso cabível; b) valer-se do recurso de maior devolutividade para escapar à coisa formal; c) protelar o processo, v.g., se lançar mão do recurso mais demorado; d) provocar apenas divergência na jurisprudência para assegurar-se, depois, outro recurso” (in Nelson Neru Júnior, obra citada, p. 116/117).

<sup>50</sup> *Obra citada*, p. 160.

<sup>51</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, p. 140-141.

determinada decisão. Em muitas situações, o recorrente poderá estar agindo de má-fé, mas, se mesmo assim, o caso atrai dificuldade da identificação do recurso adequado, o princípio da fungibilidade deverá ser aplicado. O mesmo ocorrerá com o erro grosseiro. O que desafiará o Tribunal na aplicação da fungibilidade recursal é a verificação de divergência na identificação do recurso oponível em cada caso, afastando a caracterização da má-fé e do erro grosseiro como forma de obstar o princípio, face a complexidade de fundada dúvida.

Como vimos, um dos motivos ensejadores de dúvida quanto ao tipo de recurso a ser manejado, é a identificação do tipo de ato judicial que será atacado. Esta incerteza, por vezes, tomava em conta a definição contida na redação original do art. 162, § 1º, do Código de Processo Civil, que previa que “sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Recentemente, a Lei n. 11.232, de 23.12.2005, reformulou parcialmente o conceito de sentença, definindo-a com base no seu conteúdo, e não mais em sua aptidão de pôr fim ao processo. Agora, sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas no art. 267, ou no art. 269, ambos do Código de Processo Civil. O art. 267 prevê as hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito. E o art. 269, trata das sentenças que analisam o mérito. Mas é o *caput* dos referidos artigos que prevê nova classificação do ato judicial<sup>52</sup>. Não há mais alusão à extinção do processo como consequência do ato sentencial. A mudança na redação dos dispositivos legais, a rigor serviu para adequar, mesmo que ainda não perfeita, a conceituação de sentença com a interpretação que já lhe era dada. Mas possivelmente, esta alteração provocará novas situações de dúvida quanto ao tipo de recurso a ser utilizado<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução do mérito: (...)”.

“Art. 269. Haverá resolução de mérito: (...)”.

<sup>53</sup> “PROCESSO CIVIL. SENTENÇA QUE HOMOLOGA CÁLCULOS DE LIQUIDAÇÃO. RECURSO PRÓPRIO: APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMISSÃO. 1. Malgrado seja cabível apelação da sentença que homologa cálculos de liquidação, admite-se a interposição de agravo de instrumento em face do princípio da fungibilidade recursal” (REsp 547846/RJ, 2ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.04.2007, *DJ* 07.05.2007, p. 300). No mesmo sentido: AgRg no Ag 731101/CE, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 28.11.2006, *DJ* 14.12.2006, p. 259. REsp 657476/MS, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrigui, j. 18.05.2006, *DJ* 12.06.2006, p. 475. REsp 616594/DF, 6ª T., rel. Min. Paulo Gallotti, j. 06.09.2005, *DJ* 05.12.2005, p. 391.

### 2.2.5 Dialeiticidade

Segundo este princípio, o recurso, para que possa ser conhecido pelo órgão competente, deverá ser dialético, discursivo, argumentativo. Não basta a mera vontade de recorrer ou a demonstração do inconformismo com a decisão. Deve o interessado demonstrar claramente quais são os fatos e fundamentos que justificam o seu inconformismo, pedindo expressamente a reforma da decisão atacada.

Da mesma forma que exige-se a fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inc. IX, da CF/88<sup>54</sup>), o Código de Processo Civil vigente também impõe ao recorrente a obrigação de motivar o seu recurso, justificando o pedido de reforma. Tal previsão encontra-se contida em nosso ordenamento processual no art. 514, incisos II e III, ao tratar da apelação; no art. 523, § 3º, art. 524, inc. I e II, ao cuidar do agravo; no art. 536, ao tratar dos embargos de declaração; no art. 540 quanto ao recurso ordinário; e art. 541, incisos I, II e III, quanto ao recurso especial e extraordinário.

A exigência de tal fundamentação assegura que o órgão competente, ao apreciar o recurso, terá conhecimento dos motivos que justificaram o pedido de reforma. Além disso, o cumprimento deste princípio possibilitará, também, a formação do contraditório nesta fase recursal, pois, somente após a parte contrária ter conhecimento das razões recursais é que viabilizará a apresentação de suas contra-razões. A não inobservância da dialeticidade ensejará a inadmissibilidade do recurso interposto.

### 2.2.6 Voluntariedade

Para que um recurso seja conhecido, deverá o recorrente demonstrar a sua intenção em reformar a decisão que supostamente lhe foi desfavorável. O princípio da voluntariedade advém de um outro princípio geral ao processo civil, qual seja, o princípio dispositivo, que, neste caso, está sendo aplicável no campo recursal. Não

---

<sup>54</sup> “IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;”

pode haver o conhecimento de um recurso sem que a parte tenha demonstrado a sua vontade em recorrer. Como dito, é ato de vontade da parte. É um exercício de direito. O juiz não pode, de ofício, interpor recurso pela parte. Mesmo sendo caso de hipossuficiente ou incapaz. Somente ela, legitimada para tal, pode se insurgir contra uma decisão que lhe foi desfavorável.

Por essa razão, a doutrina não considera a remessa necessária prevista no art. 475 do CPC<sup>55</sup>, como sendo um recurso, pois não existe manifestação de vontade de recorrer<sup>56</sup>.

### **2.2.7 Proibição da *reformatio in pejus***

Entende-se que a proibição de reforma para prejudicar, na esfera recursal, deriva do princípio dispositivo, pois o órgão competente somente poderá analisar a matéria atacada pelo recurso interposto. Quem fixa os limites do recurso é o recorrente. Ou seja, a matéria que poderá sofrer modificação será somente aquela que foi prejudicial ao seu interesse e contra qual o recorrente se insurgiu. Sendo assim, ou o seu recurso lhe acarreta um benefício processual, quando conhecido e provido, ou mantém a situação que existia antes da sua interposição.

Esta regra não existe explicitamente em nosso direito positivo, o que não ocorre em outros sistemas jurídicos<sup>57</sup>. Como dito, esta proibição é extraída do

---

<sup>55</sup> “Art. 475. Está sujeito ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.”

<sup>56</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*, p. 153.

princípio dispositivo, podendo ser conjugado com a análise do próprio efeito devolutivo concedido aos recursos. Aliás, a análise da extensão deste efeito devolutivo acarreta certa discussão até os dias atuais.

Há os que defendem que, com base na extensão do efeito devolutivo previsto para a apelação poder-se-ia admitir a reforma para prejudicar<sup>58</sup>. O CPC brasileiro estaria prevendo na apelação a devolução da matéria discutida no processo da forma mais ampla possível, o que autorizaria ao tribunal, analisar e reformar matéria que não tenha sido objeto do recurso<sup>59</sup>.

Outros entendem que a extensão do efeito devolutivo é limitada pela matéria impugnada pelo recurso<sup>60</sup>. Justificam esta posição afirmando que a matéria que não foi objeto de impugnação já seria acobertada pelo manto da coisa julgada. E que a previsão do recurso adesivo no art. 500 do CPC demonstra a intenção do legislador em impedir a reforma para prejudicar<sup>61</sup>. Caso contrário, o recurso de uma parte poderia beneficiar a outra.

---

<sup>57</sup> “Noutros sistemas jurídicos, a vedação consta expressamente de texto de lei, como se pode ver dos §§ 536 e 559 da ZPO alemã, com relação ao recurso de apelação e de revisão; dos §§ 497, 3 e 504, 1, da ZPO austríaca; do art. 682, I, do CPC português, no tocante à sucumbência recíproca” (*In Nelson Nery Júnior. Obra citada, p. 158*).

<sup>58</sup> *In Flávio Cheim Jorge. Obra citada, nota 125, p. 202.*

<sup>59</sup> “Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

§ 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.

§ 4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimada as partes; cumprida a diligência, sempre que possível, prosseguirá o julgamento da apelação.

<sup>60</sup> Jorge, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 202.

<sup>61</sup> “Art. 500. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte. O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal e se rege pelas disposições seguintes:

I – será interposto perante a autoridade competente para admitir o recurso principal, no prazo que a parte dispõe para responder;

II – será admissível na apelação, nos embargos infringentes, no recurso extraordinário e no recurso especial;

Deve-se ressaltar que quando houver a interposição de recurso por ambas as partes, pode parecer que ocorreu a inobservância à proibição de reforma para prejudicar. Não é o caso, pois, nesta hipótese, a situação do recorrente pode piorar em razão do recurso interposto pela parte contrária, e não em razão do seu recurso.

Outra indagação que se faz é em relação às matérias de ordem pública. Nos termos do art. 267, § 3º, do CPC, as questões de ordem pública podem ser examinadas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, devendo o magistrado se manifestar de ofício, independentemente de alegação da parte. Caso o tribunal, ao analisar um recurso, decida contra o recorrente, em razão de uma dessas matérias, não terá ocorrido reforma para prejudicar. A análise de questões de ordem pública decorre do princípio inquisitório, ante a prevalência do caráter publicista do processo, não se confundindo com o princípio dispositivo, de onde se origina a proibição de reformar para prejudicar<sup>62</sup>. Assim, o objeto do recurso é tão-somente a matéria aventadas nas suas razões, além das matérias que o juiz tem obrigação de se manifestar de ofício.

Pelas mesmas razões que proíbem a *reformatio in pejus*, também não é admitida a *reformatio in melius*. O tribunal deverá julgar mediante os limites fornecidos pelo recurso interposto.

E a remessa obrigatória (art. 475, CPC), como dito anteriormente, não pode ser considerada como um recurso e, portanto, não se aplica os princípios a ele inerentes, dentre eles, a proibição de reforma para prejudicar. Contudo, o entendimento majoritário da jurisprudência, é de que não pode haver a reforma para prejudicar no julgamento de reexames necessários, havendo inclusive súmula do STJ neste sentido<sup>63</sup>.

---

III – não será conhecido, se houver desistência do recurso principal, ou se for ele declarado inadmissível ou deserto.

Parágrafo único. Ao recurso adesivo se aplicam as mesmas regras do recurso independente, quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal superior.”

<sup>62</sup> Neste sentido: Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo e da sentença*, p. 187/188. Nelson Nery Júnior, *obra citada*, p. 156/157.

<sup>63</sup> “Súmula 45: No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.”

### **2.2.8 Complementaridade**

Como se viu, o recorrente, ao interpor o recurso, deve demonstrar claramente quais são as razões que justificam seu pedido de reforma. As razões recursais devem ser aduzidas no momento da interposição do recurso. Caso não o faça, opera-se a preclusão consumativa.

Contudo, é possível que o recorrente complemente suas razões de recurso quando houver alteração ou integração da decisão recorrida, em razão de acolhimento de embargos de declaração interposto pela parte contrária.

Observe-se que é caso especial, pois considera situação pontual onde ambas as partes se insurgem contra a mesma decisão utilizando-se de vias recursais diversas. Um postula ao tribunal competente a reforma da decisão, fundamentando seu recurso neste sentido. O outro postula junto ao prolator da decisão o seu aprimoramento, fundamentando o seu recurso neste sentido. O magistrado, antes de determinar o processamento do primeiro recurso, conhece do segundo e supre uma falha que ocasiona a modificação da decisão recorrida. Neste caso, poderá o primeiro recorrente, caso tenha interesse, complementar as razões do primeiro recurso, adequando sua motivação recursal ao novo pronunciamento.

### 3

## EFEITOS DOS RECURSOS

A interposição de um recurso naturalmente acarretará conseqüências ao ato impugnado. Estas conseqüências, que serão tratadas a diante, são denominadas de efeitos recursais. Aliás, a geração de efeitos é resultado espontâneo da prática de qualquer ato em juízo.

Como o recurso tem por objetivo a reapreciação de uma decisão judicial desfavorável ao interesse de uma das partes, a sua interposição deverá produzir alguns resultados práticos, como impedir a formação da coisa julgada e impossibilitar o cumprimento da decisão recorrida. Também classicamente a doutrina passou a denominar estas conseqüências recursais como efeito devolutivo e efeito suspensivo<sup>64</sup>.

Contudo, a verificação de outros fenômenos ocasionados pela interposição de um recurso demonstrou a insuficiência desta classificação. Assim, a doutrina cuidou de sistematizar os principais reflexos ocasionados pela interposição de um recurso, havendo ainda divergência na classificação destes efeitos que variam de autor a autor. Nesta linha, analisaremos separadamente cada um deles.

### 3.1 EFEITO DEVOLUTIVO

Tido como o mais tradicional dos efeitos recursais, o efeito devolutivo é tido como o efeito peculiar, genuíno, natural a todos os recursos, não obstante a impropriedade de sua denominação.

---

<sup>64</sup> Dentre eles: Moacyr Amaral Santos. *Obra citada*, p. 100.

O efeito devolutivo teve surgimento no direito romano, especificamente com a *appellatio*, único recurso existente no período da *cognitio extraordinária*<sup>65</sup>. Naquela época, o imperador era a autoridade máxima. Este soberano delegava o poder de julgar a magistrados superiores. Estes, por sua vez, delegavam competência a magistrados inferiores para julgar as causas em primeira instância. Com a interposição da *appellatio*, a competência para o julgamento da causa era devolvida ao magistrado superior delegante, e, por vezes, ao próprio imperador. Daí a expressão “devolutivo”, que era utilizada na época em seu significado comum de reenvio<sup>66</sup>.

Com a modificação dos sistemas de governo, quem detém agora a jurisdição é o próprio Estado, representado pelo Judiciário em suas variadas formas organizacionais. Mas não há mais dúvida que quem possui o poder originário para julgar é o magistrado. Assim, não caberia mais falar em “devolução” de jurisdição da forma que foi concebida historicamente e descrita acima.

Em razão desta perda do significado histórico, o mestre Alcides Mendonça Lima chegou a propor, sem sucesso, a alteração da nomenclatura para “efeito de transferência”, sob a alegação de que se transfere o conhecimento da causa ao Poder Judiciário como um todo<sup>67</sup>. Mesmo assim, a denominação “efeito devolutivo” já está consagrada pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência dos mais variados países. Ficou para os estudiosos a missão de adequar um conceito à denominação pacificamente reconhecida e consolidada.

Possivelmente também em razão dessa dissociação da denominação da fase histórica em que surgiu possibilitou a grande divergência doutrinária quanto ao conceito de efeito devolutivo.

De modo geral, a doutrina sustenta três fatores de distinção para analisar a ocorrência do efeito devolutivo.

A primeira corrente leva em consideração o conteúdo do recurso. Analisa qual foi a matéria objeto do recurso e que será apreciada pelo Tribunal, para afirmar se

---

<sup>65</sup> Marcos Afonso Borges. *Embargos Infringentes*, p. 7/8.

<sup>66</sup> Rodrigo Barioni. *Efeito devolutivo da apelação civil*, p.34.

<sup>67</sup> *Obra citada*, p. 287.

há ou não efeito devolutivo. Dividindo-se, parte da doutrina afirma que existe efeito devolutivo quando o tribunal, em razão da interposição de um recurso, fica autorizado a apreciar de ofício matéria por ele não impugnada. Nesta linha, Araújo Cintra<sup>68</sup>.

Opondo-se a esta idéia, parte da doutrina, como Nelson Nery Júnior<sup>69</sup> e Tereza Arruda Alvim Wambier<sup>70</sup>, entende que opera-se o efeito devolutivo somente em razão da matéria impugnada, privilegiando o princípio dispositivo<sup>71</sup>.

Parece-nos mais acertado o segundo entendimento, que limita o efeito devolutivo à matéria impugnada, pois matéria a ser apreciada de ofício trata-se de matéria de ordem pública, sendo a obrigatoriedade de sua análise derivada do princípio inquisitório, e não do princípio dispositivo, dando origem a um outro efeito denominado translativo, que trataremos mais adiante.

E outra linha, na qual se insere Ricardo Aprigliano<sup>72</sup>, defende que tanto a matéria impugnada como aquelas de conhecimento oficioso estariam abrangidas pelo efeito devolutivo. Tal entendimento poder-se-ia justificar por uma primeira leitura do art. 515, §§ 1º e 2º, e art. 516, ambos do Código de Processo Civil<sup>73</sup>, que tratam da matéria a ser apreciada pelo tribunal, quando do julgamento da apelação. Neles, há a previsão de uma revisão extremamente ampla por parte do tribunal. Contudo, além de não contemplar matérias de ordem pública que não foram aventadas por qualquer das partes, esta previsão é tida como uma exceção.

---

<sup>68</sup> *Obra citada*, p. 5-6, nota 21.

<sup>69</sup> *Obra citada*, p. 368.

<sup>70</sup> *Os agravos no CPC brasileiro*. P. 336.

<sup>71</sup> “TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL – APELAÇÃO – EFEITO DEVOLUTIVO – OBSERVÂNCIA – DRAWBACK – MODALIDADE SUSPENSÃO – IPI – CRÉDITOS NA EXPORTAÇÃO – NÃO-CABIMENTO. 1. Inexiste violação do princípio do duplo grau de jurisdição ou do efeito devolutivo da apelação quando o Tribunal resolve o mérito nos estritos limites do que requerido especificamente no recurso da Apelante” (REsp 447089/RS, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. 07.08.2007, DJ 17.08.2007, p. 406).

<sup>72</sup> *Obra citada*, p. 256.

<sup>73</sup> “Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.”

A segunda corrente leva em consideração o conteúdo da decisão a ser impugnada para poder analisar a existência do efeito devolutivo. Parte minoritária da doutrina, dentre eles Machado Guimarães<sup>74</sup>, limitava a existência do efeito devolutivo aos recursos que atacassem decisões de mérito. Do contrário não haveria devolutividade.

Outra parte majoritária da doutrina<sup>75</sup>, com a qual comungamos, neste ponto considera que ocorrerá a devolutividade independentemente do tipo de matéria levada ao conhecimento do órgão julgador, quer seja de ordem formal, quer seja de ordem material. O simples fato de haver a interposição de um recurso, independentemente do tipo de matéria que ataque, já basta para que ocorra o efeito devolutivo do recurso<sup>76</sup>.

Em recente alteração, o legislador brasileiro demonstrou ser este o entendimento adotado pelo Código de Processo Civil. Em 2001, por intermédio da Lei n. 10.352, introduziu o § 3º ao art. 515, que trata da apelação. Neste, deixou claro a possibilidade do tribunal reformar sentença terminativa e já adentrar no mérito da causa, tema sobre o qual nos ocuparemos mais adiante. E, em 2006, pela Lei n. 11.276, acrescentou o § 4º ao mesmo artigo, prevendo a correção de erro formal por parte do tribunal, quando do julgamento da apelação<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> *Obra citada*, p. 44.

<sup>75</sup> Dentre eles Ada Pellegrini Grinover. *Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos*, p. 77. Rogério Lauria Tucci. *Curso de direito processual: processo de conhecimento*, p. 227.

<sup>76</sup> "RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ULTRA PETITA. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 128, 460 E 515 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. MATÉRIA IMPUGNADA NAS RAZÕES RECURSAIS. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. A apelação devolve ao tribunal ad quem toda a matéria efetivamente impugnada nas razões recursais.

2. Ainda que tenham formulado pedido limitado à decretação de nulidade da sentença, demonstraram os recorridos, nas razões de apelação, seu inconformismo com o teor da decisão de improcedência da demanda, devolvendo, assim, toda a matéria para a apreciação de Tribunal estadual" (REsp 771298/RJ, 4ª T., rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 06.11.2007, DJ 26.11.2007, p. 197. No mesmo sentido: HC 70967/RJ, 6ª. T., rel. Min. Nilson Naves, j. 21.08.2007, DJ 12.11.2007, p. 303. REsp 771298/RJ, 4ª T., rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 06.11.2007, DJ 26.11.2007, p. 197. REsp 214250/MG, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 22.02.2000, DJ 08.05.2000, p. 99.

<sup>77</sup> "Art. 515. (...)

E a terceira corrente, defendida por autorizada doutrina (Barbosa Moreira<sup>78</sup>, Cândido Rangel Dinamarco<sup>79</sup>, Seabra Fagundes<sup>80</sup>, dentre outros), considera que somente ocorrerá efeito devolutivo quando o recurso for apreciado por órgão hierarquicamente superior, levando em conta o órgão destinatário do recurso. Em casos que a re-apreciação se der pelo mesmo órgão hierárquico, esta corrente entende ser caso de exceção. Alcides Mendonça Lima<sup>81</sup> chegou a propor que se empregasse a expressão “transferência”, em vez de “devolução”, que considerava mais adequada, o que, com a devida vênia, também não corresponde a realidade. A interposição de um recurso não acarreta a transferência deste processo para outro Poder. Todos que funcionam no processo quer seja no primeiro grau, quer seja no segundo grau, fazem parte de uma mesma estrutura, qual seja, o Poder Judiciário.

Mas, também neste caso, há considerável parcela da doutrina, na qual também nos incluímos, que contempla que o efeito devolutivo é inerente a todo e qualquer recurso, independentemente da instância que o conhecerá.

Assim, para que se possa posicionar quanto aos critérios acima descritos, é indispensável compreender o que vem a ser o efeito devolutivo. Salvo melhor juízo, a devolutividade é efeito inerente a todo e qualquer recurso. Ele assegura ao recorrente a possibilidade de modificação da decisão. Provocado pela interposição de um remédio, o Poder Judiciário, independentemente de que instância o faça, será obrigado a reapreciar a decisão que foi atacada. Esta é a idéia que o efeito devolutivo traz. A de que a decisão que foi atacada será novamente analisada, reexaminada.

Mantendo este entendimento, fica fácil aceitar a idéia constante da primeira corrente, de que o efeito devolutivo estará incidindo somente sobre a matéria

---

§ 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.

§ 4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou a renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.”

<sup>78</sup> *Obra citada*, p. 259.

<sup>79</sup> *Os efeitos dos recursos*, p. 64.

<sup>80</sup> *Obra citada*, p. 184.

