

Roberval Clementino Costa do Monte

27 — A admissibilidade da apelação; 28 — apelação: origens e direito comparado; 29 — apelação e reforma ou anulação da sentença e anulação do processo; recurso cabível do indeferimento do pedido de reconvenção; 30 — forma de apelação: art. 514 do CPC; 31 — sentença terminativa e decisão de mérito do órgão ad quem; 32 — apelação e extensão do efeito devolutivo; apelação parcial; fundamentos não acolhidos e questões de fato.

27.4 Admissibilidade da apelação

Desde que o magistrado, em primeira instância, ponha termo ao processo, decidindo ou não o *meritum causae*, caberá apelação, independentemente da natureza do feito.

Em havendo sentença, o recurso adequado será o de apelação, definindo o próprio Código a sentença como "o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa"⁽²⁹⁶⁾, explicando, a seguir quais os casos em que haverá ou não julgamento de mérito⁽²⁹⁷⁾.

Ainda no regime anterior, *Frederico Marques*, quanto à admissibilidade da apelação nos processos de jurisdição voluntária, ressaltou que "contra o pronunciamento judicial assim emitido, o recurso cabível é, normalmente, o de apelação. . . É que a decisão administrativa, proferida em procedimento de jurisdição voluntária, tem de apreciar o pedido feito pelo suplicante, deferindo-o ou indeferindo-o. E essa decisão põe termo ao processo perante o órgão judiciário de primeiro grau. . . que é o deferimento ou indeferimento da providência administrativa impetrada"⁽²⁹⁸⁾.

No Código de 1939, as sentenças terminativas eram impugnáveis pelo agravo de petição, que o atual Código eliminou por duas razões: o recurso, teoricamente específico, passou a ter conteúdo genérico e variável, e, por outro lado, precisar o que seja o mérito, continua a ser uma das grandes dificuldades do processo⁽²⁹⁹⁾.

(296) Código de Processo Civil, art. 162, § 1º.

(297) Código de Processo Civil, arts. 267 e 269, com a exceção do art. 865.

(298) J. F. Marques, *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, Saraiva, São Paulo, 1959, pág. 305.

(299) *Exposição de Motivos*, Capítulo V, 29; E. T. Liebman, *Notas às Instituições de Chiovenda*, vol. III; E. D. Moniz de Aragão, *Estudos sobre os embargos de nulidade e infringentes*, Curitiba, 1959, pág. 130; Alfredo Buzaid, *Do Agravo Petição*, Saraiva, São Paulo, 1956, 2ª edição, pág. 115.

Note-se, porém, que, embora consagre o Código que “da sentença caberá apelação”⁽³⁰⁰⁾, não o faz de maneira absoluta, “visto que o art. 865 declara que no processo cautelar de justificação não se admite defesa nem recursos. Entretanto, normalmente, todas as sentenças, sejam definitivas, sejam terminativas, sejam proferidas no processo de conhecimento, cautelar ou de execução, sejam proferidas nos procedimentos de jurisdição voluntária...”⁽³⁰¹⁾ comportam e admitem o recurso de apelação.

As sentenças que anularem o casamento, as proferidas contra a União, os Estados e os Municípios e as que julgarem improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública, ainda que inexistente recurso (apelação) da parte, estarão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, e somente produzirão efeito após confirmação da superior instância⁽³⁰²⁾.

Irrelevante o valor da causa para a admissão da apelação, contrariamente ao regime anterior, quando, aquém de determinada quantia, as decisões eram embargáveis⁽³⁰³⁾.

28. Apelação: origens e direito comparado

Originário da *appellatio* romana, onde eram pressupostos para sua admissibilidade a validade da sentença e a possibilidade de nova decisão⁽³⁰⁴⁾, o recurso ganhou envergadura mundial: o *appel*, do direito francês, o *appello* italiano, o *appeal*, inglês e americano, o *berufung* alemão, a *apelación* espanhola, etc.

