

FDV

MESTRADO EM GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

MARCELA REGINA PEREIRA CÂMARA

**A AMPLIAÇÃO DA EXTENSÃO DO EFEITO DEVOLUTIVO DA
APELAÇÃO**

Vitória

2005

FDV

MESTRADO EM GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

MARCELA REGINA PEREIRA CÂMARA

A AMPLIAÇÃO DA EXTENSÃO DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós -
Graduação em Direitos e Garantias Constitucionais
Fundamentais das Faculdades de Vitória - FDV,
como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito.

Orientador: Prof.º Dr.º José Roberto dos Santos
Bedaque.

Vitória

2005

MARCELA REGINA PEREIRA CÂMARA

**A AMPLIAÇÃO DA EXTENSÃO DO EFEITO DEVOLUTIVO DA
APELAÇÃO**

BANCA EXAMINADORA:

**Prof.º Dr.º José Roberto dos Santos Bedaque
Orientador**

Prof.ª Dr.ª Patrícia Miranda Pizzol

Prof.º Dr.º Flávio Cheim Jorge

Vitória, ____ de _____ de ____.

AGRADECIMENTOS

Antes de mencionar as pessoas que contribuíram para minha jornada, gostaria de registrar meus agradecimentos às Faculdades de Vitória - FDV, por ter-me permitido cumprir mais essa etapa de minha vida. Sob seu teto fiz muitos novos amigos, conquistei espaços e, principalmente, pude realizar um desejo há muito tempo acalentado.

Ao Prof.^o José Roberto dos Santos Bedaque, pelas valiosas lições e pela grande oportunidade de poder desfrutar de seu conhecimento, de suas orientações e do seu convívio.

Aos Professores Patrícia Miranda Pizzol e Flávio Cheim Jorge, por me honrarem com a presença capixaba em minha banca examinadora.

À Dr.^a Gladys Jouffroy Bitran, sempre. Por ter sido fundamental na escolha de meu caminho trilhado, pelo seu constante incentivo, apoio e por sua acolhida sempre certa. Sua generosidade e firmeza me permitiram concretizar o sonho de me tornar mestre em direito.

Aos queridos amigos que fazem parte de minha vida, e aos novos, também muito queridos, amigos do mestrado, pelo convívio diário, pelo sentimento sincero e por momentos inesquecíveis.

Especialmente ao amigo Élvio, pelo apoio sempre importante.

RESUMO

Busca abordar a reforma introduzida pela Lei 10.352/01, especificamente no tocante a introdução do § 3º ao art. 515 do Código de Processo Civil, que ampliou a extensão do efeito devolutivo da apelação, permitindo ao Tribunal prosseguir no julgamento de apelações interpostas contra sentenças terminativas, sem devolver o processo ao primeiro grau de jurisdição. Analisa a conveniência da manutenção do duplo grau de jurisdição, indagando sobre a previsão constitucional do instituto e da possibilidade de, com o aproveitamento do material colhido em primeiro grau, haver uma menor chance de o julgador incorrer em erro. Aborda a ligação, comumente estabelecida, entre os recursos e o duplo grau. Prossegue com a abordagem do recurso de apelação, seus efeitos e princípios ligados à recursividade. Quanto ao efeito suspensivo, pretende dissociá-lo da interposição de um recurso que, admitido, impediria a produção dos efeitos da decisão impugnada. Em relação ao efeito devolutivo, traz a sua conceituação e a análise em sua extensão e profundidade. Define a causa madura e correlaciona-a com o julgamento antecipado da lide. Aborda, ainda, a possibilidade de aplicação da previsão inserida no dispositivo supracitado às sentenças de mérito, nas hipóteses de decisão *infra petita*, e, sobre pedidos cumulados. Analisa a efetividade da prestação da tutela jurisdicional e sua relação com o tempo e com a lentidão processual. Aborda a a faculdade ou do dever do Tribunal em prosseguir no julgamento do processo, presentes os requisitos previstos pela legislação, bem como na possibilidade da configuração da *reformatio in peius*.

ABSTRACT

This study presents the reform introduced of the Law 10.352/01, specifically concerning the introduction of § 3rd to the art. 515 of the Civil Process Code that enlarged the extension of the transfer effect of the appeal, allowing Tribunals to continue the judgement of interposed appeals against ending sentences, without returning the process to the first jurisdiction level. It analyzes the suitability of the jurisdiction double-level maintenance, investigating the constitutional forecast of the subject and minimizing the likelihood of a wrong judgement through the utilization of the material collected in the first level. It studies the connection commonly established between the appeal and the double-level. It continues with the approach of the appeal, its effects and principles, linked to the recursivity. Regarding the suspending effect, it intends to dissociate it from the interference of a appeal that, if admitted, would cancel out the effects of the refuted decision. Regarding the devolutive effect, it defines its concepts and analyses it in all of your extension and depth. It defines the mature case and link it to the advanced judgement of the conflict. It still broaches the possibility of the application of the inserted forecast in the above-mentioned device to the merit sentences, in the hypotheses of decision *infra petita*, and, on cumulative requests. It analyzes the effectiveness of the permission of the legal guardianship and its relationship with the time and the process slowness. It broaches the option or the duty of the Tribunal in continuing the judgement of a process, with the requirements foreseen by the legislation, as well as in the possibility of the configuration of the *reformatio in peius*.

1 INTRODUÇÃO

A discussão acerca da necessidade e dos escopos dos meios recursais sempre existiu, seja para considerá-los como necessários à boa satisfação da justiça, seja para, ao contrário, considerá-los como fonte de lentidão na entrega da prestação jurisdicional. Assim, levantam-se bandeiras que defendem a extinção do número de recursos, com vistas a uma melhoria do sistema jurídico e a uma aceleração da entrega da prestação jurisdicional. Por outro lado, lembram os menos ávidos que não se pode pretender a realização instantânea da justiça, sob pena de violação às garantias fundamentais conferidas aos cidadãos, de forma que todo movimento que vise a "acelerar" a justiça encontra limites intransponíveis. Para haver, portanto, aceleração da justiça sem violação das garantias fundamentais, a solução é o convívio harmônico entre os valores que estão inseridos no sistema.

Notamos, assim, que o escopo do processo está indissociavelmente ligado aos valores segurança e efetividade, uma vez que ele precisa conferir definitivamente a certeza do direito material ao seu titular. Na mesma medida, porém, precisa assegurar a sua efetividade, permitindo que esse direito seja usufruído por seu titular. Por fim, é preciso que esse direito possa ser realizado em um lapso de tempo hábil para ser gozado.

Não obstante, os elementos valorativos supracitados vêm-se distanciando em escala extremamente preocupante, já que hoje, para se conferir certeza (segurança) ao direito afirmado em juízo, há um indesejável distanciamento da efetividade (celeridade), sendo o inverso constatado na mesma medida, já que o primeiro dos elementos depende de um dispêndio maior de tempo, e o segundo exige um dispêndio muito menor.

Do cenário acima montado, constatamos, pois, que o tempo é fenômeno indispensável para o desenvolvimento do processo, sendo igualmente seu herói e seu vilão. A lentidão processual, é certo, provoca dano às partes, sejam danos de ordem pessoal (insatisfação e angústia na espera da solução), sejam danos de ordem econômica (impossibilidade de satisfação imediata da sentença).

Tanto o tempo advindo do desenvolvimento da relação processual, e necessário à prestação da tutela jurisdicional, quanto o tempo anormal, patológico, decorrente da demora do processo, comprometem a sua efetividade, entretanto o tempo que extrapola essa necessidade procedimental, derivado das vicissitudes acima citadas, acaba por gerar intempestividade da tutela e prejuízo às partes.

Nesse clima de releitura de dogmas, de atendimento à necessidade de conferir maior celeridade à prestação da tutela jurisdicional, sem prejuízo às garantias processuais, a reforma operacionalizada pela Lei nº 10.352/01 ampliou a extensão do efeito devolutivo da apelação, passando a permitir que o Tribunal prossiga no julgamento de apelações interpostas contra sentenças terminativas, tornando-se desnecessária a devolução do processo ao primeiro grau de jurisdição para julgamento.

A reforma introduzida pelo legislador, especificamente quanto à inserção do § 3º ao art. 515 do CPC, acaba por trazer à tona a conveniência da manutenção do duplo grau de jurisdição, matéria essa fruto de grande divergência doutrinária, sobretudo no tocante à sua previsão constitucional, bem como quanto à hierarquia subjacente ao reexame da causa decidida por um órgão superior àquele que havia decidido primeiramente. Além disso, questão sustentada para a manutenção do duplo grau de jurisdição liga-se à possibilidade de aproveitamento de todo o material colhido em primeiro grau com valoração dos resultados já obtidos e, via de consequência, uma menor chance de o julgador incorrer em erro.

Ainda assim, as críticas ao duplo grau de jurisdição são muito contundentes, especialmente no que tange à efetividade do processo e à tempestiva entrega da prestação jurisdicional, razão pela qual se justificam as considerações acerca do instituto, bem como a ligação comumente feita pela doutrina entre a interposição de recursos e o duplo grau de jurisdição.

Outrossim, destacamos desde logo que o estudo sobre o recurso de apelação, seus efeitos e funções, depende fundamentalmente do ordenamento vigente em cada país, segundo suas escolhas políticas e legislativas. Conforme poderemos constatar no decorrer do presente trabalho, inclusive com uma sutil abordagem ao direito

comparado, não há uma concepção universal do duplo grau de jurisdição, o que implica diretamente a medida da devolução da matéria objeto do recurso de apelação ao Tribunal, bem como o grau de cognição conferido ao órgão *ad quem*.

Com a possibilidade de supressão do duplo grau de jurisdição, à vista do julgamento *per saltum* pelo Tribunal nas hipóteses previstas no § 3º do art. 515, emerge o tema da criação de uma competência originária do Tribunal para julgar a lide em primeira mão, já que antes não o havia feito o juízo monocrático. Para as necessárias conclusões acerca do assunto, importante se fez a abordagem sobre a organização judiciária brasileira, bem como sobre a distribuição da competência, sua relação com o duplo grau de jurisdição e o próprio efeito devolutivo da apelação.

O intuito do presente trabalho é abordar, ante a reforma sob comento, a extensão do efeito devolutivo da apelação, de forma que se tornou imprescindível analisarmos o próprio recurso de apelação e seus efeitos, bem como os princípios ligados à recursividade.

Quanto ao efeito suspensivo, a abordagem feita no presente trabalho pretende dissociá-lo da interposição de um recurso que, admitido, impediria a produção dos efeitos da decisão impugnada. No item em que trataremos do efeito suspensivo, procuraremos evidenciar a imprecisão de tal associação, demonstrando que se trata, em verdade, de opção legislativa, que ora pugna pela segurança jurídica, ora pela efetividade das decisões judiciais.

Em relação ao efeito devolutivo, fez-se necessário, além de conceituá-lo, analisá-lo em sua extensão e profundidade e estabelecer os limites de cada qual. Nesse ponto, destacamos a abordagem da extensão do efeito devolutivo antes da reforma efetivada pela Lei 10.352/01, bem como a sua concepção a partir da inserção do § 3º do art. 515, que permitiu, como já dito, a sua ampliação.

O tema escolhido para o presente trabalho exigiu, ainda, a análise de outros institutos, dada a sua proximidade e influência. Assim, no espírito da reforma introduzida, será abordada a questão da efetividade da prestação da tutela jurisdicional e sua relação com o tempo. Em seqüência, trataremos das hipóteses de

extensão do efeito devolutivo da apelação, definindo a causa madura e correlacionando-a com o instituto do julgamento antecipado da lide. Não nos furtaremos a apreciar a possibilidade de extensão dessas hipóteses às sentenças de mérito que reflitam decisões *infra petita* e com pedidos cumulados.

O desenvolvimento do tema segue com a abordagem acerca da faculdade ou do dever do Tribunal em prosseguir no julgamento do processo, presentes as hipóteses previstas para tanto, bem como na possibilidade da configuração da *reformatio in peius*.

A análise da ampliação da extensão do efeito devolutivo da apelação orienta-se, no presente trabalho, pela instrumentalidade e pela efetividade do processo. Este estudo busca explicitar em que medida a reforma ora em comento afeta a utilidade do recurso de apelação e de outros dogmas ligados a ele, tais como o duplo grau de jurisdição e a limitação da atividade cognitiva do Tribunal.

É certo que no ordenamento jurídico brasileiro há, ainda hoje, a prevalência da segurança jurídica sobre a efetividade, entretanto tal prevalência não pode ser mantida com rigor absoluto, deve ser relativizada em busca do equilíbrio necessário imposto pelos valores que se agregaram ao sistema e que visam a conferir maior agilidade na entrega da prestação jurisdicional.

2 EVOLUÇÃO DO SISTEMA RECURSAL

O exercício do recurso está ligado à idéia da injustiça de uma decisão. Dessa forma, o autor, que leva o conflito ao Poder Judiciário, o faz com a intenção de obter um pronunciamento (em termos gerais) sobre a existência ou não do direito material levado a exame. A justiça do pronunciamento judicial é o objetivo a ser alcançado pelo demandante. Ocorre que tal pronunciamento pode não satisfazer a necessidade de justiça perseguida pelo autor, de forma que o mesmo deve, sob essa ótica, ser substituído por outro.

Comoglio, Ferri e Taruffo (1998, p. 775), discorrendo sobre os meios de impugnação, afirmam que eles se configuram como um remédio ou um instrumento que tem a função de controlar a decisão impugnada, visando a um pronunciamento justo, correto e não mais contestável.

Notamos que, mesmo quando considerada a posição de imparcialidade, que é dever de todo magistrado, a imutabilidade ou impossibilidade de revisão das decisões por eles proferidas vai de encontro à própria suscetibilidade do cometimento de erros por esses mesmos magistrados, que são, antes de tudo, seres humanos. Somemos a isso o inconformismo, inerente ao próprio ser humano, quando se depara diante de uma decisão que lhe seja desfavorável. Por tal motivo, e visando a alcançar ao máximo a justiça perseguida pelos demandantes, os ordenamentos processuais, de um modo geral, permitem a reforma, através do reexame das decisões proferidas, seja pelo próprio magistrado, seja por outro de hierarquia superior ou não.

Nesse contexto, segundo Enrico Tullio Liebman (1976, p. 05), "La probabilità di ottenere con l'esercizio di tali rimedi una sentenza più giusta é inerente al fatto stesso che la nuova sentenza sarà pronunciata in via di controllo e di riesame critico di ciò che fu fatto nel precedente giudizio."

Ainda em passagem que merece destaque, Alcides de Mendonça Lima, em sua introdução aos recursos cíveis (1976, p. 129), assim conclui acerca dos recursos:

Difícilmente um instituto jurídico subsistirá se contrariar os verdadeiros impulsos da personalidade humana. Poderá surgir e manter-se, até, por largos períodos históricos, por contingências imperscrutáveis. Mas um dia

fatalmente se extinguirá. O recurso, porém, encontra na sua constância - perene e universal - a melhor prova de que corresponde a uma exigência e a um ideal !

Por outro lado, a criação de expedientes para a correção dos possíveis erros contidos nas decisões judiciais esbarra na entrega da prestação jurisdicional e na própria composição do litígio. Dessa forma, para Eduardo Couture (1946, p. 270), a matéria ligada aos recursos não é mais que uma necessidade de justiça e de certeza, de modo que as sentenças devem ser justas e concretizadas dentro de um tempo razoável. O ilustre jurista uruguaio não deixa de frisar que sempre haverá a possibilidade de revisão das decisões judiciais, mas com limitação técnica e temporal.

Acerca dos pressupostos e finalidades comuns a todos os meios de impugnação, Renzo Provinciali (1962, p. 19) nos dá a dimensão exata ao concluir:

Comune presupposto de tutti i mezzi de impugnazione è un pregiudizio, derivato alla parte che intende proporre l'impugnazione, da una decisione del giudice; finalità è di ottenere un altro provvedimento, che rimuova il pregiudizio, disponendo la riforma o l'annullamento del provvedimento impugnato.

Embora não se possa precisar em que momento tenham se originado os recursos, já que sua concepção está ligada à correção de uma lesão a direito manifestada em uma decisão, é certo que o sistema recursal teve suas origens no direito romano.

Durante o período romano primitivo, quando ainda se entonava um caráter religioso às decisões judiciais, a idéia de recurso sequer era concebida, dada a divindade e, via de conseqüência, a infalibilidade conferida às decisões judiciais, além do excessivo formalismo quanto à observância de rituais solenes que deviam ser seguidos pelas partes. A essa época, nascia a jurisdição romana como atividade privativa dos pontífices e já destinada a reger a autotutela dos demandantes.

Durante o período da *legis actionis* (primeiro período do processo civil romano, caracterizado pela tutela de situações jurídicas fundadas em lei), as decisões judiciais eram inimpugnáveis. O Imperador, detentor dos poderes militar, religioso e civil, julgava os litígios privados em primeira e única instância.

Com a sua evolução, o povo romano distinguiu e identificou os institutos recursais, marco esse permitido, sobretudo, pela passagem da justiça privada para a justiça pública, ou, ao partirem – os romanos – de uma idéia de administração da justiça predominantemente privada para uma justiça de índole eminentemente pública¹. Tal passo adveio do desenvolvimento econômico-social no período que compreendeu a passagem do Império para a República, o que fez os litígios privados se tornarem cada vez mais complexos e diversos e exigirem a descentralização da autoridade, com o surgimento de magistrados públicos com funções jurisdicionais específicas.

Sobre o período das *legis actionis*, ensinam Tucci e Azevedo (1996, p. 43):

É de ter-se, ainda, presente que a função jurisdicional era faculdade inerente à condição de magistrado, não existindo um poder judicial autonomamente estruturado, porquanto os romanos encartavam o mister de distribuir justiça entre as funções de natureza administrativa. E, por isso, mesmo sendo uma das formas de manifestação da *potestas publica*, a *iurisdictio*, possuindo característica peculiar ao sistema do *ordo iudiciorum privatorum*, consistia no poder atribuído a certos magistrados, de declarar (não de julgar) a norma jurídica aplicável a um determinado caso concreto.

Mesmo que subsequente às *legis actiones*, no período do processo formulário, as decisões judiciais continuaram irrecorríveis, mas o processo civil romano dividia-se em duas instâncias, a saber: *in iure*, instalada perante o pretor, que se incumbia de verificar se o direito estava previsto em lei expressa, e que era composta da *actio* e da *litiscontestatio*, esta última, caracterizada como um contrato judiciário firmado entre as partes, pelo qual elas se obrigavam ao que havia sido decidido, acatando a sentença do juiz; em seguida, advinha a etapa *in iudicio*, processada perante o *iudex*, cidadão romano (árbitro ou jurado), a quem cabia a decisão acerca da procedência ou não da pretensão do autor, de forma soberana e em nome do povo romano.

Em casos excepcionais e de relevância social, a parte vencida podia valer-se da *restitutio in integrum*, não para reformar a sentença (já que a *restitutio* não era considerada recurso), mas para cassá-la quando aceita mediante coação do vencedor, proferida mediante coação ou quando fundada em prova falsa. Era, pois,

¹ Sobre o assunto, CHEIM JORGE (2002, p. 24).

um meio extraordinário de provocação da jurisdição, que permitia, tão somente, o retorno das partes ao estado anterior.

Outro meio de ataque à decisão judicial era reconhecido e se denominava *intercessio*, pelo qual “se permitia que um colega do magistrado, que proferiu a sentença, de igual categoria ou superior a ele (*parmajoriae potestas*), ou um tribuno intercedessem, isto é, suspendessem os efeitos da decisão” (MENDONÇA LIMA, 1976, p. 05). Poderia, assim, haver suspensão da decisão, mas sem que houvesse a sua substituição por outra providência judicial.

Não obstante já se conhecessem, como dito, meios extraordinários de provocar a jurisdição e destruir o ato judicial viciado, tais meios não possuíam características recursais, já que, por meio deles “não se obtinha a reforma positiva da sentença, mas, sim, apenas, um efeito meramente negativo, sem que houvesse a substituição por outra providência judicial. Destruía o ato, sem, contudo, nada criar em seu lugar” (MENDONÇA LIMA, 1976, p. 05).

As decisões, em tais períodos, não eram proferidas pelo Estado, mas por um magistrado privado, normalmente escolhido pelo povo, e que não possuía comando estatal vinculante. Dessa forma, a inexistência de uma estrutura jurisdicional oficial impedia a própria formulação de um sistema recursal.

Posteriormente a esses dois períodos, e com o início da *extraordinaria cognitio*, surge a *appellatio*. Com a criação do instituto, o vencido na demanda passou a ter o direito público subjetivo ao reexame da sentença, de forma que ela, no direito romano, só se tornaria imutável quando não coubesse mais a *appellatio*, tal como ocorre contemporaneamente. A parte vencida podia requerer, assim, o reexame da sentença por um juiz superior, que poderia mantê-la ou reformá-la.

No regime formulário o *iudex*, ou *arbiter*, era um particular, designado pelo pretor ou escolhido pelas partes. Mas no regime da *cognitio extraordinaria*, no Império, o *iudex* já era um funcionário do Estado e, pois, delegado da soberania imperial. Surgiu, então, a *appellatio*, recurso interposto da decisão do juiz para o Imperador, autoridade superior à daquele, e, assim, com poder de reexaminar e reformar as suas decisões (AMARAL SANTOS, 1983, p. 83).

O terceiro período do processo civil romano, além de permitir o reexame da sentença pela parte derrotada, trouxe, ainda, a unificação da instância, de forma que o processo seguia um único procedimento, desde a sua instauração até a sua decisão final² perante autoridades estatais, e não mais sob o jugo de um árbitro.

O surgimento da *appellatio* representou um marco no direito processual civil, pois, a partir de então, houve a distribuição oficial da justiça, e o juiz que julgava o processo o fazia como funcionário do Estado, e não mais na condição de particular, tendo poder decisório e hierarquia inferior ao magistrado que o nomeara. O resultado de tal avanço é que se permitiu apelar da sentença do juiz para o seu superior hierárquico, que poderia ser o próprio Imperador.

A apelação passa a ser o meio hábil de corrigir a injustiça e os erros dos juízes. “Não era interposta contra o magistrado, pessoalmente, mas contra uma ordem dele emanada” (MENDONÇA LIMA, 1976, p. 09).

Nesse quadro, a sentença contra a qual a *appellatio* era interposta, apesar de válida, não podia produzir a certeza do direito declarado, pois poderia ser substituída por outra, em decorrência do julgamento do recurso. Era preciso, desde então, aguardar o transcurso do prazo para apelar ou o esgotamento da instância superior para que a sentença produzisse seus efeitos.

Nas valiosas lições de Flávio Cheim Jorge, ilustre doutor capixaba, no direito romano também existia um juízo de admissibilidade que era exercido pelo juiz perante o qual o recurso era interposto. Em não admitindo a apelação, esse juiz, em decisão fundamentada e recorrível, deveria expor as razões da inadmissão. Ao contrário, recebendo a apelação, o juiz encaminhava os autos ao seu superior hierárquico, acompanhado de um breve relatório.

² Cumpre ressaltar, aqui, a distinção existente entre recursos e ações autônomas de impugnação. Embora ambos tenham o mesmo escopo, a saber, reformar ou anular a decisão judicial, com a interposição dos recursos não se instaura um novo processo, senão uma nova fase procedimental. O contrário ocorre com as ações autônomas de impugnação. Por tal razão, e com grande acerto, considera-se o recurso como uma extensão do direito de ação.

Como se denota, a origem do sistema recursal reside nessa manifestação de desconformidade do vencido, por meio da *appellatio*, bem como na possibilidade de a sentença recorrida ser modificada, após o reexame. Ainda assim, no caso de manutenção da ordem, ela somente produziria efeitos após a oportunização da revisão judicial³.

A queda do Império romano e a influência do procedimento germânico resultaram, novamente, na irrecorribilidade das decisões judiciais. No sistema feudal, as decisões mantiveram-se irrecorríveis, pois o senhor feudal era o juiz e a autoridade máxima do sistema. Tal situação perdurou até o Século XII, quando o Direito Canônico reinstituíu, no modelo romano, a recorribilidade das decisões judiciais com a submissão dos senhores feudais aos imperadores.

Sobre o sistema implantado sob influência do Direito Canônico, vale destacar a lição de Moacyr Amaral Santos (1983, p. 83):

Ocorreu, então, fenômeno inverso. Criaram-se juízes proprietários dos cargos, e esses, praticamente, se transformaram em proprietários da função judiciária. À irrecorribilidade das sentenças se substituiu a recorribilidade da generalidade das decisões, até de simples despachos, multiplicando-se os graus de jurisdição e, em consequência, os recursos. O sistema propiciava aos juízes o crescimento de suas rendas. Desmereceu-se a justiça, tornada objeto de comércio durante largos séculos.

A reação contra a venalidade da justiça tomou corpo nos fins do século XVIII. Na Assembléia Constituinte Francesa debateu-se vivamente o assunto, chegando-se mesmo a sugerir a supressão dos recursos. Predominou, todavia, a idéia de mantê-los, subordinando-os ao sistema do *duplo grau de jurisdição*, que se estendeu às legislações dos povos contemporâneos.

No Brasil, o recurso de apelação foi introduzido após a independência, porém regido, no tocante ao direito processual civil, pelas Ordenações Filipinas regulamentadoras do processo português, por força do Decreto de 20/10/1823.

³ Ainda que presentes três períodos bem distintos e específicos do processo privado romano, em determinados momentos coexistiam dois sistemas processuais diferentes, não permitindo, pois, precisar-se quando cada qual deixou de vigor, cedendo lugar ao subsequente. Sobre o assunto, José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (1996, 254 p.).

Acerca da adoção do regime de outro país, mesmo diante da conquista da independência pelo Brasil, Alcides de Mendonça Lima (1976, p. 26) nos traz valiosa lição, consignada no seguinte trecho:

Por mais intenso e profundo que seja um movimento de emancipação de um povo, quebrando os grilhões que o prendem ao estrangeiro, tal fato não terá o dom de extinguir, imediatamente, as influências da legislação alienígena. Haverá, sempre, um período intermediário, durante o qual as relações jurídicas continuarão a ser regidas por diplomas alheios até que se processe a promulgação gradativa dos ordenamentos nacionais. A História está repleta de situações idênticas, nas mais variadas nações que conquistaram sua independência.

Com a proclamação da independência, iniciou-se no Brasil um movimento de criação de nossa própria legislação, cuja concretude veio à tona em 25.11.1850, com o Decreto 737, disciplinador do Código Comercial. Somente por força do Decreto 763, de 19.09.1890, o Regulamento 737 estendeu-se às causas civis, até que cada Estado fizesse o seu próprio código de processo civil ⁴.

Antes da aplicação do Regulamento 737 às causas civis, o Governo Imperial, através da Lei 2.033, de 20.09.1871, determinou, portanto, que se fizesse a consolidação das leis processuais civis, incumbindo para tal tarefa o Conselheiro Antônio Joaquim Ribas. Em 28.12.1876, a Consolidação Ribas tornou-se obrigatória, de forma que o Decreto 737 continuava regendo o processo comercial, e a referida Consolidação o processo civil, até que o primeiro diploma estendeu-se às causas cíveis, por força do Decreto 763, supramencionado ⁵.

Com a Constituição Federal de 1891, os Estados passaram a ter competência para legislar sobre o processo civil. Segundo Flávio Cheim Jorge (2002, p. 38),

A Constituição Federal de 1891 não atribuía ao Congresso Nacional competência para legislar sobre direito processual. Segundo dispunha o art.

⁴ Quando iniciados os trabalhos de elaboração da legislação brasileira, existiam, no âmbito cível, os recursos de apelação; agravo de petição, de instrumento e no auto do processo; embargos de nulidade e infringentes e recurso de revista. Com o advento do Decreto 737, foi cancelado o agravo no auto do processo, e os remanescentes se tornariam os principais institutos processuais até o advento do Código de Processo Civil de 1939.

⁵ Na Consolidação Ribas, os Recursos formavam o Título V da Parte II, capítulos I a V, arts. 1453 a 1666, mantendo-se a estrutura do Decreto 737 e, via de consequência, das Ordenações Filipinas. Os embargos podiam ser opostos contra as sentenças ou acórdãos proferidos em apelação, podendo ser ofensivos, modificativos ou declaratórios. A apelação era cabível tanto contra sentença definitiva, como interlocutória, com força de definitiva. A revista cabia contra os casos de nulidade ou injustiça notória, desde que a causa não fosse de alçada. Acerca do tema, MENDONÇA LIMA (1976, p. 39-40).

34, n. 22, competia ao Congresso Nacional 'legislar sobre direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal'.

Como se vê, a Constituição Federal de 1891 adotou uma dualidade no regime processual, prevendo duas ordens legislativas, quais sejam: a de direito material, para a União; e a de direito processual, para os Estados. Os Estados não conseguiram, entretanto, adotar, com brevidade, a codificação estadual o que fez que, em verdade, vivêssemos ainda sob o regime da unificação, pois, até a elaboração de um diploma estadual, vigorava o Decreto 737. Ressalta-se, segundo Mendonça Lima, que as primeiras codificações estaduais adotavam as mesmas regras do Decreto 737, notando-se uma acentuada tendência para a unificação das regras.

A revolução de 1930 não teve como escopo somente alterar o governo, mas também a própria ordem jurídica e social, dando início a um novo ciclo, mediante a manifestação popular na organização de uma nova ordem jurídica. Foi, então, promulgada a Constituição Federal de 1934, que trazia em diferencial à Carta revogada a unidade legislativa processual, de competência privativa da União, em seu art. 5º, XV. Ocorre que, a exemplo dos Estados, a União não adotou providências para a promulgação dos novos Códigos, apesar do disposto no art. 11 de suas Disposições Transitórias⁶.

Enquanto isso, *ex vi* do § 2º do citado dispositivo, continuavam em vigor os Códigos dos Estados-membros nos respectivos territórios. Em 1891, portanto, tínhamos a *dualidade* como norma jurídica, mas em grande parte da Federação, uma unidade de fato; em 1934, passamos a ter a *unidade* como norma jurídica, mas, em todo o território nacional, *dualidade de direito de fato* (MENDONÇA LIMA, 1976, p. 63).

A Constituição de 1937, implantando o “Estado Novo”, revogou a Constituição de 1934, mas manteve a unificação do processo civil, em seu art. 16, XVI. Tal unificação, porém, somente ocorreu com a publicação do Decreto-Lei 1.608 de 18.09.1939, de autoria de Pedro Batista Martins e que instituía o Código de Processo Civil.

⁶ Art. 11. O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois Ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelação dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar, dentro em três meses, um projeto de Código de Processo Civil e Comercial, e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal.

O Código de Processo Civil de 1939 trouxe ao recurso de apelação características que se mantêm, quase em totalidade, nos tempos atuais, tais como cabimento, legitimidade, prazo, forma e juízo para interposição, além do recolhimento do preparo. Como pontos de contraste, destacam-se a possibilidade de variação do recurso, a previsão expressa do princípio da fungibilidade, cabimento unicamente contra as sentenças definitivas e a previsão da apelação necessária ou *ex officio* (Cheim Jorge, 2003, p. 39-40) ⁷.

Durante o governo de Jânio Quadros, sob incumbência de Alfredo Buzaid, foi elaborado o anteprojeto do Código de Processo Civil de 1939, que foi utilizado como obra doutrinária, enquanto passava pelo crivo da comissão especial formada pelos processualistas José Frederico Marques, Guilherme Estelita e Luiz Machado Guimarães. Com o óbito de Guilherme Estelita, passou a integrar a comissão o Des. Luis Antônio de Andrade. Posteriormente, em 1971, com o falecimento do Professor Machado Guimarães a comissão não teve a terceira vaga preenchida, mas é de se ressaltar que foi assessorada extra-oficialmente pelo Professor José Carlos Barbosa Moreira. O anteprojeto foi enviado ao Congresso Nacional em 02.08.1972, por meio da mensagem 210 do Presidente da República, e, após aprovação em ambas as Casas Legislativas, foi publicada a Lei 5.869, em 11.01.1973, instituindo o novo Código de Processo Civil.

Nas lições de Vicente Greco Filho (2003, p. 266),

O Código de Processo Civil vigente, cujo anteprojeto devemos ao mestre de todos nós Alfredo Buzaid, revela, como preocupação basilar, a tendência simplificadora de atos, termos e formas, a fim de que se alcance o ideal de equilíbrio entre a Justiça e a rapidez e certeza dos julgamentos. Outra não é a razão inspiradora do julgamento antecipado da lide, do procedimento sumário e, inegavelmente, da reestruturação do sistema recursal.

⁷ Ressalte-se, ainda, que foram suprimidos pelo Código de 1973 o recurso de revista e o agravo de petição.

3 DIREITO COMPARADO

A inserção de considerações sobre o direito comparado no presente capítulo introdutório dá-se com o objetivo de colher aspectos relacionados com os recursos e seus efeitos entre a legislação brasileira e a legislação estrangeira, colhendo as influências porventura sofridas, retirando conclusões e propondo soluções que se amoldem ao tema sob estudo.

3.1 DIREITO ITALIANO

Primeiramente, é de se ressaltar que o ordenamento jurídico italiano, em termos de recursos, é o que menos guarda similitude com o ordenamento pátrio. É de sabença geral, entretanto, que o sistema jurídico italiano sempre influenciou o ordenamento brasileiro, razão essa que nos leva a trazer as considerações sobre o recurso de apelação no ordenamento italiano, e que serão a seguir elencadas.

O Código de Processo Civil italiano sofreu importantes alterações diante da publicação da Lei 353, de 26.11.1990, e da Lei 374, de 21.11.1991. No tocante aos recursos, em especial ao recurso de apelação, as principais alterações sofridas se verificaram exatamente no campo de seus efeitos.

Insta ressaltar, desde já, que, apesar de o ordenamento jurídico italiano em muito diferir do brasileiro, isso não ocorre no que tange ao recurso de apelação. Comentando as Instituições de Giuseppe Chiovenda, Enrico Tullio Liebman destaca que o direito de apelar não sofre qualquer limitação, condicionando-se, apenas, à sucumbência operada em primeira instância. E, sob esse aspecto, o mestre italiano ensina que o recurso de apelação do direito brasileiro não difere do direito italiano.

Destaca, entretanto, que "Notáveis, ao revés, são as diferenças no que respeita às decisões apeláveis e à amplitude da cognição pelo Tribunal de Apelação" (CHIOVENDA, 2000b, p. 287).

Os tribunais italianos são dotados de ampla competência para o reexame da causa julgada, ou seja, examinam a causa com plena e idêntica cognição, como é a do juiz de primeiro grau. Para muitos, essa ampla cognição é vista como um verdadeiro desprestígio da atividade monocrática e, até mesmo, do duplo grau de jurisdição, cuja realização se daria, justamente, pela interposição do recurso de apelação. Assim, o juízo *ad quem*, que reexamina a causa por meio de um meio ordinário de impugnação⁸, tem o mesmo poder cognitivo e instrutório que o juízo *a quo*.

Ressalte-se que o ordenamento jurídico italiano, no que tange ao cabimento e livre fundamentação da apelação, em nada difere do ordenamento brasileiro. O que tanto distancia esses ordenamentos, e se constituem notas marcantes acerca de tal remédio jurídico, são os tipos de decisões contra as quais é cabível a apelação, e, como acima referido, a amplitude da cognição dos tribunais em seu exame.

No sistema italiano, a apelação é cabível tanto contra as sentenças definitivas (que põem termo ao procedimento em primeiro grau), quanto contra as sentenças interlocutórias (que resolvem questões processuais). Já no sistema pátrio, a apelação é cabível contra sentenças de mérito e processuais, sendo necessário, porém, esclarecer que ambas as sentenças põem termo ao procedimento em primeiro grau, ora examinando o mérito da demanda, ora examinando tão somente as questões processuais impeditivas do exame de fundo. As sentenças interlocutórias italianas correspondem, outrossim, às decisões interlocutórias do sistema brasileiro, contra as quais cabe o recurso de agravo (art. 522 e ss. CPC).

Além desse aspecto, a amplitude da cognição pelos tribunais e, conseqüentemente, a disciplina do duplo grau de jurisdição em muito se diferenciam nos dois sistemas.

⁸ Embora o Código de Processo Civil italiano não faça distinção tradicional, tal como ocorre no ordenamento brasileiro, entre recursos ordinários e recursos extraordinários, a doutrina o faz. Sendo assim, classificam-se como recursos ordinários aqueles que estão sujeitos a um prazo e, com a sua interposição, impedem o trânsito em julgado da sentença. São eles a apelação, o recurso de cassação e a revogação ordinária. Por sua vez, os recursos ditos extraordinários são aqueles que podem ser interpostos mesmo após o trânsito em julgado da sentença. São eles a revogação extraordinária, a revogação proposta pelo Ministério Público e a oposição de terceiro.

No sistema peninsular, equipara-se plenamente o segundo grau ao primeiro, conferindo-se ao juiz superior a mesma cognição plena do primeiro. O procedimento recursal da apelação italiana é considerado como *ius novorum* ou *novum iudicium*.

