

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, EFEITO DEVOLUTIVO, REFORMATIO IN PEIUS:

LEGISLAÇÃO COMPARADA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ROBERVAL CLEMENTINO COSTA DO MONTE

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Quase todas as legislações adotam o princípio de **duplo grau de jurisdição** pois, qualquer que seja o fundamento, a lide tem sempre por finalidade a **coisa julgada**, e este escopo será melhor alcançado quando o processo for sucessivamente examinado por juizes distintos.

Afirma CARNELUTTI que o novo exame do processo poderia ser feito por juizes de igual hierarquia funcional, ocorrendo, então, a chamada **dupla conformidade** (1).

É a sentença de primeira instância, por natureza, **recorrível, mutável** e, para que seja feito reexame ou renovação do processo não há necessidade da arguição de **vício** da decisão, sendo suficiente até a alegação de sua injustiça (2).

O princípio do duplo grau de jurisdição tem sido criticado por alguns processualistas, como NAZARETH (3) e JOÃO MONTEIRO (4), com a afirmação, em síntese, de que, ou o órgão **ad quem** é mais apto que o primeiro, sendo este conseqüentemente uma demasia, ou ambos são igualmente aptos, tornando-se, assim, desnecessário o re-exame.

1) CARNELUTTI, Lezioni Dir. Proc. Civ., 1933, vol. IV, pág. 201;

2) CARNELUTTI, Sistema del Dir. Proc. Civ., II, pág. 595;

3) NAZARETH, Elementos de Proc. Civ., vol. I, pág. 378;

4) JOAO MONTEIRO, Proc. Civ. e Com., vol. III § 199,6

Esclarece MACHADO GUIMARAES (5):

“A este especioso raciocínio se poderá objetar que o tribunal do segundo grau dispõe de um elemento, de um *quid novi* com que não podia contar o de primeiro grau; este elemento consiste na própria experiência do primeiro julgamento, que já desbravou o terreno, já determinou quais os fatos relevantes e quais as provas úteis. No correr da demanda, a lide vai sofrendo como que um trabalho de *erosão*, mediante a eliminação de certas questões que se mostraram irrelevantes, ou se tornaram incontestáveis de forma a se apresentar quase sempre ao tribunal de recurso encerrada em contornos mais restritos e reduzida aos seus elementos essenciais.”

Já ULPIANO reconhecia a necessidade do recurso da apelação, ressaltando, porém, que *judices nom nunquam bene latas sententias in peius reforment*.

Os autores italianos, v. g. CHIOVENDA (6), CALAMANDREI (7), BETTI (8), PAVANINI (9), ZANZUCCHI (10) e NIGIDO (11) têm assinalado, talvez com exagero, a distinção entre os meios de impugnação propriamente ditos (recursos) e os meios de impugnação impropriamente considerados (ações autônomas de impugnação): enquanto os primeiros destinam-se a novo exame do litígio, no sentido de impedir que a sentença produza a coisa julgada, no dizer de CHIOVENDA (12), constituindo, portanto, novas fases da *mesma* relação processual iniciada em primeira instância e ainda não encerrada, as ações de impugnação autônomas, concedidas apenas excepcionalmente e em casos marcados, têm por finalidade não mais a mesma relação processual, porém, decretar a nulidade da sentença respectiva ou rescindi-la, já em nova relação processual.

Na lição de ZANZUCCHI (13), MORTARA (14) e ALFONSO NIGIDO (15) a exigência do duplo grau de jurisdição fica preenchida mediante a *possibilidade* de dois exames sucessivos do processo, não sendo necessário que o juiz tenha feito a apreciação do mérito para que o primeiro grau seja considerado findo, bastando que o juiz tenha podido fazê-lo.