Há, entretanto, curiosas exceções, que merecem registro. No cantão suíço de *Neuchatel*, 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.

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

(300) Código de Processo Civil, art. 513.

(301) Sérgio Bermudes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, vol. VII, pág. 127.

Art. 865 — “No processo de justificação não se admite defesa nem recurso.”
Art. 866 — “A justificação será afinal julgada por sentença...”

(302) Código de Processo Civil, art. 475.

(303) Código de Processo Civil de 1939, art. 839.

(304) Riccardo Orestano, *L'Appello Civile in Diritto Romano*, Torino. s/d., pág. 81.

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*; ao tribunal é lícito, inclusive, apreciar novos fatos e novas provas, que as partes não hajam podido submeter ao órgão *a quo*. Ao que tudo indica, pois, o aludido recurso termina por desempenhar praticamente função muito semelhante à da nossa apelação⁽³⁰⁵⁾.

Em Portugal a apelação foi introduzida com as Ordenações Afonsinas, destinando-se às sentenças definitivas; posteriormente, foi contemplada nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, de onde foi incorporada ao nosso direito⁽³⁰⁶⁾.

29. Apelação e reforma ou anulação da sentença e anulação do processo; recurso cabível do indeferimento do pedido de reconvenção

A apelação pode propugnar pela reforma da sentença, por sua anulação ou pela anulação do processo; na primeira hipótese, reformada (ou mantida) a sentença, o acórdão substituirá a sentença, e, anulada a sentença ou o processo, haverá a prolação de nova sentença (com renovação dos atos processuais acaso anulados).

Inclina-se a doutrina no sentido de que, quando houver anulação da sentença ou do processo, a instância *ad quem* não deverá, no acórdão, *substituir* a sentença, pois, anulada a sentença, se outra não fosse prolatada, violado estaria o princípio do duplo grau de jurisdição, e, provida a apelação de sentença terminativa, deverá o respectivo acórdão determinar a volta dos autos à primeira instância, para prosseguimento dos atos processuais, não obstante valiosas colocações em contrário⁽³⁰⁷⁾.

Interessante a controvérsia quanto ao cabimento da apelação, quando o juiz indefere o pedido de reconvenção, sabendo-se que a ação e a reconvenção deverão ser julgadas na mesma sentença⁽³⁰⁸⁾; a doutrina, para o caso, ora indica a apelação, ora o agravo de instrumento⁽³⁰⁹⁾.

(305) José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários*, Forense, 1976, pág. 387. Quanto ao Direito Turco, cita İlhan E. Postacioglu, *Aperçu sur l'organisation judiciaire en Turquie et son fonctionnement* (Nota nº 468).

(306) Ordenações Afonsinas, L. III, T. 73; Ordenações Manuelinas, L. III, T. 52; Ordenações Filipinas, L. III, T. 68.

(307) V. nº 31, a seguir: "sentença terminativa e decisão de mérito do órgão *ad quem*".

(308) *Código de Processo Civil*, art. 318.

(309) J. J. Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Rio, vol. III, pág. 324, opta pelo agravo, com o argumento de que não há sentença, porque, ao indeferir o pedido de reconvenção, o juiz não põe fim ao processo; Sergio Bermudes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. VII, pág. 127, cabível a apelação, porque, "se há ação e reconvenção, os processos são dois. A decisão que indefere a reconvenção extingue a relação processual emergente da ação reconvenicional sem decidir-lhe o mérito. Logo é sentença, e, como tal, apelável".

30. *Forma de apelação: art. 514 do CPC*

No nosso direito, e na quase totalidade dos países, a apelação é oferecida por petição, ou seja, por escrito, embora a interposição oral fosse possível na antigüidade e, mesmo, no direito atual de outros povos ⁽³¹⁰⁾.

Diz o Código que a apelação será interposta por petição, dirigida ao juiz, e, segundo a sistemática, escrita em português, pois "em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo" (art. 156).