<sup>81</sup> *Obra citada*, p. 286.

impugnada. Se a devolutividade é consequência do ato de recorrer, seus efeitos somente poderão atuar sobre a matéria objeto do recurso, excluindo assim, e pelos motivos anteriormente expostos, a matéria apreciável de ofício e não aventada pelo recorrente.

Da mesma forma, no que diz respeito à segunda corrente, vez que o efeito devolutivo, ou a possibilidade da reforma, provocada pela interposição do recurso, refletirá tanto sob o plano formal como sobre o plano material. Se a reforma através do efeito devolutivo é consequência do ato de recorrer, não interessa qual parte da decisão foi atacada, se a de mérito ou não.

Pela mesma razão, também podemos entender que não interessa qual instância apreciará o recurso. Se o seu julgamento pode provocar a modificação da decisão atacada, o efeito devolutivo está presente, não importando o órgão indicado para tanto.

Assim, o efeito devolutivo gera ao Poder Judiciário o dever de rever a decisão atacada pelo recurso, podendo esta revisão acarretar a sua modificação ou nulidade.

### **3.2 EFEITO TRANSLATIVO**

Como se viu, a matéria que deve se debruçar o tribunal ao apreciar um recurso é, a princípio, a aventada nas suas razões, regra esta decorrente do princípio dispositivo. Contudo, pode o tribunal se manifestar sobre questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e sobre as quais não opera a preclusão, sem que o recurso tenha tratado das mesmas, o que foge da regra geral prevista para a extensão do efeito devolutivo.

Parte relevante da doutrina<sup>82</sup> entende tratar-se esta hipótese do chamado efeito translativo, porque, neste caso, com a interposição do recurso, haveria uma “devolução” automática ao órgão julgador da possibilidade de analisar matérias de ordem pública, independentemente da vontade do recorrente.

---

<sup>82</sup> Dentre eles: Nelson Nery Júnior. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*, p. 416. Teresa Arruda Alvim Wambier. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 336-337.

O efeito translativo advém do princípio inquisitivo, de caráter eminentemente publicista do processo, quando atenua a autonomia de vontade da parte a favor do interesse coletivo<sup>83</sup>. A doutrina acima citada registra que tais casos de ordem pública devem ser conhecidos de ofício pelo juiz, analisando-os a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, não estando sujeitos à preclusão<sup>84</sup>.

Daí a idéia de transferência. O dever do magistrado de analisar estas matérias de ordem pública é transportado do juízo de primeiro grau para o de segundo grau, quando da interposição de um recurso.

É importante destacar que ao se tratar de questões de ordem pública, se analisa casos de nulidade absoluta, onde há vício insanável, excluindo-se os casos de nulidade relativa<sup>85</sup>. São estes casos, de nulidade absoluta, que devem ser examinados de ofício pelo juiz. E estas questões sempre vão referir-se a questões relacionadas a pressupostos processuais e condições da ação (incisos IV, V e VI, do art. 267, CPC), envolvendo os próprios requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Cândido Rangel Dinamarco revela que a perspectiva publicista do processo “tem como causa imediata, resumidamente, a indisponibilidade de direitos; e, como reflexo funcional no processo, a sua inquisitividade. O interesse público transcendente aos limites objetivos e subjetivos do litígio é que face à ineficácia a inércia das partes ou ato dispositivo de situações jurídico-processuais, pois do contrário esses comportamentos conduziram indiretamente ao sacrifício da sociedade interessada no resultado do pleito” (*A instrumentalidade do processo*. P. 57).

<sup>84</sup> Interessante exemplo traz Nelson Nery Júnior, ao lembrar que “o sentido da expressão ‘salvo as impugnáveis por agravo de instrumento’, que havia na antiga redação do art. 516 do CPC, era a translação ao juízo *ad quem* das questões *decididas*, que não se encontravam acobertadas pela preclusão (questões de ordem pública). Somente as questões de ordem pública, *decididas* no primeiro grau e não efetivamente impugnadas por agravo de instrumento ou retido, é que não precluem e ficam sujeitas ao *efeito translativo* do recurso de apelação” (*Obra citada*. P. 415/416).

<sup>85</sup> “PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. EMBARGOS. IMPROCEDÊNCIA. NULIDADE DA EXECUÇÃO POR INEXISTÊNCIA DO TÍTULO EXECUTIVO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. MATÉRIA CONTIDA NO ÂMBITO DA DEVOLUTIVIDADE RECURSAL E, POR SER DE ORDEM PÚBLICA, NO EFEITO TRANSLATIVO DA APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. DESCABIMENTO. IRRELEVÂNCIA, NO CASO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO” (REsp 928631/DF, 1ª T., rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 16.10.2007, DJ 05.11.2007, p. 237). No mesmo sentido: REsp 297117/RS, 4ª T. rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 28.08.2007, DJ 17.09.2007, p. 282. REsp 885152/RS, 1ª T. rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 06.02.2007, DJ 22.02.2007, p. 171.

<sup>86</sup> “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OFENSA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E AO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão atacada. 2. Não ocorre omissão quando o Tribunal de

Este poder concedido ao magistrado de instancia recursal, de examinar de ofício questões de ordem pública que não foram aventadas pelas partes, não se confunde com o efeito devolutivo, que necessita da presença da intenção do recorrente de se insurgir contra a decisão que lhe foi desfavorável. Neste caso, a matéria de ordem pública será analisada independentemente da insurgência do recorrente ou do recorrido. Isto sem falar, como dito anteriormente, que o efeito translativo advém do princípio inquisitório e o efeito devolutivo, por sua vez, do princípio dispositivo.

Interessante controvérsia ocorre ao se analisar, com base no art. 471 do CPC, se há a instituição da preclusão em relação ao juiz, a chamada preclusão *pro judicato*. A referida norma prevê que nenhum juiz decidirá novamente questões já decididas. Assim, se o juiz de primeiro grau vier a se manifestar sobre uma nulidade absoluta, não poderá o tribunal analisá-la novamente. Não é o caso. Primeiro, porque se a matéria de ordem pública for objeto do recurso, obrigatoriamente o tribunal deverá se manifestar novamente, em razão do próprio efeito devolutivo do recurso. Segundo, porque o mesmo art. 471, CPC, excetua, em seu inc. II, os casos previstos em Lei. E as questões de ordem pública estão excepcionadas pelo § 3º, do art. 267 do CPC, segundo o qual o juiz conhecerá dela a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Disto conclui-se que o tribunal poderá analisar questões de ordem pública quer elas tenham sido invocadas em primeiro grau ou não.

Também se defende que no caso da remessa necessária (ar. 475,CPC), o efeito que incide é o translativo<sup>87</sup>. Neste caso, não há manifestação de vontade das partes. A sentença fica toda submetida a reexame por parte do órgão revisor, podendo concluir-se, até, no sentido de que a remessa necessária não se trata de um recurso.

---

origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu crivo. 3. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que o magistrado não está obrigado a se pronunciar sobre todos os pontos abordados pelas partes, máxime quando já tiver decidido a questão sob outros fundamentos. 4. **Quanto à alegação de ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição, esta Corte já decidiu que "as questões de ordem pública referentes às condições da ação e pressupostos processuais da execução, podem e devem ser conhecidas de ofício pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais (arts. 618 e incisos, 585, 586, c/c art. 267, IV a VI, todos do CPC)." ( REsp n. 280.779/CE, Relator o Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJU de 19/2/2001).** 5. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no Ag 698472/RJ, 6ª T. rel. Min. Paulo Gallotti, j. 18.10.2007, DJ 12.11.2007, p. 310) (nosso grifo).

<sup>87</sup> Nelson Nery Júnior. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*, p. 416.

Discute-se ainda que o efeito translativo somente se opera em relação aos chamados recursos ordinários (apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração e recurso ordinário). No caso dos recursos excepcionais (recurso extraordinário, recurso especial e embargos de divergência), não haveria a ocorrência do efeito translativo.

Justifica-se tal alegação sob o argumento de que os recursos excepcionais possuem regimes jurídicos diferenciados, previstos pelo texto constitucional, onde há uma limitação rígida quanto a matéria a ser aventada pelos recursos. Além disso, o art. 267, § 3, do CPC<sup>88</sup>, autoriza o exame de ofício de questões de ordem pública a qualquer tempo e grau de jurisdição. Contudo, no caso do recurso extraordinário e do recurso especial, estes não são considerados grau de jurisdição, de instância ordinária e sim de instância excepcional.

### **3.3 EFEITO SUSPENSIVO**

O efeito suspensivo consiste na qualidade que o recurso interposto possui de adiar a eficácia da decisão recorrida. Este efeito impede que a decisão atacada possa ser cumprida, executada, de imediato. Sendo caso de tal suspensividade, a decisão somente poderá gerar efeitos após o julgamento do recurso. Ou seja, a sua presença assegura ao recorrente que a decisão que lhe foi desfavorável não gere de imediato qualquer efeito prejudicial ao seu direito, até que se julgue o recurso interposto.

Há inclusive críticas contra a expressão efeito “suspensivo” pois a sua utilização atrai a idéia equivocada de que o processo ficaria parado, o que não

---

<sup>88</sup> “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

(...)

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.”

acontece na prática. O que se impede, o que se “suspende”, é a possibilidade de se executar de imediato aquela decisão que é objeto do recurso<sup>89</sup>.

Autorizada doutrina afirma também que o efeito suspensivo impede a formação da coisa julgada<sup>90</sup>. Outros entendem que o adiamento da formação da chamada *res judicata* é decorrência natural do efeito devolutivo, e não do efeito suspensivo<sup>91</sup>. Com a devida vênia, discordamos de ambas, pois, a possibilidade de obstar a formação da coisa julgada está muito mais ligada à recorribilidade do que propriamente ao recurso. Não interessa que tipo de recurso a parte interpõe ou que efeitos este recurso poderá produzir. A sua mera interposição, por mais absurda que seja, por mais inadequada que seja, impedirá a formação da *res judicata*. É o ato de recorrer que impossibilita a formação da coisa julgada, e não o recurso em si.

O efeito suspensivo não está presente em todos os tipos de recurso. Pode até parecer um desprestígio ao sistema recursal, mas o efeito suspensivo foi pensado para ser inserido em situações mais extremas, em que a decisão atacada não pode ser executada de imediato, sob pena de, ao se julgar o recurso, este se tornar prejudicado. Senão sobrestar os efeitos da decisão recorrida, e ela for executada de imediato, a situação se tornará consolidada, não admitindo mais a reversibilidade do ato atacado. Assim, caberá ao direito positivo dispor sobre quais recursos terão o efeito suspensivo previsto.

Discute-se também se o efeito suspensivo, quando presente no recurso manejado, se opera a partir da publicação da sentença ou se tem início depois da efetiva interposição do mesmo. Aqui devemos fazer uma distinção entre os efeitos produzidos pela prolação de uma decisão judicial e os efeitos produzidos pela interposição de um recurso.

Qualquer decisão, ao ser proferida, não gera efeitos práticos com a simples publicação. Naturalmente se aguarda o transcurso do prazo recursal para se postular a sua execução ou, se for o caso, dar cumprimento a ordem judicial inserida

---

<sup>89</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier adverte que o efeito suspensivo “é aquele que tem o condão não de suspender (pois, na verdade, nada haverá em curso), mas de obstar o início da execução (...)” (Teoria geral dos recursos, p. 156).

<sup>90</sup> Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini. *Obra citada*, p. 525.

<sup>91</sup> Nelson Nery Júnior. *Obra citada*, p. 384.

na decisão. Durante o período em que o prazo está fluindo, a decisão publicada não gera eficácia prática de imediato. Isto pode ocorrer no dia subsequente ao término da contagem do prazo recursal, mas não antes. A decisão encontra-se em um estado de sobrestamento que não é ocasionado pela interposição do recurso, e sim pelo início da contagem do prazo. Assim, durante aquele lapso temporal entre o dia da publicação da decisão e o dia que encerra o prazo para a interposição do recurso, independe se a decisão vai ser atacada, ou se o recurso utilizado possui efeito suspensivo. Até porque pode ocorrer que o prazo para a interposição do recurso se encerre sem que a parte interessada se insurja contra a decisão, e a outra parte também não se interesse pela execução do julgado. Mesmo sem a interposição do remédio, e sem o pedido de execução da decisão, esta, durante o escoamento do tempo recursal não produz qualquer efeito prático. Destarte, não se pode afirmar que o efeito suspensivo previsto em alguns recursos se opera a partir da publicação da decisão.

Seguindo este raciocínio, o efeito suspensivo também não se operará com a efetiva interposição do recurso que o tem previsto em seu bojo. A suspensividade somente ocorrerá após a declaração judicial de recebimento do recurso com este efeito. Seria o caso, por exemplo, da interposição de um agravo de instrumento com pedido de concessão de efeito suspensivo (art. 558 do CPC)<sup>92</sup>. Enquanto o relator não declarar que concederá o efeito suspensivo ao agravo, a decisão é considerada como hábil a ser executada.

Concluindo, a impossibilidade de se executar uma decisão no curso da contagem do prazo recursal não se confunde com o efeito suspensivo. Até porque esta condição independe da interposição de um recurso. E o efeito suspensivo somente se consolidará após a declaração judicial de sua incidência no caso em concreto.

---

<sup>92</sup> “Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remissão de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.”

### 3.4 EFEITO EXPANSIVO

A interposição de um recurso acarreta naturalmente a idéia de que o seu provimento atingirá a matéria impugnada, beneficiando, portanto, o recorrente. Ou seja, o recurso interposto aproveita a quem o interpôs.

Contudo, podem existir situações em que ao se deferir o recurso, os efeitos desta reforma extrapole à matéria impugnada, atingindo outras decisões ou outros capítulos da decisão atacada que não foi objeto de impugnação. A decisão torna-se mais abrangente do que o re-exame da matéria impugnada pelo recurso. A este fenômeno dá-se o nome de efeito expansivo.

É bom lembrar desde já que o efeito expansivo não está adstrito ao sistema recursal. Ele pode ocorrer também no caso das nulidades processuais, em que, ao se anular um ato, os demais praticados posteriormente são atingidos por esta decisão, tornando-os sem efeito (art. 248 do CPC)<sup>93</sup>. Ou no caso da execução provisória, quando houver a modificação ou a anulação da sentença executada, a situação retorna ao estado anterior, tornando-se sem efeitos os atos até então praticados (art. 475-O, inc. II, do CPC)<sup>94</sup>.

Alguns doutrinadores sub-classificam este efeito, tomando por base as conseqüências resultadas desta extensão, como se vê abaixo<sup>95</sup>.

Quando o Tribunal conhece do recurso e acolhe uma prejudicial, não analisa o mérito. Mas seu julgamento atinge a sentença como um todo. A este efeito denomina-se de expansivo objetivo interno<sup>96</sup>. Exemplo que se enquadra perfeitamente na hipótese é quando o Tribunal, ao prover uma apelação que atacou

---

<sup>93</sup> “Art. 248. Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subseqüentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes.”

<sup>94</sup> “Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo do que a definitiva, observada as seguintes normas:

I – (...);

II – fica sem efeito, sobrevivendo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;”

<sup>95</sup> Dentre eles Nelson Nery Júnior (Obra citada, p. 410) e Teresa Arruda Avim Wambier (Teoria geral dos recursos, p. 404).

<sup>96</sup> Nelson Nery Júnior. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*, p. 410.

o mérito, acata preliminar que questiona a ocorrência de litispendência. O reconhecimento da litispendência atinge a sentença, anulando-a como um todo, sem analisar o resto do recurso. Assim, o Tribunal julga apenas a prejudicial aventada pelo recurso, mas acaba atingindo o mérito da questão que sequer chegou a ser analisado (art. 267, inc. V, do CPC)<sup>97</sup>. O efeito se expande a todo o ato impugnado<sup>98</sup>.

Agora, quando o provimento do recurso atinge outra decisão que não a impugnada, a este efeito expansivo denomina-se objetivo externo<sup>99</sup>. Exemplo que serve como demonstração da ocorrência deste efeito é o provimento de um Agravo de Instrumento. Como este recurso não possui em regra efeito suspensivo, mesmo com a sua interposição, os atos processuais continuam a ocorrer nos autos principais. Com o provimento do Agravo de Instrumento, os atos praticados após o seu protocolo, desde que conflitantes com a nova decisão, serão considerados sem efeito<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução do mérito:

(...)

V – quando o juiz acolher alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;”

<sup>98</sup> “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACAO DE BUSCA E APREENSAO. LITISPENDENCIA. EXTINCAO DO PROCESSO (ARTIGO 267, V, CPC). PREJUDICIALIDADE DO AGRAVO. 1 – OCORRENDO LITISPENDENCIA – REPRODUCAO DE ACAO IDENTICA A OUTRA QUE SE ENCONTRA EM CURSO, CONTENDO AS MESMAS PARTES, MESMA CAUSA DE PEDIR (PROXIMA E REMOTA) E O MESMO PEDIDO (MEDIATO E IMEDIATO) – IMPOE-SE A EXTINCAO DO FEITO SEM RESOLUCAO DE MERITO – ARTIGO 267, V, CPC. 2 – DIANTE DA MATERIA DE ORDEM PUBLICA – LITISPENDENCIA, POSSIVEL A INSTANCIA REVISORA, POR FORCA DO EFEITO TRANSLATIVO RECURSAL, SERVIR DO AGRAVO DE INSTRUMENTO A FIM DE DECRETAR A EXTINCAO DA ACAO DE ORIGEM. 3 – ACAO EXTINTA DE OFICIO, COM FULCRO NO ARTIGO 267, V, CPC. AGRAVO PREJUDICADO” (TJ/GO 55412-4/180 – AGRAVO DE INSTRUMENTO de Anápolis, 4ª CC, rel. Des. Beatriz Figueiredo Franco, DJ 22.08.2007).

<sup>99</sup> Nelson Nery Júnior. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*, p. 410.

<sup>100</sup> “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDEFERIMENTO DOS EFEITOS DA TUTELA EM ACAO DE OBRIGACAO DE FAZER COM O OBJETIVO DE COMPELIR O CHEFE DO EXECUTIVO A MATERIALIZAR DECRETO INTERVENTIVO – OBJETIVO IDENTICO AO DO PEDIDO DE INTERVENCAO ESTADUAL AJUIZADO PELO AGRAVANTE E JULGADO PROCEDENTE PELO ORGAO ESPECIAL DA CORTE – FALTA DE INTERESSE. EXTINCAO DO PROCESSO – ARTIGO 267, VI, CPC. I – CONSTATADA A AUSENCIA DE UMA DAS CONDICAOES DE ACAO – INTERESSE DE AGIR – NO PROCESSO QUE DEU ORIGEM AO RECURSO, IMPOE-SE A CORTE, POR FORCA DO EFEITO TRANSLATIVO RECURSAL, SERVIR DO AGRAVO DE INSTRUMENTO A FIM DE DECRETAR A EXTINCAO DA ACAO DE ORIGEM. II – ACAO EXTINTA, DE OFICIO, COM FULCRO NO ART. 267, VI E §3º DO CPC. AGRAVO PREJUDICADO” (TJ/GO – 49562-0/180 – AGRAVO DE INSTRUMENTO de Goiânia, 4ª CC, rel. Des. Beatriz Figueiredo Franco, DJ 05.05.2006).

E o chamado efeito expansivo subjetivo está presente nos casos de litisconsórcio unitário<sup>101</sup>. O art. 509 do CPC fala que o recurso interposto por um dos litisconsortes poderá ser aproveitado pelos demais, salvo se distintos ou opostos os seus direitos. Assim, havendo identidade de interesses, o recurso interposto por um dos litisconsortes, se provido, poderá gerar efeitos positivos ao outro litisconsorte, por mais que este outro não tenha se insurgido contra a mesma decisão.

### 3.5 EFEITO ATIVO

É interessante analisar a identificação deste novo efeito, denominado de ativo, ocasionado por reformas legislativas introduzidas por intermédio da adequação do sistema jurídico brasileiro à problemática da morosidade da prestação jurisdicional.

Buscando esta tão desejada prestação jurisdicional célere, o legislador brasileiro de 1994 introduziu em nosso ordenamento jurídico o instituto da tutela antecipada, prevista no art. 273, do Código de Processo Civil, via da qual, atendendo a determinados requisitos, o magistrado poderá antecipar os efeitos da própria sentença.

A partir de então, instalou-se uma controvérsia na doutrina e na jurisprudência, onde se discutia se o relator, ao receber o recurso, poderia ou não antecipar a própria providência pleiteada pelo recorrente. Era a possibilidade de se transportar para o sistema recursal o instituto da tutela antecipada que, até então, tinha sido pensada para ser usada na fase de instrução do processo.

---

<sup>101</sup> “PROCESSUAL CIVIL – MUTUO HIPOTECARIO – SFH – REAJUSTAMENTO DAS PRESTAÇÕES – AÇÃO CAUTELAR – LEGITIMIDADE PASSIVA DA CAIXA ECONOMICA FEDERAL – DECRETO-LEI N. 2.291/86. 1. A CAIXA ECONOMICA FEDERAL, OUVINDO-SE A ESTRIDENCIA SINFONICA DE ITERATIVA JURISPRUDENCIA E PARTE LEGITIMA PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DE AÇÃO, VERSANDO OS REAJUSTES DAS PRESTAÇÕES, RELATIVA AO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. 2. O RECURSO ADMITIDO NÃO FOI INTERPOSTO POR TERCEIRO PREJUDICADO (ART. 499, CPC), PORQUE TERIA SIDO A CEF DESPREZADA COMO LITISCONSORTE OU ASSISTENTE. FOI CONSEQUENCIA DO EFEITO EXPANSIVO SUBJETIVO, GERADO PELO ACORDÃO QUE INTERFERIU DIRETAMENTE NO DIREITO MATERIAL, COMO SUCESSORA DO BNH, TORNANDO-A PARTE DA RELAÇÃO PROCESSUAL. 3. RECURSO IMPROVIDO” (REsp 76918/BA, 1ª T., rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 18.03.1996, DJ 22.04.1996, p. 12543.

Foi o manuseio do instituto da tutela antecipada em primeiro grau que demonstrou que poderiam existir situações em que a mera interposição do recurso, mesmo contendo efeito suspensivo, não impediria a ocorrência de danos irreparáveis à parte recorrente. É o caso da própria negativa da concessão da tutela antecipada fundada em risco de dano irreparável. Para que se cesse o risco do dano, o recurso deverá reformar a decisão negativa, por mais que de forma provisória, e conceder a tutela de urgência em fase de recurso.

