

**MARCELO CAMARGO MAGANO**

**O DUPLO GRAU E OS RECURSOS**

**Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Direito das Relações Sociais), sob a orientação da Prof<sup>a</sup>. Doutora Patrícia Miranda Pizzol.**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA  
SÃO PAULO  
2006**

---

**Orientadora**

---

**Examinador(a)**

---

**Examinador(a)**

Aos meus pais, por tudo que representam.

À minha doce e meiga Ana, razão do meu amor.

À Professora Patrícia Miranda Pizzol pelo incentivo e paciência no desenvolvimento desta dissertação.

Uma singela homenagem a quem muito ajudou na formação e concretização de um sonho.

*“(...) o jurista há de interpretar as leis com o espírito ao nível do seu tempo, isto é, mergulhado na viva realidade ambiente, e não acorrentado a algo do passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável, do distante futuro.”*

Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil* (1939), 2ª ed., v. XII, Rio de Janeiro, Forense, 1961, p. 23.

## RESUMO

O presente trabalho tem por propósito demarcar os aspectos essenciais do duplo grau de jurisdição.

O instituto é analisado desde sua criação no Brasil até o seu desenvolvimento atual na legislação.

O duplo grau será estudado à luz dos princípios constitucionais, bem como a possibilidade de sua supressão causar ou não prejuízo ao direito das partes.

Nesse contexto, também são discutidas as vantagens e desvantagens do princípio do duplo grau de jurisdição e sua relação com o efeito devolutivo dos recursos.

O reconhecimento de que se trata de princípio constitucional implícito não significa conferir-lhe caráter absoluto, pois compete ao legislador infraconstitucional balizar o seu campo de atuação.

A Lei 10.352/2001 imprimiu certa mitigação ao princípio do duplo grau de jurisdição ao inserir o parágrafo terceiro no art. 515 do CPC, permitindo que o tribunal aprecie o mérito nos casos de extinção do processo (sentença terminativa), desde que a causa esteja madura para o julgamento, isto é, inexista controvérsia ou haja provas suficientes para a solução da lide.

Essas mudanças revelam a necessidade de a tutela jurisdicional ser estudada sob a perspectiva de outros elementos, sejam eles relacionados com a razoável duração do processo ou por meio de mecanismos que garantam o acesso à justiça.

Portanto, a tutela jurisdicional deve ser exercida de forma mais racionalizada e efetiva para a solução das lides.

## **ABSTRACT**

The present work aims to delimit the essential aspects of double degree of jurisdiction, analyzing it since its creation, in Brazil, up to the current stage of development.

Double degree of jurisdiction will be studied in light of constitutional principles. Furthermore, this study will investigate whether or not the possibility of its extinction causes losses to the right of the parties and to the lawsuit.

In this context, the advantages and disadvantages of the maintenance of the principle of double degree of jurisdiction are discussed, as well as its relation to the devolutive effect of the appeals.

The recognition that it is a constitutional principle does not mean granting an absolute character to it, as the infra-constitutional legislator is responsible for saying how it should effectively act.

Ordinary legislators must balance some values (rule of law and procedural effectiveness) when choosing options to inform their legislative activity.

From this derives the need to give greater effectiveness to the lawsuit, in opposition to the idea of the lawsuit as a mere technical instrument.

Law no. 10352/2001 relatively mitigated the principle of the double degree of jurisdiction, by allowing, in article 515, paragraph 3, of the Code of Civil Procedure, that the court appreciates the grounds of the action, in cases of abatement of action (final judgment), provided that it is a question of law and of fact and there is no need to present evidence in the trial.

These changes reveal that jurisdiction must be studied in the perspective of other elements, related to the duration of the lawsuit or by means of mechanisms that guarantee access to justice.

Therefore, jurisdiction must be exercised in a more rationalized and effective way for the solution of the legal controversies between the parties. It is considered that timely jurisdiction is more effective than tardy jurisdiction.

# SUMÁRIO

## INTRODUÇÃO

<b>1. ORIGEM HISTÓRICA NO BRASIL .....</b>	<b>1</b>
1.1. PERÍODO DA REPÚBLICA.....	5
1.2. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939 .....	7
1.3. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 .....	10
1.4. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL .....	14
<b>2. GENERALIDADES SOBRE O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO .....</b>	<b>18</b>
2.1. CONCEITO E FUNDAMENTOS.....	18
2.2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS À DUPLA REVISÃO.....	21
2.2.1. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS .....	21
2.2.2. ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS .....	23
2.2.2.1. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO .....	28
2.2.2.2. AS CONSEQÜÊNCIAS DO TEMPO NO PROCESSO.....	32
2.3. O DUPLO GRAU COMO PRINCÍPIO IMPLÍCITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....	35
<b>3. O DUPLO GRAU E OS RECURSOS.....</b>	<b>45</b>
3.1. ASPECTOS GERAIS.....	45
3.1.1. CONCEITO E FUNDAMENTOS DO RECURSO .....	46
3.1.2. O DUPLO GRAU E ALGUNS RECURSOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....	48
3.1.3. O DUPLO GRAU E OS RECURSOS CONSTITUCIONAIS .....	63
3.2. O EFEITO DEVOLUTIVO DOS RECURSOS .....	74

3.2.1.	CONCEITO.....	74
3.2.2.	ESPÉCIES DE DEVOLUÇÃO.....	79
3.2.2.1.	<i>DEVOLUÇÃO IMEDIATA</i> .....	79
3.2.2.2.	<i>DEVOLUÇÃO GRADUAL</i> .....	81
3.2.2.3.	<i>DEVOLUÇÃO DIFERIDA</i> .....	83
3.2.3.	DIMENSÕES DA DEVOLUÇÃO.....	85
3.2.3.1.	<i>PLANO HORIZONTAL</i> .....	85
3.2.3.2.	<i>PLANO VERTICAL</i> .....	90
3.2.4.	O EFEITO DEVOLUTIVO E ALGUNS RECURSOS EM ESPÉCIE.....	96
3.2.4.1.	<i>APELAÇÃO</i> .....	96
3.2.4.2.	<i>AGRAVO</i> .....	113
3.2.4.3.	<i>EMBARGOS DE DECLARAÇÃO</i> .....	116
3.2.4.4.	<i>EMBARGOS INFRINGENTES</i> .....	118
3.2.4.5.	<i>EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA</i> .....	120
3.2.4.6.	<i>RECURSO ORDINÁRIO</i> .....	122
3.2.4.7.	<i>RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO</i> .....	122
3.3.	OS SUCEDÂNEOS DOS RECURSOS.....	124
3.3.1.	PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO.....	125
3.3.2.	REMESSA OBRIGATÓRIA.....	127
3.3.3.	CORREIÇÃO PARCIAL.....	137
<b>4.</b>	<b>O DUPLO GRAU E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....</b>	<b>140</b>
4.1.	O DUPLO GRAU E O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	146
4.2.	A LIMITAÇÃO DO DUPLO GRAU À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	150
4.3.	A LEI 10.352/2001 E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	155
	<b>NOTAS CONCLUSIVAS.....</b>	<b>162</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>168</b>

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objetivo tratar dos aspectos essenciais do duplo grau de jurisdição, ressaltando a importância dos instrumentos que possibilitam a efetividade da tutela jurisdicional.

A Lei 10.352/2001 trouxe importante inovação ao permitir, nos casos de sentença terminativa, que o tribunal, observados certos requisitos, julgue desde logo a lide, independentemente de pedido formulado pelo recorrente, estando autorizado a decidir por força do efeito translativo previsto no parágrafo terceiro do art. 515 do Código de Processo Civil.

Trata-se de opção do legislador pela celeridade processual em face de outros valores existentes no ordenamento jurídico.

O trabalho será dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo aborda a Origem Histórica no Brasil, bem como o seu desenvolvimento ao longo de vários ordenamentos jurídicos, isto é, Código de Processo Civil de 1939/1973 e o Código de Processo Penal.

No capítulo seguinte, abordaremos alguns aspectos gerais do duplo grau de jurisdição, como, por exemplo, conceito, argumentos favoráveis e desfavoráveis à dupla revisão e o duplo grau como princípio implícito na Constituição Federal.

Os capítulos seguintes serão analisados da seguinte forma:  
a) o terceiro conterá os aspectos gerais, conceito e fundamentos dos recursos; o duplo grau e alguns recursos previstos na legislação ordinária e na Constituição Federal; efeito devolutivo dos recursos e suas espécies; dimensões da devolução

(plano horizontal e vertical); efeito devolutivo e alguns recursos previstos no Código de Processo Civil e, por fim, os sucedâneos recursais.

O último capítulo cuidará do duplo grau e a Constituição Federal; suas conseqüências no devido processo legal; a limitação do duplo grau à luz da Constituição Federal e à Lei 10.352/2001.

Com efeito, não constitui pretensão da presente tese esgotar todos os assuntos referentes ao duplo grau e aos recursos, apenas uma proposta de colaboração ao estudo de tema do direito processual civil.

## 1. ORIGEM HISTÓRICA NO BRASIL

O Brasil, mesmo depois de proclamada sua independência, continuou sendo regido por leis portuguesas, em especial, pelas Ordenações Filipinas.

A Constituição de 1824 previu no seu art. 158, o direito de recorrer, assim disposto: *“Para julgar as Causas em segunda, e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para a comodidade dos povos.”*

A Constituição Federal de 1824 garantiu o direito de recorrer, cuidando as constituições posteriores somente de algumas espécies de recursos.

Como lembra Nelson Nery Junior, *“As constituições que se lhe seguiram limitaram-se a apenas mencionar a existência de tribunais, conferindo-lhes competência recursal. Implicitamente, portanto, havia previsão para a existência de recurso. Mas, frise-se, não garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição.”*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Nelson Nery Junior, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 5ª ed., São Paulo, RT, 1999, p. 167. Em sentido contrário, Jefferson Carús Guedes afirma que *“(...) há regras constitucionais explícitas, como as que indicam a competência recursal na justiça comum federal (art. 108, inc. II), conforme as quais compete aos Tribunais Regionais Federais julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição. Nesse caso não se pode falar em regra*

De igual modo ocorre, por exemplo, no direito português, como ressaltado por Canotilho, onde “*O Tribunal Constitucional tem entendido que o direito de acesso aos tribunais não garante, necessariamente, e em todos os casos, o direito a um duplo grau de jurisdição (cf. Ac 38/87, in DR I, nº 63 de 17/3/87; Ac 65/88, in DR II, nº 192 de 20/8/88; Ac 359/86, in DR II, nº 85 de 11/4/87; Ac 358/86, in DR I nº 85 de 11/4/87. Outros acórdãos no mesmo sentido: Ac TC, nº 219/89, in DR II, nº 148 de 30/06/89; Ac Tc, nº 124/90, in DR II, nº 33 de 8/2/91; Ac Tc, nº 340/90). O direito a um duplo grau de jurisdição não é prima facie, um direito fundamental, mas a regra – que não poderá ser subvertida pelo legislador; não obstante a liberdade de conformação deste, desde logo quanto ao valor das alçadas, é a da existência de duas instâncias quanto a ‘matéria de fato’ e de uma instância de revisão quanto a ‘questão de direito’ (...).*”<sup>2</sup>

Na Itália, resalta Proto Pisani “*Il doppio grado di giurisdizione, inteso come principio secondo cui il rapporto deciso deve essere sottoposto ad una nuova cognizione in tutte le questioni che hanno formato oggetto di esame da parte del giudice di primo grado, oltre a non essere stato costituzionalizzato, nel nostro ordinamento si realizza nei limiti in cui lo consente la struttura del nostro appello; il che non sempre avviene.*”<sup>3</sup>

---

implícita. Nem se pode afirmar, por outro lado, que exista propriamente uma distinção na extensão maior do princípio para a justiça comum federal, em detrimento da justiça estadual. Houve sim um maior detalhamento das funções do tribunal, que em nada perde àquele regramento da Constituição Imperial de 1824. Trata-se, pois, se deve ressaltar, a regra atual, de norma explícita e garantidora do duplo grau.” Duplo grau ou duplo exame e atenuação do reexame necessário nas leis brasileiras *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos nº 6*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2002, p. 293-294.

<sup>2</sup> Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 653.

<sup>3</sup> Tradução livre: O duplo grau de jurisdição, inteso como princípio que é, dispõe que o decidido deve ser submetido a uma nova cognição em todas as questões que foram objeto de exame da parte do juiz de primeiro grau, apesar de não ser constitucionalizado no nosso ordenamento, se realiza nos limites nos quais o consente a estrutura da nossa apelação, o que nem sempre ocorre. Andrea Proto Pisani, *Lezioni Di Diritto Processuale Civile*, 4ª ed., Napoli, Jovene Editore, 2002, p. 491.

No Brasil, o Código de Processo Criminal de 1832 constituiu o primeiro substrato da legislação ordinária acerca do processo civil brasileiro.

O Regulamento 737 surgiu para disciplinar os casos de ordem comercial do Código Comercial Brasileiro de 1850.<sup>4</sup>

O sistema recursal era formado pelos recursos de apelação, embargos, revista e agravo.

Em relação ao recurso de apelação, existia controle de alçada, fixando o seu cabimento a um determinado valor.

Malgrado a Lei Fundamental tivesse garantido o duplo grau de jurisdição, tal princípio acabava sofrendo limitações pela legislação infraconstitucional, “*Tem logar appellação para a Relação do districto nas causas que excederem de 200\$000 (art. 26 do titulo unico), quando a sentença fôr definitiva ou tiver força de definitiva*”, conforme art. 646.<sup>5</sup>

Os agravos exerciam função complementar nos casos de apelação, transferindo ao órgão *ad quem* o reexame da matéria impugnada em primeira instância.

Os recursos de apelação e os agravos garantiam o duplo grau de jurisdição na medida em que devolviam ao tribunal a matéria impugnada.

---

<sup>4</sup> No sentido do texto: “O denominado Regulamento n. 737, portanto, teve por escopo, apenas, o processo comercial, até que fosse estendido às causas civis, por força do Decreto n. 763, de 19.9.1890, do Governo Provisório da República. Até então, pois, o processo civil continuou regido pelas seculares Ordenações Filipinas, com as alterações imprimidas por leis extravagantes (...)” Alcides de Mendonça Lima, *Introdução aos recursos cíveis*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1976, p. 31.

<sup>5</sup> Francisco de Paula Baptista, *Compendio de Theoria e Practica do Processo Civil Comparado com o Commercial e de Hermenêutica Jurídica*, 7ª ed., Lisboa, Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira & C<sup>ta</sup>, 1910, p. 443.

Daí dizer Oreste Laspro, “A somatória de cabimento desses dois recursos faz com que o duplo grau seja garantido.”<sup>6</sup>

No entanto, em relação aos embargos e ao recurso revista não era garantido o duplo grau de jurisdição.

No que se refere aos embargos, o Regulamento 737 previa “Dentro de dez dias depois da publicação ou intimação da sentença (art. 235), poderão as partes oppôr embargos á sentença da 1ª instancia, somente se forem de simples declaração ou de restituição de menores”, conforme art. 639.

Já o art. 665 prescrevia “O recurso de revista poderá ser interposto para o Supremo Tribunal de Justiça das sentenças proferidas nas Relações, se o valor exceder de 2:000\$000 (art. 26 do titulo unico), ainda que não se tenham opposto embargos do art. 663.”<sup>7</sup>

A Consolidação Ribas também não garantiu aos embargos e ao recurso de revista o duplo grau de jurisdição. A alteração mais expressiva foi “o afastamento dos óbices de alçada, ou seja, qualquer sentença era recorrível, consoante disposição dos arts. 1454 e 1517.” E, ainda, “ (...) no tocante aos agravos, é a inexistência de controle de alçada.”<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Oreste Nestor de Souza Laspro, *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*, São Paulo, RT, 1995, p. 75.

<sup>7</sup> Francisco de Paula Baptista, *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil Comparado com o Commercial e de Hermenêutica Jurídica*, 7ª ed., Lisboa, Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira & C<sup>ta</sup>, 1910, p. 446.

<sup>8</sup> Oreste Nestor de Souza Laspro, *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*, São Paulo, RT, 1995, p. 76.

## 1.1. PERÍODO DA REPÚBLICA

A Constituição Federal de 1891 possibilitou que cada Estado tivesse o seu próprio código processual, tendo como subsídio de orientação o Regulamento 737.

Os recursos eram previstos nos códigos estaduais e na Constituição, em especial, os embargos à sentença, a apelação, o agravo, a carta testemunhável, embargos a acórdão e o recurso extraordinário.

Explica Oreste Laspro, “*Desses recursos, voltados para a garantia do duplo grau de jurisdição, temos a apelação, o agravo e a carta testemunhável, todos interpostos contra decisão do juiz de primeiro grau e dirigidos a juízo superior.*”<sup>9</sup>

Nessa época, cada Estado-membro possuía um código de processo civil, sendo que, apenas apresentavam uniformidade em todo o território nacional, o direito comercial e o direito penal.<sup>10</sup>

O código estadual baiano, aliás, possibilitava o agravamento da decisão impugnada (*reformatio in pejus*), conforme art. 1253. Já o código mineiro consagrava a proibição desse princípio, de acordo com o art. 1459.

---

<sup>9</sup> Op. cit. p. 77.

<sup>10</sup> Nesse passo: “As Ordenações do Reino, as leis extravagantes, o Código Penal de 1830, o Código Comercial e o regulamento n. 737, esses dois últimos de 1850, e toda a legislação de competência do poder central eram aplicados no território nacional, sem qualquer discriminação de fronteiras. Era a unidade legislativa, no seu exato sentido, abrangendo todos os ramos jurídicos.” Alcides de Mendonça Lima, *Introdução aos recursos cíveis*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1976, p. 53.

Para recorrer, a parte ou terceiro deveria demonstrar prejuízo jurídico em razão de decisão desfavorável, a saber: art. 1250 código baiano; art. 1425 código mineiro; art. 1072 código paulista e art. 1109 do código do Distrito Federal.

A apelação era recebida, em regra, no duplo efeito, isto é, devolutivo e suspensivo ou apenas no devolutivo, conforme arts. 1108, 1121 a 1124, 1463, 1267 e 1268, respectivamente nos Estados de São Paulo, Distrito Federal, Minas Gerais e Bahia.

Das decisões não apeláveis era cabível o agravo, nos termos dos arts. 1093, 1484 e 1325, correspondentes aos códigos estaduais paulista, mineiro e baiano.<sup>11</sup>

A Constituição Federal de 1891 assegurou, de forma implícita, a garantia do duplo grau de jurisdição ao dispor sobre a organização dos tribunais e dos recursos cabíveis, nos termos dos arts. 59 e 60.

Igualmente a Lei Maior disciplinou acerca das competências originárias do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>11</sup> Alcides de Mendonça Lima ao comentar alguns códigos estaduais afirma “Apesar de certa uniformidade em vários pontos, noutros havia profunda dissensão. A rigor somente a apelação e os agravos eram pertinentes a todos. O agravo no auto do processo não era acolhido por nenhum, pelo menos nos que foram compulsados. Já os embargos não tinham posição definida e nem pressupostos certos. Os próprios agravos mereciam denominação variada, quanto ao que configurava o clássico “de instrumento”. No Estado do Rio Grande do Sul, os embargos e o agravo de instrumento não foram contemplados no Código, surgindo posteriormente, em leis especiais. O recurso de revista era desconhecido de muitos ou consagrado diversamente (exemplo: ex-Distrito Federal e São Paulo). O recurso *ex officio* era acolhido como apelação ou genericamente, ou não era consignado de nenhum modo. O recurso extraordinário não tinha, a rigor, seu fundamento nos Códigos regionais, que não podiam regular seu uso, limitando-se a repetir as disposições da legislação da Justiça Federal quanto às formalidades de sua interposição. E uns silenciavam a respeito, como o de São Paulo. Os próprios efeitos dos recursos não mereciam disciplina generalizada. No Rio Grande do Sul, desconhecia-se recurso sem efeito suspensivo.” *Introdução aos recursos...*, p. 51 e 52.

## 1.2. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939

O Código de Processo Civil de 1939 previu os seguintes recursos: a) apelação, art. 820; b) embargos de nulidade ou infringentes do julgado, art. 833; c) agravo, art. 841; d) revista, art. 853; e) embargos de declaração, art. 862; f) recurso extraordinário, art. 863.

O duplo grau de jurisdição era observado sobretudo nos recursos de apelação e agravo, ao contrário dos embargos que eram dirigidos ao próprio juiz. Já o recurso de revista tinha por propósito uniformizar a jurisprudência no tribunal e, por fim, o recurso extraordinário que tratava de matéria de direito.

O recurso de apelação era utilizado para desafiar decisões definitivas, isto é, aquelas que extinguiriam o processo com o exame de mérito, art. 820, salvo *“Das sentenças de primeira instância, proferidas em ações de valor de valor igual ou inferior a dois contos de réis (2:000\$000), só se admitirão embargos de nulidade ou infringentes do julgado e embargos de declaração”*, conforme art. 839.

Os agravos podiam ser de instrumento, de petição e no auto do processo, nos termos do art. 841. O agravo de petição era manejado contra as decisões que *“(...) impliquem a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito”*, art. 846.

Os agravos de instrumento e no auto do processo eram interpostos contra decisões interlocutórias.

Em relação ao agravo de instrumento não existia um critério geral para caracterizá-lo, pois a lei enumerava de forma casuísta as hipóteses de cabimento, conforme lista prevista no art. 842.

A propósito do tema, merece destaque a opinião de Lopes da Costa *“O agravo no auto do processo de regra se destaca de todos os outros, por ser um recurso subordinado ou diferido. Subordinado, porque dependendo de outro recurso, para subir a julgamento. Diferido porque sua decisão é adiada.”*<sup>12</sup>

No artigo 824 havia disposição acerca do duplo grau de jurisdição, ao assinalar que a apelação permitia ao tribunal a análise da matéria agitada em primeiro grau de jurisdição. Entretanto, a previsão do duplo grau de jurisdição era ressalvada por alguns dispositivos do código.

Aliás, dispõe o mencionado artigo *“A apelação devolverá a superior instância o conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas na ação, salvo a hipótese prevista no art. 811.”*

*“As questões de fato não propostas na instância inferior somente poderão ser suscitadas no processo de apelação, se as partes provarem que deixaram de fazê-lo por motivo de força maior”*, conforme parágrafo primeiro do art. 824.

---

<sup>12</sup> Alfredo de Araújo Lopes da Costa, *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. III, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 372.

Daí afirmar Oreste Laspro, “*Em primeiro lugar, embora tenha sido afastada a possibilidade ampla de alegação de fatos e documentos novos, em segunda instância (ius novorum), o parágrafo primeiro do art. 824 admite a alegação nova, desde que o recorrente demonstre ser caso de força maior.*”

Prossegue, ainda, o mesmo autor “*(...) caso a parte faça nova alegação ou junte documentos novos, em segunda instância, estará rompido o duplo grau de jurisdição, porque o exame, com base nesses elementos, será feito em um único grau.*”<sup>13</sup>

Era afastado o duplo grau nas hipóteses de apelação, em decorrência de a matéria se encontrar prevista na competência originária do tribunal (arts. 144 a 146), pois nessas “*(...) situações não é admitido recurso visando impugnar a matéria de fato, razão pela qual, está descaracterizado o duplo grau.*”<sup>14</sup>

Por derradeiro, o duplo grau de jurisdição era previsto nas hipóteses de reexame necessário, consistindo em uma condição de eficácia da sentença ao impedir o trânsito em julgado até sua apreciação em segunda instância. O art. 822 se refere à apelação de ofício.

---

<sup>13</sup> Op. cit. p. 79.

<sup>14</sup> Oreste Laspro, *Duplo Grau...*, p. 80.

### 1.3. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

O Código de Processo Civil de 1973 foi resultado do anteprojeto de lei elaborado pelo Ministro Alfredo Buzaid e revisto por uma notável comissão de juristas, dentre os quais se destacam José Frederico Marques, Luís Machado Guimarães e Luís Antônio de Andrade.

O código é dividido em cinco livros: a) do processo de conhecimento; b) do processo de execução; c) do processo cautelar; d) dos procedimentos especiais; e) das disposições finais transitórias.

Esse diploma reflete a existência de três espécies de tutela jurisdicional: a de conhecimento, a de execução e a cautelar.

Na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, Alfredo Buzaid se refere àquela classificação como a dogmática do moderno processo civil.