No nosso direito, a forma oral de interposição do *appel* não se coadunaria com a exigência legal de que a fundamentação do recurso (art. 514, II) seja formulada desde logo; nas Capitais dos Estados e no Distrito Federal, o recurso estará isento de ser apresentado com cópia, pois, nas demais sedes, todas as petições e documentos que instruírem o processo, não constantes de registro público, serão acompanhados de cópias que, após sua conferência pelo escrivão, formarão autos suplementares (art. 159).

A petição de apelação será dirigida ao próprio juízo prolator da sentença, embora diverso o tratamento em outros sistemas jurídicos; essa petição conterà os nomes e a qualificação das partes, mas, segundo a doutrina e a jurisprudência, esse requisito somente se torna essencial quando o apelante não integrou a relação processual, e.g. o terceiro prejudicado ⁽³¹¹⁾.

Para a qualificação das partes será observada a regra do art. 282: estado civil, profissão, domicílio e residência, do apelante e do apelado.

Os fundamentos da apelação, de fato e de direito, deverão ser oferecidos, desde logo, com o pedido do recurso (art. 514, II), mas o apelante poderá, unicamente, reportar-se à motivação constante dos autos e, quanto à apresentação posterior das razões determinan-

(310) No direito romano, no canônico e no antigo direito português, em certos casos (impugnação de decisões interlocutórias), era admitida a interposição oral (*Gouvea Pinto, Manual*, Lisboa, s/d., pág. 8); atualmente, encontramos essa possibilidade no direito argentino (*Código Procesal Civil Y Comercial*, art. 245) e no finlandês.

(311) *Sérgio Bermudes, Comentários ao Código de Processo Civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, vol. VII, 2ª ed., pág. 131; *J. C. Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1976, Rio, vol. V, pág. 399.

tes do recurso, a doutrina e a jurisprudência têm entendido válida, mas no prazo da apelação ⁽³¹²⁾.

O oferecimento do motivo da apelação, desacompanhado da respectiva petição, deverá acarretar seu não conhecimento; no prazo do recurso, poderão ser consertados os eventuais erros decorrentes da inobservância do art. 514, do CPC.

Segundo entendimento do Pretório Excelso (Súmulas 320 e 428), em três hipóteses, tempestiva será a apelação: oportuno despacho do magistrado e serôdia juntada, por parte do cartório, entrega do recurso em cartório, no prazo, e demora do despacho e recurso entregue ao magistrado, a tempo, e despacho tardio.

31. Sentença terminativa e decisão de mérito do órgão ad quem

A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, mas serão objeto de apreciação e julgamento todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado integralmente, salvo se decisões impugnáveis por agravo de instrumento ⁽³¹³⁾, porque, quanto a estas, ter-se-á operado a preclusão.

A lei pode consagrar o efeito devolutivo, nas apelações, de duas maneiras: 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 o conhecimento de todo o processo, facultada, pois, a renovação da demanda e não do julgamento, podendo haver correção dos erros do julgador e dos erros processuais das próprias partes, funcionando o tribunal *ad quem* como verdadeira segunda primeira instância⁽³¹⁴⁾.

No nosso direito, o efeito devolutivo na apelação é amplo, transferindo ao tribunal o conhecimento de todo o processo, facultada "a

(312) O recorrente poderá, na petição do recurso, não oferecer a respectiva motivação, apenas referindo-se a razões constantes dos autos:

• Alexandre de Paula, *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, Forense, Rio, 1970, vol. XXXIII, nº 36.98; Sergio Bermudes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, vol. VII, 2ª ed., pág. 131, citando Pontes de Miranda, aponta como causa de nulidade a falta da apresentação das razões de apelação. Odilon de Andrade, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX, Forense, Rio, 1946, pág. 161, Sérgio Bermudes, *Comentários*, pág. 131, e J. C. Barbosa Moreira, *Comentários*, Forense, Rio, 1976, vol. V, pág. 402, admitem o oferecimento posterior das razões, mas no prazo do recurso, ressaltando Barbosa Moreira: "A regularidade formal é requisito da admissibilidade da apelação... Não deve, entretanto, ser apreciada segundo critério rigidamente formalístico... Dentro do prazo recursal, admite-se que o apelante supra os defeitos da petição".