- 5) LUIZ MACHADO GUIMARAES, Estudos de Direito Processual Civil 1969, pág. 217;
- 6) CHIOVENDA, Principii Di Dir. Proc. Civ., pág. 960;
- 7) CALAMANDREI, Studi sul Proc. Civ., vol. I pág. 135;
- 8) BETTI, Dir. Proc. Civ. Ital., pág. 642;
- 9) PAVANINI, Contributo allo studio del Giud. Civ. di Rinvio, 1937, cap. I;
- 10) ZANZUCCHI, Dir. Civ., 1938, vol. II, pág. 133;
- 11) ALFONSO NIGIDO, I Poteri del Giudice di Appello, 1938, pág. 37;
- 12) CHIOVENDA, Istituzioni di Dir. Proc. Civ., vol. II, 1934, pág. 511;
- 13) ZANZUCCHI, ob. cit., vol. II, pág. 183;
- 14) MORTARA, Comentário, 3ª ed., vol. IV, nº 298;
- 15) ALFONSO NIGIDO, ob. cit., pág. 62;

Sobre o tema escreveu MACHADO GUIMARÃES (16):

“Ainda mesmo que o juiz do primeiro grau não tenha decidido todas as questões de mérito suscitadas pelas partes, ficará o tribunal da apelação investido do conhecimento integral das aludidas questões, em virtude do efeito devolutivo do recurso. Por outro lado, se o juiz de primeira instância, na sentença final, depois de cumprida toda a fase de cognição, houver por bem de proferir sentença anulatória do processo sem se pronunciar sobre a relação de direito em litígio, poderá o juiz **ad quem** decidir o mérito, se entender que não procede a nulidade argüida.”

Este era o sistema vigente no nosso processo, consagrado pelas Ordenações (L. III, tit. 68, pr., **in verbis**: “e se for apelado da sentença interlocutória, e acharem (os Julgadores) que foi bem apelado, e que o apelante foi agravado pelo juiz, assim o determinem, e não mandem tornar o feito ao juiz, de que foi apelado, mas vão por ele em diante, e o determinem finalmente, como acharem por direito, salvo, se apelante e o apelado ambos requererem, que se torne o feito à terra perante o juiz de que foi apelado, porque então se tornará, e será assinado termo a que o vão lá seguir”). A jurisprudência dos tribunais, não obstante certas vacilações, havia consagrado esta solução, como se pode ver do brilhante e convincente voto do Ministro PEDRO DOS SANTOS (17).

O Código de Processo Civil de 1939, contrariamente, exigia, para a validade do segundo exame pleno, decisão proferida em primeiro grau sobre o mérito, tanto assim que, para as decisões que “implicam a terminação do processo principal sem lhe resolverem o mérito” (interlocutórias com força de definitivas) previu o recurso de agravo (18).

O atual Código de Processo Civil, no § 1.º do art. 515, prescinde de decisão de mérito em primeiro grau para validade do segundo exame pleno, embora o **caput** do artigo **pareça indicar o contrário** ao sufragar o princípio **tantum devolutum quantum appellatum**, ou seja, determina que a extensão do efeito devolutivo depende da extensão da impugnação: “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.”

E, como a impugnação do apelante deverá restringir-se, logicamente, ao que foi decidido, a consequência legal seria a devolução ao tribunal **ad quem** apenas da matéria compreendida no julgamento de primeira instância;

16) MACHADO GUIMARÃES, ob. cit., pág. 218;

17) PEDRO DOS SANTOS, in Revista Jurídica, vol. 23, pág. 224;

18) Código de Processo Civil de 1939, art. 846;

Também o art. 463, do mesmo diploma, parece indicar, em se tratando de decisão que põe fim ao processo sem julgamento de mérito, que não seria permitido, no segundo grau, a decisão de mérito sem a prévia restituição dos autos para que o juiz o fizesse:

“Ao publicar a sentença de **mérito**, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional ... (grifamos).”

No § 1.º do art. 515, entretanto, e com as reservas já assinaladas (C.P.C., arts. 463 e 515, **caput**), o atual Código de Processo Civil permite que o órgão de segundo grau se pronuncie sobre o **meritum causae** sem que o juiz de primeiro grau já o tivesse feito.