Em relação aos recursos, foram eliminados o agravo de petição e o agravo no auto do processo. Também houve simplificação na estrutura, a apelação é cabível só de sentença e o agravo de instrumento das decisões interlocutórias.

Ao longo de sua vigência, o Código Buzaid sofreu inúmeras alterações estruturais. Trata-se do que se convencionou chamar de

minirreformas, consistindo em modificações pontuais em relação à determinado instituto ou setor do código.

Hodiernamente, o processo civil brasileiro sofre grandes transformações com o propósito de ajustar-se às novas tendências e exigências da sociedade.

Podemos dizer que há uma maior preocupação do legislador infraconstitucional com o atual estágio da ciência processual.

Nesse contexto, surgem novos parâmetros e perspectivas à luz de um processo civil constitucional que cumpra de forma efetiva a prestação jurisdicional, conforme mandamento preconizado no art. 5º, LXXVIII da Lei Maior.

São exemplos dessa nova realidade a criação dos juizados especiais, as tutelas de urgência e específica, julgamento imediato pelo tribunal na hipótese do parágrafo terceiro do art. 515 do Código de Processo Civil etc.

Na legislação ordinária verificamos tais mudanças a partir de 1994 com as Leis 8.952 e 8.953, que alteraram diversos dispositivos do Código de Processo Civil acerca dos processos de conhecimento, cautelar e de execução, a saber: arts. 10, 18 § 2º, 20 § 4º, 38, 45, 170, 172, 172 § 1º, 172 § 2º, 219 § 1º, 219 § 2º, 219 § 3º, 239, parágrafo único III, 272, 273, 296, 331, 417, 434, 461, 800 parágrafo único, 805, 584 III, 585 I, 585 II, 585 § 1º, 601, 614 II, 621, 623, 632, 644, 645, 669, 680, 686 V, 686 VI, 687 §§ 1º 2º 3º, 738 I, 741, 791 I etc.

Em 1995, a Lei 9245 alterou o procedimento sumaríssimo com intuito de agilizar a prestação jurisdicional (Cap. III: 275, 275 II “a” a “g”, 276, 277, 278, 279, 280, 281 etc.).

Atualmente, o mesmo código sofreu algumas mudanças destinadas a garantir a efetividade da tutela jurisdicional, conforme as Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002, que modificaram vários dispositivos, possibilitando uma maior interação do processo de conhecimento com o processo de execução.

Na presente dissertação será analisado o parágrafo terceiro introduzido no art. 515 do CPC pela Lei 10.352/2001, permitindo o imediato julgamento do mérito na hipótese de sentença terminativa, desde que satisfeitos determinados requisitos legais.

Visando, ainda, atender a efetividade da tutela jurisdicional foi, recentemente, alterado o Código de Processo Civil pelas Leis 11.187/2005 e 11.232/2005, as quais conferiram nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, estabelecendo a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogando dispositivos relativos à execução fundada em título judicial.

Já a Lei 11.276/2006 modificou a forma de interposição de recursos, saneamento de nulidades processuais e recebimento de apelação, sendo que a Lei 11.280/2006 disciplinou novas regras sobre a incompetência relativa, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia,

carta precatória e rogatória, ação rescisória e, ainda, revogou o art. 194 do Código do Civil.

## 1.4. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O princípio do duplo grau de jurisdição não conta com expressa previsão no atual Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689/1941.

Apesar disso, esse princípio encontra o seu fundamento na cláusula do devido processo legal e na garantia da ampla defesa expressa na Constituição Federal.

O Brasil é signatário de dois tratados internacionais que cuidam de forma expressa do princípio do duplo grau no processo penal: a) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Decreto nº 592 de 06/07/92; b) Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, Decreto nº 678 de 06/11/92.

O Pacto de São José da Costa Rica assegura que *“Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”*, conforme art. 14, nº 5.

Por outro giro, prevê garantias processuais ao declarar que *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito*

*de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior*”, conforme art. 8º, item 2, alínea h.

Os direitos e garantias previstos na Constituição Federal não excluem outros decorrentes de princípios ou de tratados internacionais que o Brasil seja parte, nos termos parágrafo 2º do art. 5º da Lei Maior.<sup>15</sup>

No âmbito do processo penal, o duplo grau constitui princípio implícito do sistema constitucional.

Nessa esteira, ressalta Carolina Alves de Souza Lima “(...) o *Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, no Direito Processual Penal, é uma garantia jurídico-processual-mínima, a ser concedida a todos os acusados, nos casos de reexame da decisão penal condenatória. Tal avanço consolidou-se com a ratificação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto de São José da Costa Rica, em 1992.*”<sup>16</sup>

O Supremo Tribunal Federal não reconhece o duplo grau como princípio e garantia assegurada pela Constituição Federal.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos de votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, conforme § 3º, art. 5º da Constituição Federal.

<sup>16</sup> *O Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição*, São Paulo, Manole, 2004, p. 95.

<sup>17</sup> Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal: “*I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio – sem concessões que o desnaturem – não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de “toda pessoa*

É preciso ressaltar que, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, o Pacto de São José da Costa Rica, incorporado em nosso ordenamento jurídico como lei ordinária (posição majoritária do Supremo Tribunal Federal)<sup>18</sup>, poderá adquirir *status* de emenda constitucional, desde que

---

*acusada de delito”, durante o processo, “de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. 1. Quando a questão – no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional – é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz natural – que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional – não pode buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está insita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento – majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) – que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. 4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponente à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é admitir. III. Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição. 1. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V), ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu. 2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho – que não estão em causa – e da Justiça Militar- na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais Superiores -, assim as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores – o STJ e o TSE – estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar. 3. À falta de órgãos jurisdicionais ad quo, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição de aplicação no caso de norma internacional de outorga da garantia invocada.” (RHC 79.785/RJ – Rio de Janeiro, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento 29/03/2000, Tribunal Pleno, DJ 22/11/2002, p. 57).”*

<sup>18</sup> Esse entendimento foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 80.004-SE, DJ 29/12/77, p. 9433, RTJ 83/809, Rel. para o acórdão Min. Cunha Peixoto (Informativo 73 – DJ 30/05/97) e recentemente reiterado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 1480-DF, Rel. Min. Celso de Mello, no julgamento pelo Pleno do pedido de medida cautelar (julgamento 4/09/97, DJ 18/05/01, p. 429). Parte da doutrina, porém, sustentava tese diversa, afirmando que os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos ingressam em nosso ordenamento jurídico com força de norma constitucional. Nesse sentido

aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos de votos dos respectivos membros, conforme parágrafo terceiro do art. 5º da Constituição Federal.

---

Flávia Piovesan afirma que os tratados sobre direitos humanos podem ser divididos em: material e formalmente constitucionais (submetidos ao procedimento de incorporação mais solene) e materialmente constitucionais (não submetidos ao procedimento solene, isto é, sem as formalidades das emendas) *in* André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (Coordenadores), *Reforma do Judiciário*, São Paulo, Método, 2005, p. 67.

## **2. GENERALIDADES SOBRE O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**

### **2.1. CONCEITO E FUNDAMENTOS**

A Constituição Federal traça em seu arcabouço jurídico as balizas de seu sistema, especialmente, quando dispõe acerca da existência de diferentes juízos escalonados em instâncias e graus de jurisdição.

Nesse contexto, a Lei Fundamental, ao tratar dos recursos ordinário, especial e extraordinário, prevê a existência de instâncias competentes para o seu julgamento.

O artigo 125, § 3º da Lei Maior, demonstra a existência de instâncias, quando diz *“A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.”*

A previsão de instâncias e a existência de tribunais a determinar a competência recursal não autoriza, como conseqüência, o denominado duplo grau obrigatório de jurisdição.

Em relação à denominação duplo grau de jurisdição, explica André Ramos Tavares “(...) *é preciso observar que a expressão ‘duplo grau de jurisdição’, embora de uso corrente e consagrado, é tecnicamente incorreta, já que a jurisdição, reflexo da soberania, é una. Não há como falar, com todo o rigor, em duplo grau de jurisdição, o que conduziria à aceitação de um duplo grau de soberania. Mais apropriado seria falar em duplo grau de cognição ou julgamentos das lides, o que significa que a pluralidade (ou duplicidade) é de instâncias ou de juízos, e não de jurisdições.*”<sup>19</sup>

O duplo grau ocorre nos casos de apreciação da decisão por outro órgão situado no mesmo grau como, por exemplo, nos juizados especiais em que os recursos são endereçados ao Colégio Recursal, que é composto por juízes de primeira instância do próprio juizado, bem como nas hipóteses de reexame necessário.

De igual modo, não se confunde com o direito de recorrer, não são conceitos que se imbricam, um não depende do outro para produção dos efeitos previstos no ordenamento jurídico.

O recurso é um ato de vontade da parte que decorre da sucumbência, entendida como a desconformidade entre o pedido e o resultado prático obtido com a decisão.

Logo, pode não existir recurso e nem por isso fica afastado o duplo grau de jurisdição, que pode ser obrigatório, como ocorre nos casos previstos no art. 475 do Código de Processo Civil.

---

<sup>19</sup> André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 490.

Igualmente existem alguns recursos que são endereçados ao próprio órgão que proferiu a decisão impugnada, não garantindo o duplo grau de jurisdição, pois não remetem a questão para outra instância.

É o que ocorre com os embargos de declaração, porquanto o reexame da decisão fica restrito ao mesmo órgão julgador da causa.

Assim, para que exista o duplo grau de jurisdição é necessário que a decisão seja revista por outro órgão ou juízo e não pelo mesmo órgão, não sendo preciso que se trate de instância superior.<sup>20</sup>

Como se vê, o reconhecimento de que se trata de princípio constitucional implícito não significa conferir-lhe caráter absoluto, razão pela qual pode o legislador infraconstitucional configurar o seu campo de atuação.

Nesse contexto, aliás, a lei processual pode criar e abolir recursos, com exceção do extraordinário e do especial que estão previstos na Constituição Federal.

Exemplo de extinção de recursos (apelação) encontra-se na Lei de Execuções Fiscais, que dispõe somente dos embargos infringentes e de declaração nos casos de execução de valor igual ou inferior a 50 Obrigações do Tesouro Nacional – ORTN.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> A respeito: “(...) chama-se jurisdição inferior aquela exercida pelos juízes que conhecem do processo desde o seu início (competência originária). E denomina-se jurisdição superior a exercida pelos órgãos a que cabem os recursos contra as decisões proferidas pelos juízes inferiores. Essa terminologia, que é corrente, não significa, porém, uma relação de subordinação entre os juízes. Os magistrados são livres para julgar, obedecendo somente à lei e à sua consciência (princípio do livre convencimento).” Ada Pellegrini Grinover; Antônio Magalhães Gomes Filho; Antônio Scarance Fernandes, *Recursos no Processo Penal*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1998, p. 27.

<sup>21</sup> A propósito: “trata-se de indexador já extinto, sucedido por outros. Para que a respectiva função seja cumprida, o valor de alçada, hoje, deve corresponder àquelas 50 ORTNs convertidas, sucessivamente, em OTNs,

## 2.2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS À DUPLA REVISÃO

### 2.2.1. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

É comum encontrar a afirmação de que a revisão, por tribunal, das decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição é fundamental para segurança jurídica que deve existir em um Estado Democrático de Direito.<sup>22</sup>

Nas palavras de Marinoni, “(...) a finalidade do duplo grau não é permitir o controle da atividade do juiz, mas sim propiciar ao vencido a revisão do julgado.”<sup>23</sup>

---

em BTN e em UFIRs” STJ, Resp 85.541-MG, 2ª Turma, j. 18/06/1.998, Rel. Min. Ari Pargendler. Dentro desta quadra, adotando o entendimento jurisprudencial, as Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça, em conformidade com a redação dada pelo Provimento CG nº 8/95, determinaram: “Nas execuções fiscais será anotado na capa, para os fins do art. 34 da Lei Federal 6.830/80, o valor em reais que, na data da distribuição, equivaler a 283,43 UFIR.” Ressalte-se que, em razão da extinção da UFIR, nova regra foi editada pela Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo no seguinte sentido: “Nas execuções fiscais será anotado na capa, em moeda nacional corrente, o valor de alçada recursal (artigo 34, *caput* e § 1º, da Lei nº 6.830/80), apurado segundo critério divulgado pela Corregedoria-Geral de Justiça, por comunicado, em não havendo outro critério atualização definido pelo juiz do processo” (item 45 do Cap. II das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça, cf. Provimentos CGJ 47/89, 17/2001 e 26/2003).

<sup>22</sup> As razões que fundamentam o princípio para Dinamarco são de ordem político-institucional, a saber: “(...) conveniência de evitar a dispersão de julgados e assim promover a relativa uniformização da jurisprudência quanto à interpretação da Constituição e da lei federal, o que não seria factível se cada um dos milhares dos juízes de primeiro grau decidisse em caráter definitivo; b) a necessidade de pôr os juízes inferiores sob o controle dos superiores, como modo de evitar desmandos e legitimar a própria atuação do Poder Judiciário como um todo.”, *Instituições de Direito Processual Civil*, I, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 257.

<sup>23</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Manual do Processo de Conhecimento*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2003, p. 515.

É certo que os juízes de tribunais têm maior experiência e, por conseqüência, maior possibilidade de decidir com acerto e precisão acerca da pretensão das partes.

Contudo, não se pode permitir uma visão oblíqua da questão, considerando apenas os juízes de tribunais como os mais capacitados para julgar e com decisões mais eficientes do que as proferidas por magistrados de primeiro grau.

Em sentido contrário, afirma Ricardo Procópio Bandeira de Melo “(...) o mecanismo do duplo exame, de um lado, diminui a probabilidade de erro no julgamento e, de outro, atende ao direito do cidadão de irresignar-se com uma decisão que lhe atinja o campo jurídico e que lhe pareça injusta, bem assim de tentar obter novo pronunciamento do Estado sobre a causa que lhe diz respeito.”<sup>24</sup>

E, em senso análogo, conclui Djanira de Sá “A razão de ser do princípio do duplo grau de jurisdição encontra-se na persecução da segurança como elemento ínsito da Justiça, que se concretiza por meio do pronunciamento do órgão jurisdicional.”<sup>25</sup>

A prevalecer tal assertiva, significa declarar a inaptidão e o desacerto da maioria dos juízes de primeiro grau. Ora, não é possível que o juiz que dirige a instrução, colhe provas e, efetivamente, proporciona a relação dialética entre as partes esteja menos preparado que o juiz de segundo grau.

---

<sup>24</sup> Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 8, Princípio do Duplo Grau de Jurisdição: Garantia Constitucional, Extensão e Algumas Notas Sobre o § 3º do Art. 515 do CPC, São Paulo, RT, 2005, p. 672.

<sup>25</sup> Duplo Grau de Jurisdição, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 86.

Como afirma Proto Pisani, *“Tuttavia sembra da condividere il pensiero di chi ha individuato la ragione della prevalenza della sentenza di appello nella seguente circostanza: il secondo giudice ha minori probabilità di errare in virtù della possibilità di utilizzare quello che fu l’ insegnamento del primo grado e valutarne i risultati; infatti il giudice d appello giudica bene non tanto benché quanto perché il primo giudice ha giudicato male: anche l’ errore è infatti una tappa verso la verità’ (...).”*<sup>26</sup>

O juiz de segunda instância tem maior experiência em relação ao juiz de primeira instância. Todavia, é o juiz de primeiro grau que tem contato direto com as partes por meio da instrução processual, de forma a fundamentar sua convicção na apreciação das provas e demais fatos ocorridos em audiência.<sup>27</sup>

### 2.2.2. ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS

Os argumentos desfavoráveis ao duplo grau de jurisdição são: a) que tanto os juízes de primeiro grau quanto os de tribunal podem proferir

---

<sup>26</sup> Tradução livre: Todavia parece o pensamento que individualizava a razão da prevalência da sentença de apelação na seguinte circunstância: o segundo juiz tem menores probabilidades de errar em virtude da possibilidade de utilizar o conhecimento do juiz de primeiro grau e valorar-lhe quanto aos resultados; de fato o juiz da apelação julga bem não tanto porque o juiz de primeiro grau julgou mal: também o erro é realmente uma etapa em direção a verdade (...). Andrea Proto Pisani, *Lezioni Di Diritto Processuale Civile*, 4ª ed., Napoli, Jovene Editore, 2002, p. 479.

<sup>27</sup> No sentido do texto: “(...) não se pode dizer que o juiz mais antigo, que não teve qualquer contato com as partes e com a prova, é necessariamente aquele que está em melhores condições de decidir. De qualquer maneira, em nenhum outro local alguém diria que o profissional mais antigo deve dar a última palavra sobre todos os casos, aí incluídos aqueles mais simples, que dispensam maiores divagações, principalmente quando se sabe que uma dupla revisão sempre implica maior tempo e que a demora sempre prejudica a parte que espera por solução.” Marinoni, *Manual do Processo...*, p. 515-516.

decisões injustas; b) caso a decisão do tribunal apenas confirme a de primeiro grau, ela será inútil, além de ofender os princípios da economia processual e da razoável duração do processo; c) demora na prestação jurisdicional; d) enfraquecimento do princípio da oralidade.

O princípio da oralidade é observado na coleta de provas (contato com as partes, testemunhas e demais elementos formadores de sua convicção), de modo a favorecer uma decisão mais próxima da realidade dos fatos.

A necessidade de um duplo grau de jurisdição acaba por mitigar a efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que prolonga no tempo a duração do processo, bem como o resultado almejado pela parte em face do Estado-Juiz.

O princípio da imediatidade é essencial para que o processo atenda aos postulados constitucionais (contraditório e ampla defesa), na relação estabelecida entre as partes.

Nesse contexto, aliás, a oralidade desempenha papel fundamental permitindo uma real manifestação das partes no processo.

A demora na prestação jurisdicional acaba por soterrar as causas de maior simplicidade, pois, caso cheguem aos tribunais, dificilmente serão reformadas.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> A propósito do tema, pesquisa realizada pelo saudoso Ministro Franciulli Neto em relação aos recursos mostra que “Há anos, por minha conta procedi a uma pesquisa num universo de 500 feitos cíveis que subiram aos Tribunais de Justiça e Alçada. A conclusão foi a seguinte, descontados os decimais: foi negado provimento a 72% dos recursos; 16% foram providos em parte (não raro, para modificações secundárias, tais como

Daí afirmar Marinoni, “(...) o recurso<sup>29</sup> transformou-se em uma boa desculpa para o réu sem razão protelar a definição da causa. É preciso, portanto, que voltemos a atenção àquelas demandas mais simples, nas quais a previsão de um juízo repetitivo sobre o mérito só pode beneficiar a parte que não tem razão. É mais do que evidente a ‘insegurança’, que impele à busca da ‘segurança jurídica’, não pode retirar do processo sua efetividade, até porque não se concebe um ordenamento jurídico sem instrumentos processuais adequados e efetivos.”<sup>30</sup>

O princípio do duplo grau de jurisdição tende a estabelecer uma relação de que apenas os tribunais podem decidir de forma a garantir às partes o pleno exercício de sua pretensão (segurança jurídica), bem como a diminuição da probabilidade de erro no julgamento.

As decisões proferidas pelos tribunais também podem conter erros e injustiças, pois são órgãos compostos por seres humanos sujeitos a falibilidade.

---

redimensionamento de verba advocatícia, dos salários periciais, termo inicial da correção monetária ou dos juros); e apenas 12%, acolhidos *in totum*, incluídas as sentenças desconstituídas por questões exclusivamente processuais.” Prossegue, ainda, “(...) sem ampla reforma processual e modernização judiciária, poucas esperanças poderão ser acalentadas, no que diz respeito a uma melhor e mais eficiente prestação jurisdicional. Não é possível manter-se a situação atual, em que, em regra, de 60 a 70% dos feitos das pautas de julgamento representem discussões de matéria exclusivamente de índole processual. Cessar o conflito é a finalidade do processo, não a de o procrastinar ou eternizar.” *Lex JTJ* 223, dezembro 1999, p. 200.

<sup>29</sup> Em sentido contrário: “(...) o discurso da redução do número de recursos equipara-se indevidamente ‘celeridade’ e ‘efetividade’. Não há dúvida de que a solução tardia da controvérsia é inoperante e altamente danosa para o Estado. Contudo, parece escapar à grande parte dos discursos a propósito do assunto efetividade – aptidão de atingir escopos determinados – do processo e da jurisdição não se esgota no escopo social; que, de fato, reclama presteza na eliminação do litígio donde resulta a conseqüente imunização da controvérsia (pacificação social). Além dele, há o aspecto jurídico, que busca a atuação do direito, em concreto, tão fielmente à regra abstrata quanto possível. Sob o prisma desse segundo, o recurso, antes de ser um instrumento de protelação, é um meio de aperfeiçoar a cognição e, portanto, de propiciar a justiça da decisão.” Luiz Flávio Yarshell, Alterações nas regras que disciplinam o agravo de instrumento: primeiras impressões *in Revista do Advogado AASP*, nº 84, dezembro de 2005, p. 58.

<sup>30</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Manual do Processo de Conhecimento*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2003, p. 519.

Em nosso sentir, pensamos que não se pode transformar em sentimento coletivo a possibilidade de garantia de recurso ao vencido, ou seja, de que toda decisão judicial deva ser sempre impugnada.

No passado, João Monteiro referia-se a essa necessidade como tendência irresistível da natureza humana, uma espécie de lei fisiológica que acaba suscitando esse sentimento.<sup>31</sup>

O atual sistema implica desprestígio à primeira instância, porquanto possibilita a revisão de toda e qualquer decisão, notadamente com as sentenças. Daí a ocasionar uma nova decisão, com perda da efetividade da prestação jurisdicional.

Esse entendimento reflete um perfil autoritário da jurisdição em relação às decisões judiciais, tendo por conseqüência o enfraquecimento da atividade desempenhada em primeiro grau.<sup>32</sup>

Como lembra Cappelletti “(...) *que no se encuentra ni los países socilaistas, ni, - especialmente por lo que concierne al proceso civil – en los anglosajones, es la profunda desvalorización del juicio de primer grado, con la conexas glorificación, si así puede decirse, de los juicios de gravamen.*”<sup>33</sup>

Por tais razões, a atividade jurisdicional deve possibilitar plena efetividade da tutela almejada pela parte em sua pretensão. A razoável duração do processo encontra guarida na Constituição Federal e fundamento na

---

<sup>31</sup> João Monteiro, *Theoria do processo civil e comercial* Programa do curso de processo civil, 5ª ed., São Paulo, Tipografia Acadêmica, 1936. No mesmo sentido: Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil I*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 257.

<sup>32</sup> No mesmo sentido: Luiz Guilherme Marinoni, *Manual do Processo...*, p. 521.

<sup>33</sup> *Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano in Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires, Ejea, 1974, p. 278.

necessidade de garantir as partes uma tutela tempestiva e adequada para o exercício do direito de ação.

O duplo grau não deve servir de apanágio para toda e qualquer decisão judicial, sob pena de não garantir efetividade ao processo e ao direito de ação.

O Poder Judiciário não pode protelar indevidamente a prestação jurisdicional almejada pelos interessados, sob pena de violação dos princípios do acesso à justiça e da razoável duração do processo.

De qualquer modo, o provimento jurisdicional do juiz de primeiro grau deve ser prestigiado para possibilitar uma maior efetividade na solução dos conflitos, garantindo de plano às partes a satisfação de seu direito.

Impedir que o juiz de primeiro grau garanta de forma eficiente o direito de ação é amesquinhá-lo de sua função no oferecimento da prestação jurisdicional efetiva, entendida como elemento de pacificação social.

Oportuna, aliás, a lição de Dinamarco *“Nesse quadro é que avulta a grande valia social do processo como elemento de pacificação. O escopo de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade.”*<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil I*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 147.

Ademais, a prevalecer o duplo grau como princípio absoluto significa uma serôdia prestação jurisdicional que equivale a nada menos que uma denegação de justiça.

#### 2.2.2.1. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A prestação jurisdicional deve, de forma efetiva, garantir o bem da vida almejado pelas partes em suas pretensões. O direito de ação tem por desígnio proteger os interesses que são submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Daí por que a tutela deve ser exercida de forma mais racionalizada e efetiva para solução das lides.

Por força da Emenda Constitucional nº 45, “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”, conforme art. 5º, LXXVIII.

A razoável duração do processo constitui elemento implícito do princípio previsto no art. 5º, XXXV. A lei não pode afastar da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, devendo proporcionar plena efetividade da tutela jurisdicional.

