

APELAÇÃO: QUESTÕES SOBRE ADMISSIBILIDADE E EFEITOS

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Prof. Associado da Faculdade de Direito da USP

1. Admissibilidade do recurso e regularidade formal
 - 1.1. Razões apresentadas após a interposição da apelação
 - 1.2. Admissibilidade do recurso e comprovação do preparo
2. Efeito devolutivo da apelação: extensão
 - 2.1. Ampliação do âmbito da extensão
 - 2.2. Extensão do efeito devolutivo: ampliação ex officio e reformatio in peius
 - 2.3. Extensão do efeito devolutivo: prescrição e falsa carência
 - 2.4. Efeito devolutivo da apelação: profundidade
 - 2.5. Profundidade do efeito devolutivo e regra da correlação
 - 2.6. Profundidade e extensão: relação de dependência
 - 2.7. Efeito devolutivo e embargos à execução

1. Admissibilidade do recurso e regularidade formal

A apelação, como todos os demais recursos, sujeita-se a pressupostos de admissibilidade, ou seja, determinados requisitos sem os quais não se lhe examina o mérito. A ausência deles impede o processamento ou o conhecimento da impugnação, mantendo-se intacto o ato decisório, que não será substituído nem cassado.

Classifica-os a doutrina em requisitos intrínsecos e extrínsecos. Os primeiros referem-se à própria existência do direito de recorrer: cabimento e adequação, interesse, legitimidade e inexistência de fato impeditivo ou extintivo. Já os extrínsecos dizem respeito com o modo de exercer esse direito: tempestividade, preparo e a regularidade formal.¹

¹ Cfr. José Carlos Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, 10ª ed., Forense, 2.002, pp. 262 e ss.

Interposto o recurso no juízo *a quo*, o que somente não ocorre com o agravo de instrumento, o controle da admissibilidade é feito pelo próprio autor do pronunciamento recorrido. Também têm competência para esse exame o relator (CPC, artigos 531, 542, § 1º e 557) e o órgão *ad quem*. Se a ausência de um dos requisitos for detectada monocraticamente, ao recurso será negado seguimento. O colegiado, se chegar à mesma conclusão, dele não conhecerá.

A regularidade formal é, portanto, um dos requisitos extrínsecos de admissibilidade do recurso de apelação. Necessário sejam atendidas as exigências estabelecidas no artigo 514 do Código de Processo Civil, sob pena de ser negado seguimento ao recurso ou dele não conhecer o Tribunal.²

A petição recursal deve conter os nomes e a qualificação das partes, os fundamentos de fato e de direito e o pedido de nova decisão (incisos I a III).

É praxe que as razões, a fundamentação, sejam apresentadas em separado. Nada obsta que tal ocorra, desde que acompanhadas da petição de interposição.

Em sede criminal, a regra é diversa, pois a parte tem cinco dias para apelar e, assinado o termo, oito para arrazoar (CCP, artigos 593 e 600).

No âmbito do processo civil, tal comportamento implica vício do ato, pois representa descumprimento do artigo 514. Trata-se de recurso interposto de forma irregular, o que, em princípio, obsta o exame do mérito.

Nessa medida, a petição de apelação desacompanhada das razões não atende requisito formal de admissibilidade, o que impede seja processada ou conhecida. A regularidade formal do recurso compreende a dedução expressa de dois elementos: volitivo e descritivo. Ao apelante incumbe, além de manifestar o inconformismo, também expor os motivos por que discorda da sentença.³

Aliás, a fundamentação não só deve acompanhar a petição de interposição, como tem de guardar nexos com a motivação da sentença. De nada adianta,

² A admissibilidade da apelação, como já visto, sujeita-se a triplo controle. Primeiro, pelo juiz *a quo*, a quem compete a verificação provisória dos requisitos, indeferindo o processamento se ausente um deles. O mesmo exame é feito pelo relator, que também pode negar-lhe seguimento. Por último, a turma julgadora realiza a análise final, conhecendo ou não do recurso. Tanto o exame feito no juízo recorrido quanto o realizado pelo relator não obstam seja a matéria reapreciada pelo órgão subsequente. Se o juiz negar seguimento, cabe agravo dessa decisão. Se determinar o processamento, não está o relator impedido de concluir em sentido contrário. O mesmo ocorre em relação à turma julgadora, que tem competência para novamente decidir sobre a presença ou não dos requisitos de admissibilidade.

³ Cfr. Flávio Cheim Jorge, *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*, São Paulo, RT, 1.999, pp. 173 e ss.

por exemplo, reproduzir a *causa petendi* da inicial, se o processo foi extinto por carência da ação. Deve o apelante desenvolver argumentos contrários àqueles adotados na sentença. Razões dissociadas dos fundamentos da decisão são consideradas inexistentes e impedem o conhecimento da apelação.⁴ É como se não houvesse razões.⁵

1.1. Razões apresentadas após a interposição da apelação

A propósito da regra contida no artigo 514, questão vem dando margem a controvérsia em sedes doutrinária e jurisprudencial: se as razões, embora não juntadas na interposição, vierem aos autos no prazo do artigo 508, deve o recurso ser processado e conhecido?

Duas correntes se formaram a respeito do tema.

Para alguns, a resposta é negativa, pois, praticado o ato, inadmissível sua renovação, em virtude da preclusão consumativa.⁶

Em sentido oposto, sustenta-se a possibilidade de regularização do ato, sanando-se o vício formal inicialmente existente.

Embora reconhecendo o valor científico dos argumentos apresentados pelos defensores da primeira posição, parece-me mais adequada a segunda, especialmente à luz das premissas instrumentalistas que venho defendendo.

⁴ Nesse sentido a Súmula 4 do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Cfr. tb. Apel. n. 134.076.5/7, Ribeirão Preto, TJSP, 1ª Câmara. Dir. Públ. j. 5.11.02, v.u.; Apel. n. 642.197-0, SP., 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 20.2.01, v.u.; Apel. n. 944.140-5, SP., 1º TACSP, 12ª Câmara.Fér.Jan/01, j. 1º.2.01, v.u.; AgResp. n. 240.792/SP, STJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 7.12.00; Apel. n. 60.677-4, São José do Rio Preto, TJSP, 6ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. Octávio Helene, j. 3.12.98, v.u.

⁵ Cfr. Flávio Cheim Jorge, *Apelação cível*, p. 176. Por isso, decidi que: “A apelante não enfrentou nenhum dos motivos por que sua pretensão foi rejeitada. Simplesmente reiterou a *causa petendi* exposta na inicial. Aliás, nem sequer a reproduziu, contentando-se com a juntada de cópia da peça preambular. Revela-se, ausente, portanto, requisito de admissibilidade do recurso, qual seja, a regularidade formal. Exige a lei seja a apelação acompanhada dos fundamentos que justifiquem o pedido de nova decisão (CPC, art. 514, II). No caso, simples referência aos motivos deduzidos na inicial não é suficiente à satisfação dessa exigência, visto que o MM. Juiz os rejeitou, apresentando outros fundamentos, que acabaram não sendo impugnados” (Apel. n. 112.097.5/1, São Paulo, TJSP, 1ª Câmara. Dir. Públ. Jan/02, j. 29.1.02, v.u.). No mesmo sentido, Apel. n. 134.076.5/7, Ribeirão Preto, TJSP, 1ª Câmara. Dir. Públ. j. 5.11.02, v.u.

⁶ Cfr. Flávio Cheim Jorge, *Apelação cível*, pp. 179/180; Apel. n. 17.296-0, Angatuba, TJSP, Rel. Des. Lair Loureiro, j. 23.12.93.

Dúvida não há de que, nos termos do artigo 514, inciso II, do Código de Processo Civil, as razões devem acompanhar a petição de interposição do recurso.⁷

Se, todavia, os fundamentos deduzidos pelo apelante não vierem com a petição, mas forem apresentados dentro do prazo recursal, a irregularidade deixa de existir, porque sanada a tempo, devendo ser desconsiderado o vício.

Não se trata, ao contrário do que sustentam alguns, de preclusão consumativa.⁸ Ao apresentar a petição de apelação, a parte exerceu a faculdade de recorrer e não pode fazê-lo novamente. Está impedida de interpor outro ou o mesmo recurso. A este fenômeno processual denomina-se preclusão consumativa.

Mas, a não observância do disposto no artigo 514 do Código de Processo Civil configura ausência de outro requisito de admissibilidade: a regularidade formal.

Com a juntada das razões no prazo, todavia, o vício deixa de existir, mesmo porque o apelado não sofre qualquer prejuízo, pois deverá ser intimado para responder após a regularização (CPC, artigos 244, 249, § 1º e 250, parágrafo único).

Uma coisa, portanto, é a impossibilidade de nova realização do ato, em razão da preclusão consumativa.⁹

Problema diverso refere-se à regularização de vícios do ato praticado, admissível desde que atendidos os princípios que regem o sistema das nulidades processuais.

⁷ Cfr. José Carlos Barbosa Moreira, Comentários, p. 423; Araken de Assis, “Condições de Admissibilidade dos Recursos Cíveis”, in Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei n. 9.756/98, RT, p. 43; Resp. n. 65.773-3-SP, STJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, in DJU de 30.10.95, p. 36.816; RTJ 85/722; RT 508/223, RF 255/300.

⁸ Segundo Flávio Cheim Jorge, a interposição do recurso gera preclusão consumativa, não sendo mais possível emendá-lo ou substituí-lo (cfr. Apelação cível, p. 180). As situações, todavia, não se confundem. Corrigir irregularidades formais no prazo não pode ser equiparado à interposição de outro recurso, porque inadequado aquele apresentado pela parte, que não atende outro requisito de admissibilidade dos recursos, qual seja, a adequação.

⁹ “Não será possível, depois de consumado o ato, praticá-lo novamente.” (Arruda Alvim, Manual de direito processual civil, RT, vol. I, 5ª ed., p. 432; cfr. tb. Chiovenda, Instituições de direito processual civil, Saraiva, trad. bras. vol. III, p. 156; Humberto Theodoro Jr., Curso de direito processual civil, Forense, vol. I, 18ª ed., p. 530).

Preclusão consumativa é, pois, a perda da faculdade de praticar o ato. Consumado seu exercício, não há como repeti-lo. Fenômeno diverso consiste na possibilidade de corrigir vícios formais do ato processual.