Esta permissão, porém, e seguindo a citada orientação de ZANZUCCHI (13), MORTARA (14) e ALFONSO NIGIDO (15), somente deve ser entendida quando o Juiz, ao proferir sentença **terminativa** (pusse fim ao processo sem julgamento de mérito) **estivesse em condições** de legitimamente resolver o mérito.

A incorreta aplicação do disposto n.º § 1.º do art. 515 do C.P.C., embora sob a égide da economia processual, pode ter conseqüências imprevisíveis como, **v. g.**, a surpresa da parte que aguardasse a realização de audiência de instrução e julgamento para produção de prova.

Inegável, por outro lado, a radical transformação do tipo de recurso que acarreta a aplicação do citado § 1.º: a parte vencida não mais terá direito ao normal reexame da causa pelo segundo grau, através de recurso ordinário (apelação), ou seja, ver-se-á, de início, frente à decisão de mérito de segundo grau que, se unânime, somente permitirá a tentativa ao recurso **extraordinário**, com sua álea ínsita e seu cabimento limitado pelas sucessivas alterações na redação do art. 308 do Regimento Interno do E. Supremo Tribunal Federal.

No mesmo sentido JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (18-A):

“Não é necessário, porém, que a atividade cognitiva deste haja **esgotado** a matéria de mérito. O princípio do duplo grau, no sistema do estatuto vigente, não reclama que só passem ao exame do tribunal as questões **efetivamente** resolvidas na primeira instância: fica satisfeito com a simples **possibilidade** de que essas questões fossem **legitimamente** apreciadas ali. Deve reconhecer-se tal possibilidade sempre que o juiz **a quo** já estivesse **em condições** de resolvê-las, no momento em que proferiu a sentença.”

18-A) J. C. BARBOSA MOREIRA, Com. ao Cód. de Proc. Civil, 1974, vol. V, págs. 345/346;

EFEITO DEVOLUTIVO

De duas maneiras pode a lei estimar o efeito devolutivo nas apelações: de forma ampla, permitindo o ilimitado reexame da causa em segunda instância (**novum iudicium**) ou de forma restrita, admitindo, apenas, a correção da sentença (**revisio prioris instantiae**):

O efeito devolutivo pleno transfere ao tribunal de recurso o conhecimento de **todo o processo**, facultada, pois, a renovação **da demanda** e não do **juízo**, podendo haver correção dos erros do julgador e dos erros processuais das próprias partes, funcionando o tribunal **ad quem** como verdadeira **segunda primeira instância**.

Na apelação, como disse CARNELUTTI (19), não se trata de reparar a construção do prédio, mas de reconstruí-lo, com o mesmo material ou adicionando-se novo material (concepção plena).

Enquanto legislações, como a francesa e italiana, consagram a concepção mais ampla do efeito devolutivo outras, como a alemã, fazem restrições, e ainda outras mais rígidas, como a austríaca, sequer permitem o **ius novorum**.

Na apelação do tipo italiano ou francês, o **ius novorum** não tem limite, facultada às partes a produção de novos meios, com a plena equivalência entre as atividades do primeiro e do segundo grau, sendo lícito às partes fazerem, na segunda instância, tudo o que poderiam ter feito na primeira.

O sistema processual alemão (20), apresenta uma singularidade: a produção de novas provas e exceções é admitida com reservas, facultado ao tribunal **ad quem** não considerar essa produção quando entender que sua inexistência, em primeira instância, decorre de intuito protelatório ou de injustificável negligência.

Já no processo austríaco o reexame em segundo grau é muito limitado, não sendo permitida às partes a invocação de exceções, fatos ou provas não articulados em primeira instância (21).

