

OS RECURSOS NO PROCESSO CIVIL

(Sexta Parte)

Roberval Clementino Costa do Monte

33. Questões de fato, força maior, fatos novos e supervenientes; 34. Recebimento da apelação; 35. Efeito suspensivo e devolutivo.

As questões de fato, não suscitadas no juízo inferior, somente poderão integrar, validamente, a apelação se provada sua ausência, no juízo monocrático, por motivo de força maior; devemos entender a força maior como o motivo alheio à vontade da parte.

Verificada a força maior, deverá o colegiado admitir a nova questão de fato, que poderá ser oferecida quer na apelação principal, quer na adesiva, pelo apelante ou pelo apelado.

Afirmou-se que "Escapam, igualmente, à incidência do artigo comentado, as questões de fato suscitadas, pela primeira vez, na apelação do terceiro prejudicado, pois..., não tendo, até então, participado do processo, não podia ele, obviamente, haver suscitado questão alguma perante o órgão *a quo*" mas, entendemos que essa possibilidade decorre, exatamente, do disposto no artigo 517, porque, nessa situação do terceiro prejudicado já está ínsita a forma maior⁽³²⁵⁾.

À inexistência de força maior, ter-se-á operado a preclusão (no caso por passagem — *Prozessualische Überholung*), impediente da propositura de questões de fato, não oferecidas *opportuno tempore*.

Não é atribuição do relator, decidir, isoladamente, a admissibilidade dessas questões, mas do próprio colegiado.

Essas questões, que poderiam ter sido ventiladas em primeira instância, e que a parte pretende introduzi-las em grau de apelação, denominam-se *fatos novos* no processo, em contraposição às questões de fato ocorridas após a sentença, que são os *fatos supervenientes*.

Tanto os fatos novos quanto os supervenientes precisarão de prova: os primeiros quer quanto à sua existência, quer quanto à força maior, e, os segundos, quanto à existência e data.

Admitido o fato novo, ou o superveniente, sua prova far-se-á por qualquer dos meios permitidos, inclusive juntada de documento ou prova testemunhal⁽³²⁶⁾; se oferecido documento, à parte contrária

(325) Sérgio Bermudes, *Comentários ao CPC*, Rev. dos Tribunais, 1977, São Paulo, vol. VII, 2ª ed., pág. 142.

(326) Diverso o tratamento no caso de agravo, quando, agravante e agravado, poderão juntar, livremente, documentos novos (CPC, arts. 524 e 525); se os documentos forem oferecidos pelo agravado, deles deverá ter vista o agravante, pena de nulidade da decisão, ressalvada a hipótese do acórdão não ter considerado esses documentos (*pas de nullité sans grief*).

deverá ser dada vista (CPC., art. 398), mas, admitidas testemunhas, o julgamento deverá ser convertido em diligência, para instrução, em primeira instância.

As questões de direito, porém, poderão ser suscitadas em qualquer época e instância, pelas partes ou, *ex-officio*, pelo julgador.

Na França há plena equivalência entre as atividades no primeiro e no segundo grau, podendo apelante e apelado articularem, no recurso, os fatos e provas que entenderem convenientes ⁽³²⁷⁾.

O sistema processual alemão ⁽³²⁸⁾ 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, ⁽³²⁹⁾ como, aliás, ocorria com os gregos ⁽³³⁰⁾.

Cumprе assinalar que o modelo austríaco não foi observado nas reformas alemãs ou mesmo nas italianas, à excessão do primitivo projeto *Solmi* ⁽³³¹⁾ porém, o projeto definitivo italiano seguiu o sistema alemão ⁽³³²⁾, 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 ⁽³³³⁾.

Admitiam as Ordenações Filipinas 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...” ⁽³³⁴⁾.

Nosso legislador de 39 seguiu, neste ponto, segundo eminente autor, 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 principio 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, mas, apenas, a de facultar uma nova apreciação dos elementos de cognição acumulados na primeira instância.

(327) Decreto nº 72.788, de 1972, arts. 106 e seguintes.

(328) ZPO., § 529.

(329) ZPO., § 482.

(330) *Geraldo de Ulhoa Cintra, História da Organização Judiciária e do Processo Civil*, Jurídica e Universitária, 1978, L.I, pág. 28.

(331) Projeto *Solmi*, art. 343.

(332) Projeto, art. 356.

(333) ZPO., § 529.

(334) Ordenações Filipinas, L. III, T. 83.

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" (335).

O atual CPC, embora seguindo o tipo austríaco e afastando-se da concepção francesa, 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 (336).