O instituto da preclusão tem a finalidade de “assicurare al processo uno svolgimento spedito e scevro di contraddizioni e di ripiegamenti e di garantire la certezza delle situazioni processuali.”¹⁰ Está intimamente ligado à idéia de celeridade do processo.¹¹

A apresentação em separado das razões, mas antes de vencido o prazo e de intimado o apelado para contra-arrazoar, não compromete o desenvolvimento do processo, nem gera incertezas. Trata-se de simples correção de vício do ato processual, admissível por não causar prejuízo às partes.¹²

Em síntese, a eliminação de vício, se realizada no prazo estabelecido para a prática do ato processual defeituoso, deve ser admitida sem qualquer restrição, pois não constitui óbice ao regular desenvolvimento do processo e não acarreta dano aos sujeitos parciais do processo.¹³ Esse fenômeno não se confunde com a preclusão consumativa, representada pela impossibilidade de o ato ser novamente praticado, pois já esgotada a faculdade processual.¹⁴

¹⁰ Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Giuffrè Editore, 5ª ed., p. 225; v. tb. Chiovenda, *ob. cit.*, p. 155.

¹¹ Segundo Manoel Caetano Ferreira Filho, a finalidade “da preclusão é, pois, tornar certo e ordenado o caminho do processo, isto é, assegurar-lhe um desenvolvimento expedito e livre de contradições ou de retorno e garantir, outrossim, a certeza de situações jurídicas processuais.” (A preclusão no direito processual civil, Juruá Editora, 1.991, p. 29; v. tb. p. 15).

¹² Como sempre, Barbosa Moreira deu solução adequada ao problema. A ausência de razões configura defeito da petição recursal, que pode ser suprido antes de encerrado o prazo recursal (cfr. Comentários, p. 427 e O novo processo civil brasileiro, Forense, 22ª ed., p. 133; v.tb. Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, tomo VII, Forense, 1.975, p. 203; Araken de Assis, *ob. cit.* p. 42; Resp. n. 73.632-PE, STJ, 6ª T., Rel. Min. Vicente Leal, j. 28.11.99, *in* DJU de 12.2.96, p. 2.459; Resp. n. 21.895-4-SP, STJ, 4ª T., Rel. Min. Athos Carneiro, j. 14.9.92, *in* DJU de 5.10.92, p. 17.108; VI ENTA, concl. 62, aprovada por unanimidade; RT 593/173; 516/106). Também já tive oportunidade de decidir nesse sentido, admitindo a juntada das razões após a interposição da apelação, mas antes de encerrado o prazo recursal. As razões são basicamente as mesmas adotadas no voto referido na nota n. 21 (Apel. n. 842.392-9, Duartina, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 4.4.00, v.u.).

¹³ Conforme conclusão apresentada em outra oportunidade, qualquer vício do ato processual deve ser considerado irrelevante se não causar prejuízo (cfr. Nulidade processual e instrumentalidade do processo, REPRO 60/31-43; Direito e processo, pp. 92/93). Nessa mesma medida, caso não haja dano para as partes, admissível a convalidação do ato mediante eliminação do vício existente.

¹⁴ Manoel Caetano Ferreira Filho aventa hipótese análoga e chega a conclusão idêntica. Segundo o autor, a apelação parcial impede novo recurso, ainda que no prazo, em razão da preclusão consumativa, pois em relação ao capítulo da sentença não impugnado verifica-se a aquiescência. Mas, conclui, nada obsta o

1.2. Admissibilidade do recurso e comprovação do preparo

Outra questão, também ligada à regularidade formal da apelação, refere-se à necessidade de a guia do preparo acompanhar a petição de interposição (CPC, art. 511).

O descumprimento dessa formalidade não significa, pelo menos em princípio, tenha havido deserção. Pode o apelante simplesmente não haver juntado o comprovante do preparo, embora o tenha realizado.

Insiste-se na afirmação de que a não juntada da guia não implica necessariamente deserção, mas simples falta de prova do preparo, ou seja, não observância da exigência formal do art. 511.

Indaga-se, então, se existe a possibilidade de regularização do ato, cumprindo-se posteriormente a exigência legal, se ainda não esgotado o prazo para interposição do recurso.

Em relação ao tema, mais uma vez duas correntes se formaram. Alguns, sustentando a ocorrência de preclusão consumativa, o que impediria a comprovação posterior do preparo.¹⁵ Outros, entendendo possível, por se tratar de mera regularização de ato praticado de forma irregular.

Pelas mesmas razões desenvolvidas quanto à apresentação das razões após a interposição do recurso, também aqui opta-se pelo segundo entendimento.

Se o problema resume-se à falta de prova do preparo realizado antes da interposição, solução contrária seria inadmissível, porque formalista ao extremo. Nesse caso, o apelante realizara o preparo, mas deixou de anexar o comprovante à petição

acréscimo de novos fundamentos às razões do recurso, faculdade processual não alcançada pela preclusão consumativa (A preclusão, pp. 35/36).

¹⁵ Coerente com a posição adotada em relação à falta de razões, Flávio Cheim Jorge também aqui manifesta-se pela verificação de preclusão consumativa: "...uma vez exercido o direito de recorrer, operou-se a preclusão para aquele ato, independentemente de ter sido interposto no primeiro ou no último dia útil." (Apelação cível, p. 198). Tal afirmação parece-me correta. Apenas discordo da equiparação entre a impossibilidade de interposição de novo recurso, porque verificada a preclusão consumativa, e a regularização do ato eivado de vícios formais, caso a parte o faça no prazo legal. Se até a petição inicial pode ser emendada (CPC, art. 283), porque impedir o recorrente de eliminar vícios formais do recurso? Como ele, admito que, depois de interposto o recurso, não há mais prazo para nova interposição (p. 199). Mas entendo possível a regularização do mesmo ato praticado sem observância de algumas formalidades legais.

recursal. Se o fizer no prazo da interposição, estará simplesmente corrigindo a irregularidade.¹⁶

Mas, mesmo em relação a preparo não efetuado anteriormente, se o apelante fizer o respectivo recolhimento no prazo do artigo 508 do Código de Processo Civil, deve-se considerar sanado o vício existente no momento da interposição do recurso. Como não há possibilidade de prejuízo a qualquer das partes, desconsidera-se a irregularidade consistente na falta de juntada da guia de preparo com a petição do recurso.

Também aqui não se verifica o fenômeno da preclusão consumativa, visto que a parte não está recorrendo novamente, ato já praticado e cuja eficácia pretende seja mantida. Ao apresentar a guia de preparo no prazo previsto para a interposição, simplesmente corrige, a tempo, falha da petição recursal.

Isso significa que, se o pagamento das custas da apelação verificar-se no prazo previsto para interposição do recurso, sanado está o defeito verificado no ato de interposição.¹⁷

Também não se pode falar em preclusão temporal, pois inexistente prazo específico para o preparo. O limite é o prazo previsto para o próprio recurso.

Esse entendimento não implica maior demora na entrega da tutela jurisdicional. Se é de 15 dias o prazo para apelar, significa que o sistema o considera adequado. Correções feitas nesse período são legítimas, pois não causam prejuízo às partes e não obstam o normal desenvolvimento da relação processual.¹⁸

Conclusão diversa, embora dominante em sedes doutrinária e jurisprudencial,¹⁹ é fruto de exagerado formalismo, não compatível com a moderna ciência processual, preocupada muito mais com resultados do que com a técnica. Esta,

¹⁶ Cfr. Barbosa Moreira, Comentários, p. 392.

¹⁷ "Se o preparo não tiver sido feito até então, admite-se que o seja até o último dia do prazo para recorrer, sob pena de preclusão, porque o ato jurídico recurso não se reputa perfeito sem o preparo." (Cândido Rangel Dinamarco, A reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, 3ª ed., p. 164; v.tb. A.I. n. 727.542-1, Leme, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 6.3.97, v.u.; Apel. n. 644.538-9, São Carlos, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 1º.11.95, v.u.).

¹⁸ Por isso, como bem observa Barbosa Moreira, não deve o juiz indeferir o recurso antes de encerrado o prazo legal por falta de requisito formal (cfr. Comentários, p. 427).

¹⁹ Pela ocorrência de preclusão consumativa manifesta-se Clito Fornaciari Júnior, A reforma processual civil, São Paulo, Saraiva, 1,996, p. 93. No mesmo sentido, A.I. n. 953.579-5, São Bernardo do Campo, 1º TACSP, 5ª Câmara, Rel. Juiz Álvaro Torres Júnior, j. 27.9.00, v.u.; Emb. Inf. n. 665.155, 1º TACSP, 6ª Câmara, Rel. Juiz Castilho Barbosa, j. 6.2.97, m.v., in RT 744/247; A.I. n. 671.799-9, SP., 1º TACSP, 6ª Câmara, Rel. Juiz Evaldo Veríssimo, j. 2.4.96, v.u.).

evidentemente, não pode ser esquecida, pois dela depende o correto desenvolvimento do processo. O direito processual não prescinde de seu aspecto técnico, representado pelas regras de forma em sentido amplo, fenômeno a que também se pode denominar de formalismo.²⁰

Mas não é esse o único aspecto a ser levado em consideração. A técnica e a forma visam sempre a possibilitar que o ato em si mesmo considerado, ou o próprio processo visto de forma global, alcance os objetivos desejados pelo sistema.

O escopo maior é a obtenção, pela via estatal de solução de controvérsias, da adequada tutela jurisdicional. Na medida em que o reexame das decisões, proporcionado pelo duplo grau de jurisdição, contribui para alcançar tal resultado, deve a interpretação das regras processuais facilitar esse acesso.

Nessa linha de raciocínio, a regularização dos atos recursais deve ser admitida sempre que possível.

No caso, tanto em relação à juntada das razões, como quanto ao preparo, o descumprimento do disposto nos artigos 511 e 514, II constitui vício formal, perfeitamente sanável à luz dos princípios que informam o sistema das nulidades processuais.

Essa conclusão estende-se ao agravo de instrumento. Se não observados os requisitos formais do art. 525, inciso I, do Código de Processo Civil, deve o relator negar seguimento ao recurso apenas se, findo o prazo do art. 522, a parte não sanar a falha.

Observe-se que eventual ausência de peças facultativas (art. 525, II) não implica irregularidade formal, motivo por que não impede o conhecimento do agravo. Se a omissão impossibilitar a compreensão exata da controvérsia, deverá o Tribunal dele conhecer e negar-lhe provimento.²¹

²⁰ Sobre forma e formalismo, cfr. o magnífico trabalho de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1.997, pp. 3/9.