Segundo Araújo Cintra (1986, p. 14-15), "ao órgão jurisdicional *ad quem* é permitido, nessa fase, na medida da impugnação o mais completo reexame da causa, em todos os seus aspectos de fato e de direito, de modo a julgá-la *ex novo*."

Ainda acerca do recurso de apelação no sistema italiano, Andrea Proto Pisani (1999, p. 513) ensina que

L'appello è il mezzo ad assicurare in modo pieno la garanzia soggettiva dell'impugnazione e a realizzare, sia pure in modo molto tendenziale, il cosiddetto principio del doppio grado de giurisdizione (principio che non è stato peraltro costituzionalizzato, almeno per quanto riguarda il processo civile).

A apelação, no sistema italiano, produz, assim como no brasileiro, os efeitos tradicionalmente definidos, quais sejam, o efeito suspensivo e o efeito devolutivo. A manifestação desses efeitos, entretanto, em muito difere do que ocorre no ordenamento brasileiro, haja vista que, na Itália, a regra geral é a possibilidade de execução provisória da sentença, sendo exceção a que prevê o efeito suspensivo, conforme a regra do art. 283 do código peninsular⁹.

No que tange ao efeito devolutivo, como dito anteriormente, a causa decidida pelo juiz *a quo* transfere-se ao pleno conhecimento do juiz *ad quem*. Muito se discute sobre a existência, ou não, do efeito devolutivo automático do recurso de apelação no sistema peninsular. Conforme o art. 346 do Código de Processo Civil italiano, a apelação parcial deduz aceitação da parte não impugnada da sentença, ocorrendo o trânsito em julgado daquilo que não foi objeto de recurso. Prevê, ainda, que as

⁹ A regra, no sistema italiano, é que o juiz pode conceder, a pedido da parte, a execução provisória da sentença; no sistema brasileiro, a execução provisória deriva exclusivamente da lei. Aspecto interessante do sistema italiano diz respeito a concessão de inibitórias, ao apelante, contra a execução provisória. Embora no sistema brasileiro exista a figura da inibitória, essa se manifesta como sendo uma espécie de tutela jurisdicional preventiva. Traçando um paralelo, as inibitórias italianas têm a mesma finalidade que, nos sistema brasileiro, possui o requerimento de concessão de efeito suspensivo aos recursos recebidos apenas no efeito devolutivo (art. 558 e 527 do CPC).

demandas e exceções não acolhidas na sentença devem ser expressamente repropostas na apelação, sob pena de se considerarem renunciadas ¹⁰.

Diante desse quadro, a doutrina italiana discute se há a devolução automática de elementos mínimos necessários ao reexame da causa, ou se o efeito devolutivo condiciona-se à iniciativa da parte, considerando-se, ainda, que a omissão de uma parte pode levar ao prejuízo da outra. Não obstante a discussão doutrinária, a qual é aqui exposta sem a intenção de esgotamento ou conclusão por uma ou outra hipótese, mas tão somente com efeito ilustrativo, tem-se que o sistema italiano vigente impõe verdadeiras restrições ao efeito devolutivo, pois, segundo a redação do art. 346, as questões que foram decididas na sentença e não forem repropostas na apelação não poderão ser objeto de análise pelo Tribunal, por força da preclusão.

Segundo Proto Pisani (1999, p. 519),

Dalla indagine sul significato da attribuire all'art. 346, emerge che le questioni di fatto o di diritto sollevate dalla parte praticamente vittoriosa nel corso del giudizio di primo grado - che costituiscono o possono costituire antecedente logico necessario ai fini della pronuncia sulla esistenza o meno della parte del rapporto sostanziale controverso devoluta al giudice di appello - no sono, almeno como regola generale, automaticamente devolute al giudice d'appello.

Dessa forma, o efeito devolutivo não significa devolução genérica de questões para o Tribunal de Apelação, mas está associado ou limitado pelo âmbito de impugnação do recorrente. Nessa esteira, Ricardo de Carvalho Aprigliano (2003, p. 78), citando Enrico Tullio Liebman, menciona que o mestre milanês entende serem questões de ordem pública analisáveis em qualquer grau de jurisdição, independente de requerimento, com a ressalva de que o exame de ofício só ocorre se não houve pronúncia anterior, já transitada em julgado.

A despeito da não automaticidade do efeito devolutivo, a regra do sistema recursal italiano é a do prosseguimento do julgamento pelo órgão *ad quem*, não necessitando que, sobre as questões propostas tenha havido julgamento de mérito anterior. É necessário, entretanto, frisar que a causa de pedir confere o limite das questões a

¹⁰ "Art. 346. le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, che non sono espressamente riproposte in appello, si intendono rinunciate."

serem resolvidas pelo juiz. Destarte, basta que as questões pudessem ser examinadas em primeiro grau, por estarem compreendidas na causa de pedir, para que venham a ser objeto do julgamento da apelação. Em outras palavras, o juízo *ad quem* examinará a questão pela primeira vez.

Francesco Carnelutti (2000c, p. 878) enfatiza que, a esse respeito, não é a circunstância de que a parte tenha demandado que conta, mas a de que, com base em sua demanda, pudesse decidir o primeiro juiz.

O juízo de apelação, portanto, além de reexaminar a demanda decidida pelo juízo de primeiro grau, procederá ao exame não efetuado, ou não validamente efetuado, pelo juízo de primeiro grau. Por exemplo, se o juízo de apelação mantiver a decisão não definitiva ¹¹ de primeiro grau, a demanda prossegue no juízo *a quo*; entretanto, se a mesma decisão for reformada, v.g., com o acolhimento da prescrição argüida pelo réu, a questão já se tornará decidida em segundo grau, embora não tenha havido qualquer pronunciamento de mérito em primeiro grau.

Nesse passo, as hipóteses de devolução dos autos do processo ao primeiro grau de jurisdição são taxativas e previstas no Código de Processo Civil italiano, sendo elas, ausência de jurisdição ou de competência do juiz de primeiro grau; ausência do contraditório; nulidade de notificação da citação; intervenção de parte que não deveria intervir; nulidade ou inexistência da sentença por defeito de subscrição ou pela errônea declaração de extinção do processo pelo juízo de primeiro grau (PISANI, 1999, p. 543). Notamos, pois, que as hipóteses de devolução dos autos ao primeiro grau estão sempre ligadas a decisões sobre questões processuais, sem que tenha havido pronunciamento sobre qualquer questão de mérito.

Disso decorre que, em diversas hipóteses, a estrutura do sistema recursal italiano não permite a plena realização do princípio do duplo grau de jurisdição e não o trata

¹¹ É preciso esclarecer que o sistema italiano classifica as sentenças definitivas como aquelas que põem termo ao processo, e as não definitivas como aquelas que resolvem uma questão de caráter processual, devendo o processo continuar. Faz-se analogia às decisões interlocutórias existentes no direito brasileiro.

como uma garantia processual, pois permite que o segundo grau aprecie questões que permaneceram estranhas ao primeiro grau. Dessa forma,

Il principio del doppio grado di giurisdizione si realizza nel nostro ordinamento non in modo pieno, ma solo in via tendenziale, ne segue che principio generale del nostro ordinamento, non è il doppio grado di giurisdizione, ma l'appellabilità della sentenza di primo grado" (PROTO PISANI, 1999, p. 526).

3.2 DIREITO ALEMÃO

Em razão de seu reconhecimento como um dos grandes monumentos legislativos dos tempos modernos, como também em razão das recentes reformas sofridas no ordenamento alemão, cuja *ratio* em muito se assemelha àquela que serviu de inspiração para o legislador brasileiro em suas reformas, traçamos alguns aspectos acerca do recurso de apelação no código de processo civil alemão (Zivilprozessordnung – ZPO).

O sistema recursal alemão foi objeto de recentes alterações legislativas ocorridas nos anos de 2001 e 2002, cujo propósito principal foi conferir maior valorização ao juízo de primeiro grau, abrangendo o seu âmbito de atuação.

À semelhança do recurso de apelação brasileiro, a Berufung do sistema alemão é cabível contra sentenças e tem a função de controle e correção de erros porventura ocorridos na instância inferior (*revisio prioris instantiae*).

Com a reforma processual, esse recurso deixa de constituir um *novum iudicium* (instrumento de amplo reexame pelo órgão *ad quem*) e, apesar de não alterar o objeto de conhecimento pelo Tribunal, altera as dimensões desse objeto, de forma que o órgão superior somente poderá levar em consideração os fatos declarados pelo juízo *a quo*.

Além disso, restringem-se para as partes a possibilidade de inserção de novos fatos, os quais somente poderão ser admitidos “quando se refiram a um ponto de vista desprezado ou havido por irrelevante pelo órgão de primeiro grau; quando não

tiverem sido alegados na instância inferior em razão de erro no procedimento; quando a falta de alegação não tiver resultado de negligência da parte” (BARBOSA MOREIRA, 2003a, p. 107).

Destaca-se, ainda, a peculiaridade de que a *Berufung* é admissível quando o juiz, ao sentenciar, declara que a questão de direito tem fundamental significação.

No que tange à remessa dos autos ao primeiro grau, a sua obrigatoriedade é prevista no artigo 538 do ZPO, que contempla, entretanto, a hipótese de o Tribunal reformar decisão que acolheu exceção processual. Além disso, via de regra, é necessário que uma das partes requeira a devolução. Afora os casos previstos, a regra é a continuidade do julgamento pelo órgão superior, mesmo que não tenha havido pronunciamento anterior pelo juízo de primeiro grau.

3.3 DIREITO FRANCÊS

O sistema processual francês, sobretudo após a reforma ocorrida em 1972, volta-se para a realização de um processo mais prático, com a resolução dos conflitos em um tempo mais breve possível, sem que, com tal enfoque, as partes sejam privadas das garantias necessárias ou haja violação ao devido processo legal. Adota-se, para tanto, maior amplitude da atividade realizada em segundo grau de jurisdição e, via de consequência, uma menor observância do duplo grau de jurisdição.

A apelação, no sistema francês é, também, o recurso ordinário por excelência, e por meio dela pode-se requerer o “reexame da decisão de primeiro grau por um tribunal de segunda instância, no tocante a matéria de fato e de direito, visando a sua reforma ou anulação” (LASPRO, 1995, p. 135).

Via de regra, o sistema afasta a possibilidade do *ius novorum*, mas permite que as partes apresentem novas pretensões em grau de apelação, para requerer compensação, julgamento de questões novas nascidas na intervenção de terceiros ou decorrentes de fatos novos. Podem ainda, as partes, crescer em segunda

instância todos os pedidos acessórios, conseqüentes ou complementares dos formulados em primeiro grau, bem como pedidos reconventionais.

Sobre o sistema francês, Antonio Carlos de Araújo Cintra (1986, p. 17) conclui:

Assim, a codificação acolhe, em larga medida, na apelação, o “beneficium nondum deducta deducendi et nondum probata probandi”, caracterizando-a não apenas como uma via recursal destinada a controlar a decisão do primeiro juiz, mas e sobretudo como uma *voie d’achèvement*, porque, muitas vezes, é diante do tribunal de apelação que o litígio assume toda a sua amplitude, dando às partes uma visão mais clara e mais completa das questões que as separaram.

Além da supressão da instância que pode ocorrer por vontade das partes, o sistema recursal francês confere ao órgão superior a possibilidade de prosseguir no julgamento da causa, independente de requerimento da parte. Tal se dá após a decretação de nulidade da decisão de primeiro grau, quando o Tribunal, em vez de remeter o processo, prossegue em seu julgamento de mérito e, ainda, por meio da avocação. A figura da avocação é tida pela doutrina como a maior inovação do *Code de Procédure Civile*, e ocorre quando o Tribunal, decidindo acerca de uma questão processual, avoca todo o litígio, julgando-lhe o mérito.

Essa avocação ocorre, principalmente, quando o juiz de primeira instância determina, por exemplo, a realização de uma perícia – decisão esta que no direito francês é apelável (art. 272) – e a parte prejudicada interpõe o recurso, sendo a decisão reformada em segunda instância. Diante dessa reforma, pode o julgador *ad quem* decidir diretamente a respeito do mérito da questão (LASPRO, 1995, p. 141).

Notamos que, embora com a manifestação própria do efeito devolutivo, que acaba por limitar o âmbito de cognição do Tribunal ao que foi proposto pelas partes, a avocação acaba por permitir que o órgão superior julgue temas não abrangidos pela devolução da causa, numa verdadeira extensão da devolução e da própria atividade cognitiva do Tribunal. Esse sistema em muito se assemelha, em função da nossa reforma, ao sistema hoje prevalente no Brasil, onde também houve ampliação da extensão do efeito devolutivo da apelação. Discorreremos com maior profundidade sobre o tema no Capítulo 7.

Ainda acerca da avocação, o Tribunal pode decidir o mérito de uma demanda com base em insurgência contra decisão interlocutória, e tal demanda pode ainda não estar madura para julgamento, o que implica realização de atividade instrutória em segundo grau de jurisdição. Ainda no tocante à avocação, destaca-se que não há obrigação do Tribunal em tomar para si o julgamento da demanda, de forma que “na França, se de um lado não há obrigatoriedade em nenhum caso, de outro é sempre permitida, a critério do tribunal” (APRIGLIANO, 2003, p. 91).

3.4 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL MODELO PARA A AMÉRICA LATINA

O Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, na tendência unificadora que já desponta no campo econômico, vem envidando esforços no sentido de “oferecer um modelo capaz de ser em alguma medida assimilado no sistema jurídico e na cultura dos países integrantes da comunidade jurídica latino-americana.” (DINAMARCO, 2003a, p. 284).

Daí surgiu a elaboração de um anteprojeto de código de processo civil que procurará ser uma fonte inspiradora de reformas nos sistemas processuais dos países ibero-americanos. Ainda segundo Dinamarco (2003a, p. 286), as propostas se equacionam em estrutura de verdadeiro código e em linguagem legislativa, mas visam a uniformizar disposições na medida do que for política e culturalmente viável.

Para esse fim o Código-Modelo é um legítimo e útil repositório de sugestões sobre os modos como cada país e todos em conjunto podem afeiçoar seus sistemas processuais com vista à crescente cooperação entre os integrantes do bloco latino-americano.

Com idéias fundamentais, o Código Modelo traz uma acentuada valorização do juiz natural, imparcial e competente, conseqüentemente, repudiando os tribunais de exceção. Assim, prega o livre acesso aos órgãos jurisdicionais, a existência de normas de organização judiciária, a instrumentalidade do processo e o princípio da concentração dos atos processuais, este último em prol da economia e celeridade processual. Todas essas idéias, reunidas, convergem para uma carga maior de

poderes instrutórios do juiz, desvinculando-o do princípio dispositivo e permitindo-lhe livre investigação da verdade processual.

O Código Modelo, neste ponto distanciando-se do código de processo civil brasileiro, prevê, em seu art. 220, a apelação como meio de impugnação das decisões interlocutórias e das sentenças definitivas, ou seja, é o meio de impugnação das decisões judiciais de um modo geral.

Nas lições de Flávio Cheim Jorge (2002, p. 35), o Código Modelo conceituou o recurso de apelação, em seu art. 218, como sendo aquele “concedido em favor do litigante que tenha sofrido prejuízo com uma decisão judicial, com objetivo de o tribunal superior correspondente reformar, revogar ou anular a resolução decidida”.

4 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

4.1 ORIGEM E CONCEITO

Conforme já manifestado anteriormente (Cap. 2), embora a idéia de recurso seja inerente à própria natureza humana de inconformismo, a origem do sistema recursal está na *appellatio*, manifestação que possibilitava a modificação da sentença recorrida após o seu reexame por órgão de hierarquia superior. Desde então, mesmo que a revisão do julgado mantivesse a ordem emanada, esta somente produziria efeitos após a oportunização da revisão judicial.

A partir da *extraordinária cognitio* romana, o sistema recursal desenvolveu-se mundialmente e, inerente à idéia de recorribilidade, adveio a idéia de exames sucessivos das decisões judiciais como garantia de controle e, também, de justa solução para os conflitos.

Orestes Nestor de Souza Laspro (1995, p. 18), em conhecida monografia sobre o duplo grau de jurisdição, enfatiza que esse é um “mecanismo de há muito enraizado na generalidade dos ordenamentos jurídicos, sendo desconhecidas, atualmente, sociedades civilizadas que o tenham abolido totalmente”.

Embora seus antecedentes remontem à civilização romana, a consagração do duplo grau de jurisdição adveio com a Revolução Francesa, cujos eventos levaram à desconfiança do papel desempenhado pelos juízes quando da vigência do antigo regime. Segundo Barbosa Moreira (2003b, p. 238), a essa época a revisão das sentenças era feita pelos próprios juízes de primeiro grau, quando um revisava as apelações interpostas contra o outro, não havendo órgãos de hierarquia superior, embora houvesse reexame das causas. Somada a tal fato, a instância única não permitia controlar a atividade dos juízes, garantindo a supremacia da lei e a igualdade dos cidadãos.

Hoje, alguns ordenamentos jurídicos, tal como o francês e o italiano, sendo o primeiro com maior abrangência, permitem a supressão do duplo grau, conferindo ao Tribunal os mesmos poderes do juízo de primeiro grau, podendo aquele prosseguir

no julgamento da causa, mesmo que não tenha havido manifestação anterior sobre o mérito. Nas lições de Machado Guimarães (1962, p. 37), “Concedem-se ao juiz e às partes, na instância de apelação, poderes cuja decisão é fixada, nas diversas legislações, em medidas diferentes”.

Mesmo com a possibilidade de supressão de graus jurisdicionais, nenhum dos ordenamentos jurídicos atuais, entretanto, aboliu de seu sistema o duplo grau de jurisdição. Acerca da justificativa para a sua manutenção, valemo-nos das sábias lições de Barbosa Moreira (2003b, p. 237):

A justificação política do princípio tem invocado a maior probabilidade de acerto decorrente da sujeição dos pronunciamentos judiciais ao crivo da revisão. É dado da experiência comum que uma segunda reflexão acerca de qualquer problema freqüentemente conduz a mais exata conclusão, já pela luz que projeta sobre ângulos até então ignorados, já pela oportunidade que abre para a reavaliação de argumentos a que no primeiro momento talvez não tenha atribuído o justo peso.

Mesmo com a aceitação do duplo grau de forma universal, a sua conceituação, longe de ser unânime na doutrina, encontra, em verdade, pouca harmonia, conforme relata Enrico Redenti, aqui citado por Orestes Nestor de Souza Laspro (1999, p. 191):

Non è un principio che si possa formulare intermini recisi e condurre ad consequentias com rigor lògico, in tutti i casi, bisogna considerarlo piuttosto comme un orientamento empirico delle discipline legislative, suggerito da una antica e costante esperienza, la quale ci insena che una sufficiente approssimazione delle decisione alla realtà o alli verità ed un pieno rispetto della legalità, molto spesso non si può conseguire dai giudice del merio, se non progressivamente, per correzione dei risultati ottenuti, in un primo esperimento (primo grado) in cui siano già cimentate le parti ed il giudice.

Além desse aspecto, destaca-se a desarmonia conceitual no que tange à necessidade de o segundo exame ser feito por um órgão posto em posição hierarquicamente superior àquele que proferiu a decisão recorrida.

Ainda dentro dessa divergência, há a corrente doutrinária liderada por Machado Guimarães (1976, p. 31) e seguida por Orestes Nestor de Souza Laspro (1999, p. 19), Nelson Nery Jr. (1999, p. 167), Eduardo Cambi (2001, p. 676), entre outros, que sustenta ser essencial ao sistema do duplo grau tão somente a possibilidade de dois exames sucessivos, sem que o segundo seja, necessariamente, efetuado por órgão

diverso ou de hierarquia superior. Em contrapartida, a corrente formada por Moacyr Amaral Santos (1983, p. 83-84), Rogério Lauria Tucci (1976, p. 71), Flávio Cheim Jorge (2003, 185), entre outros, entende que, para existir duplo grau de jurisdição, é preciso haver, necessariamente, nova análise da causa por órgão hierarquicamente superior ao que proferiu a decisão atacada, e não somente reexame desta.

Postas as correntes presentes no ordenamento pátrio acerca do duplo grau de jurisdição, faz-se uma análise do instituto a fim de compreender, ou ao menos tentar compreender, o seu alcance.

Em primeiro lugar, é de se estabelecer, novamente segundo a autorizada doutrina de Barbosa Moreira (2003b, p. 239), que “não há definição universalmente válida do princípio do duplo grau: cabe ao intérprete extrair dos textos do *ius positum* os dados necessários à sua caracterização, num determinado ordenamento”.

Como se observa, embora não se discuta a aceitação do duplo grau de jurisdição, as diferentes legislações é que conferem a medida da atuação do duplo grau, de acordo com a competência e a possibilidade de reexame e revisão, por outros órgãos, das decisões já anteriormente proferidas. Tal é a finalidade precípua e garantidora do duplo grau de jurisdição, qual seja, a de proporcionar maiores acertos nas decisões preferidas quando submetidas à disciplina da revisão.

Cumprir registrar, entretanto, que, embora o duplo grau seja visto como uma forma de aperfeiçoamento da decisão judicial, entendemos que a sua garantia incondicional representa uma dilação do processo (dilação, na maioria das vezes, indevida, patológica), pela manutenção da situação de litispendência e, via de consequência, instituindo um maior espaço de tempo percorrido pelos demandantes, o qual refletirá, inevitavelmente, naquele que busca a tutela jurisdicional e obteve a sentença favorável em primeiro grau.

Além disso, nem a experiência dos componentes dos órgãos superiores, nem a possibilidade de revisão das decisões judiciais, considerando-se que do recurso vitorioso também possa emergir decisão errada ou injusta, são fatores que garantem que a segunda decisão seja mais legítima e mais correta que a primeira.

Concluimos, nesse sentir, como conclui Alessandro Pizzorosso (1978, p. 45):

L'argomento che fonda la giustificazione del doppio grado sulle esigenze di giustizia è stato da tempo efficacemente ribattuto: se infatti è indiscutibile che una ripetizione del giudizio per un numero più alto possibile di volte offre maggiori possibilità di individuare la soluzione più giusta da dare al caso, è evidente però che nulla dimostra che più giusta sia proprio la soluzione che viene trovata per ultima. Come già rilevò Ulpiano, la riforma della sentenza può portare tanto alla sostituzione di un cattivo giudizio con uno migliore quanto al risultato inverso.

Destacamos, por oportuno, que já não prevalece o sistema da *doppia conforme*, pela qual se exigiam duas decisões equivalentes para sua confirmação (se dois julgamentos fossem em sentido contrário, deveria haver um terceiro). Hoje, basta que haja dois pronunciamentos sucessivos e, mesmo que o segundo não guarde coincidência com o primeiro, aquele prevalecerá. Esse é o sistema da pluralidade de graus. Não há, assim, possibilidade de previsão sobre qual decisão será mais acertada, mesmo que mantida a decisão proferida em primeiro grau ou reformada pela decisão de segundo grau ¹².

Retomamos o ponto em que, apesar de a doutrina mais autorizada, como acima demonstrado, divergir acerca da questão hierárquica subjacente ao duplo grau de jurisdição, a análise primeira do instituto revela, sem dificuldades, que sua finalidade, conforme posta acima, é garantir não só a revisão dos julgados, mas a revisão deles por órgãos situados, na escala judiciária, em nível superior àquele que proferiu a decisão recorrida. O efeito do duplo grau de jurisdição é, assim, o de transferência, ao órgão *ad quem*, da competência para conhecer o objeto litigioso da demanda ajuizada.

Quando se fala em duplo grau, no sentido literal da expressão, pressupõe-se novo exame da demanda por órgão jurisdicional situado em outra escala hierárquica. Assim, os juízos de segundo grau (tribunais) têm o poder de rever e até mesmo de derogar as decisões proferidas pelos juízos de primeiro grau (varas). A questão é restrita, pois, não à unidade da jurisdição, mas sim ao regulamento de competências

¹² Machado Guimarães (1962, p. 30) expõe, contrapondo exemplo de Carnelutti quanto à conferência de contas em estabelecimentos comerciais, que, para se obter dupla conformidade e garantir-se a exatidão do resultado final, basta que duas operações se procedam simultaneamente por dois empregados.

estabelecido pela organização judiciária de cada Estado, que será analisado em tópico próprio (Cap. 5).

A primeira conclusão a que se pode chegar quanto ao duplo grau de jurisdição, portanto, é que ele assegura a revisão das decisões por órgãos judiciais superiores aos que proferiram a decisão recorrida.

Destacamos, nesse ponto, as lições de Enrico Tullio Liebman (1976, p. 45) acerca do duplo grau de jurisdição, para quem ele é "Un principio universalmente accolto vuole che tutte le controversie possano, dopo il primo giudizio, passare all'esame di un altro organo (di solito superiore), per essere giudicate una seconda volta in un anuova fase processuale che è il prosseguimento dello stesso processo".

Assim é que, via de regra, preenchendo os pressupostos de admissibilidade de cada recurso, a parte percorre os Tribunais de Justiça (regionais, federais ou de alçada) contra a sentença do juiz monocrático. Dos acórdãos proferidos pelos Tribunais, poderá o recorrente dirigir recurso ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal; e, ainda, contra o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, poderá interpor recurso ao Supremo Tribunal Federal. Assim, atendido o juízo de admissibilidade de cada um desses recursos, poderá o recorrente ter a sua demanda examinada por até quatro juízes e tribunais diferentes. Poderá, entretanto, ter a sua causa examinada e resolvida por um único juiz ou por um só grau de jurisdição¹³.

Sob essa ótica, conclui-se, agora segundo as lições de Giuseppe Chiovenda (2000a, p. 121), que "O recurso ao juiz imediatamente superior é o modo de realizar o princípio do duplo grau".

¹³ Optamos por não utilizar a palavra instância, mesmo que com a intenção de referirmo-nos a grau de jurisdição, em atenção à proposta do legislador processual, que eliminou o vocábulo do Código de Processo Civil, dadas as diversas acepções em que era utilizado (Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, item 6). Nota-se, pois, que o Código vigente utiliza, em diversas oportunidades, a expressão grau de jurisdição, tribunal superior, tribunal inferior, evitando sempre a palavra instância. Entretanto, a Constituição Federal, destoando da proposta àquela altura já sedimentada, continua a utilizar instância para designar grau de jurisdição (arts. 102, III e 105, III).

Sob o ponto de vista do direito italiano, somam-se às lições de Chiovenda e de Liebman as de Piero Calamandrei (1999, p. 45), que identifica, ainda que o duplo grau não se realize de modo pleno em tal ordenamento, para haver a efetiva garantia da pluralidade de graus, seja necessário que o novo exame se faça por órgão judicial superior ao que proferiu a decisão recorrida.

Das lições extraídas acima, conceitua-se o duplo grau de jurisdição como a possibilidade de a parte sucumbente, por meio da interposição de recursos, atendidos os seus requisitos de admissibilidade, obter sucessivos exames da mesma causa, antes da formação da coisa julgada, por órgão judicial hierarquicamente superior ao que proferiu a decisão recorrida.

4.2 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Parece-nos que o conceito de duplo grau, conforme acima estabelecido, deixa de englobar aquelas hipóteses em que a causa é analisada em único grau; em que é reexaminada pelo mesmo órgão prolator da decisão ou por órgãos do mesmo grau; em que é, ainda, remetida a órgãos que a recebem, embora por meio de recursos, não para novo exame da causa, mas para verificação estrita de questões de direito e, dessas questões, apenas as relativas ao direito federal (limitação da devolução da causa).

Certo é que, para cada uma dessas questões, há um procedimento previamente estabelecido em lei, inerente ao sistema processual civil. Diante dessa vertente, considerando que o duplo grau de jurisdição surge concomitantemente com as razões que justificam a possibilidade de interposição de recursos, e que eles integram a garantia do devido processo legal, indaga-se, antes, se o duplo grau tem fundamento constitucional.

A resposta ao questionamento supraformulado mostra-se relevante na medida em que, por meio dela pode-se chegar à possibilidade de o legislador infraconstitucional limitar ou até mesmo suprimir o duplo grau de jurisdição.

De todas as Constituições já existentes no país, a que consagrou expressamente o duplo grau foi a do Império, de 1824, que em seu art. 158, dispunha: “para julgar as causas em segunda e última instância haverá nas províncias do Império as Relações, que forem necessárias para a comodidade dos povos”.

Os ordenamentos constitucionais posteriores, inclusive a atual Constituição da República, não trouxeram sequer previsão semelhante que pudesse garantir o direito de as partes recorrerem a um juízo superior contra as decisões proferidas pelos juízes em primeiro grau. Sobre essa ausência de previsão, categoricamente se manifesta Nelson Nery Júnior (1999, p. 167) :

As constituições que se lhe seguiram limitaram-se a apenas mencionar a existência de tribunais, conferindo-lhes competência recursal. Implicitamente, portanto, havia previsão para a existência de recurso. Mas, frise-se, não garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição.

O duplo grau de jurisdição, como visto, não é imposto constitucionalmente e nem possui exigência de cumprimento integral. Tanto assim, que a própria Constituição prevê a possibilidade de exercício da jurisdição em grau único (casos de competência originária, em que os acórdãos somente estarão sujeitos a recurso especial ou extraordinário, desde que atendidos os inafastáveis pressupostos para sua interposição), sem possibilidade de recurso de livre fundamentação.

Via de regra, os recursos são interpostos contra decisão do órgão imediatamente inferior ao Tribunal que irá julgá-los, entretanto, segundo Dinamarco (2002a, p. 239), existe a possibilidade da interposição de recursos *per saltum*, v. g., a interposição de Recurso Extraordinário contra acórdão proferido por Colegiados Recursais dos Juizados Especiais Cíveis, que não são Tribunais, pois, apesar de colegiados, são compostos por juízes de mesmo grau hierárquico que o juiz singular, e sediados nos próprios juizados (art. 98, I, CF/88). Além disso, nos Embargos à Execução Fiscal de pequeno valor, veda-se expressamente a possibilidade da interposição de apelação.

Questão que parece de simples deslinde pode, entretanto, trazer uma dissonância com o escopo da Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição Cidadã, justamente por ela consagrar da melhor e mais contundente forma as garantias processuais fundamentais.

Trazendo, dentre seus escopos e princípios fundamentais, grandes avanços democráticos, não seria de se estranhar que essa mesma Carta garantisse expressamente o duplo grau de jurisdição, como outrora já ocorrera no país. Não obstante, não foi o que aconteceu. O legislador constitucional ou não se sensibilizou, ou fez a opção política de não consagrá-lo dentre as garantias processuais.

Destaque-se, porém, de acordo com os ensinamentos de Eduardo Cambi (2001, p. 676) que “se em uma interpretação literal da Constituição não se pode encontrar essa garantia, não seria despropositado buscá-la na esfera de outras garantias, as quais poderiam servi-la de fundamento”.

Ao se tentar estender o campo do duplo grau de jurisdição para outras garantias constitucionais, temos em mente, desde logo, o princípio do devido processo legal, consagrado no art. 5º, LIV, CF/88 ¹⁴.

De acordo com Nelson Nery Júnior (1999, p. 31), temos que:

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.

Do devido processo legal, como garantia constitucional fundamental, aplicamos não só o seu sentido formal, como mero direito de ação, mas devemos levar em consideração, principalmente, o seu sentido material, de acesso à ordem jurídica justa e recebimento de uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva.

¹⁴ De acordo com Orestes Nestor de Souza Laspro (1999, p. 195), o único princípio processual constitucional que poderia englobar o duplo grau é o do devido processo legal, já que os demais têm natureza muito específica e não possuem relação com o conceito de duplo grau.

Outrossim, já se disse anteriormente que uma das razões justificadoras da existência do duplo grau de jurisdição é a garantia de controle e de justiça das decisões judiciais, portanto contrapõem-se, nesse prisma, o reexame da matéria e a entrega da tutela jurisdicional ou, em outras palavras, contrapõem-se certeza e celeridade ¹⁵.

Em verdade, o processo se afasta do devido processo legal na medida de sua duração (MARINONI, 2002, p. 218). Os atos necessários à plena observância desse corolário constitucional (efetiva participação, bilateralidade da audiência, igualdade de oportunidades, etc.) demandam, para a sua realização, um determinado espaço temporal que, muitas vezes, já se mostra longo, embora tais atos, sobretudo a ampla defesa, devam estar sempre ligados à tempestividade e à efetividade da tutela jurisdicional. A extrapolação desse tempo necessário causa dano à parte detentora do direito material, e esse dano vem sendo denominado pela doutrina italiana, e adotado pela doutrina nacional, de dano marginal ¹⁶.

Além disso, acerca da ampla defesa, inserida nas garantias do devido processo legal, o ilustre jurista José Rogério Cruz e Tucci (1999, p. 215) registra que,

Quando a Constituição afirma que estão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, ela não está dizendo que toda e qualquer demanda em que é assegurada a ampla defesa deve sujeitar-se a uma revisão ou a um duplo juízo. Os recursos nem sempre são inerentes à ampla defesa;

Devemos observar ainda que, com a imposição do duplo grau, a causa, em primeiro grau, não resta decidida, e a sentença do juiz, *concessa venia*, serve para quase nada, pois não dá a certeza do ganho ou da perda da respectiva demanda. Nesse sentido,

O leigo, quando se depara com o juiz na instrução, e depois espera ansiosamente a sentença, imagina que ela terá algum efeito na sua vida. Entretanto, com o duplo grau, a decisão do juiz não interfere em nada na

¹⁵ Ada Pellegrini Grinover (1994, p. 39-58) denomina-os de princípio da justiça (quanto maior o reexame, melhor possibilidade de redistribuição da justiça) e princípio da certeza (pronúncia das decisões sem procrastinações inúteis).

¹⁶ De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque (2003c, p. 22) essa expressão é de Andrea Proto Pisani, para quem é necessária a existência de mecanismos destinados a afastar esse prejuízo.

vida das pessoas; ela é, talvez, um projeto da única e verdadeira decisão: a do tribunal. (MARINONI, 2002, p. 215)

Notamos que o duplo grau de jurisdição vem-se distanciando cada vez mais de seu escopo primeiro, pois além de não garantir a certeza da decisão mais justa, ainda acaba por acarretar o dano decorrente do tempo. O duplo grau afastou-se do devido processo legal, não podendo nele encontrar fundamentos para sua existência.

Destacamos que nenhum ordenamento jurídico mundial reconhece o duplo grau como garantia constitucional, ao revés, embora não mitigado completamente, tal instituto sofre inúmeras limitações de acordo com a opção política legislativa, exatamente para atender ao direito da adequada tutela jurisdicional e ao princípio de acesso à justiça.

A litigiosidade existente entre as partes, que dificilmente é dissipada mesmo com a decisão transitada em julgado, revela-se – com razão – mais acentuada quando se encontra diante de decisões conflitantes oriundas do Poder Judiciário sobre uma mesma situação concreta. Nesse sentir, torna-se claro que a garantia do devido processo legal não traz em seu escopo o duplo grau para toda e qualquer decisão proferida. Concluímos com José Roberto dos Santos Bedaque (2003a, p. 450), quando ensina que:

A ausência de previsão constitucional expressa acaba por acarretar a inexistência de qualquer parâmetro ao qual o legislador ordinário estaria vinculado, na determinação do alcance do princípio do duplo grau. Daí a possibilidade de ampliações infraconstitucionais da devolutividade, nos planos da extensão e da profundidade, sem que se possa considerar violado o princípio. Na verdade, não há sequer um conceito único e universalmente aceito de duplo grau, cuja concepção pode variar em função da legislação de cada país.

É possível, pois, assegurar-se o devido processo legal sem o duplo grau de jurisdição, bastando desmitificá-lo, amoldando-o a outros valores constitucionais e até mesmo mitigando-o quando possa ser considerado um óbice à prestação da tutela justa e tempestiva.

Eduardo Cambi (2001, p. 680) reflete, quanto à tratativa do duplo grau, afirmando que ele “não há que ser tratado como um dogma, porque isso representaria um

óbice intransponível à criação de novas técnicas que visem aperfeiçoar o instrumento processual, tornando-o mais adequado à solução rápida e eficiente das demandas”.

Entendemos como correta a necessidade de controle das decisões judiciais, entretanto não podemos concordar com a ligação entre duplo grau e devido processo legal, e tampouco com a qualificação de garantia processual a ser dada ao duplo grau¹⁷. Melhor será, em nosso entender, que ele seja tratado como uma diretriz a ser seguida pelo legislador, que deve prevalecer em algumas hipóteses, mesmo que não seja acolhida em outras¹⁸.

As lições de Alessandro Pizzorusso (1978, p. 47) merecem ser novamente destacadas quanto a esse aspecto:

Ciò non significa ovviamente che si debba negare l'opportunità che anche gli atti giurisdizionali siano assoggettabili ad un efficiente regime di controlli, ma se non si vuole svalutare indebitamente l'opera del giudice (e quindi innanzi tutto l'opera del giudice di primo grado) questi controlli debbono essere ripensati alla luce di criteri più moderni.

No mesmo sentido são as lições de Elio Fazzalari (1990, p. p. 35), que servem ao intuito comparativo entre o direito pátrio e o italiano:

il principio del doppio grado di giurisdizione no trova 'inderrogabile garanzia costituzionale nel nostro ordinamento, né escificamente nel sistema processuale', richiando soltanto 'che una domanda o una questione venga sucessivamente proposta a due giudice di grado diverso e nin pure che essa venga effettivamente decisa da entrambi.'