A esta hipótese, de se pleitear a tutela antecipada em fase recursal, foi denominada de efeito ativo,<sup>102</sup> ou como outros preferiram, efeito suspensivo ativo<sup>103</sup>.

Discutia-se com base em que preceito poderia o relator conceder a tutela antecipada na fase recursal. Se com base no art. 527, antes da reforma de 2001, ou com base no art. 558, ambos do CPC, como o próprio Eduardo Talamini na obra anteriormente citada. Alguns, como Athos Gusmão Carneiro<sup>104</sup> e Vicente Greco Filho<sup>105</sup>, defendiam a aplicação analógica ou desdobramento do próprio art. 273 do CPC, que instituiu a tutela antecipada para aplicá-la na fase recursal. Valentina Jungmann Cintra Alla<sup>106</sup> entendeu que esta possibilidade poderia advir do poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC. Mas toda esta discussão se encerrou em 2001, com a Lei n. 10.352, que alterou a redação do art. 527 do CPC, prevendo textualmente em seu inc. III a possibilidade de concessão de antecipação da tutela recursal.

Portanto, a modificação legislativa brasileira acabou por criar o efeito denominado ativo, adequando ao sistema recursal a possibilidade de se pleitear os efeitos da decisão final no momento da interposição do recurso, desde que demonstrada a necessidade deste provimento de urgência ser deferido nesta fase do processo<sup>107</sup>.

---

<sup>102</sup> Um dos primeiros a chamar este efeito de ativo foi Eduardo Talamini (*In A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. RePro 80/125-147*).

<sup>103</sup> Cássio Scarpinella Bueno (*In Execução provisória e antecipação de tutela, p. 130/131*).

<sup>104</sup> *Recurso especial...*, p. 172.

<sup>105</sup> *Obra citada*, p. 37.

<sup>106</sup> *Obra citada*, p. 163.

<sup>107</sup> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO ATIVO A RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

### 3.6 EFEITO SUBSTITUTIVO

Este efeito faz com a decisão proferida pelo Tribunal, independentemente de que tipo de decisão seja sempre substitua a decisão recorrida. Aliás, este efeito está previsto textualmente em nossa legislação processual, mais especificamente no art. 512 do Código de Processo Civil. O referido artigo prevê que “o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso”.

Ressalte-se que para que se cogite o efeito substitutivo o recurso terá que ser conhecido pelo Tribunal. O que quer dizer que o recurso terá que passar pelo juízo de admissibilidade. Caso contrário, não haverá pronunciamento da instância recursal, pois o recurso foi negado, não sendo analisado o seu mérito.

Mas, uma vez conhecido o recurso, ou seja, ultrapassada a fase de sua admissibilidade, a decisão proferida pelo órgão revisor sempre se sobreporá sobre a decisão recorrida. Se for para prover o recurso, a nova decisão estará modificando a anterior, portanto, substituindo-a. E, se for para improver o recurso, confirmando a decisão recorrida, a nova decisão proferida pelo Tribunal é que passará a ter eficácia<sup>108</sup>.

Considerando que o art. 512 do CPC encontra-se localizado na parte das Disposições Gerais do Título que trata dos recursos, podemos afirmar que o efeito

---

EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. CAUÇÃO. IMÓVEIS. POSSIBILIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DA PROPRIEDADE DOS BENS OFERTADOS E DA SUFICIÊNCIA DOS MESMOS À GARANTIA DO JUÍZO” (AgRg na MC 13336/SP, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 13.11.2007, *DJ* 29.11.2007, p. 161). No mesmo sentido: AgRg na MC 12068/RJ, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrigui, j. 07.05.2007, *DJ* 28.05.2007, p. 319. MC 12983/RS, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. 18.12.2007, *DJ* 28.02.2008, p. 1.

<sup>108</sup> “PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO INTERNO. EFEITO SUSPENSIVO. EFEITO SUBSTITUTIVO. AGRAVO PREJUDICADO. I – Resta sem objeto o presente recurso, uma vez que já julgado o agravo interno para o qual se buscava efeito suspensivo. II – Substituição da decisão monocrática por acórdão de Turma, ex vi do artigo 512 do Código de Processo Civil. Impetração prejudicada. Agravo prejudicado” (AgRg no MS 10126/DF, CE, rel. Min. Felix Fischer, j. 29.06.2005, *DJ* 05.12.2005, p. 198). No mesmo sentido: AgRg no REsp 658490/RS, 3ª T., rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 04.11.2004, *DJ* 17.12.2004, p. 545. AgRg no Ag 513934/RJ, 1ª T., rel. Min. Denise Arruda, j. 29.06.2004, *DJ* 02.08.2004, p. 312.

substitutivo será aplicável a todos os recursos. Entretanto, esta substituição poderá ser total ou parcial, dependendo da manifestação do Tribunal.

## 4

**RECURSO DE APELAÇÃO**

A apelação é o recurso apto a atacar a sentença. Por mais que se trabalhe uma conceituação mais científica, a idéia que devemos ter é que este recurso serve para tentar reverter a posição adotada pelo magistrado na sentença, quer seja de forma total ou parcial, seja de mérito ou não.

É evidente que, para verificarmos se a apelação é o recurso próprio para a hipótese aventada, devemos analisar a sentença como ato processual. E o que vem a ser a sentença?

Classicamente, antes da alteração legislativa ocorrida em 2005, entendia-se que sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo, põe fim ao processo, decidindo ou não o mérito.

Ocorre que a Lei n. 11.232/2005 provocou profunda modificação na conceituação legal de sentença. Na redação anterior, contida no § 1º, do art. 515, do CPC, sentença era “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Agora, sentença é o ato judicial que se enquadra em uma das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil. Tal alteração introduziu a concepção de que poderá haver sentença, ainda que esta não possa conduzir à extinção do processo. Ou seja, admite-se sentença proferida no curso do processo. Na realidade, esta nova concepção foi inserida pela Lei n. 11.232/2005 com o intuito de alterar a execução de título judicial, transformando-a em uma mera fase processual, ou seja, uma fase subsequente de cumprimento de sentença.

As hipóteses de julgamento do processo sem a análise do mérito estão previstas pelo art. 267 do Código de Processo Civil. Nestas, o julgador encerra com a prestação jurisdicional sem examinar a pretensão do autor. São causas que

justificam a extinção do processo sem que haja necessidade de se verificar o pedido do autor. Estes casos são tidos como erros de forma que prejudicam a existência e a apreciação do próprio pedido. O ato do juiz que conclui pelo encerramento do processo, calcado em um dos casos previstos pelo art. 267, do CPC, é considerado como sentenças terminativas, e atacadas via da apelação.

Já as decisões que analisam o mérito, ou seja, analisam o pedido do autor, estão catalogadas pelo art. 269 do Código de Processo Civil, também chamadas de sentenças definitivas.

Assim, a apelação será o recurso pelo qual a parte prejudicada poderá provocar o re-exame da causa e a modificação da sentença, de qualquer tipo que seja, por intermédio do órgão hierarquicamente superior. Portanto, passível de ser manejada em qualquer tipo de processo (conhecimento, execução e cautelar), ou qualquer tipo de procedimento (ordinário, sumário ou especial), ou de jurisdição (contenciosa ou voluntária). Está prevista em nosso ordenamento processual no art. 513 e seguintes.

#### **4.1 ORIGEM**

O surgimento do recurso de apelação está atrelado à própria história do sistema recursal. A apelação, servindo como modelo para as legislações contemporâneas, foi o recurso que acompanhou o desenvolvimento de todo o ordenamento jurídico.

Tem sua origem ligada ao processo romano, durante o Império Romano, em especial no período da *congnitio extraordinária*. Durante aquele período, o recurso como conhecemos hoje sendo a apelação era denominada de *appellatio*.

Como dito no início deste trabalho, nas fases anteriores do direito romano, da *legis actiones* e *per formulas*, já existiam outras formas de impugnação. Contudo, não se assemelhavam ao que se entende por recurso, como forma de revisão da decisão que julga a causa. Era o caso, por exemplo, da *intercessio*, da *revocatio in duplum* e da *restitutio in integrum*, como se explicitou no item 2 deste trabalho.

Mas, como dito, foi durante o período da *cognitio extraordinária* é que surgiu a idéia de se recorrer da sentença. Durante este período ocorreu a transposição da justiça privada para a justiça pública. Gradativamente ocorreu o desaparecimento da distinção entre o procedimento *in iure* (instrução) e o *in iudicio* (julgamento), existente anteriormente no procedimento formulário. Desaparece também a distinção entre o magistrado provido de *imperium* (representação do Estado) e os *iudices* (simples cidadãos encarregados de recolher provas e prolatar sentenças), sendo substituídos pelo juiz único, que recebe a ação, instrui e julga a causa, como órgão estatal.

A *appellatio*, como era chamada, somente poderia atacar sentenças definitivas<sup>109</sup>, no prazo de 03 (três) dias, o que posteriormente foi ampliado para 10 (dez) dias. Ela era feita diante do juiz quando da leitura da sentença (o apelante simplesmente dizia *appello*), ou era feita por escrito, observando o prazo anteriormente citado, mediante um *libellus appellatorius*. O recurso era dirigido ao Imperador e ao magistrado superior (*praefectus pretorii*). Posteriormente, o Imperador delegou competência ao magistrado inferior (*praefectus urbis*), a quem competia elaborar um relatório da causa<sup>110</sup>. Considerando a hostilidade dos magistrados às apelações interpostas contra suas sentenças, ameaçando os litigantes ou se negando a dar seguimento ao recurso, admitiu-se naquela época a devolução do prazo ao condenado que deixasse de apelar por temor ao juiz. Já havia a previsão de preparo ao recurso. O juiz prolator da sentença recorrida oferecia seus *libellus demissórios*, também conhecidos por *apóstulos*, bem como cópia do processo para o julgamento da instância superior. A *appellatio* era sempre recebida nos dois efeitos, devolutivo e suspensivo. E era julgada pelo Imperador, ou por juiz designado ou por autoridade administrativa de elevado grau<sup>111</sup>. O magistrado

---

<sup>109</sup> “Diz com muita razão MOACYR LOBO DA COSTA: “Tendo se consolidado neste período histórico o direito de recorrer contra a sentença proferida pelo funcionário, o magistrado – encarregado de organizar o processo e julgar a lide segundo o sistema da **cognitio extra ordinem** – mediante a **appellatio**, que foi objeto de minuciosa regulamentação pelos imperadores em inúmeras constituições, e que teve, finalmente, na obra consolidadora de JUSTINIANO a mais completa consagração, é importante ressaltar-se que a apelação era considerada e admitida como meio idôneo de impugnação, somente contra sentença formalmente válida, de modo a evitar a formação da **res iudicata**” (In Aloísio Surgik. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba: Edições Livro é Cultura, 1990. p. 127).

<sup>110</sup> BORGES, Marcos Afonso. *Princípios de direito processual: civil e agrário*. P. 37.

<sup>111</sup> SURGIK, Aloísio. Ob. cit., p. 127.

superior poderia não se abster as razões do recurso e ao relatório elaborado pelo magistrado inferior. Se entendesse necessário, poderia determinar a realização de provas. Para tanto, tinha o prazo de 02 (dois) anos para julgar o recurso. Se o recurso fosse considerado temerário, o recorrente era condenado a pagar as custas em quádruplo e, em sendo pobre e despido de bens, condenado a trabalhos forçados<sup>112</sup>.

Com a queda de Roma em 476, o seu território foi ocupado pelos invasores germanos, portadores de uma cultura rudimentar. A esta fase denominou-se de processo bárbarico. Este sistema pode ser dividido em três fases distintas. Nas duas primeiras (período germânico estrito e período franco), não se admitia o recurso contra a sentença que proclamava a decisão final. Só na terceira fase (período feudal), em que houve um abrandamento do formalismo, começou a admitir-se a interposição de recurso endereçado a um Tribunal superior, contra a sentença que agora era proferida pelos *scabini* (juízes populares)<sup>113</sup>.

No início do período romano bárbarico o direito ainda apresentava-se essencialmente primitivo. Mas com a instalação dos germânicos no território do antigo Império Romano, passaram gradativamente a abandonar o seu direito tribal, abraçando o direito dos povos conquistados, que era mais avançado. E isto ocorreu com a apelação. Suas características essenciais foram mantidas durante este período. Isto também ocorreu com a apelação durante o processo romano canônico<sup>114</sup>.

O sistema recursal,

“sob a influência canônica, teria penetrado em Portugal ao tempo da instauração da sua primeira monarquia, ainda sob as vestes rústicas de queixas ao Rei contra as sentenças. As *querimas* ou *querimonias*, de então, não seriam caracteristicamente apelações, mas se usavam com a mesma finalidade destas. Não demorou a recepção do direito romano em Portugal. Criada a Universidade (1289), determinou o rei D.

---

<sup>112</sup> Borges, Marcos Afonso. *Princípios de direito processual: civil e agrário*. P. 37.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 39-40.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 41.

Diniz que ali se ensinasse o direito romano, que passou a refletir-se sobre as instituições. Em 1446, sob Afonso V, promulgaram-se as Ordenações Afonsinas, que já inseriam a matéria das apelações, de onde passou para as Ordenações Manuelinas, de 1521 (Liv. 3º, Tít. 52), e daí para as Filipinas, de 1602 (liv. 3º, Tít. 68 e 69)<sup>115</sup>.

O direito processual brasileiro origina-se diretamente do direito lusitano. Quando do descobrimento do Brasil, vigiam em Portugal as Ordenações Afonsinas, vigorando, por consequência, em nosso país. O mesmo ocorreu com as Ordenações Manoelinas. E, nos moldes do que previam as Ordenações Filipinas, que também vigoraram no Brasil até a proclamação da república, a apelação sempre veio disciplinada em nosso ordenamento jurídico. À época, a apelação era admitida contra sentenças definitivas e as que mantivessem a decisão agravada<sup>116</sup>.

O Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, elaborado por uma comissão presidida pelo Ministro Eusébio de Queiroz e composta por Nabuco de Araújo, José Clemente, Carvalho Moreira, Barão de Mauá e Caetano Alberto, foi a primeira lei eminentemente processual no Brasil, embora destinada a disciplinar causas de natureza comercial. Ele estava dividido em três (03) partes, sendo a terceira reservada para tratar dos recursos. A apelação, nesta época, era interponível para a Relação do Distrito, nas causas que excedessem a duzentos mil réis, quando a sentença fosse definitiva, ou tivesse força de definitiva<sup>117</sup>.

Como o Regulamento n. 737 era disciplinado para causas de natureza comercial, as causas cíveis continuaram a serem regidas pelas Ordenações e por uma série de leis complementares. Assim, o Governo Imperial resolveu reuni-las em um corpo único, encomendando ao Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, professor da Faculdade de Direito de São Paulo, a elaboração da Consolidação das Leis do Processo Civil, mais conhecida por Consolidação de Ribas, entrando em vigor em

---

<sup>115</sup> Amaral Santos. Moacyr. Ob. cit., p. 110.

<sup>116</sup> Borges, Marcos Afonso. *Princípios de direito processual: civil e agrário*, p. 47.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 48-50.

28 de fevereiro de 1876. Nela, a apelação era cabível contra sentenças definitivas ou com força de definitivas<sup>118</sup>.

Com a proclamação da República, e passando pelo Decreto n. 763/1890, os Códigos de Processo Civil do Pará, de São Paulo, da Bahia, de Minas Gerais, do Rio Grande do Sul, o Código de Processo Civil de 1939 e, por fim, o atual Código de Processo Civil de 1973, todos mantiveram a mesma linha no que se referia ao cabimento do recurso de apelação<sup>119</sup>.

Considerado um dos mais modernos Códigos de Processo Civil da atualidade, prevê hoje em seu art. 513, que “da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269)”<sup>120</sup>.

## 4.2 EFEITOS

A apelação, como posta hoje em nosso ordenamento jurídico, possui duplo efeito, suspensivo e devolutivo, salvo as exceções previstas no art. 520 do Código de Processo Civil. Contudo, devemos ressaltar desde já que a redação do referido art. 520, do CPC, possivelmente será modificada, quando irá se conferir a apelação, em regra, somente o efeito devolutivo, passando a ser caso de exceção a concessão do efeito suspensivo<sup>121</sup>.

O efeito suspensivo, previsto no *caput* do art. 520 do CPC, como vimos, irá obstar a produção imediata de efeitos pela sentença, a exceção dos casos previstos nos incisos do mesmo artigo, assegurando uma eficácia prática a revisão imposta pela apelação sobre a matéria impugnada. Ou seja, a sentença atacada não poderá ser executada enquanto não houver a apreciação da apelação.

O art. 515, juntamente com o 516 e 517, todos do CPC, identificam a extensão do efeito devolutivo da apelação sobre a matéria impugnada. Só a par das previsões legais, já se pode afirmar que a apelação é o recurso com maior amplitude

---

<sup>118</sup> Ibid., p. 50/51.

<sup>119</sup> Ibid., p. 52.

<sup>120</sup> Nery Júnior, Nelson; Andrade Nery, Rosa Maria. *Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante*, p.

<sup>121</sup> Alvarez, Anselmo Prieto; Silva, Nelson Finotti. Obra citada, p. 247.

de atuação. Em especial, estas previsões delimitam a incidência do efeito devolutivo para o recurso de apelação.

Devemos ressaltar que há os que entendem tratar-se do efeito translativo, e não do efeito devolutivo, as hipóteses elencadas pelos arts. 515 e 516, ambos do CPC<sup>122</sup>. Mas analisemos os artigos revelando esta discussão.

#### 4.2.1 Art. 515 do CPC

O *caput* do art. 515, do CPC, demonstra que “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”. Isto quer dizer que o órgão competente deverá conhecer da matéria objeto do recurso, consagrando o brocardo *tantum devolutum, quantum appellatum*<sup>123</sup>.

A previsão legal contida no *caput* do art. 515 do CPC acarreta naturalmente a conclusão de que o Tribunal deverá se cingir à matéria impugnada. Contudo, seus parágrafos deixam claro que o conhecimento do Tribunal deverá se estender a todas as questões suscitadas no processo<sup>124</sup>.

Interessante conclusão a que se pode chegar é a de que a devolução das questões ao Tribunal listadas pelo art. 515 do CPC independe da vontade das partes<sup>125</sup>. Isto porque, enquanto o *caput* atrai a idéia de limitação de matéria, os parágrafos 1º e 2º deixam claro ser mais ampla a extensão da devolutividade da apelação.

---

<sup>122</sup> Nery Júnio, Nelson. *Princípios fundamentais*, p. 415.

<sup>123</sup> Amaral Santos, Moacyr. Obra citada, p. 111/112.

<sup>124</sup> “Art. 515. (...)”

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, mas a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

§ 4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.

<sup>125</sup> Barioni, Rodrigo. Obra citada, p. 149.

É importante lembrar a lição do professor Barbosa Moreira, que sintetiza que “a exata configuração do efeito devolutivo é problema que se desdobra em dois: o primeiro concerne à *extensão* do efeito; o segundo à sua *profundidade*. Delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar o *que* se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar *com que material* há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar”<sup>126</sup>.

Mas a leitura detida do § 1º, do art. 515, do CPC, traz uma ampliação considerável do campo de atuação do Tribunal. Quando a norma diz que todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não analisadas na sentença, poderão ser objeto de apreciação por parte do órgão *ad quem*, está se assegurando a este órgão a possibilidade de real aproveitamento do recurso. Exemplo adequado é o que traz Rodrigo Barioni<sup>127</sup>, em que uma sentença julga prejudicado um pedido do autor em virtude de haver acolhido outro. O réu recorre da decisão somente contra aquele pedido acolhido. O tribunal ao reformar a sentença deverá analisar o pedido subsidiário, formulado para o caso de rejeição do primeiro. Se o § 1º, do art. 515, do CPC, não tivesse tal previsão o órgão *ad quem* não teria possibilidade de analisar todos os pedidos, ainda que não tratados pelo órgão *a quo*.

Mesmo assim, é bom lembrar o princípio da *reformatio in pejus*, tratado anteriormente, em que o tribunal não pode reformar a sentença para piorar a situação do apelante. Assim, no exemplo acima, poderia o tribunal pronunciar-se sobre os dois pedidos, mas teria uma limitação em acolher o pedido que não foi observado pela sentença, a não ser que enquadrado nos casos dos §§ 1º e 2º, ambos do art. 515, do Código de Processo Civil, ora em comento.

Em razão desta lembrança, devemos ressaltar a possibilidade de ocorrer a *reformatio in pejus*, quando houver análise de matérias de ordem pública. Como dito, nos termos do art. 267, § 3º, do CPC, as questões de ordem pública podem ser examinadas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, devendo o magistrado se manifestar de ofício, independentemente de alegação da parte. Neste caso, estaremos tratando de uma exceção à regra, ante a prevalência do caráter

---

<sup>126</sup> Moreira, José Carlos Barbosa. Obra citada, p. 424, nota 4.

<sup>127</sup> Barioni, Rodrigo. Obra citada, p. 150.

publicista do processo, que não se confunde com o princípio dispositivo, de onde se origina a proibição de reformar para prejudicar<sup>128</sup>.

Outra justificativa para a amplitude do efeito devolutivo concedido pelo § 1º, do art. 515, do CPC, é o fato de possibilitar ao órgão *ad quem* o conhecimento de todos os elementos que estavam à disposição do órgão *a quo* no momento em que proferiu a sentença<sup>129</sup>.

O citado parágrafo prevê que as questões suscitadas e discutidas no processo serão transferidas ao órgão *ad quem* por intermédio da interposição da apelação. Mas o que vem a ser estas questões suscitadas e discutidas? A expressão *questão* nos induz a uma idéia de dúvida. Mas, quando o legislador se refere a *questões suscitadas*, na realidade, ele não está falando de uma situação duvidosa, e sim de fatos que foram simplesmente aventados por uma das partes, independentemente de tal fato ter sido contestado pela outra. Já as *questões discutidas*, estas sim, se referem a fatos *suscitados* por uma das partes e contraposto pela outra. Assim as *questões*, quer tenham sido *suscitadas*, quer tenham sido *discutidas*, se referem aos pontos aventados na demanda por uma das partes ou por ambas<sup>130</sup>.