²¹ Manifestei esse entendimento ao relatar a Apel. n. 856.770-2, São José do Rio Pardo, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 21.11.00, v.u., reproduzindo em parte ensinamentos já referidos aqui: “A juntada da guia de preparo após a interposição, mas no prazo, não é óbice ao conhecimento do recurso. Dúvida não há de que esse documento deve acompanhar a petição de interposição do recurso (CPC, art. 511). Trata-se de requisito formal de regularidade. A falta da guia não configura deserção, ao contrário do que se sustenta. Nem se verifica o fenômeno da preclusão consumativa. Ao apresentar a petição de apelação, a parte exerceu seu direito de recorrer. Não pode fazê-lo novamente, em razão desse fenômeno processual. Mas, como não atendeu ao disposto no artigo 511 do Código de Processo Civil, estaria ausente outro requisito de admissibilidade: a

2. Efeito devolutivo da apelação: extensão

Problema de difícil solução, que não tem merecido a devida atenção da doutrina e da jurisprudência, está relacionado ao efeito devolutivo da apelação.

Sabe-se que o exame do mérito desse recurso pode ser visto por dois ângulos: extensão e profundidade.

A apelação devolve ao tribunal a matéria impugnada, limite estabelecido pelo próprio apelante (*tantum devolutum quantum apelatum*). Cabe a ele determinar, dentre os capítulos da sentença que lhe são desfavoráveis, quais pretende impugnar.²² E a devolução ocorrerá tão-somente em relação àqueles expressamente referidos. Daí o disposto no artigo 515, *caput*, do Código de Processo Civil: *A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.*

Se todo o conteúdo impugnável da sentença for atacado, a apelação será total. Caso o apelante deixe de incluir no recurso capítulos contrários a seus interesses,

regularidade formal. Com a juntada da guia de preparo no prazo, todavia, o vício deixou de existir, mesmo porque o apelado não sofreu qualquer prejuízo, pois foi intimado para responder após a regularização (CPC, artigos 244, 249, § 1º e 250, parágrafo único). Uma coisa, portanto, é a impossibilidade de nova realização do ato, em razão da preclusão consumativa: “Não será possível, depois de consumado o ato, praticá-lo novamente.” (Arruda Alvim, Manual de direito processual civil, vol. I, 5ª ed., RT, p. 432; cfr. tb. Chiovenda, Instituições de direito processual civil, Saraiva, trad. bras. Vol. III, p. 156, Humberto Theodoro Jr., Curso de direito processual civil, vol. I, Forense, 18ª ed., p. 530). Outra, bem diversa, é a regularização de vícios do ato praticado, admissível desde que atendidos os princípios que regem o sistema das nulidades processuais. Preclusão consumativa é, pois, a perda da faculdade de praticar o ato. Consumado seu exercício, não há como repeti-lo. Fenômeno diferente consiste na possibilidade de corrigir vícios do ato processual. O instituto da preclusão tem a finalidade de “assicurare al processo uno svolgimento spedito e scevro di contraddizioni e di ripiegamenti e di garantire la certezza delle situazioni processuali.” (Liebman, Manuale di diritto processuale civile, Giuffrè Editore, 5ª ed., p. 225; v. tb. Chiovenda, ob. cit., p. 155). Está intimamente ligado à idéia de celeridade do processo (cfr. Manoel Caetano Ferreira Filho, A preclusão no direito processual civil, Juruá Editora, 1.991, pp. 15, 28 e ss.). Com a realização do preparo no prazo, portanto, ficou sanado o vício existente no momento da interposição do recurso. Como não houve prejuízo a qualquer das partes, desconsidera-se a irregularidade consistente na falta de juntada da guia de preparo com a petição do recurso: “Se o preparo não tiver sido feito até então, admite-se que o seja até o último dia do prazo para recorrer, sob pena de preclusão, porque o ato jurídico recurso não se reputa perfeito sem o preparo.” (Cândido Rangel Dinamarco, A reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, 1.994, p. 164; v.tb. Apel. n. 842.392-9, Duartina, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 4.4.00, v.u.; A.I. n. 727.542-1, Leme, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 6.3.97, v.u.; Apel. n. 644.538-9, São Carlos, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 1º.11.95, v.u.).

²² Sobre os capítulos da sentença, v. Cândido Rangel Dinamarco, Capítulos de sentença, Malheiros, 2.003, *passim*.

será parcial, o que implica dizer que essa parte do ato judicial não se encontra abrangida pelo efeito devolutivo.²³

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.

Esta é a extensão do efeito devolutivo da apelação.

2.1. Ampliação do âmbito da extensão

A lei n. 10.352, de 26.12.01, introduziu no sistema processual brasileiro modificação substancial. Segundo o § 3º do art. 515, extinto o processo sem julgamento de mérito, afastada essa conclusão em sede de apelação, pode o tribunal resolver desde logo o litígio, sem necessidade de retorno dos autos à origem, desde que se trate de questão exclusivamente de direito e o processo esteja em condições de imediato julgamento.

O legislador determinou a ampliação *ex officio* da extensão do efeito devolutivo, pois, extinto o processo por carência da ação, por exemplo, não terá havido análise do mérito e, conseqüentemente, essa matéria não será objeto de impugnação.

No sistema adotado pelo legislador antes da reforma, o efeito devolutivo da apelação, quanto à extensão, estava rigidamente limitado ao efetivamente decidido e impugnado. O apelante somente podia impugnar, total ou parcialmente, aquilo que fora julgado na sentença. Nessa medida, extinto o processo por ausência de uma das condições da ação, o conteúdo máximo da apelação era o pedido de cassação da sentença, a fim de que, afastada a carência, os autos retornassem à origem para exame do mérito. A apelação não devolvia ao tribunal matéria estranha ao conteúdo da sentença.²⁴

²³ Cfr. Dinamarco, Capítulos, pp. 98/100.

²⁴ Com a habitual clareza, Barbosa Moreira observa que, como o apelante só pode impugnar o que fora efetivamente decidido na sentença, a devolução operada pela apelação estava restrita ao objeto do julgamento pelo juiz *a quo*: “No sistema originário do Código, se se tratasse de sentença terminativa – isto é, de decisão que pusera fim ao procedimento de primeiro grau sem julgar o mérito -, não era lícito ao órgão *ad quem*

Agora não. Ainda que não examinado o mérito em 1º grau, existe a possibilidade de que tal se dê em sede de apelação, se presentes os requisitos legais

O alcance do novo dispositivo deve ser determinado mediante interpretação sistemática.

Pretendeu o legislador conferir maior celeridade ao processo, possibilitando o imediato exame do mérito pelo tribunal, nos casos em que a volta ao 1º grau dar-se-ia tão-somente para julgamento, porque desnecessária qualquer atividade destinada à produção de prova.

Nessa medida, a regra tem a mesma abrangência do art. 330, inciso 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.²⁵

Fixada essa premissa, nota-se que o legislador acabou por restringir o princípio do duplo grau de jurisdição, pois, configurada a hipótese legal, o mérito será examinado apenas em sede de apelação, suprimindo-se a instância inferior.

Como teremos oportunidade de verificar, 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.²⁶

passar incontinenti ao exame deste, na hipótese de ser provida a apelação. Seria infringir o princípio do duplo grau, tal como se configurava pela conjugação do art. 515, *caput*, com o art. 463, do qual resultava que, não se tendo pronunciado *de meritis*, o juiz *a quo* não chegara a “cumprir e acabar o ofício jurisdicional”. O provimento da apelação, nesse caso, acarretaria a restituição dos autos ao órgão inferior, para que desse prosseguimento ao processo”. (Comentários, p. 429).

²⁵ Muito embora reconheça a necessidade do exame de fatos para solução de questões de direito, Eduardo Cambi nega a incidência do § 3º se houver controvérsia fática, embora já encerrada a fase probatória (cfr. Efeito devolutivo da apelação e duplo grau de jurisdição, *in* Revista de Direito Processual Civil, Genesis, n. 22, p. 683). Essa também é a posição de Ricardo de Carvalho Aprigliano (Os efeitos da apelação e a reforma processual, *in* A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Saraiva, 2.002, p. 260. No sentido do texto, cfr. Flávio Cheim Jorge, Os recursos em geral, *in* A nova reforma processual, em co-autoria, São Paulo, Saraiva, 2.002, p. 77.

²⁶ Aliás, mesmo à luz do disposto no art. 515, § 1º, havia quem sustentasse a possibilidade de o tribunal, afastada a carência, examinar o mérito, desde que desnecessária produção de prova no juízo *a quo*, seja observados o contraditório e a ampla defesa (cfr. Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, Carência da ação e efeito devolutivo da apelação, *in* Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, RT, 2.000, pp. 226/227). Não parece correto esse entendimento, porque o § 1º trata exclusivamente da profundidade do efeito devolutivo. A

Agora, em razão da amplitude, ainda que excepcional, da extensão desse mesmo efeito, o princípio do duplo grau ganha novo contorno, ainda mais limitado.²⁷

A respeito desse princípio, tem-se entendido não constituir garantia constitucional, pois, além de inexistente previsão expressa, a própria Constituição prevê hipóteses de instância única. Essa orientação, embora consagrada no Colendo Supremo Tribunal Federal²⁸, não significa a possibilidade de eliminação do duplo grau pelo legislador ordinário. Trata-se de princípio inerente ao sistema, razão por que não pode ser simplesmente suprimido. Comporta limitações, como qualquer outro, aliás, pois nenhum incorpora valores absolutos.²⁹

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.³⁰

Estabelecidas essas premissas, chega-se à conclusão de que, ao ampliar a extensão do efeito devolutivo da apelação, optou o legislador pela celeridade. Nessa medida, situações análogas devem receber o mesmo tratamento. Sempre que a devolução dos autos à origem for desnecessária, porque a controvérsia já se encontra

possibilidade de exame do mérito pelo tribunal, embora o juiz não o tenha feito, implica ampliação da extensão do efeito devolutivo. É esse também o entendimento de Flávio Cheim Jorge, *Os recursos*, p. 72

²⁷ Cfr. Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 430.

²⁸ Cfr. Ag. 114.709-1-AgRg-CE, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. 29.5.87, *in* DJU 28.8.87, p. 17.578; A.I. n. 311.700.5/6, Dois Córregos, TJSP, 1ª Câ. Dir. Públ., por mim relatado, j. 4.2.03, v.u.

²⁹ Como bem pondera Dinamarco: “Casos assim extremos transgrediriam o essencial fundamento político do duplo grau, que em si mesmo é projeção de um dos pilares do regime democrático, abrindo caminho para o arbítrio do juiz, não sujeito a controle algum (Const., art. 5º, § 2º). Além disso, uma disposição dessa ordem seria incompatível com os padrões do devido processo legal – esse, sim, garantido constitucionalmente.” (*Instituições de direito processual civil*, vol. I, Malheiros, 2.001, p. 240). Sobre o princípio do duplo grau, v. tb. Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Breves Comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, RT, 2.002, pp. 86 e ss.