Pelas razões acima expostas, concluímos não haver previsão constitucional, mesmo que implícita, do duplo grau de jurisdição, não sendo ele indispensável à realização

¹⁷ O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou nesse sentido: "Devido processo legal - negativa de seguimento a recurso. A negativa de seguimento a recurso, considerada a circunstância de as razões expeditas contrariarem precedente da Corte longe fica de implicar transgressão ao devido processo legal. Jurisdição - duplo grau - inexigibilidade constitucional. diante do disposto no inciso III do artigo 102 da Carta Política da República, no que revela cabível o extraordinário contra decisão de última ou única instância, o duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia constitucional." (AI n. 209687; rel. Marco Aurélio; Segunda Turma; DJ 11-12-98 pp-00007 Ement. vol-01935-05 pp-00881)

¹⁸ Dinamarco (2003a, p. 160-161), em consonância com o Norberto Bobbio, conclui acertadamente que "Um princípio não imposto como garantia não passa de conselho, ainda quando plantado na ordem constitucional e mesmo quando racionalmente se entenda que sua aplicação é conveniente e, em regra, deve prevalecer."

do devido processo legal ou alçado ao patamar de garantia constitucional do processo ¹⁹. Em sendo assim, pode o legislador ordinário limitá-lo ou até mesmo suprimi-lo, conforme as exigências e a própria sistemática do ordenamento.

É preciso frisar, porém, que não queremos propor a supressão do duplo grau de jurisdição na tentativa de simplificar ou acelerar o procedimento, pois, parafraseando Cândido Dinamarco, existem imperfeições que se encontram enraizadas no ordenamento, de forma que, embora não possamos conviver com elas pacificamente, não podemos simplesmente eliminá-las, mas podemos reduzi-las.

Não há justiça instantânea, isso é certo, e jamais se conseguirá acelerar tanto as etapas procedimentais a ponto de encontrar uma solução conformadora e suficiente para os processos. A perenização dos litígios é um grave problema, quiçá o maior deles para os litigantes, mas a desavisada subtração de institutos processuais, visando somente a um dos lados da moeda pode, ao invés de contribuir com uma melhora, piorar de uma vez por todas a situação dos litigantes.

O duplo grau de jurisdição é inerente ao sistema, mas deve ganhar novo contorno, permitindo limitações, como já ocorre em outros ordenamentos jurídicos. É nesse sentido que conclui Dinamarco (2002a, p. 141), afirmando:

Mesmo a visão teleológica do processo civil instrumentalmente comprometido com o escopo pacificador, contudo, jamais poderá postular o exagerado desapego às formas porque isso importaria criar situações perigosas para os litigantes, com riscos de injustiça.

Não sendo garantia constitucional e, por outro lado, não podendo ser extirpado do ordenamento jurídico, o duplo grau de jurisdição pode ser encarado como forma de sua otimização.

Quando colocados em porfia valores como a efetividade da tutela jurisdicional e o duplo grau de jurisdição, é perfeitamente possível que haja prevalência de um sobre

¹⁹ Doutrinadores como Calmon de Passos, Ada Pellegrini Grinover, Nelson Luiz Pinto e Djanira Maria Radamés de Sá entendem ser constitucional a previsão do duplo grau de jurisdição. Cândido Rangel Dinamarco e Flávio Cheim Jorge reconhecem que há previsão constitucional implícita do duplo grau de jurisdição, sendo ele uma das bandeiras do Estado Democrático de direito, devendo-se tê-lo como uma diretriz a ser seguida pelo legislador infraconstitucional.

o outro, sem que seja necessário recorrer ao emprego de interpretações conservadoras. Há situações que justificam a supressão do duplo grau já que o direito a uma prestação jurisdicional tempestiva é, atualmente, de maior relevância para o sistema processual civil ²⁰.

Das premissas lançadas acima, surge uma outra questão a ser enfrentada, qual seja, a da relação entre o duplo grau de jurisdição e os recursos. Tal questão, dada a relevância que guarda para o presente estudo, será analisada em tópico próprio, conforme se seguirá (Item 4.4).

4.3 DUPLO EXAME

Já foi dito no item anterior que o conceito ora formulado para o duplo grau de jurisdição deixa de englobar aquelas hipóteses em que a causa é analisada em único grau; em que é reexaminada pelo mesmo órgão prolator da decisão ou por órgãos do mesmo grau; em que é, ainda, remetida a órgãos que a recebem, embora por meio de recursos, não para novo exame da causa, mas para verificação estrita de questões de direito e dessas questões, apenas as relativas ao direito federal.

Como podemos observar, nas hipóteses acima não há propriamente um duplo grau de jurisdição, entendido ele, como reexame da causa por instância superior e diversa. Por outro lado, não deixa de haver reexame e novo julgamento da causa, ainda que por órgãos situados no mesmo grau hierárquico.

O que há, em verdade, é a possibilidade, por meio da interposição de recursos, de reexame da causa, prevalecendo sempre a segunda decisão sobre a primeira, independente do grau hierárquico onde esteja situado o segundo examinador.

²⁰ Luiz Guilherme Marinoni propõe a eliminação do duplo grau de jurisdição nos juizados especiais cíveis e no procedimento sumário somente quanto a matéria de fato, ou seja, que o recurso, nesses casos, não seja admitido quando destinado à impugnação de matéria de fato. Tal proposta tem por base a oralidade que permeia ambas as hipóteses e a idéia de que nenhum órgão colegiado seria mais adequado para uma decisão, no tocante a matéria fática, que um órgão monocrático.

Tem-se, pois, recorribilidade sem duplo grau de jurisdição, bem como devolução da matéria impugnada sem duplo grau de jurisdição. Típicos exemplos são os da interposição de embargos de declaração (art. 535, CPC) e de embargos infringentes previstos na lei de execuções fiscais (Lei nº 6.830, art. 34), cujo reexame pretendido é feito pelo mesmo órgão prolator da decisão recorrida.

A recursividade continua presente em tais hipóteses na medida em que aquele que recorre o faz com a intenção de obter um novo exame da matéria, e deve fazê-lo segundo o procedimento indicado pelo próprio Poder Judiciário.

Abrindo parêntese necessário, verifica-se que os embargos de declaração, embora previstos como recurso desde a égide do Código de Processo Civil de 1939, encontrava, entre os doutrinadores, opositores a essa sua qualidade. Barbosa Moreira (2003b, p. 542), entretanto, e com a clareza que lhe é peculiar, ensina caber “ao legislador optar, e ao intérprete respeitar-lhe a opção, ainda que, de *lege ferenda*, outra lhe pareça mais aconselhável.”

Nesse sentir, destacamos a lição de Seabra Fagundes (1946, p. 09), pela qual

(...) o pedido de declaração da sentença importa impugná-la, embora a impugnação se apresente com alcance mais estrito do que a formulada mediante recurso infringente. Considere-se, ainda, que, se o pedido tem em mira pronunciamento sôbre ponto omissos, os embargos declaratórios se equiparam, em fundo, aos recursos infringentes. A decisão que provocam não é meramente esclarecedora da anterior, senão ampliativa. Por ela se inova o direito entre as partes, decidindo-se sobre matéria até então inculgada.

Dúvidas, hoje, não existem sobre a natureza recursal dos embargos de declaração, e, assim considerados, revela-se aquela idéia inerente à recursividade, qual seja, quem recorre o faz pretendendo obter nova manifestação do Poder Judiciário. Deve fazê-lo, outrossim, por meio do recurso hábil, previamente determinado pelo sistema processual que, como visto, pode ser o de Embargos de Declaração. Segundo Alcides de Mendonça Lima (1976, p. 286),

Com esta solução, simples e prática, afastam-se as digressões e divergências, doutrinárias e técnicas, sobre quais os recursos que ensejam, ou não, a *devolução*. Todos, por este raciocínio, devolvem o conhecimento nos limites estabelecidos em lei para cada espécie.

Assim, o fato de o recurso ensejar reexame pelo mesmo órgão prolator da decisão não lhe afasta a incidência do efeito devolutivo, ao contrário, é articulado com a delimitação desse efeito. Nesse sentido, manifesta-se Flávio Cheim Jorge (2003, p. 260-261). Em sentido contrário, entendendo que em tais hipóteses o efeito devolutivo não existe e em outras hipóteses fica diferido, a doutrina de José Carlos Barbosa Moreira (2003b, p. 259-250).

O que se denota, por conclusão, é que a recursividade não pressupõe, necessariamente, revisão por órgãos hierarquicamente superiores, do que decorre a existência do Duplo Exame.

No sistema processual brasileiro há expressa e atual consagração do duplo exame pela Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais), em seu art. 41 e § 1º, que prevêem a interposição de recursos para o próprio juizado, e o julgamento deles por turma de juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição. Tal dispositivo é decorrente do art. 98, I, da Constituição Federal, que previu a criação de juizados especiais, bem como que o julgamento dos recursos contra as suas sentenças seriam realizados por turmas de juízes de primeiro grau²¹.

Como podemos observar, não só na legislação infraconstitucional há previsão do duplo exame, mas também no próprio texto constitucional, o que nos leva a concluir que o duplo grau de jurisdição não é regra de plena aplicação, sendo excepcionado, inclusive, pela lei maior.

Outra hipótese de possibilidade de interposição de recursos sem observância, ou com derrogação, do duplo grau de jurisdição, ou ainda, com a possibilidade de duplo exame, é a constante do art. 34 da Lei 6.830/80 (lei de execuções fiscais), pelo qual

²¹ Assim já se manifestou o Supremo Tribunal Federal: "Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal." (Recurso em Habeas Corpus n. 79785; Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Tribunal Pleno).

“Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN só se admitirão embargos infringentes e de declaração.”

Adotamos, quanto a essa hipótese, as conclusões do ilustre doutor capixaba Flávio Cheim Jorge (2003, p. 187), pelas quais, embora no âmbito do referido artigo seja vedada a possibilidade de interposição de recurso de apelação, é permitida, em contrapartida, a interposição de embargos de declaração e embargos infringentes²², possibilitando que o mesmo juiz que prolatou a sentença reexamine e emita novo pronunciamento sobre a causa. “O duplo grau inexistente, mas respeita-se a previsão constitucional e garante-se o direito dos litigantes na interposição de recursos e na obtenção do reexame da matéria decidida”.

Essa é a garantia do duplo exame, que traz em consideração o reexame da matéria e, conseqüentemente, a prevalência da decisão posterior sobre a anterior, mas sem necessidade de que seja feito por órgão de hierarquia superior.

Das lições de Alcides de Mendonça Lima (1976, p. 131) podemos extrair, com grande precisão, as conclusões necessárias para as idéias lançadas no presente tópico. Para tanto, traz-se à colação, trecho de seu pensamento:

O instituto recursório está visceralmente vinculado a uma questão fundamental: a da necessidade, ou não, do segundo grau, com poder de rever – para manter ou reformar – as decisões proferidas pelo juízo perante o qual a causa foi proposta. Em regra, o recurso exige, no mínimo, dois graus de jurisdição, dois órgãos superpostos. Entretanto, pelo menos no sistema brasileiro, o recurso não supõe devolução necessária ao grau superior, pois há recursos no mesmo plano funcional da organização judiciária, como os agravos e os embargos. Não há, pois, uma exigência mais forte de ordem doutrinária para ser instituído o duplo grau jurisdicional como decorrência da consagração do instituto recursório. Poderá haver um só grau e, mesmo assim, permitir-se o uso de recursos.

Cumprido destacar, por fim, que a própria Constituição prevê hipóteses em que não há cabimento de qualquer recurso. Em seu art. 52, I, confere competência privativa ao Senado Federal para processar e julgar o Presidente e Vice-Presidente da República em crimes de responsabilidade. Já no art. 102, I, confere competência

²² Tal recurso não guarda correlação com o previsto no art. 530 do CPC, que cabe contra acórdãos.

originária ao Supremo Tribunal Federal para processamento e julgamento das hipóteses previstas em suas alíneas (v.g., julgamento do Presidente da República nas infrações penais comuns).

Além disso, dos recursos constitucionais previstos, o único que devolve toda a matéria a órgão de hierarquia superior é o Recurso Ordinário (arts. 102, II e 105, II, CF/88). Por meio do Recurso Especial (art. 105, III, CF/88) e Extraordinário (102, III, CF/88), e desde que preenchidos os seus pressupostos de admissibilidade, somente se devolvem as questões delimitadas nos artigos supramencionados (questões federais e constitucionais, respectivamente), sendo inadmissíveis as discussões sobre as questões fáticas que dependam do reexame de provas (vide Súmula 07/STJ e Súmula 279/STF).

O próprio recurso de apelação, embora não elencado entre os recursos constitucionais, mas considerado o recurso por excelência, pelo qual se tem a mais ampla manifestação do duplo grau de jurisdição, também sofre limitação pela extensão de seu efeito devolutivo e, via de consequência, restringe a garantia do duplo grau²³.

Diante das premissas lançadas, verificamos que a expressão duplo grau de jurisdição é uma denominação tradicionalmente utilizada, razão que justifica a sua permanência, embora, como acima demonstrado, existam hipóteses em que se verifica apenas um duplo exame. O duplo grau de jurisdição - expressão utilizada no sentido amplíssimo, abrangendo o duplo exame - é, portanto, preservado mesmo quando o reexame da causa seja feito por órgãos colocados na mesma escala hierárquica do prolator da decisão impugnada.

²³ O duplo grau manifesta-se, de ordinário, por meio da interposição de recurso pela parte sucumbente. Tal regra é ligada ao princípio dispositivo e reflete-se como um ônus da parte. A norma prevista pelo art. 475 do CPC, entretanto, excepciona o ônus da parte nos casos de que trata. O reexame necessário não é recurso, pois não depende da impugnação voluntária da parte interessada. É tido apenas como condição de eficácia da sentença, mas é o único instituto do Código de Processo Civil que contempla o duplo grau expressamente.

4.4 RECURSOS E DUPLO GRAU

Segundo o processualista carioca José Carlos Barbosa Moreira, tradicional é a correlação que se faz entre recursos e duplo grau de jurisdição, sendo este entendido na sua acepção com sentido hierárquico, de possibilidade de exames sucessivos, por juízos situados em planos hierárquicos diversos e superiores. Essa fórmula seria a garantia de boa solução para as demandas propostas, antes da formação da coisa julgada.

Todos aqueles que recorrem o fazem com o escopo de provocar o reexame da matéria decidida, seja para anular a decisão, seja para reformá-la. Alcides de Mendonça Lima (1976, p. 124-125) define recurso como “meio, dentro da mesma relação processual, de que se pode servir a parte vencida em sua pretensão ou que se julgue prejudicado, para obter a anulação ou a reforma, parcial ou total, de uma decisão”.

O prejuízo é, pois, o principal fundamento da interposição de recursos, pois a sua configuração enseja no sucumbente o desejo de buscar uma situação que lhe seja mais favorável. Dentro dos conflitos de interesses surgidos entre as partes, é crucial que elas se conformem com a justiça da decisão ou, ao menos, com a eliminação da possibilidade de erro do julgador.

O direito de ação é hoje assegurado a todos os cidadãos que têm, até mesmo, a iminência de lesão a seu direito. Tal conquista substitui e veda a possibilidade de autotutela quando verificada a referida lesão ou ameaça a direito. Evita-se, com tal avanço, que o indivíduo que se sinta lesado ou ameaçado utilize violência ou arbítrio para garantia de seu direito. Assim, se é garantido o direito de ação de forma incondicional, sempre com a chancela do Poder Judiciário, com muito mais razão deve-se permitir que as partes manifestem seu inconformismo para com as decisões emanadas, por meio da provocação do reexame da matéria.

Novamente, segundo Alcides de Mendonça Lima (1976, p. 128 -129),

Se o Estado permite que os indivíduos se utilizem do direito de ação para a defesa de seus interesses, em nome da própria harmonia social é natural

que o próprio Estado permita, igualmente, os recursos, em suas várias modalidades, para que os indivíduos pugnem também pela defesa de seus direitos, desde que se sintam lesados pela manifestação do Estado, ao ser proferida uma decisão por um de seus legítimos representantes. A reação é inata. Faz parte da própria personalidade humana.

Notamos, pois, que, além do escopo de revisão das decisões judiciais, com a obtenção de novo julgamento, essa iniciativa deve partir do próprio sucumbente, e deve ser voluntária. Exige-se, assim, com relação ao direito de recorrer, a possibilidade de a parte, por meio de iniciativa própria, obter a revisão da decisão, ainda que pelo mesmo órgão prolator da decisão.

Nesse sentir, coadunam-se, com precisão, as conclusões de Flávio Cheim Jorge (2003, p. 15) quanto a dissociação entre recursos e duplo grau:

A previsão da existência de recursos que permitam o reexame da matéria pelo mesmo órgão prolator da decisão recorrida já satisfaz integralmente a compreensão exata da 'ampla defesa'. A permissão de recursos de reconsideração ou mesmo de retratação permitem que os litigantes demonstrem o desacerto na decisão proferida e obtenham um controle a respeito da mesma.

É errôneo, pois, estabelecer a relação que comumente se faz entre recursos e duplo grau de jurisdição, pois aqueles têm como características fundamentais, como dito, a voluntariedade e a obtenção de novo julgamento (dialeiticidade), não necessariamente por um órgão de hierarquia superior.

De fato, o recurso é, antes de tudo, um ato de vontade, ou seja, a parte sucumbente oferecerá sua impugnação, caso contrário terá se conformado com a decisão que é plenamente válida e eficaz. Já o duplo grau de jurisdição está garantido em algumas hipóteses, independente da interposição de recursos²⁴. Além disso, no sistema processual brasileiro, existem recursos que podem ser dirigidos ao próprio juízo que proferiu a decisão impugnada, o que não se admite para que haja o duplo grau de jurisdição (LASPRO, 1999, p. 192).

O que se exige, seja como meio de controle das decisões judiciais, seja como satisfação da boa justiça, é a concessão às partes do direito e da faculdade de recorrer das decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário, e não que esse direito seja exercido mediante a revisão por órgão diverso e superior.

²⁴ O art. 475 do CPC prevê expressamente o duplo grau, embora o reexame necessário não seja recurso.

Devemos ressaltar, entretanto, que, a despeito da necessidade de garantir-se a recorribilidade das decisões judiciais como manifestação do direito de ação, não há no ordenamento pátrio o princípio ou a previsão de que todas as decisões judiciais são recorríveis.

Segundo Mendonça Lima (1976, p. 140-141), “cabe ao legislador ordinário apenas indicar os remédios mediante os quais os órgãos judiciários exercerão sua competência recursória”. E continua, adiante: “ainda que contrariando o princípio ético e psicológico que torna vital a existência do instituto recursório, nada impede, a rigor, que um determinado ordenamento constitucional só preveja uma instância, um juiz único”.

Nesse passo, e conforme já exposto anteriormente, o ordenamento brasileiro, inclusive o constitucional, limita e restringe a possibilidade de interposição de recursos em diversas hipóteses, tais como nos processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Certo se faz afirmar, diante dessas hipóteses, que cada ordenamento, de acordo com as suas necessidades culturais e políticas, adotará os critérios quanto à recorribilidade das decisões judiciais. Poderá, certamente, restringi-los em determinados casos, como ocorre atualmente; porém não poderá, jamais, exterminá-los do ordenamento processual, sob pena de restringir-se a ampla defesa e o controle das decisões judiciais.

5 DA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA BRASILEIRA

A função jurisdicional exercida pelo Estado é dividida segundo critérios funcionais, adotando-se a clássica concepção do sistema de freios e contrapesos, que dificulta o arbítrio e garante a liberdade individual. Essa estrutura organizacional é de suma importância para o processo civil, já quando se considera a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF/88) como princípio inerente à jurisdição.

Se a todos é garantido o acesso ao Poder Judiciário, é preciso, mais que regras objetivas e procedimentais permissivas de tal acesso, que sejam estabelecidas outras que digam respeito à estrutura e à organização do Poder Judiciário ou, em outras palavras, ao seu modo de ser. Por tal razão, as funções exercidas pelos diversos órgãos jurisdicionais precisam estar conjugadas com as normas processuais objetivas, de modo a permitir o mais efetivo acesso à justiça.

Não obstante essa conjunção, as normas de organização judiciária, diferentemente das normas processuais, não regulam as relações entre os litigantes e o Estado Juiz, mas entre os magistrados e o Estado. De nada valem as normas processuais bem definidas se, para a sua efetiva utilização não se puder contar com bons aplicadores do direito. Nesse sentir, Cândido Dinamarco (2002a, p. 354), discorrendo sobre a efetividade do sistema processual conclui, com precisão, que

Para a efetividade de um sistema atuante e dinâmico de garantias do sistema processual é indispensável que também as linhas-mestras da organização judiciária sejam adequadamente balizadas e garantidas em nível constitucional. Não só sobre o sistema processual em si mesmo se projetam os grandes princípios político-constitucionais, mas de igual modo sobre a organização judiciária, para que os órgãos sejam aptos a desempenhar a contento a função para que são instituídos.

Entre os poderes do Estado, a Constituição Federal consagrou o Poder Judiciário, e logo em seu art. 2º estabelece que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". O terceiro dos Poderes do Estado tem para si reservado o Capítulo III do Título IV (arts. 92-126), em que lhe é assegurada a autonomia e a independência frente aos demais. É exatamente nesse contexto de independência e autonomia, como forma de assegurar as liberdades e direitos dos cidadãos, e não como privilégio a um

determinado grupo, que são previstas as garantias constitucionais do Poder Judiciário.

A garantia do autogoverno ²⁵, prevista nos arts. 96, I, e 99 da Constituição Federal estabelece a independência do Poder Judiciário quanto ao desempenho de suas funções, em relação aos demais Poderes. Somados às garantias políticas do Poder Judiciário, estão as garantias políticas dos magistrados, que lhes conferem independência (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos), e os impedimentos que lhes garantem imparcialidade (vedação do exercício de determinadas atividades), todos previstos no art. 95 e em seu parágrafo único, da CF/88.

Além de tais garantias, uma em particular nos interessa, dado o âmbito do presente estudo. Já se discorreu, oportunamente, acerca do Duplo Grau de Jurisdição, traçando-lhe o conceito, a previsão constitucional e legal, bem como as suas variações (Cap. 4). Dentro das premissas lançadas, o duplo grau de jurisdição permite ao sucumbente, por meio da interposição de recursos, a possibilidade de obter um novo julgamento de sua causa, via de regra, mas não necessariamente, por um órgão hierarquicamente superior ao que proferiu a decisão impugnada.

Da análise acima, de logo se percebe que para a realização do duplo grau é preciso haver órgãos que exerçam a jurisdição em graus superiores e em graus inferiores. Assim, dentro da organização judiciária brasileira, existem os juízos ou varas, como órgãos de primeiro grau, e os tribunais, como órgãos de segundo grau ²⁶.

Sob a ótica da consagração hierárquica dos órgãos jurisdicionais, contrasta-se a inviolável independência jurídica dos magistrados, que se reflete na ausência de subordinação hierárquica no desempenho de suas funções. É preciso, entretanto, diferenciar as noções de hierarquia, traçando os limites da hierarquia administrativa

²⁵ Essa denominação é usada por Cintra, Grinover e Dinamarco, e significa a prerrogativa do Poder Judiciário para exercer atividades normativas e administrativas de auto-organização e de auto-regulamentação (1993 p, 139).

²⁶ Conforme já mencionado anteriormente, o termo grau de jurisdição substituiu o termo instância, abolido do Código de Processo Civil vigente. A Constituição Federal, entretanto, em alguns de seus artigos, faz uso do termo revogado. Dessa forma, sempre que falarmos em instância, por força dos dispositivos constitucionais referidos, devemos entendê-la como grau de jurisdição.

e da hierarquia judicante, diferença essa que será tratada em tópico subsequente (vide Item 5.3).

Antes, porém, é preciso estabelecer que o Estado exerce seu poder jurisdicional (em termos genéricos, poder de solucionar conflitos) por meio de seus diversos órgãos. Cada um deles, de qualquer grau, exerce e é investido da mesma jurisdição, que é una e indivisível. O que se distribui, portanto, são as atividades jurisdicionais, e não a jurisdição. Assim, cada um desses órgãos é dotado, segundo o direito positivo, de atribuições próprias e, dentro dessas atribuições, exercem a jurisdição²⁷.

Nesse passo, "através das regras legais que atribuem a cada órgão o exercício da jurisdição com referência a dada categoria de causas (regras de competência), excluem-se os demais órgãos jurisdicionais para que só aquele deva exercê-la ali, em concreto" (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 1983, p. 194).

Segundo Dinamarco (2002a, p. 412-413), essa distribuição de funções jurisdicionais (competências) se dá por meio de seis premissas sistemáticas, que embora independentes, devem ser coordenadas entre si. São elas:

a) a *unidade da jurisdição*, cujo exercício se distribui entre os juízes do país sem que haja espaço para uma suposta dualidade ou pluralidade de jurisdições; b) a existência de uma *estrutura judiciária* composta de inúmeros órgãos encarregados do exercício da jurisdição, diferenciados segundo certos critérios; c) a existência real ou potencial de conflitos das mais variadas naturezas a serem distribuídos entre esses órgãos (*massa de causas*); d) a *necessidade de fazer essa distribuição*, por razões de diversas ordens; e) a garantia constitucional de *liberdade das partes*, em virtude da qual é concedida ao demandante alguma dose de faculdade na escolha do órgão judiciário ao qual apresentará sua pretensão; f) as *razões de ordem pública* que em significativa medida limitam essa liberdade ao obrigar a propositura da demanda perante o órgão indicado pela Constituição ou pela lei.

A competência será, pois, distribuída entre os diversos órgãos jurisdicionais de acordo com a matéria, com o território e com a hierarquia ou funcionalidade a eles atribuídos.

²⁷ Por essa razão, segundo Liebman, a competência é a medida da jurisdição.

Sem a pretensão de nos estendermos em demasiado acerca do assunto, mesmo porque ultrapassa o lineamento do presente estudo, abordaremos tão somente a questão da competência hierárquica ou funcional, conforme se segue abaixo (Item 5.3.1).

5.1 ESTRUTURA JUDICIÁRIA

Os diversos organismos que integram o Poder Judiciário se dividem em Justiças, nas quais cada qual exercerá sua função jurisdicional. Por vezes, a divisão se dá em função da relação jurídica de direito material; por outras, em função da qualidade das partes.

Assim, os organismos que compõem a estrutura judiciária brasileira são o Supremo Tribunal Federal (arts. 101-103, CF); o Superior Tribunal de Justiça (arts. 104-105, CF); a Justiça Federal (arts. 106-110, CF); as Justiças Especiais (Trabalhista - arts. 111-117, CF; Militar - arts. 122-124, CF; Eleitoral - arts. 118-121, CF); a Justiça Estadual (art. 125, CF).

Cada uma dessas Justiças possui mais de um grau de jurisdição, tendo, assim, órgãos inferiores singulares ou monocráticos (de primeiro grau, composto por um só magistrado) e órgãos superiores colegiados (de segundo grau). As Justiças Especiais possuem, além de seus Tribunais Regionais, os Tribunais Superiores (Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal Militar e Tribunal Superior Eleitoral), e de suas decisões (dos Tribunais Superiores) somente caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal nas hipóteses do art. 102, III, CF (controle de constitucionalidade). Já a Justiça Federal possui varas ou seções em primeiro grau e Tribunais Regionais Federais em segundo grau, ao passo que a Justiça Estadual possui suas varas em primeiro grau, e Tribunais de Justiça e de Alçada ²⁸ em segundo. Das decisões proferidas pelos Tribunais Estaduais, Tribunais de Alçada e Federal, caberá recurso para o Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses do art.

²⁸ Art. 93, III, da CF/88. Os Estados que hoje possuem Tribunais de Alçada são: São Paulo, Paraná e Minas Gerais. No ano de 1997 os Estados do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul extinguiram seus Tribunais de Alçada.

105, III, CF (controle da legalidade) e para o Supremo Tribunal Federal (controle da constitucionalidade).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não pertencem a nenhuma das Justiças, senão sobrepõem-se a elas ²⁹, tendo jurisdição em todo o território nacional (parágrafo único, art. 92, CF), com competência para julgar recursos interpostos nas causas que já tenham percorrido todos os graus de jurisdição ³⁰.

Pode-se definir, por conclusão que, dentro da organização judiciária brasileira, o Supremo Tribunal Federal faz o controle final da constitucionalidade das decisões de último ou único grau de todas as Justiças ou do Superior Tribunal de Justiça. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça controla a legalidade, também em único ou último grau dos Tribunais Regionais, de Alçada e Federais (nas Justiças Especiais esse controle é feito pelos seus próprios tribunais superiores).

5.2 ASPECTOS GERAIS SOBRE A COMPETÊNCIA

No ordenamento pátrio, a distribuição da competência é feita sempre pelo direito positivo e dividida entre os diversos diplomas legais existentes da seguinte forma: 1) A Constituição Federal determina a competência de todas as Justiças e dos Tribunais Superiores; 2) As Leis Federais (CPC, CPP, CCB, etc.) determinam a competência das Comarcas; 3) As Constituições Estaduais determinam a competência dos Tribunais locais; 4) As leis de organização judiciária determinam a competência do juízo ³¹.

Para chegar à determinação do juízo competente, é preciso que o operador do direito se atenha às normas legais que disciplinam e atribuem a cada órgão a sua função jurisdicional. Em outras palavras, deve-se partir da jurisdição atribuída

²⁹ Por tal razão, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são denominados de órgãos de superposição.

³⁰ Além de sua competência originária, estabelecida no art. 102, I e no art. 105, I da CF. A competência originária, em oposição à recursal, é o mesmo que competência para início do processo ou competência inicial.

³¹ Sobre a Competência no processo civil vide, por todos, Patrícia Miranda Pizzol.

abstratamente a todos os órgãos jurisdicionais para a concreta atribuição de cada um, num verdadeiro processo de exclusão.

Piero Calamandrei (1999, p. 104-105), ao tratar da questão da distribuição da competência, enfatiza, com muita propriedade, a necessidade de se atribuir, em concreto, a competência a cada juiz. Nesse sentido, manifesta-se o mestre italiano:

A competência é, então, acima de tudo, uma determinação dos poderes jurisdicionais de cada um dos juízes; mas como essa limitação de poderes se manifesta praticamente em uma limitação das causas sobre as quais pode exercê-los cada juiz, o conceito de competência se desloca assim, por um fenômeno de metonímia: de medida subjetiva dos poderes do órgão judicial, passa a ser entendida, praticamente, como medida objetiva da matéria sobre a qual está chamado em concreto a prover o órgão judicial, se entendendo deste modo por competência de um juiz o conjunto de causas sobre as quais pode ele exercer, segundo a lei, sua fração de jurisdição.

Assim, indagar acerca da competência de um juiz é determinar-lhe as causas que lhe são atribuídas segundo critérios definidos pelo legislador e adotados pela melhor doutrina. São eles os diferentes órgãos judiciários, a elaboração do grupo das causas e os dados referentes à causa.

É preciso destacar que, embora a doutrina de direito comparado seja de grande valia e utilidade para o estudo e aperfeiçoamento do direito processual civil, os esquemas de distribuição de competência elaborados por autores estrangeiros, com vistas a serem aplicados em outras estruturas judiciárias, devem ser vistos com bastante reserva e cautela. É praticamente impossível se estabelecer um esquema universalmente válido para essa distribuição de competência, pois cada ordenamento jurídico possui sua própria estrutura e organização, com processos e procedimentos peculiares e próprios a cada um.

As doutrinas sobre repartição de competências, entretanto, acabaram por ter relevo no ordenamento pátrio, entre as quais se destaca, primeiramente, a proposta por Adolf Wach, denominada de repartição tríplice da competência, e desenvolvida para a estrutura do processo alemão. A referida doutrina dividia a competência da seguinte forma: I - competência objetiva (por matéria, por pessoa e por valor); II - competência funcional, e III - competência territorial. Adaptando o referido esquema

ao modelo italiano, Giuseppe Chiovenda fez a subdivisão da competência objetiva apenas pela matéria e pelo valor, mantendo-a em seus demais aspectos.

Segundo ressalta Dinamarco (2002a, p. 440), o Código de Processo Civil brasileiro adotou fidedignamente o modelo chiovendiano, dispondo dentro da competência interna sobre a competência em razão do valor e da matéria (arts. 91-92). Posteriormente o Código trata da competência funcional (art. 93) e, por fim, trata da competência territorial (arts. 90-101). O eminente mestre do Largo de São Francisco afirma criticamente que,

Como é um esquema importado de países cuja estrutura judiciária e cuja legislação diferem muito daquela que temos no Brasil, esse esquema não leva em conta os dados da nossa estrutura judiciária nem as nossas particulares disposições legais sobre a competência (a existência de tribunais de superposição, de Justiças autônomas e dotadas de competências diferentes).

Imperfeições à parte, é certo que o Código de Processo Civil sistematizou, com rigor científico, as normas sobre competência. E tal sistematização se fez, como ainda se faz, importante, diante da necessidade da distribuição da jurisdição, ou até mesmo em vista da funcional distribuição do trabalho dos órgãos judiciais, dada a extensão do território, a natureza das causas e a sua complexidade.

5.3 COMPETÊNCIA FUNCIONAL

Traçamos os aspectos gerais da competência com vistas a direcioná-la para a análise da competência funcional³², e o estabelecimento de suas relações com o dogma do duplo grau de jurisdição e com o sentido de superioridade hierárquica existente no ordenamento pátrio. Tais premissas serão de reveladora utilidade para o presente estudo, pois permitirá já nos posicionarmos, de acordo com a estrutura judiciária, acerca da supressão de grau jurisdicional e da criação de uma

³² Segundo a doutrina de Calamandrei, Giuseppe Chiovenda foi quem introduziu, pela primeira vez, a noção de Competência Funcional, compreendendo (para a doutrina italiana, e com as devidas alterações, conforme se verá adiante, para a doutrina brasileira) três fenômenos distintos: a distribuição de funções entre órgãos judiciais de distinto tipo segundo a distinta natureza das providências requeridas (cognição e execução); a distribuição territorial das causas entre órgãos do mesmo tipo; e a distribuição de funções entre órgãos judiciais de distinto tipo em fases sucessivas do mesmo processo, no mesmo grau ou em graus distintos (CALAMANDREI, 1999).

competência originária conferida aos tribunais com a inserção do § 3º ao art. 515 do CPC, dada pela Lei nº 10.352/2001.

Dentro da distribuição de competências adotada pelo Código de Processo Civil e pela Constituição Federal, uma que nos interessa em particular, como dito, é a competência funcional que, em princípio, poderia contrastar-se com a independência jurídica dos magistrados. A necessidade de determinação de competência funcional leva em consideração, por óbvio, a função de cada órgão jurisdicional, estabelecendo quais os atos que lhe serão afetos.

Difere-se, pois, da competência inicial, pela qual se determina o juízo onde a ação deve ser proposta, de acordo com os critérios territoriais e objetivos. Nesse passo, a competência funcional diz respeito aos órgãos que deverão atuar em cada fase processual e quais os atos que por esses órgãos serão praticados.

A doutrina processual mais autorizada, embora aponte impropriedades e vulgarizações acerca da definição de competência funcional ³³, acaba convergindo em seu aspecto conceitual. Marcelo Abelha Rodrigues, balizando-se nas lições de Chiovenda, traz uma clara e precisa definição de competência funcional, que acaba por englobar o pensamento de outros grandes doutrinadores. Ensina o ilustre capixaba (2003, p. 196) que, "na competência funcional, o que se faz é discriminar os atos ou conjuntos de atos que, numa determinada causa, ou em mais de uma causa, diversos órgãos judiciários podem praticar". ³⁴

Pela competência funcional, basta saber qual o juízo que exerce ou exerceu a competência inicial em dado caso concreto, para saber qual e em que medida irá exercê-la em subsequência.

Assim conceituada a competência funcional, destaca-se, desde logo, a possibilidade da prática de atos por um ou mais órgãos judiciários numa mesma causa ou em causas diferentes. Mais ainda: destaca-se a possibilidade de atuação das várias Justiças e de vários órgãos de primeiro grau, dos Tribunais de superposição, dos

³³ Nesse sentido, DINAMARCO (2002a, p. 433-437).

³⁴ Também conceituam no mesmo sentido, Moacyr Amaral Santos e José Frederico Marques.

órgãos de segundo grau. Diante dessa problemática, a doutrina classifica e distribui a competência funcional no plano horizontal e no plano vertical. Se não, vejamos.

No que tange à competência funcional em causas diferentes, devemos ater-nos sempre às eventuais conexões que ligam essas causas. Assim, um mesmo juízo terá competência funcional para julgar causas que tenham relação de conexão (arts. 102-111, CPC), como ações cautelares, reconvenção, etc.

