

## OS RECURSOS NO PROCESSO CIVIL

### (Quarta Parte)

Roberval Clementino Costa do Monte

26. *Substituição da decisão recorrida*. 27. *Apelação: direito anterior e comparado*. 27.1. *Duplo grau de jurisdição*; 27.2. *Efeito devolutivo*; 27.3. *Reformatio in pelus*

#### 26. *Substituição da decisão recorrida*

Menciona o Código que o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida, no que tiver sido objeto de recurso (art. 512).

Inicialmente constatamos que o vocábulo *tribunal* deve ser entendido em sua acepção ampla, incluindo, até, o juízo monocrático, pois a decisão do juiz, no agravo de instrumento, também substituirá a decisão agravada <sup>(218)</sup>.

O julgamento, proferido em grau de recurso, ocupará, retrotraindo, o lugar da decisão recorrida, no que tiver sido objeto de recurso <sup>(219)</sup>.

Se o recurso não for conhecido ou se o tribunal anular a decisão recorrida, para que outra venha a ser prolatada, inexistirá a substituição epigrafada: será necessário que a decisão recorrida seja confirmada ou reformada, permanecendo, entretanto, a parte não impugnada <sup>(219-A)</sup>.

A substituição poderá ocorrer na impugnação total ou parcial: "Se a confirmação é total, o julgamento dado em grau de recurso tem tal transparência que é a decisão recorrida que se vê. Consoante observa Pontes de Miranda, os acórdãos costumam dizer que confirmam a sentença apelada, como se a sentença do grau superior coexistisse com a do grau inferior, no que foi confirmado (todo ou parte). Tal não se dá, todavia. A decisão recorrida, confirmada, ou reformada, desapareceu no momento mesmo em que se decidiu o recurso."

---

(218) *Código de Processo Civil*, art. 527.

(219) Carnelutti, *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*, Barcelona, 1942, pág. 216.

(219-A) Nesse sentido Batista Martins, *Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais*, Rio, 1957, pág. 217; Coqueijo Costa, *O Direito Processual do Trabalho e o Código de Processo Civil de 1973*, São Paulo, 1975, pág. 224; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, de 1973, Rio, 1949, vol. V, pág. 131; José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio 1976, vol. V, pág. 380; Sergio Bermudes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, 1977, vol. VII, págs. 118/119.

“Quando, por força do julgamento proferido em grau de recurso, apenas parte da decisão é substituída, a parte que não foi objeto do recurso se agrega àquela, formando, com a decisão proferida no recurso, um todo constituído, portanto, pela parte não impugnada e pelo julgamento dado no juízo recursal” (220).

Com a confirmação ou reforma da decisão recorrida, seu conteúdo perde a eficácia, passando a figurar no processo, tecnicamente, como simples documento, ou *fatta storico* (221), à impossibilidade de que, no mesmo processo, prevaleça mais de uma decisão.

A decisão, enquanto sujeita a recurso, não produzirá todos os seus efeitos, e, embora faculte a lei, em certos casos, a execução provisória, sua eficácia plena somente ocorrerá com o trânsito em julgado, ressalvados os casos de obrigatório duplo grau de jurisdição (222).

Costuma ressaltar a doutrina duas alternativas no julgamento do recurso provido: o *iudicium rescindens*, quando a decisão recorrida seria cassada, e o *iudicium rescissorium*, quando haveria a substituição propriamente dita (222-A).

O dispositivo, constante do art. 528 do Projeto e do art. 571 do Anteprojeto, figurava no Código anterior de forma restrita (223), onde já foi dito que “costuma-se escrever: . . . *confirmam a sentença apelada*, como se a sentença do grau superior coexistisse com a do grau inferior, no que foi confirmado (todo ou parte). Tal não se dá: a sentença de primeira instância, no que foi reformada como também no que foi confirmada, desapareceu no momento mesmo em que houve a sentença do grau superior. A sentença do juízo de grau inferior é apenas conteúdo documental e lógico da sentença do juízo de grau superior. A remissão só se explica *brevitatis causa*, isto é, pelo menor esforço dos juizes do recurso, economizadores de tempo

---

(220) Sergio Bermudes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, 1977, vol. VII, pág. 119.