³⁰ Cfr. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários*, pp. 238/240. Para exame da questão à luz do direito italiano, inclusive em relação à natureza infraconstitucional do duplo grau, v. Luigi Palolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1.995, pp. 678 e ss.; Andréa Proto Pisani, *Diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli, Jovene Editore, 1.999, pp. 525 e ss.

adequadamente reproduzida, o tribunal deverá examinar a pretensão formulada pelo autor, ainda que o juiz não o tenha feito.

Pense-se, por exemplo, na hipótese de nulidade da sentença *citra petita*. Aqui, violado o princípio da correlação (CPC, artigos 128 e 460), pode o autor apelar, visando ao reconhecimento desse vício. Provido o recurso, não parece aconselhável, nem admissível, a anulação do julgamento, invalidando a parte válida, na qual fora concedida ao autor parcela do pedido. Esse capítulo não foi objeto de impugnação, verificando-se o fenômeno da coisa julgada.

Restaria ao Tribunal, antes da introdução do novo parágrafo ao art. 515, determinar novo julgamento no juízo *a quo*, mas apenas em relação ao pedido ainda não examinado naquela sede. Essa era a solução aceita pelo sistema.

Agora, desde que admitida aplicação analógica do art. 515, § 3º, solução ideal, nem mesmo o retorno dos autos será necessário, se já houver condições de julgamento do pedido não examinado pelo MM. Juiz *a quo*. Pelas mesmas razões que o tribunal, afastada a extinção do processo sem julgamento do mérito, pode examiná-lo se configurada a hipótese legal, está autorizado a decidir sobre a parte da pretensão a respeito da qual verificou-se a omissão.³¹

Outra situação em que deve incidir do art. 515, § 3º é rejeição de pedido para julgamento antecipado e conseqüente designação de audiência. Se a parte agravar e o tribunal entender possível o exame do mérito desde logo, porque inexistente controvérsia fática, não deverá devolver os autos à origem, com determinação nesse sentido, mas passará imediatamente à análise da situação de direito material.

A extinção do processo em sede de agravo de instrumento não constitui novidade: indeferida preliminar de carência, se o réu recorrer e o Tribunal acolher suas alegações, a relação processual terminará sem exame do mérito. Por entender inexistente condição da ação, o órgão colegiado já profere o julgamento final, ainda que em 1º grau inexistente sentença. A extensão do disposto no art. 515, § 3º ao agravo de instrumento, na hipótese ventilada na parágrafo anterior, por se tratar de situação análoga,

³¹ Já tive oportunidade de anular a sentença, porque configurado julgamento *extra petita*, e examinar a pretensão realmente deduzida pelo autor, sem devolver os autos à origem (Apel. 280.344.5/1, SP., TJSP, 1ª Câ. Dir. Públ, j. 24.9.02). No caso de sentença *citra petita*, não haveria anulação. Além do reexame da matéria já julgada, seria objeto de decisão aquela omitida.

deve receber idêntico tratamento. Se o tribunal concluir pela desnecessidade da prova, decidirá o mérito desde logo.

Tais propostas visam a conferir ao art. 515, § 3º dimensão compatível com o objetivo desejado pelo legislador: limitar o duplo grau em prol da celeridade, sempre que a atividade cognitiva do tribunal não dependa da realização de atividade probatória em 1º grau.

2.2. Extensão do efeito devolutivo: ampliação *ex officio* e *reformatio in peius*

A nova regra sobre extensão do efeito devolutivo da apelação suscita duas indagações. A primeira refere-se à necessidade ou não de pedido do apelante para que, afastada a extinção do processo sem julgamento de mérito, possa o tribunal examiná-lo. Outro problema diz respeito a eventual resultado menos favorável ao apelante, pois uma carência poderia transformar-se em improcedência. Ambos são conexos e devem ser tratados em conjunto.

Com relação ao exame do mérito, após a cassação da sentença terminativa, trata-se de atividade a ser desenvolvida *ex officio*, ou seja, independentemente da vontade do apelante.

Na mesma medida em que a profundidade do efeito devolutivo é ampla, por força dos §§ 1º e 2º do art. 515, constituindo dever o exame de todos os fundamentos da demanda e da defesa, ainda que não versados na sentença³², também a abrangência da extensão é em parte determinada pelo legislador.

Até a vigência da lei n. 10.352, cabia exclusivamente ao apelante a fixação do limite (art. 515, *caput*). Agora, em razão do § 3º, ainda que não versada na apelação a matéria de mérito, porque não tratada na sentença, deverá o tribunal examiná-la, se presentes os requisitos legais.³³

³² Como bem pondera Barbosa Moreira, a devolução opera-se *ex vi legis* (Comentários, p. 445).

³³ É ainda de Barbosa Moreira a observação de que não só está o tribunal proibido de decidir fora dos limites, como tem o dever de decidir tudo quanto neles se contém, cabendo ao legislador estabelecer de que material

Pode ser que o próprio apelante, expressamente, pretenda a limitação do exame ao que fora decidido, alegando necessidade de novas provas para julgamento do mérito. Mesmo nesse caso, se o tribunal concluir pela possibilidade de imediata análise da situação de direito material deverá fazê-lo. A rejeição ao pedido de devolução dos autos ao 1º grau será, evidentemente, justificada.³⁴

Admitida essa premissa, poder-se-ia vislumbrar a existência de paradoxo no sistema. Se o apelante tem liberdade para determinar a extensão do efeito devolutivo, podendo encaminhar ao tribunal apenas parte daquilo que fora decidido no âmbito do mérito (CPC, art. 515, *caput*), não teria sentido a devolução obrigatória da situação substancial nas hipóteses de extinção do processo sem julgamento de mérito (§ 3º).³⁵

Embora sedutora, a construção está amparada em dados incorretos.

A possibilidade de o tribunal passar ao plano do direito material em sede de apelação, se afastada a extinção do processo sem julgamento de mérito, constitui opção do sistema, que preferiu pela celeridade processual, em detrimento do duplo grau de jurisdição. Trata-se de escolha legítima do legislador, pois não implica ofensa ao devido processo constitucional.³⁶

Nessa medida, verificada em concreto a hipótese descrita no § 3º, inexorável a incidência da regra.

Nada impede que o apelante, ciente de que a impugnação da sentença terminativa poderá acarretar julgamento de mérito em 2º grau, manifeste expressamente o desejo de limitar o âmbito da análise a parte do pedido. O silêncio, porém, equivale a admitir a devolução integral da pretensão material, pois ele já sabe de antemão que o acolhimento de suas razões implicará não só o afastamento da extinção sem

“dispõe o juiz para construir sua decisão, ou, em outras palavras, a que luz ele há de decidir.” (Arguição de prescrição. Sentença omissa. Devolução da questão ao conhecimento do tribunal, *in* Direito aplicado II, Forense, 2.000, p. 328). Com fundamento no princípio da demanda (CPC, art. 2º), Flávio Cheim Jorge entende imprescindível pedido do apelante (Os recursos, p. 76). Sustenta a mesma posição Ricardo de Carvalho Aprigliano, argumentando com a vinculação do § 3º ao *caput* do dispositivo e com a vedação à *reformatio in peius* (cfr. Os efeitos da apelação, p. 261). Não parece ter sido essa, todavia, a orientação do legislador, que pode, discricionariamente, excepcionar a regra da inércia.

³⁴ Cfr. Cândido Rangel Dinamarco, A reforma da reforma, São Paulo, Malheiros, 2.002, pp. 159/160.

³⁵ Essa inteligente objeção é formulada por Ricardo de Carvalho Aprigliano (Os efeitos da apelação, p. 261).

³⁶ Sobre devido processo constitucional, v. meu Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), São Paulo, Malheiros, 3ª ed., cap. IV.

juízo de mérito, mas também o exame deste. A ausência de manifestação expressa significa devolução integral, mesmo porque o recurso parcial constitui exceção.³⁷

Em síntese, a extensão do efeito devolutivo 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. Se ele, ciente da nova sistemática, quiser limitar o âmbito da devolutividade a apenas parte da pretensão deduzida em 1º grau, deverá fazê-lo expressamente.

Dessa atividade cognitiva de mérito, poderão os julgadores de 2º grau chegar à conclusão de que o autor-apelante não tem razão, o que implicará improcedência do pedido.

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 realizado 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.³⁸

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.

³⁷ Cfr. Barbosa Moreira, Comentários, pp. 352/354.

³⁸ Adota-se integralmente a lição de Dinamarco: “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 da luta do legislador contra os males do tempo e representa a ruptura com o velho dogma, o do duplo grau de jurisdição, que por sua vez só se legitima quando for capaz de trazer benefícios, não demoras desnecessárias. Por outro lado, se as regras são essas e são conhecidas de todo operador do direito, o autor que apelar contra a sentença terminativa fá-lo-á com a consciência do risco que corre; não há infração à garantia constitucional do *due process* porque as regras do jogo são claras e isso é fator de segurança das partes, capaz de evitar surpresas.” (A reforma da reforma, pp. 161/162). Posição contrária é sustentada por José Rogério Cruz e Tucci (cfr. Lineamentos da nova reforma do CPC, RT, 2ª ed., pp. 100/102)

2.3. Extensão do efeito devolutivo: prescrição e falsa carência

A previsão do art. 515, § 3º não implica qualquer alteração de situações em que a devolução já se operava por força dos §§ 1º e 2º. Em pelo menos duas hipóteses, por má compreensão do sistema, os autos eram indevidamente devolvidos ao juízo *a quo*.

A primeira delas é a rejeição da demanda por prescrição ou decadência, caso em que o juiz extingue o processo com julgamento de mérito (CPC, art. 269, inciso IV).