Oferecida a apelação, o juiz deverá declarar os efeitos em que a recebe, e dará vista ao apelado, para sua resposta, mandando, após, os autos ao contador (art. 518); o Código, para os processos summarissimos, fixava cinco dias, para interposição e para resposta, mas com o advento da Lei n.º 6.314, de 16 de dezembro de 1975, em todos os recursos (à exceção do agravo de instrumento e dos embargos de declaração) o prazo, para recorrer e responder, ficou estipulado em quinze dias (337), e não mais "correndo em cartório", porém, segundo o disposto no art. 506: da leitura da sentença em audiência, da intimação da parte, quando a sentença não for proferida em audiência ou da publicação, no órgão oficial.

Se o juiz denegar a apelação, por não considerá-la admissível, poderá ser oferecido agravo de instrumento.

A apelação, segundo o art. 520, será recebida em ambos os efeitos, ou, somente, no devolutivo, e, em havendo engano, nesta parte, o ato do juiz poderá ser corrigido através de agravo de instrumento (338).

Recebida a apelação, defeso ao magistrado reconsiderar seu despacho, para denegá-la (339), somente podendo impedir seu seguimento ocorrendo a deserção, por falta de preparo (art. 519).

Se houver apelação de sentença que indeferir a petição inicial, o juiz, ao receber o recurso, "mandará citar o réu para acompanhá-lo" (CPC., art. 296), mas, com essa redação, não se deve entender que ao réu-apelado esteja afastada a hipótese da normal resposta ao recurso, além de lhe ser facultada a interposição do seu próprio recurso, caso se considere prejudicado com a impossibilidade do julgamento do mérito.

(335) Machado Guimarães, *Estudos de Direito Processual Civil*, pág. 224 e *Codice di Procedura Civile*, art. 345.

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

(337) C.P.C., arts. 508, 523 e 536.

(338) "Se o juiz, indevidamente, conceder ou negar o efeito suspensivo, estará proferindo decisão lesiva... passível de agravo de instrumento" Sérgio Bermudes, *Comentários*, vol. VII, pág. 144). "Se o órgão judicial erra na declaração, atribuindo ambos os efeitos à apelação que só tinha o devolutivo, ou vice-versa... cabe hoje agravo de instrumento" (J. C. Barbosa Moreira, *Comentários*, vol. V, pág. 430).

(339) Pontes de Miranda, *Comentários*, Forense, 1975, pág. 174; J. C. Barbosa Moreira, *Comentários*, Forense, V, pág. 431 e Sérgio Bermudes, *Comentários*, pág. 143.

O apelado, no prazo de quinze dias deverá articular, por escrito, os motivos pelos quais a sentença deverá ser mantida, sendo-lhe defeso, nesta oportunidade, pretender modificação do *decisum* em seu favor (deverá, para tanto, interpor recurso adesivo).

São obrigatórias a abertura de "vista" ao apelado, para resposta e sua respectiva citação, cabível agravo de instrumento, em caso contrário.

As razões do apelado têm pontos de aproximação com a contestação, prescindindo, porém, da impugnação obrigatória dos fatos narrados pela parte contrária (CPC, art. 302).

A Lei 6.314/75 unificou os prazos para interposição de recurso e para resposta, mas o prazo para oferecimento do recurso adesivo deveria ser de quinze dias, para coincidir com a resposta ao recurso principal (CPC., arts. 500, I e 508).

Em se tratando de procedimento em que o Ministério Público intervenha (CPC., art. 82, e *e. g.*, art. 116, § único) o representante do *Parquet* deverá ser intimado para dizer quanto ao recurso (CPC., art. 83, I).

O prazo será comum, à existência de pluralidade de recursos, e, conseqüentemente, os autos somente poderão sair de cartório mediante acordo entre os recorrentes (CPC., art. 40, § 2.º).

Recebida a apelação, e com a resposta do apelado, o juiz deverá remeter os autos ao contador, exceto se os únicos recorrentes forem isentos de preparo (Ministério Público, Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal e demais órgão de administração que, por lei, gozarem dessa isenção).

Se a apelação for de ofício, o encaminhamento dos autos à superior instância independe da prévia remessa ao contador.

O apelante, no prazo de dez dias, contados da intimação da conta, deverá efetuar o seu pagamento, inclusive do porte de retorno; preparados, o juiz terá o prazo de quarenta e oito horas para mandar remeter os autos ao tribunal (CPC., art. 519).