A par disso, afirma Teresa Arruda Alvim Wambier “*A prestação jurisdicional tardia, deste modo, pode ser considerada, no mais das vezes, uma tutela jurisdicional VAZIA, sem conteúdo. Segundo nossa concepção*

*de Jurisdição, esta é função do Estado, serviço público prestado pelo Poder Judiciário. Falar-se em Jurisdição estatal destituída de instrumentos que permitam realizar no tempo devido o Direito implicaria reduzir significativamente sua importância e razão de ser, especialmente se se considerar que, na sociedade moderna, cada vez maior tem sido a preocupação com a materialização dos direitos. Diante disso, em um Estado que se pretende Democrático e de Direito, que idealiza e se compromete com os objetivos tidos por essenciais (CF, arts. 1º e 3º, dentre outros), deve a Jurisdição ser vista e estudada sob a ótica de ser integrante deste esforço ou, mais que isso, realizadora prática deste desiderato.”<sup>35</sup>*

Essa mudança reflete uma nova percepção acerca da efetividade, entendida como meta da jurisdição e do processo justo, devendo para tanto alicerçar-se em valores de *correttezza*, de *equità* e de *giustizia procedurale*.<sup>36</sup>

Daí dizer Comoglio, “*In linea generale, non c’ è dubbio che l’ evoluzione delle garanzie attinenti al “giusto processo” ed alla protezione dei diritti umani, nell’ ambito dell’ Unione Europea, sia in piena consonanza con i trends internazionali più moderni, ispirati dal fenomeno ormai consolidato della “globalizzazione”, i quali postulano una sempre maggiore sensibilità per i*

---

<sup>35</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier; Luiz Rodrigues Wambier; José Miguel Garcia Medina, *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2005, p. 26.

<sup>36</sup> Como observa Dinamarco: “Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com uma participação adequada do juiz e ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. Tais são os contornos do *processo justo* ou *processo equo*, que é composto pela efetividade de um mínimo de garantias de meios e de resultados.” *Instituições de Direito Processual Civil I*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 134.

*tentativi di “armonizzazione” dei modelli processuali e delle garanzie di giustizia.”*<sup>37</sup>

Seguindo esse propósito de efetividade e agilização da atividade jurisdicional, a Constituição Federal dispõe: “*a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição*”, art. 93, XV.<sup>38</sup>

A Emenda Constitucional nº 45 pretende, com a inclusão desse novo inciso, impedir o “represamento” de processos que aguardavam distribuição para os tribunais. Por exemplo, no Estado de São Paulo chegava a quase 3 anos a demora na distribuição, tendo conseqüências deletérias para as partes e, notadamente, para efetividade da prestação jurisdicional.

Nesse cenário, o relatório anual de gestão do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>39</sup> realizado em 2003, demonstrou crescimento recorde de processos em andamento em primeira instância em todas as comarcas do Estado, 11.747.103, com aumento de 12,49 % em relação ao ano anterior 10.442.324.

Em 2003 foram distribuídos em todo o Estado 5.845.111 novos feitos, com crescimento de 12,96 % em comparação com 2002.

---

<sup>37</sup> Tradução livre: Em linha geral não há dúvida que a evolução da garantia atinente ao justo processo e à proteção dos direitos humanos, no âmbito da União Européia, está em plena consonância com as modernas tendências internacionais, inspiradas no fenômeno já consolidado da globalização, postulando uma maior sensibilidade para o esforço de harmonização dos modelos processuais e da garantia de justiça. Luigi Paolo Comoglio, *Il ‘giusto processo’ civile in Itália e in Europa*, *Revista de Processo* 116, São Paulo, RT, 2004, p. 152.

<sup>38</sup> A emenda nº 45 também prevê outros mecanismos para acelerar a prestação jurisdicional, a saber: a) a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente, XII, art. 93 da CF; b) o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população, XIII, art. 93 da CF; c) os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório, XIV, art. 93 da CF.

<sup>39</sup> Relatório Anual de Gestão do Tribunal de Justiça de São Paulo, Imprensa Oficial, junho de 2004.

O maior crescimento na distribuição foi o de processos da competência dos Juizados Especiais Cíveis, 92,59 % de acréscimo em relação ao ano de 2002 (908.025 novos feitos distribuídos em 2003 contra 471.469 em 2002), reflexo do aumento da demanda populacional pela escolha do procedimento da Lei 9.099/1995.

Em matéria de recursos, a quantidade de agravos entrados no Tribunal de Justiça em 2003 (40.350) aumentou 20,16 % em relação a 2002 (33.581). Na movimentação total de processos a participação dos agravos é expressiva e vem crescendo ano a ano, atingindo em 2003 cerca de 24 % dos feitos entrados, cerca de 35 % dos feitos distribuídos e aproximadamente 27 % dos processos julgados.

Esse relatório demonstra o *déficit* da prestação jurisdicional no Estado de São Paulo. O total de feitos julgados no ano de 2003 foi equivalente a 65 % do total de feitos entrados, contra cerca de 64 % em 2002. Essa defasagem vem crescendo com reflexo direto no volume de processos que aguardam distribuição no final de cada exercício.

Como se vê, as mudanças operadas com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 não são suficientes para garantir a efetividade na prestação jurisdicional, porém, tais alterações constituem um caminho a ser perseguido pelo legislador ordinário quando da elaboração de novas leis, de modo a cumprir a promessa constitucional da razoável duração do processo.

### 2.2.2.2. AS CONSEQÜÊNCIAS DO TEMPO NO PROCESSO

A razoável duração do processo e a efetividade da prestação da tutela jurisdicional são temas sobre os quais a moderna processualística civil tem se questionado para descobrir até que ponto o tempo interfere na duração do processo.

O tempo ocasiona a demora da prestação jurisdicional, na medida em que privilegia a parte que não tem direito em face da pretensão da outra.

É o dano marginal<sup>40</sup> decorrente da excessiva demora do processo.

Ensina José Roberto Bedaque, *“Não é possível esquecer-se que a demora pode afetar a qualidade do serviço do juiz, já que as probabilidades de erro se multiplicam consideravelmente, na medida em que transcorre o tempo entre a ocorrência do fato a ser investigado em juízo e a sua declaração através da sentença.”*<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Expressão cunhada por Ítalo Andolina, *Cognizione ed Esecuzione Forzata nel Sistema della Tutela Giurisdizionale*, Milano, Giufrè, 1982, p. 20.

<sup>41</sup> Consultar discurso de posse como Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo “O desabafo de um juiz paulista” (Diário Oficial, Poder Judiciário, Parte I, Caderno 1, 23 de outubro de 2001, p. 2).

O fator tempo deve ser equacionado com a segurança jurídica da decisão judicial, de forma a não violar nenhuma garantia constitucional, bem como respeito aos direitos subjetivos das partes.<sup>42</sup>

O processo é instrumento de pacificação social em que se deve garantir, às partes envolvidas, a efetividade da tutela e a razoável duração do processo.

Como ressalta Jorge Miranda, “*O direito de acesso aos tribunais envolve o direito de obter uma decisão jurisdicional em prazo razoável (...). E, ainda, “Em contrapartida, não parece que compreenda o direito a recurso para uma instância superior ou a um duplo ou triplo grau de jurisdição.*”<sup>43</sup>

Desse modo, é preciso que seja garantido aos litigantes envolvidos na relação processual a possibilidade de redução de prazos e adoção de técnicas de sumarização do procedimento.

A tutela jurisdicional intempestiva representa violação dos princípios do acesso à justiça e da razoável duração do processo.

O Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana dos Direitos Humanos, 22/11/69) tem como um de seus signatários o Brasil,

---

<sup>42</sup> Nesse passo: “A adoção de tipos de tutela diferenciada tende a favorecer o pólo ativo da relação processual, na medida em que são eles concebidos precipuamente com o propósito de acelerar a prestação jurisdicional. Por isso mesmo, indispensável se torna cautela na sua adoção, para se evitar a violação do tratamento isonômico das partes litigantes e vulneração do princípio assegurador da paridade das armas no processo.” E, ainda, “A adoção dessas técnicas diferenciadas objetiva atender ao reclamo de uma efetiva prestação jurisdicional considerando, de um lado, que, para alguns direitos torna-se conveniente sacrificar a certeza e segurança resultante de uma tutela lastreada em cognição plena e exauriente e, pois, qualificada pela imutabilidade, às exigências de sua rápida e concreta satisfação.” Donaldo Armelin, *Revista de processo* 65, São Paulo, 1992, p. 46 e 50.

<sup>43</sup> Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1988, p. 258 e 259.

integrando o nosso ordenamento jurídico desde a edição do Decreto nº 678 de 6/11/92.

Entre os diversos direitos e garantias que integram o Pacto de São José inclui o do julgamento em prazo razoável.

Dispõe o art. 8º, 1, que *“toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista fiscal ou qualquer outra natureza (...).”*

A garantia da efetividade da tutela jurisdicional constitui-se em ordem dirigida ao Poder Judiciário, objetivando evitar dilações indevidas e a distribuição desigual do ônus do tempo no curso do processo.

A tutela jurisdicional é tempestiva<sup>44</sup> quando preenchidos e observados os prazos processuais, de modo a garantir o devido processo legal, bem como o fiel cumprimento aos direitos subjetivos das partes, sem que isso ocasione dilações indevidas à razoável duração do processo.

---

<sup>44</sup> No sentido do texto: “(...) é tempestiva a tutela jurisdicional quando os prazos legalmente prefixados para o trâmite e instrução do processo, concebidos em vista das circunstâncias de fato da demanda, do direito a ser protegido, do contraditório e da ampla defesa, são cumpridos pelas partes e pelo órgão jurisdicional.” Fernando da Fonseca Gajardoni, Os reflexos do tempo no Direito Processual Civil (uma breve análise da qualidade temporal do processo civil brasileiro e do europeu), São Paulo, *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, Ano 4, número 1, janeiro/junho 2003, p. 77.

### 2.3. O DUPLO GRAU COMO PRINCÍPIO IMPLÍCITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A doutrina, por vezes, tem ressaltado a natureza do duplo grau como sendo princípio constitucional. Acrescenta, ainda, que o substrato principiológico decorre do sistema jurídico. Portanto, trata-se de regra implícita na Constituição.<sup>45</sup>

Nessa toada, assevera Aline Araújo Passos “(...) o mencionado princípio possui, sim, natureza constitucional, tratando-se de princípio processual implícito, o qual decorre do princípio do Estado de Direito, do princípio do acesso à justiça e do devido processo legal, já que possibilita a revisão das decisões judiciais por órgão hierarquicamente superior. Nessa perspectiva, traz maior segurança jurídica para os jurisdicionados e autoriza o controle interno, pelo Judiciário, de suas próprias decisões, o que viabiliza seguramente o alcance de uma tutela estatal mais justa.”<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Djanira Maria Radamés De Sá, *Duplo Grau de Jurisdição*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 99 e ss, Ricardo Procópio Bandeira de Melo, *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 8*, Princípio do Duplo Grau de Jurisdição: Garantia Constitucional, Extensão e Algumas Notas Sobre o § 3º do Art. 515 do CPC, São Paulo, RT, 2005, p. 661 e ss, Aline Araújo Passos, *Duplo Grau de Jurisdição: Compreensão Constitucional do Princípio e Análise do Tema Sob a Perspectiva das Reformas Introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei 10.352/01 Tese PUC/SP*.

<sup>46</sup> Op. cit. p. 143.

Explica Djanira Maria Radamés de Sá que a previsão do duplo grau de jurisdição está ausente na grande maioria dos países de origem democrática ou daqueles desenvolvidos.<sup>47</sup>

A propósito do tema, ressalta Taruffo “(...) *principio del doppio grado di giurisdizione, del resto, oltre a non trovare inderogabile garanzia costituzionale nel nostro ordinamento, né specificamente nel sistema processuale, postula soltanto che una domanda o una questione venga sucessivamente proposta a due giudici di grado diverso e non pure che essa venga effettivamente da entrambi.*”<sup>48</sup>

Estabelecendo os contornos constitucionais do duplo grau em nosso ordenamento jurídico Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda ensinam “*O princípio do duplo grau de jurisdição, enquanto consectário do devido processo legal, consiste, em linhas gerais, na possibilidade de provocar o reexame da matéria apreciada e decidida, isto é, de pleitear, mediante a*

---

<sup>47</sup> Diz a mesma autora “Das mais de quarenta Constituições analisadas pôde-se depreender que a garantia do devido processo legal é recepcionada quase que unanimemente pelas ordens jurídicas das nações dos mais diversos matizes. Está presente, por exemplo, nas Cartas Políticas da Alemanha, Angola, Uruguai, Argentina, Panamá, Iraque, Marrocos, Congo, Coréia do Sul, Omã, Espanha e, naturalmente, Estados Unidos. Já a expressa previsão do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional merece atenção especial. Ausente das Constituições da grande maioria dos países de tradição democrática, ou daqueles grandemente desenvolvidos, é maciçamente recepcionado pelas Cartas Magnas das recém-criadas e que, principalmente, viveram longo tempo sob regime de opressão. Assim, o duplo grau de jurisdição encontra-se enunciado como garantia constitucional na Rússia, Chechênia, Estônia, Macedônia, Polônia, Eslovênia, Angola, Croácia e Bielorrússia. Das nações que não se incluem nesse bloco, somente o Chile, Irã, Austrália, Nova Zelândia, Finlândia e Dinamarca contemplam a garantia em suas Constituições. China e Cuba, por razões óbvias, não prevêm sequer a existência do devido processo legal, daí decorrendo a ilação de que inexistente garantia ao reexame das sentenças nesses países. Também a grande maioria dos países cujas Constituições foram examinadas não estabelece em seu texto a competência dos tribunais, como o faz a Carta Magna brasileira, remetendo à legislação ordinária a organização de sua Justiça. Nessa categoria encontram-se Uruguai, Marrocos, Madagascar, Índia, Coréia do Sul, África do Sul, Espanha e Portugal. Outros nem mesmo mencionam os tribunais, estabelecendo que sua criação se faz mediante leis ordinárias. Tal é o caso da Argentina, do Panamá, de Cuba, Kuwait, Taiwan e Japão.” *Duplo Grau...*, p. 103 e 104.

<sup>48</sup> Tradução livre: (...) princípio do duplo grau de jurisdição, de resto, além de não constituir uma inderogável garantia constitucional em nosso ordenamento, e nem especificamente no sistema processual, postula apenas que um pedido ou uma questão seja sucessivamente proposta a dois juízes de grau diverso e não somente que esse (pedido) venha ser efetivamente julgado por ambos. Carpi Taruffo, *Commentario breve al Codice Di Procedura Civile – Complemento Giurisprudenziale*, Padova, CEDAM, 2002, p. 354.

*interposição de um recurso (o adequado, segundo as normas constantes da legislação infraconstitucional), novo julgamento, por órgão hierarquicamente superior.”*

Prosseguem, ainda, os mesmos autores “(...) *princípio, como dito, não está expressamente previsto na Constituição Federal. A previsão é implícita e decorre do fato de a Magna Carta ter mencionado a existência de tribunais (art. 92 e seguintes da Constituição Federal). Por essa razão, a aplicação desse princípio não é ilimitada, ou seja, pode o legislador infraconstitucional restringir o cabimento dos recursos e suas hipóteses de incidência (por exemplo: 1. na hipótese do art. 34 da Lei 6.830/80, que trata da oposição dos embargos infringentes na execução fiscal para o próprio órgão que prolatou a decisão impugnada dependendo do valor da causa; 2. decisões irrecuráveis da justiça do trabalho – arts. 893 ss da CLT; 3. impossibilidade de interposição de recurso contra decisão que releva a pena de deserção na forma do parágrafo único do art. 519 do CPC, sem ferir a Constituição Federal.*”<sup>49</sup>

No Brasil, a Constituição Federal não prevê de forma expressa a existência do duplo grau de jurisdição, o que, aliás, fez com outros princípios.<sup>50</sup>

O recurso especial, cabível nas causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos

---

<sup>49</sup> Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda, *Processo Civil Recursos*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 23.

<sup>50</sup> Nesse passo: Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 84; Oreste Laspro, *Duplo Grau...*, p. 20-21; Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil I*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 260. Segundo os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery “(...) consiste na possibilidade de impugnar-se a decisão judicial, que seria reexaminada pelo mesmo ou outro órgão de jurisdição. Não é ilimitado, podendo a lei restringir o cabimento de recursos e suas hipóteses de incidência.” *Código de Processo Civil Comentado*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2003 p. 847.

Estados, do Distrito Federal e Territórios, não garante de forma inderrogável o direito à revisão de todo provimento jurisdicional proferido pelo juiz de primeiro grau.

Daí por que entendemos que a previsão de interposição de recursos aos tribunais superiores não transforma o duplo grau em garantia absoluta.

Em abono, aliás, a Constituição Federal não exige, como requisito de cabimento para recurso extraordinário, ter a decisão sido proferida por tribunal.

Por outro giro, o art. 108, II, da Lei Maior, malgrado prever a competência dos Tribunais Regionais Federais para julgar em grau de recurso as causas decididas pelos juízes federais, não garante de modo absoluto o direito de apelação contra toda e qualquer decisão proferida em primeiro grau, pois “(...) a Constituição em vigor incentivou o legislador ordinário a restringir o direito de apelação. Com efeito, a Carta Política anterior determinava que o recurso extraordinário somente fosse admissível contra as decisões de Tribunal, o que, sem dúvida, impedia o acesso aos Tribunais Superiores a fim de discutir as questões constitucionais e relativas à legislação federal. Ao ampliar o seu cabimento contra qualquer decisão, a Constituição tacitamente admitiu que a supressão do direito de apelar não ofende o direito ao devido processo legal, na medida em que garantido está o acesso à mais alta Corte, a fim de proteger os direitos fundamentais.”<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Oreste Laspro, *Duplo Grau...*, p. 159. No mesmo sentido: Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Manual do Processo de Conhecimento*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2003, p. 523.

A necessidade de cumprimento à regra do devido processo legal não torna imprescindível a existência do duplo grau, visto que, por opção política, podemos ter um processo que preencha aquela regra sem que exista a previsão do princípio.

Nessa linha de pensamento, a questão da garantia do duplo grau nem sempre corrobora com uma eficiente solução da prestação jurisdicional, uma vez que posterga a efetividade do processo.

Como acentua Oreste Laspro, *“É possível, pois, se concluir ser melhor restringir os meios recursais e atingir, em um menor espaço de tempo, a certeza jurídica e a efetividade do processo que proporcionar inúmeras etapas de impugnação, com objetivo de alcançar, em tese, a verdade sobre os fatos, ainda que sejam congestionadas as vias de acesso aos tribunais com um volume gigantesco de demandas.”*<sup>52</sup>

Aliás, no conceito de devido processo legal não há necessidade da existência do duplo grau, não constituindo elemento obrigatório de formação, mas sim a garantia de controle judicial das decisões.<sup>53</sup>

Daí concluir Marinoni, *“Quando a Constituição afirma que estão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com recursos a ela inerentes, ela não está dizendo que toda e qualquer demanda em que é assegurada a ampla defesa deva sujeitar-se a uma revisão ou a um duplo juízo. Os recursos nem sempre são inerentes à ampla defesa; nos casos em que não é razoável a previsão de um duplo juízo sobre o mérito, como nas hipóteses das*

---

<sup>52</sup> Op. cit. p. 96.

<sup>53</sup> Nesse sentido: Oreste Laspro, *Duplo Grau...*, p. 96; Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito...*, p. 214, 260 e 261.

*causas denominadas de ‘menor complexidade’ - que sofrem os efeitos benéficos da oralidade -, ou em outras, assim não definidas, mas que também possam justificar, racionalmente, uma única decisão, não há inconstitucionalidade na dispensa do duplo juízo.”<sup>54</sup>*

Essas mitigações ao duplo grau têm por propósito atender a efetividade do direito de ação, de forma a assegurar o princípio constitucional da razoável duração do processo, assegurando os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

De qualquer modo, o sistema processual oferece mecanismos que atendem àquele princípio, isto é, são verdadeiras válvulas que proporcionam maior agilidade ao sistema processual, como, por exemplo: os casos de competência originária; hipóteses de vedação ou limitação recursal; julgamento imediato pelo tribunal na hipótese do parágrafo terceiro do art. 515 e; também, os arts. 14, 273, 461, 461-A do Código de Processo Civil.

Nessa toada, assevera Observa Mauro Capeletti *“Naturalmente existe todavía quien, de buena o de mala fe, piensa en la apelación y el ‘doble grado de jurisdicción’ como en una importante garantía procesal, tal vez una garantía de libertad, incluso algo absoluto e insuprimible. Es indudable que esta concepción no resiste una crítica seria y desprejuiciada. Por un lado, la apelación como juicio de novo lleva a esa perniciosa desvalorización del juicio del primer grado ya mencionada. Por otro lado, ningún ordenamiento, ni en Italia ni en cualquier otro país – tanto menos en Francia, donde la idea del ‘double degré de juridiction’ parece sin embargo estar particularmente arraigada – considera el doble grado de jurisdicción*

---

<sup>54</sup> *Manual do Processo...*, p. 523.

*como una garantía constitucional, o sea protegida como una garantía fundamental e inderogable. Al contrario, las revocaciones existen, son frecuentes y, ni siquiera de hacerdo adrede, se refieren con bastante frecuencia a las causas de menor valor (...).”<sup>55</sup>*

E, em senso análogo, conclui Marinoni, ao sintetizar a importância do princípio acesso à justiça “(...) é correto afirmar que o legislador infraconstitucional não está obrigado a estabelecer, para toda e qualquer causa, uma dupla revisão em relação ao mérito, principalmente porque a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV, garante a todos o direito à tutela jurisdicional tempestiva, direito este que não pode deixar de ser levado em consideração quando se pensa em ‘garantir’ a segurança da parte através da instituição da ‘dupla revisão’.”<sup>56</sup>

O Poder Judiciário não pode protelar indevidamente a prestação jurisdicional buscada pelos interessados, sob pena de violação dos princípios do acesso à justiça e da razoável duração do processo.

Por esse motivo, o legislador deve assegurar mecanismos que garantam, efetivamente, primazia àquele princípio de origem constitucional. De nada vale a função legislativa se ausente o propósito na obtenção de resultados justos buscados na tutela jurisdicional.

Esquecer tal comando significa, em última instância, legitimar uma pálida e lenta prestação jurisdicional, que não contribui em nada aos reclamos de justiça buscados pelas partes.

---

<sup>55</sup> *Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano in Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires, Ejea, 1974, p. 279.

<sup>56</sup> *Op. cit.* p. 528.

Diante dessa inexorável realidade, o legislador constitucional promulgou a Emenda Constitucional nº 45, estabelecendo: “*a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*” (art. 5º, LXXVIII).

A prestação jurisdicional tardia em nada contribui para a efetivação da tutela jurisdicional, pois aumenta o sentimento de incerteza das partes que batem às portas do Poder Judiciário.

Em síntese, podemos concluir que o duplo grau de jurisdição é princípio implícito que decorre de nosso sistema constitucional, podendo ser extraído da cláusula do devido processo legal e pela existência de tribunais que prevêm competência recursal.

Contudo, tal princípio pode ser limitado pelo legislador ordinário, fundamentando-se em elementos de política legislativa e escolhas (certeza jurídica e interesse público) que irão nortear a atividade jurisdicional.

É por meio de seleções que acomodem valores desejados pela sociedade que o duplo grau revela sua importância e razão de existência num Estado Democrático de Direito.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> No sentido do texto: “Isso significa que todo movimento de agilização encontra limites legitimamente intransponíveis, que levam o construtor do sistema a conformar-se com o racional equilíbrio possível entre duas exigências antagônicas, a saber: de um lado a celeridade processual, que tem por objetivo proporcionar a pacificação tão logo quanto possível; de outro, a ponderação no trato da causa e das razões dos litigantes, endereçada à melhor qualidade dos julgamentos. São dois valores conhecidos o da segurança das relações jurídicas, responsável pela tranquilidade que sempre contribui para pacificar (e isso aconselha a celeridade); e o da justiça nas decisões, que também é inerente ao próprio escopo fundamental do sistema processual (pacificar com justiça).” Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil I*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 160.

O Supremo Tribunal Federal, em regra, tem sustentado, em suas decisões acerca do duplo grau de jurisdição, a inexistência de previsão como princípio constitucional, haja vista que não foi expressamente incluído na Constituição Federal.