Há de se ressaltar que a ampla devolução propiciada pelo § 1º, do art. 515, do CPC, não atinge questões apreciadas no curso do processo em primeiro grau. As decisões interlocutórias comportam recurso de agravo. Não sendo interposto o agravo, ocorrerá a preclusão, impedindo a sua reapreciação por intermédio da apelação, salvo questões de ordem pública<sup>131</sup>. E, se o agravo for interposto, a

---

<sup>128</sup> Neste sentido: Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo e da sentença*, p. 187/188. Nelson Nery Júnior, *obra citada*, p. 156/157.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>130</sup> *Ibid.* *Ibid.*, p. 152.

<sup>131</sup> “Em relação às matérias de ordem pública, nem mesmo o fato de terem sido anteriormente rejeitadas pelo órgão *ad quem*, quando do julgamento de agravo de instrumento interposto no curso do processo, impede que, no julgamento da apelação, o órgão *ad quem* possa rever sua posição e, v.g., decretar a extinção do processo sem julgamento do mérito por acolhimento de uma preliminar anteriormente rechaçada”. Neste sentido: Teresa Arruda Alvim Wambier. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 224.

questão será apreciada antes da apelação, nos termos do *caput* do art. 523, e art. 559, ambos do CPC<sup>132</sup>.

O § 2º, do art. 515, do CPC, prevê também a devolução dos fundamentos do pedido ou da defesa, independentemente de ter ou não o juiz acolhido um deles. Ou seja, “quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento, e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais” (§ 2º, do art. 515, CPC)<sup>133</sup>.

Também podemos concluir, nesta fase, que tanto a hipótese prevista no § 1º, como no § 2º, ocorre independentemente da vontade das partes. Estando ou não as *questões* inseridas no bojo da apelação, o tribunal *ad quem* receberá o conhecimento de toda a matéria tratada no curso da demanda. A devolução ocorre *ex vi legis*<sup>134</sup>. No direito comparado acontece o contrário. É comum a exigência da reiteração dos fundamentos do pedido ou da defesa, na apelação ou nas suas contra-razões, para que estes seja devolvidos ao órgão *ad quem*, como acontece no direito português (art. 684-A, I, do CPC), ou no direito italiano (art. 346 do CPC)<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> “Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.”

“Art. 559. A apelação não será incluída em pauta antes do agravo de instrumento interposto no mesmo processo.

Parágrafo único. Se ambos os recursos houverem de ser julgados na mesma sessão, terá precedência o agravo.”

<sup>133</sup> “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. ART. 156, X, DO CTN. SÚMULA 456/STF. ART. 515, § 2º, DO CPC. APLICAÇÃO ANALÓGICA.

1. Os embargos de declaração, cujos pressupostos estão expressamente relacionados no art. 535 do CPC, são perfeitamente cabíveis quando o acórdão que provê o recurso especial deixa de se manifestar sobre questão expressamente impugnada nas contra-razões da parte ex adversa que, até então, não tinha interesse em recorrer.

Entendimento que se mostra coerente com o disposto no art. 515, § 2º, do CPC, aplicado à hipótese em exame por analogia, e com o enunciado da Súmula n. 456/STF.

2. Para fins de extinção do crédito tributário com base na hipótese do art. 156, X, do CTN, há de se entender como decisão transitada em julgado aquela que não comporta mais recurso de natureza ordinária ou extraordinária.

3. Embargos de declaração acolhidos parcialmente, sem alteração do julgado”.

(EDcl no REsp 524335/DF. 2ª T. rel. Min. João Otávio Noronha, j. 20.09.2007, DJ 06.12.2007, p. 298).

<sup>134</sup> Barioni, Rodrigo. Obra citada, p. 154.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p.157.

Pode ocorrer, inclusive, uma confusão, entendendo que os dois parágrafos tratam de situações idênticas. *Questões suscitadas e discutidas* na demanda equiparam-se as alegações contidas no *pedido* e na *defesa*<sup>136</sup>.

Mas há os que entendem o contrário, dentre eles Sérgio Bermudes<sup>137</sup>, que vêm fundamento no § 2º, do art. 515, do CPC, encontrando nítida distinção entre *questões* e *fundamentos*. Defendem que pode existir em um único *fundamento* várias *questões*, sendo que o contrário não ocorre; haver vários *fundamentos* em uma única *questão*. Ou que a solução das *questões* ocorre antes do acolhimento ou rejeição dos *fundamentos*.

Contudo, a norma positivada deve ser analisada sempre em conjunto com os princípios que norteiam o próprio Direito. Nesta linha, o princípio da *reformatio in pejus* não pode ser afastado. E, se o órgão *ad quem* não pode piorar a situação do apelante, alegações contidas no pedido ou na defesa que não foram observadas pela sentença, por força do § 2º, do art. 515, do CPC, não poderão agravar a situação do apelante. Ou seja, estes fatos poderão ser considerados pelo tribunal para chegar ao seu convencimento, mas a conclusão não poderá piorar a situação do recorrente, à exceção, como dito anteriormente, dos casos que devam ser observados de ofício.

A questão está longe de ser pacificada. Mas, alinho-me a corrente que defende haver uma certa confusão entre os preceitos dos dois parágrafos. Se *questões suscitadas* e *discutidas* correspondem aos pontos aventados pelas partes, independentemente de terem sido impugnadas, ou mesmo apreciadas pelo magistrado, não vemos diferença significativa entre os *fundamentos do pedido* e da *defesa*.

O § 3º, do art. 515, do CPC, acrescentado pela Lei n. 10.352/2001, versa sobre um ponto também nebuloso da devolutividade da apelação, e que suscita controvérsia. Contudo, nos reservaremos o direito de tratar sobre o assunto em momento próprio, tendo em vista ser este o cerne de nosso trabalho.

---

<sup>136</sup> Nesta linha, Araújo Cintra. Obra citada, p. 94.

<sup>137</sup> Obra citada, p. 96.

Outra alteração acrescentada pela Lei n. 11.276/2006 foi o § 4º, do art. 515, do CPC, que prevê que “constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação”.

Na verdade, a norma alterada outorgou ao tribunal a possibilidade de sanar nulidades e passar diretamente para o julgamento da apelação, sem que o processo tenha que ser devolvido ao juízo de primeiro grau. Anteriormente, o órgão *ad quem*, verificando a existência de uma nulidade, invalidava a sentença e determinava a devolução do processo para o órgão *a quo* para que houvesse a regularização do ato e prolação de nova decisão. Agora, pretende-se evitar tais situações, ocasionando uma maior morosidade processual.

Mas que tipo de nulidade por ser corrigida pelo tribunal? A norma deixa claro que somente as nulidades sanáveis poderão ser corrigidas pelo órgão *ad quem*, excluindo, assim, as insanáveis. Pelo sistema das nulidades processuais, pelo princípio da conservação, e por pura economia processual, todos os atos eivados de nulidade, quer seja relativa ou absoluta, devem ser aproveitados, desde que não causem prejuízo a uma das partes. Assim, não interessa se a nulidade é absoluta ou relativa. O que interessa é se a nulidade é sanável<sup>138</sup>. E o sendo, poderá o tribunal determinar a sua regularização, sem ter que remeter os autos ao juiz de primeiro grau para prolatar nova decisão, como ocorria anteriormente.

Deve-se ressaltar, contudo, que o ato eivado de nulidade relativa está sujeito a preclusão. Deve a parte interessada argüir a irregularidade na primeira oportunidade que tiver, consoante determinação contida no *caput* do art. 245 do CPC<sup>139</sup>. Seria o caso de dizer que somente as nulidades absolutas poderiam ser corrigidas pelo tribunal, quando do julgamento da apelação, com base no § 4º, do art. 515, do CPC? Diversamente dos que entendem em contrário, acreditamos que

---

<sup>138</sup> Barioni, Rodrigo. Obra citada, p. 178.

<sup>139</sup> Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

não<sup>140</sup>. A norma do art. 245, do Código de Processo Civil, ressalta que o interessado deverá argüir a nulidade na primeira oportunidade que tiver. Mas nada impede que os autos cheguem à esfera recursal sem que ninguém tenha observado tal irregularidade. E isto só venha a ser observado pelo órgão *ad quem*, quando da apreciação da apelação. E, neste caso, não teria ocorrido a preclusão.

Pela letra da lei, pode-se afirmar que é o órgão colegiado que detém a competência para determinar a regularização da nulidade. Mas não há proibição para que o relator, de forma monocrática, também possa determinar a correção do ato processual. Primeiro, porque tal possibilidade vai de encontro com a idéia da própria lei. Não haveria razão para se esperar que o processo fosse levado a seção do órgão colegiado para determinar a regularização do ato, se isso poderia ser feito pelo relator da apelação. E segundo, porque o art. 557, de forma indireta, atribui poderes ao relator para tal<sup>141</sup>.

Mas que tipo de ato poderá ser realizado ou renovado nesta fase processual? A regra alterada do § 4º, do art. 515, do CPC, ressalta que o tribunal prosseguirá no julgamento da apelação sempre que possível. Caso o vício do ato constitua obstáculo intransponível para a apreciação da apelação, repercutindo sobre os atos subseqüentes ao eivado de vício, o tribunal deverá anular a sentença e devolver o processo ao primeiro grau para que retome o seu curso do ponto em que ocorreu a nulidade. Assim, somente atos que não possuem o condão de alterar o resultado do processo é que poderão ser realizados ou renovados nesta fase recursal.

---

<sup>140</sup> Dentre eles Rodrigo Barioni. Obra citada, p. 181. Também: STJ, 4ª T., REsp 337640/SP, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 17.06.2002, p. 271; STJ 3ª T., REsp 245647/SC, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 02.04.2001, p. 290; LEXSTJ 107/119.

<sup>141</sup> Art. 557. O relator negará seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

#### 4.2.2 Art. 516 do CPC

De acordo com a atual redação do art. 516 do CPC, determinada pela Lei n. 8.950/94, “ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores a sentença, ainda não decididas”.

A antiga redação já trazia grande discussão doutrinária<sup>142</sup>. Com a reforma, tal discussão diminuiu, mas não desapareceu. Antes de analisarmos os entendimentos, temos que ter sempre em mente o fato de que o legislador deixa claro tratar-se de matérias que não foram objeto de decisão.

Pois bem. A divergência existente, e que também já havia na redação anterior do art. 516, do CPC, se divide em três correntes.

A primeira, defendida pelo prof. José Carlos Barbosa Moreira, entende que o dispositivo se refere a devolução de matérias que deveriam ter sido decididas pelo magistrado, e não foram, antes da sentença. Que se trata de questões incidentais que deveriam ter sido resolvidas por intermédio de uma decisão interlocutória e que, por um motivo ou outro, o magistrado não se manifestou sobre as mesmas, proferindo a sentença sem tocar no assunto<sup>143</sup>. Traz como exemplo o caso de uma impugnação ao valor da causa que não foi decidida pelo juiz de primeiro grau.

Pela segunda, Nelson Nery Júnior sustenta que a matéria que é transferida por força do art. 516, do CPC, ao órgão *ad quem* é de ordem pública, não sujeitas a preclusão pelo fato de não ter sido interposto recurso de agravo. É o que ele denomina de efeito translativo do recurso, já tratado anteriormente neste trabalho<sup>144</sup>.

E a terceira, baseada em entendimento de Moniz de Aragão, e que se justificava mais em razão da antiga redação do art. 516, do CPC, afirmava que a norma vedava ao juiz o re-exame de questões passíveis de agravo de instrumento, que deixaram de ser impugnadas no momento oportuno<sup>145</sup>. Como dito, com a

---

<sup>142</sup> Antigo Art. 516. Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença final, salvo as impugnáveis por agravo de instrumento.

<sup>143</sup> Barbosa Moreira, José Carlos. *Obra citada*, p. 450-452.

<sup>144</sup> Nery Júnior, Nelson. *Princípios fundamentais*, p. 415-416.

<sup>145</sup> Moniz de Aragão, Egas Dirceu. *Obra citada*, p. 273.

alteração da redação do referido artigo, resolveu-se o problema levantado, quando se exclui da norma a referência a questões impugnáveis por agravo de instrumento.

Para chegarmos a uma conclusão, devemos analisar a redação do referido artigo, e em que contexto ele está inserido. O art. 515 do CPC, como vimos, devolve ao órgão *ad quem* as questões suscitadas e discutidas no processo. Já o art. 516 do CPC, devolve ao tribunal as questões anteriores à sentença ainda não decididas.

A norma processual, neste caso, se refere a situações que o juiz de primeiro grau deveria ter solucionado antes de prolatar a sentença e não o fez. A questão já existia antes da sentença. Mas, por um motivo ou outro, o magistrado não se manifestou sobre ela, encerrando a sua atuação no processo ao proferir a sentença. Assim, aquela questão somente poderá ser analisada pelo tribunal.

Talvez, a diferenciação entre o § 1º, do art. 515, e o art. 516, ambos do CPC, é que o primeiro, ao se referir a questões suscitadas, trata de questões de mérito, enquanto no segundo, a norma se refere a questões incidentais que não interfeririam na conclusão da sentença. As questões suscitadas, previstas pelo § 1º, do art. 515, do CPC, estas sim, deveriam ter sido analisadas pela sentença e não o foram, o que possibilitaria a alteração da decisão<sup>146</sup>. Ou seja, o § 1º, do art. 515, do CPC, devolve ao tribunal a análise de questões que deveria ser apreciadas no bojo da sentença; enquanto no art. 516, do CPC, a matéria devolvida se refere a questões que deveriam ter sido decididas antes da sentença<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> Barbosa Moreira, José Carlos. *Obra citada*, p. 453.

<sup>147</sup> Barioni, Rodrigo. *Obra citada*, p. 193.

## 5

### RECURSO DE AGRAVO

Dentro do nosso sistema recursal, o agravo é o recurso próprio para atacar toda e qualquer decisão interlocutória proferida nos autos. O atual *caput* do art. 522, do Código de Processo Civil, não deixa qualquer dúvida neste sentido quando prevê que:

“das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento”.

É importante lembrar que o Código de Processo Civil de 1973 procurou simplificar o sistema recursal, prevendo basicamente para as decisões de primeiro grau dois tipos de recurso. A *apelação*, como já vimos, para atacar as sentenças, e o *agravo*, por sua vez, interposto contra as decisões interlocutórias, ficando excluída a possibilidade de recurso contra *despachos*<sup>148</sup>.

Não interessa o conteúdo da decisão que será agravada, quer esteja decidindo sobre questões processuais, ou mesmo questões de mérito, como ocorre

---

<sup>148</sup> Note-se que os despachos de mero expediente (como a vista dos autos às partes, a baixa ao contador etc.), por definição, são incapazes de provocar prejuízo jurídico a quem quer que seja. Por essa razão, são irrecorríveis. Se, todavia, um “despacho” vier a causar prejuízo – pela opção judicial que se fez, a um dos sujeitos do processo, ou mesmo a terceiro -, então perderá sua essência de despacho, transformando-se em decisão interlocutória. *O nome que se lhe dá, portanto, é irrelevante; para caracterizar um despacho de mero expediente, é necessário avaliar se ele é inofensivo ou não ao interesse de qualquer sujeito* (Marinoni, Luiz Guilherme. *Obra citada*, p. 546-547, nota 23).

na análise das liminares. O que pesa é a sua condição de interlocutória. E esta decisão interlocutória poderá ser objeto de agravo em qualquer espécie de procedimento previsto no processo civil brasileiro.

## 5.1 ORIGEM

Assim como ocorreu com a apelação, que surgiu no processo romano durante o período da *cognitio extraordinaria* através da *appellatio*, o agravo também tem sua origem ligada a este período, através das *supplicationes*.

No sistema processual romano da *cognitio extraordinaria*, os atos judiciais se distinguiam entre a *interlocutia* (ato do juiz que decidia questões relativas ao expediente da demanda, à produção da prova, ou à realização de alguma diligência), e a *sententia* (ato pelo qual o juiz acolhia ou rejeitava a ação). As *interlocutiones*, por serem proferidas no curso do processo, eram inapeláveis<sup>149</sup>.

Durante o período canônico, o processo romano restringiu a possibilidade de recurso contra decisão proferida no fim do processo. Por conseqüência, manteve-se a proibição de recorrer contra decisão proferida no curso do processo<sup>150</sup>.

Da mesma forma, em Portugal, no início, também não se admitia a apelação de decisões advindas de certas autoridades judiciárias, como das relações subalternas para a Casa de Suplicação de Lisboa, dos corregedores do cível da Corte e da cidade de Lisboa, do juiz da Índia e Minas, e dos conservadores dos estrangeiros. Somente mais tarde, para que os interessados que se sentissem prejudicados pelas decisões proferidas por estes órgãos não ficassem sem remédio, é que a Casa de Suplicação passou a conhecer dos *agravos ordinários*, que eram chamados anteriormente de *supplicationes*<sup>151</sup>.

O agravo ordinário, nascido das *supplicationes*, na realidade se assemelhava mais à apelação do que ao nosso agravo. Vários aspectos eram coincidente entre ambos, tais como o tipo de decisão atacada, o objeto da impugnação, o prazo para a

---

<sup>149</sup> Cintra Alla, Valentina Jungmann. *Obra citada*, p.19-20.

<sup>150</sup> Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, p.34.

<sup>151</sup> Borges, Marcos Afonso. *Recursos cíveis*, p. 24.

interposição<sup>152</sup>. Naquela época, o ato judicial era classificado em sentença definitiva e sentença interlocutória.

Antes das Ordenações Afonsinas se estabeleceu que as interlocutórias não seriam objeto de recurso, salvo algumas exceções expressas. Surgem, assim, as *querimas* ou *querimônias*, que eram espécies de queixas, de reclamações, que eram entregues ao monarca quando este percorria o reino que, ao serem apreciadas, geravam as chamadas *cartas de justiça*, que eram ordens para que o juiz modificasse a decisão que havia proferido. Contudo, com o passar do tempo, os magistrados começaram a duvidar das *cartas de justiça* que lhes eram apresentadas, pois não tinham como atestar a veracidade das mesmas<sup>153</sup>.

Com a instituição das Ordenações Afonsinas, estabeleceu-se a regra de que todo juiz poderia revogar a sentença interlocutória antes de proferir a sentença terminativa, criando a idéia ao que chamados atualmente de juízo de retratação<sup>154</sup>.

O remédio previsto nas Ordenações Afonsinas para atacar as decisões do juiz que não revogava a interlocutória se chamava *ir queixar-se a el Rei*, recurso este originado nas mencionadas *querimas* ou *querimônias*. Pela importância, dessas *querimas* ou *querimônias*, o chamado recurso *ir queixar-se a el Rei* passou a ser encaminhado à autoridade judiciária superior, com a resposta do magistrado inferior, utilizando-se de um oficial público que ordenava as peças que acompanhavam o recurso<sup>155</sup>. Por isso pode-se afirmar que as *querimas* aproximaram-se muito do nosso sistema de agravo.

Este formato de agravo foi se aprimorando através das Ordenações Manoelinas, posteriormente pelas Ordenações Filipinas, no Código de Processo Civil português de 1876, no Código de Processo Civil de 1939, no Código de Processo Civil de 1961, até chegar ao Código de Processo Civil de 1967, que é o

---

<sup>152</sup> Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 38.

<sup>153</sup> *Ibid*, p. 40.

<sup>154</sup> *Ibid*, p. 40.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 41.

Código vigente em Portugal, isto sem considerar uma série de alterações legislativas ocorridas neste período<sup>156</sup>.

Como vimos, o direito processual brasileiro origina-se diretamente do direito lusitano. Através da Assembléia Constituinte de 1923, o sistema processual português foi considerado válido no Brasil, desde que não conflitantes com os interesses do país, trazendo, assim, o recurso de agravo para o Brasil como era concebido em Portugal.

A primeira previsão do recurso de agravo contida em nosso ordenamento jurídico se deu em 1932, durante o primeiro período do direito processual brasileiro, com o Código de Processo Criminal do Império. Pelo art. 14 do referido Código, o agravo de petição e de instrumento eram reduzidos ao auto do processo, e o agravo ordinário era extinto. Tal situação foi modificada com o advento da Lei n. 261/1841, e pelo Decreto n. 143/1842<sup>157</sup>.

O Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, não alterou substancialmente o regime do agravo existente à época, que previa o agravo de petição, o agravo de instrumento e o agravo nos autos do processo. Somente acrescentou mais duas hipóteses de cabimento do recurso<sup>158</sup>.

A Consolidação das Leis do Processo Civil, mais conhecida por Consolidação de Ribas, que entrou em vigor em 28 de fevereiro de 1876, manteve os agravos previstos anteriormente até 1885, quando tal matéria passou a ser disciplinada novamente pelo Regulamento 737<sup>159</sup>.

Com a proclamação da República, e passando pelo Decreto n. 763/1890, os Códigos de Processo Civil do Pará, de São Paulo, da Bahia, de Minas Gerais, do Rio Grande do Sul, o Código de Processo Civil de 1939 e, por fim, o atual Código de Processo Civil de 1973, todos mantiveram a mesma linha no que se referia ao cabimento do recurso de agravo contra decisão interlocutória<sup>160</sup>.

---

<sup>156</sup> Ibid., p. 42-50.

<sup>157</sup> Ibid., p. 50.

<sup>158</sup> Ibid., p. 51.

<sup>159</sup> Ibid., p. 51.

<sup>160</sup> Ibid., p. 52-53.

O agravo de instrumento, no revogado Código de Processo Civil de 1939, somente era cabível para casos textualmente enumerados ou previsto por leis extravagantes, diferentemente do que ocorre atualmente<sup>161</sup>. Já o agravo nos autos do processo, como era chamado no Código de Processo Civil de 1939, tinha a mesma roupagem do que entendemos hoje por ser o agravo retido, pois era conhecido pelo órgão *ad quem* como preliminar do julgamento da apelação, evitando a ocorrência da preclusão<sup>162</sup>.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, o sistema do agravo sofreu sensível modificação, em especial na parte em que trata sobre os efeitos do recurso e seu procedimento.