Quanto à competência funcional no plano horizontal, devemos imaginar um processo no mesmo grau de jurisdição onde determinadas frações de poderes jurisdicionais possam ser exercidas por vários juízes. Assim, por exemplo, numa ação proposta em face de vários litisconsortes, quando um deles reside em comarca diversa daquela em que foi proposta a ação, a citação desse litisconsorte deverá ser realizada por carta precatória, cujo cumprimento será feito por outro juiz (art. 200 e ss., CPC). No mesmo plano horizontal, vários juízes têm competência funcional.

A competência funcional vista em seu plano vertical nos interessa de forma particular, já que seu estudo se dá em função dos graus jurisdicionais e, portanto, hierárquicos. Trata-se, outrossim, da Competência Funcional Hierárquica ou da Competência em Sentido Vertical.

Segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra (1986, p. 08),

Com efeito, na apelação, verifica-se fenômeno de competência funcional, pois com ela investe-se o órgão *ad quem* de poderes jurisdicionais relativamente ao processo em que se proferiu a sentença recorrida, em vista das funções específicas que lhe são conferidas pela lei processual. Repartem-se assim, segundo os critérios da competência funcional, as atividades jurisdicionais a serem exercidas num único e mesmo processo, entre o órgão jurisdicional *a quo*, a que cabe o primeiro exame, e o órgão jurisdicional *ad quem*, a que cabe o segundo ou sucessivo exame da causa.

Determina-se, por essa ótica, primeiro, qual órgão conhecerá originariamente a causa e, segundo, qual órgão conhecerá dos recursos interpostos. Derivam-se, daí, a competência originária e a competência recursal ³⁵.

³⁵ Esta última também denominada competência derivada.

5.3.1 Competência Funcional Hierárquica

Por primeiro, devemos frisar que a hierarquia, vista contemporaneamente, tem um sentido diverso do seu conceito romano, pelo qual o juiz superior possuía plenos poderes para refazer o processo julgado por seu subordinado, já que, como juiz com maiores poderes, não deveria ficar vinculado às decisões que vinham ao seu crivo para correção.

Dessa forma, a idéia atual de hierarquia dentro da organização judiciária se concretiza no que Machado Guimarães (1962, p. 73) denominou de "regulamento de competências", pelo qual "o princípio do duplo grau não implica em subordinação de um órgão a outro, mas na discriminação da competência dos diversos órgãos para julgarem as fases sucessivas da mesma demanda".

Diz-se, assim, que o vínculo de subordinação existente entre todos os funcionários públicos não se aplica quanto aos magistrados no exercício de suas funções jurisdicionais. A eles, magistrados, é alçada a livre convicção para julgar os litígios que lhes são afetos, dentro de sua competência. Segundo Calamandrei (1999, p. 31),

Todos os juízes (...) têm a mesma dignidade no momento em que julgam dentro dos limites de sua competência respectiva: nesse momento, pese à hierarquia, por cima deles não está mais que a lei, que sua consciência deve entender diretamente, sem sugestões de intermediários.

Assim, entre juízes e tribunais não há a hierarquia com o significado de poder de mando dos órgãos superiores sobre os inferiores. Como já se frisou anteriormente, não se recorre mais contra o juiz, e sim contra a decisão por ele proferida. O que existe, de fato, é uma competência de derrogação, a qual permite que as decisões dos órgãos inferiores sejam revistas pelos órgãos superiores. Segundo Ada Pellegrini (1994, p. 43), a competência de derrogação aplica-se "no sentido de a primeira [jurisdição superior] poder reapreciar, em segundo grau, a causa já decidida, substituindo com sua decisão a de primeiro grau."

Nota-se, pois, que a hierarquia dos graus de jurisdição, que denominamos hierarquia judicante, opera-se no plano da competência funcional e, via de consequência, na distribuição das causas entre órgãos jurisdicionais situados em diferentes graus.

A independência jurídica do juiz, que em princípio poderia estar afetada pela hierarquia judicante, mantém-se intocada, já que ele se subordina somente à lei, no exercício de suas funções jurisdicionais.

Em sendo assim, o magistrado é livre para proferir sua decisão (obviamente, fundamentando-a, de acordo com o art. 93, IX, CF/88) mesmo que ela contrarie a corrente majoritária ou a jurisprudência dominante dos tribunais superiores. A pluralidade dos graus jurisdicionais, segundo Chiovenda, não se funda em subordinação entre magistrados, mas sim na busca da obtenção da melhor decisão possível.

Merece destaque, nesse ponto, o pensamento de Enrico Tullio Liebman (1976, p. 06) acerca da relação hierárquica na organização judiciária:

Occorre rilevare peraltro che il rapporto gerarchico ha nell'ordinamento giudiziario un significato diverso da quello proprio dell'ordinamento amministrativo: manca infatti nell'ordinamento giudiziario, com'è oggi inteso, il vincolo di subordinazione funzionale dell'organo inferiore al superiore e ciascun giudice è, nell'esercizio della sua funzione, soggetto soltanto alla legge; esiste invece un coordinamento dell'attività dei diversi organi in vista del fine di giustizia ed è appunto una forma di coordinamento quella che attribuisce all'organo della impugnazione il compito di rivedere ed eventualmente riformare od annullare la sentenza dell'organo che ha giudicato in precedenza.

Por outro lado, em que pese a independência jurídica dos magistrados, existe a chamada hierarquia administrativa, vista como uma necessidade de organização de atribuições (funções) entre os órgãos e os agentes do Poder Judiciário, sendo certo que, nesse aspecto, os magistrados estão sujeitos às atividades de censura acerca de certas condutas adotadas, condutas essas observadas e aplicadas pelos órgãos disciplinares.

Nesse passo, temos que o Supremo Tribunal Federal, embora pare como órgão de superposição sobre todas as Justiças, não exerce hierarquia administrativa sobre

nenhuma delas. Os Tribunais de Justiça administram a justiça dos Estados, conforme se depreende do art. 96, I, CF, provendo cargos, realizando concursos e aplicando penalidades. Ainda, diferentemente do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça tem ação administrativa e orçamentária sobre a Justiça Federal, na redação do art. 105, parágrafo único, CF.

Fixadas as noções de hierarquia administrativa e hierarquia judicante, ambas derivadas da competência funcional, passamos a analisar a competência funcional hierárquica propriamente. Nessa esteira, há que se distinguir a competência hierárquica em competência originária e competência recursal.

Por competência recursal, entende-se a atribuição conferida ao órgão *ad quem* para apreciação de recursos interpostos contra decisões proferidas por órgão *a quo*.

Acerca da competência recursal, Marcelo Abelha Rodrigues (2003, p. 198), com precisão, ressalta que "será derivada [recursal] quando o órgão jurisdicional for designado competente para rever a decisão proferida por órgão originariamente competente".

Tal premissa nos alerta para o fato de que, embora se trate de competência hierárquica, a sugerir graus de jurisdição superiores, nem sempre é o Tribunal que funciona como órgão *ad quem*, seja pelas causas em que atua com competência originária, conforme conceito abaixo, seja pelas causas em que não se manifesta o duplo grau de jurisdição, mas tão somente o duplo exame (vide item 4.3).

Via de regra, os Tribunais detêm a competência recursal, porém ressalta-se, na linha do raciocínio que vimos adotando durante este estudo, e segundo as lições de Cintra, Dinamarco e Grinover (1993, p. 202), que "competência recursal é competência para os recursos; e recurso significa a manifestação de inconformismo perante uma decisão desfavorável e pedido de substituição desta por outra favorável".

Nessa linha de pensamento, é certo concluirmos, como antes já o fizemos ao tratarmos do duplo grau de jurisdição e do duplo exame, que não visa a competência

recursal, embora tratada dentro da competência funcional hierárquica, à apreciação exclusiva por órgão superior. Trata-se, mais uma vez, da relatividade dos conceitos existentes na sistematização processual, buscando sempre um aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Já no que tange à competência originária, ela quer significar competência inicial, ou seja, competência de um órgão jurisdicional para conhecer primeiramente a causa, excluindo as atribuições de outros órgãos jurisdicionais. Via de regra, possuem-na os órgãos de primeiro grau e, excepcionalmente, os órgãos superiores ou de segundo grau. Assim ocorre quando a Constituição Federal retira de todo o âmbito do primeiro grau de jurisdição o conhecimento de determinadas causas, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal, órgão máximo de superposição, o conhecimento originário (ou primeiro) delas (art. 102, II). Com relação ao STJ, o mesmo se dá, conforme redação do art. 105, II, CF/88.

Também em função dessa tendência hierárquica supramencionada poder-se-ia entender que a Constituição Federal seria a única legitimada a criar competências originárias. No tocante ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, certo se faz afirmar que toda a disciplina acerca de suas competências encontra assento no texto constitucional. Tal afirmação não se verifica, entretanto, quanto aos demais tribunais, seja porque não há disposição constitucional que assim determine, seja, ainda, porque o duplo grau de jurisdição, como já afirmado, não é erigido ao patamar de garantia constitucional.

Em sendo assim, o legislador ordinário, acatando os anseios doutrinários e jurisprudenciais, publicou a Lei nº 10.352/01, que acresceu o § 3º ao art. 515 do CPC, assim dispendo: "Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (artigo 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento."

A hipótese consagrada pelo dispositivo supra vem sendo tratada pela doutrina como uma supressão de grau jurisdicional já que o Tribunal, ao dar provimento ao recurso de apelação interposto nesse caso, julgará a lide em seu mérito, sem que o juiz monocrático tenha feito antecedentemente.

Nesse ponto, adotamos, em parte, o entendimento sustentado por Nelson Nery Júnior (2004, p. 46) na sua Teoria Geral dos Recursos, pela qual a discussão se trata não de supressão de grau de jurisdição, mas de "competência do órgão julgante para conhecer e julgar esta ou aquela questão ou causa".

Segundo o ilustre processualista, o legislador ordinário conferiu, nas hipóteses do § 3º do art. 515 do CPC, competência funcional ao Tribunal, permitindo que este julgue

(...) pela primeira vez, matéria não apreciada pelo juízo *a quo*, de onde proveio o recurso de apelação. Pela via do 'recurso' o tribunal pode conhecer 'originariamente' do mérito.

A solução da lei é heterodoxa, mas visa a economia processual. Não há inconstitucionalidade por ofensa ao duplo grau de jurisdição porque a lei processual pode conferir competência originária a tribunal. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 434)

Pela regra da estabilização da competência ou da *perpetuatio iurisdictionis*, a competência se determina com base na ação proposta, sendo irrelevantes as alterações fáticas e jurídicas ocorridas posteriormente, salvo a supressão de órgão judiciário ou alteração na competência absoluta ou funcional (art. 87 do CPC).

No caso em exame, a regra da *perpetuatio iurisdictionis* não será aplicável, em razão, exatamente, da alteração na competência funcional. O juiz de primeiro grau continuará a ter competência para julgar a lide até o momento em que lhe proferir sentença nos moldes previstos no § 3º do art. 515 do CPC. Com a interposição e o recebimento da apelação, a competência é transferida ao Tribunal, que prosseguirá no julgamento do mérito da causa, sem que o juízo *a quo* o tenha feito anteriormente.

De acordo com a estabilização da competência, ao juiz de primeiro grau é que caberia proferir sentença de mérito, entretanto, com o novel § 3º do art. 515, essa competência, naquelas hipóteses, passa a ser do Tribunal.

O professor doutor Marcelo Abelha Rodrigues (2003, p. 220-221) nos dá exemplo de relatividade da regra de estabilização da competência baseada no interesse público que aqui entendemos ser aplicável:

havendo a incompetência superveniente, e seja esta resultante de natureza pública, como nos casos de criação de varas especializadas com relação a determinada matéria, automaticamente não se respeitará o princípio da estabilização da competência, justamente porque é o interesse público que pede a modificação da competência.

Certo se faz, no sentir das lições acima, que a modificação na competência funcional foi determinada pelo interesse público, visando, precipuamente à maior valorização da efetividade e da celeridade processuais (acerca do assunto, vide item 7.1).

É de se notar, no entanto, que, embora o Tribunal, em razão dessa modificação de competência, conheça o mérito da demanda originariamente, só o faz se houver recurso da parte, ou seja, só terá competência funcional originária por intermédio de sua competência funcional recursal, o que resulta, à primeira vista, em natural ilogicidade.

Pelas premissas lançadas, ousamos discordar da afirmação de Nelson Nery Júnior (2004, p. 46) quanto à criação de uma competência originária do Tribunal. A ilogicidade antes referida pode não se revelar tão absurda quanto parece, pois esse misto de competência recursal com competência originária revela, ao nosso entender, um dever criado para o Tribunal. Na medida em que é atribuída e determinada a competência do órgão julgante, ele não pode encará-la como mera faculdade no tocante ao seu exercício. O termo poder, em verdade, quer significar um dever para o órgão jurisdicional.

Dessa forma, firmamos nosso entendimento no sentido de que o Tribunal mantém a sua competência recursal, alterando-se, em verdade, a sua atividade cognitiva e culminando na extensão da devolutividade da causa para seu exame.

6 RECURSO DE APELAÇÃO

Previsto no Capítulo II, do Título X do Código de Processo Civil brasileiro, o recurso de apelação é cabível contra as sentenças de mérito e processuais (art. 513)³⁶, proferidas em qualquer tipo de processo - de conhecimento, execução ou cautelar - e de procedimento - comum ou especial -, com exceção das sentenças proferidas pelos Juizados Especiais Cíveis, contra as quais caberá o recurso previsto no art. 41 da Lei nº 9.099/95³⁷.

Na doutrina brasileira, há unanimidade em considerá-la o recurso por excelência, e, segundo J. C. Barbosa Moreira (2003b, p. 406), com quem não poderíamos deixar de iniciar nossas considerações acerca de tal recurso, "As notas típicas da apelação e, sobretudo, a oportunidade que ela em regra abre - mais do que qualquer outro recurso - ao exercício de ampla atividade cognitiva pelo órgão *ad quem*, permitem considerá-la como o principal instrumento por meio do qual atua o princípio do duplo grau de jurisdição".

O direito de apelar pressupõe uma sentença, e seu cabimento não se condiciona a qualquer vício ou defeito específico oriundo da decisão judicial, de forma que não se condiciona, sequer, à sua injustiça. O único fator condicionante do recurso de apelação é a qualidade de sucumbente que adquire aquele que não obteve, mesmo que só em parte, atendimento aos pedidos formulados em primeiro grau.

Nesse sentido, destacamos a doutrina de Elio Fazzalari (1990, p. 38):

Qui giova spiegare che i motivi d'apello non sono delimitati dalla legge perché – sebbene siano indispensabili per far ammettere il gravame – il compito del giudice d'apello non é solo quello di conoscere dei vizi lamentati (come accade nella fase di cassazione e nella prima fase – detta 'rescindente' – della revocazione), bensì anche di pronunciare di nuovo in relazione alle domande che l'apellante ripropone.

Enrico Tullio Liebman, em valiosas notas às Instituições de Giuseppe Chiovenda (2000b, p. 287), também considerando a sucumbência como único fator

³⁶ Destaque-se que nem sempre foi assim. No Código de 1939, a apelação era cabível apenas contra as sentenças definitivas (art. 820). As sentenças processuais, que extinguíam o processo sem julgamento do mérito, eram impugnáveis por meio de agravo de petição (art. 846).

³⁷ Art. 41. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio juizado.

condicionante ao recurso de apelação, traça a definição de interesse específico para a sua interposição, nos seguintes termos:

Nisso consiste o interesse específico necessário a poder-se interpor a apelação e que não é mais que o aspecto particular que assume nesta fase do processo o interesse processual exigido pela lei como condição para se propor qualquer demanda à autoridade judiciária (art. 2º, CPC). Subsistindo essa condição, é indiferente para a admissibilidade da apelação qual seja o vício que se argúi contra a sentença de primeira instância, seja uma nulidade não sanada, um erro de direito ou um erro na apreciação dos fatos da causa.

Cabível sempre, independente do vício apontado na sentença, seja esse vício de atividade (*error in procedendo*) ou vício de juízo (*error in iudicando*), a cognição conferida ao juízo *ad quem*, quando interposto o recurso de apelação, é extremamente ampla, justificando as afirmações doutrinárias quanto a ser o principal instrumento de atuação do duplo grau de jurisdição.

Valemo-nos, nesse ponto, das lições de Andrea Proto Pisani (1999, p. 514), para quem

Attraverso l'apello perciò può essere denunciato qualsiasi tipo di errore comesso dal giudice di primo grado; sia *error in procedendo* (vizio di attivivtà), sia *error in iudicando* (vizio di giudizio) cioè errore relativo alla ricostruzione della fattispecie concreta (*quaestio facti*) o alla individuazione e interpretazione delle norme giuridiche da applicare alla fattispecie concreta (*quaestio iuris*).

Proporcionando um prolongamento do estado de litispendência gerado com a instauração da ação em primeiro grau, a nova fase processual instaurada pela apelação permite ao órgão *ad quem* um amplo reexame da causa, fazendo atuar o efeito devolutivo em sua extensão e profundidade, o qual, destaca-se desde logo, serve de base para todo o sistema recursal.

Ainda sobre esse aspecto, é preciso ressaltar que, ao falarmos em amplo reexame, devemos ater-nos sempre à extensão e à profundidade do efeito devolutivo da apelação, que analisaremos com maior ênfase a seguir. Neste ponto, é importante estabelecer que o sistema processual brasileiro concebe o recurso de apelação como um meio de controle da decisão de primeira instância, visando a corrigir não os erros cometidos pelas partes com relação às provas e fatos - já que sobre eles se

opera o rígido sistema de preclusões -, mas aqueles cometidos pelo juízo *a quo*. Esse é o denominado sistema da *revisio prioris instantiae*.

Em passagem bastante pertinente acerca das características do recurso de apelação, Ricardo de Carvalho Aprigliano (2003, p. 99), com base em Piero Calamandrei, esclarece que:

Não há continuação do estado instrutório da ação, característica do *novum iudicium*, mas apenas a continuação do estado decisório, que consiste não apenas em mera crítica à sentença, mas também em uma nova decisão sobre toda a causa, com base no material apurado no primeiro grau de jurisdição.

Trata-se do denominado sistema da *revisio prioris instantiae*, no qual não são - em regra - admitidas novas provas, novas exceções, e como no sistema de amplo reexame da causa, não são tampouco admitidas alteração nem inclusão de novas demandas.

A apelação é tida, pelas características que apresenta, como um recurso de livre fundamentação ³⁸, conferindo operatividade ao desejo do recorrente em ver a sentença reformada ou anulada, pouco importando qual seja o conteúdo da sentença apelada, bastando a possibilidade de aperfeiçoamento e garantia de maior justiça.

Nas precisas lições do ilustre doutor Flávio Cheim Jorge (2002, p. 56),

(...) é possível perceber que o recurso de apelação é aquele voltado contra uma sentença, mediante o qual se pleiteia, perante um órgão hierarquicamente superior, a reforma ou a invalidação dessa mesma decisão, sendo permitido, para que esse objetivo seja atingido, um amplo exame do material produzido em juízo.

A interposição do recurso de apelação, como dito, gera a possibilidade de reexame da causa com a obtenção de novo pronunciamento jurisdicional, e ainda traz, via de regra, ineficácia da sentença apelada. Diz-se via de regra, pois existem, também, sentenças que possuem eficácia imediata (art. 520 CPC). Correntemente, a doutrina adota, para esses fenômenos, a terminologia tradicional de que a apelação produz

³⁸ Traçando-se um paralelo, existem figuras recursais no ordenamento pátrio que têm fundamentação vinculada, ou seja, devem atender, para a sua admissibilidade, os requisitos específicos preestabelecidos em lei. São exemplos deles, os embargos de declaração (art. 535 e incisos, do CPC), o Recurso Extraordinário (art. 102, III, CF) e o Recurso Especial (art. 105, III, CF).

efeito devolutivo (ligado ao reexame da sentença) e efeito suspensivo (ligado à ineficácia da sentença).

Analisaremos, abaixo, os aspectos relacionados a cada um desses efeitos produzidos pela interposição do recurso de apelação.

6.1 EFEITO SUSPENSIVO

Uma parcela da doutrina tradicionalmente emprega o termo efeito suspensivo como decorrência da interposição de um recurso, que, admitido, impediria a produção dos efeitos da decisão impugnada. A tradição terminológica poderia até mesmo se justificar na medida em que o próprio Código de Processo Civil a adota quando afirma, no *caput* do art. 520, que a apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo.

As afirmações acima levam a supor que o impedimento da eficácia das decisões somente se operaria quando interposta a apelação, de forma que, antes desse desencargo, a decisão proferida produziria seus regulares efeitos, o que implicaria dizer, ainda, que a fixação de prazo pelo legislador, para a interposição da apelação, seria letra morta, já que, para impedir a produção de efeitos da decisão, o apelante a deveria interpor imediatamente após a publicação da sentença, não podendo gozar do intervalo que lhe conferiu a lei.

Paradoxais se afiguram as suposições acima, não somente com relação à observância do prazo preestabelecido, como também pela eficácia inicial da sentença, e posterior ineficácia, pela interposição do recurso.

De fato o são. Felizmente, para tal paradoxo se mostram mais atentos doutrinadores como José Carlos Barbosa Moreira (2003b, p. 257), Flavio Cheim Jorge (2003, p. 285), Cleanto Guimarães Siqueira (1997, p. 413) e Cândido Rangel Dinamarco (2003a, p. 137), entre outros.

O dileto doutor da Guanabara corrige tal impropriedade terminológica ensinando que

(...) a expressão "efeito suspensivo" é, de certo modo, equívoca, porque se presta a fazer supor que só com a interposição do recuso *passem* a ficar tolhidos os efeitos da decisão, como se *até esse momento* estivessem eles a manifestar-se normalmente. Na realidade, o contrário é que se verifica: mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato *ainda* ineficaz, e a interposição apenas *prolonga* semelhante ineficácia, que *cessaria* se não se interpusesse recurso (BARBOSA MOREIRA, 2003b, p. 257).

Como se vê, não é o recurso que impede a eficácia da decisão: antes de sua interposição, o legislador já previu a hipótese, de forma que, publicada a sentença, ela poderá ter eficácia imediata ou não. É clara a hipótese de opção legislativa derivada, ora da segurança jurídica, ora da efetividade das decisões judiciais.

Adiante analisado, o natural efeito dos recursos é a devolução da matéria ao órgão *ad quem*. Nesse sentido, o efeito devolutivo se operará sempre, mas a sentença poderá ter eficácia imediata ou não, devendo ambas as hipóteses derivar de expressa previsão legal, como atualmente determina o art. 520 e incisos, do Código de Processo Civil.

Tal aspecto é evidenciado de forma certa por Mendonça Lima (1976, p. 291) quando afirma: "Quem diz efeito suspensivo, diz efeito devolutivo; mas quem diz efeito devolutivo poderá dizer, ou não, efeito suspensivo".

Na mesma linha do chamado "efeito suspensivo", também se tem classificado como efeito dos recursos o chamado "efeito obstativo", pelo qual a interposição dos recursos impede o trânsito em julgado das decisões impugnadas. Embora a decisão proferida só alcance o trânsito em julgado em não havendo interposição de recursos, tal ocorrerá somente após um prazo determinado, ou seja, antes dessas condições impostas pelo próprio legislador, a decisão não transitará em julgado. Já se disse anteriormente que os recursos somente prolongam o estado de litispendência existente desde o ajuizamento da ação, de forma que esse estado de pendência já existia antes do trânsito em julgado.

Assim, concluímos que o efeito suspensivo e o obstativo não estão diretamente ligados à interposição de recursos, senão à decisão judicial, na medida em que ela, mesmo apta a produzir seus efeitos ou a transitar em julgado, já continha esses impedimentos por vontade do legislador.

6.2 EFEITO DEVOLUTIVO

Ao interpor recurso de apelação, o recorrente pretende nova manifestação do Poder Judiciário por meio do reexame total ou parcial da decisão impugnada, não importando, conforme já mencionado anteriormente, a natureza e a hierarquia do órgão *ad quem*. Dessa forma, a apelação devolve (ou transfere)³⁹ ao juízo *ad quem* o conhecimento da causa decidida.

Acerca do efeito suspensivo dos recursos, dissemos não ser aquele decorrente da interposição destes, na medida em que a ineficácia das sentenças passíveis de interposição de recursos já é preestabelecida pelo legislador ordinário.

A esse respeito, observamos que o efeito devolutivo, ao contrário, é inerente ao próprio recurso visto em sentido *lato*, dado o objetivo que se busca com a sua interposição, qual seja, o reexame da causa.

Com a devolução da causa ao órgão competente para julgamento do recurso, o efeito devolutivo se realiza, na medida em que permite o seu reexame. Nesse ponto, é importante correlacionar o efeito devolutivo com o duplo grau de jurisdição e com a competência funcional.

É também inerente ao duplo grau o reexame da causa decidida com a transferência ou devolutividade da matéria impugnada ao órgão competente. Dissemos órgão competente, e não juízo superior, em razão de que a hierarquia dos graus de jurisdição (hierarquia judicante) não se verifica na delegação de poderes pelo órgão

³⁹ Destaque-se que Alcides de Mendonça Lima (1976, p. 287) denomina o efeito devolutivo de efeito de transferência, já que este "transfere o conhecimento da causa ao órgão *ad quem*".

superior ao órgão inferior, mas na distribuição das causas entre os diversos órgãos jurisdicionais, situados em diferentes graus ou não.

Nesse sentido, trazemos, ainda, o adequado entendimento de Eliezer Rosa, citado por Flávio Cheim Jorge (2003, p. 259), para quem:

A devolução não ocorre por dependência hierárquica, mas por diferenciação de competências, discriminação de órgãos com a mesma função (aplicação da lei), mas atuando em graus diferentes. É, pois, a nosso ver, a devolução de um limite de competência tanto do juiz *a quo*, que não pode inovar na causa; como do juiz *ad quem* que não pode julgar além dos termos do pedido no recurso, nem sobre questões fechadas e exauridas na fase de cognição.

Para melhor compreensão da questão, de grande valia foi, novamente, a percepção do ilustre professor capixaba Flávio Cheim Jorge (2003, p. 261), discorrendo acerca do antigo e do atual conceito de devolutividade em face da hierarquia judicante, pela qual,

Compreendida a "devolução" não como uma delegação de poder do órgão superior, mas sim como *uma fragmentação da competência funcional*, fica fácil conceber que o denominado efeito devolutivo é atributo que decorre diretamente do conteúdo dos recursos. Quando se recorre o que se procura é justamente um reexame, uma nova análise da matéria já decidida, através de um órgão indicado para tanto.

Assim colocada a devolução, a saber, como nova manifestação do Poder Judiciário por meio do reexame total ou parcial da decisão impugnada, uma questão que surge de sua análise é aquela correlacionada ao fato de o reexame da causa se realizar pelo mesmo órgão prolator, por órgão da mesma hierarquia judicante ou por órgão de hierarquia superior.

A doutrina diverge quanto a esse aspecto, e, segundo José Carlos Barbosa Moreira (2003b, p. 260) e Cândido Rangel Dinamarco (2003a, p. 115-116), para que haja efeito devolutivo, o reexame deve ser feito por órgão diverso e de hierarquia superior.

Sob tal ótica, essa parcela da doutrina considera que ou o efeito devolutivo não existe (no caso de reapreciação pelo mesmo órgão prolator), ou fica diferido (quando

depende de outros atos, como o juízo de retratação, até que a devolução seja consumada).

Com opinião diversa, manifestam-se Flávio Cheim Jorge, Alcides de Mendonça Lima e Moacyr Amaral Santos, que entendem não haver impedimento à manifestação do efeito devolutivo o fato de o reexame da causa ser feito por órgão de mesma hierarquia ou até pelo mesmo órgão prolator. Sob esse aspecto, com o qual concordamos e ao qual nos afiliamos conforme acima já expressado, independente do grau hierárquico do órgão judicante, o objeto do pedido de reexame - conhecimento da causa decidida - é levado a efeito.

Tal questão se torna de mais fácil deslinde quando analisamos, antes, os princípios que regem os recursos de um modo geral, a saber, os princípios da voluntariedade e da dialeticidade. Pelo primeiro, o recorrente manifesta o seu inconformismo quanto à decisão impugnada. Extremamente ligada ao princípio dispositivo, a voluntariedade quer significar que somente pela vontade do recorrente, representada pela interposição do recurso adequado, o Poder Judiciário pode rever as decisões já proferidas. Ocorre que não basta o recorrente manifestar a sua vontade de recorrer, deve, também, demonstrar as razões que tornam a decisão impugnada eivada de algum vício, seja de atividade, seja de julgamento. Esse é o inconformismo dialético, imprescindível para a admissão do recurso adequado.

Nesse sentido, trazemos o adequado entendimento de Alcides de Mendonça Lima (1976, p. 286), pelo qual

A idéia pressupõe que o vencido tomou a iniciativa de provocar o reexame da causa ou de algum incidente, por via do ataque à decisão. Pela aplicação, portanto, do conceito, não se pode ser rigoroso e considerar *devolução*, apenas quando o julgamento se desloca para outro órgão, que não aquele que proferiu a decisão impugnada.
(...) todo recurso pretende o reexame da decisão impugnada, não importando a natureza e a hierarquia do órgão *ad quem*. Essa situação é, pois, inerente ao próprio instituto recursório.⁴⁰

Manifestadas a voluntariedade e a dialeticidade, repita-se, indispensáveis a qualquer recurso, o recorrente pugna por uma nova decisão judicial, pouco importando de

⁴⁰ Vide item 4.4, Recursos e Duplo Grau.

qual órgão ela será emanada, bastando, para a satisfação de seu inconformismo, que ela seja reexaminada por autoridade judiciária competente para tanto.

Dadas as suas características, o recurso de apelação é o que melhor operacionaliza o efeito devolutivo, mas a sua exata configuração se reparte sob o âmbito da extensão e da profundidade de tal efeito.

Merece nosso registro que Piero Calamandrei foi quem primeiro referiu-se a tal desdobramento, sendo ele desenvolvido no direito brasileiro por Luiz Machado Guimarães (1962, p. 28) e amplamente difundido por José Carlos Barbosa Moreira (2003b, p. 429).

O saudoso jurista italiano, em escrito datado de 1929, assim desdobrou o efeito devolutivo:

La parzialità dell'effetto devolutivo, conseguenza del gravame parziale, si deve intendere *in estensione, non in profondità*: nel senso che la devoluzione non si estende ai capi non impugnati, non già nel senso che la cognizione del giudice *ad quem* sia meno profonda sui capi impugnati, e per ciò devoluti al suo illimitato riesame (CALAMANDREI, 1929, p. 299).

Do exame desse desdobramento, portanto, é que se estabelecerá o limite do conhecimento da causa pelo órgão *ad quem*. Nesse passo, "pode-se dizer que a apelação implica a indicação e a limitação do que será objeto do novo julgamento, e o efeito devolutivo, como efeito que é, permite a transferência de toda matéria relativa a tal objeto" (APRIGLIANO, 2003, p. 116-117).

Lançadas as premissas acerca do efeito devolutivo da apelação, passamos, a seguir, ao exame de sua extensão e profundidade.

6.2.1 Extensão do Efeito Devolutivo – Dimensão Horizontal

Antes de abordarmos propriamente a extensão do efeito devolutivo da apelação, é preciso situá-lo dentro da decisão impugnada e, sobretudo, antes da alteração havida pela inserção do § 3º ao art. 515 do CPC. Se não, vejamos.

Antônio Carlos Araújo Cintra (1986, p. 93) distingue na sentença dois elementos que denomina de lógico (situado no plano dos fundamentos) e imperativo (situado no campo do dispositivo). Observando a sentença apelada, podemos notar que ela ou julgou o mérito da causa, ou julgou apenas questões preliminares. Assim, nos limites da sentença apelada - em sua parte dispositiva - é que poderemos definir o que será objeto de exame pelo Tribunal, cabendo ao órgão julgador a estrita análise do que foi pedido no recurso, sob pena de nulidade.

Temos, ainda, que a sentença poderá ser impugnada em todo o seu conteúdo, sendo total a apelação, ou poderão ser impugnados apenas alguns capítulos da sentença - decisão dos pedidos formulados e aspectos que merecem pronunciamento, independente de requerimento, v.g., honorários advocatícios - ⁴¹, sendo parcial a apelação.

É preciso, portanto, definir, antes de tudo, quais capítulos da sentença foram objeto de impugnação, de forma que aqueles não impugnados pelo recurso apelação não serão alcançados pelo efeito devolutivo, em razão da incidência do princípio dispositivo e do princípio da congruência.

A título ilustrativo, trazemos o exemplo de ação indenizatória julgada procedente em que o réu, em apelação, especifique somente a parte da sentença que fixou o *quantum* indenizatório. Na hipótese, o órgão *ad quem* somente poderá se manifestar acerca do valor da condenação, nada podendo exprimir sobre o *an debeatur* (nexo causal, ato ilícito, etc.), ou seja, somente se manifestará sobre o capítulo da sentença impugnado.

A parte dispositiva da sentença define a existência ou inexistência do direito material alegado pelo autor dentro do seu poder de disposição, de forma que é vedada ao Judiciário a apreciação de matérias estranhas ao julgamento pelo juízo *a quo*.

⁴¹ Sobre os capítulos da sentença, vide DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. São Paulo: Malheiros, 2003. Ainda, segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra (1986, p. 52), "a sentença definitiva terá tantos capítulos quantos sejam os pedidos formulados, mais as disposições sentenciasais que independem de pedido, como as atinentes a honorários advocatícios e despesas processuais."

Em outras palavras, o princípio dispositivo "faz refletir o efeito devolutivo, fixando o âmbito de análise do magistrado unicamente em relação ao objeto da impugnação" (CHEIM JORGE, 2003, p. 258).

Nesse sentir, merecem atenção as palavras do professor do Largo de São Francisco, J. R. Bedaque (2003a, p. 447), pelas quais "Na mesma medida em que o juiz de 1º grau tem de atender aos limites objetivos da demanda, em conformidade com o princípio da correlação ou congruência (CPC, artigos 128, 459 e 460), também o tribunal não pode extrapolar o âmbito fixado pelo apelante para reexame."

Notamos, assim, que, antes da reforma introduzida pela Lei 10.352/01, especificamente quanto à inserção do § 3º do art. 515 do CPC, o efeito devolutivo da apelação estava estritamente ligado àquilo que a parte alegasse e, posteriormente, impugnasse. Assim, antes da reforma, a apelação de uma sentença processual que reconhecesse a ausência de condição da ação objetivava tão somente a sua cassação, devendo retornar os autos ao primeiro grau para exame do mérito.

A devolutividade é, assim, vista como decorrência natural do princípio dispositivo, e deriva da máxima romana *tantum devolutum quantum appellatum*, que, transportada para o ordenamento brasileiro, situa-se no art. 515 do CPC, com a seguinte redação: "A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada".

O jurista espanhol Manuel Richard González, citado por Ricardo de Carvalho Aprigliano (2002, p. 257), dá-nos a dimensão do efeito devolutivo da apelação em seu país, e que se amolda ao ordenamento brasileiro:

Así, no pueden las partes en la Segunda instancia del proceso solicitar la reforma de la sentencia de primera instancia invocando hechos, pruebas o excepciones nuevas, sino sólo por las mismas aducidas oportunamente en la primera instancia del proceso, en 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 porponer la misma 'res iudicata' sobre la cual há juzgado el Juez *a quo*.

Por essa razão, antes da reforma, não se concebia que a impugnação fosse maior do que matéria decidida, de forma que o julgamento do Tribunal nunca seria mais

extenso que o do juízo *a quo*. O contrário poderia acontecer, ou seja, o julgamento do Tribunal poderia ser menor do que o do juízo *a quo*, bastando que o apelante se insurgisse parcialmente contra a sentença proferida, na forma do art. 505 do CPC.

Os aspectos relativos à reforma do sistema recursal serão analisados em tópico próprio, conforme se segue.

6.2.2 Profundidade do Efeito Devolutivo – Dimensão Vertical

Foi importante delimitarmos, primeiramente, a extensão do efeito devolutivo da apelação porque a sua profundidade é medida e verificada somente após a fixação de sua extensão. Em outras palavras, delimitada a matéria a ser julgada, verifica-se o que o Tribunal poderá utilizar para julgamento do recurso interposto.

Detenhamo-nos, ainda, à sentença apelada, verificando, por outro ângulo, que ela deve conter a resolução de todas as questões suscitadas pelas partes ou verificadas de ofício, bem como os respectivos fundamentos para a decisão. Agora, pela incidência do princípio inquisitivo e de acordo com a matéria a ser julgada, o Tribunal verificará quais as questões que poderão ser reexaminadas, mesmo aquelas que o juiz não apreciou, embora pudesse e devesse tê-lo feito, e ainda outras a que a própria decisão recorrida e o recurso interposto não façam qualquer menção⁴².