Nesse sentido, aliás, cumpre assinalar que o modelo austríaco não foi observado nas reformas alemãs ou mesmo nas italianas, à exceção do primitivo projeto SOLMI (22), porém, o projeto definitivo italiano seguiu o sistema alemão (23), permitindo a alegação de novos fatos e a produção de novas provas no tribunal do recurso, com a ressalva de sua inadmissão se considerados com fins meramente protelatórios ou resultantes de negligência grave (24).

19) CARNELUTTI, Lezioni Dir. Proc., 1933, vol. IV, pág. 233;

20) ZPO § 529;

21) ZPO, aust. § 482;

22) Projeto Italiano primitivo SOLMI, art. 343;

23) Projeto definitivo italiano, art. 356;

24) ZPO, § 529;

Admittam as Ordenações a invocação de **factos novos**, e por ambas as partes — “as partes litigantes podem alegar e provar na causa da apelação, qualquer razão nova, que em outra instância não tenha alegado ...” (25).

Nosso legislador de 39 seguiu, neste ponto, segundo eminente autos (26), o modelo austriaco:

“VIII — O Código de Processo Civil manteve a apelação com o carácter de recurso típico, por meio do qual se faz valer o princípio salutar do duplo grau de jurisdição. A sua função, porém, já não é a que lhe incumbia no sistema do código filipino, de permitir a reprodução **ex novo** do juízo (25), mas apenas, a de facultar uma nova apreciação dos elementos de cognição acumulados na primeira instância.

Orientou-se o legislador brasileiro decisiva e corajosamente no sentido do modelo austriaco, afastando-se da concepção ampla do tipo italiano, que era, como vimos, a do velho direito português.”

O atual Código do Processo Civil também delimitou o **ius novorum** permitindo sejam suscitadas na apelação as questões de fato, não propostas no juízo inferior, **exclusivamente** quando a parte provar que deixou de fazê-lo **por motivo de força maior** (26-A).

O novo diploma, embora seguindo o tipo austriaco e afastando-se da concepção franco-italiana do efeito devolutivo sem limite, inegavelmente aproximou-se do modelo alemão, ao permitir a ventilação de **facto novo em segunda instância**, mesmo com a epigrafada exigência de força maior (26-B).

Note-se, porém, que tanto para a impugnação da sentença quanto para a propositura da ação exige-se o **interesse** e a doutrina reconhece, como condição para apelar, a necessidade de haver o recorrente decaído de uma pretensão, requisito, exatamente, que autores como CHIOVENDA (27), BETTI (28), REDENTI (29), ZANZUCCHI (30) e CARNELUTTI (31) classificam como **interesse**:

25) Ord., L. III, tit. 83, pr.

26) MACHADO GUIMARAES, ob. cit., pág. 224;

26-A) Novo Código de Processo Civil, art. 517;

26-B) O comentário serve, também, para o anterior diploma, que contemplou idêntico dispositivo, não obstante a sempre erudita observação de MACHADO GUIMARAES (26), que situou o Código de 39 nos limites do modelo austriaco;

27) CHIOVANDA, Principii cit., pág. 982;

28) BETTI, ob. cit. pág. 637;

29) REDENTI, Profilli Pratici Di Dir. Proc. Civ. 1938, pág. 503;

30) ZANZUCCHIO, ob. cit., II, pág. 147;

31) CARNELUTTI, Lezioni cit., vol. IV, pág. 188;

Salienta MACHADO GUIMARAES (32):

“A parte que não foi prejudicada pela sentença não pode dela recorrer, por falta de interesse, o que não a impede, todavia, quando interposta a apelação pelo vencido, de fazer valer novamente todos os motivos alegados em prol do seu direito, inclusive aqueles já rejeitados em primeira instância. Não se trata neste caso de **reformatio in peius**, mas de simples aplicação do princípio de devolução plena”

REFORMATIO IN PEIUS

Ocorre a chamada **reformatio in peius** quando o tribunal **ad quem**, ao julgar determinado recurso, decide de maneira ainda mais desfavorável ao único recorrente, qualitativa ou quantitativamente: qualitativamente quando há, exemplificando, substituição da providência jurisdicional por outra menos benéfica ao recorrente e, quantitativamente, quando há diminuição dos direitos conferidos ao recorrente ou oneração da condenação.