Mais recentemente, a Lei n. 11.187, de 20.10.2005, alterou a sistemática do agravo, tornando como regra a interposição deste recurso de forma retida<sup>163</sup>. Somente em casos excepcionais será admitida a interposição do agravo de forma instrumental. Buscou o legislador, com esta alteração, reduzir o volume de agravos que eram interpostos por instrumento perante os tribunais, visando também uma aceleração no tempo de entrega da prestação jurisdicional.

Um dos pontos que ensejou maiores críticas, com as quais nos perfilamos, foi a que alterou a redação do inc. II, do art. 527, do Código de Processo Civil<sup>164</sup>. Nele, possibilita-se ao relator converter o agravo interposto de forma instrumental em retido, determinando a sua remessa aos autos principais, para que fique aguardando o julgamento de futura apelação. Quem possui o arbítrio de valorar os efeitos da decisão que será objeto de agravo é a parte recorrente, e não o tribunal. Somente o interessado pode saber se a decisão interlocutória a ser atacada via agravo deve ser

---

<sup>161</sup> Seabra Fagundes, Miguel. *Obra citada*, n. 329, p. 315.

<sup>162</sup> Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 74.

<sup>163</sup> “Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá apelação, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisões suscetível de causar à parte lesão grave de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão de apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento”.

<sup>164</sup> “Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator:

I – (...)

II – converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão de apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juízo da causa;”

revista de imediato ou não, pois será o seu direito que sofrerá as conseqüências de tal ato. Este tipo de reforma, que vem de encontro com interesses corporativos, sistematicamente se demonstra em emendas que acabam por provocar mais retardo na entrega da prestação jurisdicional<sup>165</sup>.

## 5.2 EFEITOS

Para que possamos analisar os efeitos atinentes ao recurso de agravo, temos inicialmente que delimitar o campo de atuação da pesquisa. O nosso Código de Processo Civil atualmente prevê a possibilidade de interposição do agravo por duas formas: a retida e a por instrumento. No caso, considerando o foco do trabalho, que visa a utilização de uma hipótese prevista para o recurso de apelação no caso de julgamento de agravo de instrumento, analisaremos apenas os efeitos atinentes a este tipo de agravo.

### 5.2.1 Efeito devolutivo

O efeito devolutivo, do qual traçamos considerações no início deste trabalho, como em todos os outros tipos de recurso, se encontra presente também no recurso de agravo, gerando ao Poder Judiciário o dever de rever a decisão atacada pelo recurso, podendo esta revisão acarretar a sua modificação, no sentido amplo da palavra.

O efeito devolutivo pode ser total ou parcial, dependendo da dimensão da matéria impugnada<sup>166</sup>. Se atacar toda a decisão, será total. Se atacar somente parte da decisão, será parcial. Mas é bom lembrar que a devolução ficará restrita às questões incidentais, objeto de decisões interlocutórias<sup>167</sup>. Matéria analisável por intermédio de sentença somente pode ser revista via apelação.

---

<sup>165</sup> “A conversão, ou transformação de um recurso em outro, ocorre através de decisão de natureza interlocutória, sem que possa ser atacada por qualquer recurso, circunstância que nos anima a defender a possibilidade de impetração do mandado de segurança, como *remédio* constitucional” (Montenegro Filho, Misael. *Obra citada*, comentário ao inciso II do art. 527 do CPC, p. 588).

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 334.

<sup>167</sup> Alla, Valentina Jungmann Cintra. *Obra citada*, p. 150.

No caso do agravo, tanto de forma retida ou de instrumento, a devolutividade se dá em relação ao órgão *ad quem*. É ele, o tribunal, o órgão competente para apreciar o recurso de agravo, e rever a decisão interlocutória atacada. Contudo, nosso Código de Processo Civil, no art. 529<sup>168</sup>, prevê a possibilidade do juiz que proferiu a decisão agravada se retratar. É o que se chama de juízo de retratação. Ao receber a comunicação do tribunal para prestar informações (art. 527, IV, do CPC)<sup>169</sup>, o magistrado, tendo conhecimento das razões do agravo, pode se convencer que errou e exercer este juízo de retratação, modificando a decisão e comunicando o fato ao órgão *ad quem* que, provavelmente, considerará prejudicado o recurso. Esta retratação pode ser considerada como uma devolutividade provocada pela interposição do recurso. Assim, tanto o juízo prolator da decisão agravada como o órgão superior poderão re-examinar a matéria.

Dissemos acima que a retratação do juiz poderá acarretar a prejudicialidade do agravo. Se o agravo atacar a decisão interlocutória como um todo, em havendo a retratação total por parte do juiz, possivelmente o recurso será considerado prejudicado pelo tribunal. A prejudicialidade do agravo somente ocorrerá se a retratação ocorrer *in totum*, conforme previsto no art. 529, do CPC, acima citado.

Mas pode ocorrer do juiz se retratar somente em razão de parte da decisão, ou seja, a retratação ser parcial. A outra parte da decisão fica mantida pelo julgador monocrático. Neste caso, o agravo não será considerado prejudicado, tendo o seu processamento mantido, a fim de se rever a decisão nesta parte que foi mantida.

Outra questão que se põe e que demanda um certo questionamento é a hipótese do juiz proferir a sentença, e esta transitar em julgado, por falta de interposição de apelação, antes mesmo que o recurso de agravo de instrumento seja julgado. Como ficaria a extensão do efeito devolutivo se ele fica restrito a matéria impugnada?

---

<sup>168</sup> Art. 529. Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo.

<sup>169</sup> Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator:

(...)

IV – poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias;

Segundo Valentina Jungmann<sup>170</sup>, a matéria atacada pelo agravo não seria atingida pela preclusão da sentença, mantendo-se o efeito devolutivo neste ponto. Se provido o recurso, os atos praticados posteriormente seriam anulados, devendo ser proferida nova sentença. Se desprovido, a eficácia dos atos praticados posteriormente ficariam mantidos.

Agora, caso haja a interposição da apelação, mesmo estando pendente o julgamento do agravo de instrumento, neste caso não haveria problema, pois, o art. 559, do CPC<sup>171</sup>, proíbe que a apelação seja julgada antes do agravo.

Mas o problema, como dito, é quando não há a interposição da apelação, e o julgamento do agravo de instrumento ainda está pendente quando do trânsito em julgado da sentença. Primeiro, devemos ressaltar que tal hipótese caracteriza uma distorção do próprio sistema recursal. Não se concebe a idéia de que o julgamento de um agravo de instrumento demore tanto para ser julgado ao ponto da sentença ser proferida e chegar até a transitar em julgado. Mas a lentidão processual é uma realidade, que inclusive justifica o desenvolvimento de tantos trabalhos doutrinários a este respeito.

Sendo um desvirtuamento da regra, salvo melhor juízo, comungamos da idéia trazida acima de que a não interposição da apelação e o trânsito em julgado da sentença não causará a prejudicialidade do agravo de instrumento, não sendo alcançado pela preclusão. Até porque a demora no julgamento do agravo não foi ocasionada pelo agravante. E o mesmo não ter interposto apelação não pode ser considerado como uma renúncia ao agravo, uma vez que os dois recursos atacam matérias distintas.

---

<sup>170</sup> *Obra citada*, p. 150.

<sup>171</sup> Art. 559. A apelação não será incluída em pauta antes do agravo de instrumento interposto no mesmo processo.

Parágrafo único. Se ambos os recursos houverem de ser julgados na mesma sessão, terá precedência o agravo.

### 5.2.2 Efeito translativo

Relembrando, o tribunal, ao analisar um recurso, pode se manifestar sobre questões de ordem pública, que deviam ser conhecidas de ofício pelo juiz, e sobre as quais não se opera a preclusão. Esta manifestação é denominada de efeito translativo. Também vimos que esta manifestação do tribunal independe da vontade do recorrente pois, analisa, como dito, questões de ordem pública.

É importante destacar novamente que ao se tratar de questões de ordem pública, está se analisando casos de nulidade absoluta, onde há vício insanável, excluindo-se os casos de nulidade relativa. São estes casos, de nulidade absoluta, que devem ser examinados de ofício pelo juiz. E estas questões sempre vão referir-se a questões relacionadas a pressupostos processuais e condições da ação (incisos IV, V e VI, do art. 267, CPC), envolvendo os próprios requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional.

Este efeito também está presente no recurso de agravo de instrumento<sup>172</sup>. A análise destas questões de ordem pública podem se enquadrar na hipótese autorizadora do § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, que trata da apelação, mas que pode ser usado em julgamento de agravo de instrumento. Esta possibilidade será objeto de análise mais detida no item seguinte. Assim, nos reservamos o direito de voltar a este tema mais adiante.

### 5.2.3 Efeito suspensivo

Como se sabe, o agravo de instrumento, em regra, possui somente o efeito devolutivo, como se pode concluir da leitura da segunda parte do art. 497, do Código de Processo Civil<sup>173</sup>. A ressalva é feita pelo art. 558, do mesmo diploma

---

<sup>172</sup> Nery Júnior, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 420.

<sup>173</sup> Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei.

processual<sup>174</sup>, que estipula em quais casos o recurso poderá ser recebido com o efeito suspensivo.

A opção do legislador de não conceder o efeito suspensivo ao recurso de agravo, diferentemente do que ocorre com os outros recursos, é facilmente explicável. Se todo agravo tivesse efeito suspensivo, toda vez que se recorresse de uma decisão interlocutória o processo ficaria paralisado, o que ocasionaria um prolongamento excessivo, algo que hoje se combate veementemente<sup>175</sup>.

Como vimos, o efeito suspensivo consiste na qualidade que o recurso interposto possui de adiar a eficácia da decisão recorrida. A decisão atacada somente gerará efeitos práticos após o julgamento do recurso. Ou seja, no caso da interposição de um agravo de instrumento, e sendo caso de recebê-lo também no efeito suspensivo, aquela decisão atacada somente poderá ser cumprida após o julgamento do recurso.

A alteração introduzida no art. 558 do Código de Processo Civil, na verdade procurou combater o costume que se criou de utilizar-se da via do mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao agravo ou suspender a eficácia do ato impugnado. Como não era possível a concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, o recorrente, se vendo obrigado a suspender o cumprimento da decisão agravada, se utilizava, de forma desvirtuada, diga-se de passagem, do mandado de segurança para conseguir tal desiderato. E os tribunais, se vendo sensíveis à determinados casos que realmente demandavam a paralisação do processo, concediam as liminares pleiteadas. Isto ficou tão usual que o legislador acabou por acrescentar a possibilidade de concessão do efeito suspensivo ao agravo de instrumento através da Lei n. 9.139/95.

Como a concessão do efeito suspensivo ao agravo de instrumento é uma exceção ao art. 497 do CPC, o relator não poderá agir de ofício, dependendo,

---

<sup>174</sup> Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo às hipóteses do art. 520.

<sup>175</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. *Obra citada*, p. 548.

portanto, de requerimento da parte tal concessão<sup>176</sup>. Aliás, isto ficou claro com a modificação do art. 558 do Código de Processo Civil, que prevê textualmente que o relator poderá conceder o efeito suspensivo desde que *requerido* pelo agravante.

A mesma redação dá a entender que o juiz tem o *poder* de conceder ou não o efeito suspensivo, observando-se os requisitos ali exigidos. Mas, na verdade, a possibilidade de concessão deve ser encarada como um *dever* pelo juiz. Se requerido pelo agravante, e configurada a hipótese de lesão grave e de difícil reparação, deverá o juiz atribuir o efeito suspensivo ao agravo de instrumento<sup>177</sup>. É uma liberdade aparente que o magistrado possui, pois se configurados os requisitos autorizadores, a suspensão deverá ser concedida.

Interessante indagação que se põe é quanto ao momento do requerimento de concessão do efeito suspensivo. Se como parte do próprio recurso, ou se a postulação pode ocorrer depois da sua interposição. A redação do art. 558, do Código de Processo Civil, não prevê qualquer prazo para se requerer a concessão do efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Contudo, é natural pensarmos que o requerimento virá acompanhando a peça do recurso, pois, possivelmente, o dano alegado que justificará a postulação do efeito, já está ocorrendo, o que deve ter motivado inclusive a interposição do agravo de forma instrumental. Mas, como conclui Valentina Jungmann<sup>178</sup>, não havendo proibição, pode-se entender que o requerimento pode ser apresentado a qualquer tempo, desde que a concretização dos requisitos exigidos em lei ocorra em um momento futuro<sup>179</sup>.

O art. 558, do Código de Processo Civil, enumera quais são os casos que o relator *poderá* (deverá), a requerimento da parte, conceder o efeito suspensivo ao agravo de instrumento. As primeiras hipóteses não cabem qualquer discussão (prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea), sendo de fácil identificação. Mas, quando o legislador prevê a concessão do

---

<sup>176</sup> Nery Júnior, Nelson. *Princípios fundamentais*, p. 409.

<sup>177</sup> Carneiro, Athos Gusmão. *Obra citada*, p.74.

<sup>178</sup> *Obra citada*, p. 154/155.

<sup>179</sup> Para J. Maurício Brum o pedido pode ser feito a qualquer tempo, desde que antes do julgamento, porque inexistente preclusão e, ademais, pode sua necessidade aparecer na tramitação do recurso (*obra citada*, p. 119). Se contrapondo a este entendimento, Carreira Alvim se diz convicto de que a nova sistemática do agravo torna obrigatório o pedido de suspensão da decisão agravável na própria petição do agravo, por ocasião da interposição deste (*obra citada*, p. 127).

efeito suspensivo para casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, atribui à decisão do relator um caráter subjetivista.

O jurisdicionado sempre considerará a decisão agravada como hábil a provocar ao seu direito *lesão grave* e de *difícil reparação*. E vemos que este agravante, sempre que possível, postula a concessão do efeito suspensivo. Sendo assim, caberá ao relator do agravo considerar se o caso apresentado se enquadra ou não como de elevado risco ofensivo capaz de autorizar a concessão do efeito suspensivo.

Pela letra da lei, a lesão que pode resultar na concessão do efeito suspensivo deve ser, ao mesmo tempo, de *lesão grave* e de *difícil reparação*. Não basta a presença de um só desses requisitos. É necessário que as duas situações se materializem para que possa ocorrer a concessão. Uma lesão grave, mas que possa ser facilmente reparada, descaracteriza a possibilidade de suspensão, ocorrendo o mesmo no caso de uma lesão leve e de difícil reparação.

Mas então, o que é *grave*?

Já observava Ada Pellegrini Grinover, muito antes da reforma de 1995, que “já que o conceito de dano irreparável está sedimentado na doutrina, talvez fosse melhor que o art. 558 não se desse ao trabalho de fazer uma casuística, mesmo porque há outros casos, aí não incluídos, de dano irreparável”<sup>180</sup>.

Mas como isso não ocorreu, lesão grave, para Valentina Jungmann<sup>181</sup> é toda lesão que ultrapassa o tolerável, o nível normal de tolerância em situações semelhantes. É um dano que causa diminuição considerável do direito que se busca ao final da demanda, ao ponto de comprometê-lo de forma definitiva.

Já a irreparabilidade do ato pode ser analisada sob dois prismas. O primeiro tendo o ponto de vista objetivo, no qual é irreparável aquilo que não pode ser substituído sequer por dinheiro. O segundo, do ponto de vista subjetivo, reflete-se na

---

<sup>180</sup> *Direito processual civil*, p. 125.

<sup>181</sup> *Obra citada*, p. 158.

impossibilidade de se reparar o dano por falta de condição de se repor a situação ao estado anterior<sup>182</sup>.

Assim, presentes os requisitos, *deve* o relator conceder o efeito suspensivo ao agravo. E esta decisão, independentemente de seu resultado, deverá ser fundamentada, apontando o julgador quais os motivos que o convenceram, sob pena de nulidade, nos termos do inc. IX, do art. 93, da Constituição Federal<sup>183</sup>.

Desta forma, o art. 558, do Código de Processo Civil, prevê que o relator poderá (deverá) conceder o efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, quando requerido, e desde que presente a hipótese de lesão grave e de difícil reparação. Mas não diz se tal decisão poderá ser revogada caso haja a modificação da situação.

Nos parece que a decisão proferida nestes casos é feita com base em uma cognição sumária, pois os fatos são apresentados de forma superficial pelo agravante e o relator decide somente com base neles, se assemelhando, portanto, a forma de concessão dos provimentos cautelares. E como tais, a provisoriedade é uma característica destes provimentos de urgência. Assim, seria possível imaginar que, cessada a lesão grave ou o dano irreparável, poderá o relator revogar a concessão do efeito suspensivo ao recurso<sup>184</sup>. Contudo, tal situação seria de pouca ocorrência, uma vez que a suspensão da eficácia da decisão agravada praticamente evita por completo a alteração da situação que originou a interposição do recurso.

Aliás, a leitura da parte final do parágrafo único, do art. 527, do Código de Processo Civil<sup>185</sup>, demonstra claramente que o relator pode reconsiderar a decisão

---

<sup>182</sup> Cintra Alla, Valentina Jungmann. *Obra citada*, p; 158-159.

<sup>183</sup> Art. 93.

(...)

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

<sup>184</sup> Cintra Alla, Valentina Jungmman. *Obra citada*, p. 162.

<sup>185</sup> Art. 527.

(...)

que analisou a concessão do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, por mais que o momento seja inoportuno, como veremos.

Contudo, o texto legal não deixa claro se a reconsideração da decisão demanda provocação ou não. Considerando que a concessão do efeito suspensivo pelo relator depende de requerimento do agravante (art. 558, *caput*, do CPC), é lógico considerarmos que a possibilidade de revogação da concessão também dependerá de provocação, agora, por parte do agravado.

A alteração introduzida pela Lei n. 10.352/2001, em que prevê no inc. III, do art. 527, do Código de Processo Civil, que o relator do agravo poderá, além de atribuir efeito suspensivo ao recurso, deferir antecipação de tutela recursal, encerrou a discussão quanto a possibilidade de se conceder uma providência ativa ao recurso, ou seja, antecipar a própria tutela recursal.

Carreira Alvim<sup>186</sup>, Eduardo Talamini<sup>187</sup>, dentre outros, já antes mesmo da alteração introduzida pela Lei n. 10.352/2001, defendiam a possibilidade do relator, além de suspender a eficácia da decisão agravada, conceder antecipadamente a própria providência negada pelo órgão *ad quem* buscada através do recurso. Nada mais era do que a possibilidade de se conceder antecipadamente a tutela recursal, agora prevista pelo inc. III, do art. 527, do Código de Processo Civil.

Discussão que se travou também por bastante tempo foi a de ser possível ou não recorrer da decisão que analisa a concessão do efeito suspensivo ao agravo. Contudo, com a reforma do parágrafo único, do art. 527, do Código de Processo Civil, decorrente da Lei n. 11.187/2005, a decisão do relator que analisa a concessão do efeito suspensivo ao recurso, ou examina pedido de antecipação de tutela recursal, somente pode ser reformada no momento do julgamento do agravo, salvo a hipótese de reconsideração do relator, citada anteriormente.

---

Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos do inciso II e III do *caput* deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.

<sup>186</sup> *Obra citada*, p. 129.

<sup>187</sup> *Obra citada*, p. 133-134.

Como bem assinala a professora Teresa Wambier<sup>188</sup>, o momento de revisão desta decisão, conforme está posta hoje no parágrafo único, do art. 527, do Código de Processo Civil, é completamente inócuo. Do que adiante rever a decisão, se o recurso já vai ser apreciado pelo órgão colegiado?

Antes da reforma, era consenso entre os estudiosos que a decisão que analisava o pedido de concessão do efeito suspensivo ao agravo era passível de recurso.

Teresa Wambier<sup>189</sup> já sustentava que a decisão que admitia o agravo e negava o efeito suspensivo poderia ser atacada através do recurso previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil<sup>190</sup>. E o fazia entendendo que a letra do citado artigo abarcava a situação prevista no art. 558, do CPC.

Athos Gusmão Carneiro<sup>191</sup>, em estudo mais recente, também admitia a recorribilidade da decisão prevista no art. 558, do Código de Processo Civil. Entendia que a irrecorribilidade prestava um deserviço processual, pois o litigando procuraria outra forma de recorrer, como ocorreu com o mandado de segurança. E que, como decisão interlocutória, merecia revisão. Além de casos graves que demandavam um tratamento especial.

Nesta linha, Eduardo Talamini sintetiza exemplarmente, ao afirmar que “está implícita na estrutura constitucional do Poder Judiciário a pluralidade na composição dos tribunais locais e federais. Isso não impede que a lei delegue a prática de certos atos a um dos integrantes do colegiado – em regra, o relator da causa como se dá no art. 558 do CPC). *Contudo, terá de existir – sob pena de inconstitucionalidade – um mecanismo que permita a conferência, por parte do órgão colegiado, do correto desempenho da atividade delegada.* As partes necessariamente terão de dispor de

---

<sup>188</sup> Os agravos no CPC brasileiro, p. 354.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 354.

<sup>190</sup> Art. 557.

(...)

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo o voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

<sup>191</sup> *Recurso especial...*, p. 176.

um instrumento que lhes permita levar decisões individuais do relator ao órgão colegiado”<sup>192</sup>.

Entendia também Valentina Jungmman<sup>193</sup> que a decisão do relator que concede ou não o efeito suspensivo ao agravo é recorrível através do recurso previsto no atual § 1º, do art. 557, do Código de Processo Civil.

Carreira Alvim, por sua vez, chamava a atenção de que esta decisão que concede ou não o efeito suspensivo ao agravo é tomada de forma monocrática, portanto, dependendo de referendo do colegiado, o que sugere a possibilidade de se recorrer da mesma.

Portanto, era consenso que a decisão que concedia ou não o efeito suspensivo ao agravo de instrumento, previsto no art. 558, do Código de Processo Civil, poderia ser revista de uma forma ou de outra<sup>194</sup>.

Já sustentava a professora Teresa Wambier<sup>195</sup>, mesmo antes da Lei n. 11.187/2005, que caso o tribunal, através do seu regimento interno (o que entende não ser possível, o tribunal dispor sobre cabimento de recurso), pretendesse impedir a possibilidade de revisão da decisão que analisa a concessão do efeito suspensivo ao agravo, tal situação ensejaria a impetração de mandado de segurança. Combatia ainda a grande processualista a idéia de que tal ato não possui qualquer natureza

---

<sup>192</sup> *Obra citada*, p. 80/136.