(313) *Código de Processo Civil*, arts. 515 e 516.

(314) *Non si ripara l'edifizio già costruito, si ricostruisce*, Carnelutti, *Lezioni Dir. Proc.*, 1933, vol. IV, pág. 233.

renovação do *processo* e não apenas a renovação do *juízo*, visa-se corrigir, além dos erros do magistrado *a quo*, os erros e as deficiências da conduta processual das partes”⁽³¹⁵⁾.

Quando o juiz *a quo* prolate sentença terminativa, há possibilidade do órgão *ad quem* proferir decisão de mérito?

Na lição de Zanzucchi, Mortara e Alfonso Nigido⁽³¹⁶⁾, 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 magistrado tenha podido fazê-lo, aduzindo Machado Guimarães⁽³¹⁷⁾: “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 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”.

Em sentido contrário, dentre outros, Sérgio Bermudes⁽³¹⁸⁾:

“É preciso notar que não se devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao julgamento do órgão recorrido. Por isso, se o tribunal dá provimento à apelação de sentença terminativa, não pode passar ao exame de mérito, pois, o mérito não terá ainda sido julgado na instância inferior. Logo, não terá havido impugnação sobre o julgamento de mérito, não podendo, conseqüentemente, ocorrer devolução, eis que a devolução pressupõe a impugnação. “A apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada”, diz o *caput* do artigo sob exame.”

Entendemos que o atual Código, 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”.

(315) Luiz Machado Guimarães, *Estudos de Direito Processual Civil*, São Paulo, 1969, pág. 224.

(316) Zanzucchi, *Dir. Proc. Civ.*, v. II, pág. 133; Mortara, *Comentário*, 3ª ed., v. IV, nº 298; Alfonso Nigido, *I Poteri del Giudice di Appello*, 1938, pág. 37.

(317) Luiz Machado Guimarães, *Estudos de Direito Processual Civil*, 1969, pág. 218.

(318) Sérgio Bermudes, *Comentários*, págs. 134/135.

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

Também o art. 463, do mesmo diploma, parece apontar, 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 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 anteriormente citada orientação de *Zanzucchi, Mortara e Alfonso Nigido*, somente deve ser entendida quando o juiz, ao proferir sentença terminativa, estivesse em condições de legitimamente resolver o mérito.

Além da legalidade, há, também, que considerar a conveniência dessa permissão, que, embora sob a égide da economia processual, pode ter conseqüências imprevisíveis *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 Egrégio Supremo Tribunal Federal.

32. *Apelação e extensão do efeito devolutivo; apelação parcial, fundamentos não acolhidos, questões de fato*

Se a apelação é parcial, somente quanto à parte impugnada deverá operar o efeito devolutivo, pois, o que não foi objeto da apelação transitou em julgado, do mesmo modo que as questões anteriores à sentença, agraváveis, também não devem ficar submetidas ao órgão *ad quem*, porque precluíram (a coisa julgada *formal*, em decorrência da preclusão ou do trânsito em julgado de sentença *terminativa*, impede o reexame no mesmo processo, enquanto a coisa julgada *material*, conseqüente ao trânsito em julgado de sentença *definitiva*, impede o reexame em qualquer processo).

A preclusão, inicialmente, era espécie do gênero *coisa julgada*, e, somente em 1905, com *Chiovenda*⁽³¹⁹⁾, a doutrina italiana identificou o novel instituto.