Doutrinariamente o estudo da máxima tem considerado que a decisão mais desfavorável ao recorrente, quantitativa ou qualitativamente, está nos limites do pedido inicial, pois caso contrário, a controvérsia seria logicamente dirimida pelo princípio genérico da correspondência entre o pedido e a sentença: **ne eat iudex ultra petita partium**:

Entretanto, mesmo nesse limite, a validade do princípio tem encontrado tríplice tratamento nos sistemas jurídicos, no tempo e no espaço, ou seja, sistemas que o admitem, sistemas que não o admitem e sistemas silentes, ficando, no último caso, o caminho a seguir na dependência dos julgados;

A máxima era plenamente admitida no período de JUSTINIANO (33), permitido ao apelado, que não houvesse também interposto recurso, comparecer ao tribunal **ad quem** e propugnar pela reforma da sentença em seu benefício, facultado ao tribunal, ainda, mesmo na ausência do apelado, alterar a sentença em seu favor.

Nas Ordenações de Reino amplo era o efeito devolutivo nas apelações, residindo, nessa característica, a linha divisória quanto aos demais recursos, como observa MELLO FREIRE: **inter plures appellationibus effectus praecipuus est devolutivus, qui illius essentiam ingreditur (34)**:

32) MACHADO GUIMARAES ob. cit., pg. 224;

33) Constituição do ano de 530, C.7, 62;

34) MELLO FREIRE, Inst. Jur. Civ. Lus., L. IV, tit. XXXIII, § 17;

Não era pois, preponderante a **natureza** da decisão recorrida, considerando-se que admitiam as Ordenações a apelação quer das sentenças definitivas quer de algumas interlocutórias (35), admitida, em contrapartida, a interposição do chamado **agravo ordinário** para certas sentenças definitivas (36), porém, enquanto pela extensão do efeito devolutivo na apelação tanto se podia prover ao apelante como ao apelado, por ser **recurso comum a ambas as partes** no julgamento ao **agravo ordinário** proibia o legislador a **reformatio in peius** "porque, posto que o efeito seja trazido ao agravo, não fica comum para ser provido a ambas as partes contrárias, como de Direito é na apelação" (37).

O direito português, contrariando a orientação das Ordenações, assim determinou no art. 682 do seu Código de Processo Civil:

"Se ambas as partes ficarem vencidas, cada uma delas terá de recorrer se quiser obter a reforma da decisão na parte que lhe seja desfavorável; mas o recurso por qualquer delas interposto pode, nesse caso, ser independente ou subordinado."

E prossegue (art. 684):

"Os efeitos do julgado, na parte não recorrida, não podem ser prejudicados pela decisão do recurso nem pela anulação do processo." (38);

Somente admite o direito português a reforma em benefício da parte que **originariamente** não recorreu se, no prazo de cinco dias da ciência do despacho que admitiu o recurso da outra parte (39) apresentar o chamado **recurso subordinado** que, embora com característica própria, não deixa de ser recurso (subordinado ao conhecimento do recurso principal);

Segundo LIEBMAN (40) teria sido o direito francês o primeiro a excluir o chamado **benefício comum**.

O direito francês, à semelhança do citado **recurso subordinado** do direito português, incorporou o **appel incident** (41) e a jurisprudência orientou-se no sentido de que se o apelado não usa sequer a apelação incidental o tribunal do recurso não pode modificar a sentença contra o apelante;

35) Ord., L. III tit. 69

36) Ord., L. III, tit. 84;

37) Ord., L. III, tit. 84, § 12;

38) Redação dada pelo Decreto-lei nº 46.690, de 11 de maio de 1967;

39) C. de Processo Civil português, art. 682, 2.ª alínea, redação do Decreto-lei nº 47.690, de 11 de maio de 1967;

40) LIEBMAN, nota nº 13 à trad. das Inst. de Direito Processual de CHIOVENDA, pág. 262;

41) Code de Procédure Civile, art. 445, com a redação do Dec. 1.006, de 26.11.1965;

Como explica MOREL (42) a doutrina francesa, igualmente, fixou a extensão do efeito devolutivo: **tantum devolutum quantum appellatum**.