Nesse sentido, é o entendimento do Pretório Excelso:

*“Depósito, para recorrer administrativamente, do valor correspondente a, no mínimo, trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão recorrida. – Inexistem as alegadas ofensas aos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição. – Com efeito, em casos análogos ao presente, relativos à exigência do depósito da multa como condição de admissibilidade do recurso administrativo, esta Corte, por seu Plenário, ao julgar a ADI 1.049 e o RE 210.246, decidiu que é constitucional a exigência desse depósito, não ocorrendo ofensa ao disposto nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Carta Magna, porquanto não há, em nosso ordenamento jurídico, a garantia ao duplo grau de jurisdição (...) Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 346882/RJ – Rio de Janeiro, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento 05/11/02 - 1ª Turma, DJ 07/02/2003, p. 46).”<sup>58</sup>*

*“Constitucional. promotor de justiça. crimes dolosos contra a vida. competência do tribunal de justiça. matéria fática. súmula 279 – STF. prequestionamento. princípio do duplo grau de jurisdição. I- O exame da controvérsia, em recurso extraordinário, demandaria o reexame do conjunto*

---

<sup>58</sup> No mesmo sentido: “Acórdão que, em ação penal originária, condenou o recorrente com base na prova dos autos. pretensão de reexame da matéria de fato. duplo grau de jurisdição. Questão insuscetível de ser apreciada ante a impossibilidade de reexaminar-se em sede extraordinária a matéria de fato, ainda que em processo criminal de competência originária do Tribunal de Justiça, não sendo o duplo grau de jurisdição uma garantia constitucional (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) Agravo regimental desprovido. (AI 248.761 AgR/RJ – Rio de Janeiro, Rel. Min. Ilmar Galvão – julgamento 11/04/00 – 1ª Turma, DJ 23/06/2000, p. 10).”

*fático – probatório trazido aos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 279 – STF. II. Ausência de prequestionamento das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário. III- A alegação de ofensa ao inciso LIV do art. 5º, CF, não é pertinente. O inciso LIV do art. 5º, CF, mencionado, diz respeito ao devido processo legal em termos substantivos e não processuais. Pelo exposto nas razões de recurso, quer a recorrente referir-se ao devido processo legal em termos processuais, CF, art. 5º, LV. Todavia, se ofensa tivesse havido, no caso, à Constituição, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E, conforme é sabido, ofensa indireta à Constituição não autoriza a admissão do recurso extraordinário. IV- Não há, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. Agravo não provido. (AI 513044 AgR/SP – São Paulo, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento 22/02/2005 – 2ª Turma, DJ 08/04/2005, p. 31).”*

Dessa forma, podemos concluir que o Supremo Tribunal Federal não reconhece o duplo grau como princípio expresso em nosso ordenamento, ou seja, como garantia absoluta às partes.

É preciso ressaltar, aliás, que, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, o Pacto de São José da Costa Rica, incorporado em nosso ordenamento jurídico como lei ordinária (posição majoritária do Supremo Tribunal Federal), poderá adquirir *status* de emenda constitucional, desde que aprovado em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos de votos dos respectivos membros, conforme parágrafo terceiro do art. 5º da Constituição Federal.

### 3. O DUPLO GRAU E OS RECURSOS

#### 3.1. ASPECTOS GERAIS

Os recursos são meios utilizados para correção de eventuais erros existentes nas decisões proferidas no processo.

É medida que se estabelece para garantia das pretensões deduzidas em juízo de acordo com certos requisitos legais.

A instituição dos recursos fundamenta-se na probabilidade de ocorrência de erros nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, bem como na satisfação do direito subjetivo e processual almejado pelas partes.

O recurso é utilizado para uniformizar a aplicação do direito, evitando a permanência de julgados díspares em face de casos idênticos.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Na lição de Ernane Fidélis dos Santos, decisões diferentes de casos análogos podem provocar desprestígio do Judiciário, o que não é aconselhável. *O controle da constitucionalidade das leis e atos normativos* – Direito processual constitucional, RT, 661/29.

### 3.1.1. CONCEITO E FUNDAMENTOS DO RECURSO

O Código de Processo Civil não estabeleceu um sentido para definição de recurso, ao contrário do que ocorre com alguns institutos processuais como é o caso, por exemplo, da conexão, litispendência e coisa julgada.

Os recursos são disciplinados, grosso modo, no artigo 496 que prevê os seguintes meios de impugnação, a saber: a) apelação; b) agravo; c) embargos infringentes; d) embargos de declaração; e) recurso ordinário; f) recurso especial; g) recurso extraordinário; h) embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

De forma ampla, constitui recurso todo remédio jurídico-processual que pode ser interposto para defender alguma pretensão. Nesse sentido, abrange o direito de ação, a contestação, a reconvenção e as exceções.

Já em sentido estrito e à luz do direito brasileiro pode ser definido como sendo “(...) meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão processual impugnada.”<sup>60</sup>

É forma utilizada para atacar a decisão judicial que ocorre na mesma relação processual e não em outra.

---

<sup>60</sup> Nelson Nery Junior, *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2004, p. 212.

Não discrepa Barbosa Moreira ao assinalar que a impugnação ocorre “(...) dentro do mesmo processo, não necessariamente dos mesmos autos. A interposição do agravo por instrumento dá lugar à formação de autos apartados; bifurca-se o procedimento, mas o processo permanece uno, com a peculiaridade de pender, simultaneamente, no primeiro e no segundo grau de jurisdição.”<sup>61</sup>

O poder de recorrer deflui do direito de ação exercido dentro do mesmo processo, desde que observados determinados pressupostos recursais, isto é, os seguintes requisitos de admissibilidade: a) cabimento; b) a legitimação para recorrer; c) o interesse em recorrer; d) a tempestividade; e) o preparo; f) a regularidade formal; g) inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.

Por outro vértice, a interposição de recurso pode caracterizar-se como ônus processual consubstanciado na satisfação de um interesse próprio.

Como lembra Gilson Delgado Miranda “Fala-se, em linha genérica, que a legitimação é uma conseqüência da situação que envolve a parte. Essa legitimação, aliás, ao que parece, decorre exatamente do interesse em provocar o órgão jurisdicional para o reexame da decisão. Tanto é assim que não se pode aplicar isoladamente o art. 499 do CPC para a admissão do recurso, pois nem toda parte pode recorrer. O interesse, aqui, é caracterizado em razão do gravame, prejuízo, sucumbência. Em outros termos, a parte que

---

<sup>61</sup> Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 233.

*não suportou qualquer prejuízo não poderá recorrer, porquanto o recurso é um ônus carregado apenas àquele vencido, total ou parcialmente.”*<sup>62</sup>

Sob o prisma do duplo grau, *“Tradicional é a correlação que se estabelece entre o instituto do recurso e o princípio do duplo grau de jurisdição, segundo o qual as lides ajuizadas devem submeter-se a exames sucessivos, como garantia de boa solução.”*<sup>63</sup>

O sistema recursal é bastante complexo em razão da quantidade de recursos cabíveis. Para estudar os efeitos do duplo grau devemos passar em revista aos recursos acima expostos.

### 3.1.2. O DUPLO GRAU E ALGUNS RECURSOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

O recurso de apelação é admitido nas hipóteses de sentenças terminativas ou definitivas. Tem por alvo garantir o reexame de todas as questões discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

---

<sup>62</sup> Gilson Delgado Miranda in *Código de Processo Civil Interpretado*, Coordenador Antônio Carlos Marcato, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2005, p. 1.580. No mesmo sentido: Nelson Nery Junior, *Teoria Geral dos Recursos...*, p. 234.

<sup>63</sup> Barbosa Moreira, *Comentários ao Código...*, p. 237.

Esse recurso é admitido não apenas no processo de conhecimento, isto é, de jurisdição contenciosa ou voluntária, mas também no processo cautelar e no de execução.

É por meio do recurso de apelação que se garante de forma mais nítida o duplo grau de jurisdição, pois possibilita o reexame por um outro órgão julgador da matéria de fato e de direito.

A sucumbência deve ser entendida como qualquer decisão apta a ocasionar prejuízo ou gravame à parte recorrente.<sup>64</sup>

A apelação é por excelência o meio pelo qual se realça a existência do duplo juízo. Tal recurso é cabível contra toda e qualquer sentença, desde que se amolde na dicção do artigo 162, § 1º do Código de Processo Civil.

Todavia, nem toda decisão que extingue a ação é atacada por recurso de apelação, é o que ocorre, por exemplo, com a decisão que extingue a ação declaratória incidental ou a que rejeita liminarmente reconvenção.

O legislador observou o critério topográfico para definir sentença e decisão interlocutória, isto é, a sentença põe fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição, ao passo que a decisão interlocutória é proferida no curso do procedimento. O critério usado pelo legislador foi o da finalidade do ato judicial e não da forma ou do conteúdo.

---

<sup>64</sup> Explica Nelson Nery Junior “Há sucumbência quando o conteúdo da parte dispositiva da decisão judicial diverge do que foi requerido pela parte no processo (sucumbência formal) ou quando, independentemente das pretensões deduzidas pelas partes no processo, a decisão judicial colocar a parte ou o terceiro em situação jurídica pior daquela que tinha antes do processo, isto é, quando a decisão produzir efeitos desfavoráveis à parte ou ao terceiro (sucumbência material), ou, ainda, quando a parte não obteve no processo tudo aquilo que poderia dele ter obtido. Como se pode notar, a sucumbência é aferível com base na soma de vários conceitos distintos. A tão-só desconformidade da decisão com os requerimentos formulados pelas partes não basta, por si só, para caracterizar a sucumbência.” (*Teoria Geral dos Recursos...*, p. 315-316).

Nessa esteira encontramos a posição de Teresa Arruda Alvim Wambier. Segundo o seu entendimento anterior à alteração legislativa, é de conteúdo a nota marcante da sentença, discordando da afirmação de que a sentença distingue-se das outras espécies de pronunciamentos judiciais pelo critério topográfico (finalidade).<sup>65</sup>

A Lei 11.232/2005 parece, numa primeira análise, ter adotado o conteúdo da sentença como elemento denotativo do provimento jurisdicional, visto que dispõe:

*“§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.”*

No entanto, entendemos que por meio de uma interpretação sistemática do código de processual civil, a nova mudança legislativa não modificou os critérios anteriormente utilizados para definir sentença e decisão interlocutória.

A nova redação dada ao parágrafo primeiro do art. 162 não deve ser interpretada de forma isolada, mas relacionada a todo o sistema processual. Desse modo, apenas examinando as normas conjuntamente é possível verificar o sentido de cada alteração.

Caso contrário, a mudança legislativa possibilitaria a conclusão de que a nova redação altera o critério topográfico utilizado para definição de sentença e decisão interlocutória.

---

<sup>65</sup> *Nulidades do processo e da sentença*, 4ª ed., São Paulo, RT, 1997, p. 24-26.

Assim, na hipótese de decisão proferida no curso do processo que se amolde à nova definição de sentença (...) *é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 (...)* seria desafiada por recurso de ‘apelação incidental’, o que não é admitido em nosso ordenamento jurídico.

Mesmo assim, haverá casos em que não se poderá afirmar seguramente se o ato do juiz está a extinguir ou não o processo.<sup>66</sup>

O princípio da fungibilidade recursal é aplicado desde que exista dúvida objetiva em razão de dissídio doutrinário e jurisprudencial sobre o cabimento de um ou outro recurso, não sendo suficiente a existência de simples dúvida subjetiva do recorrente.<sup>67</sup>

Como exemplo podemos citar algumas hipóteses em que se aplica o princípio da fungibilidade: “(...) *a) recurso contra a decisão a respeito do pedido de remição de bens, prevista no art. 790 do CPC como sentença, mas que tem natureza de decisão interlocutória, como decorre do art. 558; b) o recurso contra a decisão que, no curso da execução, decreta o usufruto de imóvel ou empresa, prevista no art. 718 do CPC, que a chama erroneamente de sentença; c) o recurso contra decisão que julga o incidente de falsidade,*

---

<sup>66</sup> Nesse passo: “A propósito do assunto, aliás, é preciso reconhecer que as dificuldades do operador do direito quase sempre recaem sobre a compreensão, propriamente dita, da definição legal de sentença. Os problemas surgem quando não se consegue perceber, com nitidez, se o ato concreto do juiz está a extinguir, ou não o processo. Na doutrina e na jurisprudência, muito se debateu, por exemplo, sobre a natureza do indeferimento liminar da reconvenção e a respeito da exclusão de litisconsorte, no decorrer do feito; e até hoje há controvérsia pertinente à decisão proferida na argüição de falsidade documental.” Nelton dos Santos *in Código de Processo Civil Interpretado*, Coordenador Antônio Carlos Marcato, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2005, p. 461.

<sup>67</sup> A propósito: “A adoção do princípio da fungibilidade exige sejam presentes: (a) dúvida objetiva sobre a qual o recurso a ser interposto; (b) inexistência de erro grosseiro, que se dá quando se interpõe recurso errado quando o correto encontra-se expressamente indicado na lei e sobre o qual não se opõe nenhuma dúvida; (c) que o recurso erroneamente interposto tenha sido agitado no prazo do que se pretende transformá-lo.” (STJ, REsp 6.602-0/CE, 1ª Turma, rel. Min. César Rocha, j. 25/10/1993 – Decisão: não conheceram do recurso, por votação unânime, RSTJ 58/209).

*chamada de sentença pelo art. 395 do CPC; d) recurso contra a rejeição liminar de reconvenção, de oposição, de declaratória incidental, de denunciação da lide etc.; e) o recurso contra a decisão de pedido de remoção de inventariante (art. 997 do CPC); f) o recurso contra a decisão que, no curso de execução por título extrajudicial, homologa cálculo do contador; g) o recurso contra decisão do incidente de exibição de documento; h) contra decisão que exclui litisconsorte do processo; etc.”<sup>68</sup>*

Há sentenças que não se subsumem ao comando do artigo 513 do Código de Processo Civil por apresentar regramento peculiar. Nesse contexto, podemos destacar a sentença proferida em execução fiscal de menos de 50 OTNs, da qual cabem embargos infringentes (art. 34 da Lei 6.830/80) e o recurso inominado previsto na Lei 9.099/95.

O recurso de agravo de instrumento é o recurso cabível contra decisão interlocutória, entendida como ato que no curso do processo resolve questão incidente.

Não cabe contra pronunciamento do juiz sem conteúdo decisório (despachos de mero expediente). O fundamento preponderante é o da natureza do pronunciamento e não o da denominação legal.

Desse modo, o agravo (gênero), de acordo com as regras estabelecidas nos arts. 522 a 529, pode ser interposto de duas maneiras, quais sejam: a) por instrumento; b) na forma retida.

Cabe ao agravante escolher qual a forma de interposição.

---

<sup>68</sup> Exemplos citados por Nelson Luiz Pinto (*Manual dos Recursos Cíveis*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 91).

No entanto, o sistema processual determina o uso do agravo retido nas hipóteses do art. 523, § 4º do CPC. Em outros casos, só existe interesse no agravo de instrumento, quais sejam: indeferimento de liminar ou pedido de ingresso como assistente; decisão que declara em que efeitos recebe o recurso de apelação; decisão que não admite recurso de apelação e decisão que defere ou indefere extração de carta de sentença.

O recurso do agravo, seja retido ou de instrumento, apresenta efeito apenas devolutivo, isto é, limitado à questão decidida pelo pronunciamento contra o qual se recorreu. Não suspende o andamento do processo nem a eficácia da decisão impugnada, de forma a produzir efeitos desde logo.

Contudo, o efeito suspensivo pode ser requerido pelo agravante nos termos do art. 558 do CPC: *“O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.”*<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> No sentido do texto: “(...) a concessão do excepcional efeito suspensivo só poderá se dar naquelas hipóteses em que a decisão recorrida tiver conteúdo positivo e, portanto, dela decorrerem efeitos imediatos. Tratando-se, porém, de decisão interlocutória de conteúdo negativo, como, por exemplo, aquela que nega pedido de liminar, não haverá logicamente que se falar em atribuição de efeito suspensivo. Para esses casos, consolidou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a parte vencida, ao interpor o agravo de instrumento, poderá requerer ao relator atribuição de efeito ativo, ou seja, que o relator liminarmente conceda a pretensão indeferida pela decisão agravada, antecipando-se assim os efeitos da tutela recursal, por aplicação isonômica do disposto no art. 558, bem como por aplicação do disposto no art. 273 (...).” Nelson Luiz Pinto *in Código de Processo Civil Interpretado*, Coordenação Antônio Carlos Marcato, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2005, p. 1.723

No tocante ao agravo retido, com relação ao seu efeito, “*trata-se de recurso de efeito devolutivo impróprio ou imperfeito, porque seu conhecimento depende de outro recurso, no caso a apelação.*”<sup>70</sup>

Essas modalidades de agravo garantem o duplo grau de jurisdição<sup>71</sup> na medida em que são “(...) *verdadeiro complemento da apelação, pois o asseguram para aquelas questões que devem ser impugnadas imediatamente, após serem decididas no processo, sob pena de não o poderem ser em apelação à vista de preclusão, a menos que se trate de matéria de ordem pública (§ 3º, art. 267).*”<sup>72</sup>

A forma de interposição do agravo sob uma ou outra modalidade era escolhida pelo agravante.

No entanto, a Lei 11.187/2005<sup>73</sup>, que conferiu nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, estabeleceu por

---

<sup>70</sup> Vicente Greco Filho, *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 310.

<sup>71</sup> A propósito: Aline Araújo Passos afirma “Não estaria, assim havendo frontal violação ao princípio do duplo grau se o sistema processual civil pátrio tivesse adotado o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias em separado (decorrente do princípio da oralidade), tal como ocorre nos Juizados Especiais Cíveis e nos processos trabalhistas, desde que assegurada a ampla impugnação das decisões interlocutórias ao final, com a revisão da sentença pelo “recurso de apelação”, ou a possibilidade de contrariá-las através de mecanismos autônomos, como se dá com o mandado de segurança. Por esses motivos é que não vislumbramos o recurso de agravo como sendo de indispensável previsão para que se assegure a aplicação do duplo grau de jurisdição.” *Duplo Grau de Jurisdição...*, p. 99-100.

<sup>72</sup> Oreste Nestor de Souza Laspro, *Duplo Grau...*, p. 162.

<sup>73</sup> Conforme constou da exposição de motivos que resultou na aprovação da presente lei “(...) 2. Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço da prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa. 3. De há muito surgem propostas e sugestões, nos mais variados âmbitos e setores, de reforma processual civil. Manifestações de entidades representativas, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juizes Federais do Brasil, de órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo são acordes em afirmar a necessidade de alteração de dispositivos do Código de Processo Civil e da Lei de Juizados Especiais, para conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade que atualmente caracteriza a atividade em questão. 4. A proposta tem por escopo de alterar a sistemática de agravos, tornando regra o agravo retido, e reservando o agravo de instrumento para as decisões suscetíveis de causar à parte lesão grave e de

determinação legal e como regra geral o regime retido, salvo nas hipóteses de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.<sup>74</sup>

Nos casos de lesão, *“Impende verificar, isto sim, se o gravame (alegadamente) sofrido pela parte, por sua natureza e efeitos, comporta um regime de espera pela futura apelação, e se, caso provido pelo tribunal, o decurso do tempo não fará desaparecer a possibilidade de ainda eficaz reparação do dano causado. Ou seja: se o recurso mantém sua capacidade de reparação do gravame.”*<sup>75</sup>

A teor do novo parágrafo terceiro do art. 523, das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo retido a ser interposto na forma oral, tornando um dever e não simples opção da parte.<sup>76</sup>

---

difícil reparação, e outras especificadas na redação proposta da alínea “b”, do § 4º do art. 523 do Código de Processo Civil.” Exposição de Motivos do PLC 72/2005.

<sup>74</sup> A propósito: “(...) a ausência de pronta apreciação de agravo de instrumento em que se discute pedido de quebra de sigilo bancário, feito no intuito de que a execução fiscal seja garantida pela penhora de numerário eventualmente encontrado na conta-corrente do executado, pode redundar em insucesso na busca de bens. Sem bens em garantia, o processo executivo fica suspenso, não recebendo sentença ou apelação. Assim, a apreciação do agravo na forma retida restaria impossibilitada.” ( REsp 670485/PR, STJ, 2ª Turma, rel. Eliana Calmon, j. 13/09/2005, DJ 03/10/2005).

<sup>75</sup> Athos Gusmão Carneiro, Do Recurso de Agravo Ante a Lei 11.187/2005 in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 10*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2006, p. 45.

<sup>76</sup> No caso do texto em comentário Flávio Luiz Yarshell afirma que “(...) a atribuição do ônus – e não mera faculdade – de a parte interpor agravo oralmente em audiência. Se o recurso sabidamente não tem eficácia suspensiva do processo, qual a utilidade da alteração? Na verdade, foi suprimido o tempo da parte para elaborar o recurso, mas, em troca, não há rigorosamente nenhum ganho quanto à duração do processo. O legislador identifica o problema mas erra o alvo.” Alterações nas regras que disciplinam o agravo de instrumento: primeiras impressões in *Revista do Advogado*, Ano XXV, nº 84, São Paulo, 2005, p. 57.

Em nosso sentir, entendemos ser possível a aplicação da nova regra nas decisões interlocutórias proferidas, por exemplo, em audiência preliminar.<sup>77</sup>

Outra modificação se refere à decisão do relator que converte o agravo de instrumento em agravo retido, constituindo uma obrigação e não mais prevendo a faculdade de convertê-lo ou não.

A nova determinação reflete uma maior preocupação com a celeridade dos julgamentos, visto que apenas é admitido agravo de instrumento nos casos suscetíveis de causar lesão grave e de difícil reparação à parte, bem como nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida.<sup>78</sup>

Essa decisão liminar do relator sobre a conversão do recurso não é mais passível de ser impugnada por meio de agravo dirigido ao colegiado competente, cabendo somente sua reforma no momento de julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar, conforme parágrafo único do art. 527 do Código de Processo Civil.

A intenção do legislador foi a de restringir o cabimento de recurso. Porém, há situações em que, negado o efeito suspensivo ou o ativo,

---

<sup>77</sup> Nesse passo: Athos Gusmão Carneiro, *Do Recurso de Agravo Ante a Lei 11.187/2005 in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 10*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2006, p. 41; Antônio Notariano Jr. e Gilberto Gomes Bruschi, *Agravo contra as Decisões de Primeiro Grau*, São Paulo, Método, 2006, p. 58 e 59.

<sup>78</sup> Em sentido contrário: “(...) o que se conclui é que as alterações aprovadas, aqui examinadas em primeira impressão, não trazem contribuição relevante para o aperfeiçoamento do sistema recursal e, portanto, para a prestação jurisdicional. Pelo contrário, as incertezas resultantes do texto legal podem dificultar ainda mais os trabalhos realizados pelos órgãos colegiados, no julgamento dos recursos de agravo.” Luiz Flávio Yarshell, *Alterações nas regras que disciplinam o agravo de instrumento: primeiras impressões in Revista do Advogado*, Ano XXV, nº 84, São Paulo, 2005, p. 63.

somente é possível a reforma no momento do julgamento, vale dizer, o prejuízo ocasionado com a decisão do relator se prolonga no tempo.

Também só poderá ser revista no momento do julgamento do agravo, salvo reconsideração, a decisão do relator que converte o agravo de instrumento em retido

Em nosso sentir, pensamos que essas decisões podem ser desafiadas por meio de mandado de segurança, pois *“Suponha-se, porém, que a decisão do relator no agravo de instrumento seja desprovida de fundamentação (v.g., o relator concede ou nega efeito suspensivo) e não haja previsão de agravo regimental. Ou, então, que a tutela antecipada seja concedida na sentença e o tribunal não venha admitir o agravo. Ou, ainda, que o juiz resolva conceder a tutela antecipada após a sentença. Nesses casos, presente o receio ou ameaça de lesão grave ou de difícil reparação, não há como afastar o cabimento do writ.”*<sup>79</sup>

Existem outros agravos que refogem do regime estabelecido nos arts. 522 a 529 do Código de Processo Civil. São os denominados agravos internos.

A semelhança é somente nominal, vez que não há identificação nem quanto ao procedimento e nem quanto ao prazo.