(221) Carnelutti, *Sistema del Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1936, vol. I, pág. 592.

(222) Estão sujeitas, obrigatoriamente, a duplo grau de jurisdição as sentenças que anularem o casamento, as proferidas contra a União, o Estado ou o Município e as que julgarem improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública — CPC., art. 475.

(222-A) J. C. Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, 1976, pág. 382, esclarece a identidade na literatura alemã (Gilles, *Rechtsmittel im Zivilprozess*, Frankfurt, 1972, pág. 33) e italiana (Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile*, Turim, s/d., vol. II, pág. 233).

(223) *Código de Processo Civil*, 1939, art. 825 — “A sentença proferida em grau de apelação substituirá, no que tiver sido objeto de recurso, a decisão apelada. “A doutrina admitia, porém, a substituição para outros recursos, e. g. J. C. Barbosa Moreira, verbete Recursos, *In Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 45, pág. 102.

e de redação. Sentença de primeira instância somente há, depois de julgada a apelação, se algo lhe passara em julgado" (224).

## 27. Apelação

No dizer do Código, caberá apelação das sentenças, estas ocorrendo quando o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa (225).

A apelação surgiu no direito romano, com a *appellatio*, exigível, para seu uso, a existência de sentença válida (226), registrando-se a extinção da apelação extrajudicial, mencionada nas Ordenações Filipinas (227).

Do direito romano, foi o instituto consagrado no direito alemão, francês, italiano e português, onde surgiu com Afonso III (228).

A apelação, constante do Regulamento 737, da Consolidação de Ribas, do Projeto, do Anteprojeto, do Código anterior e dos Códigos dos Estados (229), é, sem dúvida, o recurso mais difundido e de maior relevo no ordenamento jurídico dos povos (230), havendo, entretanto, "curiosas exceções que merecem registro. No cantão suíço de Neuchâtel, é muito restrito o âmbito de cabimento da apelação: só a comportam as sentenças de mérito proferidas nas *actions en divorce et en séparation de corps* (art. 375 do *Code de procédure civile*, combinado com o art. 15 da Lei de Organização Judiciária); e época houve em que ali se suprimiu, pura e simplesmente, o aludido recurso. Nesse modelo parece ter-se inspirado o legislador turco: na Turquia, segundo informa autorizado expositor, inexistente figura recursal que corresponda à apelação do direito brasileiro e da imensa maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos."

---

(224) Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, 1949, volume V, pág. 131.

(225) *Código de Processo Civil*, arts. 513 e 162, § 1º. Note-se que o Código, no citado art. 513, faz referência aos arts. 267 e 269, que tratam, respectivamente, da extinção do processo, *com ou sem* julgamento do mérito.

(226) Orestano, *L'Appello Civile in Diritto Romano*, Turim, s/d., pág. 80.

(227) Ordenações Filipinas, L. III, T. 78,1.

(228) A apelação inexistia antes de Afonso III, e passou a constar do Livro III, Tít. 73, das respectivas Ordenações.

(229) Projeto, art. 519; Anteprojeto, art. 562, Código de 1939, art. 820; Código do Distrito Federal, art. 1.115; de São Paulo, art. 1.106; de Minas Gerais, art. 1.454; do Rio Grande do Sul, art. 1.029; do Rio de Janeiro, art. 2.296; do Espírito Santo, art. 1.318; de Pernambuco, art. 1.443; da Bahia, art. 1.248.

(230) Alemanha — ZPO, § 511; Áustria — ZPO, § 461; França — CPC, arts. 542/545; Espanha: LEC, art. 382; Itália, CPC, art. 339; Portugal, CPC, art. 691; Suíça, CPJ, Parte 5, Caps. 49/52; Chile, CPC, art. 187; Peru, CPC, art. 1.097; México, CPC, art. 684; Argentina, CPC, art. 242.