No direito italiano, silenciaram quanto ao problema, quer o antigo Código de 1865 quer o **Codici di Procedura Civile**, de 1940;

O recurso incidental, oriundo do direito anterior, foi mantido no código italiano vigente, disciplinado em vários artigos, quer na parte referente aos recursos em geral, quer nos capítulos destinados ao **appello** e ao **ricorso per cassazione** (arts. 333, 334 e 371);

Como observa CHIOVENDA (43) a doutrina italiana orientou-se, predominantemente, no sentido de não permitir, no recurso único, agravar a situação do recorrente.

O atual direito espanhol não focaliza o problema, apenas permitindo o art. 858 da **Ley de Enjuiciamiento Civil** a adesão do apelado à apelação nas partes que considere a sentença desfavorável.

No ensinamento de PRIETO-CASTRO (44) a Espanha, através da jurisprudência e da doutrina, tem negado, preponderantemente, a aplicação do princípio.

No direito brasileiro o Regulamento 737 não cogitou da máxima, que foi, porém, admitida pelos praxistas, como observa RAMALHO (45);

A Consolidação das Disposições Legislativas e Regulamentares referentes ao Processo Civil, do Conselheiro RIBAS, adotando a citada orientação dos praxistas, consagrou (46):

“Se se conhecer que a sentença apelada fez agravo ao apelado e não ao apelante, a emendarão em favor daquele, salvo se o apelante se houver descido da apelação, renunciando a ela e oferecendo-se a pagar todas as custas porque, então, não se conhecerá mais da apelação;”

Note-se, porém, que, no dizer de RAMALHO (47), os praxistas, no seu entendimento de **communio rimedii** da apelação, acrescentaram importante elemento na colocação do problema: “salvo se não se apelou geralmente dela, e só de certos artigos, porque somente

42) MOREL, *Traité de Procedure Civile*, 1ª ed., 1932, pág. 650;

43) CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, págs. 262/263;

44) PIETRO-CASTRO, *Derecho P. Civil*, vol. I, pág. 580;

45) RAMALHO, *Praxe Brasileira*, 1869, pág. 85;

46) Consolidação das Disposições Legislativas e Regulamentares referentes ao Processo Civil, do Conselheiro RIBAS, art. 1.591;

47) RAMALHO, ob. e pág. citados;

desses pode conhecer o juiz superior e não daqueles de que não se apelou". Consideravam válido o princípio do **beneficium commune** vários códigos estaduais, v. g. o do Estado do Rio de Janeiro, de 1912, art. 2.569, da Bahia, art. 1.753, do Ceará, art. 1.329, do Paraná, art. 730, além da própria consolidação das Leis da Justiça Federal, de JOSÉ HIGINO (48), predominando na época, como disse JOÃO MENDES JR. (49), o entendimento da doutrina de que, em matéria cível o recurso (apelação) tanto poderia beneficiar o apelante como o apelado: MORAES CARVALHO (50), PEREIRA E SOUZA (51), MELLO FREIRE (52), PAULA BAPTISTA (53) e J. MENDES (54);

A jurisprudência, porém, afastou-se dessa orientação, como observa SADY DE GUSMÃO (55), e, segundo ARTUR RIBEIRO (56), firmou-se no sentido de que, transitando em julgado a sentença na parte desfavorável ao apelado, no caso deste não recorrer, considerasse sua anuência à parte da sentença que lhe foi desfavorável, ou seja, manteve o princípio da ampla devolução, sem o **beneficium commune**;

Alguns tribunais, entretanto, aplicam esse entendimento com exagero, e, como salienta MACHADO GUIMARÃES (57), já tendo sido decidido que a parte vencida na preliminar mas vencedora no mérito não pode, no recurso interposto pela parte contrária, insistir na preliminar, por que, sobre esta não versa o recurso.