---

<sup>79</sup> João Batista Lopes, *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo, 2001, p. 139. Nesse sentido: Antônio Notariano Jr. e Gilberto Gomes Bruschi, *Agravo contra as Decisões de Primeiro Grau*, São Paulo, Método, 2006, p. 108-109; Athos Gusmão Carneiro *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 10*, p. 48; Manoel Caetano Ferreira Filho *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 10*, p. 327 e 328; Luis Guilherme Aidar Bandioli *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 10*, p. 257 e 258. Contra: Gustavo Felipe Barbosa Garcia *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 10*, p. 149-150.

Como exemplos, podemos citar algumas hipóteses previstas em nosso ordenamento jurídico: “(...) a) agravo contra a decisão do relator que nega seguimento de recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em contrariedade com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º, do CPC); b) agravo contra a decisão do relator que dá provimento ao recurso se a decisão estiver em manifesta contrariedade com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º, do CPC); c) agravo contra a decisão que indefere o processamento dos embargos infringentes pelo relator do acórdão embargado (art. 532 do CPC); d) agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória de seguimento de recurso especial e/ ou recurso extraordinário (art. 544 do CPC); e) agravo interposto contra a decisão denegatória de recurso especial ou extraordinário; f) agravo contra a decisão do relator que, ao julgar o agravo de instrumento, dá provimento aos recursos extraordinário e especial, isto se o acórdão recorrido estiver em desacordo com súmula ou jurisprudência dominante do tribunal (art. 545 do CPC); g) agravo contra a decisão do relator do conflito de competência que o decide de plano com base em jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada (art. 120, parágrafo único, do CPC); h) agravo contra a decisão do relator que decide pela conversão do agravo de instrumento em agravo retido (art. 527, II, do CPC, com a redação da Lei nº 10.352/01).”<sup>80</sup>

De outra banda, há ainda outros agravos previstos em leis especiais, como é o caso da Lei de Ação Civil Pública (art. 12, § 1º); Lei 4.348/64 (art. 4º) e art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

---

<sup>80</sup> Exemplos citados por Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda, *Processo Civil Recursos*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 87.

Não é possível o duplo grau de jurisdição na hipótese de agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou recurso especial, pois apenas visa garantir o processamento desses recursos constitucionais.<sup>81</sup>

Já os embargos infringentes<sup>82</sup> têm por base a falta de unanimidade na decisão do órgão julgador e por finalidade a prevalência do voto vencido sobre o voto vencedor.

É cabível para a impugnação dos acórdãos proferidos no julgamento de apelação ou em ação rescisória. Quanto ao seu conteúdo, a unanimidade deve ser apurada pela desigualdade de conclusões e não de fundamentações.

Atualmente, com a nova redação dada ao art. 530 (Lei 10.352/2001), somente se admitem os embargos infringentes se compreenderem julgamento em determinado sentido.

De acordo com o novo artigo, os embargos infringentes somente serão cabíveis se o julgamento não unânime tiver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória.

Assim não é mais suficiente que se trate de apelação, sendo necessário julgamento que reforme sentença de mérito, isto é, que o acórdão analise sentença de mérito e entenda que ela deva ser reformada por maioria de VOTOS.

---

<sup>81</sup> Conferir: Oreste Laspro, *Duplo Grau...*, p. 162. Contra: Aline Araújo Passos (*Duplo Grau de Jurisdição...*, p. 99).

<sup>82</sup> Vale lembrar que a expressão embargos pode apresentar diversos sentidos, como por exemplo, embargos à execução, ao pedido formulado em ação monitória, de terceiro, de declaração etc.

Em ação rescisória não é mais suficiente a exigência de julgamento não unânime, sendo exigível que esse seja de procedência.

O recurso de embargos infringentes não garante o duplo grau, pois sua interposição é feita em momento posterior ao recurso de apelação, etapa em que já se efetivou essa garantia.<sup>83</sup>

Convém esclarecer que os embargos infringentes são diferentes do modelo disciplinado no artigo 34 da Lei 6.830/80. Malgrado tenham o mesmo nome, os embargos infringentes da Lei de Execução Fiscal mais se assemelham a um pedido de reconsideração dirigido ao juiz da causa, não tendo relação alguma com a divergência de juízos no julgamento colegiado.

Portanto, o recurso previsto na Lei de Execução Fiscal somente é cabível para a impugnação de uma espécie de pronunciamento judicial diverso daquele que comporta os embargos infringentes previstos no Código de Processo Civil.

Ainda na Lei de Execução Fiscal, esse recurso constitui um verdadeiro óbice à garantia do duplo grau, na medida em que fixa um determinado valor e impossibilita a apelação.

Em sentido contrário, afirma-se que os embargos infringentes dirigidos ao próprio juiz prolator da sentença garantem o duplo grau de jurisdição, com base no princípio da concentração de instâncias.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> Nesse sentido: Oreste Laspro, Op. cit. p. 162.

<sup>84</sup> Gelson Amaro de Sousa, *Revista Forense*, Op. cit. n° 284 p. 475 e 476.

Os embargos de declaração são destinados ao juiz ou ao tribunal prolator de determinada decisão, para que afaste a contradição, obscuridade ou supra a omissão existente no julgado.

Questão polêmica se refere à natureza jurídica dos embargos de declaração.

Existem autores que sustentam não se tratar de recurso, argumentam que o seu objetivo não é a modificação do que foi decidido, mas apenas o esclarecimento de uma decisão contraditória ou obscura, por fim arguem que tal incidente não depende de preparo a tornar ausente um dos pressupostos processuais. Integrando tal posicionamento, encontramos: João Monteiro, Ada Pellegrini Grinover e Sérgio Bermudes.<sup>85</sup>

Em sentido contrário: Alcides de Mendonça Lima, Barbosa Moreira, Frederico Marques, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, Humberto Theodoro Junior, Ovídio Batista da Silva, Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda.<sup>86</sup>

Em reforço a tal entendimento, ressalta Marinoni “*A falta de exame do recurso por outro órgão jurisdicional não tolhe o caráter recursal, já que não é isso essencial à definição de recurso. Por outro lado, a função*

---

<sup>85</sup> João Monteiro (*Teoria do processo civil e comercial: programa do curso de processo civil*, 4, ed. Jornal do Brasil, 1925, vol. III, p. 616); Ada Pellegrini Grinover (*Direito processual civil*, 2ª ed., São Paulo, Bushatsky, 1975, p. 128); Sérgio Bermudes (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, p. 223-224).

<sup>86</sup> Consultar: Alcides de Mendonça Lima (*Introdução aos recursos cíveis*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1976, p. 209); Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol.V, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 540); Frederico Marques (*Manual de direito processual civil*, vol. III, São Paulo, 1975, p. 87-88); Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (*Código de Processo Civil Comentado*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2003 p. 924); Humberto Theodoro Junior (*Curso de Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. I, 41ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 560); Ovídio Batista da Silva (*Curso de Processo Civil*, vol. 1, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 421); Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda, *Processo Civil Recursos*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 109.

*complementar que têm os embargos de declaração também não pode ser menosprezada, uma vez que uma decisão obscura, omissa ou mesmo contraditória praticamente equivale à ausência (ou, pelo menos, à sua falta de fundamentação), já que não se pode alcançar sua extensão adequada, ou não se pode compreender as razões que levaram o órgão jurisdicional a determinado entendimento. Assim, os embargos de declaração devem ser considerados como um tipo de recurso.”<sup>87</sup>*

A falta de exame por outro órgão jurisdicional não é essencial para definição de recurso, pois sua previsão decorre de lei, nos termos do art. 496 do Código de Processo Civil.

Já em relação ao duplo grau, este não é observado nos embargos de declaração, pelo fato de serem dirigidos para o mesmo órgão prolator da decisão, não tendo por intuito reformar a decisão.<sup>88</sup>

Os embargos de divergência são cabíveis perante os tribunais superiores, sendo admitidos na hipótese de a Turma do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos recursos especial ou extraordinário, divergir de acórdão de outra Turma, da seção ou do órgão especial, de modo a superar a divergência interna dentro do tribunal.

Trata-se, portanto, de recurso cabível somente perante os órgãos de superposição da estrutura judiciária, com o propósito de eliminar

---

<sup>87</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Manual do Processo de Conhecimento*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2003, p. 572-573.

<sup>88</sup> Nesse passo, “(...) tais embargos não visam à reforma da decisão, esta, ainda que acolhidos aqueles, deverá se manter, em regra, intangível em sua subsistência, o que tem levado parte da doutrina a não lhes reconhecer a natureza de recurso. Contudo, como estão os embargos inseridos dentro do sistema recursal, como é da tradição do nosso Direito, não há como se concordar com a doutrina que pensa diferente.” Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda, *Processo Civil Recursos*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 109.

discordância interna dentro do tribunal, em especial, no trato de questões afetas à interpretação de normas constitucionais ou leis federais.

São, aliás, admissíveis na atual sistemática do direito processual civil: a) da decisão tomada em recurso especial que divergir de julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial; b) da decisão proferida em recurso extraordinário que divergir de julgamento da outra turma ou do plenário, nos termos do art. 546 do Código de Processo Civil.

Os embargos de divergência têm por intuito uniformizar a jurisprudência dos tribunais superiores. Seu procedimento é, em regra, idêntico ao dos embargos infringentes.

Por isso não garantem o duplo grau de jurisdição, uma vez que seu âmbito de incidência se cinge a questões de direito federal e constitucional, ou seja, a matéria agitada restringe-se somente às hipóteses legais.

### 3.1.3. O DUPLO GRAU E OS RECURSOS CONSTITUCIONAIS

O recurso ordinário constitucional apresenta similitude com o recurso de apelação. É dirigido aos tribunais superiores, admitindo o reexame da matéria de direito e de fato com amplo efeito devolutivo.

Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier, “(...) o recurso ordinário é uma espécie de ‘apelação’ entre aspas.” “A ratio essendi

*dessa assertiva e da própria existência do recurso ordinário assenta-se no princípio do duplo grau de jurisdição.*”<sup>89</sup>

O recurso ordinário permite que órgão *ad quem* realize o reexame da matéria, sem as limitações previstas nos recursos especial e extraordinário (prequestionamento).

Não obstante o recurso ordinário tenha como destinatário o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, tal fato não impõe qualquer restrição quanto à matéria alegada (fundamentação ampla).

A Lei Maior dispõe no seu artigo 102, II, que cabe recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal de decisão proferida no julgamento de: *habeas corpus*; mandado de segurança; *habeas data*; mandado de injunção, decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, quando denegatória a decisão.

Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar (artigo 105, II da CF): a) os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

---

<sup>89</sup> Luiz Orione Neto, *Recursos Cíveis*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 480.

Diz Oreste Laspro “(...) o recurso ordinário devolve ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça toda a matéria impugnada e discutida em primeiro grau, seja de fato, ou de direito, fazendo com que tenhamos duas decisões completas e válidas.”<sup>90</sup>

É um recurso que, grosso modo, faz às vezes da apelação, não é de “estrito direito” e não apresenta fundamentação vinculada, como ocorre com os recursos extraordinário e especial.

O recurso ordinário permite fundamentação ampla a comportar em seu bojo qualquer debate (de fato ou de direito), ao contrário dos demais que são destinados aos tribunais superiores que só têm cabimento dentro das rígidas hipóteses previstas na Constituição Federal.

Por apresentar grande similitude com a apelação, o recurso ordinário garante em nível constitucional o duplo grau de jurisdição.

Já o recurso especial e o extraordinário têm por intuito garantir a unidade do sistema federativo, de modo a assegurar que a lei federal e a Constituição Federal sejam corretamente aplicadas e interpretadas por todos os tribunais e juízes do país.

Apresentam como características comuns: a) prévio esgotamento das instâncias ordinárias; b) não visam à correção da injustiça da decisão recorrida; c) não servem para mera revisão da matéria de fato; d) apresentam juízo de admissibilidade desdobrado; e) possuem fundamentos de natureza constitucional; f) a execução que se faça na sua pendência é provisória.

---

<sup>90</sup> Op. cit. p. 156.

E estabelece o art.102, III da Constituição Federal, que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, por meio de recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo da Constituição Federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Por outro giro, prevê o art. 105, III da Constituição Federal, que cabe ao Superior Tribunal de Justiça julgar, por meio de recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Conforme já mencionado, esses recursos não admitem discussão de matéria de ordem fática, conforme entendimento cristalizado nas Súmulas 279 do Supremo Tribunal Federal e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Em virtude desse entendimento, não constitui objeto de apreciação, por exemplo, a discussão de cláusulas contratuais ou de questões que envolvam a reavaliação do campo probatório.

A finalidade desses recursos (extraordinário e especial) é proteger o sistema jurídico e não os interesses das partes, a não ser por via indireta.<sup>91</sup>

Outro requisito de admissibilidade relaciona-se com a exigência do prequestionamento da matéria objeto do recurso, sendo necessário que a questão federal tenha sido abordada no acórdão recorrido.<sup>92</sup>

Ensinam Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda “O prequestionamento implica a obrigatoriedade do debate a respeito da alegação contida no recurso, isto é, torna-se imperioso que a matéria tenha sido suficientemente<sup>93</sup> discutida a ponto de se construir tese sobre ela.”<sup>94</sup>

Nesse sentido, o Colendo Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

Diz a Súmula 211 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito de oposição de embargos de declaração, não foi apreciada pelo tribunal a quo.”

---

<sup>91</sup> Sobre a matéria ver: Ovídio Batista da Silva, *Curso de Processo Civil*, 7ª ed., v. 1, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 429.

<sup>92</sup> Como observa Nelson Luiz Pinto “(...) o prequestionamento da questão objeto do recurso extraordinário ou do especial é da própria natureza desses recursos e vem sendo exigido desde suas origens, inclusive no direito comparado, tendo sido consagrado pela Súmula nº 282 do STF, também aplicável no STJ.” in *Código de Processo Civil Interpretado*, Coordenação Antônio Carlos Marcato, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2005, p. 1.678. Em sentido contrário: José Miguel Garcia Medina, *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2005, p. 331 e 332.

<sup>93</sup> AI nº 181.091/SP, DJU 2/05/1996, p. 13.782, Seção I.

<sup>94</sup> Op. cit. p. 123.

Nessa esteira, recente entendimento sufragado na Súmula 320 do Superior Tribunal de Justiça: “*A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.*”

O Supremo Tribunal Federal não pode apreciar questão que nem sequer foi discutida nas instâncias ordinárias. As matérias suscetíveis de serem conhecidas de ofício dependem de prévio prequestionamento para serem objeto de recurso especial ou extraordinário.<sup>95</sup>

Explica Medina, “*Para a interposição dos recursos extraordinário e especial, importa que a questão constitucional ou federal esteja presente na decisão recorrida. Em consequência, aquilo que não tiver sido objeto de decisão não pode ser alvo do recurso. Essa regra aplica-se, inclusive, às hipóteses discriminadas nos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, porquanto constituem norma inferior, que não tem aptidão para derogar a Constituição Federal.*”<sup>96</sup>

O requisito do prequestionamento justifica-se à luz da Constituição Federal, pois exige que a causa esteja decidida nos termos dos arts. 102, III e 105, III.

---

<sup>95</sup> A propósito: “Embargos de declaração. Recurso especial. Art. 511 do CPC. Ausência de prequestionamento. 1. Não enfrentada no acórdão recorrido a questão jurídica relativa ao art. 511 do CPC, resta afastado o seu prequestionamento, impedido exame do seu mérito na via do recurso especial. 2. Mesmo as questões de ordem pública, examináveis de ofício, para serem objeto de julgamento nesta Corte em recurso especial, devem estar prequestionadas. 3. Embargos de declaração rejeitados.” (STJ, 3ª Turma, ED no REsp 450368/DF, rel. Min. Carlos Menezes Direito, j. 16/10/2003, v.u., DJ 15/12/2003, p. 303).

<sup>96</sup> José Miguel Garcia Medina, *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2005, p. 433. Contra: Rita Dias Nolasco, Possibilidade do Reconhecimento de Ofício de Matéria de Ordem Pública no Âmbito dos Recursos de Efeito Devolutivo Restrito *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 10*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2006, p. 488 e 489.

A Emenda Constitucional nº 45 estabeleceu um novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário ao dispor em seu art. 102, § 3º: *“No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”*

A alteração exige a presença das hipóteses constitucionais de cabimento e a demonstração de que a violação ao texto constitucional ocasione repercussões sociais ou jurídicas, de forma a não mais se circunscrever somente ao conflito de interesses entre os litigantes.

Essa modificação deverá restringir o âmbito das questões constitucionais. De fato, não é possível que cheguem ao Supremo Tribunal Federal questões envolvendo conflitos, como, por exemplo, discussões sobre a manutenção de animais em apartamento.<sup>97</sup>

Portanto, apenas as questões constitucionais que apresentem repercussão geral é que podem ser objeto de exame no Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário. No entanto, tal inovação dependerá de regulamentação por lei infraconstitucional para sua aplicação.

---

<sup>97</sup> No sentido do texto: Agravo de instrumento de decisão que inadmitiu RE interposto contra acórdão da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul: “Condomínio. Manutenção de animais (gatos) em apartamento. Norma permissiva imperante no edifício dos litigantes. Limitação do número de animais (dois) estabelecido pela sentença. Correção. Sentença confirmada. Recurso não provido.” O presente agravo é conexo com o AI 45887, conforme certidão de f. 125. Aquele recurso tinha por objetivo o processamento do mesmo recurso extraordinário destes autos. A decisão em que neguei provimento ao agravo citado transitou em julgado. Ainda quando se pudesse superar a duplicidade de agravos da mesma decisão, inviável o RE. A controvérsia foi dirimida com base nos fatos, nas normas convencionais do Condomínio e na prova produzida, insuscetíveis de reapreciação na via extraordinária (Súmula 279). E a questão processual, à vista da lei ordinária, cuja possível má interpretação, quando muito, poderia configurar ofensa indireta às garantias constitucionais invocadas (CF, art. 5º, LIV e LV), o que não viabiliza o RE, conforme pacífica jurisprudência do STF. Não conheço do agravo. (AI 455888/RS rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 03/11/2003, p. 93).

Controvérsia deverá surgir em relação ao exato significado da expressão contida no § 3º do art. 102, quando diz “(...) *o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso* (...)”

As questões de repercussão geral estão relacionadas de certa forma com os fatos de ordem econômica, social, política e jurídica.<sup>98</sup>

O recurso especial é interposto em face de acórdãos proferidos por tribunais (estadual ou federal).

Seu âmbito de devolutividade se cinge às questões de direito federal, de forma a impedir a reavaliação do quadro fático.

A sua devolução é incompleta, isto é, possui campo restrito, diferentemente do que ocorre com a apelação que permite fundamentação livre. O recurso especial só tem cabimento dentro das hipóteses constitucionalmente previstas.

Esse recurso não garante o duplo grau de jurisdição, na medida em que devolve somente ao órgão *ad quem* o exame da controvérsia a

---

<sup>98</sup> Nesse passo: “(...) repercussão geral jurídica no sentido estrito existiria por exemplo quando estivesse em jogo o conceito ou a noção de um instituto básico do nosso direito, de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente, como, por exemplo, a de direito adquirido. Relevância social haveria numa ação em que se discutissem problemas relativos à escola, à moradia ou mesmo à legitimidade do MP para a propositura de certas ações. Pensamos, aliás, que essa repercussão geral deverá ser pressuposta em um número considerável de ações coletivas, só pelo fato de serem coletivas. Repercussão econômica haveria em ações que discutissem, por exemplo, o sistema financeiro da habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais, como a telefonia, o saneamento básico, a infra-estrutura etc. Repercussão política haveria quando, por exemplo, de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais.” Teresa Arruda Alvim Wambier, *et alii. Breves Comentários à Nova Sistemática...*, p. 103-104. No mesmo sentido: José Miguel Garcia Medina, *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2005, p. 304.

respeito da aplicação ou da interpretação de lei federal ou de dispositivo da Constituição Federal, sendo afastadas as matérias de fato ou reexame de provas.

A Emenda Constitucional de nº 45 ampliou a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do recurso extraordinário, na hipótese de se julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Na verdade, quando se questiona a aplicação da lei ocorre conflito de constitucionalidade, uma vez que a Lei Maior delimita as regras acerca da competência legislativa federal.<sup>99</sup>

Dessa forma, concluímos com Teresa Arruda Alvim Wambier, no sentido de que *“Em verdade, a disputa diz respeito à distribuição constitucional de competência para legislar: se a lei local está sendo contestada em face de lei federal, é porque se sustenta que ela tratou de matéria que, por determinação constitucional, haveria de ser disciplinada pelo legislador federal.”*<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> A respeito: “A nova redação dos referidos dispositivos constitucionais, no entanto, poderá gerar dificuldades de interpretação, pois nem sempre será possível distinguir a violação da Constituição Federal da violação da lei federal. Não bastasse, outro elemento que pode obscurecer a aplicação do critério é o fato de que, para se distinguir as duas hipóteses previstas, o Tribunal dificilmente deixaria de investigar o mérito do recurso. Em palestra proferida recentemente, a Ministra Eliana Calmon mencionou o caso que lei estadual dispensa do pagamento de custas, contrariando o disposto no art. 511 do CPC. Considerando que não se discutia a validade da lei estadual – uma vez que esta pode legislar sobre custas dos serviços forenses, cf. art. 24, IV, da Constituição -, a questão girava em torno do âmbito de aplicação do art. 511 do CPC. Neste caso, a questão é meramente federal, e deve ser julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, pois não se contesta a validade de lei local. O dispositivo constitucional ora comentado pode sugerir outra interpretação: a de que seria sempre cabível o recurso extraordinário se conflitassem lei local e lei federal, mesmo que não se discutisse sobre a validade da lei local. Bastaria, assim, que a lei federal fosse colocada em confronto com uma lei local para que se estivesse diante de questão constitucional, e não de questão federal. A prevalecer essa orientação, contudo, o Supremo Tribunal Federal se tornaria, também, órgão competente para definir a inteligência, isto é, o modo de interpretação da lei federal, o que diminuiria o âmbito da função do Superior Tribunal de Justiça no direito brasileiro. Por isso, segundo pensamos, continua sendo cabível recurso especial nos casos em que não se discute a validade de lei local em face de lei federal, mas se alega que houve violação à lei federal quando se decidiu com fundamento em lei local.” José Miguel Garcia Medina, *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2005, p. 144 e 145.

<sup>100</sup> *Breves Comentários à Nova Sistemática...*, p. 56.

Por outro vértice, quando se questiona a validade de ato de governo local contestado em face de lei federal, estamos diante de questão de legalidade a ser decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme art.105, III, b, da Lei Maior.<sup>101</sup>

O recurso extraordinário não é cabível para discussão de matéria de fato, bem como para reexame de prova, de modo a tornar seu campo de incidência restrita às hipóteses previstas.

Como se vê, tal recurso não assegura o duplo grau, na medida em que não analisa a injustiça da decisão recorrida, mas tão-somente atua como instrumento de controle da constitucionalidade.<sup>102</sup>

Entre os recursos constitucionais, apenas o recurso ordinário garante o duplo grau de jurisdição, possibilitando o reexame da matéria de direito e de fato (efeito devolutivo amplo).<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> A respeito: “(...) trata-se de cabimento de recurso especial contra o acórdão que reputa válido ato de governo local (i.e., ato público infralegal) em face de lei federal. Nesse caso, o problema é de mera legalidade: trata-se de se saber se o ato infralegal respeitou a lei federal.” Teresa Arruda Alvim Wambier, *et alii*. *Breves Comentários à Nova Sistemática...*, p. 56.

<sup>102</sup> A propósito: O recurso extraordinário não se presta a proporcionar novo reexame da causa, pois “(...) o espectro de sua cognição não é amplo, ilimitado, como nos recursos comuns (v.g., a apelação), mas, ao invés, é restrito aos lindes da matéria jurídica. Assim, eles não se prestam para o reexame da matéria de fato; presume-se ter esta sido dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederam à tarefa da subsunção do fato à norma de regência. Se ainda nesse ponto fossem cabíveis o extraordinário e especial, teríamos o STF e o STJ convertidos em novas instâncias ordinárias, e teríamos despojado aqueles recursos de sua característica de excepcionalidade, vocacionados à preservação do império do direito federal, constitucional ou comum.” Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, 5ª ed., São Paulo, RT, 1998, p. 97-98.