Novamente nos apoiando nas insuperáveis lições de J. C. Barbosa Moreira (2003b, p. 429),

Cumpra averiguar se todas essas questões, ou nem todas, devem ser reexaminadas pelo tribunal, para proceder, por sua vez, ao julgamento; ou ainda se, porventura, hão de ser examinadas questões que o órgão *a quo*,

⁴² Por isso, afirmamos que o Tribunal aprecia a própria relação de direito material e não a decisão recorrida. O Tribunal não julga a sentença proferida em primeiro grau, mas, sim, rejulga a matéria decidida e impugnada em apelação. Nesse sentido, "*Para saber se a apelação é ou não fundada - ou, o que é o mesmo, se a sentença decidiu mal ou bem -, examina o órgão superior a própria causa, ou antes os aspectos dela que o recurso lhe devolve. Do resultado desse exame é o que depende a conclusão sobre o acerto ou o desacerto do pronunciamento de primeiro grau*" (BARBOSA MOREIRA, 2003b, p. 456).

embora pudesse ou devesse apreciar, de fato não apreciou. Focaliza-se, aqui, o problema em perspectiva *vertical*.

Frisamos anteriormente, em passagem de Piero Calamandrei, que a extensão da devolução pode ser total ou parcial, mas a sua profundidade é sempre total. Isso porque a finalidade do recurso de apelação é a obtenção de uma sentença justa, e para isso é preciso que o Tribunal esteja em situação idêntica à do juízo de primeiro grau ao julgar o recurso. A profundidade é, pois, técnica processual criada exatamente para que, dessa maneira, o Tribunal possa apreciar a demanda do modo mais amplo possível.

Diferentemente da extensão da devolução, o princípio que rege a sua profundidade é o princípio inquisitivo, como já dissemos acima. Esse princípio, segundo o professor Flávio Cheim Jorge (2003, p. 227), permite que ao conhecimento do tribunal cheguem determinadas matérias, independente de sua menção nas razões recursais. O ilustre doutor capixaba conclui que, por meio do princípio inquisitivo, "é permitido que o órgão julgador aprecie as questões de ordem pública, entre elas pressupostos processuais e condições da ação, bem como outras que comprometam a correta prestação da tutela jurisdicional".

A dimensão vertical do efeito devolutivo é regulamentada pelos §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC, e, por meio desses dispositivos, veremos que tanto as questões de ordem pública quanto aquelas cuja ausência de exame pode comprometer a correção da prestação da tutela jurisdicional incluem-se na cognição vertical do Tribunal.

É nesse sentir a afirmação de que o Tribunal encontra-se em idêntica posição à do juízo *a quo*, podendo apreciar tudo o que poderia ter sido utilizado em primeiro grau, assim como, por outro lado, esbarrar nas questões que já estavam preclusas em primeiro grau antes da prolação da sentença apelada.

De acordo com o § 1º do art. 515, serão devolvidas ao conhecimento do Tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não apreciadas pela sentença, fazendo-se suficiente que o juiz de primeiro grau pudesse tê-las apreciado, para que o Tribunal venha efetivamente fazê-lo. Imprescindível é que o

juízo *a quo* tivesse condições de fazê-lo, afastando-se, como dito, as questões anteriormente decididas e não impugnadas por recurso de agravo.

Aliás, sobre esse aspecto, é importante destacar que o art. 516 do CPC, tratando de questões anteriores à prolação da sentença que não chegaram a ser resolvidas, merece o mesmo tratamento dado ao § 1º do art. 515. Ambos os dispositivos contemplam o efeito devolutivo da apelação, permitindo ao Tribunal apreciar todas as questões, mesmo as não impugnadas pelo recorrente. No caso do art. 516, a devolução ocorre por não terem sido essas questões resolvidas pela sentença. Como dito, se tivesse havido decisão acerca dessas questões antes da prolação da sentença, essa decisão, por seu caráter interlocutório, comportaria recurso de agravo, na forma do art. 522 do CPC ⁴³.

Acerca do tema, destacam-se as denominadas questões de ordem pública. Tais questões representam, decerto, uma limitação ao poder dispositivo das partes, na medida em que nem todas as questões surgidas no processo interessam somente a elas e se encontram compreendidas no âmbito de sua disposição, mas recaem também sobre o interesse do juízo, pois se referem ao desenvolvimento válido e regular da relação jurídica processual.

É nesse contexto que convivem harmonicamente os princípios dispositivo e inquisitivo. Não obstante tenham as partes o poder de delimitar a sua atuação, ao magistrado, em virtude do exercício de sua função jurisdicional, compete a verificação dos pressupostos processuais e, ainda, de eventuais nulidades, mesmo sem a expressa manifestação das partes nesse sentido.

Torna-se válido afirmar, por conclusão, que "o sistema pressupõe ser melhor aos jurisdicionados que determinadas questões sejam examinadas mesmo se não suscitadas por eles (...)" (APRIGLIANO, 2003, p. 176).

⁴³ Uma parcela da doutrina admite a existência do chamado efeito translativo. Entendemos, entretanto, que esse dito efeito não merece diferenciação quanto ao efeito devolutivo, em sua dimensão vertical. Tendo como seu mais ilustre defensor o jurista Nelson Nery Júnior, o efeito translativo permite que o tribunal aprecie as questões e fundamentos, mesmo que não impugnados pelo recorrente.

A título comparativo, podemos extrair do direito italiano semelhante consideração acerca das questões de ordem pública, segundo a autorizada doutrina de Angelo Bonsignori (1974, p. 1330):

Peraltro, l'appartenenza del contenuto dell'atto al principio dispositivo non importa che tutta la rimessione del materiale di causa dibattuto in primomgrado debba avvenire su istanza di parte; si trata, d'altro canto, di un'intuizione che era già apparsa a chi aveva affermato non essere la *Verhandlungsmaxime* così assoluta da condannare il giudice alla più completa impotenza, dato che le parti hanno soltanto un certo novero di poteri, con i quali può coesistere l'ufficio del giudice.

Merece destaque, ainda, a lição de Galeno Lacerda extraída de seu Despacho Saneador (1990, p. 164):

Para confirmar o nenhum valor da aquiescência em matéria indisponível, basta que se indague: Qual o efeito do assentimento das partes para "convalidação" de uma nulidade absoluta, errôneamente operada por despacho do juiz ? E, da mesma forma, que importância terá, para sanar-se a ilegitimidade processual do autor, a não impugnação do réu ? Poderia êle dispor da capacidade daquêle, de si indisponível para o próprio interessado e também para o juiz ?

E, adiante, continua o ilustre jurista (p. 167-168):

Ora, como as condições da ação integram o título do direito de agir, isto é, do direito de pleitear legitimamente em juízo a prestação jurisdicional do Estado, interessa à autoridade judiciária, como dever indeclinável do ofício, investigar da existência ou não desse título. Pôr esse motivo, as questões a êle relativas são indisponíveis, insuscetíveis, mesmo, de transação. Nessa matéria, a ausência de recurso contra decisão interlocutória nenhuma eficácia terá. Continua a impender ao juiz, enquanto perdurar a jurisdição, a obrigação primordialíssima de perquirir dos pressupostos que legitimam o direito de ação.

Por tais razões, trazidas aqui de forma despretensiosa e sucinta, já que sua extrema compreensão renderia um outro estudo, concluímos que o sistema processual retira do ônus de provocação das partes o conhecimento das questões de ordem pública.

Ainda no campo da cognição vertical do Tribunal, o § 2º do art. 515 diz respeito aos fundamentos contidos na ação (causa de pedir) e na defesa (exceções substanciais e defesa de mérito indireta). A redação de tal dispositivo permite que o Tribunal aprecie tantos quantos forem os fundamentos contidos na demanda.

Imaginemos, assim, hipótese em que o autor tenha ajuizado uma demanda com base em dois fundamentos, tendo a sentença julgada procedente a sua pretensão, acolhendo um e rejeitando outro, ou ainda, acolhendo um e silenciando sobre o outro. Embora somente um dos fundamentos da ação tenha sido acolhido, ao autor falta interesse processual para recorrer, já que a sua pretensão fora totalmente acolhida (art. 499 CPC).

Cabe ao réu, pois, interpor recurso de apelação, bastando a sua insurgência e o requerimento de nova decisão - declarando a improcedência do pedido autoral - para que o Tribunal aprecie todo o fundamento da causa de pedir, mesmo aqueles que, porventura, tenha o juiz de primeiro grau se omitido em pronunciar. E, assim, entendendo o Tribunal que a sentença de primeiro grau deva ser mantida, porém por fundamento diverso do que declarou o juízo *a quo*, negará provimento ao recurso de apelação e somente corrigirá sua motivação, operando-se a substituição prevista no art. 512 do CPC.⁴⁴

Por outro lado, mas de forma idêntica, julgada improcedente a pretensão autoral, com base em um dos fundamentos de defesa do réu, a apelação do autor devolve ao Tribunal o conhecimento de todos os fundamentos, de sorte que o Tribunal poderá apreciá-los, até mesmo manter a sentença recorrida com base no fundamento não apreciado pelo juiz singular. Destaque-se, ainda, segundo Barbosa Moreira (2003b, p. 444), que, "se o juiz julgou procedente o pedido, rejeitando a defesa a e omitindo-se quanto à defesa b, a apelação do réu permite ao tribunal, sendo o caso, julgar improcedente o pedido, com apoio seja em a seja em b".

Abrimos um parêntese para uma válida comparação do sistema brasileiro com o sistema italiano, quanto à não automaticidade da devolução de pedidos e fundamentos ao Tribunal. No sistema peninsular, consideram-se renunciados os pedidos e as exceções não acolhidos que não forem expressamente reiterados no recurso de apelação. No direito pátrio, esse ônus de reiteração somente ocorre

⁴⁴ Segundo Roger Perrot, citado por Ricardo de Carvalho Aprigliano, há uma disposição no projeto do Código Civil francês que prevê que, com a concordância das partes, o juiz deve limitar a qualificação jurídica dos fatos da forma como elas propõem, ou seja, restringe-se aquele poder do juiz caso as partes digam que não o querem (APRIGLIANO, 2003, p. 117).

quanto aos pedidos eventualmente não acolhidos ou não apreciados, pois, como visto, quanto aos fundamentos, a devolução é automática.

Da doutrina de Liebman (1976, p. 55-56), extraímos o seguinte trecho acerca do objeto de julgamento pelo juízo de apelação:

Domande ed eccezione non accolte non ritornano automaticamente all'esame del giudice d'appello e devono invece essere espressamente riproposte nel corso dell'attività difensiva delle parti. (...) In altri termini, anche il materiale logico utilizzato nella difesa di entrambe le parti deve essere nuovamente riproposto da chi vi abbia interesse per concorrere alla formazione del nuovo giudizio.

Ainda quanto à verticalidade do efeito devolutivo da apelação, ousamos discordar, com a devida vênia, da posição sustentada por Cândido Dinamarco (2003a, p. 125-126). Afirma o eminente jurista que, no caso, v.g., de improcedência do pedido por apenas um dos fundamentos da defesa, o autor apelará e, em contra-razões, o réu poderá insistir e sustentar a apreciação dos fundamentos rejeitados ou omitidos pelo Tribunal.

Embora a possibilidade exista e seja lícita, revela-se desnecessária diante da devolução ao Tribunal de todos os fundamentos da demanda, conforme expusemos. O entendimento do ilustre professor paulista é no sentido de as contra-razões de apelação servirem de instrumento para a devolução dos fundamentos da ação ⁴⁵.

Nesse sentir, J. R. Bedaque (2003a, p. 461) destaca: "Daí a desnecessidade de a parte vencedora apelar, para ver examinado fundamento sobre o qual o juiz se omitiu. A profundidade do efeito devolutivo da apelação do vencido é suficiente para provocar a ampla atividade cognitiva do tribunal sobre as questões decididas em 1ª instância".

Esse aspecto da profundidade do efeito devolutivo é denominado de "efeito bilateral devolutivo" (CHEIM JORGE, 2003, p. 272), exatamente pelo fato de o recurso

⁴⁵ Assim se manifesta: "os dois parágrafos do art. 515 deixam claro que, embora o vencedor não possa apelar, ele pode manejar perante o tribunal, em contra-razões de apelação, o fundamento omitido ou expressamente rejeitado pelo juiz inferior".

interposto acabar aproveitando a ambas as partes. Destacamos o pensamento de Arruda Alvim (1987, p. 24), que se manifesta da seguinte maneira quanto à profundidade do efeito devolutivo:

O recorrido, sem se ter utilizado do recurso, em certa medida, acaba obtendo um benefício oriundo do recurso do adversário. Ou seja, ainda que o recorrente tenha "sucesso" na alegação de que os fundamentos "c" e "d" não são jurídicos, este "sucesso" será estritamente teórico (se, em rigor, como verdadeiro sucesso pudesse ser considerado). E isto porque o tribunal, entendendo agora como jurídicos os fundamentos "a" e "d", "neutralizará", com isto, esse aparente "sucesso". Em termos práticos, porém, o resultado do julgamento permanecerá o mesmo, ou seja, igualmente desfavorável ao recorrente, tal como foi a decisão recorrida.⁴⁶

Uma outra interessante questão que surge da análise da verticalidade do efeito devolutivo é a relacionada à apelação do revel. Evidente se faz que, se o réu permaneceu revel, não discutiu nem suscitou qualquer questão. Dessa forma, ainda que possa interpor recurso de apelação, só poderá alegar as questões efetivamente decididas pelo juiz ou aquelas cuja pronúncia poderia ser feita de ofício, sob pena de ampliação cognitiva não permitida e da própria mitigação do instituto da revelia.

É sabido, entretanto, que o juízo de primeiro grau não está adstrito à revelia para julgar a lide, da mesma forma que o Tribunal também não está, sendo o seu limite aquele previsto pelo § 2º do art. 515. Por conclusão, não se afasta da incidência desse dispositivo a questão de a sentença ter acolhido apenas um dos fundamentos da ação, de forma que a revelia não impede que o Tribunal aprecie o outro fundamento (rejeitado ou omitido) e considere-o, tanto para fins de provimento como para de improvimento do recurso.

Assunto que emerge, ainda, da análise do efeito devolutivo da apelação é o relacionado aos fatos novos alegados em sede recursal. Conforme já analisado anteriormente, a apelação devolve ao Tribunal o conhecimento das questões suscitadas e discutidas em primeiro grau, que poderão ser analisadas e apreciadas pelo Tribunal, ainda que o juízo *a quo* não o tenha feito. Tal regra decorre, como sabido, do § 1º do art. 515 do CPC. Dessa forma, em princípio, é vedado ao

⁴⁶ Acrescentamos, outrossim, que a decisão permanece desfavorável, mas com a permissividade de a motivação ser diversa da de primeiro grau, exatamente em função da profundidade do efeito devolutivo.

recorrente, por força da preclusão, a formulação de novas questões relativas à matéria fática objeto do litígio.

A atividade recursal do apelante, segundo Rogério Lauria Tucci (1976, p. 248), fica restringida, em razão da preclusão, com relação às novas questões de fato não propostas perante o juiz singular e, por isso, inabordáveis junto ao órgão de apelação. Diante dessas premissas, afastam-se da vedação legal as questões de direito, que permitem apreciação em qualquer grau de jurisdição e independente de requerimento da parte; as questões pronunciáveis *ex officio* e as apresentadas pelo terceiro prejudicado, que, por sua condição, não integrara o processo, não podendo formular questão alguma.

Exceção à regra prevista, entretanto, é o art. 517 do CPC, que trata das questões que deixaram de ser suscitadas até a prolação da sentença apelada. Com a precisão de sempre, J. C. Barbosa Moreira (2003b, p. 453), sem deixar margem a dúvidas, ensina sobre a função do dispositivo mencionado:

Uma coisa é determinar as questões cujo conhecimento se *transfere* do juízo inferior ao superior; outra é discriminar aquelas que, *sem se terem submetido* ao conhecimento do juízo inferior, entram diretamente a integrar o objeto da atividade cognitiva de segundo grau. A função processual do dispositivo sob exame é *complementar* da função exercida pelas regras atinentes ao efeito devolutivo: aquele e estas, em conjunto, fixam os limites dentro dos quais o tribunal há de exercer cognição.

Daí não se relacionar o art. 517 com quaisquer questões que já pudessem ter sido apreciadas pelo órgão *a quo*, ainda que este não as haja efetivamente examinado. (...)

De tudo isso se conclui que o art. 517 incide unicamente quanto às questões de fato insuscetíveis de apreciação *ex officio*, suscitadas apenas no juízo da apelação por pessoa que já era parte (sem exceção do réu revel) no procedimento de primeiro grau. Essas são as questões cujo conhecimento pelo tribunal se subordina à prova, a cargo do suscitante, de motivo de força maior que o impediu de levantá-la perante o juiz *a quo*.

Destaque-se, por fim, que difere do fato novo regrado pelo art. 517 do CPC o fato superveniente, tendo em vista que este somente vem a surgir após a correta oportunidade para a sua alegação, merecendo, por tal razão, o tratamento dispensado pelo art. 462 do CPC. Traçando paralelo entre ambos, utilizamos a explicação de Flávio Cheim (2003, p. 279), para quem "A diferença em relação ao fato novo, portanto, reside na circunstância de este último ser 'velho', mas de conhecimento 'novo'".

Trazemos, ainda, importante questão que surge com a profundidade do efeito devolutivo, qual seja, a da prescrição e decadência. Poderá o Tribunal, afastada a prescrição ou a decadência, prosseguir no julgamento dos demais fundamentos da ação ?

Antes de enfrentarmos tal questão, é preciso frisar, agora com embasamento em José Roberto dos Santos Bedaque (2003a, p. 461), que “eventual apelação contra sentença que as acolher nem sempre proporcionará a devolução das demais questões deduzidas pelo réu, se em relação a elas for necessário o desenvolvimento de atividade probatória ainda não realizada”.

Se a questão de fundo não depender de instrução probatória – seja pela anterior realização, seja pela configuração da hipótese de julgamento antecipado da lide –, incide, pois, a verticalidade da devolução, haja vista que a análise dos fundamentos da ação ou da defesa constituem análise da própria relação jurídica material.

No mesmo sentido, manifestou-se Enrico Tullio Liebman (2001, p. 153). Embora não tratando especificamente do assunto, o mestre milanês relaciona a prescrição com o mérito da demanda ao ensinar que:

Questão de mérito é toda questão que se refere à existência da relação litigiosa e à procedência da pretensão do autor, isto é, em outras palavras, ao próprio objeto do processo, e inclui indubitavelmente a prescrição: esta torna-se, então, "entre as questões de mérito", a que deve ser examinada em primeiro lugar.

Ao afastar a prescrição ou a decadência, o Tribunal verifica estar afastado o impedimento do reconhecimento do direito do autor. Concordamos com o ilustre professor do Largo de São Francisco, J. R. Bedaque, e entendemos tornar-se desnecessária a devolução dos autos ao primeiro grau de jurisdição nos casos em que for afastada a prescrição ou a decadência pelo Tribunal. A profundidade do efeito devolutivo da apelação, pó si só, já permite que os fundamentos da ação e da defesa sejam devolvidos ao Tribunal desde que não haja necessidade de atividade instrutória.

Mais uma vez segundo Bedaque (2003a, p. 462), “a solução proposta em relação à decadência e à prescrição independe da inovação representada pelo § 3º, que trata apenas da extinção sem julgamento do mérito. Não obstante, ambas são análogas”.

Apesar de tratar de hipóteses diversas, o § 3º do art. 515 acaba por pacificar a discussão existente na doutrina e na jurisprudência acerca da continuação do julgamento pelo Tribunal no caso de sentença fundada em prescrição de decadência⁴⁷.

Trataremos das inovações trazidas pelo § 3º do art. 515 em capítulo subsequente (Cap. 7), mas adiantamos, desde já, que os §§ 1º e 2º do referido artigo referem-se aos fundamentos da ação e da defesa, ao passo que o § 3º, supramencionado, refere-se a pedidos, permitindo, sim, uma extensão no âmbito da devolução ao Tribunal.

Nesse passo, sustentaremos, embora com grande divergência doutrinária, a possibilidade de aplicação do citado § 3º também às sentenças definitivas que deixam de apreciar pedidos cumulados, os quais, a despeito de não terem sido apreciados em primeiro grau, encontram-se maduros para julgamento. Reflete-se, em suma, a valorização da efetividade e da entrega da tutela jurisdicional tempestiva.

Analisando a profundidade do efeito devolutivo da apelação, verificamos que nela reside a permissão para que o Tribunal possa reavaliar o material utilizado pelo juízo *a quo*, ou seja, todas as questões, inclusive as de ordem pública, e fundamentos que

⁴⁷ A jurisprudência também já vem adotando esse entendimento, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça: "Processo civil. Prescrição afastada no 2º grau. Exame das demais questões no mesmo julgamento. Possibilidade, desde que suficientemente debatida e instruída a causa. Divergência doutrinária e jurisprudencial. Exegese do art. 515, caput, CPC. Precedentes do Tribunal e do Supremo Tribunal Federal. Lei n. 10.352/2001. Introdução do § 3º do art. 515. Embargos rejeitados. I - reformando o tribunal a sentença que acolhera a preliminar de prescrição, não pode o mesmo ingressar no mérito propriamente dito, salvo quando suficientemente debatida e instruída a causa. II - Nesse caso, encontrando-se "madura" a causa, é permitido ao órgão ad quem adentrar o mérito da controvérsia, julgando as demais questões, ainda que não apreciadas diretamente em primeiro grau. III - Nos termos do § 3º do art. 515, CPC, introduzido pela Lei n. 10.352/2001, "o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento" (ERESP 89240/RJ; Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; Órgão Julgador - Corte Especial; j. 06/03/2002; publ. DJ 10.03.2003 p. 76; RSTJ vol. 165 p. 33).

foram ou poderiam ter sido utilizados pelo juízo de primeiro grau, ao prolatar a sentença.

Merece destaque, entretanto, o fato de que essa característica do efeito devolutivo somente tem aplicação para os chamados recursos ordinários⁴⁸, assim classificados como "aqueles cujo objeto imediato é a tutela do direito subjetivo da parte, onde se permite um amplo exame de questões de fato, através do reexame irrestrito das premissas necessárias à conclusão exposta na decisão recorrida" (CHEIM JORGE, 2003, p. 254).

Outrossim, quanto aos chamados recursos excepcionais, a regra da profundidade não se aplica a eles como se aplica aos recursos ordinários. Isso porque, sendo os excepcionais recursos de fundamentação estrita ou vinculada - vedando a aplicação do princípio inquisitivo -, eles têm por escopo a preservação da lei federal ou constitucional, fazendo com que o Tribunal competente somente detenha cognição limitada à violação da legislação tal como posta nas razões recursais.

Nesse passo, "fixada a matéria que pode ser questionada através do recurso excepcional, todos os demais aspectos que giram ao seu redor e que não fazem parte diretamente de sua constituição, não podem ser analisados e valorados pelo julgador" (CHEIM JORGE, 2003, p. 255).

À guisa de conclusão, é indiscutível a correlação existente entre a extensão e a profundidade do efeito devolutivo da apelação. Por suposto, imagine-se uma demanda que julga parcialmente procedente os pedidos do autor, e que somente este venha interpor recurso de apelação (obviamente da parte em que sucumbiu). Tal recurso só devolve ao Tribunal, em extensão, os capítulos da sentença relativos às parcelas em que o autor foi sucumbente. Já à luz da profundidade, todo o material que poderia ser utilizado pelo juiz singular para decidir aquele capítulo, poderá ser, também, utilizado pelo Tribunal para conhecer e prover a apelação.

⁴⁸ São eles a apelação, o agravo e o recurso ordinário. O STJ vem considerando os embargos infringentes como recurso "ordinário", dada a possibilidade de conhecimento de questões de ordem pública em seu âmbito.

Os capítulos da sentença em que foram acolhidas as pretensões do autor, no entanto, refogem à análise do Tribunal exatamente pela extensão da cognição concedida a tal órgão. É nessa medida de dependência que se adapta, de todo, a lição de Piero Calamandrei, pela qual a extensão da apelação pode ser total ou parcial, mas a profundidade é sempre total.

7 O § 3º DO ARTIGO 515 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A AMPLIAÇÃO DA EXTENSÃO DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO

Em tópico anterior, abordamos a extensão do efeito devolutivo da apelação antes da alteração introduzida pela Lei nº 10.352/02, que acrescentou um § 3º ao art. 515 do CPC. De acordo com o novo dispositivo, "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".

Salta aos olhos que a introdução do supra citado parágrafo traz uma profunda modificação ao sistema recursal, na medida em que não se afigura mais indispensável que o órgão monocrático tenha proferido sentença definitiva para que o Tribunal possa examinar o mérito da demanda. Segundo Barbosa Moreira (2003b, p. 420), "Haverá, eventualmente, substituição de sentença meramente terminativa por acórdão relativo ao mérito. A inovação repercute notavelmente no regime do efeito devolutivo da apelação e na própria configuração do princípio do duplo grau de jurisdição".

Vemos, aqui, a clara hipótese em que o Tribunal atua como órgão de 2º grau ao receber e processar o recurso de apelação, e como órgão de 1º grau quando julga a questão pela primeira vez.

Isso porque, antes da alteração ora em comento, tendo havido extinção do processo sem julgamento do mérito, o Tribunal não podia ir além e julgar o *meritum causae*, senão somente anular a sentença terminativa e devolver os autos à primeira instância jurisdicional para que fosse, assim, proferido julgamento sobre o mérito. Somente através de posterior recurso contra a sentença definitiva, proferida nessa circunstância, é que o Tribunal poderia adentrar e julgar o mérito da demanda.

Nesse passo, de acordo com J. R. Bedaque (2003a, p.447), "o legislador determinou a ampliação ex officio da extensão do efeito devolutivo, pois, extinto o processo por

carência de ação, por exemplo, não terá havido análise do mérito e, conseqüentemente, essa matéria não será objeto de impugnação."

Ainda na esteira da reforma em exame, José Rogério Cruz e Tucci, com grande percepção, concorda que a norma ora introduzida determina importante modificação na essência da apelação, já que ela "deixa de ter natureza de *revisio prioris instantiae* e passa a ser concebida como um *novum iudicium*, no qual ao órgão jurisdicional superior é lícito o mais amplo reexame da causa, em todos os seus aspectos de fato e de direito, de modo a julgá-la *ex novo*" (CRUZ E TUCCI, 2002, p. 99).

Certo se faz que a reforma sob comento implicou uma profunda alteração no sistema recursal, causando surpresa a muitos, crítica de outros tantos e perplexidades em grande medida verificadas, sobretudo quanto à possibilidade de supressão de um grau jurisdicional e de violação do dogmático duplo grau de jurisdição.

A alteração trazida pela reforma, entretanto, não repousa em uma novidade tão extreme quanto fazem pretender os seus críticos mais acirrados. Concordamos, juntamente com as mais autorizadas vozes em matéria processual, que tanto o sistema recursal quanto o próprio recurso de apelação sofreram significativas alterações e devem ser relidos de acordo com a ordem agora vigente. Ocorre, porém, como bem lembra o professor José Roberto Bedaque (2003a, p. 449), processualista do Largo de São Francisco, que

Essa limitação foi simplesmente ampliada, pois a abrangência da profundidade do efeito devolutivo da apelação (art. 515, §§ 1º e 2º) já implicava, em certa medida, supressão de um grau de jurisdição. Agora, e, razão da amplitude, ainda que excepcional, da extensão desse mesmo efeito, o princípio do duplo grau ganha novo contorno, ainda mais limitado.

Ao analisarmos a dimensão vertical do efeito devolutivo da apelação vimos que a sua amplitude permite que o Tribunal adentre em questões e fundamentos não analisados pelo juízo *a quo*. Assim, todas questões suscitadas e discutidas no processo, todos os fundamentos argüidos na petição inicial e na defesa, mesmo que

não tenham sido objeto de apreciação pelo juízo monocrático, são devolvidos ao órgão *ad quem*, numa verdadeira supressão de grau jurisdicional.

Talvez, porque tal regra já venha inserida de há muito no sistema, ela passe despercebida dos não tão ávidos olhos críticos dos que tacham de absurda a reforma. Não obstante, a sempre certa lição do processualista carioca J. C. Barbosa Moreira (2003b, p. 442) não deixa espaço para maiores considerações, eis que "O acréscimo do § 3º, feito pela Lei 10.352, veio abrir a porta até então fechada: mesmo antes, porém, não era necessário que a atividade cognitiva do *iudex a quo* houvesse esgotado a matéria de mérito".

Registre-se, ainda, que, entre nós, muito antes da concretização da reforma, a autorizada doutrina de Antônio Carlos de Araújo Cintra (1986, p. 107) já opinava no sentido de igualar às sentenças terminativas a mesma atividade conferida ao Tribunal no julgamento dos recursos contra as sentenças que decidiam acerca de prescrição, conforme se segue:

As situações ora figuradas são muito semelhantes, e muito diferentes são as soluções que a lei lhes dá. Parece adequado dar-lhes solução unitária. E, nesse caso, de *iure condendo*, seria preferível que a solução dada à hipótese da prescrição fosse estendida à apelação das sentenças terminativas, cabendo ao tribunal de apelação verificar, em cada caso, se a causa está ou não madura para o julgamento do mérito, desde logo, pelo próprio tribunal. Apenas no caso negativo voltariam os autos ao primeiro grau de jurisdição. Assim, se evitaria dano para a celeridade e economia processual, com concepção mais flexível do duplo grau de jurisdição.

Merecem registro, da mesma forma, as colocações de Cândido Rangel Dinamarco (2003a, p. 161), que, imbuído do mesmo espírito inovador, coloca-se sempre em favor da efetividade do processo. O ilustre professor da Universidade de São Paulo nos lembra que a novidade trazida pela reforma não é tão peculiar à ordem processual brasileira, uma vez que as Ordenações do Reino já dispunham de forma muito semelhante, de modo que estabeleciam:

E se for apellado de sentença interlocutória, e acharem [*os julgadores*] que foi bem apellado, e que o apellante foi agravado pelo Juiz, que assi o determinem: e não mandem o feito ao Juiz, de que foi apellado, mas vão por elle em diante, e o determinem finalmente, como acharem por Direito, salvo se o apellante e o apellado ambos o requerem, que se torne o feito á terra

perante o Juiz, de que foi apellado, porque então se tornará, e será assim assinado termo, a que o vão lá seguir.

No direito italiano ⁴⁹, a opinião da autorizada doutrina de Giovanni Verde (2000, p. 252) reflete a possibilidade de supressão de grau jurisdicional nas situações de continuação do julgamento pelo Tribunal em casos de ausência de julgamento do mérito em primeiro grau. Aliás, importante frisar que no direito italiano a regra é a da continuidade de julgamento pelo Tribunal de apelação, sendo excepcional a devolução dos autos ao juízo *a quo*.

Se il giudice di primo grado non ha esaminato le domande nel mérito, avendo ritenuto esistente una situazione processuale preclusiva, e il giudice d'appello ritiene che tale situazione preclusiva non sussiste, egli esaminerà nel merito e per la prima volta le domande; lo stesso avverà nel caso di omissione di pronuncia, qualora la parte interessada abbia proposto apello sul punto. Gli esempi potrebbero moltiplicare. Sta di fatto che il principio del doppio grado sembra essere una garanzia per le parti piuttosto che un principio d'ordine pubblico processuale, così che non saremmo in linea di massima contrari a ritenere che sulla si opponga alla possibilità che le parti vi rinunciino, almeno nie processi relativi a diritti disponibili.

Nota-se, pois, que a intenção da norma reformadora é contribuir para um processo mais célere e efetivo, ainda que com violação do duplo grau de jurisdição. Assim, a pergunta que não se cala diz respeito, exatamente, à violação ou não do duplo grau, e foi formulada por Dinamarco (2003a, p. 158) com talhe de escultor: "o princípio do duplo grau de jurisdição impõe que se respeite de modo rigoroso a competência do juízo inferior para pronunciar-se pela primeira vez sobre o mérito, ou tolera saltos de grau como esse de que aqui se cuida?".

A nossa resposta, após as premissas já colocadas, é afirmativa quanto à possibilidade de supressão de grau jurisdicional. Há violação do duplo grau, entretanto uma violação autorizada pelo legislador ordinário na medida em que tal regra não está erigida constitucionalmente. Além disso, nem sempre há possibilidade de a causa ser examinada em dois graus diversos, restringindo-se a um duplo exame pelo mesmo órgão prolator ou por órgão da mesma escala hierárquica. Não nos esqueçamos, ainda, de que algumas hipóteses constitucionalmente contempladas, não permitem apreciação da causa por mais de um órgão jurisdicional (vide item 4.3).

⁴⁹ Sobre o ordenamento estrangeiro, especialmente o italiano, vide Item 3.1.

Vale destacar que o ilustre jurista Nelson Nery Júnior desloca o tema em comento do ângulo do efeito devolutivo da apelação (e, conseqüentemente, do duplo grau) para o aspecto da competência. Dissemos anteriormente concordar, em parte, com o entendimento de Nery JÚNIOR, na medida em que o juiz de primeiro grau somente terá competência para julgar a lide até o momento em que proferir sentença nos moldes previstos no § 3º do art. 515 do CPC. A partir desse momento, a competência é transferida ao Tribunal, que prosseguirá no julgamento do mérito da causa, mesmo sem manifestação anterior.

Não obstante, ousamos discordar do renomado processualista quanto a uma dissociação entre a competência funcional e o duplo grau de jurisdição. Isso porque entendemos que, por meio de permissivo legal, desloca-se a competência funcional e suprime-se um grau de jurisdição, ao mesmo tempo em que se amplia a extensão do efeito devolutivo da apelação. São indissociáveis os fenômenos e, partindo de tal indissociação, respondemos, agora com maior embasamento, ao questionamento feito acima. Não estando o duplo grau imune a atenuações, ao revés, tornando-se cada vez mais voltado a flexibilidades, permite-se que o legislador institua competência ao Tribunal para apreciação *per saltum* do mérito da demanda.

Assim, a inclusão do § 3º ao art. 515 do CPC alterou expressamente a estrutura do duplo grau de jurisdição e do próprio recurso de apelação, confirmando a tendência doutrinária que já se manifestava nesse sentido. A inovação choca a muitos, provavelmente pela expressa disposição legal no sentido de flexibilização do duplo grau e de extensão da atividade cognitiva do Tribunal, mas decerto não é novidade distante de nosso ordenamento, tampouco dos ordenamentos estrangeiros.

Cumprido, porém, registrar que o § 3º, e conseqüentemente a ampliação da extensão do efeito devolutivo da apelação, não se aplicam a todos os casos de apelação contra sentença processual. O próprio dispositivo em comento dá a medida da atividade cognitiva do Tribunal, tratando do processo em condições de imediato julgamento. Assim, para uma análise mais aprofundada, abordaremos em tópico subsequente as hipóteses a que o dispositivo legal se aplica.

Antes, porém, faz-se necessário abordarmos a medida e o espírito da reforma ora em questão, trazendo o seu escopo fundamental e justificando, outrossim, a ampliação da aplicação do dispositivo para atender à necessidade de melhora na prestação jurisdicional, conforme se abordará no tópico subseqüente.

7.1 AMPLIAÇÃO DA EXTENSÃO DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO: EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL - O TEMPO JUSTO E O DANO MARGINAL.

O presente item se mostra de vital importância para o presente estudo. A reforma processual ora sob enfoque nos mostra a clara intenção do legislador em tornar mais célere e, conseqüentemente, efetiva a entrega da prestação jurisdicional ao permitir que o Tribunal, diante de uma apelação contra sentença processual, prossiga no julgamento do processo.

A bandeira da efetividade vem sendo levantada pelos processualistas preocupados com os resultados práticos do processo e com os direitos por ele tutelados. Não basta mais, para o moderno processualista, a mera garantia do direito de ação, ainda que sob o manto de garantia constitucional (CF, art 5º, XXXV). Ter direito de ação significa somente ter direito ao provimento jurisdicional, pouco importando, nessa concepção autonomista, quais os resultados que emanarão dessa tutela, tanto com relação ao direito substancial, quanto com relação aos indivíduos que buscam a tutela.

O indivíduo que se sente vítima de alguma injustiça, de um aviltamento a um seu direito, não possui outra saída senão recorrer ao Poder Judiciário, já que há muito foi privado de realizar a justiça com suas próprias mãos. Dizemos, pois, como diz Eduardo Couture, que, tendo sido proibida a justiça privada, resta evidente a obrigação de conceder-se a todo sujeito de direitos a faculdade de obtê-la por meio da autoridade judiciária. "Privá-lo de uma e de outra, seria denegar-lhe a própria justiça" (COUTURE, 1946, p. 45).

A obtenção da justiça não pode limitar-se ao mero acesso aos tribunais, com manutenção de fidelidade àquela anacrônica concepção despreocupada dos objetivos, dos valores e dos resultados práticos que o processo tenha que proporcionar aos jurisdicionados. Seria, assim, denegar-lhes a justiça privada e a justiça estatal, ou, em outras palavras, denegar-lhes a própria justiça.

Atenta ao perigo desse retrocesso, a processualística moderna volta-se para o que Cândido Dinamarco denomina "processo civil de resultados", pelo qual não basta o enunciado de um pronunciamento judicial, mas é preciso que ele tenha projeção útil na vida de quem o pleiteou. Assim, o processo deve dar aquilo que as partes têm direito a receber e deve, ainda, ser útil a quem tem razão.

É o que recomendava Giuseppe Chiovenda (1912, p. 29) em idéia registrada há quase um século, mas que ganha nova vida com o valor efetividade agregado aos escopos do processo. Dizia o saudoso processualista, em premissa tão repetida ao longo desses anos, que "il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire".