“Assim também ocorre no direito polonês. O Código de Processo Civil de 1964 não contempla a apelação no elenco dos recursos. As decisões de mérito proferidas na primeira instância são normalmente impugnáveis por meio da revisão, que, todavia, só cabe nas hipóteses taxativamente previstas na lei (art. 369). É verdade que a enumeração legal se revela bastante elástica, em ordem a abranger a generalidade, ou a grande maioria, dos possíveis *errores in iudicando e in procedendo*” (231).

### 27.1. 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 juízes distintos.

Afirma Carnelutti que o novo exame do processo poderia ser feito por juízes de igual hierarquia funcional, ocorrendo, então, a chamada *dupla conformidade* (232).

É a sentença de primeira instância, por natureza, *recurrível, 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 (233).

O princípio do duplo grau de jurisdição tem sido criticado por alguns processualistas, como Nazareth (234) e João Monteiro (235), 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 reexame.

---

(231) José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, 1976, vol. V, págs. 387/388, onde cita, em apoio ao exposto, Schupbach, *Le Cours in Cassation, Spécialement en Procédure Civile Neuchâteloise*, Lausanne, 1961, págs. 80 e seguintes (quanto aos motivos da momentânea supressão do instituto), Postacioglu, *Aperçu sur l'Organisation in Turquie*, in *Annales de Droit d'Istanbul*, vol. V, pág. 156 (no sentido de que o recurso de cassação funcionaria com quase sucedâneo da apelação, no direito turco), Siedlecki, *Le Système des Voies de Recours*, in *Droit Polonais Contemporain*, n.ºs. 11/12, págs. 30 e seguintes e Wengerek, *Struttura e Principi della Procedura Civile in Polonia*, in “Riv. di Dir. Proc.”, vol. XXIX, 1974, págs. 396/7 (quanto à inexistência do recurso de apelação no direito polonês).

(232) Carnelutti, *Lezioni Dir. Proc. Civ.*, 1933, vol. IV, pág. 201

(233) Carnelutti, *Sistema del Dir. Proc. Civ.*, II, pág. 595.

(234) Nazareth, *Elementos de Proc. Civ.*, vol. I, pág. 378.

(235) João Monteiro, *Proc. Civ. e Com.*, vol. III, § 199,6.

Esclarece Machado Guimarães (236): “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 novo 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 non nunquam bene latas sententias in peius reformant*.

Alguns autores, v.g. *Chiovenda* (237), *Calamandrei* (238), *Betti* (239), *Pavanini* (240), *Zanzucchi* (241) e *Nigido* (242) 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* (243), 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* (244), *Mortara* (245) e *Alfonso Nigido* (246), a exigência do duplo grau de jurisdição fica preenchida mediante a *possibilidade* de dois exames sucessivos do processo, não sendo

---

(236) Luiz Machado Guimarães, *Estudos de Direito Processual Civil*, 1969, pág. 217.

(237) *Chiovenda*, *Principii Di Dir. Proc. Civ.*, pág. 960.

(238) *Calamandrei*, *Studi sul Proc. Civ.*, vol. I, pág. 135.

(239) *Betti*, *Dir. Proc. Civ. Ital.*, pág. 642.

(240) *Pavanini*, *Contributo allo studio del Giud. Civ. di Rinvio*, 1937, cap. I.

(241) *Zanzucchi*, *Dir. Civ.*, 1938, vol. II, pág. 133.

(242) *Alfonso Nigido*, *I Poteri del Giudice di Appello*, 1938, pág. 37.

(243) *Chiovenda*, *Instituzioni di Dir. Proc. Civ.*, vol. II, 1934, pág. 511.

(244) *Zanzucchi*, *ob. cit.*, vol. II, pág. 183.

(245) *Mortara*, *Comentários*, 3ª ed., vol. IV, nº 298.

(246) *Alfonso Nigido*, *ob. cit.*, pág. 62.

necessário que o juiz tenha feito a apreciação do mérito para que o primeiro grau seja considerado findo, bastando que o magistrado tenha podido fazê-lo.

Sobre o tema escreveu Machado Guimarães <sup>(247)</sup>: “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 do 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, Tít. 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 adotado esta solução, como se pode ver do brilhante e convincente voto do Ministro Pedro dos Santos <sup>(248)</sup>.