<sup>103</sup> No sentido do texto: “Em relação aos recursos de cabimento delimitado, o efeito devolutivo é restrito, assim manifestando-se: a) o objeto do recurso deve ter sido matéria decidida pelo juízo *a quo*; e b) da matéria decidida, só poderá ser impugnada pelo recurso a matéria delimitada no âmbito de cabimento do recurso em questão. Por haver limitação legal – até constitucional, como nos recursos extraordinário e especial -, as matérias que em regra são suscetíveis de conhecimento em qualquer grau de jurisdição (cf. CPC, art. 267, § 3º) não o são em relação a tais recursos.” José Miguel Garcia Medina, *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2005, p. 430 e 431.

Concluimos que o duplo grau, em regra, é observado nas hipóteses reguladas pela legislação infraconstitucional, porém, a Constituição Federal não o garante como princípio obrigatório.

## 3.2. O EFEITO DEVOLUTIVO DOS RECURSOS

### 3.2.1. CONCEITO

A palavra devolver significa transferir o julgamento de uma causa a um ao órgão superior, de modo a deslocar para o tribunal a decisão do processo.

Observa Eduardo Couture que a expressão efeito devolutivo é imprópria, pois *“Por efecto devolutivo se entiende, a pesar del error en que puedan hacer incurrir las palabras, la remisión del fallo apleado al superior que está llamado, en el orden de la ley, a conocer de él. No hay propriamente devolución, sino envío para la revisión. La jurisdicción se desplaza, en la especie concreta, del juez apelado al juez que debe intervenir en la intancia superior.”*<sup>104</sup>

O efeito devolutivo também ocorre no primeiro grau de jurisdição e não apenas nos recursos de competência do tribunal.

---

<sup>104</sup> *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 366.

Assim, todos<sup>105</sup> os recursos apresentam efeito devolutivo, independentemente de levarem ao órgão *ad quem* o conhecimento da questão decidida. Não existe necessidade de apreciação por um órgão superior, podendo ser o próprio juiz de primeiro grau.

Esse entendimento está de acordo com a grande maioria da doutrina brasileira, de onde destacamos os ensinamentos de Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda “*O efeito devolutivo é manifestação do princípio dispositivo (arts. 128 e 460 do CPC), segundo o qual o órgão ad quem somente pode apreciar matéria que tenha sido efetivamente impugnada pelo recorrente, isto é, que tenha sido suscitada nas razões do recurso, sem ultrapassar os limites do pedido de nova decisão (mérito do recurso). Não pode o recorrente impugnar genericamente o pronunciamento judicial, assim como o autor não pode formular pedido genérico, por força do disposto no art. 286 do CPC.*”

E, ainda, acrescentam os mesmos autores “*Apenas o mérito do recurso integra o efeito devolutivo, não o integrando a matéria de admissibilidade (não se há que falar em devolução, pois se trata de matéria de ordem pública, que o órgão jurisdicional deve conhecer de ofício).*”<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> A respeito: José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, v. IV, p. 87; Alcides de Mendonça Lima, *Introdução aos recursos cíveis*, p. 286; José Afonso da Silva, *Do recurso adesivo no processo civil brasileiro*, p. 141-142; Nelson Luiz Pinto, *Manual dos recursos cíveis*, p. 42; Nelson Nery Junior, *Teoria Geral dos Recursos*, p. 431-432; Teresa Arruda Alvim Wambier, *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 220-221; Eduardo Arruda Alvim, *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 142; Moacyr Amaral dos Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, p. 96; José Miguel Garcia Medina, *O Prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, p. 64.

<sup>106</sup> *Processo Civil Recursos*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 49.

Nos embargos de declaração as matérias são apreciadas pelo próprio juiz, isto é, admissibilidade e mérito. A devolução, nesse caso, é denominada de imediata.<sup>107</sup>

Como lembra Alcides de Mendonça Lima, “A idéia pressupõe que o vencido tomou a iniciativa de provocar o reexame da causa ou de algum incidente, por via do ataque à decisão. Pela aplicação, portanto, do conceito, não se pode ser rigoroso e considerar devolução, apenas quando o julgamento se desloca para outro órgão, que não aquele que proferiu a decisão impugnada. Em última análise, o que o recorrente pretende é promover outro pronunciamento do Poder Judiciário em face da matéria decidida – quer circunscrita apenas a um ponto da causa (como acontece, em regra, nos agravos e, às vezes, nos embargos), quer em sua amplitude (como, habitualmente, na apelação) – por intermédio do órgão competente. Esse, normalmente, é outro que não o a quo, mas poderá ser, excepcionalmente, o mesmo. A devolução, assim, deve ser entendida em face do Poder Judiciário, em sua estrutura e em sua unidade: o recorrente provoca, novamente, a manifestação do Poder Judiciário a respeito da matéria controvertida, por via do recurso hábil. Com esta solução, simples e prática, afastam-se as digressões e divergências, doutrinárias e técnicas, sobre quais os recursos que ensejam, ou não, a devolução. Todos, por este raciocínio, devolvem o conhecimento nos limites estabelecidos em lei para cada espécie.”<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Em sentido contrário ao texto, ou seja, aduzindo a inexistência de efeito devolutivo quando o recurso é julgado em primeiro grau, como ocorre com os embargos de declaração e os embargos infringentes: Humberto Theodoro Junior (*Curso de Direito Processual Civil Brasileiro*, v. I, 41ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 510); Barbosa Moreira (*O Novo Processo Civil Brasileiro*, 21ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 123); Helena Toledo Coelho Gonçalves, *Embargos de Declaração Soluções Sistêmicas para as Lacuna da Lei in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 10*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2006, p. 173.

<sup>108</sup> Op. cit. p. 286.

Ocorre o efeito devolutivo mesmo no caso do recurso ser endereçado ao próprio órgão que proferiu a decisão impugnada, uma vez que possibilita um novo julgamento no mesmo grau de jurisdição.<sup>109</sup>

Aliás, o efeito devolutivo está relacionado com os princípios dispositivo e da proibição da *reformatio in pejus*. Por meio do efeito devolutivo o recorrente delimita o campo de matérias no qual irá apreciar o tribunal quando do julgamento do recurso.

Cabe à parte fixar por meio do pedido o âmbito da tutela jurisdicional. É o chamado princípio da congruência ou adstrição entre o pedido e a sentença (arts. 128 e 460 do CPC).

A parte, ao recorrer, devolve ao órgão *ad quem* o objeto da impugnação que pode ser parcial ou total (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Essa faculdade que o recorrente dispõe ao interpor o recurso não se confunde com a possibilidade de o órgão *ad quem* extravasar o campo de incidência da impugnação, que é manifestação de outro efeito denominado translativo.

Tal efeito possibilita que o órgão *ad quem* conheça outras matérias que não aquelas impugnadas pelo recorrente, constituindo numa ampliação do campo cognoscível (questões de ordem pública), isto é, o tribunal ao apreciar o recurso não ficará jungido ao pedido deduzido, podendo decidir

---

<sup>109</sup> Em sentido contrário: Barbosa Moreira, *Comentários ao Código...*, p. 260; Helena Toledo Coelho Gonçalves, *Embargos de Declaração...*, 173 in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 10*.

fora das balizas inicialmente determinadas pelas partes, sem que isso ocasione violação dos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil.

Como expressão do princípio dispositivo, que orienta a atividade do recorrente ao fixar o objeto de impugnação, temos o princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

Do mesmo modo, também não se admite a *reformatio in melius* em razão do princípio dispositivo, isto é, o tribunal ao julgar o recurso não pode melhorar a situação do recorrente além do que foi pedido, sob pena de proferir decisão *ultra* ou *extra petita*.

No reexame necessário é proibido piorar a situação da Fazenda Pública, conforme entendimento cristalizado na Súmula 45 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: “No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.”

Em nosso sentir, entendemos que constitui exceção ao princípio dispositivo o exame de questões de ordem pública. Não há preclusão para o conhecimento, pelo órgão julgador, dos pressupostos processuais, das condições da ação e requisitos de admissibilidade dos recursos.<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> Nesse sentido: “O reexame necessário por transferir todas as questões para o órgão *ad quem* não se vincula à idéia de efeito devolutivo, mas amplamente, à noção de princípio dispositivo. Ele, reexame necessário, é condição imposta pelo Código de Processo Civil (art. 475) e por algumas legislações extravagantes (assim, por exemplo, o art. 19 da Lei 4.717/1965, a Lei da Ação Popular e o art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/1951, a Lei do Mandado de Segurança), para que a decisão proferida contra a Fazenda Pública, e excepcionadas as situações dos §§ 2º e 3º daquele dispositivo legal, surta seus regulares efeitos e, de acordo com o § 1º do art. 475, transite em julgado (Súmula 423 do STF). Tal “reexame”, destarte, a par de não ter natureza recursal, não se vincula a pedido de ninguém, não se vincula à manifestação de que é passível de disposição pelos litigantes. Assim, não há espaço para se falar, neste caso, de *reformatio in pejus*.” Cassio Scarpinella Bueno, Efeitos dos Recursos *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 10*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2006, p. 85 e 86.

Nesses casos não vige o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, uma vez que essas matérias podem ser conhecidas a qualquer tempo e até mesmo de ofício pelo magistrado, conforme dispõem os arts. 267, § 3º e 301, § 4º do Código de Processo Civil.

### 3.2.2. ESPÉCIES DE DEVOLUÇÃO

#### 3.2.2.1. DEVOLUÇÃO IMEDIATA

Alguns recursos têm vocação para transferir de forma imediata a matéria impugnada para o órgão *ad quem*, sem que seja necessário aguardar o desfecho de alguma etapa procedimental.

O agravo de instrumento é exemplo característico, porquanto transfere para o tribunal todas as etapas de seu desenvolvimento, como por exemplo, juízo de admissibilidade, oferecimento de resposta pela parte agravada e a possibilidade de concessão de medidas urgentes a cargo do relator.

A propósito do agravo de instrumento, ressalta Dinamarco “*É no tribunal que se processa o primeiro juízo de admissibilidade e que a parte agravada é chamada a oferecer resposta etc., tudo sob a supervisão do relator, que é órgão singular integrante do colegiado destinatário – podendo ele, inclusive, suspender ou conceder medidas urgentes, proferir juízo negativo de admissibilidade ou mesmo improver o agravo. A devolução imediata operada*

*pelo agravo de instrumento não significa todavia que a interposição recursal tenha o efeito de impedir que o processo vá avante, nem o de impedir que o juiz reconsidere a decisão, provocado pelo relator ou mesmo espontaneamente (CPC, art. 529); e a possibilidade de o relator pedir informes ao juízo a quo não descaracteriza a imediatidade da devolução ao tribunal, primeiro porque essa é mera possibilidade e não uma imposição da lei (art. 527, I) e também porque, quando essa providência é tomada, a devolução já é fato consumado.”<sup>111</sup>*

Os embargos infringentes apresentam esse mesmo perfil na medida em que são opostos perante o próprio tribunal, sendo realizados nesse órgão todos os atos suficientes para o seu julgamento, como exemplo, o juízo de admissibilidade feito pelo relator.

É o que ocorre com os chamados agravos internos, admissíveis contra ato do relator nas hipóteses dos arts. 120, 532, 545 e 557, § 1º do CPC ou nos regimentos internos dos tribunais.

A devolução imediata também é encontrada nos embargos de declaração, pois são endereçados ao próprio magistrado, sendo apreciados (admissibilidade e mérito) por aquele juiz, sem qualquer manifestação (contraditório) do embargado.

No caso dos embargos de declaração apresentarem efeito infringente deverá ser observado o contraditório de forma a homenagear a

---

<sup>111</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Os Efeitos dos Recursos in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 5*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2002, p. 48 e 49.

cláusula do devido processo legal, viga mestra que orienta todo o sistema processual e que constitui característica do Estado Democrático de Direito.

Nessa quadra decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “A Turma reiterou o posicionamento deste Superior Tribunal e deu provimento ao recurso por entender que, apesar de não existir previsão expressa para que seja intimada a parte embargada a fim de impugnar os embargos de declaração opostos com pedido de efeito modificativos do julgado, tal exigência torna-se necessária sob pena de violação do princípio do contraditório e da ampla defesa. Precedentes citados: Resp 316.202-RJ, DJ 15/02/2003; Edcl no Resp 203.724-RN, DJ 4/10/2004, e Resp 520.467-SP, DJ 31/5/2004. Resp 686.752-PA, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 17/5/2005.”

### 3.2.2.2. DEVOLUÇÃO GRADUAL

Ocorre devolução gradual quando o órgão *a quo* é responsável por uma etapa no desenvolvimento do recurso, vale dizer, no aspecto de admissibilidade, no recebimento da reposita e demais atos que vão impulsionar sua chegada ao tribunal competente para o seu julgamento.

A devolução gradual deve ser entendida como resultado de uma somatória de atos compreendidos no procedimento recursal que vão desde

o primeiro juízo de admissibilidade até a remessa à instância superior. É esse *iter* procedimental que compõe o âmbito da devolução gradual.

Daí afirmar Dinamarco, “A *apelação, o recurso ordinário constitucional, o recurso especial, o extraordinário e o agravo contra decisão denegatória de um desses últimos têm eficácia gradual porque são interpostos perante o órgão a quo e a este pertence a competência para realizar atos muito importantes antes de consumir-se a remessa ao destinatário. Ressalvado o último deles, o órgão ao qual o recurso é apresentado tem o poder de realizar um primeiro juízo de admissibilidade, negando trânsito ao recurso quando entender que lhe falta algum pressuposto de admissibilidade. Em todos eles, é o órgão a quo que compete colher a resposta do recorrido, na primeira fase do procedimento recursal (a segunda realizar-se-á perante o tribunal ad quem). Quando se fala em devolução gradual, tem-se presente portanto que a devolução consumada é o efeito de uma série de atos somados, que vão desde a interposição até a emissão do juízo positivo de admissibilidade e determinação da remessa dos autos ao tribunal que o julgará.*”<sup>112</sup>

Na verdade, a devolução gradual é formada por uma somatória de atos que são desenvolvidos no juízo *a quo*, culminando com o julgamento realizado pelo tribunal.

---

<sup>112</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Os Efeitos dos Recursos in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis* n° 5, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2002, p. 32 e 33.

### 3.2.2.3. DEVOLUÇÃO DIFERIDA

A devolução diferida é marcada por um momento de espera, pois sua interposição não produz de imediato qualquer efeito. Na verdade, essa devolução depende da decisão de outro recurso a ser interposto no processo.

O agravo retido, por exemplo, tem seu conhecimento atrelado ao julgamento de futura apelação. Daí por que não se conhecerá do agravo, caso a parte não o requeira em suas razões ou na resposta daquele recurso.

Diz Alcides de Mendonça Lima, *“Há recursos, que, por si mesmos, não tem efeito devolutivo. Nem suspensivo, nem regressivo. Dir-se-á, então, que tais recursos são inúteis, porque não têm efeito algum. Assim porém, não é. Eles têm efeito, mas esse efeito é diferido, adiado, pois tais recursos dependem da decisão de outro recurso. A simples interposição de tais recursos não produz de imediato qualquer efeito. E pode acontecer que, embora satisfeitos todos os requisitos dos recursos em geral, nunca se venha a tomar conhecimento ou decidir o recurso de efeito diferido.”*<sup>113</sup>

É o que ocorre nos casos de recursos extraordinário e especial, contra acórdão proferido em agravo de instrumento que ficam retidos nos autos e somente são processados se a parte reiterar no prazo para a interposição do recurso contra decisão final ou nas contra-razões.

---

<sup>113</sup> Op. cit. p. 289.

Entretanto, caso haja manifesta urgência, caracterizada pelo perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, é permitida a interposição do recurso extraordinário ou do recurso especial de modo direto, com subida imediata sem que fique retido nos autos.<sup>114</sup>

Como ressalta Medina, “(...) nos casos em que se busca uma providência jurisdicional urgente, a adoção do procedimento determinado pelo art. 542, § 3º, do CPC for suscetível de lesar a pretensão do recorrente, haverá negativa de prestação jurisdicional. Em tais situações, a imposição irrestrita do regime de retenção aos recursos extraordinário e especial violaria o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (...). O regime de retenção deve ser afastado em tais situações, admitindo-se o recurso pela sistemática tradicional.”<sup>115</sup>

Essa hipótese apenas ocorre em situações excepcionais, uma vez que a retenção pode ocasionar prejuízos para quem moveu a ação, dificultando o seu direito constitucional de acesso à instância superior.

Não se deve aplicar a regra do art. 542, § 3º, nos casos de excepcional urgência, como ocorre nas hipóteses de: “(...) concessão ou denegação de liminar (tutela antecipada, cautelar, etc.); deferimento ou indeferimento do pedido de ingresso em processo como assistente; deferimento ou indeferimento de pedido de intervenção de terceiro; admissão de prova

---

<sup>114</sup> Em hipótese excepcional, justificada a possibilidade da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, é admissível o imediato processamento do Resp retido STJ, 1ª Turma, MC 3940/RJ, rel. Min. Garcia Vieira, j. 2/10/2001, v.u., DJU 19.11.2001, p. 231 e STJ, 3ª Turma, MC 1659/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 13/04/1999, DJU 24/05/1999.

<sup>115</sup> José Miguel Garcia Medina, *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2005, p. 188.

*obtida por meio ilícito; decisão que julga exceção de impedimento ou suspeição do juiz etc.*”<sup>116</sup>

### 3.2.3. DIMENSÕES DA DEVOLUÇÃO

#### 3.2.3.1. PLANO HORIZONTAL

No sistema recursal a vontade da parte que recorre assume relevo especial, porquanto fixa os limites da devolução a ser observada no recurso.

A parte ao deduzir sua pretensão em face do Estado-Juiz, almeja obter um provimento jurisdicional que satisfaça seus interesses, estabelecendo os contornos nos quais se entregará a prestação jurisdicional, de acordo com os limites fixados no pedido.

Essa delimitação é denominada de princípio da congruência entre o pedido e a sentença<sup>117</sup>. Nesse sentido, a sentença que decidir sobre pedido diverso daquilo que conste da inicial será considerada *extra petita*.<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda, *Processo Civil...*, p. 148.

<sup>117</sup> Como salienta o STJ: Processual civil e tributário. Violação aos arts. 128 e 460 do CPC. Nulidade do acórdão. Decisão extra petita. 1. O acórdão recorrido tratou de questão diversa daquela efetivamente discutida nos autos. O tribunal de origem analisou a ação de segurança, exclusivamente, sob a ótica da constitucionalidade do Convênio ICMS nº 66/88, bem como do fenômeno da antecipação tributária. Não houve discussão acerca da regra de imunidade, prevista no art. 155, § 2º, X, 'b', da CF/88, que fundamenta o pedido veiculado na peça inaugural do processo. 2. Na hipótese vertente, verifica-se que o acórdão recorrido apartou-se do objeto da demanda. A prestação jurisdicional concedida foi diversa da pleiteada, distanciando-se do exposto e requerido na

Explica Alcides de Mendonça Lima, “*O juiz, portanto, não poderá conceder ao autor mais do que ele pediu e nem conceder ao réu menos do que ele se opôs. O mesmo fenômeno se passa na reconvenção, com a posição das partes invertidas. Para amparar suas respectivas pretensões, as partes poderão ter invocado erradamente a norma legal. Ao juiz cabe apenas a devida correção ou adaptação. Mas, quanto ao pedido em si mesmo, aquilo que irá satisfazer ao direito subjetivo das partes, o juiz se tem de circunscrever à vontade manifestada pelas partes, salvo disposição expressa, como, verbi gratia, art. 293 de nosso Código de Processo Civil.*”<sup>119</sup>

Há alguns pedidos que não necessitam constar de forma expressa na petição inicial, isto é, são implícitos ou compreendidos quando deduzidos em juízo, constituindo exceção à regra geral. São eles: a) juros legais; b) juros de mora; c) correção monetária; d) despesas processuais e honorários advocatícios; e) pedido de prestações periódicas vincendas.<sup>120</sup>

Assim, sentença *ultra petita* é aquela que abrange o pedido e mais outros, além do que foi pleiteado. E será *infra petita* a sentença que não alcançou a totalidade do pedido, de forma a decidir apenas sobre parte dele.

---

inicial. 3. Segundo os arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, o juiz, ao decidir a lide, deve restringir-se aos limites da causa, fixados pelo Autor na petição inicial, sob pena de nulidade, por ser ‘*citra*’, ‘*ultra*’ ou ‘*extra petita*’. 4. Recurso provido para anular os acórdãos de fls. 48/80 e 98/100, devendo os autos retornar ao Tribunal de origem para que uma nova decisão seja proferida. STJ, 2ª Turma, ROMS 16.908/ES, rel. Min. Castro Meira, j. 9/3/2004, p. 180. Decisão: por unanimidade, de conhecerem do recurso e deram-lhe provimento.

<sup>118</sup> No sentido do texto: “Embora o art. 460 trate de pedido, é importante destacar que também o viola a sentença que julga a ação valendo-se de *causa de pedir* estranha à formulada pelo autor (art.282, III) ou que considere no julgamento defesa do réu (*causa excipiendi*) sobre a qual a lei exija sua iniciativa (exceções em sentido estrito). Assim, a sentença deverá levar em conta não só os fatos *constitutivos* do direito do autor, mas também os fatos modificativos, impeditivos e extintivos trazidos pelo réu na exata medida em que alegados (e provados) pelas partes, salvo quando há autorização para atuação oficiosa do magistrado (art. 128). Também quando a sentença levar em conta quem não é parte do processo ou que nele não interveio a título algum é ela *extra petita*.” Cassio Scarpinella Bueno in *Código de Processo Civil Interpretado*, Coordenador Antônio Carlos Marcato, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2005, p. 1.441.

<sup>119</sup> *Introdução aos recursos...*, p. 332.

<sup>120</sup> Nesse sentido: Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery in *Código de Processo Civil Comentado*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2003 p. 677.

Para recorrer, a parte sucumbente terá de demonstrar seu interesse em obter uma nova decisão. A noção de interesse repousa no conceito de necessidade e utilidade. Esse binômio deve ser entendido como meio apto para solução da providência judicial almejada (utilidade) e, também, como via adequada para se obter essa providência (necessidade).<sup>121</sup>

No aspecto prático, busca-se com a interposição do recurso uma situação mais vantajosa, ou seja, constitui-se meio necessário para alcançar tal desiderato. A vantagem pode estar relacionada com qualquer possibilidade de melhoria da sentença, associada com qualquer tópico da sentença.

A existência ou inexistência de interesse em recorrer deve ser aferida na parte dispositiva da decisão e não na fundamentação, deduzida para produzi-la, salvo em casos excepcionais, como na ação popular em que a própria lei atribui relevância à motivação ou como na hipótese de improcedência com base na deficiência de provas.<sup>122</sup>

Há falta de interesse recursal nos seguintes casos: recurso contra sentença favorável ou que julgue a demanda parcialmente procedente, insurgindo-se o recorrente contra a sentença inteira etc.<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> A propósito: “Um dos requisitos genéricos de admissibilidade dos recursos é que a parte tenha interesse em recorrer. Requer-se dentro deste pressuposto que o recorrente possa esperar, em tese, situação mais vantajosa do que aquela advinda da decisão impugnada” (STJ, Resp 34.578-2-SP, 1ª Turma, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 13/12/1993 – Decisão: Negaram provimento ao recurso, por votação unânime, RDC 70/136).

<sup>122</sup> Só a sucumbência na ação é que justifica o recurso, não a diversidade dos fundamentos pelos quais foi essa mesma acolhida (RP 22/235). Daí não ter interesse em recorrer quem ganhou a ação por um fundamento, visando a que outros também sejam acolhidos (art. 515 § 2º; nesse sentido: RSTJ 83/71, JTJ 157/165, 158/143). Nesse passo: “Ao litigante que obteve tudo quanto poderia obter não será dado recorrer, por falta de interesse. Entretanto, não ser reformará decisão, cuja conclusão é correta, apenas porque acolhido fundamento errado.” (RSTJ 34/423, a citação é a do voto do relator, Min. Eduardo Ribeiro), DJ 05/05/1992.

<sup>123</sup> No sentido do texto: “À luz do mesmo princípio acima exposto, reputa-se inadmissível, por falta de interesse, o recurso em que as razões de impugnação concernem a um só dos fundamentos da decisão impugnada, quando o(s) outro(s) seja(m) bastante(s), por si, para justificá-la. Com efeito: se, por hipótese, ainda que reconhecida

No caso de sentença favorável não há devolução, o tribunal não conhecerá do recurso. Já na hipótese de procedência parcial, a devolução será somente em face do capítulo da sentença, isto é, não haverá interesse quanto aos demais pontos favoráveis.