Afastada a conclusão de 1º grau, o tribunal podia prosseguir no exame das demais questões de mérito, salvo se necessária a produção de prova. Como o juiz já julgara o mérito, a profundidade do efeito devolutivo, regulada nos §§ 1º e 2º possibilitava o exame dos demais fundamentos da ação ou da defesa, ainda que relacionados a outros aspectos da pretensão.³⁹

A outra hipótese em que os autos eram devolvidos à origem sem necessidade referia-se às chamadas “falsas carências”.⁴⁰

³⁹ Voltarei ao tema no item referente à profundidade do efeito devolutivo da apelação, com menção específica ao problema da prescrição (v. n. 2.4 e nota 43). No sentido do texto, mas apontando entendimento contrário de parcela da jurisprudência, v. Eduardo Cambi, Efeito devolutivo da apelação, pp. 674/675

⁴⁰ A expressão é de Cândido Dinamarco, que se refere às hipóteses em que o juiz, equivocadamente, extingue o processo sem julgamento de mérito, embora o tenha examinado. Exemplifica com a denegação do mandado de segurança por ausência de direito líquido e certo, não demonstração do tempo ou da posse anterior nas demandas de usucapião e possessória (A reforma da reforma, pp. 157/158. Também trata da questão ao examinar a tendência de extinção sem julgamento de mérito dos processos versando indenização decorrente de acidente automobilístico, nos casos em que o veículo fora alienado antes dos fatos e o pedido é dirigido ao antigo proprietário (Instituições, vol. II, p. 307; v. tb. Eduardo Cambi, Efeito devolutivo da apelação, p. 674). A esse respeito, já tive oportunidade de decidir que: Embora do documento do veículo constasse o nome do apelado (fls. 9vº), dúvida não há de que o proprietário o alienara em data anterior ao acidente. Pelos elementos dos autos, lícito concluir que o bem fora vendido a pessoa jurídica (fls. 162), que por sua vez o transferiu ao atual proprietário (fls. 76), ambos os negócios realizados mais de um ano antes do acidente, embora a alteração dos registros somente tenha ocorrido depois. O certificado expedido pelo DETRAN tem eficácia administrativa, mas não é necessário para a demonstração do domínio (Apel. n. 789.191-0, SP., 1º TACSP, 12ª. Câmara. Esp. Jul/98, j. 6.8.98, v.u.; Apel. n. 734.345-3, SP., 1º TACSP, 12ª Câmara. Esp. Jul/97, 4.8.97, v.u.; Apel. n. 725.308-1, Suzano, 1º TACSP, 12ª Câmara. Esp. Jul/97, 4.8.97, v.u.; Apel. n. 593.035-2, Mirassol, 1º TACSP, 12ª Câmara., j. 6.4.95, v.u.; Apel. n. 567.259-9, SP, 1º TACSP, Rel. Juiz Oscarlino Moeller, j. 26.7.94; Apel. n. 431.059-4, SP, 1º TACSP, 3ª Câmara. Esp. Jan/90, j. 10.1.90). Reforça essa premissa o fato de que o real titular do domínio encontrava-se no veículo quando da colisão. (fls. 10). A instrução demonstrou, portanto, que o apelado não praticou o ato ilícito, nem pode responder por suas conseqüências. Não se trata, todavia, de ilegitimidade passiva de parte, cujo exame deve ser feito em face da inicial. As condições da ação constituem requisitos necessários à prolação da sentença de mérito. Sua aferição deve ser feita à luz da situação jurídica de direito material posta pelo autor na petição inicial. Isto é, examina-se hipoteticamente a relação substancial, para extrair dali a possibilidade jurídica da demanda, o interesse e a

Embora ainda controvertida em sede doutrinária, vem ganhando força o entendimento de que as condições da ação resultam do exame da relação de direito material afirmada pelo autor na inicial, ou seja, *in statu assertionis*.⁴¹

Algumas premissas devem ser fixadas. As condições da ação são requisitos necessários ao julgamento do mérito e devem ser aferidas com base em elementos da relação material. Parte legítima, por exemplo, é aquela que participa da situação da vida deduzida como fundamento do pedido. Como verificar a presença dessa condição sem o exame dessa realidade externa ao processo? Somente após a verificação da causa de pedir e do pedido (elementos extraídos do plano substancial) será possível concluir a respeito da possibilidade jurídica do pedido.

Dúvida não há, portanto, que as condições da ação são informadas por dados da relação material.⁴²

O problema todo reside na intensidade dessa análise, pois, se ultrapassados determinados limites, o juiz acabará examinando o próprio mérito.⁴³ Aliás, se

legitimidade. Trata-se de análise realizada *in statu assertionis*, ou seja, mediante cognição superficial que o juiz faz da relação material (cfr. Apel. n. 777.298-3, Americana, 1º TACSP, 12ª.Câm., j. 9.6.98, v.u.; Apel. n. 722.803-9, Campinas, 1º TACSP, 12ª.Câm., j. 24.3.98, v.u.; Apel. n. 143.232-1/6, TJSP, 2ª Câm., Rel. Des. César Peluso, j. 10.12.91; Resp. n. 21.544-0-MG, STJ, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, in DJU 8.6.92, p. 8.619; A.I. n. 40.951-1-SP, STJ, Rel. Min. Nilson Naves, in DJU 8.10.93, p. 21.091; em sede doutrinária, cfr. JUSTITIA n. 156/48; José Carlos Barbosa Moreira, Legitimidade para agir. Indeferimento da petição inicial, in Temas de direito processual, vol. I, Saraiva, pp. 198 e ss.; Kazuo Watanabe, Da cognição no processo civil, RT, 1987, pp. 58 e ss.; Donaldo Armelin, Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro, RT, 1979, p. 83; Ary de Almeida Elias da Costa, A legitimidade das partes na doutrina e na jurisprudência, Coimbra, Livraria Almedino, 1965, p. 32/34; Giovanni Verde, Profili del processo civile, parte generale, Jovene Ed., Napoli, 1978, p. 130; Crisanto Mandrioli, Corso di diritto processuale civile, vol. I, 2ª ed., Grappichelli Ed., p. 55; Elio Fazzalari, Istituzioni di diritto processuale, Padova, CEDAM, 1975, p. 134 e Note in tema di diritto e processo, Giuffrè, Milano, 1957, p. 160). Segundo os fatos narrados pela apelante, o veículo pertencia ao réu. A instrução demonstrou o contrário, o que leva à improcedência do pedido. A responsabilidade pelo equívoco é do atual proprietário do bem, que não cumpriu a obrigação legal de regularizar a transferência. Além do mais, quando da propositura da ação, a alteração do registro já fora providenciada (fls. 74). (Apel. n. 809.329-2, Santos, 1º TACSP, 12ª Câm., j. 16.3.99, v.u.).

⁴¹ O eminente jurista homenageado repudia expressamente essa visão das condições da ação (cfr. Instituições, vol. II, pp. 313/315. Volto ao tema, já examinado em outra sede (v. Direito e processo, pp. 71 e ss.; Pressupostos processuais e condições da ação, Justitia n. 156, pp. 48/66), com a esperança de sensibilizar meu mestre e convencê-lo a refletir novamente a respeito. Estou certo de que a ousadia do aluno será bem recebida pelo professor, incansável defensor do diálogo, ainda que haja substancial desigualdade entre os interlocutores.

⁴² V. meu Direito e processo, pp. 71 e ss.; Cândido Dinamarco, Instituições, p. 297.

⁴³ Segundo Dinamarco, configura carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido, quer o autor decline estar a pretensão fundada em dívida de jogo, quer esse fundamento venha a ser provado pelo réu. Fosse de mérito a sentença nesse último caso, continua, a coisa julgada impediria a vigência do art. 1.477 do antigo Código Civil (Instituições, vol. II, pp. 314/315). Mas, se autor não faz referência a dívida de jogo na inicial, certamente deduziu outra causa de pedir (mútuo, por exemplo). Demonstrado pelo réu que as partes

a categoria das condições da ação não for compreendida adequadamente, existe o risco de a carência da ação passar a ser a forma normal de extinção do processo, ainda que o juiz conheça profundamente da relação material. A sentença denominada terminativa deve ser fenômeno absolutamente excepcional, pois nela está consubstanciado o fracasso do instrumento estatal de solução de controvérsias, que não alcançou nenhum de seus escopos.

Diante desse quadro, o exame da relação substancial destinado a identificar a presença das condições da ação deve limitar-se às afirmações da inicial. Em princípio, nenhuma prova é necessária à aferição da possibilidade jurídica, do interesse e da legitimidade, salvo em casos excepcionais. Parte legítima para figurar no pólo ativo, por exemplo, é quem se diz titular do direito afirmado, salvo se a lei exigir, para seu exercício, determinada posição jurídica, como a situação de casado para pleitear a separação. Nesse caso, a prova respectiva deve acompanhar a inicial. Se, todavia, a pretensão não estiver relacionada a determinada especificidade do autor, a simples afirmação da titularidade lhe confere legitimidade.⁴⁴

O mesmo ocorre com as demais condições da ação.⁴⁵

Estabelecida essa premissa, se a extinção do processo se der com fundamento em “falsa carência”⁴⁶, o tribunal deverá examinar as demais questões de mérito, não por força do § 3º, mas em razão dos §§ 1º e 2º.

na verdade jogaram, nada mais, concluirá o juiz pela não ocorrência do mútuo. Isso significa que o autor não se desincumbiu do ônus de demonstrar o fato constitutivo de seu direito, devendo o pedido ser rejeitado pelo mérito (CPC, art. 333, inciso I). Nem poderia ser julgado improcedente o pedido relativo a dívida de jogo, pois essa *causa petendi* não integra os elementos objetivos da demanda (CPC, art. 128 e 460). Ele simplesmente rejeitará o pedido, porque não provados os fatos constitutivos afirmados pelo autor (contrato de mútuo).

⁴⁴ Muito oportuna a lição de Barbosa Moreira, a propósito de situação concreta idêntica à imaginada no texto. Tratando-se de pedido formulado por suposto credor ou proprietário, a aferição da legitimidade não se dá mediante exame das provas sobre a veracidade dessa afirmação, pois tal cognição levaria ao julgamento do mérito: “Salta aos olhos a ilação: em casos tais, para aferição da legitimidade, devemos contentar-nos com a simples afirmação de que uma das partes tem certa posição jurídica, e a parte contrária tem outra. Particularizando para as ações como a vertente, em que se discutem relações jurídicas obrigacionais: devemos contentar-nos com a simples afirmação de que o autor é credor, e o réu é devedor. A questão da legitimidade *ad causam* tem de ser resolvida à luz do que se alega na inicial, admitindo-se, para argumentar, que seja veraz a narrativa do autor (*uti si vera sint exposita*). Se o autor Caio afirma ser credor de Tício, tanto basta para que se haja de reconhecer a Caio legitimidade ativa, e a Tício legitimidade passiva. Em sede de julgamento de mérito é que se decidirá se o alegado crédito existe ou não; e, em consequência, se Caio é credor, e se Tício é devedor.” (Legitimação passiva: critério de aferição. Mérito, *in* Direito aplicado II, Forense, 2.000, p. 377). É preciso ressaltar, como bem observado pelo ilustre processualista carioca, as hipóteses de legitimidade extraordinária.