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 “impliquem a terminação do processo principal sem lhe resolverem o mérito” (interlocutórias com força de definitivas) previu o recurso de agravo <sup>(249)</sup>.

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 dependa 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.

---

(247) Machado Guimarães, *ob. cit.*, pág. 218.

(248) Pedro dos Santos, *in* “Revista Jurídica”, vol. 23, pág. 224.

(249) 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 permitida, 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 assinadas (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 Zanuzchi<sup>(244)</sup>, Mortara<sup>(245)</sup> e Alfonso Nigido<sup>(246)</sup>, 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 no § 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<sup>(250)</sup>: "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."

---

(250) J. C. Barbosa Moreira, *Com. ao Código de Processo Civil*, 1974, vol. V, págs. 345/346.

## 27.2. 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 instantias*).

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 <sup>(251)</sup> 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 aceção 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 <sup>(252)</sup> 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 <sup>(253)</sup>.

Nesse sentido, aliás, cumpre assinalar que o modelo austríaco não foi observado nas reformas alemãs ou mesmo italianas, à exceção do primitivo projeto SOLMI <sup>(254)</sup>, porém o projeto definitivo italiano seguiu o sistema alemão <sup>(255)</sup>, permitindo a alegação de

---

(251) Carnelutti, *Lezioni Dir. Proc.*, 1933, vol. IV., pág. 233.

(252) ZPO, alemã, § 529.

(253) ZPO, aust. § 482.

(254) Projeto italiano primitivo SOLMI, art. 343.

(255) Projeto definitivo italiano, art. 356.



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 <sup>(256)</sup>.

Admitiam as Ordenações a invocação de *fatos 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 tenham alegado...” <sup>(257)</sup>.

Nosso legislador de 39 seguiu, neste ponto, segundo eminente autor <sup>(258)</sup>, o modelo austríaco: “VIII — O Código de Processo Civil manteve a apelação com o caráter de recurso típico, por meio do qual se faz valer o princípio salutar do duplo grau de jurisdição.” A sua função, porém, já é a que lhe incumbia no sentido do Código Filipino, de permitir a reprodução *ex novo* do juízo, 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 austríaco, afastando-se da concepção ampla do tipo italiano, que era, como vimos, a do velho direito português.

O atual Código de 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* <sup>(259)</sup>.

O novo diploma, embora procurando o tipo austríaco e afastando-se da concepção franco-italiana do efeito devolutivo sem limite, inegavelmente aproximou-se do modelo alemão, ao permitir a ventilação de *fato novo em segunda instância*, mesmo com a epigrafada exigência de força maior <sup>(260)</sup>.

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

---

(256) ZPO alemã, § 529.

(257) Ord., L. III, tít. 83, pr.

(258) Machado Guimarães, *ob. cit.*, pág. 224.

(259) Novo Código de Processo Civil, art. 517.

(260) O comentário serve, também, para o anterior diploma, que contemplou idêntico dispositivo, não obstante a sempre erudita observação de Machado Guimarães (26), que situou o Código de 39 nos limites do modelo austríaco.

haver o recorrente decaído de uma pretensão, requisito exatamente, que autores como Chiovenda <sup>(261)</sup>, Betti <sup>(262)</sup>, Redenti <sup>(263)</sup>, Zanzucchi <sup>(264)</sup> e Carnelutti <sup>(265)</sup> classificam como *interesse*.

Salienta Machado Guimarães <sup>(266)</sup>:

“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.”

### 27.3. *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 triplíce 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 <sup>(267)</sup>, permitido ao apelado, que não houvesse também interposto recurso, comparecer ao tribunal *ad quem* e propugnar pela reforma

---

(261) Chiovenda, *Principii cit.*, pág. 982.

(262) Betti, *ob. cit.*, pág. 637.

(263) Redenti, *Profili Pratici Di Dir. Proc. Civ.*, 1938, pág. 503.

(264) Zanzucchi, *ob. cit.*, vol. II, pág. 147.

(265) Carnelutti, *Lezioni, cit.*, vol. IV, pág. 188.