Além do pagamento da conta *Sergio Bermudes* ⁽³⁴⁰⁾, citando *Paulo Fontenelle* ⁽³⁴¹⁾, focaliza que a falta do preparo do *cálculo do contador* também motiva a deserção, pois, "muitas vezes (é o que acontece no Rio de Janeiro) a elaboração do cálculo depende também de pagamento. Nesse caso, far-se-ão dois pagamentos, o do cálculo da conta e o da própria conta. O prazo para cada um desses atos tem termo a *quo* diverso: o prazo para o pagamento do cálculo conta-se a partir da ciência da remessa dos autos ao contador. Não tendo a lei fixado prazo para esse pagamento, incide o art. 185. Logo, o prazo é de cinco dias. Se o apelante não paga, no quinquídio, a despesa com a elaboração da conta de custas, deve ser julgada deserta a

(340) *Comentários*, Rev. dos Tribunais, 2ª ed., 1977, pág. 146.

(341) in "Boletim do Advogado", nº 1, págs. 1/2.

apelação, pois, nesse caso, a inércia do próprio recorrente terá levantado um obstáculo ao procedimento recursal. É claro que, na hipótese vertente, o pagamento do contador é pressuposto inarredável da elaboração do cálculo e, conseqüentemente, do preparo do recurso. Logo, à falta desse pagamento, nos casos e lugares em que é exigido, o recurso há que se considerar deserto.”

Ainda que possível a fixação do *quantum* devido, sem a remessa dos autos ao contador, o apelante deverá ser intimado para o pagamento dessa quantia, para ocorrência de eventual deserção.

No Código de 1939 havia o preparo do recurso e do porte de retorno na segunda instância (CPC., arts. 832 e 817), mas, atualmente, as custas do tribunal e da baixa dos autos são pagas pelo apelante, somente na primeira instância (CPC., art. 519).

Repousa a deserção no princípio de que as despesas são custeadas pela parte requerente, na normal administração da justiça e no interesse da parte contrária, em ver decidida a controvérsia processual.

Ocorrendo a deserção, o juiz deverá declará-la, cabendo, desse despacho, agravo de instrumento.

A apelação adesiva também é cominada a pena de deserção, caso não seja efetuado o preparo no prazo de dez dias, da intimação da conta, porque “ao recurso adesivo se aplicam as mesmas regras do recurso independente, quanto às condições de admissibilidade, *preparo* e julgamento no tribunal superior” (CPC, art. 500, parágrafo único, grifamos).

O juiz poderá relevar a deserção se ocorrer *justo impedimento*, quando o prazo para efetuar o preparo será restituído ao apelante; o Código não definiu esse justo impedimento, deixando sua configuração ao entendimento do magistrado, desde logo, porém, ressaltamos a abrangência aos casos em que há restituição do prazo para interposição de recurso - falecimento da parte, do seu procurador ou motivo de força maior (CPC., art. 507).

No “justo impedimento”, além da força maior (entendida como o motivo alheio à vontade da parte) devemos incluir todos os motivos, comprovados, que o bom senso indique.

Do despacho que não relevar a deserção caberá agravo de instrumento, mas, relevada, somente o órgão *ad quem* ⁽³⁴²⁾ “lhe apreciará a legitimidade” (CPC., art. 519, § 2.º).

No caso do recurso adesivo ser julgado deserto, foi dito que “o recorrente não tem necessidade de interpor agravo de instrumento da decisão. Nesse caso, interporá agravo, que subirá nos próprios autos, para ser conhecido por ocasião do julgamento da apelação

(342) Diverso o sistema processual anterior, quando caberia agravo de instrumento “das decisões que denegarem a apelação, inclusive a de terceiro prejudicado, a julgarem deserta ou a relevarem da deserção” — Código de 1939, art. 842, IX.

(art. 522, § 1.º). Será pouco lógico pretender-se que o apelante adesivo interponha agravo de instrumento, quando os autos em que apela subirão ao tribunal superior por força do recurso principal" (343).

Também consideramos lógica a admissão do agravo retido, à deserção do recurso adesivo, mas o caminho legal aconselha o agravo de instrumento: a) comina o Código pena de *renúncia* ao agravo retido não reiterado nas razões ou contra-razões da apelação, e, *in casu*, não terá o recorrente oportunidade de fazer essa reiteração; b) o Código, nos recursos, sempre deu tratamento igualitário às partes, e, admitido o agravo retido, nessa hipótese, os autos subirão, unicamente, com os motivos do recorrente adesivo, quanto à deserção, inclusive vedada sustentação oral no órgão *ad quem* (CPC., art. 554);

c) o próprio relator poderá indeferir o agravo retido, se entender cabível o agravo de instrumento (embora com recurso para a Câmara — CPC, art. 557). Lembra *Francisco Massá Filho* (344) orientação da jurisprudência de São Paulo, no sentido de, genericamente, não admitir agravo retido após a sentença.