⁴⁵ Para exame específico do problema, com indicação bibliográfica, cfr. meu Direito e processo, pp. 71 e ss. Em sede jurisprudencial, também já tive oportunidade de sustentar essa posição: A.I. n. 299.920.5/4, Piedade, TJSP, 1ª Câmara. Dir. Públ. Jan/03, j. 4.2.03, v.u.

2.4. Efeito devolutivo da apelação: profundidade

O mesmo efeito devolutivo também pode ser analisado de outro ponto de vista. Trata-se agora da profundidade cognitiva do tribunal. Respeitado sempre os limites determinados pela extensão (só se devolve a matéria impugnada), necessário verificar quais os fundamentos cognoscíveis pelo tribunal, para dar ou negar provimento ao recurso.

Fala-se aqui na profundidade do efeito devolutivo da apelação, que, no sistema do Código de Processo Civil brasileiro é a mais ampla possível. Todas as questões suscitadas e discutidas no processo, todos os fundamentos da demanda e da defesa, ainda que o juiz não os tenha examinado, serão devolvidos para exame em 2º grau (CPC, art. 515, §§ 1º e 2º).

Trata-se de opção do legislador, que poderia ter adotado sistema diverso, restringindo o exame das questões segundo critérios objetivos ou subjetivos.⁴⁷

Também se entende que, embora não suscitadas no juízo de origem, pode o tribunal decidir em conformidade com fundamentação cujo conhecimento não depende de provocação. São aquelas matérias que o julgador pode examinar de ofício, a respeito das quais não se verifica preclusão (CPC, art. 267, § 3º).⁴⁸

Se quisermos traçar um paralelo, a extensão do efeito devolutivo refere-se ao pedido formulado na apelação; já a profundidade diz respeito aos fundamentos do recurso.

⁴⁶ Esclareço que a expressão é empregada com significado mais amplo do que o admitido por Dinamarco, que considera verdadeiras carências da ação hipóteses aqui apontadas como sentenças de mérito.

⁴⁷ Cfr. Barbosa Moreira, *Arguição de prescrição*, p. 337.

⁴⁸ Cfr. Apel. n. 871.177-7, São Paulo, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 15.3.01, v.u.; Ag no A.I. n. 197.577-GO, STJ, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, in DJU de 5.6.00; AA.II. nn. 965.451-3, Bauru, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 24.10.00, v.u.; 904.155-4, Mirassol, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 15.2.00, v.u.; 877.728-8, Santos, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 19.10.99, v.u.; 699.909-3-SP, 1º TACSP, 1ª Câmara, Rel. Juiz João Carlos Garcia, j. 16.9.96, v.u.; Resp n. 175.432-CE, STJ, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, in DJU de 3.11.1998, p. 191; A.I. n. 58.183-4, Poá, TJSP, 5ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. Silveira Netto, j. 26.3.98, m.v. V. tb. Rodrigo Reis Mazzei, *O efeito devolutivo e seus desdobramentos*, in *Dos recursos*, vol. I, Instituto Capixaba de Estudos, 2.001, pp. 136/139.

Nessa medida, deduzidos três pedidos na inicial (ressarcimento de despesas médicas, lucro cessante e danos morais), se a sentença acolher apenas o primeiro e o autor apelar tão-somente quanto a um dos dois não atendidos (lucro cessante), aquele capítulo não impugnado (danos morais) torna-se imutável e a pretensão respectiva estará definitivamente rejeitada. Em relação a ele não haverá devolução, sendo inadmissível seu exame em sede recursal.

Agora, se o autor e o réu deduziram vários fundamentos para o pedido ou a defesa e o juiz acolher apenas um para julgar procedente ou improcedente, a apelação de qualquer deles devolverá ao tribunal toda a matéria suscitada em 1º grau.

Exemplificando: o autor pretende a declaração de nulidade de certidão da dívida ativa, porque constituída irregularmente e por inconstitucionalidade do tributo. Acolhida a pretensão pelo primeiro fundamento, a apelação do réu permite ao tribunal o exame do segundo.

Da mesma forma, se o réu apresentar defesa de mérito, fundada em nulidade da obrigação e pagamento, caso o juiz entenda demonstrado este último, sem qualquer referência ao vício do ato, nada obsta seja ele reconhecido em grau de recurso. Nesse caso, será negado provimento ao apelo do autor, por fundamento diverso.

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 ampla atividade cognitiva do tribunal sobre as questões debatidas em 1ª instância.

Até aqui, nada de mais. As considerações feitas são relativamente pacíficas. Existe, é verdade, o problema da prescrição e da decadência, que constituem defesas de mérito. 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.

Nesses casos, afastada a decadência ou a prescrição, alternativa não há, senão o retorno dos autos à origem, para que todo o conteúdo de mérito seja suficientemente debatido.

Mas, se todas as questões inerentes ao mérito já foram submetidas ao contraditório e se encontram suficientemente instruídas, inexistente razão para devolvê-las ao juízo de 1º grau. Como o pronunciamento sobre prescrição e decadência implica exame da relação jurídica material, para reconhecer a inexigibilidade do direito (CPC, art. 269,

IV), a apelação devolve toda a matéria de mérito, ainda que não examinada pelo Juiz *a quo* (CPC, art. 515, §§ 1º e 2º). O mesmo se dá nas hipóteses em que, afastada a prescrição, a controvérsia não envolver matéria fática.⁴⁹

Como já afirmado em item específico, essa conclusão independe do § 3º do art. 515. Ela decorre da profundidade do efeito devolutivo da apelação.

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.

2.5. Profundidade do efeito devolutivo e regra da correlação

De qualquer modo, a devolutividade da apelação só abrange a causa de pedir deduzida na inicial, sendo inadmissível qualquer inovação. A profundidade desse efeito é ampla mas, no que se refere à pretensão inicial, deve ser respeitado o limite objetivo da demanda.

Não fosse assim, haveria julgamento *extra petita* em 2º grau, o que implica nulidade do pronunciamento judicial, por violação à regra da adstrição ou da congruência.⁵⁰

⁴⁹ Por isso fiquei vencido no julgamento da apelação n. 814.793-5, de Sorocaba, com a seguinte declaração de voto: “Ouso discordar em parte da ilustrada maioria, pois, afastada a prescrição, inexistente óbice ao julgamento das demais questões de mérito. A controvérsia não é fática, tanto que as próprias partes pleitearam o julgamento antecipado, por não terem mais provas a produzir (fls. 378, 386 e 398vº). Na medida em que a questão é de direito, toda a matéria de mérito já foi debatida em 1º grau, tendo o MM. Juiz examinado apenas parte, pois acolheu um dos fundamentos da defesa - a prescrição - e julgou improcedente o pedido (CPC, art. 269, IV). A apelação, todavia, devolve ao Tribunal as demais questões. Trata-se da profundidade do efeito devolutivo do recurso (CPC, art. 515, §§ 1º e 2º). Esta conclusão seria afastada tão-somente se houvesse necessidade de novas provas, o que não ocorre (cfr. Apel. n. 622.877-7, Jundiaí, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 21.11.96, v.u.; Resp n. 154.660-SP, STJ, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 28.3.00, in DJU de 5.6.00, p. 154; Resp n. 141.595-PR, STJ, 4ª T., Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 23.11.99, in DJU de 8.5.00, p. 95; Resp n. 193.899-SC, STJ, 3ª T., Rel. Min. Nilson Naves, j. 5.10.99, in DJU de 21.2.00, p. 121; v.tb. José Carlos Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, Forense, 8ª ed., p. 438; Ada Pellegrini Grinover, nota c in Estudos sobre o processo civil brasileiro, de Enrico Tullio Liebman, José Bushatsky, 1976, p. 194). Não vejo necessidade, portanto, de anulação da sentença. Possível a continuação do julgamento nesta sede. (Apel. n. 814.793-5, Sorocaba, 1º TACSP, 12ª Câmara, Rel. Juiz Sousa Oliveira, j. 19.12.00, m.v.)”

⁵⁰ Cfr. CPC, arts. 128, 459 e 460; v. tb. Milton Paulo de Carvalho, Do pedido no processo civil, Sérgio Fabris Editor, 1992, p. 176; Teresa Arruda Alvim, Nulidades da sentença, RT, 3ª ed., p. 189; Apel. n. 638.848-3, Bebedouro, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 28.4.98, v.u.; Apel. n. 724.393-6, SP., 1º TACSP, 12ª Câmara. Extr., j. 13.11.97, v.u.; Apel. n. 709.678-8, SP., 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 12.6.97, v.u.; Apel. n. 630.536-6, SP., 1º

Essa irregularidade gera nulidade da decisão, principalmente se a parte contrária sequer teve oportunidade de se manifestar a respeito da matéria.⁵¹

Em última análise, se apreciado fundamento novo, o julgamento viola o próprio princípio da demanda (CPC, arts. 2º e 262), do qual decorrem os limites da sentença.⁵²

Tal conclusão permanece inalterada, ainda que a matéria de mérito seja daquelas passíveis de exame *ex officio*.

Não obstante questões de ordem pública, como nulidades absolutas, possam ser conhecidas de ofício pelo julgador, inadmissível considerá-las para efeito de acolhimento de uma pretensão, se não integrarem os limites objetivos da demanda. Esta não comporta ampliação por iniciativa do juiz.

É possível a rejeição de pedido fundado em contrato, se o juiz vislumbrar a existência de incapacidade absoluta de um dos contratantes, ainda que tal fundamento não seja invocado pelo réu. Mas não pode declarar nulo esse mesmo contrato, por incapacidade absoluta, em demanda versando sua anulabilidade por vício de vontade.⁵³ Aliás, nesse caso o julgamento seria *extra petita* não só porque examinada causa de pedir diversa daquela deduzida na inicial, mas também em razão de ser diferente o pedido formulado.

2. 6. Profundidade e extensão: relação de dependência

Mas não é esse o problema mais sério com que se depara no tema em análise.

TACSP, 12ª Câmara, j. 10.8.95; Apel. n. 587.149-4, Araçatuba, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 11.5.95; Apel. n. 530.822-5, SP., 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 2.2.95.

⁵¹ Cfr. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi* no processo civil, RT, 1993, pp. 133/134; Apel. n. 683.638-2, SP., 1º TACSP, 12ª Câmara, Esp. Jan/97, j. 18.2.97, v.u.; Apel. n. 524.118-9, Sorocaba, 1º TACSP, 4ª Câmara, j. 6.4.94.