<sup>193</sup> *Obra citada*, p. 175.

<sup>194</sup> Neste sentido, as vozes autorizadas de Barbosa Moreira e Cândido Rangel Dinamarco, antes da Lei n. 11.187/2005, que diziam: “É certo que a decisão do relator admite impugnação, e portanto sempre fica aberta a via para o julgamento colegiado: atende-se que nos agravos que agora contemplam o art. 545, especificamente no que tange aos pronunciamentos do relator sobre o agravo do art. 544 e do § 1º (ou será § 1?) do art. 557, em termos genéricos. Ao nosso ver, não era nem é eliminável tal possibilidade. O ‘juiz natural’ do recurso é o órgão colegiado; não há bloquear totalmente o caminho até ele. Pode-se equiparar o papel do relator ao de ‘porta voz avançado’: o que ele diz, supõe-se que o diga ‘antecipado’ a decisão do colegiado. Ao interessado ressalva-se o direito de desencadear um mecanismo de controle, capaz de mostrar se a ‘antecipação’ correspondeu ou não ao entendimento ‘antecipado’; em outras palavras, se merece realmente crédito o ‘porta voz’. Explicado está por que ousamos pensar que este tipo de recurso (melhor: de expediente destinado a provocar a ‘integração’ do julgamento) *deve ser admitido, nas circunstâncias, até sem expressa previsão legal*. Onde quer que se principie por dar ao relator a oportunidade de manifestar-se sozinho, tem-se de permitir que à sua voz venham juntar-se, desde que o requeira o interessado, as dos outros integrantes do órgão” (grifos do autor). Mas recentemente, no mesmo sentido, Barbosa Moreira, em seus *Comentários...*, p. 676.

<sup>195</sup> *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 361.

discricionária, sendo uma típica decisão interlocutória, pois o magistrado tem que interpretar conceito vago<sup>196</sup>. Até porque, a concessão ou não do efeito suspensivo depende de requerimento do agravante.

No Superior Tribunal de Justiça, antes da Lei n. 11.187/2005, o entendimento majoritário era no sentido de que contra a decisão que analisava o pedido de concessão do efeito suspensivo ao agravo de instrumento poderia ser utilizado o recurso de agravo previsto pelo art. 557, do Código de Processo Civil<sup>197</sup>. Por conseqüência, não se admitia o manuseio do mandando de segurança. Nos Tribunais dos Estados e Tribunais Regionais Federais, contudo, a jurisprudência era controvertida<sup>198</sup>.

Mas, com a edição da Lei n. 11.187/2005, *DOU* de 20.10.2005, que entrou em vigor após decorridos 90 (noventa) dias de sua publicação oficial, acabou com esta discussão. A referida Lei, por intermédio da redação do parágrafo único, do art. 527, do Código de Processo Civil, determina que “a decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do *caput* deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar” (sic). Ou seja, a decisão que analisa a concessão de efeito suspensivo (inc. II, do art. 527, do CPC), de lá para cá, agora, somente poderá ser revista pelo órgão colegiado no momento do julgamento do agravo de instrumento.

Ao mesmo tempo que a nova norma deixa claro que a decisão monocrática do relator do agravo poderá ser revista pelo órgão colegiado, também demonstra que esta decisão, na prática, é irrecurável, uma vez que a sua conferência somente ocorrerá no momento final do recurso, quando de seu julgamento. Demonstra um contra-senso a reforma introduzida.

---

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 362.

<sup>197</sup> “A decisão do relator, concedendo ou não efeito suspensivo ao agravo de instrumento, é recorrível, podendo a parte prejudicada valer-se do agravo previsto no parágrafo único do art. 557 do Código de Processo Civil, a ser interposto no prazo de 5 (cinco) dias” (STJ, 3ª T., REsp 343.749/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 09/09/2003, *DJ* 29/09/2003. P. 240.

<sup>198</sup> *Admitindo o recurso contra a decisão*: TRF-2ª Reg., EDAg 111651, rel. Juiz Antônio Cruz Neto, j. 25.11.2003, *DJ* 19.12.2003, p. 49; TRF-3ª R., AgRg em AI 96.03057719-7/P, rel. Juiz Newton de Lucca, rel. p/ AC. Juiz Célio Benevides, j. 18.02.1997, *DOU* 11.03.1997; dentre outros.

*Não admitindo o recurso contra a decisão*: TRF-1ª R., AGA 200101000487460, rel. Juiz Ítalo Mendes, j. 08.01.2002, *DJ* 13.02.2002, p. 70; *RJTASP* 160/225; *RJTJSP* 202/289; dentre outros.

Daí, estudiosos da estirpe de Teresa Wambier<sup>199</sup>, afirmarem que, nestes casos, em que há a irrecorribilidade prática desta decisão, entre o momento da análise da concessão do efeito suspensivo e o julgamento do próprio agravo de instrumento, o interessado poderá impetrar mandado de segurança.

Ponto que parece passar despercebido é em relação a que parte poderia recorrer da decisão que analisou a concessão do efeito suspensivo.

Se considerarmos que estamos falando de uma decisão interlocutória, a parte que se sentir prejudicada poderá recorrer da mesma. Se negado o efeito suspensivo o agravante terá legitimidade. Neste ponto não há dúvidas. Mas se concedido, o agravado é que terá legitimidade. Talvez esta hipótese pareça um pouco estranha. Poderia se dizer que faltaria interesse ao agravado, o que não é verdade. O agravado, além de ser parte tanto no processo como no recurso, se considerar que determinada decisão lhe acarreta prejuízo, poderá recorrer da mesma. O que ficaria, neste caso, é limitado ao instrumento recursal disponibilizado também ao agravante (art. 527, § 1º, do CPC), que somente será apreciado em conjunto com o julgamento do próprio agravo (art. 527, parágrafo único, do CPC).

E se equipararmos o poder (dever) do relator contido no inc. III, do art. 527, do Código de Processo Civil, ao poder de concessão de tutela antecipada previsto no art. 273, do mesmo diploma processual, como trataremos adiante, também teremos que aceitar a legitimidade recursal de ambas as partes.

#### **5.2.4 Efeito ativo**

Como vimos no item 4.5 deste trabalho, após a introdução do instituto da tutela antecipada, prevista no art. 273, do Código de Processo Civil, instalou-se uma controvérsia na doutrina e na jurisprudência, onde se discutia se o relator, ao

---

<sup>199</sup> “O fato de a restrição decorrer de lei federal, e não, como ocorria anteriormente à Lei n. 11.187/2005, de normas de regimentos de tribunais, não conduz a resultado diverso. É que, consoante observamos no item 6.1, o art. 5º, inc. LXIX, autoriza que se impetre mandado de segurança contra ato de juiz e, além disso, o art. 5º, inc. II, da Lei n. 1.533/51, também autoriza, na linha da Constituição (e não poderia ser o contrário, sob pena de a lei ser inconstitucional). Trata-se, portanto, de decisão que, uma vez presentes os respectivos requisitos, pode ser corrigida pela via do mandado de segurança” *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 451.

receber o recurso, poderia ou não antecipar a própria providência pleiteada pelo recorrente. Era a possibilidade de se transportar para o sistema recursal o instituto da tutela antecipada que, até então, tinha sido pensada para ser usada somente na fase de instrução do processo.

O texto do art. 527, em seu inc. III, do Código de Processo Civil, atribuído pela Lei n. 10.352/2001, acabou com esta controvérsia quando prevê expressamente a possibilidade do relator do agravo conceder a antecipação da tutela recursal.

A esta hipótese, de se pleitear a tutela antecipada em fase recursal, foi denominada de efeito ativo,<sup>200</sup> ou como outros preferiram, efeito suspensivo ativo<sup>201</sup>.

Ocorre que o texto legal do inc. III, do art. 527, do Código de Processo Civil, não detalhou, conforme o art. 273, também do Código de Processo Civil, quais os requisitos para a concessão da antecipação da tutela recursal.

Seguimos o entendimento de que a concessão da tutela recursal prevista pelo inc. III, do art. 527, do Código de Processo Civil, deva ser considerada mero desdobramento do instituto previsto inicialmente no art. 273, do Código de Processo Civil<sup>202</sup>. Assim, os parâmetros para a concessão do art. 273, do Código de Processo Civil, deverão ser os mesmos para a concessão antecipada da tutela recursal, prevista no inc. III, do art. 527, do Código de Processo Civil.

Verificada a impossibilidade de se aguardar o julgamento do recurso de agravo de instrumento, e não sendo caso de se postular a concessão de efeito suspensivo, mas sim de se buscar antecipar os efeitos da própria reforma da decisão agravada, o agravante, desde que preenchidos os requisitos enumerados pelo art. 273, do Código de Processo Civil, poderá postular este efeito ativo com base no inc. III, do art. 527, do Código de Processo Civil.

---

<sup>200</sup> Um dos primeiros a chamar este efeito de ativo foi Eduardo Talamini (*In A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. RePro 80/125-147*).

<sup>201</sup> Cássio Scarpinella Bueno (*In Execução provisória e antecipação de tutela, p. 130/131*).

<sup>202</sup> Neste sentido: Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 400.

### 5.2.5 Efeito expansivo

Verificou-se que o provimento de um recurso atingirá a matéria impugnada. Mas pode ocorrer também que ao se prover um recurso, os efeitos desta reforma extrapole à matéria impugnada, atingindo outras decisões ou outros capítulos da decisão atacada que não foi objeto de impugnação. A decisão torna-se mais abrangente do que o re-exame da matéria impugnada pelo recurso. A este fenômeno dá-se o nome de efeito expansivo.

Este efeito advém do princípio da causalidade, da concatenação ou da interdependência dos atos processuais, através do qual consideramos que os atos processuais existem uns em função dos outros, dependem uns dos outros<sup>203</sup>. Sendo assim, a reforma ou cassação de determinado ato poderá atingir outros atos praticados na seqüência do processo.

Com o provimento do Agravo de Instrumento, por exemplo, os atos praticados posteriormente, desde que conflitantes com a nova decisão, serão considerados sem efeito. Ou seja, o provimento do recurso atinge outra decisão que não a impugnada. Os efeitos gerados extrapolam ao próprio recurso. Neste caso, estaríamos diante do efeito expansivo externo. Agora, se o recurso ataca somente um capítulo da decisão, e o seu provimento atinge a decisão como um todo, não ultrapassando os limites da decisão agravada, estamos diante do efeito expansivo dito interno.

Mas o efeito expansivo pode sofrer limitação, frente ao princípio da conservação ou do aproveitamento, que determina que se aproveite ao máximo os atos praticados em juízo, anulando ou cassando somente os atos que não possam ser aproveitados.

---

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 402.

## 6

## O § 3º DO ART. 515 DO CPC

Tradicionalmente, a ordem processual brasileira prevê que o tribunal não pode apreciar diretamente a lide sem que o órgão de primeiro grau tenha se manifestado. Isto nos leva a idéia de que o tribunal se debruçará sobre a matéria aventada no recurso<sup>204</sup>. É o princípio consagrado como *tantum devolutum quantum appellatum*.

Ocorre que este princípio se vê mitigado, por intermédio do efeito devolutivo da apelação tido como amplo, previsto nos §§ 1º e 2º, do art. 515, do Código de Processo Civil, que prevê que as questões discutidas e suscitadas na ação são devolvidas ao tribunal, mesmo que não façam parte da sentença ou da apelação.

Existem situações ainda em que o tribunal se vê forçado a se manifestar sobre questões de ordem pública, independentemente do recurso ter tratado desta matéria, efeito este denominado de translativo, previsto pelo art. 516 do Código de Processo Civil, como vimos anteriormente.

Nesta esteira, a Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, introduziu o § 3º, ao art. 515, do Código de Processo Civil. Por ele, “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”.

---

<sup>204</sup> “Decisão de primeiro grau que conclui pela carência da ação – Recurso que objetiva a reforma com o pagamento de diferenças – Impossibilidade – Do decreto de carência resulta a ausência de apreciação meritória. E, nesse caso, não haverá como o Regional, instância revisora, adentrar ao mérito sem desprestigiar o princípio de indelegabilidade de competência e do próprio juiz natural, desaguando na supressão de instância (TRT – 2ª Região – 5ª T.; Rec. Ord. n. 02960031193-SP; Rel. Juiz Francisco Antonio de Oliveira; j. 29-4-1997. V.u. ementa)” (*Boletim da ASSP* n. 2.147, p. 264. Vide também *RT*, 633/91).

Este dispositivo prevê uma exceção a regra até então conhecida. Ressalvadas as hipóteses contidas nos §§ 1º e 2º, do art. 515, e do art. 516, ambos do Código de Processo Civil, o tribunal não poderia decidir mais do que foi decidido pelo juízo monocrático, pois estaria ele agindo como primeiro grau<sup>205</sup>. A regra era de que o mérito da causa somente poderia ser julgado pelo tribunal se o juiz de primeiro grau a tivesse apreciado<sup>206</sup>. Agora, não importa mais qual é a natureza da sentença, se terminativa ou definitiva. Sendo questão de direito e estando o tribunal em condições de julgamento, este, ao apreciar uma apelação, poderá adentrar no mérito sem que tenha ocorrido a manifestação do juiz de primeiro grau.

Na exposição de motivos do Anteprojeto n. 15, os então Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro justificavam a modificação a partir da valorização dos “princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, permitindo-se ao tribunal o julgamento imediato do mérito, naqueles casos em que o juiz não o tenha apreciado mas, sendo questão exclusivamente de direito, a causa já esteja em condições de ser inteiramente solucionada”<sup>207</sup>.

Ricardo de Carvalho Aprigliano lembra que a doutrina já havia formulado sugestão semelhante, onde defendia a idéia de se passar diretamente ao mérito da ação nas diversas hipóteses em que o tribunal reconhecesse uma nulidade ou reformasse uma sentença que tenha extinguido o processo sem julgamento de mérito<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> Nem no direito espanhol. “Así, no pueden lãs partes em La Segunda instancia del proceso solicitar la reforma de la sentencia de primera instancia invocando hechos, pruebas ou excepciones nuevas, sino sólo por las mismas aducidas oportunamente en la primera instancia del proceso, em los límites de la pretensión impugnatoria. Y, correlativamente, no puede el Tribunal *ad quem* conocer y resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en la primera instancia, o hechos nuevos introducidos extemporáneamente en el proceso, ya que el Tribunal de Segunda instancia se Le debe proponer la misma ‘res iudicata’ sobre la cual há juzgado el Juez *a quo*” (RICHARD GONZÁLES, Manuel, *obra citada*, p. 233).

<sup>206</sup> “A regra geral que podemos traçar, para o direito brasileiro, a respeito da validade da sentença e o duplo grau, é que sempre que o órgão *ad quem* entender que a decisão de primeira instância apresenta um *erro in procedendo* e este não possa ser superado, a sentença merece ser anulada, devendo novamente ser julgada em primeira instância, ao passo que, em se tratando de *erro in iudicando*, o julgador recursal conhecerá diretamente do litígio” (LASPRO, Orestes Nestor de Souza, *obra citada*, p. 26).

<sup>207</sup> Vide Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, “Exposição de Motivos (anteprojeto n. 15)”. Brasília, Instituto Brasileiro de Direito Processual e Escola Nacional de Magistratura, 2000.

<sup>208</sup> *Obra citada*, p. 259.

O que parece, portanto, é que esta alteração legislativa também foi motivada pela celeridade na entrega da prestação jurisdicional. No momento em que se autoriza ao tribunal analisar o mérito que sequer passou pelo crivo do juízo de primeiro grau, está a se buscar uma grande aceleração no tempo de duração do processo<sup>209</sup>.

---

<sup>209</sup> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 515, § 3º, DO CPC NÃO CONFIGURADA. CAUSA MADURA. AFERIÇÃO DE CONDIÇÃO DE JULGAMENTO E REJEIÇÃO DE PRODUÇÃO DE PROVAS IMPERTINENTES PELO TRIBUNAL LOCAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. VEDAÇÃO. ALEGADA OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. APLICAÇÃO DO CDC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO IMPUGNADO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A reforma processual instituída pela Lei n. 10.352/2001 passou a autorizar, expressamente, a apreciação do mérito da causa pelo órgão superior, nas hipóteses elencadas pelo art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, verbis: "Art. 515. [...] § 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." Dessa forma, não há violação do duplo grau de jurisdição nem indevida supressão de instância.

2. Também não há *reformatio in pejus*, pois "o julgamento de *meritis* que o tribunal fizer nessa oportunidade será o mesmo que faria se houvesse mandado o processo de volta ao primeiro grau, lá ele recebesse sentença, o autor apelasse contra esta e ele, tribunal, afinal voltasse a julgar o mérito. A novidade representada pelo § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil nada mais é do que um atalho, legitimado pela aptidão a acelerar os resultados do processo e desejável sempre que isso for feito sem prejuízo a qualquer das partes; ela constituiu mais um lance da luta do legislador contra os males do tempo e representa a ruptura com um velho dogma, o do duplo grau de jurisdição, que por sua vez só se legitima quando for capaz de trazer benefícios, não demoras desnecessárias. Por outro lado, se agora as regras são essas e são conhecidas de todo operador do direito, o autor que apelar contra a sentença terminativa fá-lo-á com a consciência do risco que corre; não há infração à garantia constitucional do *due process* porque as regras do jogo são claras e isso é fator de segurança das partes, capaz de evitar surpresas" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 177/181).

3. "Diante da expressa possibilidade de o julgamento da causa ser feito pelo tribunal que acolher a apelação contra sentença terminativa, é ônus de ambas as partes prequestionar em razões ou contra-razões recursais todos os pontos que depois pretendam levar ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Eles o farão, do mesmo modo como fariam se a apelação houvesse sido interposta contra uma sentença de mérito. Assim é o sistema posto e não se vislumbra o menor risco de mácula à garantia constitucional do *due process of law*, porque a lei é do conhecimento geral e a ninguém aproveita a alegação de desconhecê-la, ou de não ter previsto a ocorrência de fatos que ela autoriza (LICC, art. 3º)" (DINAMARCO. *idem*).

4. O julgamento do mérito da causa pelo Tribunal de segundo grau nos termos do art. 515, § 3º, da Lei de Ritos, não se limita às questões exclusivamente de direito, mas alcança, outrossim, aquelas cuja instrução probatória esteja completa ou seja desnecessária, de acordo com a convicção do julgador. É o que se convencionou chamar de "causa madura", ou seja, pronta para julgamento, à semelhança do que ocorre com o julgamento antecipado da lide. Assim, diante da conclusão do Tribunal a quo de que a causa possuía condições de julgamento e que eventual pedido de produção de prova testemunhal era impertinente, não é possível a este Superior rever

O referido dispositivo, ao possibilitar o julgamento do mérito diretamente pelo órgão *ad quem*, impossibilita que o órgão *a quo* se manifeste sobre o mérito da causa. Esta situação é taxada de inconstitucionalidade, por violação do princípio do duplo grau de jurisdição.

O duplo grau de jurisdição, como vimos, implica em submeter a lide a exames sucessivos, o que garante uma maior chance de uma boa solução. Ao se submeter as decisões ao crivo de uma revisão, há maior probabilidade de acerto no julgado.

Ocorre que não há violação do duplo grau de jurisdição porque ele não é garantia constitucional, embora seja tido como um dos fundamentos do direito processual civil<sup>210</sup>. A Constituição Federal prestigia o duplo grau de jurisdição como princípio, mas não o tem como uma garantia. O duplo grau de jurisdição aparece como forma derivada do princípio do devido processo legal. E princípios, como tais, são regras gerais e genericamente formuladas<sup>211</sup>. Mas o duplo grau de jurisdição não figura de forma textual na Carta Magna a ponto de autorizar a alegação de inconstitucionalidade do § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil<sup>212</sup>.

---

tais conclusões, sob pena de reapreciação do contexto fático-probatório, delineado pelas instâncias de origem, o que é vedado em sede de recurso especial.

5. Agravo improvido.

(AgRg no Ag 867885/MG, 4ª. T., rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 25.09.2007, DJ 22.10.2007, p. 297).

<sup>210</sup> “Princípios são, em nosso entender, ‘normas fundantes’. Intuímos a existência de princípios examinando um ordenamento jurídico neles inspirado, principalmente porque nem sempre são expressamente formulados. Desempenham, portanto, além dos outros papéis, o de regras interpretativas, já que, se o ordenamento positivo, de certo modo, se cria e se estrutura a partir de princípios, a estes deve o intérprete recorrer quando extrai o sentido da regra positiva, para, com isso, dar *coesão*, *unidade* e imprimir *harmonia* ao sistema” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, p. 89-90).

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>212</sup> “Afasta-se desde logo a suspeita de que esse princípio peque por inconstitucionalidade ao permitir um julgamento *per saltum*, excluída a decisão da causa pelo juiz inferior, para que só depois o tribunal pudesse julgar – porque na ordem constitucional brasileira não há uma *garantia* do duplo grau de jurisdição. A Constituição Federal prestigia o duplo grau como *princípio*, não como garantia, ao enunciar seguidas vezes a competência dos tribunais para o julgamento dos recursos; mas ela própria põe ressalvas à imposição desse princípio, especialmente ao enumerar hipóteses da *competência originária dos tribunais*, nas quais é quase sempre problemática a admissibilidade de algum recurso, seja para o próprio tribunal, seja para outro de nível mais elevado. Em face disso, em princípio não é inconstitucionalmente repudiada a norma legal que confie em um só grau jurisdicional o julgamento de uma causa ou que outorgue competência ao tribunal para julgar

E mais. Os princípios querem figurem como garantia constitucional ou não, sempre devem ser contrapostos com outros princípios. Eles não podem ser analisados de forma estanque. Ou seja, o princípio do duplo grau de jurisdição não pode ser analisado de forma individual<sup>213</sup>. Ele deve ser analisado em conjunto com outros princípios, como o princípio da economia e da celeridade processual, por exemplo, e que justificaram a alteração do art. 515, do Código de Processo Civil.

Mesmo considerando que o duplo grau de jurisdição seja um princípio constitucional (que entendemos ser de forma derivada ao princípio do devido processo legal), a inovação trazida pela Lei n. 10.352/2001, não pode ser taxada de inconstitucional, pois tratar-se de uma exceção expressa à norma.