Embora inspirada no direito alemão, a preclusão não mereceu maior atenção desse sistema, provavelmente em decorrência da concentração e oralidade marcantes no seu processo (ZPO, §§ 274 e 278, e.g.).

Os tipos de preclusão geralmente aceitos são o temporal e o consumativo, pois, enquanto há *perda* da oportunidade de evitar a coisa julgada formal, pelo não uso do recurso cabível (*poena praeclusi*), a preclusão por *passagem* (*prozessualische überholung*) prende-se à simples ultrapassagem de uma etapa processual, à sombra da lei, definindo *Barbosa Moreira* a preclusão *lógica*: perda de um direito ou de uma faculdade processual pelo fato de ter sido realizada atividade incompatível com o respectivo exercício^(319-A).

Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais (art. 515, § 2.º).

No Código de 1939, inexistia essa previsão, e *Alcides de Mendonça Lima* bem ilustra a hipótese⁽³²⁰⁾:

"Já tive de enfrentar o caso seguinte: numa ação de despejo alegava dois fundamentos, falta de pagamento de aluguéis (a) e infração contratual (b) por três motivos (b1-b-2b-3). O juiz negou a falta de pagamento (a), negou dois motivos de infração contratual (b1 e b2) e acolheu o outro (b3). Somente um, portanto, para decretar o despejo (b3). Então, eu teria ganho uma ação de despejo por essa infração contratual (b3). Aparentemente, como vencedor na minha pretensão, que era o despejo, concedido, eu não podia recorrer. Mas o réu recorreria. O que é que aconteceria? O Tribunal, se desse provimento ao recurso dele, teria de absolvê-lo do despejo, porque não poderia, dentro da técnica do Código de 1939, conhecer dos outros pedidos em que eu tinha sido vencido (a-b1-b2). Então, o que fiz? Recorri para que aquele despejo fosse concedido, também em um ou em todos aqueles outros motivos (a-b1-b2). O Tribunal negou provimento à apelação do réu e deu provimento à minha apelação para decretar o despejo por mais um motivo (b1). Eu não podia supor que o Tribunal ia negar provimento ao recurso do réu. E se desse

(319) Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, pág. 220.

(319-A) J. C. Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 322.

(320) Alcides de Mendonça Lima, "Rev. do IAB", nº 31, págs. 74/75.

provimento? Agora não. O Tribunal daria provimento ao recurso dele, mas podia julgar procedente o despejo por um dos outros motivos, embora sem apelação do autor — locador.”

Entendem os autores, na hipótese do § 2.º do art. 515, inexistir a *reformatio in peius*:

“Não há **reformatio in peius** quando a decisão em grau de recurso não é praticamente mais desfavorável ao recorrente do que a decisão impugnada. No confronto, em regra, só importa a conclusão. Suponhamos que para o pedido se houvessem invocado dois fundamentos, e que a sentença de primeiro grau o tivesse julgado procedente por um só dos fundamentos; a julgar o recurso interposto pelo réu, o órgão ad quem confirma a decisão, acolhendo também o outro fundamento, ou apenas este: não se verifica piora na situação prática do recorrente”⁽³²¹⁾.

No mesmo sentido, Sergio Bermudes:

“A norma do § 2.º do artigo comentado tem, portanto, profundas implicações de ordem prática. Suponha-se que o pedido ou a defesa tenha dois fundamentos e que a sentença acolha somente o primeiro deles. Se o vencido apelar, pode o tribunal, ainda que decida que a sentença não poderia ter acolhido o fundamento que abrigou, manter o dispositivo da decisão recorrida pelo fundamento que, no juízo de primeiro grau, fora rechaçado. Exemplo: o autor propõe uma ação pelos fundamentos **a** e **b**. O juiz julga o pedido procedente apenas pelo fundamento **a**. O réu apela. O tribunal dá provimento ao seu recurso por entender que o fundamento **a** não era suscetível de ensejar a procedência do pedido. Mas, ainda assim, julga procedente a ação, pelo fundamento **b**, que havia sido rejeitado pelo juiz de primeira instância. Não haverá, aí, **reformatio in peius**, pois, ela só ocorre se piorar a situação prática do recorrente, o que, a toda evidência, não terá acontecido”⁽³²²⁾.