Diz o Código, em seu artigo 520, que "a apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: homologar a divisão ou a demarcação; condenar à prestação de alimentos; julgar a liquidação de sentença; decidir o processo cautelar; julgar im procedentes os embargos opostos à execução."

Dois são os efeitos resultantes da apelação, o devolutivo e o suspensivo, mas, enquanto aquele é insito ao recurso, este (345) pode, em determinadas hipóteses, *expressamente previstas em lei*, não ocorrer, e o critério legal, para atribuir o efeito suspensivo à quase unanimidade das apelações consiste, fundamentalmente, na possibilidade do erro do julgador.

As leis 6.014, de 27 de dezembro de 1973 e 6.071, de 3 de julho de 1974, adaptaram ao novo sistema recursal leis esparsas, que indicavam o agravo como recurso contra determinadas sentenças e contemplam várias hipóteses em que inexistente o efeito suspensivo, notando-se, que além do elenco constante do artigo 520 do Código, também as sentenças de interdição produzirão, desde logo, seu efeito (CPC., art. 1.184).

Sob a rubrica "casos que podem gerar dúvida" (346), quanto à existência do efeito suspensivo, são focalizados: o *usufruto de imóvel ou empresa*, que tem eficácia, assim em relação ao devedor como a

(343) Sergio Bermudes, *Comentários, cits.*, pág. 150.

(344) Francisco Massá Filho, *in Parecer perante a E. 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*.

(345) "Efeito suspensivo da eficácia executiva da sentença", *in Eliezer Rosa, Cadernos de Processo Civil*, I, 1972 pág. 73.

(346) J. C. Barbosa Moreira, *Comentários, cits.*, págs. 442/444.

terceiros, a partir da publicação da sentença” (CPC., art. 718), onde “preferimos considerar que prevalece a regra da suspensividade, não expressamente afastada”; as ações possessórias, onde “não há como encaixar... no elenco do art. 520...”; “análise em separado mereceria a hipótese de ter-se concedido *liminarmente* a manutenção ou a reintegração (arts. 928 e 929). A apelação interposta contra sentença que julgue procedente o pedido suspende a eficácia da sentença. Com esta, no entanto, não se confunde a eficácia do mandado de manutenção ou de reintegração *initio litis*, nem é contra ele que se volta a apelação. Destarte, compreende-se que, apesar de interposto o recurso (e recebido no duplo efeito), permaneça íntegra a eficácia do mandado” (o direito luso-brasileiro negava efeito suspensivo à apelação nos interditos possessórios, exceto quando houvesse condenação em perdas e danos e congêneres; o Código de 1939 também continha casos assemelháveis, e, segundo *Pontes de Miranda — Comentários*, vol. VII, pág. 246 — no sistema atual permanece essa possibilidade); a ação de depósitos, que “julgada procedente, ordenará o juiz expedição de mandado para entrega, em vinte e quatro (24) horas, da coisa ou do equivalente em dinheiro” (CPC., art. 904), onde “tampouco se afigura possível negar efeito suspensivo à apelação: na ausência de norma exceptiva, prevalece a regra.”

Se a apelação não tiver efeito suspensivo, poderá ser feita a execução provisória da sentença, mediante a competente carta de sentença, que conterà a autuação, a petição inicial, a procuração das partes, a contestação, a sentença exequenda e o despacho do recebimento do recurso (CPC., art. 590).

A existência de autos suplementares (CPC, art. 159), neles será feita a execução provisória⁽³⁴⁷⁾. Prevê o Código, para essa execução, as cautelas constantes do art. 588: o exequente será responsável pelos danos que causar ao devedor, prestará caução, não praticará atos que importem em alienação do domínio e restituirá o estado anterior à eventual superveniência de decisão contrária.

Para a extração de carta de sentença não há prazo, dependendo, apenas, de requerimento da parte, ainda que os autos já tenham sido remetidos ao órgão *ad quem*.

O legislador, nos casos em que suprimiu o efeito suspensivo, considerou: a) que, por sua natureza (divisórias, demarcatórias, e.g.), a sentença seria mantida; b) a necessidade da execução imediata (alimentos, processo cautelar); c) no caso da execução, o interesse em sua ultimação (CPC., art. 520, III e V).

(347) Os autos suplementares são obrigatórios, salvo no Distrito Federal e nas Capitais dos Estados, e serão constituídos por cópia de todas as petições e documentos não constantes de registro público, com a conferência feita pelo escrivão.