Não é possível que a amplitude da matéria impugnada seja maior que a da matéria deliberada pelo tribunal. O julgamento jamais terá objeto maior que a sentença apelada.

Daí dizer Barbosa Moreira, “(...) *não se concebe que a extensão da matéria impugnada seja maior que a da matéria decidida, o julgamento do tribunal (com ressalva do disposto nos arts. 515, § 3º, e 516) nunca terá objeto mais extenso que o da sentença apelada. Concebe-se, por outro lado, que a extensão da matéria impugnada seja menor que a da matéria decidida: basta lembrar a possibilidade de impugnação parcial (art.505).*”<sup>124</sup>

O artigo 516 do Código de Processo Civil mostra-se desnecessário em virtude da regra estabelecida no art. 515, § 1º, do mesmo diploma.

Como lembra Cassio Scarpinella Bueno, “(...) *aquele dispositivo é inócuo porque pelo sistema do Código de Processo Civil – pela combinação dos princípios dispositivo e inquisitório, que permeiam todo o desenvolvimento do procedimento, permito-me salientar -, todas as questões anteriores à sentença “ainda não decididas” serão transferidas para reexame*

---

pelo órgão *ad quem* a inconsistência daquele singular motivo, a conclusão subsistiria *in totum*, isso significa que o julgamento do recurso em caso algum poderia trazer a quem o interpôs qualquer vantagem prática.” Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 301.

<sup>124</sup> *Comentários ao Código...*, p. 430.

*pelo tribunal na medida em que possam ser reexaminadas, isto é, na medida em que sobre elas não tenha havido preclusão ou porque sobre elas não se pode verificar a preclusão por serem questões de ordem pública. De resto, se estas questões já tiverem sido decididas, uma de três: ou sobre elas ocorreu preclusão à falta da interposição do recurso cabível, ou elas foram, já, objeto de reexame pela interposição do recurso adequado ou, ainda, elas são passíveis de reexame porque representam questões de ordem pública.”<sup>125</sup>*

Na verdade, o art. 516 é redundante, haja vista que as questões não decididas são devolvidas para o órgão *ad quem* em razão do art. 515. Isso porque o chamado efeito translativo autoriza o tribunal a decidir fora do campo delimitado pelas partes em suas razões ou contra-razões.<sup>126</sup>

É o que acontece, notadamente, com as questões de ordem pública, que devem ser apreciadas de ofício pelo magistrado. Não há formação da preclusão *pro iudicato*.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> Cassio Scarpinella Bueno, Efeitos dos Recursos *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 10*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2006, p. 80-81. No mesmo sentido: Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2003, p. 887.

<sup>126</sup> Em sentido contrário: Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 450.

<sup>127</sup> Conferir: Ap. 871.177-7, São Paulo, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 15/03/2001, v.u.; Ag no AI 197.577-GO, STJ, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueredo Teixeira, DJU 05/06/2000; AI 904.155-4 Mirassol, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 15/02/2000, v.u.; AI 877.728-8, Santos, 1º TACSP, 12ª Câmara, j. 19/10/1999, v.u.

### 3.2.3.2. PLANO VERTICAL

No plano vertical, o efeito devolutivo estabelece em que medida competirá ao tribunal examinar as questões suscitadas pelas partes, bem como as apreciáveis de ofício, afetas aos fundamentos do pedido ou da defesa.

A devolutividade pode ser entendida de duas maneiras: uma relacionada com a extensão (art. 515, *caput*) e a outra com a profundidade (art. 515, §§ 1º e 2º).<sup>128</sup>

Diz Barbosa Moreira, “*Delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão ad quem; medir-lhe a profundidade é delimitar com que material há de trabalhar o órgão ad quem para julgar.*”<sup>129</sup>

É de ampla profundidade a devolução verificada nos parágrafos 1º e 2º do artigo 515 do Código de Processo Civil.

Art. 515, § 1º “*Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.*”

---

<sup>128</sup> A respeito: “(...) a extensão do efeito devolutivo refere-se ao pedido formulado na apelação; já a profundidade diz respeito aos fundamentos do recurso.” José Roberto dos Santos Bedaque, *Apelação: Questões Sobre Admissibilidade Efeitos in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos nº 7*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2003, p. 460.

<sup>129</sup> *Comentários ao Código...*, p. 428-429.

Art. 515, § 2º “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.”

Os dispositivos em questão são de difícil interpretação, haja vista dissídio na doutrina e jurisprudência quanto ao seu verdadeiro significado e alcance.

Segundo Vicente Greco Filho, o art. 515 deve ser combinado com o art. 505. Assim como o pedido do autor limita objetivamente a sentença, o pedido formulado em apelação limita a decisão do tribunal.<sup>130</sup>

Contudo, essa limitação não se aplica à fundamentação, podendo o órgão *ad quem* examinar todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha decidido por inteiro.<sup>131</sup>

Assim, como exemplo da aplicação do disposto no § 1º do art. 515 temos a hipótese em que, deduzidos pedidos múltiplos, tendo o juiz negado o primeiro e deixado de apreciar os seguintes, o tribunal, ao reformar a sentença, poderá examinar todos eles.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> A propósito: “A extensão do pedido devolutivo se mede através da impugnação feita pela parte nas razões do recurso, consoante enuncia o brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum*. A apelação transfere ao conhecimento do tribunal a matéria impugnada, nos limites dessa impugnação, salvo matérias examináveis de ofício pelo juiz.” (STJ, Resp 248155/SP, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 23/05/2000, DJ 7/08/2000, p. 114 – Decisão: recurso conhecido e provido, v.u.).

<sup>131</sup> Sobre a matéria ver: Bedaque, Apelação..., p. 460 in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos nº 7*.

<sup>132</sup> Nesse passo: “Se o juízo de primeiro grau examina apenas um dos dois fundamentos do pedido do autor para acolhê-lo, a apelação do réu devolve ao tribunal o conhecimento de ambos os fundamentos, ainda que o autor não tenha apresentado apelação adesiva ou contra-razões ao apelo do réu, daí porque pode o Tribunal, estando a lide em condições de ser apreciada, reformar a sentença e acolher o pedido do autor pelo outro fundamento que o juiz de primeiro grau não chegou a apreciar.” (STJ, Resp 136550/MG, 4ª Turma, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 23/11/1999, DJ 8/03/2000, p. 118 – Decisão: recurso conhecido em parte e nesta provido, v.u. – RSTJ, v. 130, p. 343).

A regra estabelecida nos parágrafos 1º e 2º do art. 515 deve ser aplicada quando compreender os casos em que, por força do direito material, a matéria possa ser alegada pela primeira vez em segundo grau de jurisdição.

E, também, nas hipóteses em que a questão não foi decidida pelo juiz de primeiro grau, em razão da existência de duas ou mais causas de pedir ou devido à presença de pedidos alternativos.

Há matérias que podem ser conhecidas em grau de recurso mesmo não existindo impugnação expressa, não exigindo que a sentença recorrida tenha se pronunciado a respeito. Nesse contexto, encontramos as questões de ordem pública (arts. 267, § 3º e 301, § 4º do Código de Processo Civil), efeito translativo, de modo a autorizar o exame de tais questões pelo Tribunal.<sup>133</sup>

Consoante ensinam Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda, “(...) o preceito contido nos §§ 1º e 2º do art. 515 encontra aplicabilidade quando: (a) tratar-se de matéria de ordem pública; (b) tratar-se de matéria que, em razão do direito material, pode ser alegada pela primeira vez em segundo grau de jurisdição; (c) tratar-se de questão que poderia ter sido apreciada expressamente pelo juiz em primeiro grau, mas não o foi ou porque existiam duas ou mais causas de pedir e, acolhendo uma, as demais não foram consideradas na sentença<sup>134</sup> (o mesmo pode ocorrer se o réu, em sua defesa,

---

<sup>133</sup> No sentido do texto: “Há casos, entretanto, em que o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento *extra*, *ultra* ou *infra petita*. Isto ocorre normalmente com as questões de ordem pública, que, devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (por exemplo, CPC 267 § 3º e 301 § 4º). A translação dessas questões ao juízo *ad quem* está autorizada no CPC 515 §§ 1º a 3º e 516.” Nelson Nery Junior, *Teoria Geral dos Recursos*, São Paulo, 6ª ed., RT, 2004, p. 482.

<sup>134</sup> Conferir: Tratando-se de caso de apelação com impugnação da sentença em seu todo, impunha-se a corte de cassação o reexame, não apenas das questões decididas pelo juízo de primeiro grau, mas também daquelas que,

*utiliza vários fundamentos), ou porque, havendo pedidos alternativos, o acolhimento de um importava na desconsideração do outro (o mesmo pode ocorrer se houver um pedido principal e um pedido subsidiário e o primeiro for acolhido).”<sup>135</sup>*

Na hipótese de julgamento proferido em primeiro grau de jurisdição que acolhe a prescrição ou decadência, pode o tribunal apreciar as demais matérias que ficaram prejudicadas na defesa indireta de mérito, desde que a causa esteja madura, isto é, suficientemente instruída com provas e contraditório realizado no juízo originário.

*Daí dizer Bedaque, “(...) se todas as questões inerentes ao mérito já foram submetidas ao contraditório e encontram-se suficientemente instruídas, inexistente razão para devolvê-las ao juízo de 1º grau. Como o pronunciamento sobre prescrição e decadência implica exame da relação jurídica material, para reconhecer a inexigibilidade do direito (CPC, art. 269, IV), a apelação devolve toda a matéria de mérito, ainda que não examinada pelo juiz a quo (CPC, art. 515, §§ 1º e 2º). O mesmo se dá nas hipóteses em que, afastada a prescrição, a controvérsia não envolver matéria fática.”<sup>136</sup>*

A prescrição pode ser alegada pela parte a quem aproveita, nos termos do art. 193 do Código Civil, porém não pode ser apreciada de ofício

---

podendo ter sido apreciadas, não o foram. Ao deixar de examinar as preliminares deduzidas nas informações, não obstante o silêncio da sentença, incorreu o v. acórdão, por sua vez, em omissão, sanável pela via dos embargos. A omissão é tanto mais patente quando se verifica que se trata, no caso, de mandado de segurança em que o reexame é imposto por lei. Violação configurada das normas dos arts. 515, § 1º e 535, II, primeira parte, do CPC. Recurso Provido STJ, Resp 7121/SP, 2ª T Ilmar Galvão, j. 13/03/1991, DJ 8/4/1991, p.3.871, v.u.

<sup>135</sup> Op. cit. p.73.

<sup>136</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, Apelação: Questões Sobre Admissibilidade Efeitos *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos nº 7*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2003, p. 461. No mesmo sentido: Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2003, p. 640.

pelo juiz, exceto se favorecer a absolutamente incapaz, não acarretando preclusão caso não seja argüida em primeiro grau, conforme art. 194 do mesmo diploma.

No entanto, a Lei 11.280/2006 prevê a possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição, conforme parágrafo quinto do art. 219 do Código de Processo Civil.

É interessante destacar que a nova alteração legislativa não fez qualquer distinção entre direitos disponíveis e indisponíveis, possibilitando o pronunciamento de ofício pelo juiz.

Em princípio, parece que essa alteração modificou os entendimentos doutrinários sedimentados desde o Código Civil de 1916 e repetidos pelo legislador do novo Código Civil de 2002, que possibilitava apenas o reconhecimento de ofício da prescrição no caso de favorecer absolutamente incapaz.

Essa lei revogou de forma expressa o art. 194 do Código Civil, que impedia o juiz, nos demais casos, de suprir de ofício a alegação da prescrição.

Já em caso de recurso extraordinário ou especial, não se admite a alegação pela primeira vez (prescrição e decadência), porquanto a

Constituição Federal exige como requisito que a matéria tenha sido decidida na instância ordinária.<sup>137</sup>

Também entendemos pelo mesmo fundamento que, mesmo afastando a prescrição e a decadência, não podem os Tribunais Superiores conhecer as demais questões de mérito.

Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “(...) 3. A *jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, em sede de recurso especial, não é possível se conhecer de matéria não analisada nas instâncias ordinárias, mesmo em se tratando de matéria que possa ser tida como de ordem pública.*” (STJ - 6ª Turma, REsp 517331/RN, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 16/03/2004, v.u., DJ 10/05/2004, p. 355).<sup>138</sup>

Portanto, prevalece em nossa jurisprudência o entendimento de que as questões de ordem pública não suscitadas na instância inferior, sequer podem ser apreciadas de ofício quando da interposição dos recursos excepcionais, salvo na hipótese de prequestionamento.

---

<sup>137</sup> A propósito: Não prevalece o entendimento da recorrente no sentido de que por cuidar de nulidade, matéria de ordem pública, pode ser reconhecida de ofício pelo magistrado. Assim, se não foi provocado um pronunciamento da Corte de Origem acerca dos diplomas normativos tidos por violados e, por conseguinte, se a Turma Julgadora não emitiu juízo de valor sobre os dispositivos tidos violados, reclama o tema o necessário prequestionamento, requisito viabilizador do acesso a essa instância especial. Com o fito de espancar eventual dúvida, cumpre trazer à baila o posicionamento no sentido de que “esta Corte já pacificou o entendimento de que as questões de ordem pública também devem estar prequestionadas no tribunal *a quo* para serem analisadas em sede de recurso especial.” (AgRg no Ag 309.700/ RJ, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 24/02/2003). Em sentido contrário: Rita Dias Nolasco, Possibilidade do Reconhecimento de Ofício de Matéria de Ordem Pública no Âmbito dos Recursos de Efeito Devolutivo Restrito *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 10*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2006, p. 488 e 489.

<sup>138</sup> Em sentido contrário: (STJ, 2ª Turma REsp 36.663/RS, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 18/10/1993, v.u., DJ 08/11/1993, p. 23.547, RSTJ 54/330; STJ, 2ª Turma REsp 81.258/SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 16/05/1996, v.u., DJ 10/06/1996, p. 20.312; STJ, 2ª Turma REsp 41.226/PR, rel. Min. Américo Luz, j. 04/05/1994, v.u., DJ 06/06/1994, p. 14.270).

### 3.2.4. O EFEITO DEVOLUTIVO E ALGUNS RECURSOS EM ESPÉCIE

O efeito devolutivo é manifestação do princípio dispositivo, a tornar regra de grande importância no processo, necessitando das partes uma maior atuação na delimitação do pedido.

O juiz, normalmente, não pode agir de ofício, devendo aguardar a provocação da parte ou interessado. Assim, deve julgar apenas nos limites do pedido que são fixados na petição inicial pelo autor e no pedido de nova decisão.

#### 3.2.4.1. APELAÇÃO

O recurso de apelação apresenta efeito devolutivo amplo, tem por intento atacar os *errores in iudicando* (vício de juízo), bem como os *errores in procedendo* (vício de atividade).<sup>139</sup>

Esse recurso é utilizado para reformar ou anular a sentença (terminativa ou de mérito) e, também, para correção de injustiças e reexame das provas.

---

<sup>139</sup> Nessa esteira: “O recurso de apelação é dotado de efeito devolutivo amplo, não restrito às questões efetivamente resolvidas na sentença, podendo abranger também aquelas que poderiam tê-lo sido, como no caso das questões que, não sendo examináveis de ofício, deixaram de ser apreciadas, a despeito de haverem sido suscitadas pelas partes.” (STJ, Resp 237984/MG, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16.12.1999, DJ 8/3/2000, p. 127 – Decisão recurso conhecido e provido, v.u.).

A apelação não pode ser interposta de forma genérica, é preciso que o apelante elabore petição de interposição para o juízo *a quo*, contendo as razões de inconformismo e pedido de nova decisão para o tribunal.

O pedido fixa o objeto do recurso, isto é, determina seu campo de devolutividade, tendo em vista que apenas a matéria impugnada é devolvida ao órgão *ad quem*.

A propósito do tema, ressalta Mandrioli “(...) *che caratterizza l’ appello, ed al fatto che esso introduce un riesame non della sentenza di primo grado, ma (nei limiti della domanda di appello) della stessa controversia che fu esaminata in primo grado, si può dire che l’ oggetto del giudizio di appello è, sia pure nei limiti della domanda di appello, quello stesso dell’ intera causa già decisa in primo grado. La causa passa insomma alla piena cognizione del giudice superiore, ed è in questo senso che si parla di effetto devolutivo dell’ appello.*”<sup>140</sup>

De acordo com a nova regra dada pela Lei 10.352/2001, o efeito translativo (§ 3º, art. 515, CPC) permite ao tribunal julgar o mérito da causa, desde que satisfeitos dois requisitos, quais sejam, que a questão seja exclusivamente de direito e o feito esteja em condições de imediato julgamento.<sup>141</sup>

---

<sup>140</sup> Tradução livre: (...) que caracteriza a apelação é o fato de que essa introduz um reexame não da sentença de primeiro grau, mas (nos limites do pedido da apelação) da mesma controvérsia que foi examinada em primeiro grau, pode-se dizer que o objeto do juízo de apelação é apenas nos limites do pedido de apelação, aquele mesmo de toda causa já decidida em primeiro grau. A causa passa, em suma, à plena cognição do juiz superior, e é nesse sentido que se fala em efeito devolutivo da apelação. Crisanto Mandrioli, *Diritto Processuale Civile*, v. 2, 15ª ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 2003, p. 435-436.

<sup>141</sup> Exemplos em que os autos devem retornar ao juízo de origem para cumprir a instrução probatória: a) extinção do processo em virtude de inépcia da inicial; b) extinção na fase de saneamento antes de completar o debate sobre o mérito e sobre as provas cabíveis. Em sentido contrário, José Miguel Garcia Medina admite a aplicação

É suficiente apenas um desses requisitos para aplicação da regra. A conjunção ‘e’ prevista no § 3º do art. 515 não implica obrigatoriamente adição, basta apenas que a causa esteja ‘madura’<sup>142</sup> para o julgamento, isto é, inexistência de controvérsia ou provas suficientes para a solução da lide.<sup>143</sup>

A expressão “exclusivamente de direito” abrange as questões de direito e de fato, vale dizer, questão nenhuma é apenas de direito, uma vez que do fato nasce o direito.<sup>144</sup>

É evidente que o dispositivo disse menos do que deveria ter dito, isto é, o legislador deixou de abarcar outras situações análogas (*minus dixit quam voluit*).

A nova regra deve ser interpretada de forma ampla e em harmonia com o sistema processual, notadamente com o art. 330 do Código de Processo Civil, possibilitando que o tribunal julgue a lide nos casos de extinção

---

do § 3º do art. 515 na sentença que indefere a petição inicial, “Parece-nos mais adequado entender que o § 3º do art. 515 aplica-se à sentença que indefira a inicial, mas somente para permitir ao tribunal a rejeição do pedido do autor. Julgar procedente o pedido quando da apreciação da apelação, no caso, não é admissível, porquanto se estaria a violar o princípio do contraditório.” A recentíssima reforma do sistema recursal brasileiro – análise das principais modificações introduzidas pela lei 10.352/2001, e outras questões *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 6*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2002, p. 347.

<sup>142</sup> Consoante ensina Eliézer Rosa, “Causa madura é aquela que está completamente instruída e pronta para receber a sentença de mérito. Onde e quando se aplica o princípio da causa madura? Onde – no tribunal, em segunda instância. Quando – quando o juiz, por erro *in judicando*, em lugar de julgar o mérito, põe fim ao processo por uma sentença processual, sobre a ação, julgando, por exemplo, o autor carecedor da ação. Havendo recurso, a segunda instância tem dois caminhos a seguir: a) cassa a sentença, fazendo baixar os autos, para que o juiz profira sentença de mérito; b) pelo princípio da causa madura, reforma a sentença na sua conclusão e profere um julgamento sobre o mérito, pela procedência ou improcedência do pedido. Dirão que, assim, se suprime uma instância. Não. Não se suprime nenhuma instância, porque na primeira o feito percorreu todo o seu curso, estando pronto para receber sentença de mérito, sem que o tenha feito o juiz, como já se disse acima, por erro *in judicando*. O princípio da causa madura apóia-se na regra de que a segunda instância pode fazer tudo o que o juiz de primeira instância, podendo fazer, não o fez, por erro no julgamento. O princípio da causa madura atende à maravilha o princípio da economia processual.” *Novo Dicionário de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986, p. 63.

<sup>143</sup> A respeito: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2003, p. 885; Estêvão Mallet, Reforma de Sentença Terminativa e Julgamento Imediato de Mérito *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 7*, São Paulo, RT, 2003, p. 192.

<sup>144</sup> Veja, nesse sentido: Estêvão Mallet, Op. cit. p. 189.

do processo, desde que não haja necessidade de produção de provas em audiência.

Nessa esteira é a lição de Carreira Alvim “*Como o processo não é um fim, não deve ir além dos limites necessários à sua finalidade. Muitas matérias já se encontram pacificadas no tribunal – como por exemplo, na Justiça Federal e nas dos Estados, as questões relativas a expurgos inflacionários – mas muitos juízes de primeiro grau, em lugar de decidirem de vez a causa, extinguem o processo sem julgamento de mérito, o que obriga o tribunal a anular a sentença, devolvendo os autos à origem para que seja julgado o mérito. Tais feitos, estão, muitas vezes, devidamente instruídos, comportando julgamento antecipado da lide (art. 330), mas o julgador, por apego às formas, se esquece que o mérito da causa constitui a razão e última do processo.*”<sup>145</sup>

No caso de prescrição e decadência, a apelação ocasionará a devolução das outras questões formuladas pelo réu, desde que não seja necessário o desenvolvimento de atividade probatória.<sup>146</sup>

Nessa quadra decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

*“Processo Civil. Prescrição afastada no 2º Grau. Exame das demais questões no mesmo julgamento. Possibilidade, desde suficientemente debatida e instruída a causa. Divergência doutrinária e jurisprudencial. Exegese do art. 515, caput, CPC. Precedentes do Tribunal e do Supremo*

---

<sup>145</sup> De acordo com a exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3.474/00, convertido na Lei nº 10.352/2001.

<sup>146</sup> Sobre a matéria ver: Bedaque, Apelação..., in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 7*, São Paulo, RT, 2003, p. 461.

*Tribunal. Lei nº 10.352/2001. Introdução do § 3º do art. 515. Embargos Rejeitados.*

*I- Reformando o tribunal a sentença que acolhera a preliminar de prescrição, não pode o mesmo ingressar no mérito propriamente dito, salvo quando suficientemente debatida e instruída a causa.*

*II- Nesse caso, encontrando-se ‘madura’ a causa, é permitido ao órgão ad quem adentrar o mérito da controvérsia, julgando as demais questões, ainda que não apreciadas diretamente em primeiro grau.*

*III- Nos termos do § 3º do art. 515, CPC, introduzido pela Lei nº 10.352/2001, ‘o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento’. (REsp 89240/RJ, Embargos de divergência no Recurso Especial Min. rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Corte Especial, j. 06/03/2002, DJ 10/03/2003, p. 76, RSTJ vol. 165 p. 33).”*

Como se vê, o que importa é a inexistência de obstáculo que impeça o julgamento do mérito, seja por meio do contraditório realizado entre as partes seja pela produção de provas suficientes para o julgamento.<sup>147</sup>

Em nosso sentir, mesmo na hipótese de nulidade, o tribunal pode corrigir e aplicar a nova regra, como por exemplo, no caso de falta de

---

<sup>147</sup> Nesse sentido: “(...) Na medida em que a questão é de direito, toda a matéria de mérito já foi debatida em 1º grau, tendo o MM. Juiz examinado apenas parte, pois acolheu um dos fundamentos da defesa - a prescrição - e julgou improcedente o pedido (CPC, art. 269, IV). A apelação, todavia, devolve ao Tribunal as demais questões. Trata-se da profundidade do efeito devolutivo do recurso (CPC, art. 515, §§ 1º e 2º). Esta conclusão seria afastada tão-somente se houvesse necessidade de novas provas, o que não ocorre.” Ap. 622.877-7, Jundiaí, 1º TACSP, 12ª Câmara j. 21/11/1996, v.u. rel. Juiz Bedaque; REsp 154.660-SP, STJ, 3ª Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 28/03/2000, DJU 05/06/2000; Resp 141.595-PR, STJ, 4ª Turma, rel. César Asfor Rocha, j. 23/11/1999, DJU 08/05/2000.

motivação na sentença. Assim, reconhecida alguma nulidade caberia ao órgão *ad quem* sanar tal vício e decidir a lide.