Nesse quadro que visa ao efetivo acesso à justiça, destacam-se as três ondas renovatórias de Mauro Cappelletti (1988, p. 67). De particular interesse para o nosso trabalho, a terceira onda renovatória traz, resumidamente, um novo enfoque do acesso à justiça, com aperfeiçoamento dos mecanismos, pessoas e procedimentos relacionados ao processo, encorajando uma ampla variedade de reformas, inclusive procedimentais, bem como a patente necessidade de adaptação do processo ao tipo de litígio.

Significa dizer que não basta somente expandir o acesso com assistência judiciária gratuita e englobar interesses coletivos e difusos, mas é preciso dar enfoque, também, à qualidade do serviço oferecido aos jurisdicionados, à efetividade do processo e à tempestividade da tutela judicial. Cândido Dinamarco (2002a, p. 114) nos dá a exata medida desse enfoque, ao concluir que "não basta que o processo produza decisões intrinsecamente justas e bem postas mas tardias ou não traduzidas em resultados práticos desejáveis; nem sendo desejável uma tutela jurisdicional efetiva e rápida, quando injusta".

Outrossim, é preciso ter sempre uma visão mais abrangente, tanto acerca das reformas, quanto dos institutos vigentes no ordenamento jurídico, pois as novas necessidades sociais, que emergem e ganham vida com as reformas, decerto vão de encontro a dogmas já existentes.

Já referimos anteriormente, ao analisarmos o duplo grau de jurisdição, que embora a perenização dos litígios seja um dos mais graves males que assombram o processo civil, não existe justiça instantânea e nem intenção de desapego às técnicas processuais, já que posturas tão drásticas acabariam trazendo efeitos colaterais e impondo maiores prejuízos do que os que vêm sendo combatidos. Piero Calamandrei, citado por Dinamarco, ressalta que "Como é muito difícil fazer sempre bem o que se consegue fazer logo, impõe-se como indispensável o equilíbrio entre as duas exigências, com renúncia a radicalismos" (DINAMARCO, 2002a, p. 141).

Merece o devido destaque a sábia lição de J. C. Barbosa Moreira (2001, p. 232) ao tratar dos mitos que rondam o futuro da justiça. Tratando especificamente da malignidade da lentidão, intitula esse mito de a "rapidez acima de tudo (ou quanto mais depressa melhor)" e manifesta severa e acertada crítica à justiça instantânea:

Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique - nem mesmo quero crer, no pensamento desses próprios autores - hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.

Certo se faz que o formalismo processual vem sendo relativizado em prol da efetividade e da celeridade, mas, como brilhantemente ressaltado pelo insuperável processualista carioca, todo movimento que vise a "acelerar" a justiça encontra limites intransponíveis, cuja solução é o convívio harmônico entre os valores que impregnam o sistema.

Não há, como disse Barbosa Moreira, "'fórmula mágica' (ou 'abracadabra')"⁵⁰, não há solução universalmente válida para resolver o problema em foco.

Enfatizamos esse aspecto porque a efetividade/celeridade processual choca-se com a segurança jurídica⁵¹, grandemente enaltecida pelo processo tradicional formalista e que durante muito tempo fez com que a tutela dos direitos fosse relegada a um plano secundário, sob argumento de ser o mais preciso possível quanto à definição do litígio. É preciso, pois, tentar equilibrar e conviver harmonicamente com tais valores, sem excessivo apego ao formalismo, mas sempre pautando pela boa técnica processual.

Nesse sentido, conclui Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1997, p. 126):

O ideal é colocar a técnica processual a serviço do direito material e dos fins últimos do processo, limitando-se o mínimo possível o desempenho dos sujeitos processuais, de modo que a regulação contenha apenas o indispensável para uma condução bem organizada e proporcional do feito.

Fazer com que o processo cumpra seu papel de forma efetiva, mas sem adoção de "fórmulas mágicas", é o grande desafio de que se incumbe o direito processual contemporâneo. Andrea Proto Pisani, brilhante jurista italiano e profundo estudioso da ciência processual, aqui citado por J. R. Bedaque, afirma que a efetividade representa princípio "che è certamente alla base di tutto il dibattito sulla effettività della tutela giurisdizionale civile che ha appassionato gli studiosi del processo in questi ultimi decenni" (BEDAQUE, 2003c, p. 24)⁵².

Já dissemos anteriormente, e voltamos a repetir, por não ser demasiado, que o escopo do processo é ser instrumento que permita realizar o direito material e

⁵⁰ Notamos que o brilhante processualista, que sempre é impecável com o vocabulário, e sem deixar de sê-lo, traduz o sério problema da justiça instantânea de forma lúdica, provavelmente para expor sua gravidade.

⁵¹ Mais uma vez, nos dizeres de Barbosa Moreira, "um processo de empenho garantístico é por força um processo menos célere. Dois proveitos não cabem num saco, reza a sabedoria popular" (2001, p. 231).

⁵² Bedaque ensina, ainda, que a efetividade é fórmula apresentada por Chiovenda, para quem esse postulado deve vir acompanhado por outro (também formulado pelo mestre italiano), qual seja, o de que a duração do processo não pode causar prejuízo ao autor que tem razão.

entregá-lo a quem o possui. Entendemos ser preciso ligar os resultados do processo, sempre, a quem esteja amparado pelo direito material ⁵³.

Atendo-nos aos fins do processo temos que "a noção de fim entrelaça-se, necessariamente, com o valor ou valores a serem idealmente atingidos por meio do processo" (ALVARO DE OLIVEIRA, 1997, p. 65).

Assim, o escopo do processo está absolutamente ligado aos valores segurança e efetividade, na medida em que o processo precisa conferir definitivamente a certeza do direito material ao seu titular. Na mesma medida, entretanto, precisa assegurar efetividade, ao permitir que esse direito seja por ele usufruído. Por fim, é preciso que esse direito possa ser realizado em um lapso de tempo hábil para ser gozado.

Nesse passo, "se o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, porque garantidor de todos os demais, não há como imaginar que a Constituição da República proclama apenas que todos têm o direito a uma mera resposta do juiz" (CRUZ E TUCCI, 1999, p. 219).

Portanto, não basta entrelaçarmos aos escopos do processo a segurança e a efetividade da tutela jurisdicional; é preciso que ela seja, ainda, tempestiva ⁵⁴.

Nesse sentir, o professor livre docente, José Roberto dos Santos Bedaque (2003b, p. 24), em consagrada obra sobre tutelas de urgência, aborda a efetividade de forma a conceituá-la como "aquela que proporciona ao titular do direito substancial possibilidade de usufruir dos efeitos a ele assegurados no plano material".

Não obstante os escopos do processo saltarem aos olhos de todos nós, os elementos valorativos que constituem o binômio *certeza (segurança) - celeridade*

⁵³ Muito se debateu acerca dos poderes instrutórios do juiz na determinação da produção de provas *ex officio*. Alguns afirmaram, como ainda afirmam, que ao determinar a prova, o magistrado estaria descendo de sua imparcialidade. Embora o juiz não conheça o resultado ao determinar a prova, ousamos afirmar que ele será sempre parcial na medida em que deve estar do lado de quem possui o direito material. Tudo depende, como dito, de quem esteja amparado pelo direito material: o autor ou o réu. Abrimos necessário parêntese para ressaltar que a tutela jurisdicional ou o processo civil não se voltam exclusivamente para o autor, mas para quem tiver razão.

⁵⁴ José Rogério Cruz e Tucci ressaltam que o tempo justo é um dos corolários do devido processo legal (1997, p. 87).

(*efetividade*) vêm-se distanciados em escala extremamente preocupante, o que nos permite arriscar dizer que vão tomando, cada qual, o seu próprio caminho. Tal afirmativa advém do fato de que hoje, para que se confira certeza (segurança) ao direito afirmado em juízo há um indesejável distanciamento da efetividade (celeridade), sendo o inverso constatado na mesma medida, já que o primeiro dos elementos depende de um dispêndio maior de tempo, e o segundo exige um dispêndio muito menor.

O jovem doutor capixaba Marcelo Abelha Rodrigues (2003, p. 92) ressalta que a Constituição Federal adotou, de um lado, a segurança jurídica ao proteger a coisa julgada, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, e, de outro, a efetividade do processo, demonstrada no direito à obtenção de uma tutela justa e apta a resolver o conflito debelado.

Segundo o professor capixaba, "Trata-se de considerar a efetividade do processo como um processo de resultado, em que se possa dar e permitir, no plano dos fatos, exatamente aquilo que se teria caso ele, o processo, não fosse necessário" (RODRIGUES, 2003, p. 93)⁵⁵.

Como podemos perceber, mesmo que se trate de valores elevados a nível constitucional, eles não encontram harmonia entre si, e tal desarmonia ocorre em razão do *tempo*, de forma que "quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória" (CRUZ E TUCCI, 1999, p. 236).

Fenômeno indispensável para o desenvolvimento do processo, o tempo é, igualmente, seu herói e seu vilão. O paradoxo ora ressaltado já havia sido, há muito, constatado por Francesco Carnelutti, que, citado por Cândido Dinamarco (1994, p. 210), afirmava que "O valor que o tempo tem no processo é imenso e em grande parte desconhecido. Não seria imprudente comparar o tempo a um inimigo, contra quem o juiz luta sem trégua".

⁵⁵ No mesmo sentido, CRUZ E TUCCI (1999, p. 237) e MARINONI (2002, p. 20).

Não nos valeremos, no presente trabalho, de estatísticas acerca do que representa a demora na finalização dos litígios, mesmo porque a própria doutrina processual não traz esses dados com exatidão ⁵⁶. Ouvimos muito acerca da falta de contingente no âmbito do funcionamento do Poder Judiciário (servidores, magistrados, etc.), burocracia na prestação dos serviços, além de um desapego à técnica utilizada pelos operadores do direito ⁵⁷, não nos esquecendo da própria quantidade de demandas que são ajuizadas diariamente perante os órgãos judiciais. Por outro lado, temos o abuso do direito de defesa, incluindo o excessivo número de recursos que servem, de quando em vez, à mera satisfação dos advogados para proporcionar a procrastinação do processo.

Não há como precisarmos, entretanto, no âmbito do presente trabalho, com alguma certeza sequer, em que medida essa carência técnica e humana, ou o excesso de mecanismos processuais, afeta a entrega da prestação jurisdicional. Não podemos nos valer de dados isolados e extraídos do processo de um parente, um vizinho ou amigo que tramita já há vários anos, uma vez que o fator tempo também está intrinsecamente ligado à complexidade da demanda.

Soluções dignas de todo o aplauso possível e que permitem a celeridade processual já foram adotadas pelo legislador, a saber, a antecipação dos efeitos da tutela (art. 273, CPC), a eficácia imediata das decisões judiciais (ausência de efeito suspensivo - art. 520, CPC) aliada à execução provisória da sentença, entre outras.

Mesmo com as técnicas de aceleração do processo, e ainda que diante da imprecisão matemática quanto aos dados relacionados à demora na entrega da prestação jurisdicional, é indubitável que ela existe e causa dano à parte que pretende ver definido o conflito levado ao Poder Judiciário.

⁵⁶ José Carlos Barbosa Moreira, em seu artigo O futuro da justiça: alguns mitos, traz dados da lentidão do processo civil italiano, inglês, americano e japonês, demonstrando que os males do tempo não atingem somente o Brasil, mas é fenômeno que se dissipa por todo o mundo (2001, p. 229).

⁵⁷ O desapego à técnica processual como obstáculo à efetividade da prestação jurisdicional é ressaltado com a magnitude peculiar de J. C. Barbosa Moreira em Efetividade do processo e técnica processual (1995, p. 168-176).

A lentidão processual provoca dano às partes, sejam danos de ordem pessoal (insatisfação e angústia na espera da solução), sejam danos de ordem econômica (impossibilidade de satisfação imediata da sentença). Não queremos aqui pregar desrespeito aos procedimentos estabelecidos e necessários ao bom e são desenvolvimento do processo, mesmo porque esse tempo é necessário para assegurar o devido processo legal (como dito, o tempo é, concomitantemente, herói e vilão), ainda que esse tempo represente, já, uma demora na solução esperada pelos demandantes.

Registramos, outrossim, que tanto o tempo advindo do desenvolvimento da relação processual e necessário à prestação da tutela jurisdicional, quanto o tempo anormal, patológico, decorrente da demora do processo, comprometem a sua efetividade, entretanto o tempo que extrapola essa necessidade, derivado das vicissitudes acima citadas, acaba por gerar intempestividade da tutela e prejuízo às partes.

Assim, "O dano sofrido pelo inadimplemento do direito seria, nessa medida, agravado pelo processo, cujo objetivo é exatamente restabelecer a normalidade no plano material" (BEDAQUE, 2003c, p. 21).

Esse dano é derivado exclusivamente da demora excessiva e, arriscamos dizer, desnecessária do processo e é denominado pela melhor doutrina de *dano marginal*, decorrente do tempo do processo⁵⁸. É novamente a autorizada doutrina do brilhante professor do Largo de São Francisco que nos ensina:

A duração da relação processual, ainda que normal, fisiológica, pode gerar risco para a efetividade da tutela. Mais grave ainda é o fenômeno da demora patológica, causada por inúmeros fatores, pois a entrega da prestação jurisdicional, nesses casos, é invariavelmente intempestiva (BEDAQUE, 2003c, p. 407).

O dano marginal, conseqüente da longa duração dos processos, não pode ser desconsiderado pelo legislador, sobretudo quando a garantia da efetiva tutela jurisdicional é assegurada em nível constitucional. Deve o legislador, como vem

⁵⁸ Conforme já mencionamos anteriormente, essa expressão advém da doutrina italiana e é referenciada, na doutrina brasileira em remissão a Andrea Proto Pisani e Italo Andolina, entre outros. Na doutrina nacional, fazem referência à expressão doutrinadores como José Roberto dos Santos Bedaque, José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Guilherme Marinoni.

bradando a processualística moderna, buscar mecanismos e deles se valer para, se não rechaçá-lo, ao menos amenizar a sua ocorrência ⁵⁹. Mais uma vez o professor José Roberto Bedaque (2003c, p. 115) nos brinda com perfeito registro ao citar o ilustre mestre florentino, Andrea Proto Pisani:

Di qui l'esigenza, si può dire avvertita da sempre e in tutti i sistemi giuridici, che l'ordenamento intervegna allo scopo di neutralizzare il pregiudizio (irreparabile o comunque grave) derivante all'attore dalla durata del processo: si trata di un intervento necessario a garanzia della effettività del diritto di azione e della tutela giurisdizionale, onde evitare che la durata del processo torni danno dell'attore che ha ragione.

Merece destaque, ainda, o registro de Augusto Morello (1994, p. 386) quando diz:

De lo que se trata (cabalgando en los principios de economía, celeridad, progresividad, saneamiento oficioso, preclusión, firmeza y seguridad jurídica) es de administrar justicia, de modo razonablemente pronto. O lo que es igual: *evitar que los procesos se prolonguen indefinidamente.*

É nesse clima de releitura de dogmas, de atendimento à necessidade de conferir maior celeridade à prestação da tutela jurisdicional, que a reforma operacionalizada pela Lei nº 10.352/01 ampliou a extensão do efeito devolutivo da apelação, permitindo que o Tribunal prossiga no julgamento de apelações interpostas contra sentenças terminativas, tornando-se desnecessária a devolução do processo ao primeiro grau de jurisdição para julgamento.

A percepção do legislador foi acertada e merece os nossos aplausos, da mesma forma que merece registro a constatação de que um processo não é feito somente de certeza e segurança, mas também envolve riscos. E tais riscos já existiam no sistema anterior à reforma, como é o caso do julgamento pela regra de ônus processual, da convicção baseada em presunções e das próprias preclusões.

O julgador emite seu juízo baseado em um grau suficiente de convicção e não na plena certeza, pois, se assim o fosse, estariam inviabilizados todos os pedidos

⁵⁹ Registramos que em 31/12/2004 foi publicada a Emenda Constitucional nº 45, que trata da Reforma do Poder Judiciário. Entre as alterações promovidas destaca-se a inserção do inciso LXXVIII ao art. 5º com a seguinte redação: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação." Registramos, ainda, que, antes da Emenda Constitucional referida, o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre os Direitos Humanos) já incluía, entre as garantias judiciais, o julgamento em prazo razoável.

manifestados em juízo, retrocedendo ao *non liquet*. O julgador é falível, e, por essa razão, o risco advindo da possível falibilidade é ínsito ao sistema judiciário.

O que se procura, dentro do escopo teleológico do processo, é a minimização desses riscos por meio do respeito às garantias fundamentais do processo.

Assim, concluímos com a autorizadíssima voz de Cândido Dinamarco (1994, p. 294), munido de sua instrumentalidade processual, quando diz:

Como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que contém no momento presente. O juiz que não assume essa postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça.

Por essa razão é que pautamos todo o nosso estudo em total respeito a essas garantias, sobretudo quanto à necessidade da instrução probatória; porém o equilíbrio entre os valores patentes na atualidade é fundamental, de forma que ora se assumirá maior risco, ora menor. É importante frisar novamente que a reforma ora em comento, especificamente quanto ao efeito devolutivo da apelação, trouxe uma mudança significativa para o sistema processual, mas tal não exige a plena renúncia a institutos e dogmas existentes, conforme ressaltado acima.

O que pretendemos é uma busca do equilíbrio entre esses valores, e a reforma em comento traz a oportunidade de aperfeiçoarmos o sistema processual com uma justiça mais célere e efetiva. A mesma falibilidade acima apontada atinge o legislador, que, por vezes, diz menos do que quer, ou diz de forma não tão clara, e, se os doutrinadores e os operadores do direito se conformarem com a letra fria da lei, acabarão por minar a intenção e o espírito da reforma. Por tal razão, não podemos apegar-nos ao texto formal da lei, cabendo interpretá-lo de forma sistemática e teleológica, voltados sempre para os anseios de um sistema processual efetivo.

7.2 AMPLIAÇÃO DA EXTENSÃO DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO: CAUSA MADURA E JULGAMENTO ANTECIPADO.

Normalmente, a apelação contra uma sentença terminativa, se provida, devolveria o processo ao órgão monocrático para prolação de nova sentença; dessa feita, com apreciação do mérito. Com a introdução do § 3º ao art. 515 do CPC, porém, o Tribunal, nessas hipóteses, prosseguirá no julgamento da ação, definindo ele próprio o seu mérito.

Para isso, além de o Tribunal verificar os requisitos de admissibilidade recursal ⁶⁰, deve atender a dois pressupostos específicos, enumerados pelo dispositivo referido e que se fazem necessários para o prosseguimento da sua atividade cognitiva, quais sejam, que a causa verse questão exclusivamente de direito e que ela esteja em "condições de imediato julgamento".

Conforme já abordado em tópico anterior, o legislador ordinário pretendeu aplicar maior efetividade e celeridade ao processo nos casos em que, estando a causa madura para julgamento do mérito, desnecessário se faz o retorno do processo ao primeiro grau para que seja realizada atividade que o próprio Tribunal pode fazê-lo.

A acertada preocupação do legislador foi a de, mesmo permitindo um julgamento único pelo órgão *ad quem*, não admitir a supressão das garantias constitucionais do processo asseguradas às partes, notadamente o devido processo legal, que abrange o contraditório e a suficiente produção de provas.

Quanto a esse aspecto, a doutrina carreada por José Roberto dos Santos Bedaque (2003a, p. 448), José Carlos Barbosa Moreira (2003b, p. 431), Cândido Rangel Dinamarco (2003a, p. 164) e Flávio Cheim Jorge (2003, p. 144), entre outros, já exclui, com acerto, a possibilidade de o Tribunal prosseguir no julgamento do mérito da demanda, quando ela tiver sido extinta por indeferimento da peça inicial.

⁶⁰ Sobre os requisitos de admissibilidade do recurso de apelação, vide, por todos, CHEIM JORGE (2002, p. 81).

Isso porque, nesse caso, a violação da ampla defesa afigura-se evidente, na medida em que o réu, não tendo sido sequer citado, não tomou conhecimento do processo, quanto mais chegou dele a participar. Na mesma esteira, exclui-se a possibilidade de julgamento pelo Tribunal quando, embora citado o réu, as partes não tenham tido a oportunidade de produzir de provas.

Sendo assim, nos dizeres de Dinamarco (2003a, p. 164-165), "Processo em condições de imediato julgamento, segundo as palavras da nova lei, equivale a processo já suficientemente instruído para o julgamento do mérito".

Nesse ponto - processo em condições de imediato julgamento - a doutrina vem divergindo ao considerar se estão aí inseridas questões de fato dirimidas por prova documental ou mesmo depois de encerrada a instrução processual. Arruda Alvim (2003, p. 81), apontando tal divergência, formula o oportuno questionamento:

quando o § 3º do art. 515 refere-se a 'questão exclusivamente de direito', esse requisito exclui a hipótese do art. 330, I, quando haja questão de fato, mas inteiramente dirimível por prova exclusivamente documental; ou, diferentemente, inclui também essa hipótese (a do art. 330, I, do CPC) ?

O questionamento acima formulado encontra resposta na autorizada doutrina de José Roberto dos Santos Bedaque (2003a, p.448)⁶¹, nos seguintes termos:

Nessa medida, a regra tem a mesma abrangência do art. 330, I, do Código: o juiz deve julgar antecipadamente, suprimindo a fase probatória, sempre que a questão de mérito for unicamente de direito ou, havendo controvérsia fática, as provas forem suficientes para formação de seu convencimento. Também o tribunal, afastada a carência, deve prosseguir no exame do mérito se presente qualquer dessas situações e não apenas se a matéria versar questão exclusivamente de direito.

Por outro lado, doutrinadores como Eduardo Cambi (2001, p. 683), Ricardo de Carvalho Aprigliano (2002, p. 259) e José Rogério Cruz e Tucci (2002, p. 57) negam a incidência do dispositivo se houver controvérsia fática, mesmo após a instrução processual.

⁶¹ No mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira (2003b, p. 431), Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues (2003a, p. 144), e Luiz Rodrigues Wambier e Tereza Arruda Alvim Wambier (2002, p. 142).

Nesses termos, extraímos a opinião de Eduardo Cambi (2001, p. 683):

Essa redação tem semelhança com aquela contida no artigo 330 do CPC, não obstante seja bem mais restrita, porque não permite que o órgão *ad quem* julgue o mérito, quando se tratar de questão de direito e de fato, mas não houver a necessidade de produzir prova oral (art. 330, inc. II, 2ª parte, CPC). Com efeito, não permite que o tribunal examine a *res in iudicium deducta*, quando, por exemplo, após a instrução probatória, o juiz conclui pela extinção do processo sem julgamento do mérito. (...) Assim sendo, pode-se falar em questão exclusivamente de direito quando os fatos da causa são **incontroversos**, isto é aceitos por ambas as partes, que litigam somente com relação à tese jurídica a ser aplicada pelo juiz.

No mesmo sentido, ainda com mais ênfase, é a opinião de Ricardo de Carvalho Aprigliano (2002, p. 259-260):

Nas hipóteses em que a decisão da causa depender do exame de questões de fato e de direito, o provimento da apelação interposta contra sentença terminativa (art. 267) exigirá igualmente o retorno do processo ao primeiro grau, ainda que as questões de fato tenham sido devidamente provadas e não dependam, portanto, de outras provas. Não há, em relação à apelação, distinção na lei entre as ações cujas questões de fato já tenham sido provadas e as ações que ainda requeiram provas. O texto é claro e não admite equívoco. Somente lides que versem exclusivamente sobre questões de direito podem ser objeto de exame pelo tribunal, sem que tenha sido decidida no mérito pelo juiz *a quo*.

Com a devida vênia à autorizada voz da parcela da doutrina que restringe a aplicação do novel § 3º a questões exclusivamente de direito, destacamos nossa filiação ao entendimento da parcela da doutrina que entende estarem aí incluídas as questões de fato que não dependem de prova ou que se encontram suficientemente provadas em primeiro grau de jurisdição, ainda que não tenha havido, nessa instância, apreciação do mérito da demanda.

Os nossos argumentos, que embasarão as premissas a serem fixadas, encontram vozes na mais autorizada doutrina. Começemos lembrando importante lição deixada por Machado Guimarães, a qual embora consignada muitíssimo antes da reforma ora operacionalizada, e não tratando especificamente do assunto, tem toda pertinência para sua concepção.

Segundo o renomado e saudoso processualista (1962, p. 34), os procedimentos em primeira e em segunda instância não são paralelos e independentes, pois a demanda, à medida que se desenvolve, faz com que sejam eliminados certos

elementos, e delimita-se por aqueles que sejam essenciais. Isso se dá, ainda, quando da passagem de uma instância para outra.

Diante dessas premissas, é certo concluir que a causa madura para o julgamento pode perfeitamente ser decidida em seu mérito pelo juízo *ad quem*, com base no curso anterior que seguiu a demanda até o seu estreitamento e amadurecimento, de forma que concorrerá para a formação do último, ou único, e definitivo julgamento, o trabalho do primeiro juiz, mesmo que ele se tenha limitado ao campo da instrução e preparação da causa para julgamento. Ainda segundo Machado Guimarães (1962, p. 34), “Firmam-se em segunda instância, e valorizam-se, os fatos essenciais, robustecendo-se as respectivas provas”.

Percebe-se, em verdade, que o Tribunal, ao prosseguir no julgamento do mérito nos casos em que a instrução probatória (leia-se, também, contraditório e ampla defesa) tenha sido concluída, não obstante a sentença proferida tenha sido terminativa, está fazendo exatamente o que faria o juízo *a quo* se não tivesse extinguido o processo: julgando o mérito da demanda tendo em vista o alcance da maturidade da causa. O estreitamento referido por Machado Guimarães é que permite verificar se a causa está madura, independente de versar somente sobre questões de direito.

Com muita propriedade, Arruda Alvim (2003, p. 82) dirime qualquer dúvida acerca desse embate, quando afirma:

O que estaria subjacente à regra do art. 515, § 3º, seria ou é o comando destinado a obter maior celeridade, concretizável pelo não retorno do processo ao primeiro grau, desde que existam condições de cognição exauriente, em relação ao julgamento do mérito. Essa cognição exauriente, por certo, não é afastada pela existência de questões de fato, quando dirimíveis exclusivamente pelo exame da documentação⁶². A mutação principal originada desse § 3º do art. 515 é relativamente à possibilidade de julgamento do mérito, *em primeira mão*, pelo segundo grau. E essa foi indubitavelmente a idéia assumida pelo legislador.

⁶² O ilustre jurista manifesta opinião no sentido de prova de fato dirimida por documentos. Nesse aspecto, filiamo-nos a J. R. Bedaque, José Carlos Barbosa Moreira e Cândido Rangel Dinamarco, quando admitem, com toda a sua autoridade, que o mesmo se aplica às hipóteses de a controvérsia fática ter sido sanada após a instrução processual, com a coleta de todas as provas necessárias.

Em profundo estudo sobre a cognição judicial, Kazuo Watanabe (2000, p. 58-59) brinda-nos com a seguinte definição do instituto:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.

Assim, existindo já a estrutura necessária, o alicerce para a formação da decisão sobre o *meritum causae*, não há por que devolver o processo ao primeiro grau de jurisdição. As questões fáticas porventura existentes, se já estiverem suficientemente provadas, não podem constituir óbice ao julgamento antecipado em segundo grau, devendo, nessa hipótese, o Tribunal efetivamente decidir a lide. Tudo depende, como visto, do grau de cognição e da atividade instrutória realizada em primeiro grau de jurisdição:

A concreta existência do direito à prova depende da licitude da prova requerida (Const., art. 5º, inc. LXI) e da satisfação de certos requisitos técnico-processuais, como o tempestivo requerimento de sua realização, a relevância em face dos fatos a provar, a pertinência do meio probatório requerido etc. Satisfeitos todos esses requisitos e os fatos controvertidos estando ainda em situação de dúvida, julgar a causa sem produzir prova é atentar contra o direito a esta e, por consequência, contra a garantia processual do *due process* (DINAMARCO, 2003a, p. 164).

Além disso, afigura-se praticamente impossível uma demanda inteiramente constituída de questões de direito, ou melhor, destituída de questões fáticas. O dileto processualista da Guanabara brinda-nos com a seguinte afirmação:

A entender-se que a causa estará em "condições de imediato julgamento" sempre que já não haja necessidade de outras provas além das produzidas nos autos, a cláusula abrangerá as hipóteses de discutir-se naquela "questão exclusivamente de direito", pois só por exceção (art. 337) é concebível que se necessite de prova para resolver o *quaestio iuris*. Teria sido preferível que se adotasse aqui, com as devidas adaptações, a fórmula relativa ao julgamento antecipado da lide, constante no art. 330, nº I: "quando a questão suscitada no recurso for unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de outras provas" (BARBOSA MOREIRA, 2003b, p. 431).

A própria doutrina que insiste em não conceder a exata medida da efetividade do processo, no tocante a esse aspecto da reforma, acaba por admitir que não existe uma questão unicamente de direito, uma vez que ele nasce dos fatos. Tangencia,

entretanto, ao afirmar que somente os fatos incontroversos - aceitos por ambas as partes - é que constituem a hipótese da continuidade de julgamento pelo Tribunal, uma vez que os fatos se tornarão incontroversos após ser oportunizado o direito de defesa às partes ⁶³.

Com a devida vênia, o pensamento ora exposto não diverge do que vimos sustentando com forte embasamento doutrinário. Tudo continua a depender do procedimento adotado em primeiro grau e da própria atividade exercida nesse juízo.

O direito de defesa constitui corolário do correto procedimento a ser adotado em qualquer esfera jurisdicional. Tal procedimento deve-se desenvolver em contraditório, pressupondo, necessariamente, oportunidade de produção de provas.

Mesmo na configuração dos efeitos da revelia, tendo o procedimento sido corretamente impulsionado, a oportunidade ao contraditório e à ampla defesa sido conferida à parte, configura-se um dos aspectos que provocam a incontrovérsia fática. Se o Tribunal, mesmo nessa hipótese, convence-se de que o juiz *a quo* deveria ter julgado a lide porque inexistentes óbices para tanto, fará ele mesmo tal julgamento. Se assim não fosse, comprometer-se-ia o próprio escopo e utilidade da reforma.

Nesse sentir, das lições de Barbosa Moreira, e igualmente da mais autorizada doutrina, exsurge importante aspecto a ser considerado pelos Tribunais ao depararem com tais hipóteses, qual seja, se o § 3º do art. 515 abrange as mesmas hipóteses que o art. 330, I, do CPC.

Para a necessária interpretação da norma supra referida (§ 3º, art. 515), coadunando-a com o art. 330, I, do CPC e, via de consequência, com a vontade do legislador, será preciso nos valer de métodos hermenêuticos, já que não basta simplesmente afirmarmos a infelicidade do legislador em não explicitar totalmente a sua intenção, e a própria intenção da reforma havida no sistema processual.

⁶³ Esse pensamento é de Eduardo Cambi (2001, p. 683).

Tentaremos demonstrar em breves linhas, já que um aprofundamento maior demandaria a elaboração de novo trabalho, que a correlação entre os dispositivos supracitados compõem um sistema coerente justo.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2001, p. 252) analisa com profundidade o problema da interpretação normativa e conclui que o jurista tem interesse não somente em compreender um texto normativo, mas também em determinar a sua força e alcance, colocando-o diante dos dados de cada problema, de forma que "a intenção do jurista não é apenas conhecer, mas conhecer tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos com base na norma enquanto diretivo para o comportamento".

Em obra que se tornou um marco da moderna ciência processual, Cândido Rangel Dinamarco, trazendo as balisas da instrumentalidade do processo, ensina que o juiz deve ser o canal de comunicação entre os valores da sociedade e os textos legais.

Deve iluminar os referidos textos com tais valores, e, assim, refletir a realidade presente e realizar a justiça; deve, assim, afastar-se das aparências do texto e legal e cumprir os valores da sociedade:

Ser sujeito à lei não significa ser preso ao rigor das palavras que os textos contêm, mas ao espírito do direito do seu tempo. Se o texto aparenta apontar para uma solução que não satisfaça ao seu sentimento de justiça, isso significa, que provavelmente as palavras do texto ou foram mal empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a *mens legislatoris*, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente. Na medida em que o próprio ordenamento jurídico lhe ofereça meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, aos afastar-se das aparências verbais do texto e atender aos valores subjacentes à lei, ele estará fazendo cumprir o direito (DINAMARCO, 1994, p. 294) ⁶⁴.

Nesse sentir, voltamos a registrar o ensinamento do ilustre filósofo da Universidade de São Paulo, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2001, p. 287), segundo o qual é

⁶⁴ Dinamarco adverte acerca da limitação dos poderes conferidos ao juiz. Não pode o magistrado, sob argumento de interpretação teleológica, impor às partes soluções de ordem pessoal, na medida em que estará sempre sujeito à lei. Os textos legais devem ser interpretados, como vimos pretendendo fazer neste estudo, de forma sistemática e à luz dos princípios e de garantias processuais e constitucionais. Sobre os poderes instrutórios do juiz a obra de mesmo título, da autoria de José Roberto dos Santos Bedaque.

preciso, de acordo com o método teleológico e axiológico, procurar os propósitos e finalidades da norma, ou, ao menos, postulá-los.

Não obstante existam outros métodos e tipos de interpretação normativa, já demonstramos que o escopo da reforma foi conferir maior efetividade e celeridade à prestação da tutela jurisdicional, razão pela qual pensamos, com o respaldo da instrumentalidade de Dinamarco, ser a interpretação voltada aos valores a mais adequada ⁶⁵.

Dessa forma, destacamos a interpretação extensiva, pela qual o intérprete inclui no conteúdo da norma um sentido que já existia, mas que somente não havia sido explicitado pelo legislador. Ferraz Jr. (2001, p. 298) ensina, acerca dessa interpretação, que "na interpretação extensiva partimos de uma norma e a estendemos a casos que estão compreendidos implicitamente em sua letra ou explicitamente em seu espírito".

Assim como a doutrina muito menciona a falibilidade dos julgadores, quando trata dos aspectos que envolvem a necessidade da existência dos recursos, podemos traçar um paralelo com a falibilidade do legislador, que é tão humano quanto o magistrado e, portanto, tão passível de erros quanto ele.

O legislador foi infeliz - afirmamos assim, com respaldo na possibilidade da interpretação extensiva - ao não abranger expressamente a hipótese de julgamento antecipado no caso do § 3º do art. 515, dizendo menos do que desejava e do que, de fato, trará a esperada celeridade do processo.

Segundo Eduardo Cambi (2001, p 681), que consignou suas considerações antes da vigência da Lei 10.352, mas já havia captado o seu intuito,

Pode-se afirmar que o objetivo central da Reforma do Código de Processo Civil é o **acesso a justiça**, podendo-se destacar quatro **finalidades específicas**: i) simplificar e agilizar o procedimento; ii) evitar ou pelo menos minimizar os males do decurso do tempo de espera pela tutela jurisdicional; iii) aprimorar a qualidade dos julgamentos; iv) dar efetividade à tutela jurisdicional.

⁶⁵ Sobre o assunto (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 282).

Parece-nos claro que, ante aos escopos da reforma, impedir a aplicação do art. 330, I, ao § 3º do art. 515 seria uma verdadeira barreira ao seu alcance. Essa restrição pretendida por alguns doutrinadores, com a devida vênia, é que continuaria a trazer prejuízos aos litigantes ou, em outras palavras, não representaria nenhum avanço em minimizar os males do dano marginal.

O que o legislador pretendeu evitar, aliás, com muito acerto, foi tão somente a precipitação na realização da "justiça instantânea" e a possibilidade de o Tribunal passar ao julgamento do mérito sem que antes o tenha feito o órgão monocrático, quando ainda existirem questões fáticas que demandem a produção de prova para serem dirimidas. Mais que isso seria, conclusivamente, imunizar os efeitos da reforma.

Nesse passo, concluímos como conclui Dinamarco (2003a, p. 166) que:

A síntese das exigências postas no novo § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil é: julgar o mérito sem que haja julgado o juiz de primeiro grau, quando toda a instrução processual já estiver exaurida ou quando, nos termos dos incs. I e II do art. 330, for admissível o julgamento antecipado do mérito.

Cumprir registrar, ainda dentro de uma interpretação extensiva da norma, a inteligente crítica acerca do equívoco do legislador quanto à inserção da partícula "e" ao § 3º do art. 515, a qual permite uma primeira impressão no sentido de que existem dois requisitos que devem estar concomitantemente presentes para a possibilidade de o Tribunal prosseguir no julgamento do mérito, a saber, a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

A leitura que vem sendo efetuada pela doutrina⁶⁶ ganha relevo quando sustenta que a referida partícula "e" deve ser lida como "ou", de forma que basta uma ou outra situação estar presente para a legitimidade da atuação do Tribunal.

⁶⁶ Nesse sentido, CHEIM JORGE E OUTROS (2003, p. 143-144) e MALLETT (2003, p. 191-193).