⁵² Cfr. Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, tomo I, Forense, 1ª ed., p. 31; Apel. n. 659.276-7, SP., 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 12.3.98, v.u.; Apel. n. 630.598-6, Tupã, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 10.8.95, v.u.

⁵³ Apel. n. 761.741-2, Pirassununga, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 4.5.99, m.v.; Apel. n. 759.507-9, Bariri, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 23.2.99, v.u.; Emb. Inf. n. 785.213-5/01, SP., 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 10.12.98, v.u.

Em razão da profundidade do efeito devolutivo da apelação, pode o tribunal até mesmo conhecer de matéria não suscitada em 1º grau, desde que se trate daquelas passíveis de exame *ex officio*, como pressupostos processuais e condições da ação.

Considerada hipótese de sucumbência recíproca, em que apenas o autor apela, os capítulos da sentença a ele favoráveis e não atacados pelo réu não integram a extensão do efeito devolutivo.

Nessa medida, a parcela da sentença em que foram atendidas as pretensões do autor não pode ser analisada pelo tribunal, pois a apelação interposta não a abrange (CPC, artigo 515, *caput*).

Mas, à luz da profundidade cognitiva admissível, nada obsta o reconhecimento, em sede recursal, da carência da ação. É matéria de ordem pública, cujo exame pode ser feito de ofício, ainda que a respeito não exista discussão em 1º grau.

Indaga-se aqui: qual o alcance dessa carência? Fica restrita ao que foi devolvido por força da extensão ou atinge matéria estranha a esse âmbito, exatamente aquela parte da sentença favorável ao autor-apelante?

Considerado não só o disposto no artigo 515, *caput*, mas também o próprio princípio da demanda, segundo o qual a atividade jurisdicional só atua mediante provocação e nos limites fixados pela parte, inexorável a existência de nexo entre o limite estabelecido por força da extensão do efeito devolutivo e a profundidade desse mesmo efeito.

Em reforço a esta conclusão, podem ser invocados, ainda, a imutabilidade do capítulo da sentença não abrangido pelo recurso do autor, ou seja, a coisa julgada material, além da proibição da *reformatio in peius*.⁵⁴

Por tais razões, a profundidade do efeito devolutivo da apelação ou efeito translativo desse recurso não alcança capítulo da sentença não abrangido pela extensão dele.⁵⁵

Esta solução deve ser adotada em qualquer hipótese de matéria, cujo exame no recurso se der por força da profundidade do efeito devolutivo, embora

⁵⁴ Cfr. Dinamarco, Capítulos, pp. 112/113.

⁵⁵ A profundidade do efeito devolutivo implica estabelecer quais fundamentos suscitados pelas partes são transferidos ao tribunal, sempre, é óbvio, dentro dos limites da “matéria impugnada”. (Barbosa Moreira,

possam ser criadas situações aparentemente paradoxais. Se o recurso parcial interposto pelo autor levar ao reconhecimento de nulidade processual insanável (incompetência absoluta, por exemplo), o capítulo da sentença a ele favorável e não impugnado pelo réu ficaria incólume. Não seria afetado pela anulação do processo.⁵⁶

À luz das premissas estabelecidas, portanto, a parte não abrangida pela extensão do efeito devolutivo da apelação do autor, ausente recurso do réu, estaria imune ao julgamento realizado em 2º grau.⁵⁷

A incompatibilidade entre os resultados alcançados em 1º e em 2º grau, nas hipóteses imaginadas, não constitui novidade no sistema, nem motivo para espanto. Insiste-se na finalidade eminentemente prática do instituto da coisa julgada, o que afasta preocupações relacionadas à lógica. É por isso, aliás, que um mesmo contrato pode ser considerado existente e inexistente em demandas diversas, se examinado *incidenter tantum*, ou seja, na fundamentação das respectivas sentenças. Os limites objetivos da coisa julgada autorizam tal conclusão (CPC, art. 469).

Reflexão idêntica pode ser estendida às situações de litisconsórcio, em que apenas um deles recorre. Eventual carência reconhecida em relação ao litisconsorte autor ou anulação do processo não pode atingir a situação do co-autor que não apelou. Acolhida sua pretensão, somente apelação do réu tem o condão de devolver a matéria ao tribunal. O recurso do litisconsorte, se considerada a extensão do efeito devolutivo a ele inerente, não abrange o capítulo da sentença favorável ao outro.

Ressalve-se apenas o litisconsórcio unitário, em que o resultado do processo deve ser igual para todos os litisconsortes (CPC, art. 509), o que significa deva ser

Comentários, p. 444). Parece discordar desse entendimento, Rodrigo Reis Mazzei, O efeito devolutivo, p. 158.

⁵⁶ Como bem observa Barbosa Moreira: “Não se pode mexer naquilo que não foi objeto do recurso, ainda que isso conduza a situações de contradição lógica. Se não houve recurso contra uma parte da sentença, mas verificou-se que faltava um requisito de validade do processo (por exemplo: o Ministério Público não foi chamado a intervir quando o caso era de obrigatória intervenção), nem por isso se está autorizado a anular a parte da sentença da qual não houve recurso. Essa já transitou em julgado, e só com ação rescisória é possível atingi-la.” (Correlação entre o pedido e a sentença, REPRO 83/214-215).

⁵⁷ Pondera Dinamarco que eventual incompatibilidade entre capítulos da mesma sentença pode ser criticável do ponto de vista da lógica. Mas a coisa julgada visa a solucionar problemas de ordem prática. Por isso, em relação ao capítulo não impugnado, verifica-se a imutabilidade, ainda que a solução seja incompatível com o resultado do recurso. Nada impede existir, em uma mesma sentença, capítulos válidos e imutáveis e outros nulos. Também não há óbice a que um deles transite materialmente em julgado em 1º grau e o Tribunal conclua ser o autor carecedor da ação quanto àquele devolvido por força da apelação. A perplexidade causada em muitos processualistas é “resultado de uma postura exageradamente lógica no trato das coisas do

uniforme a disciplina da situação jurídico-material. Daí decorre a necessidade de assegurar a participação no procedimento recursal ao litisconsorte que não recorreu.⁵⁸

2.7. Efeito devolutivo e embargos à execução

Questão mais complexa, mas intimamente relacionada à examinada no item anterior, refere-se ao acolhimento parcial de embargos à execução e à extensão do efeito devolutivo da apelação interposta pelo embargado. Vejamos um exemplo.

Embargos à execução com dois pedidos alternativos: extinção da execução por ausência de título ou redução do valor exigido. O acolhimento da pretensão formulada em caráter eventual, com exclusão tão-somente de alguns acréscimos considerados indevidos, implica rejeição da alegação de inexistência do referido título, fundamento do pedido de extinção do processo. Verificada essa hipótese, o juiz reconhecerá apenas o excesso de execução, porque consideradas irregulares algumas cláusulas contratuais.⁵⁹

Primeira indagação: transitada em julgado a sentença proferida nos embargos, poderia ser objeto de reexame no próprio processo de execução a questão processual, com eventual reconhecimento de carência da ação por ausência de título?

Segunda indagação: se apenas o embargado apelar, visando à inclusão das parcelas afastadas pela sentença, pode o tribunal, de ofício, reconhecer a ausência de título executivo e decretar a carência?

processo, em situações onde o raciocínio precisaria ser predominantemente prático.” (Dinamarco, Capítulos, p. 113).

⁵⁸ Cfr. Barbosa Moreira, *Comentários*, pp. 375 e ss.; Cândido Dinamarco, *Litisconsórcio*, São Paulo, Malheiros, 5ª ed., pp. 151 e ss.

⁵⁹ Exemplifica-se com determinados contratos bancários em que são previstos encargos considerados ilegais, como anatocismo e comissão de permanência sem pré-fixação da taxa (Apel. n. 822.368-7, Franca, 1º TACSP, 12ª Câ., j. 5.6.01, m.v.). Nesses casos, reconhece-se a nulidade dessas cláusulas e, em consequência declara-se o valor correto da dívida. Não se trata de simplesmente afastar importância não constante do título executivo, o que, em última análise, significa reconhecer, quanto ao excesso, ausência do mencionado título (v. Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Embargos à execução*, São Paulo, Saraiva, 1.996, pp. 176/181). No caso ventilado, examina-se o mérito, ou seja, a relação jurídica material subjacente ao título, com base em que o exequente pretende a tutela executiva. Trata-se de cognição exauriente, incompatível com aquela realizada para verificação das condições da ação (sobre essa matéria, v. meu *Direito e processo*, pp. 67/84)

Tratando-se de questão processual, relativa tão-somente à adequação da tutela executiva, a imutabilidade da sentença proferida nos embargos à execução, versando a existência ou não de título executivo, é endoprocessual. A afirmação de que o exequente possui título executivo não transita materialmente em julgado.

Nessa medida, pode a matéria ser reexaminada em outro processo, ou seja, no executivo. A resposta à primeira indagação é, portanto, afirmativa.

Não se ignora que a ausência de uma das condições da ação executiva constitui o mérito dos embargos. Ao rejeitar a alegação, portanto, o julgador considerou improcedente o pedido formulado pelo embargante, extinguindo o processo de embargos à execução com exame do mérito.⁶⁰

Ocorre que a matéria tem natureza processual e é passível de conhecimento *ex officio* (CPC, art. 267, § 3º). O fato de integrar o mérito dos embargos não a descaracteriza. Por essa razão, não parece estar a decisão sobre matéria processual susceptível à imutabilidade decorrente da coisa julgada material,⁶¹ instituto de finalidade essencialmente prática, destinado a estabilizar a tutela jurisdicional, ou seja, o provimento final destinado a regular as relações de direito material. A segurança jurídica exige que a partir de determinado momento, a resposta dada ao pedido formulado pelo autor, versando direito substancial, torne-se indiscutível.⁶² Pronunciamento sobre condições da ação, segundo entendimento da doutrina e em conformidade com o sistema processual brasileiro, não é apto ao trânsito em julgado, ainda que, nos embargos à execução, implique julgamento de mérito.

Cabe aqui uma observação. Sustenta-se não ser a sentença sobre condições da ação puramente processual, razão por que estaria apta à produção de efeitos para fora do processo. Nesse caso, a imutabilidade não seria exclusivamente endoprocessual, pois a coisa julgada abrangeria também os efeitos materiais do ato.⁶³

⁶⁰ Cfr. Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Embargos à execução*, pp. 143, 156 e 163

⁶¹ Paulo Lucon discorda expressamente dessa conclusão, sustentado ser a sentença proferida nos embargos, em que foi declarada carência da ação executiva, apta à aquisição dessa qualidade – a coisa julgada material (v. *Embargos à execução*, p. 182).