(266) Machado Guimarães, *ob. cit.*, pág. 224.

(267) Constituição do ano de 530, C. 7, 62.

da sentença em seu benefício, facultado ao tribunal, ainda, mesmo na ausência do apelado, alterar a sentença em seu favor.

Nas Ordenações do 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* (268).

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 (269), admitida, em contrapartida, a interposição do chamado *agravo ordinário* para certas sentenças definitivas (270), 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 do 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" (271).

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" (272).

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 (273), apresentar o chamado *recurso subordinado*, que, embora com característica própria, não deixa de ser recurso (subordinado ao conhecimento do recurso principal).

---

(268) Mello Freire, *Inst. Jur. Civ. Lus.*, L. IV, tit. XXIII, § 17.

(269) Ord., L. III, tit. 69.

(270) Ord., L. III, tit. 84.

(271) Ord., L. III, tit. 84, § 12.

(272) Redação dada pelo Decreto-lei, nº 47.690, de 11 de maio de 1967.

(273) Código de Processo Civil português, art. 682, 2ª alínea, redação do Decreto-Lei nº 47.690, de 11 de maio de 1967.

Segundo Liebman (274), 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* (275) 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.

Como explica Morel (276), 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 (277), 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 (278), a Espanha, através da jurisprudência e da doutrina, tem negado, predominantemente, a aplicação do princípio.

No direito brasileiro o Regulamento 737 não cogitou da máxima, que foi, porém, admitida pelos praxistas, como observa Ramalho (279).

A Consolidação das Disposições Legislativas e Regulamentares referentes ao Processo Civil, do Conselheiro Ribas, adotando a citada orientação dos praxistas, consagrou (280):

“Se se conhecer que a sentença apelada fez agravo ao apelado e não ao apelante, a emendarão em favor daquele, salvo se o ape-

---

(274) Liebman, nota nº 18 à trad. das *Inst. de Direito Processual* de Chiovenda, pág. 262.

(275) *Code de Procédure Civile*, art. 445, com a redação do Dec. 1.006, de 26.11.1965.

(276) Morel, *Traité de Procédure Civile*, 1ª ed., 1932, pág. 650.

(277) Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, págs. 262/263.

(278) Prieto-Castro, *Derecho P. Civil*, vol. I, pág. 580.

(279) Ramalho, *Praxe Brasileira*, 1869, pág. 85.

(280) Consolidação das Disposições Legislativas e Regulamentares referentes ao Processo Civil, do Conselheiro Ribas, art. 1.581.

lante 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 <sup>(281)</sup>, 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 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 <sup>(282)</sup>, predominando na época, como disse João Mendes Jr. <sup>(283)</sup>, o pensamento da doutrina de que, em matéria cível, o recurso (apelação) tanto poderia beneficiar o apelante como o apelado: Moraes Carvalho <sup>(284)</sup>, Pereira e Souza <sup>(285)</sup>, Mello Freire <sup>(286)</sup>, Paula Batista <sup>(287)</sup> e J. Mendes <sup>(288)</sup>.

A jurisprudência, porém, afastou-se dessa orientação, como observa Sady de Gusmão <sup>(289)</sup>, e, segundo Artur Ribeiro <sup>(290)</sup>, firmou-se no sentido de que, transitando em julgado a sentença na parte desfavorável ao apelado, se este não recorrer, considera-se 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 <sup>(291)</sup>, 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, porque sobre esta não versa o recurso.

---

(281) Ramalho, *ob.* e pág. citadas.

(282) José Higino, Consolidação das Leis da Justiça Federal, Dec. nº 3.084, de 1898, art. 692.

(283) João Mendes Jr., *Direito Judiciário Brasileiro*, 1940, pág. 442.

(284) Moraes Carvalho, *Praxe*, § 774.

(285) Pereira e Souza, *Prim. Linh.*, 664.

(286) Mello Freire, *ob. cit.*, L. IV, tít. XXIII, § 196.

(287) Paufa Baptista, *Compêndio*, § 231, nota 2.

(288) J. Mendes, *Dir. Jud.*, pág. 449.