A supressão da possibilidade do órgão *a quo* se manifestar sobre determinada matéria é possível somente preenchidas certas condições, sendo plenamente possível limitar o duplo grau de jurisdição, privilegiando a celeridade processual, como explicitaram Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro na exposição de motivos do Anteprojeto n. 15, citado acima. A restrição ao duplo grau de jurisdição, contida na redação do § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, será autorizada em hipóteses especiais, em favor de uma melhor prestação jurisdicional.

A nova regra foi concebida para situações pontuais, de discussões jurídicas reiteradas, em que a interpretação dos tribunais assume maior importância do que a manifestação do juízo de primeiro grau<sup>214</sup>. Por isso ser dispensável. O exemplo mais claro é o que envolve questões de ordem tributária, que são resolvidas pelos tribunais superiores, e que se aplicam a milhares de casos idênticos. O provimento

---

alguma outra, ainda não julgada pelo juiz inferior” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, p. 151).

<sup>213</sup> “Interessante observar-se que princípios não se submetem ao ‘tudo’ ou ‘nada’. Um princípio não deve ter sua exigência posta em dúvida, só porque não se aplica a determinada situação concreta. Em virtude das peculiaridades de uma dada situação, pode ocorrer a incidência de um e o afastamento de outro. O comum, pois, é que o choque de princípios se manifeste em situações concretas, não ficando, em tese, comprometido aquele que não foi aplicado” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, p. 94-95).

<sup>214</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Obra citada*, p. 262.

de primeiro grau perde a sua importância, frente as decisões repetitivas dos tribunais superiores, com base nas quais os casos serão solucionados<sup>215</sup>.

Tais hipóteses, ou melhor, tais condições, estão explicitadas no próprio § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, que somente autoriza o tribunal a adentrar no mérito que não foi objeto de análise por parte do primeiro grau, quando a causa versar sobre questão exclusivamente de direito<sup>216</sup>, e estiver o colegiado apto ao imediato julgamento.

A expressão *questão unicamente de direito* deve significar que os fatos aventados pelas partes na ação sejam incontroversos, que não prescindam de dilação probatória, que não haja controvérsia contra a sua ocorrência, havendo divergência entre os litigantes apenas em relação às conseqüência jurídicas destes fatos. Assim, ensina Arruda Alvim<sup>217</sup>, que “a questão de mérito se resume na aplicação da lei ao caso concreto, já definido pela ausência de qualquer controvérsia em torno dos fatos, e, então, encontra aplicação a regra de que acerca do direito não se faz prova, por força da aplicação do princípio do *iura novit curia* (art. 330, I, 1ª frase)”.

---

<sup>215</sup> Decidiu o STJ que a incidência do § 3º do art. 515 não implica em cerceamento de defesa da parte: STJ, 4ª T., REsp 533684/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 16.09.2004, DJ 06.12.2004, p. 321.

<sup>216</sup> “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. APRECIÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. ART. 515, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES. VIOLAÇÃO AO ENUNCIADO 242 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESCABIMENTO. ART. 460 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE.

1. É possível o enfrentamento da matéria de fundo pelo Tribunal *a quo*, na hipótese de ter sido extinto o processo sem julgamento do mérito pelo juízo de primeiro grau e quando a matéria tratada for exclusivamente de direito, nos termos do § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 10.352, de 26/12/2001.

2. Consoante o entendimento desta Corte, os verbetes ou enunciados dos tribunais não se equiparam às leis federais para fins de interposição de recurso especial.

3. Quanto à alegação de ofensa ao art. 460 do Código de Processo Civil, esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que a sentença que sujeita à procedência ou improcedência do pedido a acontecimento futuro e incerto é nula. A pretensão do Agravante não merece acolhimento, uma vez que não pode litigar pelo direito à complementação de aposentadoria, quando ainda nem sequer aposentou-se.

4. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no Ag 867932/SP, 5ª T., rel. Min. Laurita Vaz, j. 26.06.2007, DJ 06.08.2007, p. 672).

<sup>217</sup> *Manual de direito processual civil*, p. 383. No mesmo sentido: Rogério Lauria Tucci. *Do julgamento conforme o estado do processo*, p. 143.

Chama a atenção a semelhança entre os termos utilizados pelo legislador tanto no § 3º, do art. 515, como no inc. I, do art. 330<sup>218</sup>, ambos do Código de Processo Civil. Parte da doutrina, em razão desta semelhança, conclui que somente os casos enquadrados como passíveis de julgamento antecipado da lide (art. 330, I, do CPC), é que poderão ser apreciados pelo tribunal sem que o juízo de primeiro grau tenha se manifestado, e desde que afastada a extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 515, § 3º, do CPC)<sup>219</sup>. Acreditamos que a semelhança é proposital. Realmente o legislador se espelhou no inc. I, do art. 330, para acrescentar o § 3º, do art. 515, ambos do Código de Processo Civil. Mas não vemos necessidade prática em vincular a caracterização do primeiro, como fonte autorizadora do segundo. Situações podem fugir à esta assertiva que não estejam contempladas neste panorama. O que se tem que ter em mente é que a *questão unicamente de direito* deve demonstrar situação que a falta de dilação probatória em nada alteraria a manifestação meritória de primeiro grau.

Nos termos do texto legal, pode-se aperceber que tal hipótese será reduzida a questões exclusivamente de direito que não foram objeto de apreciação do juízo de primeiro grau em razão da sentença ter extinto o feito sem julgamento do mérito. Assim, os recursos dirigidos contra sentenças de mérito que tenham julgado antecipadamente a lide, cerceando a realização de determinada prova, mesmo que conhecidos pelo tribunal, deverão ser remetidos a instância inferior para instrução do feito.

Também no caso de sentenças terminativas recorridas, em que a causa versar sobre questões de fato e de direito, se provida a apelação pelo tribunal, o retorno dos autos para o juízo de primeiro grau será exigido, mesmo que as questões de fato já tenham sido provadas. E isto se faz necessário porque o juiz, ao

---

<sup>218</sup> “Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;”

<sup>219</sup> Neste sentido: Rodrigo Barioni. *A proibição da reformatio in peius e o § 3º do art. 515 do CPC*. P. 704; Luiz Rodrigues Wambier; Teresa Arruda Alvim Wambier. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, p. 96; Cândido Rangel Dinamarco. *A reforma da reforma*, p. 153-154; Humberto Theodoro Júnior. *Inovações da Lei n. 10.352/2001, em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição*, p. 269; Sálvio de Figueiredo Teixeira. *Código de Processo Civil anotado*, p. 376.

receber o processo novamente, que tinha encerrado sem analisar o mérito, agora, poderá valorar a prova, o que não fez anteriormente.

A expressão *condições de imediato julgamento* adverte ao tribunal que seu colegiado deve estar apto, naquele momento, a analisar o mérito da causa, independentemente da inexistência de manifestação do juízo de primeiro grau. Ou seja, o processo, se estivesse em primeiro grau, também estaria pronto para o julgamento do mérito. O processo em *condições de imediato julgamento*, segundo Cândido Rangel Dinamarco<sup>220</sup>, equivale a processo já suficientemente instruído para o julgamento do mérito.

Segundo este entendimento, mesmo considerando que o § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, remete ao art. 267 do mesmo diploma legal de forma genérica, a sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito, por inépcia da petição inicial, por exemplo, não serve para autorizar o tribunal a analisar o mérito, quando do julgamento de apelação que ataca sentença terminativa. E isto se dá pelo simples fato de que sequer houve a formalização do contraditório, pois o réu ainda não compareceu nos autos, uma vez que ainda não ocorreu a sua citação. Neste caso, o processo não pode ser considerado estar em *condições de imediato julgamento*.

Deve ficar claro, portanto, que as partes tiveram toda a possibilidade de realizar as provas que entendessem pertinentes, o que nos chama a atenção para que não serão todos os casos previstos no art. 267, do Código de Processo Civil, é que poderão se enquadrar na previsão do § 3º, do art. 515, do mesmo Código instrumental. O exaurimento das possibilidades probatórias ou a desnecessidade de sua realização é condicionante para a configuração das *condições de imediato julgamento*<sup>221</sup>.

A norma não admite interpretação diversa. As condições previstas no § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, são claras. Somente em questões exclusivamente de direito e em casos que o tribunal se sinta convencido para julgar,

---

<sup>220</sup> A reforma da reforma, p. 155.

<sup>221</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ibid.*, p. 158.

é que se concebe o emprego da norma acima<sup>222</sup>. Até porque o princípio da identidade física do juiz, da oralidade e da imediatidade, continuam a ter o seu valor resguardado pelo nosso sistema processual.

As condições previstas pelo § 3º, do art. 515, do Código de Processo civil, devem ser exigidas de forma cumulativa<sup>223</sup>. Caso uma delas não esteja presente, deverá o tribunal devolver os autos a instância inferior para análise da questão meritória. Se não for caso exclusivamente de direito, e sendo a apelação provida, deverá o processo ser devolvido ao juízo de origem. O mesmo ocorre em contrário. Sendo questão exclusivamente de direito, mas não estando o tribunal em condições de imediato julgamento, os autos devem ser baixados ao primeiro grau para a devida instrução<sup>224</sup>.

Agora, caso estejam presentes as duas condições (matéria exclusivamente de direito e em condições de imediato julgamento), o tribunal *deverá* ou *poderá* analisar o mérito? É um poder discricionário concedido ao relator ou se trata de um

---

<sup>222</sup> “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MILITAR. LICENCIAMENTO SEM PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE GRAU DE JURISDIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. ART. 515, § 3º, DO CPC. APLICABILIDADE. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PRIMEIRO GRAU. INEXISTÊNCIA. NULIDADE SANADA. INTERVENÇÃO EM SEGUNDO GRAU. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. **O art. 515, § 3º, do CPC autoriza ao tribunal "julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento". Hipótese em que o Tribunal de origem, em apelação, reformou a sentença que extinguiu o processo sem exame de mérito por inadequação da via mandamental e, ao apreciar o mérito da demanda, reconheceu a ilegalidade do ato que excluiu o impetrante do Corpo de Bombeiros Militar, concedendo a ordem pleiteada.** 2. Em consonância com o princípio da instrumentalidade das formas, a nulidade decorrente da ausência de intervenção ministerial em primeiro grau é sanada quando, não tendo sido demonstrado prejuízo, o Ministério Público intervém em segundo grau de jurisdição. 3. Recurso especial conhecido e improvido” (REsp 723426/PA, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.10.2007, DJ 05.11.2007, p. 344) (nosso grifo).

<sup>223</sup> BARIONI, Rodrigo. *A proibição da reformatio in peius e o § 3º do art. 515 do CPC*, p. 704.

<sup>224</sup> “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. USINA HIDRELÉTRICA DE MACHADINHO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. ENVIO DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM PARA PRODUÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. ARTIGO 515, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. Ao ser reapreciada sentença terminativa de mérito nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, é lícito ao Tribunal, concluindo pela presença das condições da ação, determinar a baixa dos autos à instância originária para a produção das provas requeridas no processo, sem as quais seria impossível apreciar o mérito da demanda.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.”

(REsp 631154/RS, 2ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 27.02.2007, DJ 16.03.2007, p. 335).

dispositivo que impõe um dever? Luiz Wambier e Teresa Wambier<sup>225</sup> optam pela condição de *dever*. E o justificam afirmando que quase todos os dispositivos que dizem respeito à atividade do juiz impõe uma obrigação.

Com a devida vênia dos eminentes mestres acima citados, entendemos ser difícil fugir à dicção *pode julgar*, contida no § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil. Se a *mens legis* fosse em sentido contrário, traria na norma processual expressão que não admitisse interpretação em contrário, como por exemplo, *deverá julgar*<sup>226</sup>. Além disso, ao nosso ver, a possibilidade de configuração da hipótese autorizadora é de pequena chance de ser utilizada com uma certa constância por parte dos nossos órgãos colegiados.

Deduzimos que será de pouca utilização tendo em vista que, ao se considerar que o tribunal deve estar em condições de imediato julgamento, estamos falando de um convencimento de todo o colegiado. Se um membro do órgão julgador não se sentir apto a julgar naquele instante, a previsão contida no § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, não *poderá* ou *deverá* ser utilizada. Somente em casos reincidentes, possivelmente de matéria tributária, este preceito tenha uma efetividade<sup>227</sup>.

<sup>225</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, p. 96.

<sup>226</sup> “AGRAVO REGIMENTAL. JULGAMENTO DE MÉRITO DA CAUSA PELO TRIBUNAL LOCAL. POSSIBILIDADE. ART. 515, § 3º, DO CPC. – O Tribunal revisor, ao reformar a sentença que extingue o processo sem exame do mérito, tem o dever-poder de julgar imediatamente o mérito do litígio, quando o feito encontrar-se em condições de pronto julgamento” (AgRg no Ag 836287/DF, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 18.10.2007, DJ 31.10.2007, p. 325).

<sup>227</sup> “2. O art. 515 e seus parágrafos, do CPC, estatuem que, além de a apelação devolver ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, também serão objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no decorrer processual, mesmo que a sentença não as tenha examinado ou julgado na íntegra. Se o processo for extinto, sem julgamento do mérito, poderá o Tribunal julgar, desde logo, a lide, conquanto que a causa trate de questão exclusivamente de direito e estiver em plenas condições de julgamento imediato. 3. *In casu*, apesar de o feito ter sido extinto com julgamento do mérito (acolhimento da prescrição), aplica-se o entendimento supra, visto que nada foi decidido com relação ao mérito da demanda e o mesmo envolve, unicamente, questão de direito (repetição de indébito – contribuição previdenciária – em face de legislação declarada inconstitucional), por demais pacífica nesta Corte de Justiça, encontrando-se, ademais, nos autos todos os requisitos necessários ao seu julgamento imediato. 4. O retorno dos autos ao juízo de origem causaria danos irreparáveis à parte autora, tendo em vista que perderia um tempo enorme na solução da lide, ainda mais em contenda que já foi por deveras examinada pelo Poder Judiciário. Tal atitude iria de encontro aos princ[ípios] da economia e celeridade processuais, fazendo com que a tal decantada entrega da presta;ao jurisdicional se

Outro aspecto que acarreta divergência em relação à aplicação do § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, diz respeito à necessidade do apelante formular, em suas razões recursais, pedido expresso de julgamento da lide pelo tribunal, caso a sentença terminativa seja reformada.

Há os que defendam ser indispensável o requerimento do apelante para que o tribunal, com base no § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, adentre no mérito, pois a interpretação deste preceito deve ser feita em conjunto com o *caput* do mesmo artigo<sup>228</sup>, e com o art. 2º, do mesmo diploma processual<sup>229,230</sup>.

Outros que afirmam que a possibilidade do tribunal julgar o mérito, prevista no mesmo § 3º, não está condicionada ao pedido expresso do apelante, uma vez que

---

perpetuasse ao longo dos anos, desnecessariamente. (...). 6. Inexistência de supressão de instância, em face da permissibilidade outorgada pelos arts. 515 e parágrafos e 516, do CPC” (SJT, 1ª T., EDcl nos EDcl no REsp 461643/RS, rel. Min. José Delgado, j. 06.03.2003, DJ 31.03.2003, p. 160).

<sup>228</sup> Ricardo de Carvalho Aprigliano esclarece que, “Em outras palavras, independentemente da inclusão desse § 3º ao art. 515, será sempre o apelante a determinar os limites da cognição do tribunal, pois a ele cabe delimitar o âmbito de devolutividade de seu recurso. Se o órgão *ad quem* passa ao exame do mérito sem prévio requerimento, poderá inclusive ocasionar a *reformatio in pejus* a uma das partes, o que é igualmente vedado em nosso ordenamento” (*obra citada*, p. 261).

<sup>229</sup> Neste sentido, Flávio Cheim Jorge defende que “a possibilidade de o tribunal julgar o mérito da causa, nos termos do recém-introduzido § 3º, do art. 515, deve ser vista sempre em consonância com o disposto no *caput* desse mesmo artigo, onde é fixada a máxima *tantum devolutum quantum appellatum*. O pedido do apelante para que o tribunal julgue o mérito da causa é requisito intransponível para que seja aplicado o novo § 3º, do art. 515, sob pena de violação do art. 2º do CPC, aplicado analogicamente aos recursos” (*A nova reforma processual*, p. 76).

<sup>230</sup> **Tendo como necessário pedido do apelante há a posição de Leonardo José Carneiro da Cunha: "Em outras palavras, para que reste aplicada a regra do § 3º do art. 515 do CPC, é preciso que o apelante, em suas razões recursais, requeira expressamente que o tribunal dê provimento ao seu apelo e, desde logo, aprecie o mérito da demanda. Caso o apelante requeira que, após o provimento do recurso, sejam os autos devolvidos ao juízo de primeira instância para análise do mérito, por ignorância da nova regra ou por lhe ser mais conveniente, não poderá o tribunal, valendo-se do § 3º do art. 515 do CPC, adentrar no exame do mérito, sob pena de estar julgando extra ou ultra petita.**

“Na hipótese de o apelante requerer que o tribunal, provendo seu recurso, já aprecie o mérito, aí sim cumpre concordar com a opinião de Luiz Manoel Gomes Júnior, cabendo ao tribunal, obrigatoriamente, proceder com a análise do mérito. Nesse caso, 'o tribunal somente poderá deixar de apreciar o mérito, se entender que a questão não é exclusivamente de direito'.

“Vale dizer que, havendo requerimento expresso do apelante, é obrigatório ao tribunal, aplicando o § 3º do art. 515 do CPC, já conhecer do mérito da demanda, ao prover a apelação interposta contra a sentença terminativa, a não ser que a matéria ainda reclame alguma providência ou prova a ser produzida no juízo singular” (*Obra citada*, ps. 85-86).

tal requerimento não guarda relação com a matéria impugnada na apelação, que ataca sentença terminativa<sup>231232</sup>.

<sup>231</sup> Neste sentido, Rodrigo Barioni que entende que “o recurso de apelação dirige-se contra a parte dispositiva da sentença. Quando o órgão *a quo* aprecia uma preliminar e decreta a extinção do processo sem apreciação do mérito, verifica-se a existência de impedimento para que julgue as questões de mérito. O fato de um tribunal afastar essa preliminar não altera a situação de *inexistir* pronunciamento do juízo *a quo* a respeito do mérito. E justamente por essa razão a doutrina não aceitava que as questões de mérito pudessem ser apreciadas pelo tribunal por meio de uma recurso restrito a atacar a decisão que extinguiu o processo sem o julgamento do mérito.

Assim, no caso da sentença terminativa, a “matéria impugnada” a que se refere o *caput* do art. 515 do CPC cinge-se ao ponto efetivamente *decidido* na sentença, ou seja, ao pronunciamento que decretou a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Não parece correto afirmar que a possibilidade de o órgão *ad quem* julgar o mérito, prevista no § 3º do art. 515 do CPC, esteja condicionada a pedido expresso do apelante, pois tal requerimento não constitui a “matéria impugnada” mencionada no *caput* da norma” (*Efeito devolutivo da apelação civil*, p. 171).

<sup>232</sup> “PROCESSUAL CIVIL. CUSTAS INICIAIS NÃO RECOLHIDAS NO MOMENTO DA DISTRIBUIÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. CANCELAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO. NECESSIDADE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE (ARTS. 257 E 267, § 1º, DO CPC). APELAÇÃO CÍVEL. EFEITO DEVOLUTIVO. ARTIGO 515, §3º DO CPC. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRODUÇÃO DAS PROVAS. OFENSA AO ART. 535, DO CPC. INEXISTÊNCIA.

1. Revela-se desarrazoado o cancelamento, e conseqüente extinção do processo, nas hipóteses de não recolhimento das custas iniciais no momento da distribuição, antes da intimação pessoal e prévia da parte, na forma do artigo 267, § 1º, do CPC, a fim de que reste configurada sua inércia em sanar a irregularidade apontada, máxime quando já efetuado o pagamento das mesmas. Precedentes desta Corte: RESP 676601/PR, DJ de 10.10.2005; RESP 770981/RS, DJ DE 26.09.2005; AgRg no RESP 628595/MG, DJ de 13.09.2004 e ERESP 199117/RJ, DJ de 04.08.2003.

2. Ação Ordinária ajuizada por empresa particular, em face da concessionária de energia elétrica, objetivando a declaração de ilegalidade da cobrança de multa moratória diária, no percentual de 0,35%, incidente sobre as contas de energia elétrica, estabelecida pela Portaria n. 448/98 do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), bem como o reconhecimento da impossibilidade de corte no fornecimento de energia elétrica na hipótese de inadimplência.

**3. A legislação confere ao órgão jurisdicional superior, por força da autorização contida no art. 515, § 3º do CPC, autorização para proceder à análise do mérito, independentemente de pedido da parte e, a fortiori, permite ao tribunal determinar a baixa dos autos ao juízo singular, independentemente da vontade do litigante, evidenciada a necessidade objetiva da prova.**

4. *In casu*, o tribunal local, com ampla cognição fático-probatória, reconheceu a ausência de maturidade da causa para os fins colimados no art. 515, § 3º do CPC, qual seja, a apreciação do *meritum causae*, com muito mais razão interdita-se esse exame em sede de recurso especial, ante o óbice erigido pela Súmula 07/STJ.

5. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005.

Comungamos do entendimento de que o tribunal independe de requerimento da parte para adentrar no mérito, utilizando-se da previsão contida no § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil.

Até não é pelo fato de que o pedido de reforma somente se refere ao pronunciamento que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, pois, caso seja de interesse do apelante, poderá ele vislumbrar a possibilidade de aplicação do § 3º, e postular o seu emprego.

Mas é mais pelo próprio espírito da norma, que já nos referimos anteriormente, onde, a idéia é dar efetividade ao processo, diminuindo o seu tempo médio de duração. Se atrelarmos a justificativa do Min. Sálvio e do Min. Athos, contida no Anteprojeto n. 15, a idéia de desnecessidade de requerimento fica menos evidente. Isto sem falar que para que o tribunal se manifeste sobre a matéria contida nos §§ 1º e 2º, do mesmo art. 515, do Código de Processo Civil, independe ele de requerimento do apelante, como se demonstrou anteriormente, no tópico referente ao recurso de apelação<sup>233</sup>.