Estêvão Mallet (2003, p. 191-192) sustenta que a partícula "e" nem sempre representa adição, senão designação de ordem ou alternância, ilustrando seu argumento com o seguinte exemplo:

Refere-se o art. 475, inciso I, do CPC, ao tratar do reexame necessário, à sentença "proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público". A despeito do duplo emprego do "e", a ninguém ocorrerá dizer que está sujeita ao reexame necessário apenas a sentença simultaneamente contrária a todas as pessoas mencionadas. A função alternativa - e não aditiva - das partículas é, no caso, inegável.

No mesmo sentido, é a conclusão do capixaba Flávio Cheim Jorge quando afirma que "a conjuntiva aditiva 'e', inserta no § 3º supra, deve ser lida e interpretada como disjuntiva 'ou'. Não há necessidade de a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estar em condições de imediato julgamento. Basta uma situação ou outra e não as duas" (CHEIM JORGE, DIDIER JR. E RODRIGUES, 2003, p. 143-144).

7.2.1 Ampliação da Extensão do Efeito Devolutivo da Apelação: Sentenças Definitivas *Citra Petita* e Pedidos Cumulados.

Já frisamos anteriormente que a extensão do efeito devolutivo da apelação diz respeito aos pedidos formulados no recurso, ao passo que a profundidade diz respeito aos seus fundamentos.

Com a inserção do § 3º ao art. 515, ampliou-se a extensão do efeito devolutivo da apelação, permitindo que o Tribunal não mais se restrinja aos limites da sentença apelada e, conseqüentemente, ao objeto da impugnação.

Diante dessa premissa, passamos a analisar a hipótese de apelação contra sentenças *citra petita* e em ações com cumulação eventual ou sucessiva de pedidos.

Exemplificando as hipóteses, temos **(i)** uma ação em que o autor pleiteia o valor de R\$10.000, 00 (dez mil reais) a título de danos materiais e R\$ 50.000,00 (cinquenta

mil reais) a título de danos morais; **(ii)** uma ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse, ou ação de anulação de título cambial cumulada com perdas e danos. O que há de comum nos exemplos formulados é o fato de que o juiz tem por dever julgar todos os pedidos, nada além deles, mas todos eles.

No primeiro caso, um pedido não é prejudicial ao outro, de forma que ambos devem ser julgados, independente do resultado do seu antecedente. Já na segunda hipótese, o segundo pedido (ou a segunda ação) somente será apreciado no caso de acolhimento do primeiro. Assim, somente após julgar procedente o pedido de rescisão contratual, o julgador passará a apreciar a reintegração de posse pretendida.

Problema que surge, no segundo exemplo, é quanto à rejeição de um dos pedidos, já que acarretará não apreciação do segundo. Adotando o exemplo anterior, julgado improcedente o pedido de rescisão contratual, prejudicada estará a apreciação do pedido reintegratório.

Em ambas as hipóteses mencionadas acima, recorrendo o autor, a extensão do efeito devolutivo devolverá ao Tribunal o capítulo relativo ao pedido formulado, bem como, em profundidade, todas as questões e fundamentos relativos a esse capítulo (art. 515, §§ 1º e 2º) ⁶⁷.

Quanto às ações cumuladas, elas não entram na verticalidade da devolução, já que não se trata de questões ou fundamentos, mas, como referido, de ações autônomas. A sua apreciação depende de pedido expresso a ser formulado no recurso de apelação, sob pena de transitar em julgado. Tal hipótese situa-se na extensão do efeito devolutivo.

Resolvido esse primeiro problema, deparamos com outro, a saber, a possibilidade de o Tribunal analisar o pedido cumulado, já que ele seria apreciado pela primeira vez, posto que não decidido em primeiro grau.

⁶⁷ Sobre a profundidade do efeito devolutivo da apelação, vide item 6.2.2 .

Das lições de Flávio Cheim Jorge (2003, p. 274), extraímos as primeiras conclusões a respeito do tema. Tratando da questão de cumulação sucessiva de pedidos, o doutrinador capixaba questiona exatamente se o Tribunal, reconhecendo a procedência do pedido principal, poderia julgar o pedido dependente, que não foi apreciado e valorado em primeiro grau. Responde o ilustre professor que o problema é resolvido justamente pela introdução do § 3º ao art. 515.

Acrescemos, ainda, que o mesmo pode ser aplicado ao caso das sentenças *citra petita*, quando o juiz monocrático deixou de apreciar pedido cumulado.

O dispositivo em comento amplia exatamente o âmbito da extensão do efeito devolutivo, permitindo que o Tribunal julgue a ação em seu mérito pela primeira vez, sem que se possa falar em usurpação de competência ou proibição de violação ao duplo grau de jurisdição.

É preciso, tão somente, que a causa esteja madura para apreciação, ou seja, que não mais dependa de atividade instrutória, seja porque já exaurida, seja porque desnecessária. Valem, para esse ponto, as mesmas observações feitas anteriormente sobre a ampliação da extensão do efeito devolutivo da apelação.

Outrossim, devemos atentar para novo problema, qual seja, o da extensão do § 3º do art. 515, também, às sentenças definitivas. Notamos que as condições de uma e de outra hipótese - sentença terminativa e sentença definitiva - afiguram-se exatamente as mesmas, no sentido de prevenir o Tribunal quanto ao esgotamento da atividade instrutória, em obediência ao contraditório e à ampla defesa e, conseqüentemente, ao devido processo legal. Além disso, num e noutro caso, o processo deve estar pronto para o julgamento de mérito, considerando-se que tal julgamento não foi efetivado tão somente por circunstâncias específicas que impediram o juízo *a quo* de fazê-lo, embora a causa já estivesse madura para tanto.

A autorizada voz de Flávio Cheim Jorge ecoa afastando qualquer dúvida a respeito desse tema, no sentido de que "Em que pesem os aspectos que giram em torno desses institutos, se é possível ao Tribunal julgar a lide quando se está diante de sentença processual (art. 267), com muito mais razão poderá julgá-lo quando a

sentença, mesmo que por força legal, seja de mérito (art. 269)" (CHEIM JORGE, DIDIER JR. e RODRIGUES, 2003, p. 145).

Pensamos, pois que o fato de ter havido sentença terminativa ou definitiva não deve importar para a atividade a ser exercida pelo Tribunal, pois, em ambos os casos, o juízo *ad quem* julgará o mérito pela primeira vez.

O detalhe, a que decerto se apegarão os formalistas e os avessos às mudanças, com a devida vênia, reside na qualificação da sentença proferida em primeiro grau; entretanto, como dito, não é esse aspecto que importa para o problema em tela, já que, em ambos os casos, o Tribunal primeiro afastará o *error in procedendo* ou *in judicando*, para, então, apreciar o mérito da demanda.

Em determinado momento, esse sim crucial para a legitimidade da atividade do Tribunal, as demandas definidas por sentenças terminativas ou definitivas se igualarão, desde que estejam maduras para julgamento definitivo. Assim, não poderá constituir óbice ao prosseguimento do julgamento pelo Tribunal o fato de a apelação derivar de sentença definitiva, conforme as razões expostas.

Para chegar a tal conclusão, apoiamo-nos novamente na sempre precisa e autorizada doutrina de Flávio Cheim Jorge, que, com uma percepção irretocável, assim se manifesta:

Atualmente, em virtude da modificação introduzida, cremos que as soluções tradicionalmente aceitas devem ser, no mínimo, remodeladas. De imediato se deve afastar o argumento de que o tribunal não poderá conhecer do pedido não julgado em razão da usurpação de competência. Desde que a causa esteja madura, o tribunal pode e deve julgar o pedido. Além disso, a circunstância de não estar diante de uma sentença processual (art. 267), tal como previsto no § 3º, pelas mesmas razões acima aludidas, não há qualquer óbice ⁶⁸ (CHEIM JORGE; DIDIER JÚNIOR E RODRIGUES, 2003, p. 145-146).

⁶⁸ Ricardo de Carvalho Aprigliano coaduna do mesmo entendimento (2003, p. 132).

No mesmo sentido, e com a mesma percepção, manifesta-se o ilustre professor José Rogério Cruz e Tucci (2002, p. 99) ao comentar sobre a reforma:

Devolvida a cognição ao tribunal *ad quem*, a partir da vigência da lei agora promulgada, independe a natureza da sentença recorrida - *terminativa* ou *definitiva* -, visto que a causa poderá ser julgada pelo mérito em segundo grau. Bastará, para tanto, que o *thema decidendum* seja considerado exclusivamente de direito (*quaestio iuris*) e que - na dicção do texto legal - "esteja em condições de imediato julgamento", isto é, não exija produção de qualquer prova.

Além dos métodos e formas de interpretação normativa que se aplicam aqui na mesma medida, a alusão à releitura das soluções tradicionalmente aceitas para tratamento das regras processuais e procedimentais encontra fundamento, também, no que a mais autorizada doutrina denomina de princípio da adaptação do procedimento ou princípio da elasticidade processual.

Em obra que analisa profundamente o formalismo no direito processual civil, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1997, p. 116) refere-se à adaptação do procedimento nas seguintes lições:

Em relação à organização do procedimento, a questão não surge com grande intensidade, porque tende a se relativizar em face das circunstâncias concretas da causa. Vigora no particular o princípio fundamental da adequação, também chamado da adaptabilidade. O principal sustentáculo dessa idéia encontra-se, sem dúvida, na necessidade de se emprestar a maior efetividade possível ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de realização do direito material.

Na mesma linha de pensamento, José Roberto dos Santos Bedaque (2003b, p. 60-61) ensina que tal princípio visa à concepção de um modelo procedimental que permita a sua adaptação às circunstâncias da relação material, objetivando, sempre, a obtenção do resultado do processo. O ilustre professor paulista, embora não tratando da reforma em questão, brinda-nos com exemplo que recai "como uma luva" à hipótese:

Exemplo claro de princípio da adaptabilidade consiste na possibilidade de julgamento antecipado, quando circunstâncias inerentes à relação substancial tornarem dispensável dilação probatória (CPC, art. 330, I). Verifica-se, aqui, a influência que o direito material acarreta no procedimento, o que reforça a idéia da necessidade de relativizar o binômio, a fim de que sejam alcançados os objetivos do direito processual (2003b, p. 61).

E adiante, conclui:

Processo é instrumento para a realização do direito material, nas situações em que tal não se deu espontaneamente. Seu escopo é atuar o direito e pacificar. Não obstante distinto de seu objeto, a ele se liga por *nexo de finalidade*.

Existe, pois, nítida tendência de superação do procedimento ordinário com adoção de formas procedimentais específicas e adequadas ao direito litigioso ⁶⁹ (2003b, p. 61).

Tais idéias foram consagradas no ordenamento processual brasileiro com nítida influência do direito italiano, que, nas palavras de Piero Calamandrei, não significam somente a faculdade das partes na escolha do procedimento, mas, sobretudo, no poder do juiz e das partes de seguir, na marcha do procedimento adotado, o caminho que melhor atenda às dificuldades e ao ritmo da causa. Assim, conclui o mestre florentino (2003a, p. 317):

Basta observar que nesta distribuição melhor se manifesta o constante propósito de toda a reforma, qual seja o de construir o processo não como um esquema rígido em que as energias se percam inutilmente sem servir à finalidade, mas como um mecanismo sensível e adaptável a todas as exigências, no qual o órgão julgador possa facilmente, segundo as necessidades da causa, de maneira que possa oferecer às partes, nas várias fases de que o processo se compõe, as qualidades que melhor sirvam para atingir as finalidades próprias daquele momento.

Assim, em vista de seu escopo primeiro - realização do direito material -, o processo não pode mais se manter apegado a formalismos exacerbados, como a impossibilidade de conferir às sentenças definitivas o mesmo tratamento dispensado pelo § 3º do art. 515 às sentenças processuais. Seria, no mínimo, retardar a realização do direito material, além de mitigar o escopo do processo.

Valem ser registradas as oportunas e adequadas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (1997, p. 21) acerca da aplicação das leis. Embora se referindo à atividade do juiz, certo se faz que as premissas por ele lançadas se estendem a todos os processualistas e operadores do direito.

O juiz, por sua vez, ao interpretar as normas processuais, deve estar ciente de que a sua função é comprometida com o conteúdo do direito do seu

⁶⁹ Em trabalho posterior, o mesmo processualista afirma que "não é mais admissível a previsão de um processo genérico, ao qual devem ser submetidas todas as situações substanciais, como se essas devessem se adaptar aos cânones procedimentais" (BEDAQUE, 2003c, p. 25).

momento histórico. Não cabe a ele, assim, aplicar friamente a lei, quando esta possa conduzir a resultados desvirtuados, seja porque não foi adequadamente elaborada, seja porque não mais corresponde às necessidades sociais. O juiz que apreende o conteúdo do direito do momento em que vive saber reconhecer o texto de lei que não corresponde às expectativas sociais e extrair da Constituição os elementos que lhe permitem decidir de modo a fazer valer o conteúdo do direito do seu tempo.

As mesmas considerações que fizemos acerca da opção legislativa em não equiparar expressamente o § 3º do art. 515 ao art. 330, I, do CPC cabem perfeitamente para a aplicação do citado parágrafo às sentenças definitivas. As reformas que se realizam no sistema legal devem atingir o seu escopo, ainda que para isso seja necessária a contribuição da doutrina, sob pena de escoar como água e acabar perdendo-se.

Nesse sentir, escreveu Barbosa Moreira (2001, p. 236), em artigo que trata dos mitos que norteiam o futuro da justiça, abordando o *quarto mito*, que qualificou, ludicamente, como "a onipotência da norma (ou: 'vale o escrito')":

Antes de reformar a lei processual (*rectius*: qualquer lei), mandam a lógica e o bom senso que se proceda ao diagnóstico, tão exato quanto possível, dos males que se quer combater e das causas que os geram ou alimentam. Nenhum médico digno desse nome prescreve remédios e tratamentos sem inteirar-se de que mal padece o doente, e por quê. Se o nosso intuito, v.g., é o de acelerar a máquina da justiça, necessitamos saber quais as peças que estão rendendo menos, e como penetra no mecanismo a areia que as desgasta. Sem essa prévia verificação, nenhum critério sólido teremos para empreender o trabalho da reforma. Corremos o risco de atacar moinhos de ventos, enquanto deixamos em paz e sossego os verdadeiros inimigos.

8 AMPLIAÇÃO DA EXTENSÃO DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO E A *REFORMATIO IN PEIUS*

A inovação trazida com a inserção do § 3º ao art. 515 do CPC trouxe consigo uma questão que suscita dúvidas entre os doutrinadores em função da possibilidade de configuração da *reformatio in peius*.

Na hipótese, tendo o juiz extinguido o processo sem julgamento do mérito, manifesta-se uma decisão favorável ao réu e desfavorável ao autor. Apelando o autor e dando, o Tribunal, provimento ao recurso de apelação, poderá adentrar no julgamento do mérito e, eventualmente, julgar improcedente o pedido inaugural do autor, ainda que o órgão *a quo* não o tenha feito anteriormente.

Ou seja, a ampliação da extensão do efeito devolutivo da apelação traz em si o caráter comum da apelação, permitindo que venha a se configurar para aquele que recorreu, mesmo com o provimento de seu recurso e sem a interposição de recurso pela outra parte, uma situação de piora decorrente de previsão legal, denominada de *reformatio in peius*.

Assim, é preciso nos indagar: quando o dispositivo em questão afirma que, "nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (artigo 267), o *tribunal pode julgar desde logo a lide*, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.", estar-se-ia criando uma faculdade ou um dever para o Tribunal ? Como se fixa, na instância recursal, o objeto do processo? Ou ainda, há necessidade de pedido do recorrente para que o Tribunal ultrapasse os limites da sentença apelada e julgue o mérito da demanda?

Antes, porém, de adentrarmos a tentativa de resolução das indagações postas acima, traçaremos um breve panorama da *reformatio in peius*, bem como dos princípios que envolvem o instituto.

8.1 *REFORMATIO IN PEIUS*: DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO AO PRINCÍPIO INQUISITIVO.

É sabido que, no sistema romano, a organização judiciária era totalmente ligada à função administrativa, para a qual a hierarquia era - como ainda é - absolutamente necessária. Era natural, portanto, que um magistrado se sobrepusesse a outro, numa relação de subordinação hierárquica. Assim, não poderia o juiz hierarquicamente superior vincular-se às decisões do juiz inferior. Ao contrário, em razão da hierarquia, incumbia ao juiz superior, dotado de pleno poder decisório, rever e corrigir a decisão de seu subordinado hierárquico, mesmo para modificá-la totalmente. Daí decorria o caráter comum da apelação - *beneficium commune* - que possibilitava a *reformatio in peius*.

Assim, o *beneficium commune* se manifesta quando o apelo de uma parte serve à outra, ensejando devolução integral da matéria ao órgão superior.

Diante dessa premissa é que, no período romano justiniano, não se fazia necessário que o apelado interpusse recurso de apelação, sendo-lhe facultado, nas contra-razões, impugnar a sentença e pleitear a sua reforma. Além disso, ainda que o recorrido não comparecesse para contra-arrazoar a apelação, o Tribunal poderia corrigir, de ofício, eventual injustiça que reconhecesse no processo.

Interessante salientar, segundo as lições de José Carlos Barbosa Moreira (1971, p. 150), que o benefício comum não se firmava como característica fundamental da apelação no direito romano, na medida em que somente se manifestava diante da inércia de uma das partes no procedimento recursal.

Diferentemente do direito romano, ensinam José Carlos Barbosa Moreira (1971, p. 151) e Luiz Machado Guimarães (1962, p. 71), entre outros, que as Ordenações Filipinas procederam à expressa previsão do *beneficium commune* para o recurso de apelação. Nesse ponto, remetemos o leitor, consoante os doutrinadores e respectivas obras citadas neste parágrafo, a uma evolução histórica da *reformatio in peius*, em vários ordenamentos processuais.

Atendo-nos ao direito brasileiro, temos que o caráter comum da apelação, e a conseqüente possibilidade de *reformatio in peius*, por influência das Ordenações Filipinas, veio repetida na Consolidação de Ribas, da seguinte forma:

Art. 1.581. Se se conhecer que a sentença apelada fez agravo ao apelado, e não ao apelante, a emendarão a favor daquele; salvo se o apelante houver descido da apelação, renunciado a ela e oferecer-se para apagar todas as custas, porque não se conhecerá mais da apelação (MENDONÇA LIMA, 1976, p. 341).

Após a proclamação da República, alguns Códigos Regionais proibiram expressamente o benefício comum da apelação, outros se omitiram a respeito do tema, tendo, ainda, um último grupo seguido o direito tradicional, admitindo-o. Alcides de Mendonça Lima (1976, p. 343) ressalta, ainda, que a jurisprudência brasileira já caminhava pela não admissão da *reformatio in peius*, tornando-se cada vez mais escassas as decisões que lhe eram favoráveis.

E nesse cenário, em que fazia parte da tradição brasileira a admissão da *reformatio in peius*, embora cada vez mais perdendo a sua força de aplicação, é que entrou em vigor o Código de Processo Civil de 1939, trazendo à tona o assunto diante da imprecisão da redação de seu art. 824, que assim dispunha: "A apelação devolverá à superior instância o conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas na ação".

A posição de maior relevo no tocante à admissão da *reformatio in peius* no direito brasileiro, à luz da interpretação do dispositivo supracitado, foi a de Enrico Tullio Liebman, que defendeu a licitude da possibilidade em nota às Instituições de Giuseppe Chiovenda (2000b, p. 307), afirmando que "Desconhece o direito brasileiro a regra que proíbe a *reformatio in peius* da sentença apelada; isto porque conservou o conceito tradicional da *comunhão* da apelação em seu pleno significado".

Cumpramos, neste momento, a pertinente lição de José Carlos Barbosa Moreira (1971, p. 150) no sentido de que no direito brasileiro não existia disposição expressa a respeito da *reformatio in peius*, cabendo ao intérprete, mediante interpretação sistemática, verificar a solução que melhor se harmonizava com o conjunto vigente.

Assim, a doutrina caminhou, à luz da interpretação proposta pelo processualista carioca, no sentido de negar a possibilidade da *reformatio in peius* no Código de 1939, apesar da autorizada voz de Enrico Tullio Liebman⁷⁰.

A razão fundamental para a proibição da *reformatio in peius* situava-se na manifestação do princípio dispositivo, bem como na própria extensão do efeito devolutivo da apelação.

Nas sábias lições do processualista da Guanabara (BARBOSA MOREIRA, 1971, p. 158-159), a questão que envolve a vedação ou admissão da *reformatio in peius* é de política legislativa, que se sujeita a valorações variáveis em cada ordenamento jurídico, concluindo que "É exato, enfim, que à lei cabe dosar a aplicabilidade do princípio dispositivo, e no direito brasileiro, indubitavelmente êle se vê combinado em larga medida com o seu contrário, o princípio inquisitivo".

A controvérsia surgida na vigência do Código de 1939 foi dissipada com a edição do Código de 1973, cujo art. 515, caput, trouxe o brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*, sendo o princípio dispositivo e a extensão do efeito devolutivo institutos inibidores da *reformatio in peius*, na medida em que, por eles, é devolvida ao Tribunal somente a matéria impugnada, vedando-se ao Tribunal cobrir área maior do que a delimitada pelas partes. Além disso, a adoção do Recurso Adesivo (art. 500 CPC) veio dissipar qualquer consideração nesse sentido.

Com a inserção do novel § 3º ao art. 515 do CPC, entretanto, ampliou-se a extensão do efeito devolutivo da apelação, permitindo ao Tribunal o julgamento de matérias não impugnadas pelo recurso e, conseqüentemente, a possibilidade de *reformatio in peius*.

Como dito anteriormente, a vedação da *reformatio in peius* faz parte da tradição brasileira desde a edição do CPC de 1939, época em que as manifestações quanto

⁷⁰ Com a precisão que lhe é peculiar, José Carlos Barbosa Moreira (1971, p. 156) rebate, com elegância, os argumentos do mestre italiano, demonstrando que eles não eram passíveis de autorizar a *reformatio in peius*.

a licitude do instituto não ganharam relevo suficiente a considerá-la como uma possibilidade.

Ocorre que a questão ressurgiu, agora com força suficiente a autorizá-la, e acaba por promover mudanças em uma cultura secular de segurança jurídica. É preciso indagar, pois, qual é o poder de disposição das partes e qual é a posição a ser adotada pelo Tribunal diante da previsão contida no § 3º do art. 515 do CPC.

Vale, aqui, transcrever a autorizada doutrina de Piero Calamandrei (1929, p. 303) acerca da possibilidade de reconhecer ao juiz de apelação o poder de reformar *in peius*, sem a necessidade de apelo incidental:

In conclusione, per riconoscere al giudice di appello il potere di r.i.p. a carico dell'appellante, senza bisogno di appello incidentale della controparte, bisognerebbe ammettere: o che possa una parte efficacemente devolvere al giudice *ad quem* una controversia su cui il primo giudice le ha dato ragione, e con ciò si contraddirebbe al principio secondo il quale la soccombenza è condizione del diritto di impugnativa; o che possa il giudice d'appello riesaminare una controversia non devoluta alla sua cognizione, e con ciò di contraddirebbe al principio, che domina nel processo civile, *ne procedat iudex ex officio*.

Sob esse prisma, é preciso investigar em que medida se verifica a aplicabilidade do princípio dispositivo e do princípio inquisitivo no âmbito do procedimento recursal.

O princípio dispositivo está ligado a uma limitação do poder de atuação do magistrado, na medida em que, por tal princípio, as partes têm total poder de disposição sobre seus direitos.

José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 90), em profunda obra sobre os poderes instrutórios do juiz, traça a exata delimitação do princípio dispositivo quando nos ensina que esse princípio está ligado à relação material e não à relação processual, de sorte que se tratando de direito disponível "as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão".

Das lições de J. R. Bedaque podemos concluir que o princípio dispositivo limita o juiz no que tange aos atos processuais que as partes podem praticar com relação ao seu direito disponível. Agora, no entanto, segundo as lições de Ada Pellegrini Grinover (1999, p. 07), "A disponibilidade do direito material não influi sobre o processo, que, como instrumento de função estatal, tem invariavelmente natureza pública e cuja finalidade social, de pacificar com justiça não se altera consoante seu objeto".

Nesse sentir, permanece sob o poder das partes o prolongamento da situação de litispendência a se concretizar com a interposição dos recursos, premissa essa que podemos extrair das próprias disposições do Código vigente, eis que esse diploma sempre faculta às partes a sua interposição.

Importante destacarmos que, com a reforma, não deixa de se configurar, como requisito de admissibilidade, a sucumbência ou o interesse recursal. O que deixa de existir é a limitação à devolução da matéria, dada a ampliação da extensão do efeito devolutivo da apelação ⁷¹.

Entendemos, pois, que a extensão do efeito devolutivo não mais se reflete no brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*, já que o juiz não mais "conosce soltanto di quelle controversie di cui lo investe la iniziativa delle parti, e nei limiti di tale iniziativa" (CALAMANDREI, 1929, p. 301).

Assim, o princípio dispositivo vai continuar se manifestando quanto à opção, a faculdade de interpor ou não o recurso, porém, agora, com a possibilidade de, no julgamento de tal recurso, haver uma piora ⁷² da situação inicial do recorrente. Tal hipótese poderá ocorrer (i) nos casos de sentença terminativa, com a modificação para uma sentença de improcedência do pedido inaugural e (ii) nos casos de sentença definitiva, de mudança no pronunciamento inicialmente manifestado.

⁷¹ Não podemos nos esquecer de que o interesse, manifestado pela sucumbência, é a medida da interposição recursal, sem o qual falta ao recorrente requisito de admissibilidade, culminando com o não conhecimento do recurso interposto.

⁷² Muito se fala acerca da reforma *in peius*, mas também refugia ao juiz a possibilidade de reforma *in melius*, o que poderá agora, também se configurar com a extensão da atividade cognitiva do tribunal.

Dessa forma, enquanto o processo permanecer em curso, inclusive com o exercício da faculdade de interposição do recurso, fortalece-se o impulso oficial e diminui-se o poder de disposição da parte. Com a mudança do sistema, os litigantes devem antever tal possibilidade e optar entre interpor a apelação e ajuizar nova demanda, nesse último caso, para a hipótese de sentença terminativa. Nesse sentido, conclui Bedaque (2003a, p. 454-455):

Admitida essa premissa, chega-se à conclusão inexorável de que o sistema processual brasileiro passou a admitir, ainda que em caráter excepcional, a *reformatio in peius*. O apelante pretendia simplesmente a cassação da sentença terminativa e acabou recebendo pronunciamento de mérito contrário a seus interesses. Sem dúvida, sua situação piorou com o resultado do julgamento em 2º grau. Mas a solução é previsível e justificável, pois representa simplesmente a antecipação de um resultado que, mais cedo ou mais tarde, viria a ocorrer. Aceita-se a limitação ao duplo grau, princípio inerente ao sistema, mas não dogma intangível, em nome da celeridade processual, especialmente porque não se vislumbra prejuízo a qualquer das partes.

O autor sabe de antemão o risco de optar pela apelação. Caso não pretenda corrê-lo, poderá propor nova demanda, eliminando os vícios que acarretaram a extinção do processo.

Como visto, as partes continuam com o poder de praticar atos de disposição relativos ao seu direito disponível; continua facultada a elas a interposição do recurso sem que se cogite que tal poder passe ao âmbito da iniciativa oficial do juiz. Além disso, como reflexo do princípio dispositivo, continua sob poder das partes a delimitação de seu pedido ao ajuizar a demanda, não se permitindo que o juiz julgue fora dos limites desse pedido (arts. 128, 459, 1ª parte e 460, todos do CPC).

O que sofre alteração, com a ampliação da extensão do efeito devolutivo da apelação é a atividade cognitiva do Tribunal sobre o *thema decidendum* outrora fixado, passando ele da esfera dispositiva para a esfera inquisitiva, de modo a permitir que o órgão *ad quem* decida, até mesmo, para piorar a situação do recorrente no tocante à área não delimitada pela interposição do recurso e sem que tenha havido insurgência da parte adversa.

Com a reforma implementada, entendemos que as partes não são mais os únicos árbitros da extensão do pedido recursal, já que poderá haver devolução total como consequência de apelação parcial, logicamente, dentro das hipóteses já fixadas anteriormente (vide Cap. 7).

A relação de causa e efeito entre a interposição do recurso e a devolução da matéria foi alterada. O princípio dispositivo continua a se manifestar na faculdade de interposição do recurso, porém, a partir de sua interposição, a devolutividade inerente a tal ato não mais se limita à impugnação delimitada pelo recorrente, incidindo, aí, o princípio inquisitivo.

Nota-se, desde então, a presença da principal característica do princípio inquisitivo, qual seja, a prevalência da atividade do juiz sobre a atividade da parte.

Quando mencionamos acima que a atividade do Tribunal, quanto ao *thema decidendum*, passa da esfera dispositiva para a esfera inquisitiva, queremos dizer que se concretiza um caminhar no sentido de privilegiar o caráter público da função jurisdicional e da própria realização da justiça, como declaração e entrega do direito material a quem realmente o possui, reduzindo o interesse particular do recorrente.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover (1999, p. 08), ao tratar da concepção publicista do processo e de sua função social, discorre com clareza:

O direito processual é regido por princípios publicistas e tem fins que se confundem com os objetivos do Estado, na medida em que a jurisdição é uma de suas funções. Os objetivos da jurisdição e do processo não se colocam com vistas às partes e a seus interesses, mas em função do Estado e de seus objetivos. Pacificar com justiça é a finalidade social da jurisdição e quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da paz social.

A correta prestação da tutela jurisdicional e a sua entrega tempestiva configuram-se como questões de ordem pública, eis que, mesmo sendo privada a relação material, o Estado tem interesse em prestá-la da melhor maneira possível (BEDAQUE, 2001, p. 92). Por tal razão, entendemos que a reforma ora introduzida trouxe um novo procedimento para as hipóteses de apelação previstas no § 3º do art. 515, retirando do poder dispositivo das partes a limitação da extensão do efeito devolutivo da apelação, passando esse poder ao impulso oficial do julgador.

Das premissas acima lançadas, concluímos que, quando as partes se comportam, dentro do processo, de acordo com seus próprios interesses, estão, no fundo, colaborando, ainda que involuntariamente, para a satisfação da justiça.

Nesse passo, é interessante ressaltarmos, por meio da autorizada voz de Luiz Machado Guimarães (1962, p. 58), que a apelação romana tinha efeito comum a ambas as partes porque, uma vez interposta pelo recorrente, o julgamento se realizava mais no intuito de resguardar o interesse da justiça do que, propriamente, o interesse da parte.

Voltamos a frisar que o limite da atuação do juiz está na faculdade de interposição do recurso, na qual se respeita e se manifesta o princípio dispositivo; dissemos, como disse Calamandrei (2003a, p. 327), que o que ocorre é o estabelecimento de uma nova ordem de limites entre a iniciativa das partes e os poderes do juiz. "Não negação de liberdade, e sim, nova regulamentação da liberdade das partes".

O mestre italiano nos deixou indagações e conclusões demasiado pertinentes no tocante ao modo de conceder ao juiz os poderes de iniciativa ligados às finalidades públicas de seu ofício sem invadir a esfera de autonomia privada que o direito substancial reserva às partes (CALAMANDREI, 2003a, p. 328).

Na mesma linha, J. C. Barbosa Moreira (1985, p. 147-148), criticando com fervor a absurda idéia do juiz como "suserano imposto à vassalagem das partes" e esclarecendo que deve haver uma colaboração entre ambos, ensina que "A ampliação dos poderes do órgão judicial não tem como contrapartida necessária o amesquinamento do papel das partes, nem a eliminação, ou sequer redução, das garantias a que fazem jus, e tampouco da responsabilidade que sobre elas pesa".

Ao tratar do desejado equilíbrio entre o princípio dispositivo e o princípio inquisitivo, Piero Calamandrei propõe a introdução de um sistema intermediário, qual seja, o de impulso da parte estimulado pelo juiz. Segundo ele, "mesmo quando as partes conservam o poder de dispor da causa, a 'direção do processo' deve concentrar-se nas mãos do juiz" (2003a, p. 333). E prossegue, concluindo:

O impulso da parte deve ser reconhecido em seu aspecto negativo, isto é, no sentido de que as partes, assim como tinham o poder de dar vida ao processo, deviam ter também o poder de fazê-lo cessar: quando as mesmas se põem de acordo em declarar que nada têm a pedir ao juiz, a continuidade do processo, sem conteúdo, pela só satisfação do impulso

oficial, estaria em contradição com o próprio princípio da demanda (2003a, p. 330-331).

As lições acima transcritas nos levam a caminhar não só para a valorização da função pública da atividade jurisdicional ⁷³ e, conseqüentemente, para maior incidência do princípio inquisitivo, mas também a estimular as partes a se comportarem com boa-fé, sem intuitos protelatórios, inclusive no âmbito recursal, e com maior atenção e valorização da técnica quanto ao atendimento das condições da ação e dos pressupostos processuais no tocante ao ajuizamento da demanda, bem como no tocante à instrução probatória.

Dissemos anteriormente que as conclusões de Enrico Tullio Liebman quanto ao não conhecimento, pelo Código de 1939, de vedação à *reformatio in peius* não tiveram forças suficiente para se destacar como possibilidade. Naquele contexto, destacava Liebman que o *beneficium commune* da apelação derivava "de uma diferente concepção do processo de segunda instância e de suas relações com a iniciativa das partes" (CHIOVENDA, 2000b, p. 309).

Notamos que, mesmo sob a vigência do código revogado e, portanto, muito antes da reforma ora em análise, Liebman nos brinda com percepções que são absolutamente aplicáveis ao cenário contemporâneo, em que se amplia significativamente a extensão do efeito devolutivo da apelação. Nesse sentido, Liebman conclui que:

O *beneficium commune* corresponde a uma concepção menos individualística e mais fortemente publicística do processo, porque significa que a parte tem, é certo, liberdade de recorrer ou não; mas o juiz superior, uma vez chamado a decidir, pode julgar livremente, segundo o que resultar do processo, sem estar obrigado a seguir um caminho determinado, conforme a iniciativa do recurso tenha cabido a uma ou outra parte (CHIOVENDA, 2000b, p. 309).

Esse é o cenário atual, que quebra, em certa medida, a limitação da devolutividade recursal pelas partes, fazendo com que a apelação seja comum a ambos os litigantes, de forma a permitir a *reformatio in peius*.

⁷³ Quando falamos em função pública da atividade jurisdicional, queremos nos referir às normas de direito processual que são de direito público, porque disciplinam as atividades do juiz e das partes, ou seja, relacionam-se com o modo de exercício do poder pelo Estado.

Não é nossa pretensão tratar a *reformatio in peius* como consequência necessária aos julgamentos havidos dentro das hipóteses contempladas no § 3º do art. 515 do CPC e nas demais, anteriormente formuladas. Em verdade, tentamos demonstrar que o instituto volta a ter incidência no sistema processual brasileiro, diante da substancial modificação na tratativa do procedimento realizado em segundo grau de jurisdição. A incidência do princípio dispositivo ganha menos relevo nessa etapa, na medida em que ganha maior contorno o princípio inquisitivo, fortalecendo-se a atividade jurisdicional e privilegiando-se a efetividade do processo.

De suma importância voltar a frisar que não se está impondo, como disse Barbosa Moreira, uma relação de suserania e vassalagem entre juízes e partes, mas sim buscando-se um equilíbrio entre os poderes de cada qual, dosando-os e aplicando-os aos casos concretos, com vistas a permitir a entrega da prestação jurisdicional de forma correta e tempestiva.

Nesse contexto, a *reformatio in peius* não é concebida como autoritária ou violadora das garantias conferidas às partes, mas sim como uma abreviação dos caminhos a se percorrer, ou seja, como antecipação do que aconteceria futuramente. Em outras palavras, antes da edição da Lei nº 10.352/02, o provimento da apelação contra sentença terminativa faria com que o processo fosse remetido ao juízo de primeiro grau para julgamento, sendo que este, apreciando o pedido inicial poderia, da mesma forma, julgá-lo improcedente por meio de sentença definitiva.

É derradeira a lição de Dinamarco (2003a, p. 171):

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 constitui mais um lance na 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.

Nesse ponto de encerramento, merece destaque a interessante percepção de Fábio César dos Santos Oliveira (2004, p. 148), no sentido de que:

A introdução do § 3º ao art. 515 do CPC combate vazias construções doutrinárias tradicionais que pouco colaboraram para tornar efetiva a tutela

jurisdicional e conforma-se às sinceras preocupações de tornar a instrumentalidade um parâmetro inafastável ao direito processual.

Dessa feita, o poder de disposição das partes permanece, porém, passa a ser dosado com uma maior atividade oficial no direcionamento do processo, bem como com a conciliação do devido processo legal com a celeridade e efetividade do processo.

8.2 AMPLIAÇÃO DA EXTENSÃO DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO: FACULDADE OU DEVER PARA O TRIBUNAL ? NECESSIDADE OU NÃO DE PEDIDO DO RECORRENTE ?