(289) Sady de Gusmão, *Recursos Cíveis e Criminais*, 1963, pág. 41/42.

(290) Artur Ribeiro, nota ao artigo 1.459, do Código de Minas Gerais.

(291) Machado Guimarães, *Estudos de Direito Processual Cível*, pág. 223.

Segundo Liebman <sup>(292)</sup>, 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, essa colocação continha aquela limitação dos praxistas a que se referia Ramalho <sup>(293)</sup> — 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.

O atual Código de Processo Civil, seguindo o estatuído no Anteprojeto <sup>(294)</sup>, 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 denominou recurso adesivo <sup>(295)</sup>.

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

---

(292) Liebman, obra citada, pág. 263.

(293) Ramalho, ob. cit., pág. 94.

(294) Anteprojeto do Código de Processo Civil, art. 564 e §§ 1º e 2º.

(295) Código de Processo Civil, art. 500, com a redação da Lei nº 5.925, de 01.10.1973.

### Autores citados

- Barbosa Moreira, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, 1976, vol. V.
- Batista Martins, Pedro, *Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais*, Rio, 1957.
- Bermudes, Sergio, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, 1977, vol. VII.
- Betti, Emillo, *Diritto Processuale Civile Italiano*, Roma, 1936.
- Calamandrei, Piero, *Appunti Sulla Sentenza Come Fatto Giuridico*, in "Riv. di Dir. Proc. Civ.", vol. IX.
- Carnelutti, Francesco, *Instituciones del Nuevo Processo Civil Italiano*, Barcelona, 1942; *Sistema del Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1936; *Lezione di Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1926.
- Chiovenda, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo, 1965; *Principii di Diritto Processuale Civile*, Nápoles, 1965.
- Coqueijo Costa, *O Direito Processual do Trabalho e o Código de Processo Civil de 1973*, São Paulo, 1975.
- Gilles, Peter, *Rechtsmittel im Zivilprozess*, Frankfurt, 1972.
- Gusmão, Sady, *Recursos Cíveis e Criminais*, Rio, 1963.
- Liebman, Enrico Tullio, *Appunti Sulle Impugnazioni*, Milão, 1967; Nota nº 18 in *Instituições de Direito Processual Civil*, de Giuseppe Chiovenda.
- Machado Guimarães, Luiz, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, 1942; *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio-São Paulo, 1969.
- Mandrioli, Crisanto, *Corso di Diritto Processuale Civile*, Turim, s/d.
- Mendes Jr., João, *Direito Judiciário Brasileiro*, Rio, 1918.
- Monteiro, João, *Processo Civil e Comercial*, Rio, 1912.
- Morel, René, *Traité Élémentaire de Procédure Civile*, Paris, 1959.
- Nigido, Alfonso, *I Poteri del Giudice di Appello*, Pádua, 1938.
- Orestano, Ricardo, *L'appello Civile in Diritto Romano*, Turim, 1966.
- Pavanini, *Contributo allo Studio del Giud. Civ. di Rinvio*, 1937.
- Pereira e Souza, *Primeiras Linhas*, s/d.
- Postacioglu, Ilhan E., *Aperçu sur l'organisation judiciaire en Turquie et son fonctionnement*, in *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, vol. 5.
- Ramalho, *Praxe Brasileira*, 1869.
- Redenti, Enrico, *Profili Pratici di Diritto Processuale Civile*, 1938.
- Santos, Pedro, in "Revista Jurídica", vol. 23, pág. 224.
- Schupbach, Henri, *Le Recours en Cassation, Spécialement en Procédure Civile Neuchâteloise*, Lausanne, 1961.
- Siedlecki, Wladislaw, *Le système des voies de recours contre les décisions judiciaires dans le Code de Procédure Civile*, in *Droit Polonais Contemporain*, nºs 11/12 (1969).
- Wngerek, Edmund, *Struttura e Principi della Procedura Civile in Polonia*, in "Riv. di Diritto Processuale Civile", vol. XXIX (1974).
- Zanzucchi, Marco Tulio, *Diritto Processuale Civile*, Milão, 1964.