Contudo, na linha de defesa de que deve haver por parte do apelante expresso requerimento de aplicação do § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, surge uma outra indagação. Caso o órgão *ad quem* examine o mérito e lhe negue provimento, esta análise pode ocasionar a *reformatio in pejus*?

Primeiro devemos lembrar que somente o autor poderá requerer a aplicação do § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, pois foi ele o sucumbente da sentença que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, e somente ele pode experimentar a reforma para piorar. Postulando ou não o apelante a análise do mérito, podemos pensar que, caso o tribunal adentre na matéria de fundo, independentemente do resultado da apelação, sempre ocorrerá a *reformatio in pejus*, porque, até então o recorrente havia recebido uma sentença terminativa, que o autorizava a repropor a ação, e que era melhor do que o acórdão.

---

6. Recursos especiais interpostos por Espírito Santo Elétricas S/A Escelsa e Cessaro S/A Indústria e Comércio desprovidos.”

(REsp 819165/ES, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 19.06.2007, DJ 09.08.2007, p. 320).

<sup>233</sup> Neste sentido: Cândido Rangel Dinamarco. *A reforma da reforma*, p.159-160.

A diferença que há no caso do apelante requerer expressamente a aplicação do § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, é o fato de que este se sujeitou a receber provimento desfavorável, exatamente como ocorre nos pedidos constantes de sua petição inicial. Se não houver requerimento expresso, por consequência, também podemos dizer que o risco que o autor assumiu no protocolo da peça de ingresso fica transferido para outro grau de jurisdição, viabilizando a análise do mérito por parte do tribunal<sup>234</sup>.

Não se pode esquecer que a aplicação do § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, foi concebida como uma exceção, que deverá versar sobre questões específicas, de discussões jurídicas reiteradas, não podendo ser encarada como hipótese de ocorrência da *reformatio in pejus*. Portanto, deve ser interpretada de forma restritiva, como na clássica lição de Carlos Maximiliano<sup>235</sup>, que diz que “as disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente”.

Outra indagação que se faz é se o juízo de valoração quanto à aplicabilidade do § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, será feito pelo relator da apelação de forma monocrática ou deverá ele aventar a hipótese no início da sessão de julgamento.

Poderíamos considerar que a decisão devesse ocorrer de forma monocrática, mantendo-se, *ad argumentandum*, inclusive, a fidelidade ao procedimento previsto para a apelação pelo art. 551 e seguintes, em especial ao art. 557, todos do Código de Processo Civil<sup>236</sup>. Mas, se assim o fosse, teríamos que admitir a interposição de recurso contra esta decisão monocrática em segundo grau, também aplicando por analogia o § 1º, do art. 557, do Código de Processo Civil.

Aliás, a interpretação do art. 557 em face da alteração legislativa introduzida no art. 515, ambos do Código de Processo Civil, traz situação bastante instigante. A referida norma, em especial no seu § 1º-A, concede ao relator da apelação, a faculdade de, monocraticamente, dar provimento ao recurso quando a decisão

---

<sup>234</sup> Aprigliano, Ricardo de Carvalho. *Obra citada*, p. 261.

<sup>235</sup> *Obra citada*, p. 227.

<sup>236</sup> Neste sentido Rodrigo Barioni. In *Efeito devolutivo da apelação civil*, p.170.

recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Se a decisão que analisa a hipótese prevista pelo § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, é tomada de forma monocrática pelo relator da apelação, podemos conceber situação em que este relator poderá julgar monocraticamente a apelação interposta com base neste preceito. Para tanto, é só a sentença de extinção estar em confronto com súmula ou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou Tribunais Superiores, e existir jurisprudência dominante ou súmula do Supremo Tribunal Federal ou Tribunais Superiores versando sobre a questão de mérito<sup>237</sup>. Assim, poderia se conciliar a utilização do § 1º-A, do art. 557, com o § 3º, do art. 515, ambos do Código de Processo Civil.

Se fosse o contrário, teríamos que considerar que a decisão sobre a aplicação do § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, seria colegiada, adequando-se mais ao espírito da própria norma, que se refere textualmente a possibilidade do *tribunal*, e não do *relator* da apelação adentrar no mérito. E o momento desta discussão deverá acontecer durante a sessão de julgamento da apelação.

Possivelmente, este julgamento deve ocorrer de forma fracionada. Num primeiro momento, o relator analisa junto com os seus pares a questão preliminar que extinguiu o processo sem julgamento de mérito. Reformada esta decisão, consulta aos demais membros do colegiado se estão aptos a adentrar no mérito. Sendo positiva a resposta, continuam no julgamento. Se negativa, ou seja, se algum dos componentes demonstre não estar em condições de imediato julgamento, os autos serão baixados ao primeiro grau<sup>238</sup>.

Por fim, quanto ao direito intertemporal, discute-se de a norma é aplicável a todos os casos ou somente em razão de sentenças proferidas após a vigência da Lei n. 10.352/2001. Entendimento que se sobrepõe é que a norma deve ter

---

<sup>237</sup> Neste sentido: Rodrigo Barioni. *A proibição da reformatio in peius e o § 3º do art. 515 do CPC*, p. 708.

<sup>238</sup> Neste sentido: Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. In *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, p. 98.

aplicação imediata<sup>239</sup>. A uma, porque mesmo tendo sido proferida a sentença terminativa, o réu vencedor não possui qualquer direito adquirido, pois o julgamento da apelação é fato futuro<sup>240</sup>. E dois, porque neste caso trata-se de questão relativa a competência, pois a norma desloca o julgamento do primeiro grau para o segundo grau, sendo portanto de imediata incidência<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> “PROCESSUAL CIVIL. ART. 515, § 3º, DO CPC, ACRESCIDO PELA LEI N. 10.352/01. APLICAÇÃO NO TEMPO. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. 1. **As regras de direito intertemporal consagram o princípio tempus regit actum, de modo que a lei processual nova tem eficácia imediata, incidindo sobre os atos praticados a partir do momento em que se torna obrigatória, não alcançando, todavia, os atos consumados sob o império da legislação anterior, sob pena de retroagir para prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.** 2. Antes da vigência da Lei n. 10.352/01, que acrescentou o § 3º ao art. 515 do CPC, não havia permissão legal para que os tribunais do país, ao julgar o recurso de apelação, apreciassem diretamente o mérito da causa se a sentença apelada havia-se limitado a extinguir o processo sem exame de natureza meritória. 3. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público. 4. Recurso especial provido” (REsp 1014444/RJ, 2ª T., rel. Min. Castro Meira, j. 16.02.2008, DJ 06.03.2008, p. 1) (nosso grifo).

<sup>240</sup> Neste sentido: Cândido Rangel Dinamarco. *A reforma da reforma*, p. 163.

<sup>241</sup> Neste sentido: Munir Karam. *Novos aspectos da apelação cível*, p. 378.

## 7

**O § 3º DO ART. 515 DO CPC NO RECUSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Nós vimos que o § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, prevê que o tribunal, recebendo apelação que ataca sentença que extingue processo sem julgamento do mérito pode, preenchidos certos requisitos, acolher a preliminar e decidir a lide analisando o mérito. É inegável que tal preceito está incerto dentro do procedimento previsto para a apelação. Interessa-nos, agora, é verificar se tal preceito pode ser utilizado nos julgamentos de agravos de instrumento.

Como vimos, este dispositivo prevê uma exceção a regra de que o mérito da causa somente poderia ser julgado pelo tribunal se o juiz de primeiro grau a tivesse apreciado. A natureza da sentença, se terminativa ou definitiva, se tornou irrelevante. O que autoriza o emprego da citada norma é a questão ser exclusivamente de direito e estar o tribunal em condições de julgamento. Desta forma, podemos adiantar que, se não interessa que tipo de sentença está sendo objeto de recurso, se terminativa ou definitiva, não interessa também que tipo de ato judicial está sendo atacado, se sentença ou decisão interlocutória. O que é exigido é o preenchimento dos requisitos indispensáveis para a aplicação do § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil.

Na apelação a alegação da inconstitucionalidade do preceito em razão da violação do princípio do duplo grau de jurisdição se mantém na esfera do agravo de instrumento. Neste caso, seria até mais veemente esta assertiva, pois estaríamos diante da supressão completa da sentença. Não teríamos sequer uma sentença terminativa, pois o tribunal, ao apreciar pedido de revisão de uma decisão interlocutória, poderia se antecipar a decidir o mérito da causa. Mas a situação do princípio do duplo grau de jurisdição não ser uma garantia constitucional também

perdura. Assim, talvez a configuração de casos em que o § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, possa ser utilizado em julgamento de agravo de instrumento seja muito mais rara do que as previstas para o julgamento de apelação. Mas, ocorrendo-as, não se pode alegar desrespeito ao princípio do duplo grau de jurisdição. Até porque, como dito, é caso excepcional que limita o referido princípio.

A utilização do § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, em julgamento de agravo de instrumento é, no mínimo, uma construção doutrinária arrojada, pois estar-se-ia interrompendo o curso da ação ainda no primeiro grau de jurisdição<sup>242</sup>. Ocorre que as condições para a aplicação do referido preceito continuam os mesmos existentes no caso da apelação. Não seria qualquer decisão interlocutória que poderia possibilitar ao tribunal adentrar diretamente no mérito. O requisito de estar o processo em condições de imediato julgamento perdura. Ou seja, o processo deve encontrar-se apto a receber o julgamento de mérito. Caso contrário, fica o tribunal obstado de analisar a matéria de fundo.

Se a parte agrava de uma decisão que nega a realização de determinada prova, não poderá o tribunal considerá-la desnecessária e julgar o mérito, pelo fato de que a fase probatória, possivelmente, não tenha se encerrado.

No caso de inadmissão da exceção de pré-executividade, também não poderá o tribunal admiti-la e julgar o mérito, uma vez que o contraditório, neste tópico, sequer foi formalizado. É o mesmo caso do indeferimento de uma tutela antecipada. A não ser que o pedido de antecipação ocorra no curso do processo, oportunidade que deveria ser analisado o estado do processo.

Rodrigo Barioni<sup>243</sup> entende que a referida norma é uma exceção no sistema recursal, devendo haver uma interpretação restritiva na sua aplicação. Ressalta também que o preceito somente pode ser utilizado em casos em que o processo for extinto sem julgamento do mérito. E que não se pode retirar do juiz de primeiro grau sentenciar a causa<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> Barioni, Rodrigo. *Efeito devolutivo da apelação civil*, p. 175.

<sup>243</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>244</sup> Admitindo a utilização do dispositivo também no julgamento de agravo de instrumento: “Retificação de registro civil – Demora exagerada em atender postulado de concerto de erro evidente na inscrição do patronímico da postulante, bem como de sua mãe, obrigando o Tribunal a

É certo que a norma introduzida pela Lei n. 10.352/2001 deva ser interpretada de forma limitada. Por isso a exigência de preenchimento das condições indispensáveis para a sua aplicação (matéria exclusivamente de direito e condições de imediato julgamento). Assim é que, uma vez exigido o preenchimento os requisitos específicos, continuará a norma a ser utilizada de forma fechada.

O fato da norma se referir expressamente a *casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267)*, causa uma certa dificuldade. Contudo, a exegese neste sentido na contribui para com o espírito do legislador<sup>245</sup>. E a referida expressão, na verdade, tem o condão de deixar claro que a norma está a tratar de situações onde o mérito ainda não foi analisado, e que, por intermédio deste preceito, poder-se-á antecipar a entrega da prestação jurisdicional.

Já o argumento de que o juiz de primeiro grau tem o direito de sentenciar deve ser afastado. Até porque sabemos que existem casos em que o tribunal, ao apreciar um agravo de instrumento, pode o tribunal extinguir o processo por falta de uma das condições da ação, por exemplo. A configuração do efeito translativo, presente tanto na apelação como no agravo, como vimos, deixa claro também que existem situações em que o tribunal se manifestará sobre questões de ordem

---

determinar, diante das provas existentes, a retificação, nos termos do art. 213, da Lei n. 6015/73; aproveitamento de agravo de instrumento tirado contra a inexplicável insistência em obter informações do Cartório do Distrito de Riachão do Banabuiu/Ceará, que não responde há três anos, para resolver a pretensão em prol da efetividade do processo civil [art. 5º, XXXV, da CF] – Provimento do agravo de instrumento, em parte para, na forma do art. 515, § 3º Código de Processo Civil, julgar a ação procedente em parte, com determinação” (TJSP. Agr. Inst. n. 419877-4/6-00, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 02.02.2006).

Admitindo a utilização somente no julgamento de apelação: “Ademais, entendo ser inaplicável o art. 515, § 3º, do CPC à espécie recursal agravo de instrumento, porquanto se constitui em exceção ao princípio tantum devolutum, quantum appellatum, pelo qual se devolve ao Tribunal ad quem a matéria efetivamente decidida em primeiro grau. Como já dito, trata-se de exceção dirigida apenas ao recurso de apelação, possuindo requisitos próprios, como sentença extintiva de mérito, matéria exclusivamente de direito e processo em condições de imediato julgamento. A toda evidência não se trata do caso dos autos, pois sequer houve a angularização do processo” (TJRS – Agravo de Instrumento n. 7001272472, rel. Des. Ubirajara Mach de Oliveira, j. 05.09.2005 – decisão monocrática).

<sup>245</sup> “Chegou-se a assinalar, na doutrina e na jurisprudência norte-americana, que a interpretação literal pode transformar a lei numa ‘caricatura grotesca’ da intenção do legislador ou do magistrado, sendo que a maturidade e o desenvolvimento do direito se evidenciam quando os intérpretes dão maior ênfase aos propósitos e objetivos da lei do que às palavras por ela empregadas (Jerome Frank. Courts on Trial. Princenton University Press, 1950, p. 292 et seq.)” (Arnold Wald. *Obra citada*, p. 145).

pública que não foram analisadas pelo juízo de primeiro grau, e que poderão ensejar a extinção do processo.

O alegado cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que o agravo de instrumento não admite sustentação oral, *concessa venia*, não demonstra o citado prejuízo. Cercear o direito de defesa seria o caso do agravado ficar sem a possibilidade de apresentar suas contra-razões, o que não acontece no caso. E, se fosse para considerar a falta de sustentação oral como forma de cerceamento do direito de defesa do agravado, tal situação também se daria em razão do agravante. Além do que, a sustentação oral é uma faculdade que o advogado possui, mas que não se reveste como defesa. O que o jurisdicionado precisa é receber a prestação jurisdicional no menor espaço de tempo. O que não se pode mais é se apegar a certas assertivas que ficam perdidas no tempo, sob uma falta alegação de supressão de grau de jurisdição.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>246</sup> observa que a nova regra não está limitada à apelação, afirmando ainda que “não deixa de ser razoável que também o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça pratiquem o que ele preconiza”, embora reconheça a dificuldade em razão da sujeição a pressupostos de admissibilidade muito precisos. O Superior Tribunal de Justiça já empregou o dispositivo contido no § 3, do art. 515, do Código de Processo Civil, ao recurso especial<sup>247</sup>.

Pelas mesmas razões explicitadas acima, entendemos que a possibilidade de adentrar no mérito ao julgar agravo de instrumento, desde que configuradas as condições exigidas em lei, é um *poder* do tribunal, que *independe* de requerimento do agravante. Até pelo efeito translativo ocasionado pela interposição do recurso.

No caso do agravo de instrumento, o momento de análise de cabimento da hipótese prevista no § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, da mesma forma que ocorre na apelação, deverá ocorrer na seção de julgamento do recurso. Por mais que também haja previsão de manifestação monocrática do relator no julgamento de agravo de instrumento (art. 527, do CPC), a melhor técnica sugere

---

<sup>246</sup> *A reforma da reforma*, p. 163.

<sup>247</sup> Neste sentido: STJ, 1ª T., REsp 523904/S, rel. Min. Teori Zavascki, j. 04.11.2003, DJ 24.11.2003, p. 226, rep. DJ 25.02.2004, p. 109.

que a decisão seja tomada de forma colegiada. Até porque, somente em colegiado poderá o tribunal passar a análise do mérito da causa.

## CONCLUSÃO

Como se viu, o sistema recursal foi talhado para assegurar uma maior possibilidade de acerto dos julgados, submetendo-os a re-exames sucessivos, como garantia de uma boa solução. Contudo, por vezes, a instrumentalidade se sobrepõe a boa técnica com o fim de se acelerar a entrega da prestação jurisdicional.

Nesta linha, vimos que a introdução do § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, ocorrida por intermédio da Lei n. 10.352/2001, possibilitou ao processo mecanismo de entrega do bem da vida em um menor espaço de tempo, desde que observados certos critérios. A partir desta norma, abandona-se um costume arraigado em nosso sistema processual, oportunizando uma supressão de grau de jurisdição, quando autoriza o tribunal, ao reformar uma sentença terminativa, que adentre na análise do mérito da causa sem que o juízo de primeiro grau tenha se manifestado sobre a mesma.

As críticas à inovação já eram esperadas, uma vez que a mesma estava quebrando um paradigma processual do duplo grau de jurisdição. Mas todas elas são confrontadas com o desiderato de acelerar a outorga da prestação jurisdicional.

Mas ficou muito claro que, para que o tribunal possa avançar sobre o *meritum causae*, quando do julgamento de uma apelação que ataca uma sentença terminativa, deverá o caso em questão versar sobre questão exclusivamente de direito, e estar efetivamente maduro para ser julgado, mesmo que em primeiro grau.

A utilização deste novo preceito da apelação no julgamento de agravo de instrumento se demonstrou possível. Contudo, como regra de exceção, o rigorismo com o preenchimento dos requisitos autorizadores continuam os mesmos.

O que se pode aperceber é que a aplicação do § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, no julgamento de agravo de instrumento, se ocorrer, será para casos

extremamente excepcionais, como também ocorre no julgamento da apelação. O convencimento do tribunal para que possa adentrar na análise da matéria de fundo, quando provocado para reapreciar matéria de forma, será bastante difícil de ocorrer. Como a doutrina explica, na dúvida, ou seja, na falta da configuração das condições autorizadoras, deverá o tribunal baixar os autos a instância inferior, evitando uma possível anulação do processo por cerceamento do direito de defesa de uma das partes.

Pensamos, portanto, ser aplicável a regra do § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, no julgamento do agravo de instrumento. A inovação é corajosa, mas não inibe a necessidade de observância das limitações impostas por cada caso, e a necessidade de a questão debatida seja unicamente de direito e não haja necessidade de realização de outras provas. Possivelmente, esta ferramenta, se bem aplicada pelos pretórios brasileiros, vai se demonstrar em um excelente mecanismo de aceleração da entrega da prestação jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Anselmo Pietro; SILVA, Nelson Finotti. *Manual de Processo Civil e prática forense*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, vol. 1.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código de Processo Civil reformado*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. *Novo agravo: Lei 9.139, de 30.11.1995*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Os efeitos da apelação e a reforma processual*. In *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Coordenadores Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Haldfeld Rezende Ribeiro, Pedro da Silva Dinamarco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Anotações sobre a teoria geral dos recursos. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil*. 11ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, vols. 1 e 2.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. Ada Pellegrini Grinover. Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BARIONI, Rodrigo. *A proibição da reformatio in peius e o § 3º do art. 515 do CPC*. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Coordenadores Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. Vol. 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

BERMUDES, Sérgio. *Considerações sobre a apelação no sistema recursal do Código de Processo Civil. Direito processual civil: estudos e pareceres (3ª série)*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

BORGES, Marcos Afonso. *Embargos Infringentes*. 3ª ed. Goiânia: AB Editora, 1998.

\_\_\_\_\_. *O direito processual em sua concretude*. Goiânia: AB Editora, 1995.

\_\_\_\_\_. *Princípios de direito processual: civil e agrário*. 2ª ed. Goiânia: AB Editora, 1999.

\_\_\_\_\_. *Recursos Cíveis*. 2ª Ed. Goiânia: AB Editora, 1996.

BRUM, Jander Maurício. *Agravo – Inovações – Comentários*. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Efeitos dos recursos*. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Coordenadores Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. Vol. 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Execução provisória e antecipação de tutela*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *O novo recurso de agravo e outros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

\_\_\_\_\_. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CINTRA ALLA, Valentina Jungmann. *O recurso de agravo e a Lei 9.139, de 30.11.1995*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. Tese, São Paulo, USP, 1986.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Inovações no Processo Civil: Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001*. São Paulo: Dialética, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

\_\_\_\_\_. *A reforma da reforma*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

\_\_\_\_\_. *Os efeitos dos recursos*. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Coordenadores Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. Vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GUIMARÃES, Luiz Machado. *Limites objetivos do recurso de apelação*. Rio de Janeiro: [s. ed.], 1962.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

\_\_\_\_\_. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1975.

\_\_\_\_\_. *Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos. O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

JORGE, Flávio Cheim. *A nova reforma processual*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

KARAM, Munir. *Novos aspectos da apelação cível (O julgamento por saldo de instância do § 3º do art. 515)*. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Coordenadores Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. Vol. 9. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *Garantia do duplo grau de jurisdição*. In: JORGE, Flávio Cheim. *A nova reforma processual*. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOPES DE OLIVEIRA, Gleydson Kleber. *Recurso Especial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Introdução aos recursos cíveis*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. 2.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de Processo Civil comentado e interpretado*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 7. vol.

NERY JUNIOR, Nelson.; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante*, 11ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1959.

RICHARD GONZÁLES, Manuel. *La segunda instancia en el proceso civil*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 21ª ed. 3º vol. São Paulo: Saraiva, 2003.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba: Edições Livro é Cultura, 1990.

TALAMINI, Eduardo. *A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo*. RePro 80/125-147.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Inovações da Lei 10.352/2001 em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição*. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Coordenadores Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. Vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual: processo de conhecimento*. São Paulo: José Bushastsky, 1976.

\_\_\_\_\_. *Do julgamento conforme o estado do processo*. São Paulo: José Bushastsky, 1975.

WALD, Arnold. *Correção monetária de condenação judicial em ação de responsabilidade civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, RePro 104, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no CPC brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Nulidades do processo e da sentença*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral dos Recursos*. *RePro*, n. 58. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)