(321) J. C. Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Rio, 2ª ed., vol. V, pág. 406, citando ensinamentos acordes de Chiovenda, *Instituições*, 2ª ed., São Paulo, vol. III, págs. 267/8, Pontes de Miranda, *Comentários ao CPC*, (de 1939), t. XI, pág. 65 e Machado Guimarães, *Limites Objetivos da Apelação*, págs. 71 e seguintes.

(322) Sérgio Bermudes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª ed., vol. VII, pág. 136.

Ocorre *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*.

O dispositivo (§ 2.º, do art. 515) consagrou, parcialmente, o *beneficium commune*, que autoriza considerar comum a apelação única, a exemplo do facultado no período de *Justiniano*: o apelado, que não houvesse recorrido, poderia comparecer ao julgamento e propugnar pela reforma da sentença, em seu favor, permitido ao tribunal, mesmo na ausência do apelado, alterar o julgado, em seu benefício⁽³²³⁾.

As questões anteriores à sentença também serão submetidas ao tribunal, salvo se decididas e não agravadas, quando precluíram (CPC, art. 516).

A redução do dispositivo é defeituosa, mencionando “sentença final” e “questões impugnáveis por agravo de instrumento”, sabendo-se que toda sentença põe termo ao processo (CPC, art. 162, § 1.º) e que cabe agravo “das decisões proferidas no processo” (CPC, art. 522, grifamos).

O art. 515, em seus dois parágrafos, também menciona questões que poderão ser conhecidas pelo tribunal, referindo-se estas ao próprio mérito, enquanto o art. 516 focaliza as questões incidentes (art. 162, § 2.º), desde que não decididas (decisões interlocutórias); se decididas, precluíram ou chegarão ao conhecimento do tribunal através do respectivo agravo de instrumento; o que caracteriza a *sentença* é o término do processo (com ou sem solução do mérito), pois, quando a prestação jurisdicional se limita a resolver *incidente do processo*, tratar-se-á de decisão interlocutória, agravável. No caso, porém, de *processo incidente*, o ato do juiz que o soluciona será sentença, e.g. em ação declaratória incidental (art. 325), em pedido de exibição de documento ou coisa, com terceiro (art. 361), em arguição de falsidade documental (art. 395), nos casos de habilitação, para suceder no processo (arts. 1.055, 1.057 e 1.062), na restauração de autos (art. 1.067), na liquidação da sentença, por cálculo (art. 605, parágrafo úni-

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

co), por arbitramento (art. 607, parágrafo único) e por artigos (art. 611). Nessa linha de entendimento, observamos que a exceção de incompetência, por ser incidente do processo e não processo incidente, teve a redação do art. 309 modificada, pois o Projeto mencionava *sentença*, quando o ato do juiz que lhe põe termo é *decisão interlocutória*.

Também não poderão ser julgadas pelo órgão *ad quem* (nem pelo *a quo*) as questões que a lei facultar sua consolidação pela anuência da parte contrária: preclusão pela passagem de uma etapa processual — *prozessualische überholung*⁽³²⁴⁾.

(324) Luiz Machado Guimarães, *Estudos*, Rio-São Paulo, 1969, pág. 11; J. C. Barbosa Moreira, *Comentários*, pág. 422, menciona hipótese que escaparia ao conhecimento do tribunal, pela ultrapassagem preclusiva: "nos casos em que se deixa (o valor da causa) à discricção do autor a respectiva fixação, não a impugnando o réu, oportunamente, sobrevém preclusão e em definitivo permanece a estimativa inicial (art. 261 e parágrafo único), excluída a cognição judicial quer na primeira, quer na segunda instância".