⁶² Cfr. José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de direito processual*, Saraiva, 1.977, p. 83.

⁶³ V. a respeito meu *Direito e processo*, pp. 83/84. Cândido Dinamarco, embora afirme não haver identidade entre condições da ação e mérito, conclui pela ocorrência da coisa julgada material sobre as sentenças de carência: “Dado que a negativa do concreto poder de exigir o provimento de mérito apóia-se sempre em

Essa construção sobre a projeção externa da sentença sobre condições da ação, com possível imutabilidade de seus efeitos, não se aplica, todavia, ao interesse-adequação, fundado em elementos de natureza processual. A atividade cognitiva desenvolvida para exame dessa condição não implica juízo de valor, mesmo superficial, sobre a relação jurídica de direito substancial. Daí por que conclui-se pela inexistência de imutabilidade da sentença proferida nos embargos, quanto ao capítulo em que se admitiu a existência de título executivo.

Com relação ao segundo problema proposto, a apelação do embargado devolve ao tribunal a matéria impugnada (CPC, art. 515, *caput*). É a extensão do efeito devolutivo pertinente a tal recurso.

No que se refere à profundidade desse efeito, embora amplíssima (CPC, art. 515, §§ 1º e 2º), está limitada pela própria extensão, como já visto.

Isso significa que o tribunal pode considerar todas as questões suscitadas e discutidas, além daquelas cognoscíveis de ofício, para o fim de dar solução à matéria devolvida por força da extensão do efeito devolutivo.

À luz dessas premissas, não seria admissível, em sede de apelação interposta pelo embargante, o exame de pedidos formulados na inicial, rejeitados em 1º grau e não devolvidos ao tribunal por ausência de recurso da parte interessada.

Assim, se um dos pedidos deduzidos nos embargos consistir na exclusão de juros capitalizados, por exemplo, afastada essa tese pelo juiz, o tribunal só poderia examiná-la se houvesse pedido na apelação. O problema aqui é de extensão, cujo limite legal não pode ser ultrapassado.

Imagine-se, ainda, a hipótese primeiramente figurada, em que o embargante alegue falta de título e excesso de execução, pleiteando a extinção do processo executivo ou a redução do valor. Nesse caso, o objeto dos embargos versa matéria processual e substancial da execução. São dois pedidos, portanto, cada qual com o respectivo fundamento.⁶⁴

raízes jurídico-substanciais (sem se confundir com elas), essas sentenças definem uma situação que transcende a vida e as vicissitudes do processo que se extingue, atingindo uma situação jurídica exterior e anterior a este (ação). Tanto quanto no julgamento de mérito, contém-se nessas sentenças a definição de situações que poderiam repetir-se em outros processos, não fora a autoridade *rei judicatae*.”(Cândido Dinamarco , Execução civil, São Paulo, Malheiros, 7ª ed., p. 391, nota 94).

⁶⁴ Cfr. Paulo Henrique dos Santos Lucon, Embargos à execução, p. 132.

Acolhida apenas a segunda tese, eventual recurso do embargado não devolve ao tribunal a primeira, motivo pelo qual seria inadmissível o exame dos fundamentos relacionados ao pedido de extinção. Essa pretensão somente seria devolvida se também o embargante apelasse.

Não será possível, portanto, na apelação interposta pelo embargado, o reconhecimento da carência da execução por ausência de título, visto que a matéria está fora da extensão do efeito devolutivo. Apenas o embargante tem interesse em submetê-la ao exame do tribunal, para o que teria de também interpor apelação.

Nem se diga tratar-se de questão de ordem pública e de profundidade do efeito devolutivo, passível de conhecimento *ex officio*.

A ausência de título é fundamento de um dos pedidos dos embargos, consistente na extinção da execução. Não interposta apelação pelo embargante, a pretensão rejeitada em 1º grau não é devolvida pelo recurso do embargado, que não possui interesse recursal em impugnar o capítulo da sentença a ele favorável. Em consequência, a respectiva causa de pedir (ausência de título executivo) também não é cognoscível em sede recursal.

Cumulados dois pedidos e rejeitado um, a apelação do autor não devolveria ao tribunal o conhecimento daquele admitido. Cabe exclusivamente ao réu provocar esse exame e a única forma de fazê-lo é recorrendo.

Nessa medida, irrelevante que o respectivo fundamento verse matéria de ordem pública. É preciso compreender que, se o pedido não pode ser examinado, porque não devolvido, evidentemente não haveria como conhecer da fundamentação a ele pertinente.

No caso dos embargos, enfatiza-se, o pedido de tutela declaratória negativa quanto a existência de uma das condições da ação – a adequação decorrente do título executivo – fora rejeitado. Admitiu-se apenas a tutela, também declaratória, quanto ao exato valor do crédito.⁶⁵ A devolução do primeiro pedido depende de iniciativa do embargante.

⁶⁵ Correta a observação de Paulo Lucon: “O escopo do processo de embargos à execução será diverso, dependendo da matéria alegada pelo embargante. Assim, a sentença de mérito, que os extingue, terá natureza constitutiva negativa, se o provimento jurisdicional postulado desfizer o título executivo, tal como na hipótese de falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, e se o processo correu à revelia, ou natureza declaratória, se o provimento jurisdicional declarar a inexistência ou os exatos limites da relação jurídica material que o título aparenta documentar. Poderá ser também declaratória de uma situação de ausência de

Nada obsta seja a questão novamente suscitada na própria execução, como já afirmado acima. Impossível seria, todavia, dela conhecer o tribunal, ante os limites do artigo 515, *caput*, do Código de Processo Civil.

A solução proposta não contraria a idéia instrumentalista do direito processual. É que não parece possível, em face dessa premissa, destruir por completo a técnica necessária ao bom desenvolvimento do processo.

Os princípios que se encontram à base da regra sobre a extensão do efeito devolutivo da apelação são tão relevantes quanto o da economia processual. Pudessem o tribunal solucionar definitivamente a questão, evitar-se-ia fosse a matéria renovada em outra sede. Mas haveria julgamento *ultra* ou *extra petita*, com violação aos princípios da demanda, do contraditório e da ampla defesa, pois, além de inexistir pedido a respeito, o apelante não teve oportunidade de apresentar ao tribunal os motivos por que o capítulo não impugnado da sentença deveria ser mantido.

Em síntese, rejeitado um dos pedidos deduzidos pelo embargante, somente apelação por ele interposta é apta a devolver a matéria ao tribunal, ainda que se trate de questão de ordem pública.

O § 3º do art. 515 regula situação diversa e não altera esse raciocínio. Apelação do autor contra extinção do processo sem julgamento de mérito pode possibilitar o exame da relação substancial pelo tribunal se, afastada a carência, não houve necessidade de prova a ser realizada em 1º grau. Isso não significa, todavia, deva ser objeto de julgamento, em apelação interposta pelo réu, um dos pedidos formulado pelo autor e rejeitado na sentença. O interesse recursal é exclusivo daquele que possa obter, em 2º grau, situação mais favorável do que a resultante da sentença.⁶⁶ O embargado só tem interesse em recorrer do capítulo a ele desfavorável, motivo pelo qual a ausência de apelação do embargante impede a devolução da matéria relativa à pretensão rejeitada.

uma das condições da ação no processo de execução, ou desconstitutiva, no caso da presença de algum vício relacionado à matéria processual.” (Embargos à execução, pp. 143/144).

⁶⁶ “é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida” (Barbosa Moreira, Comentários, p. 297).

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil, RT, vol. I, 5^a ed.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Os efeitos da apelação e a reforma processual, *in* A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Saraiva, 2.002, p. 260.
- ASSIS, Araken. “Condições de Admissibilidade dos Recursos Cíveis”, *in* Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei n. 9.756/98, RT, p. 43.
- BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, tomo I, Forense, 1^a ed.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual, Saraiva, 1.977.
- _____. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, 10^a ed., Forense.
- _____. Correlação entre o pedido e a sentença, REPRO 83/214-215.
- _____. Legitimação passiva: critério de aferição. Mérito, *in* Direito aplicado II, Forense, 2.000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo, influência do direito material sobre o processo, São Paulo, Malheiros Editores, 2000.
- _____. Nulidade processual e instrumentalidade do processo, *in* REPRO 60/31-43
- _____. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), São Paulo, Malheiros, 3^a ed.
- CAMBI, Eduardo. Efeito devolutivo da apelação e duplo grau de jurisdição, *in* Revista de Direito Processual Civil, Genesis, n. 22.
- CHEIM JORGE, Flávio. Os recursos em geral, *in* A nova reforma processual, em co-autoria, São Paulo, Saraiva, 2.002, p. 77.
- _____. Apelação cível: teoria geral e admissibilidade, São Paulo, RT, 1.999
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, Saraiva, trad. bras. vol. III
- COMOGLIO, Luigi Palolo, Corrado Ferri e Michele Taruffo. Lezioni sul processo civile, Bologna, Il Mulino, 1.995
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Lineamentos da nova reforma do CPC, RT, 2^a ed.
- _____. *A causa petendi* no processo civil, RT, 1993.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma, São Paulo, Malheiros, 2.002
- _____. A reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, 3^a ed
- _____. Capítulos de sentença, Malheiros, 2.003.
- _____. Execução civil, São Paulo, Malheiros, 7^a ed.
- _____. Litisconsórcio, São Paulo, Malheiros, 5^a ed.
- FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. A preclusão no direito processual civil, Juruá Editora, 1.991
- FORNACIARI JÚNIOR, Clito. A reforma processual civil, São Paulo, Saraiva, 1,996
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di diritto processuale civile, Giuffrè Editore, 5^a ed.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos, Embargos à execução, São Paulo, Saraiva, 1.996.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. O efeito devolutivo e seus desdobramentos, *in* Dos recursos, vol. I, Instituto Capixaba de Estudos, 2.001, pp. 136/139.
- MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo VII.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil, São Paulo, Saraiva, 1.997
- OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. Carência da ação e efeito devolutivo da apelação, *in* Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, RT, 2.000
- PISANI, Andréa Proto. Diritto processuale civile, 3^a ed., Napoli, Jovene Editore, 1.999
- THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil, Forense, vol. I, 18^a ed.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues e Teresa Arruda Alvim Wambier. Breves Comentários à 2^a fase da reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, RT, 2.002, pp. 86 e ss