Já firmamos anteriormente o nosso entendimento quanto à criação de uma nova competência atribuída ao órgão *ad quem*, concluindo que o Tribunal mantém a sua competência recursal, já que, para conhecer de questões "em primeira mão", é preciso que a parte, munida de seu poder de disposição, interponha o recurso de apelação.

O que se altera, em verdade, é a atividade cognitiva do órgão *ad quem*, e que acaba por culminar na extensão da devolutividade da causa para seu exame. Como já dito anteriormente, seria ilógico afirmar que o Tribunal só terá competência funcional originária por intermédio de sua competência funcional recursal, porém, em razões de ordem prática, é isso que se revela já que a parte precisa apelar para que o Tribunal julgue a causa pela primeira vez.

Paradoxos à parte, esse misto de competência recursal com competência originária revela, ao nosso entender, um dever criado para o Tribunal. Na medida em que é atribuída e determinada a competência do órgão julgante, ele não pode encará-la como mera faculdade no tocante ao seu exercício. O termo poder, em verdade, quer significar um dever para o órgão jurisdicional.

Humberto Theodoro Júnior (2002, p. 270), analisando a reforma sob comento, define com clareza a questão do dever para o órgão judicante, nos seguintes termos:

Uma vez, porém, determinada a competência, o respectivo órgão judicante não pode ser visto como simplesmente facultado a exercê-la. A parte passa a ter um direito subjetivo à competente prestação jurisdicional, se presentes os pressupostos do provimento pretendido. Daí falar, quando se cogita de jurisdição, de poder-dever, ou mais profundamente em *função* a ser desempenhada.

No mesmo sentido, é a conclusão de Luiz Rodrigues Wambier e Tereza Arruda Alvim Wambier (2002, p. 142):

Nos inclinamos a dizer que se trata de dispositivo que encerra um *dever*, como, aliás, são quase todos os dispositivos que dizem respeito à atividade do juiz. Tratando-se de um dever, isso significa dizer que, estando presentes os pressupostos, deve o juiz, necessariamente, por economia processual, decidir o mérito da causa.

É certo, porém, que a questão sob comento não representa consenso na Academia, encontrando resistência por doutrinadores de primeira linha, como Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Júnior e Marcelo Abelha Rodrigues (2003, p. 147) e José Rogério Cruz e Tucci (2002, p. 60).

A crítica formulada por tais doutrinadores se cinge ao fato de que, mesmo após a reforma, a regra do art. 2º (princípio da demanda) não vale unicamente para o pedido inicial, sendo aplicada analogamente aos recursos, de forma que o pedido do apelante se torna indispensável para que o Tribunal prossiga no julgamento do mérito da causa.

Nesse sentido, "Admitir o julgamento previsto no § 3º, sem que exista pedido por parte do apelante, significa em última análise negar vigência ao *caput* do art. 515, onde existe a previsão de que somente a matéria impugnada é que será devolvida ao tribunal" (CHEIM JORGE, DIDIER JR., E RODRIGUES, 2003, p. 147).

A crítica formulada pela autorizada doutrina acima referida decerto contribui para a concretização da reforma implementada, permitindo que as discussões permaneçam dialéticas. Ousamos, entretanto, discordar dos ilustres doutrinadores, uma vez que

vimos sustentando, durante nosso trabalho, que houve, de fato, uma profunda alteração no efeito devolutivo da apelação, especificamente em sua extensão, de forma que o § 3º passa a constituir uma exceção ao caput do art. 515.

A brilhante percepção de Cândido Dinamarco (2003a, p. 169) nos permite situar o tema dentro "dos limites objetivos do julgamento possível pelo tribunal", passando a refletir até onde o Tribunal poderá ir, nas hipóteses do § 3º do art. 515, quando o recorrente tenha-se limitado a requerer a reforma da sentença, nada requerendo acerca do julgamento do mérito, ou tenha postulado expressamente que o Tribunal não adentre na questão de direito material.

A caracterização da causa madura para julgamento foi objeto de capítulo específico em nosso trabalho (vide item 7.2), em que tentamos frisar, sem transacionar acerca do assunto, que devem ser respeitados o contraditório e a ampla defesa, de sorte que, sendo necessária a produção de provas, não há que se falar em prosseguimento do julgamento pelo órgão *ad quem*.

Nesse passo, o julgamento pelo Tribunal dar-se-á no mesmo momento em que se daria o julgamento pelo órgão *a quo*, sem que tenham sido privadas as partes de quaisquer oportunidades referentes ao devido processo legal.

Importante frisarmos a coincidência dos momentos entre o julgamento efetivamente proferido pelo Tribunal e o que teria sido proferido pelo juízo monocrático, de sorte que, mesmo retornando os autos ao primeiro grau de jurisdição, às partes já não seria reaberta a oportunidade de produção de provas ou alegações referentes ao mérito da questão.

Diante dessas premissas, estando a causa madura para julgamento, o brocardo *tantum devolutum quantum appellatum* não possui mais incidência, de forma a se permitir que o Tribunal cubra área maior do que a da sentença impugnada.

Já referimos anteriormente, e voltamos a frisar, que as partes não são mais os únicos árbitros da extensão do pedido recursal, de forma que poderá haver devolução total como conseqüência de apelação parcial.

O elemento volitivo, como também já dito, continua a existir e mantém-se sob o domínio das partes, entretanto, a partir do momento em que elas exercem a faculdade de interpor o recurso, transportam esse ato do seu poder dispositivo para o poder inquisitivo do juiz.

Assim, entendemos que o princípio da demanda (art. 2º, CPC) deve ser lido em conjunto com o art. 262 do CPC, pelo qual "O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial". Dessa forma, fixado o objeto do processo, não mais depende da iniciativa das partes a direção que o juízo, inclusive de segundo grau, irá exercer para cumprir sua função jurisdicional.

Nesse passo, "o novo § 3º do mesmo artigo derogou parcialmente essa regra, ao estabelecer que, nas situações que indica, o tribunal se reputa investido do poder de decidir o mérito, apesar de não ter feito o juiz inferior e ainda quando não haja pedido o apelante" (DINAMARCO, 2003a, p. 171).

Note-se que em nenhum momento defendemos ou sustentamos que haverá iniciativa do órgão *ad quem* quanto à instauração do procedimento em segundo grau de jurisdição, ao revés, continuamos a afirmar que tal ação não se desloca da esfera de ônus da parte, de forma que depende de sua exclusiva iniciativa.

Entendemos ser outro o foco da questão, ou seja, o de que, depois de instaurado o procedimento em segundo grau de jurisdição, pela inserção do § 3º ao art. 515, ao juiz cabe dotar o processo de seu impulso oficial, adentrando o julgamento do mérito e proferindo julgamento de acordo com os elementos já constantes nos autos, independente de quem tenha interposto o recurso de apelação.

O ilustre professor paulista Cândido Rangel Dinamarco (2002b, p. 662), embora não tratando especificamente da novel reforma, mas referindo-se à interposição de recursos, retrata a situação precisamente ao afirmar que "Assim como a proposição da demanda inicial é uma faculdade e um ônus, também o é a interposição da demanda recursal: salvo os casos do reexame necessário, a lei deixa à disponibilidade das partes e a seu exclusivo critério o exercício da faculdade de recorrer, ou omissão".

Nesse passo, certo se faz que por autorização expressa do legislador, o princípio inquisitivo ganha maior contorno com a inserção do § 3º ao art. 515, em termos do procedimento desenvolvido perante o segundo grau de jurisdição:

Em síntese, a extensão do efeito devolutivo da apelação foi ampliada pelo § 3º do art. 515, devendo o Tribunal aplicar de ofício a regra. O apelante não pode, sem razão plausível, simplesmente impedir a incidência do dispositivo. Se presentes os requisitos legais, os autos não retornarão mais à origem (BEDAQUE, 2003a, p. 454).

Destacamos, ainda, que o § 3º não está ligado a pedido, não sendo ele pressuposto para a sua aplicação, assim como já ocorre com os §§ 1º e 2º do mesmo art. 515. Para serem convalidadas as hipóteses e permitida a apreciação pelo órgão *ad quem* basta a interposição do recurso de apelação.

Pensamos, nesse sentido, como pensa José Manoel de Arruda Alvim (2002, p. 79) ao concluir com propriedade que:

Vale dizer, na medida em que seja necessário ao julgamento, é a existência da apelação que devolverá essa matéria, e *não um pedido que nela tenha sido feito*. Ou seja, em tais casos, a apelação é *condição necessária e suficiente*, e, uma vez admitido o seu julgamento, as matérias referidas nos §§ 1º e 2º serão objeto de julgamento, com o dever do Tribunal de virem a ser apreciadas quando do julgamento da apelação. Vale dizer, esses parágrafos (inclusive o § 3º) constituem-se em exceções ao princípio dispositivo. Este, no caso, somente existe para a decisão de apelar, pelo vencido.

Estando a causa madura para julgamento, refoge à escolha do julgador a conveniência de julgá-la ou postergá-la. Em verdade, depara-se o órgão jurisdicional com um dever de julgar o mérito de uma causa suficientemente instruída, o que nos permite concluir pela desnecessidade de pedido do apelante para que se aplique a norma em questão. Destacamos que, nesse sentido, também se manifestam Luiz Rodrigues Wambier e Tereza Arruda Alvim Wambier (2002, p. 143).

Um outro aspecto que nos chama a atenção e merece abordagem no presente trabalho é o fato de que, após o julgamento pelo Tribunal, às partes somente restarão recursos de fundamentação vinculada (embargos de declaração, recurso especial e recurso extraordinário).

Sob esse aspecto, nosso ponto de vista se manifesta no sentido de que somente o cabimento de recursos de fundamentação vinculada acabará por contribuir para a melhoria da qualidade do desenvolvimento da técnica processual, com maior observância das regras relativas à prova e dos próprios riscos que se tornarão inerentes ao sistema.

As regras do sistema sofreram mudança com a novel reforma, e tais mudanças são conhecidas pelas partes, principalmente por seus advogados e por todos os operadores do direito.

A opção entre interpor o recurso de apelação ou até mesmo ajuizar nova ação, nos casos de sentença terminativa, permanecerá, de sorte que, ao apelar contra sentença processual, as partes já saberão, de antemão e sem qualquer surpresa, o risco que correm.

No tocante a esse risco produzido pela alteração no sistema recursal, Arruda Alvim (2002, p. 78) traz adequada solução, conforme destacamos abaixo:

Nada impede, todavia, que a parte, em seu recurso, *arrazoe* com vistas a um possível julgamento de mérito; ou seja, aduzindo razões, traçando um quadro do contraditório existente no processo (ponto em que o português é expresso), postulando o recorrente a bem do seu direito em relação ao mérito. E o réu poderá, igualmente discutir o mérito, ainda que, como se disse, não pudesse ter sido *propriamente*, objeto do pedido de devolução.

Nesse ponto, ousamos considerar o fato de que a interposição do recurso passa, em larga escala, mais pela ânsia do advogado, com vistas a fazer valer a sua tese ou a recuperar sua estima profissional diante de seu cliente, do que pela vontade da parte, propriamente dita.

Além disso, a interposição dos recursos de fundamentação vinculada estará garantida como sempre esteve e nos mesmos moldes previstos para todas as outras situações em que é admissível, ou seja, desde que atendidos os requisitos necessários e indispensáveis ao seu conhecimento pelos tribunais superiores.

A propósito, é de se destacar que já convivemos com semelhante situação, qual seja, a do cabimento do recurso ordinário constitucional, que veda a insurgência do impetrado pela via desse recurso, na medida em que só permite ao impetrante a sua interposição. Aliás, essa previsão é contida no próprio texto constitucional, no art. 102, II, a e art. 105, II, b. Concluímos, portanto, que o próprio texto constitucional, ao mesmo tempo em que garante o duplo grau de jurisdição para uma parte, veda-o para a outra.

Diante desse quadro, entendemos que as partes devem-se comportar da mesma forma como se comportariam diante da interposição de apelação contra sentença definitiva, ou seja, prequestionando as matérias que pretendam levar ao conhecimento dos Tribunais Superiores. Ressaltamos, mais uma vez, que o risco inerente ao novo sistema recursal deve ser assimilado e medido por todos os que dele se valerão, de forma a conhecerem os seus desdobramentos e possibilidades, bem como suas conseqüências.

É certo, entretanto, que o órgão *ad quem* deve adotar medidas quanto à correta apreciação desse apelo, sobretudo quanto à decisão de adentrar o julgamento do mérito da demanda, já que tal julgamento dar-se-á em única instância.

Com construção digna de toda a atenção, Luiz Rodrigues Wambier e Tereza Arruda Alvim Wambier (2002, p. 143) encaram a hipótese do § 3º do art. 515 justamente sob a ótica da atividade do Tribunal, como matéria preliminar.

Segundo os renomados doutrinadores, logo que admitida a apelação, o relator verificará se o caso admite ou não continuidade de julgamento pelo mérito e submeterá a matéria ao crivo do colegiado, como preliminar de julgamento. A matéria será, assim, analisada por órgão colegiado que decidirá, por maioria ou à unanimidade, pela continuidade do julgamento pelo mérito da demanda, ou não, de acordo com as deliberações dos membros do órgão colegiado.

À guisa de conclusão, pensamos que a questão se coloca sob o prisma da ordem pública, cujo interesse em destaque é a celeridade e a efetividade do processo, valores esses que se mostram possíveis na construção ora defendida por respeitar

as garantias processuais conferidas às partes. Pensemos, ainda, por outro lado, o do benefício que a parte detentora do direito material gozará, na medida em que estaremos caminhando a longos passos e deixando para trás a morosidade do processo que tanto assombra aqueles para quem, privados da autotutela, só resta a busca pelo provimento jurisdicional.

9 CONCLUSÃO

Pelas razões expostas no decorrer do presente trabalho, procuramos demonstrar que o recurso de apelação pressupõe tão somente uma sentença, e seu cabimento não se condiciona a qualquer vício ou defeito específicos oriundos da decisão judicial, de sorte que não se condiciona sequer à sua injustiça. Assim, o recurso de apelação permite a revisão da matéria impugnada com a devolução ao Tribunal de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não decididas pela sentença de primeiro grau.

Essa é a consagração do brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*, que limita a atividade do Tribunal, em extensão, à área abrangida pela impugnação, mas, dentro desse limite ou dessa área de devolução, a apreciação, em profundidade, é total. Além disso, a admissão de novos elementos em sede recursal só é permitida em caráter excepcional, desde que comprovada a impossibilidade de terem sido apresentados anteriormente.

Por essa razão, as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais sempre foram uníssonas em afirmar a vedação do Tribunal em prosseguir no exame da causa quando o mérito não houvesse sido julgado pelo juízo *a quo*. Com esse rigorismo, havia o desnecessário retorno do processo ao primeiro grau de jurisdição para que o órgão monocrático julgasse o mérito e só após, com a interposição de nova apelação, o Tribunal passasse, também, ao exame de fundo da questão.

A idéia de devolução da matéria impugnada ao Tribunal guarda toda relação com o duplo grau de jurisdição, instituto garantidor voltado para a segurança das relações jurídicas, cuja finalidade é proporcionar um aperfeiçoamento das decisões judiciais por órgãos situados, na escala judiciária, em nível superior àquele que proferiu a decisão recorrida. O efeito do duplo grau é o de transferir ao órgão *ad quem* a competência para conhecer o objeto litigioso da demanda ajuizada.

Ocorre que a manutenção do duplo grau de jurisdição é matéria que fomenta muitas discussões doutrinárias, sobretudo pelos doutrinadores que o consideram como garantia constitucional.

Após analisarmos o duplo grau de jurisdição frente ao ordenamento constitucional e, principalmente, frente ao princípio do devido processo legal, constatamos que a garantia deste não traz em seu escopo aquele para toda e qualquer decisão proferida. Dessa maneira, entendemos ser possível assegurar-se o devido processo legal sem duplo grau de jurisdição, de forma que o duplo grau deve ser encarado como uma diretriz a ser seguida pelo legislador, devendo prevalecer em algumas hipóteses e ser desacolhida em outras, como, aliás, já ocorre em nosso ordenamento.

Em verdade, o que existe em nosso ordenamento é um duplo exame, já que, em muitas ocasiões, o processo, embora não deixe de ser reapreciado, é reexaminado por órgão situado no mesmo grau hierárquico. Nesses termos, é assegurada a possibilidade de reexame da causa por meio da interposição de recursos, prevalecendo sempre a segunda decisão sobre a primeira, independente do grau hierárquico em que esteja situado o segundo examinador.

Dessas premissas tentamos desmistificar a correlação insistentemente feita entre recursos de duplo grau. Aqueles têm como características fundamentais a voluntariedade e a obtenção de um novo julgamento, porém não necessariamente por um órgão superior. O que se exige, como garantia de boa justiça e de controle das decisões judiciais, é a concessão do direito e da faculdade de recorrer-se, e não que esse direito seja exercido mediante a revisão por órgão diverso e superior.

A concepção do duplo grau traz, como pano de fundo, a questão da hierarquia judicante, diversa da hierarquia administrativa e do próprio conceito romano do instituto. Pudemos concluir que, entre juízes, não há hierarquia com o significado de poder de mando dos órgãos superiores sobre os inferiores. O que existe, de fato, é uma competência de derrogação que permite a revisão das decisões judiciais. Assim, a hierarquia judicante se opera no plano da competência funcional e, via de consequência, na distribuição das causas entre os órgãos situados em diferentes graus de jurisdição.

Nesse sentir, a hipótese consagrada pelo § 3º do art. 515 do CPC vem sendo tratada pela doutrina como supressão de grau jurisdicional, na medida em que o

Tribunal aprecia o mérito da demanda sem que o órgão de primeiro grau o tenha feito anteriormente.

A supressão de grau jurisdicional, bem como a violação do duplo grau de jurisdição são, de fato, constatadas pela inserção do novel parágrafo, porém a competência funcional do juízo *ad quem* foi modificada pela determinação do interesse público em priorizar a efetividade e a celeridade processuais. Outrossim, notamos que esse misto de competência recursal com competência originária revela, ao nosso entender, um dever criado para o Tribunal. Na medida em que é atribuída e determinada a competência do órgão julgante, ele não pode encará-la como mera faculdade no tocante ao seu exercício. O termo poder, em verdade, quer significar um dever para o órgão jurisdicional.

Dessa forma, firmamos nosso entendimento no sentido de que o Tribunal mantém a sua competência recursal, alterando-se, em verdade, a sua atividade cognitiva e culminando na extensão da devolutividade da causa para seu exame.

Nessa linha da efetividade do processo, notamos que o legislador, em atendimento às vozes da processualística moderna, vem buscando mecanismos para, se não rechaçar o dano marginal, ao menos amenizar a sua ocorrência.

Todo esse dispêndio de tempo entre a primeira apelação, a devolução dos autos para novo julgamento, a nova apelação e a decisão pelo Tribunal contribui para a perenização dos litígios e para a intempestividade na entrega da prestação jurisdicional, fatores esses que acabam por causar dano à parte.

Esse dano causado pela excessiva demora na solução dos litígios não pôde passar despercebido aos olhos do legislador, sobretudo em função de a garantia da efetiva tutela jurisdicional ser assegurada em nível constitucional.

Nesse passo, no tocante ao recurso de apelação, especialmente com relação à extensão de seu efeito devolutivo, as modificações trazidas pela Lei 10.352/01 aprimoraram o instituto, sem, contudo, tirar-lhe a natureza e as características.

Antes da reforma, o provimento de apelação interposta contra sentença terminativa fazia com que os autos do processo fossem devolvidos ao juízo monocrático para que, então, houvesse decisão acerca do mérito da demanda.

Com a inserção do § 3º ao art. 515 do CPC, houve a ampliação da extensão do efeito devolutivo da apelação ao permitir que o Tribunal prossiga no julgamento do mérito da demanda quando o juízo *a quo* não o tenha feito.

Para isso, é preciso que a causa esteja madura para julgamento, ou seja, que verse sobre questões exclusivamente de direito e que esteja em condições de imediato julgamento. Nesse sentir, consideramos madura a causa que verse não somente sobre questões de direito, mas cujas questões de fato pertinentes ao julgamento da demanda não dependam mais de prova ou que já se encontrem suficientemente provadas. Na autorizada voz de Dinamarco (2003a, p. 164-165), “Processo em condições de imediato julgamento, segundo as palavras da nova lei, equivale a processo já suficientemente instruído para o julgamento do mérito”.

A causa madura para julgamento, nos termos postos acima, pode perfeitamente ser decidida em seu mérito pelo juízo *ad quem* na medida em que ele aproveitará o trabalho do juiz monocrático mesmo que esse juiz tenha se limitado ao campo da instrução e preparação da demanda para julgamento.

Em verdade, o Tribunal, ao prosseguir no julgamento do mérito nos casos em que tiverem sido oportunizados o contraditório e a ampla defesa em primeiro grau, estará fazendo exatamente o que o juiz monocrático faria se não tivesse extinguido o processo: julgando o mérito da causa, tendo em vista o seu suficiente amadurecimento para tanto. Tudo dependerá, como visto, do grau de cognição da atividade instrutória em primeiro grau, com absoluto respeito às garantias processuais constitucionais. Assim, se o Tribunal se convence que o juiz *a quo* deveria ter julgado a lide, porque inexistentes óbices para tanto, fará ele mesmo tal julgamento. Se assim não fosse, comprometer-se-ia o próprio escopo e a utilidade da reforma.

Assim, parece-nos claro que, ante os escopos da reforma, o § 3º do art. 515 dos CPC abrange as mesmas hipóteses do art. 330 do mesmo diploma.

Aspecto relevante, que mereceu apreciação em nosso trabalho, diz respeito às sentenças de mérito *citra petita* e com pedidos cumulados. A esse respeito, basta, também, que a causa esteja madura para julgamento, ou seja, que não mais dependa de atividade instrutória, porque já exaurida ou porque desnecessária. Isso porque no que tange à ampliação da extensão do efeito devolutivo da apelação, tanto as sentenças terminativas quanto as definitivas se afiguram as mesmas, no sentido de prevenir o Tribunal quanto ao esgotamento da atividade instrutória.

Pensamos, pois, que o fato de haver sentença terminativa ou definitiva não deve importar para a atividade a ser exercida pelo Tribunal, pois, em ambos os casos, o juízo *ad quem* julgará o mérito pela primeira vez. Em determinado momento, esse sim crucial para a legitimidade da atividade do órgão *ad quem*, as demandas definidas por ambas as espécies de sentença se igualarão, bastando que o órgão colegiado as considere maduras para julgamento.

O dispositivo sob comento nos trouxe a necessária indagação acerca da possibilidade de configuração da *reformatio in peius*. Na hipótese, tendo o juiz extinguido o processo sem julgamento de mérito, há uma decisão favorável ao réu e desfavorável ao autor. Apelando o autor e sendo provido o seu recurso, poderá o Tribunal adentrar no julgamento do mérito e, eventualmente, julgar improcedente o pedido inaugural do autor.

Para respondermos a tal indagação, foi preciso investigar qual a medida da aplicabilidade do princípio dispositivo e do princípio inquisitivo no âmbito do procedimento recursal.

Nesse sentir, pudemos concluir que permanece sob o poder de disposição das partes o prolongamento da situação de litispendência que se concretiza com a interposição do recurso, de forma que não deixam de se configurar como requisitos de admissibilidade recursal, o interesse e a sucumbência. O que deixa de existir é a limitação à devolução da matéria, de forma que a extensão do efeito devolutivo da

apelação não mais reflete o brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*. Assim, enquanto o processo permanecer em curso, inclusive pelo poder dispositivo da parte de interpor o recurso de apelação, fortalece-se o impulso oficial e diminui-se o poder dispositivo da parte. Concluimos, pois, que, com a mudança do sistema, os litigantes devem antever a possibilidade de *reformatio in peius*, optando entre interpor a apelação ou não, e, no caso de sentença terminativa, optando entre recorrer e ajuizar nova demanda.

O que sofre alteração com a reforma é a atividade cognitiva do Tribunal, passando ela da esfera dispositiva para a esfera inquisitiva, de modo a permitir que o órgão *ad quem* decida, até mesmo, para piorar a situação do recorrente ao adentrar na área não delimitada pela interposição do recurso, e sem que tenha havido insurgência da parte adversa.

Por fim, não poderíamos furtar-nos ao questionamento acerca da criação de uma faculdade ou de um dever para o Tribunal em julgar a lide. Indagamo-nos, ainda, acerca da fixação, na esfera recursal, do objeto do processo, bem como se há necessidade de pedido do recorrente para que o órgão *ad quem* ultrapasse os limites da sentença apelada e julgue o mérito.

Já foi objeto de afirmação anterior que, estando a causa madura para julgamento, o brocardo *tantum devolutum quantum appellatum* não possui mais incidência, de forma a permitir que o Tribunal cubra área maior que a da sentença impugnada. Não mais depende das partes a direção que o juízo *ad quem* tomará e irá exercer para cumprir sua função jurisdicional. Isso porque, depois de instaurado o procedimento em segundo grau, pela inserção do § 3º ao art. 515 do CPC, cabe ao juiz dotar o processo de seu impulso oficial, adentrando o julgamento do mérito da demanda e proferindo julgamento de acordo com os elementos já constantes dos autos, independente de quem tenha interposto o recurso de apelação.

Assim, estando a causa madura para julgamento, refoge à escolha do julgador a conveniência de julgá-la ou postergá-la. Em verdade, entendemos que o magistrado depara-se com um dever, o que nos permite concluir que não há necessidade de pedido do apelante para que se aplique a regra sob análise.

10 REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, 260 p.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Notas sobre algumas das mutações verificadas com a Lei 10.352/2001. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 570 p., v. 6

_____. **Manual de direito processual civil**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, 354 p., vol. 1.

_____. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 48, p. 7-26, out./dez. 1987.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1983, 480 p., v. 3.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A apelação e seus efeitos**. São Paulo: Editora Atlas, 2003, 298 p.

_____. Os efeitos da apelação e a reforma processual. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). **A nova etapa da reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 253-276.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Algumas reflexões envolvendo o art. 515, § 3º do CPC - Julgamento do mérito, pelo tribunal, nos casos de sentença processual impugnada através de apelação. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 8, p. 72-92, nov. 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 111, p. 103-112, set. 2003a.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003b, 781 p., vol. V.

_____. **O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis**. Rio de Janeiro: Borsoi Editor, 1968, 158 p.

_____. Reformatio in Peius. In **Direito processual civil: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Borsoi Editores, p. 147-170, 1971.

_____. Reformas do CPC em matéria de recursos. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, n. 354, p. 177-185, mar/abr. 2001.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 102, p. 228-238, abr/jun. 2001.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 77, p. 168-176, jan/mar. 1995.

_____. Correlação entre o pedido e a sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 83, p. 207-215, julh/set. 1996.

_____. A efetividade do processo de conhecimento. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 74, p. 126-137, abr/jun. 1994.

_____. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 37, p. 140-150, 1985.

_____. Tendências contemporâneas do direito processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 31, p. 199-209, 1983.

_____. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 370, p. 53-63, nov/dez. 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003a, 697 p., v. 7

_____. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003b, 176 p.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003c, 430 p.

_____. Poderes instrutórios do juiz. 3ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 175 p.

_____. O código modelo na América Latina e na Europa - relatório brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 113, p. 147-189, jan/fev. 2004.

BONSIGNORI, Angelo. L'effetto devolutivo dell'appello. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, n. 4, p. 1326-1370, dic. 1974.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Execução provisória e antecipação da tutela: dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: conserto para a efetividade do processo**. São Paulo: Saraiva, 1999, 432 p.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Douglas Dias Ferreira. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003a, 349 p., vol. I.

_____. **Instituições de direito processual civil.** Tradução de Douglas Dias Ferreira. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003b, 377 p., vol. II.

_____. **Direito processual civil.** Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, 367 p., vol. II.

_____. Appunti sulla "reformatio in peius". **Rivista di diritto processuale civile.** Padova, vol. VI, parte I, p. 297-307, 1929.

CAMBI, Eduardo. Efeito devolutivo da apelação e duplo grau de jurisdição. **Gênesis: Revista de Direito Processual Civil.** Curitiba, n. 22, p. 672-694, out./dez. 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, 168 p.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência.** 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, 365 p.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil.** Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000a, 613 p., vol. I.

_____. **Instituições do Processo Civil.** Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000b, 374 p., vol. II.

_____. **Sistema de Direito Processual Civil.** Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000c, 948 p., vol. II.

CHEIM JORGE, Flávio; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual.** 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, 372 p.

CHEIM JORGE, Flávio. **Teoria geral dos recursos cíveis.** Rio de Janeiro: Forense, 2003, 388 p.

_____. **Apelação cível: teoria geral e admissibilidade.** 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 354 p.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Nuovi saggi di diritto processuale civile.** Napoli: Casa Editrice Cav. N. Jovene e C., 1912, 250 p.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil.** 2ª ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000a, 472. p., vol. II.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil.** 2ª ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000b, 408. p., vol. III.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 9ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993, 305 p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Sobre os limites objetivos da apelação civil.** 1986, 115 p., Tese, USP.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile.** 2ª ed., il Mulino, 1998, 971 p.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il doppio grado di giudizio nelle prospettive di revisione costituzionale. **Rivista di diritto processuale.** Pádova, v. 54, n. 2, p. 317-334, apr/giug, 1999.

_____. Garanzie minime del "giusto processo" civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. **Revista de Processo,** São Paulo, n. 112, p. 159-176, out/dez., 2003.

_____. Garanzie costituzionale e "giusto processo" (modelli confronto). **Revista de Processo.** São Paulo, n. 90, p. 95-150, abr/jun. 1998.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução de Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, 408 p.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Lineamentos da nova reforma do CPC**. 2ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 190 p.

_____. Garantia do processo sem dilações indevidas. In _____. (Coord.). **Garantias constitucionais do processo**. 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 234-262.

_____. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 168 p.

_____. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 66, p. 03-09, abr/jun. 1992.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, 254 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003a, 327 p.

_____. **A reforma da reforma**. 5ª ed., rev., atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2003b, 304 p.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002a, 708 p., vol. I.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002b, 695 p., vol. I.

_____. **A instrumentalidade do processo.** 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1994, 341 p.

FAGUNDES, M. Seabra. **Dos recursos ordinários em matéria civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1946, 538 p.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale.** 8ª ed., Padova: Cedam, 1996, 739 p.

_____. **Il processo ordinário di cognizione.** Torino: UTET, 1990, 431 p., vol 2.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, 364 p.

GUERRERA, Ida Nicotra. Doppio grado di giudizio, diritto di difesa e principio di certezza. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.** Milano, v. 54, n. 1, p. 127-150, mar. 2000.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, 260 p. , vol. 1.

GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. **Revista Dialética de Direito Processual,** São Paulo, n. 01, p. 93-108, abr. 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos. **Revista Jurídica,** Porto Alegre, n. 198, p. 39-58, abr. 1994.

_____. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil.** São Paulo: Bushatsky, 1975, 177 p.

_____. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense,** n. 347, p. 03-10.

GUEDES, Jefferson Carús. Duplo grau ou duplo exame e a atenuação do reexame necessário nas leis brasileiras. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 570 p.

KUKINA, Sérgio Luiz. O princípio do duplo grau de jurisdição. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 109, p. 97-112, jan.-mar. 2003.

LASPRO, Orestes Nestor de Souza. Garantia do duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 190-206.

_____. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 192 p.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Recurso da decisão que declara prescrita a ação. In: _____. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Bestbook, 2001, p. 149-153.

_____. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: A. Giuffrè Editore, 1976, 183 p., vol. III.

LINS, Artur Orlando de Albuquerque da Costa. O aperfeiçoamento do efeito devolutivo como sinônimo de efetividade do duplo grau de jurisdição. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 297, p. 43-55, julh. 2002.

MACHADO GUIMARÃES, Luiz. Efeito devolutivo da apelação. In: _____. **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 216-226.

_____. **Limites objetivos do recurso de apelação**. Rio Janeiro: Instituto de Direito Processual Civil, 1962, 93 p.

MALLET, Estêvão. Sentença terminativa e julgamento antecipado. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 697 p., v. 7.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 254 p.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, 284 p.

_____. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). **Garantias constitucionais do processo**. 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 207-233.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 272 p.

_____. Efetividade do processo e tutela antecipatória. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.706, p. 56-60, ago. 1994.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000, 464 p. , vol. IV.

_____. **Manual de direito processual civil**. 2ª. ed., Campinas: Millennium, 1998, 615 p. , vol. 1.

MENDES, Francisco de Assis Figueira. A influência do código modelo para a ibero-américa no sistema processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 92, p. 110-124, out/dez., 1998.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. **Introdução aos recursos cíveis**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, 426 p.

_____. **O poder judiciário e a nova constituição**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989, 166 p.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. **Processo civil: recursos**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, 168 p.

MORELLO, Augusto Mario. **El proceso justo: del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos**. Buenos Aires: Libreria Editora Platense, 1994, 682 p.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 698 p.

_____. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 248 p.

NOTARIANO JÚNIOR, Antonio de Pádua. O duplo grau e o § 3º do art. 515 do CPC, introduzido pela lei 10.352/2001. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 114, p. 187-193, mar.-abr. 2004.

OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. O art. 515, § 3º do CPC e o combate à dilação processual indevida. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 115, p. 128-150, mai-jun. 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. O devido processo e o duplo grau de jurisdição. **Revista Forense**, n. 277, p. 01-07, jan/fev. 1982.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 3ª ed. Napoli: Jovene, 1999, 923 p.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **A competência no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 637 p.

PIZZORUSSO, Alessandro. Sul principio del doppio grado di giurisdizione. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, n. 1, p. 33-58, gen/mar, 1978.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975, 484 p. , vol. VII.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 308 p.

PROVINCIALI, Renzo. **Delle impugnazioni in generale**. Napoli: Morano Editore, 1962, 295 p.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 375 p. , vol. 1.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999, 132 p.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Estrutura do poder judiciário e competência dos tribunais superiores: ações originárias e recursos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 57, p. 74-205, set. 1988.

SILVEIRA, José Néri da. Efetividade da prestação jurisdicional. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 11, p. 207-222, 1995.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento**. 2ª ed., rev., atual., ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 1997, 479 p.

TAVARES, André Ramos. Análise do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n. 30, p. 177-186, jan/mar. 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Inovações da lei 10.352/2001, em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 570 p., v. 6.

TUCCI, Rogério Lauria. **Curso de direito processual civil: processo civil de conhecimento II**. São Paulo: Bushatsky, 1976, 391 p.

_____. **Do julgamento conforme o estado do processo: estudo sobre uma das mais importantes inovações do código de processo civil de 1973**. São Paulo: Bushatsky, 1975, 213 p.

VERDE, Giovanni. **Profili del processo civile**. 2ª ed., Napoli: Jovene Editore, 2000, 443 p., vol. 2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**. 2ª ed., rev., atual., ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 295 p.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª ed. atual., Campinas: Bookseller, 2000, 192 p.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	5
2	EVOLUÇÃO DO SISTEMA RECURSAL.....	9
3	DIREITO COMPARADO.....	18
3.1	DIREITO ITALIANO	18
3.2	DIREITO ALEMÃO.....	23
3.3	DIREITO FRANCÊS.....	24
3.4	CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL MODELO PARA A AMÉRICA LATINA.....	26
4	DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO	28
4.1	ORIGEM E CONCEITO.....	28
4.2	DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: PREVISÃO CONSTITUCIONAL.....	33
4.3	DUPLO EXAME	40
4.4	RECURSOS E DUPLO GRAU	45
5	DA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA BRASILEIRA.....	48
5.1	ESTRUTURA JUDICIÁRIA	51
5.2	ASPECTOS GERAIS SOBRE A COMPETÊNCIA.....	52
5.3	COMPETÊNCIA FUNCIONAL	54
5.3.1	Competência Funcional Hierárquica.....	57
6	RECURSO DE APELAÇÃO	63
6.1	EFEITO SUSPENSIVO	66
6.2	EFEITO DEVOLUTIVO	68
6.2.1	Extensão do Efeito Devolutivo – Dimensão Horizontal	71
6.2.2	Profundidade do Efeito Devolutivo – Dimensão Vertical	74
7	O § 3º DO ARTIGO 515 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A AMPLIAÇÃO DA EXTENSÃO DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO.....	86
7.1	AMPLIAÇÃO DA EXTENSÃO DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO: EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL - O TEMPO JUSTO E O DANO MARGINAL.....	91
7.2	AMPLIAÇÃO DA EXTENSÃO DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO: CAUSA MADURA E JULGAMENTO ANTECIPADO.....	101

7.2.1	Ampliação da Extensão do Efeito Devolutivo da Apelação: Sentenças Definitivas <i>Citra Petita</i> e Pedidos Cumulados.....	110
8	AMPLIAÇÃO DA EXTENSÃO DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO E A REFORMATIO IN PEIUS.....	117
8.1	<i>REFORMATIO IN PEIUS</i> : DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO AO PRINCÍPIO INQUISITIVO.....	118
8.2	AMPLIAÇÃO DA EXTENSÃO DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO: FACULDADE OU DEVER PARA O TRIBUNAL ? NECESSIDADE OU NÃO DE PEDIDO DO RECORRENTE ?	128
9	CONCLUSÃO	136
10	REFERÊNCIAS	142