Segundo LIEBMAN (58), não contendo o Código de Processo Civil de 1939 qualquer dispositivo expresso sobre a **reformatio in peius**, lícita seria sua aplicação no julgamento da apelação;

Entretanto, esse entendimento continha aquela limitação dos praxistas a que se referia RAMALHO (59) — somente poderia o tribunal do recurso apreciar as questões que fossem objeto da apelação, em se tratando de apelação parcial.

Argumentaram os adeptos da máxima quer com sua tradição no direito brasileiro, quer com a forma pela qual foi redigido o art. 824 do Código de Processo Civil de 1939, quer com o desequilíbrio em que ficaria o processo em segunda instância se os erros praticados contra o único apelado não pudessem ser corrigidos.

48) JOSÉ HIGINO, Consolidação das Leis da Justiça Federal, Dec. nº 3.084, de 1.898, art. 692;

49) JOAO MENDES JR., Direito Judiciário Brasileiro, 1940, pág. 442;

50) MORAES CARVALHO, Praxe, § 774;

51) PEREIRA E SOUZA, Prim. Linh., 664;

52) MELLO FREIRE, ob. cit., L. IV, tit. XXIII, § 19,6;

53) PAULA BAPTISTA, Compêndio, § 231, nota 2;

54) J. MENDES, Dir. Jud., pág. 449;

55) SADY DE GUSMÃO, Recursos Cíveis e Criminais, 1963, págs. 41/42;

56) ARTUR RIBEIRO, nota ao artigo. 1.459 do Código de Minas Gerais;

57) MACHADO GUIMARÃES, Estudos de Direito Processual Civil, pág. 223;

58) LIEBMAN, nota citada, pág. 263;

59) RAMALHO, ob. cit., pág. 94;

O atual Código de Processo Civil, seguindo o estatuído no Anteprojeto (60), preferiu limitar o efeito devolutivo e não contemplar o princípio, porém, em contrapartida, permitiu, na apelação, nos embargos infringentes e no recurso extraordinário o **recurso incidental** a que, impropriamente, denominou recurso adesivo (61):

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

I — poderá ser interposto perante a autoridade judiciária competente para admitir o recurso principal, dentro de dez dias, contados da publicação do despacho que o admitiu;

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

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

Parágrafo único. Ao recurso adesivo se aplicam as mesmas regras do recurso independente, quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal superior’ . (Redação resultante da Lei n.º 5.925, de 01-10-1973);

Seria preferível, como acentuou J. C. BARBOSA MOREIRA (62), que o diploma de 1973 tivesse proibido, **expressis verbis**, a **reformatio in peius**, parecendo-nos, entretanto, que do seu exame resulta muito remota a possibilidade de admissão do instituto, contrariamente ao que ocorria com o código anterior, bastando assinalar que, se a impugnação só abrange parte da sentença, o **caput** do art. 515 citado é suficiente para excluir o conhecimento do órgão **ad quem** com referência à matéria não impugnada:

Inexiste correspondência necessária entre a proibição da **reformatio in peius** e a admissão do chamado **recurso adesivo**, porém, é inegável que não consagrando o nosso Código de Processo Civil o **beneficium commune**, mas elegendo o recurso subordinado, procurou manter, também em grau de recurso, o equilíbrio que deve haver entre as partes no processo.

60) Anteprojeto do Código de Processo Civil, art. 564 e §§ 4º e 2º;

61) Código de Processo Civil, art. 500, com a redação da Lei nº 5.925, de 01.10. 1973;

62) J. C. BARBOSA MOREIRA, obra citada, pág. 338;