Essa possibilidade é autorizada pelo próprio sistema processual ao permitir que o tribunal, constatando a ocorrência de nulidade sanável, determine a realização ou a renovação do ato processual, de forma a prosseguir no julgamento da apelação, conforme redação dada pela Lei 11.276/2006 que incluiu um parágrafo (§ 4º) ao art. 515 do Código de Processo Civil.

A inovação legislativa aplica-se ao agravo de instrumento, desde que preenchidos os requisitos legais, isto é, inexistência de controvérsia fática ou desnecessidade de instrução probatória.

Caso o tribunal entenda possível o exame do mérito poderá examiná-lo, como por exemplo, na hipótese de indeferimento de pedido de julgamento antecipado e designação de audiência. Se dispensável a instrução probatória e for provido o agravo, caberá ao órgão *ad quem* proferir o julgamento final.<sup>148</sup>

Entendemos também que é aplicável aos casos de recurso ordinário, por apresentar grande similitude com o recurso de apelação, de forma a admitir o reexame da matéria de direito e de fato, com amplo efeito devolutivo.

Em relação aos recursos extraordinário e especial não é cabível a nova regra, pois tais recursos exigem requisitos específicos a tornar

---

<sup>148</sup> A respeito: Marcus Vinicius Rios Gonçalves, *Novo Curso de Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 94 e José Roberto dos Santos Bedaque, *Op. cit.* p. 451.

seu campo de incidência restrito às rígidas hipóteses previstas na Constituição Federal.

A intenção do legislador infraconstitucional tem por propósito permitir a prestação eficaz e célere da tutela jurisdicional, sem que haja necessidade do retorno dos autos ao juízo de primeiro grau.

No caso de embargos infringentes também é possível aplicar o novo parágrafo terceiro do art. 515 do Código de Processo Civil.

Sustenta Arruda Alvim que, além da sentença de mérito, é preciso que o acórdão também haja apreciado o mérito, reformando a sentença por maioria de votos.<sup>149</sup>

Não é requisito legal que o acórdão seja de mérito para admissão do recurso.

Consoante ensina Sérgio Shimura, *“Malgrado a literalidade do art. 530, CPC, que alude à “reforma”, parece-nos que a nova exigência é de que haja apelação contra sentença de mérito, pouco importando se o acórdão venha a anular ou reformar a decisão hostilizada. A intenção do legislador, cremos, foi de permitir o uso dos embargos infringentes quando a sentença houver julgado o mérito da ação e o recurso de apelação tiver ultrapassado o juízo de admissibilidade (juízo de mérito recursal).”*

---

<sup>149</sup> Arruda Alvim, *Mutações verificadas com a Lei 10.352/2001 in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 6*, São Paulo, RT, 2002, p. 75; Teresa Arruda Alvim Wambier *et alii. Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*, p. 131 e 132.

Prossegue, ainda, o mesmo autor “*Enquanto o mérito da ação constitui o pedido propriamente dito (meritum causae), formulado pelo autor na petição inicial, o mérito do recurso refere-se à pretensão que se formula perante o tribunal, tendo por objeto o reexame do feito. O mérito da ação pode eventualmente coincidir com o mérito recursal, mas não necessariamente.*”<sup>150</sup>

Portanto, é indispensável que o recurso de apelação tenha ultrapassado o juízo de admissibilidade e adentrado ao exame do mérito recursal.

Dessa forma, concluímos com Rita Nolasco no sentido de que “*(...) mesmo que se trate de sentença terminativa (meramente processual), sempre que o órgão ad quem, ao julgar, por maioria, a apelação interposta contra sentença, aplicar a hipótese prevista no art. 515, § 3º, CPC, deverá ser admitido o cabimento dos embargos infringentes, tendo em vista que o julgamento de mérito será realizado diretamente pelo tribunal, em 2º grau, com a supressão do 1º grau de jurisdição, autorizada pela lei.*”<sup>151</sup>

Por tais razões, é possível, no caso de sentença terminativa em que foi aplicado o parágrafo terceiro do art. 515 do CPC, a interposição de embargos infringentes, quando o acórdão, não unânime, houver reformado a sentença de mérito.<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> Sérgio Shimura, Embargos Infringentes e seu Novo Perfil (Lei 10.352/2001) in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis* n° 5, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2002, p. 503 e 504.

<sup>151</sup> Veja, nesse sentido: Rita Nolasco, Julgamento com base no art. 515, § 3º, CPC - Cabimento de Embargos Infringentes in *Revista de Processo* 126, p. 163.

<sup>152</sup> A propósito: “Preliminar de não conhecimento do recurso rejeitada. Embora não tenha o acórdão reformado a sentença de mérito, admite-se a interposição na espécie, na medida em que foi aplicada a disposição do § 3º do

Questão polêmica surge quanto à necessidade de requerimento para o exame das matérias que não foram apreciadas no juízo *a quo*.

Defendendo a desnecessidade de requerimento do apelante, Arruda Alvim pondera que o novo dispositivo significa uma das exceções ao *caput* do art. 515, que limita a extensão do efeito devolutivo da apelação à matéria impugnada.

Isto porque, nas palavras do autor, “*Se ocorreu extinção do processo sem julgamento do mérito, não se verificou decisão de mérito, ainda que, na hipótese desse § 3º, o tribunal possa vir a julgar o mérito, ao conhecer e prover o recurso de apelação interposto pelo autor. Fá-lo-á o Tribunal à luz dos elementos constitutivos do contraditório já existente nos autos, desde que ocorra a situação aí descrita. De impugnação, propriamente dita, não se tratará, justamente porque o mérito não foi decidido; e porque, ainda, a aplicação desse § 3º do art. 515 não se refere a pedido, que não é pressuposto para ser aplicado.*”<sup>153</sup>

Segundo Humberto Theodoro Junior, o tema pertence à extensão da devolução e não à sua profundidade.

Daí afirmar, “*O julgamento da apelação terá de ser no sentido de acolher ou não o pedido do recorrente. Não poderá, portanto, o*

---

art. 515 do CPC para julgamento da questão de fundo. Sentença que, acolhendo preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, fulminou a renovação da pretensão do autor em Juízo, resultando na res judicata (...).” EI na Apelação Cível nº 70007455355 – 9º Grupo de câmaras cíveis – TJRS – Rel. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes – j. 16/04/2004.

<sup>153</sup> José Manuel Alvim Arruda, *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos nº 6*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2002, p. 78.

*acórdão, fora do pedido, decidir outras questões que não sejam pressupostos da solução a ser dada ao pedido do apelante. Nisso consiste a extensão do efeito devolutivo do recurso, terreno em que prevalece a vontade da parte. Diversa é a profundidade da devolução, cujo comando é todo regido pela lei.”*<sup>154</sup>

Desse modo, caso a parte vencida recorra pedindo somente a anulação ou cassação da sentença que extinguiu o processo sem apreciação do mérito, o tribunal não poderá apreciar o mérito, pois não integrou o pedido do recorrente.<sup>155</sup>

Portanto, para esse autor, a devolutividade da apelação é definida apenas pelo recorrente, de forma a fixar a extensão do efeito devolutivo.<sup>156</sup>

Entende, ainda, que o recorrente deverá requerer, em suas razões, a aplicação do novo parágrafo terceiro do art. 515, sob pena de experimentar uma derrota que não foi objeto de requerimento e debate no plano recursal.

Embora se trate de matéria polêmica sobre a qual controvertem doutrina e jurisprudência, pensamos estar com razão os autores que defendem a desnecessidade do requerimento, sob pena de limitar a prestação jurisdicional.

---

<sup>154</sup> Inovações da Lei 10.352/2001, em Matéria de Recursos Cíveis e Duplo Grau de Jurisdição *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos nº 6*, São Paulo, RT, 2002, p. 271.

<sup>155</sup> Veja, nesse sentido: (STJ – 2ª Turma, REsp nº 657.407/RS, rel. Min. Castro Meira, j. 21/06/2005; v.u.).

<sup>156</sup> No sentido do texto: “Estamos a tratar do efeito devolutivo, especialmente sob o aspecto de sua extensão, de modo que inevitável é a associação do parágrafo terceiro ao *caput* do artigo no qual está inserido (art. 515 do CPC). O dispositivo em análise traduz regra que informa não apenas a apelação, mas os recursos disciplinados pelo Código de Processo Civil, relativamente à disponibilidade do apelante quanto à matéria que pretende impugnar através do recurso, ou seja, aos limites a serem observados no julgamento do recurso interposto.” Aline Araújo Passos, *Duplo Grau de Jurisdição...*, Op. cit. p. 139.

Portanto, o tribunal, entendendo ser caso de julgamento de mérito, deverá conhecer e dar provimento ao recurso de apelação (sentença terminativa), desde que presentes os requisitos do art. 515, § 3º do Código de Processo Civil.<sup>157</sup>

Explica Bedaque, “(...) a extensão do efeito devolutivo foi ampliada pelo § 3º do art. 515, devendo o Tribunal aplicar de ofício a regra. O apelante não pode, sem razão plausível, simplesmente impedir a incidência do dispositivo.”<sup>158</sup>

Outro ponto a ser abordado, nesse particular, é em relação à possibilidade de ocorrer *reformatio in pejus* em virtude do parágrafo terceiro do art. 515 do Código de Processo Civil.

Como regra geral, a maioria dos ordenamentos jurídicos consagra a proibição da *reformatio in pejus*.

É o que ocorre, por exemplo, no Código de Processo Civil português que, em seu art. 684, nº 4, dispõe: “Os efeitos do julgado, na parte

---

<sup>157</sup> Veja, nesse sentido: Teresa Arruda Alvim Wambier *et alii*. *Breves Comentários à Nova Sistemática...*, p. 271; Carreira Alvim, *Alterações do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Impetus, 2004, p. 135; Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda, *Processo Civil Recursos*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 75; Alexandre Freitas Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*, v. II, 10ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 92-93; Cassio Scarpinella Bueno, *Efeitos dos Recursos in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 10...*, p. 83. Contra: Flávio Cheim Jorge, afirma que “a possibilidade de o tribunal julgar o mérito da causa, nos termos do recém introduzido § 3º do art. 515, deve ser vista sempre em consonância com o disposto no *caput* desse mesmo artigo, onde é fixada a máxima *tantum devolutum quantum appellatum*. O pedido do apelante para que o tribunal julgue o mérito da causa é requisito intransponível para que seja aplicado o novo § 3º do art. 515, sob pena de violação do art. 2º do Código de Processo Civil, aplicado analogicamente aos recursos.” (*A nova reforma processual*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 76, obra em conjunto com Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues). Nessa esteira: Humberto Theodoro Junior, (*Inovações da Lei 10.352/2001 em Matéria de Recursos Cíveis e o Duplo Grau de Jurisdição*, p. 271); Ricardo de Carvalho Aprigliano, *Os efeitos da apelação e a reforma processual*, p. 260; Leonardo José Carneiro Cunha, *Inovações no processo civil*, p. 85 e 86; Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, *Efeito devolutivo do recurso de apelação em face do novo § 3º do art. 515 do CPC in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos nº 6...*, p. 257.

<sup>158</sup> Op. cit. p. 454.

*não recorrida, não podem ser prejudicados pela decisão do recurso nem pela anulação do processo.*”<sup>159</sup>

O mesmo acontece no sistema jurídico alemão, nos termos dos §§ 528 e 557 da ZPO alemã, relacionados com os recursos de apelação e revisão, bem como os §§ 497 3, e 504, 1, da ZPO austríaca.<sup>160</sup>

Já no Brasil, pode ocorrer *reformatio in pejus* em razão da aplicação do parágrafo terceiro do art. 515, autorizando o tribunal a julgar fora dos limites do pedido de nova decisão, sem que se possa falar em decisão *ultra, extra* ou *citra petita*.

O tribunal poderá conhecer matéria de ordem pública (por exemplo: arts. 267, § 3º; 301, § 4º do CPC), daí não se poder falar em proibição daquele princípio, exatamente porque tais questões podem ser apreciadas a qualquer momento, prescindindo de manifestação das partes.<sup>161</sup>

A proibição da *reformatio in pejus* decorre do princípio dispositivo, isto é, a prestação jurisdicional incide nos exatos termos do pedido formulado pelo autor, delimitando a atividade do Estado-Juiz.

Nos recursos, somente a matéria impugnada pelo recorrente é transferida ao tribunal. No caso de existir recurso de ambas as partes, descabe falar em proibição da *reformatio in pejus*, pois o tribunal poderá apreciar o mérito nos limites dos recursos interpostos.

---

<sup>159</sup> Abílio Neto, *Código de Processo Civil anotado*, 16ª ed., Lisboa, Ediforum, 2001, p. 968.

<sup>160</sup> Veja, nesse sentido: Nelson Nery Junior, *Op. cit.* p. 185.

<sup>161</sup> Nesse sentido: Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda, *Processo Civil Recursos...*, p. 52; Alexandre Freitas Câmara, *Lições de Direito Processual Civil...*, p. 92. Em sentido contrário: Carreira Alvim, *Alterações do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Impetus, 2004, p.133.

Entretanto, tal princípio sofre exceções, pois o tribunal pode conhecer questões de ordem pública, por exemplo: a) pressupostos processuais; b) condições da ação; c) requisitos de admissibilidade dos recursos; d) arts. 515, §§ 1º, 2º e 3º; 516; 267, § 3º e 301, § 4º do Código de Processo Civil.

Isso ocorre pelo fato das matérias de ordem pública serem transferidas ao órgão *ad quem* independentemente da vontade das partes, por força do efeito translativo dos recursos.

Assim, não há que se falar em *reformatio in pejus* quando o órgão *ad quem* conhece de ofício matérias de ordem pública, pois nesse caso não vige o princípio dispositivo, mas o efeito translativo.<sup>162</sup>

A nova regra prevista no parágrafo terceiro, art. 515 do CPC extravasa o campo de atuação do princípio dispositivo, permitindo ao tribunal o julgamento de mérito da questão impugnada, bem como da não-impugnada nem decidida. E também no caso de sentença *extra* ou *infra petita*.

Oportuna, nesse aspecto, a recomendação de Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda, “(...) a nova regra também deve ser aplicada no caso de sentença *extra* ou *infra petita*. Vale dizer se o Tribunal pode o “mais” – analisar o mérito na hipótese de extinção do processo mediante sentença terminativa (art. 267) -, poderá também o “menos” -

---

<sup>162</sup> No sentido do texto: “Dá-se o efeito translativo, quando o sistema autoriza o tribunal a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento *ultra*, *extra* ou *infra petita*. Isto ocorre normalmente com as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera preclusão (v.g., CPC 267 § 3º, 301 § 4º). A translação dessas questões ao juízo *ad quem* está autorizada pelo arts. 515 §§ 1º a 3º e 516. O exame das questões de ordem pública, ainda que não decididas pelo juízo *a quo*, fica transferido ao tribunal destinatário do recurso por força do efeito translativo autorizado pelo CPC 515.” Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery in *Código de Processo Civil Comentado*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2003, p. 851.

*reformat a sentença de mérito adaptando-a aos limites do pedido (arts. 2º, 128, 460, todos do CPC).”<sup>163</sup>*

Nessa quadra decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “*Processual civil. Inocorrência. 1. O recurso à instância ad quem veiculando a ilegalidade da decisão conclusiva pela intempestividade dos embargos de declaração, não impede o Tribunal a quo apreciá-lo, incontinenti, analisando os demais motivos pelos quais o juiz os rejeitou, evitando determinar o retorno dos autos, quer por força da aplicação analógica do novel § 3º, art. 515, do CPC. 2. Recurso Especial desprovido.*” (STJ Resp 474796/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05/06/2003, DJ 23/06/2003, p. 255, v.u.).

Em síntese, não há que se cogitar na proibição da *reformatio in pejus* quando o tribunal conhecer de ofício matérias de ordem pública, uma vez que, nesse caso, o § 3º do art. 515 ultrapassa o campo de atuação do princípio dispositivo, permitindo ao tribunal o julgamento de mérito da questão impugnada, bem como da não-impugnada nem decidida.<sup>164</sup>

Ademais, não há violação do princípio do juiz natural na medida em que o tribunal foi previamente constituído e não criado *post factum*.

Em conformidade com as ondas reformistas, que têm por escopo garantir de forma tempestiva e efetiva a tutela jurisdicional, o Código de

---

<sup>163</sup> Op. cit. p. 75.

<sup>164</sup> Em virtude dessas mudanças afirma Aline Araújo Passos: “A aplicação do § 3º do art. 515 do CPC pode resultar na prolação de decisão mais desfavorável ao apelante, em flagrante violação ao princípio que proíbe a *reformatio in pejus*, quando anulada a sentença terminativa o tribunal julgar improcedente o pedido deduzido em juízo. Por se tratar de exceção à regra geral, deve ser a mesma ficar reservada aos casos em que se estiver tratando de questão de direito em sentido estrito e o apelante formular pedido expresso para julgamento de mérito, a fim de se evitar decisões inesperadas, que piorem a situação jurídica do recorrente.” *Duplo Grau de Jurisdição...*, p. 185.

Processo Civil sofreu nova alteração legislativa pela Lei 11.276/2006, que altera a forma de interposição de recursos, o saneamento de nulidades e o recebimento de recurso de apelação.

Os dispositivos têm a seguinte redação:

Art. 515, § 4º *“Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.”*

Art. 518, § 1º *“O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.”*

§ 2º *“Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso.”*

Essas alterações possibilitam, no primeiro caso, que o tribunal, quando do julgamento do recurso de apelação, possa conhecer matéria não debatida em primeiro grau, desde que a nulidade seja sanável e que o órgão *ad quem* determine a realização ou renovação do ato processual.

Na verdade, busca o legislador, novamente, a celeridade da prestação jurisdicional, de forma a autorizar que o tribunal realize sem delongas a correção da nulidade, prosseguindo no julgamento da apelação.<sup>165</sup>

---

<sup>165</sup> No sentido do texto: “É preciso, pois, cada vez mais, tornar flexível a tutela jurisdicional, no sentido de adaptá-la às necessidade do desenvolvimento eficaz do processo, como instrumento efetivo de proteção das

Em tema de nulidade deve-se aproveitar “(...) *ao máximo os atos processuais, regularizando sempre que possível o ato viciado. Isso é o que pode chamar de princípio da determinação racional do nulo.*”

E, mais, “(...) *não existe uma relação necessária entre o caráter absoluto ou relativo da nulidade do ato e a possibilidade dele ser sanado.*”<sup>166</sup>

Em nosso sentir, entendemos existir uma ligação entre os parágrafos contidos no art. 249 e o disposto nos terceiro e quarto do art. 515 do Código de Processo Civil, homenageando a regra da instrumentalidade das formas.<sup>167</sup>

Tal inovação não ofende o princípio do duplo grau de jurisdição, pois, por meio de seleções (certeza jurídica e efetividade da tutela jurisdicional), optou o legislador ordinário em dar primazia àquele último princípio.<sup>168</sup>

Quanto à possibilidade de o juiz não receber o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior

---

situações de direito substancial. Não basta a previsão de tutela jurisdicional para determinada situação da vida. É necessário que o titular dessa situação de vantagem, e que precise da intervenção jurisdicional para assegurá-la, possa valer-se dela e ver satisfeito seu direito. Daí afirmar-se que as preocupações dos processualistas não podem limitar-se ao campo puramente processual. A formulação de conceitos e regras de processo deve atender à realidade social e às necessidades dos consumidores dos serviços jurisdicionais.” José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo Influência do Direito Material Sobre o Processo*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 54.

<sup>166</sup> Pedro da Silva Dinamarco, in *Código de Processo Civil Interpretado*, Coordenador Antônio Carlos Marcato, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2005, p. 722-723.

<sup>167</sup> No sentido do texto: “Essa alteração possibilitando o imediato julgamento do mérito da demanda é, sem dúvida, um mecanismo destinado a dar maior celeridade à solução dos conflitos (esse é o objetivo central da nova etapa da Reforma.” Pedro da Silva Dinamarco, in *Código de Processo Civil Interpretado*, Coordenador Antônio Carlos Marcato, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2005, p. 749.

<sup>168</sup> Em sentido contrário: “(...) A superação do vício, contudo, pode implicar no conhecimento de matérias não enfrentadas em primeiro grau, o que poderia gerar supressão de instância e, por conseguinte, violação à garantia do duplo grau.” Aline Araújo Passos, *Duplo Grau de Jurisdição...*, p. 154.

Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, nos termos do § 2º do art. 518 do CPC, pensamos que essa possibilidade atende aos reclamos inspiradores da reforma processual, garantindo de forma efetiva a tutela jurisdicional.<sup>169</sup>

Nesse contexto, entendemos que o legislador teve que escolher entre a segurança jurídica individual e o interesse coletivo, por isso “(...) nenhum princípio (e aqui refiro-me, especificamente, aos chamados “princípios fundamentais do processo”), em si mesmo, é absoluto, tendendo a conviver com outros princípios, conflitantes, por definição, entre si, mas parece-me que o sentimento generalizado no processo civil de que “toda” decisão é recorrível – e recorrível aqui significa recorrível plenamente inclusive do ponto de vista dos fatos subjacentes à decisão – gera, quando menos, uma sensação de que a questão relativa à pesquisa relativa ao duplo grau de jurisdição tem que ser examinada também fora do ambiente normativo (isto é, fora do texto “escrito” e, mesmo, do “não escrito” da Constituição) e capturada a partir deste sentimento, tal qual ele é e enquanto ele é. De qualquer sorte, para fins de

---

<sup>169</sup> Como observa Dinamarco “Uma notória causa da lamentada morosidade da Justiça brasileira é a extraordinária repetição de teses jurídicas presentes em causas e recursos à espera de julgamento. Esse mal vem comprometendo de modo particularmente grave a atuação do Supremo Tribunal Federal, sabendo-se que no ano de 1996 o índice de repetitividade atingiu a impressionante marca de 80% dos recursos ali julgados. No Superior Tribunal de Justiça, três entes públicos são responsáveis por 70% dos recursos julgados ou a julgar, a saber: Fazenda Nacional, Instituto Nacional da Seguridade Nacional (INSS) e a Fazenda do Estado de São Paulo. O misoneísmo cultural de alguns foi causa de irracionais resistências ao único expediente promissor até hoje excogitado para debelar o mal da repetitividade das teses jurídicas presentes em muitos milhares de casos a julgar em todas as instâncias. Usando argumentos contraditórios e reciprocamente excludentes, diziam uns que a simulação da jurisprudência proporcionaria uma ditadura do Judiciário e sustentam outros que ela comprometeria a independência dos juízes. Alegam ainda que essa novidade atentaria contra o princípio político da separação e harmonia entre os Poderes do Estado, como se existisse uma fórmula universal e eterna de repartir atribuições entre eles: como se sabe, a separação de Poderes atende ao equilíbrio que cada sistema constitucional estabelece (*checks and balances*) e cada Constituição define soberanamente esse equilíbrio segundo as legítimas conveniências do lugar e tempo. Para o desafogo dos serviços judiciários e conseqüente aceleração da tutela jurisdicional em benefício da população em geral, a implantação das súmulas vinculantes determinada na Constituição Federal a partir da emenda n. 45, de 8 de dezembro de 2004, era e é necessidade – até porque, como dito, não se tem notícia de alguma outra proposta capaz de atingir esse urgentíssimo objetivo. A evolução do processo civil brasileiro, segundo as modernas tendências universalizadoras e aceleradoras, exige a pronta implantação desse método inovador, mediante a efetiva implantação de súmulas com essa eficácia e outorga de eficácia vinculante às súmulas já existentes.” *Instituições de Direito Processual Civil I*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 310 e 311.

*exposição, não há razão para duvidar da constitucionalidade do art. 515, § 3º, do CPC, forte na sua inspiração de economia processual, que veio, vale a pena frisar, de ser expressada pelo texto da Constituição, com a EC 45/2004.”*<sup>170</sup>

Pensamos que o sistema processual deve sopesar alguns valores de forma a possibilitar a efetividade da tutela jurisdicional, almejando a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). Certo que a decisão, tomada em tais circunstâncias, poderá ocasionar a colisão com outros princípios, de modo a privilegiar alguns em detrimento de outros, mesmo sabendo que todos se mantêm intactos em sua validade e magnitude, apenas limitados em sua eficácia.

#### 3.2.4.2. AGRAVO

A decisão interlocutória não se confunde com a sentença, pois esta implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil, de acordo com a Lei 11.232/2005, que alterou a redação do parágrafo primeiro do art. 162 do mesmo código.<sup>171</sup>

---

<sup>170</sup> Cassio Scarpinella Bueno, *Efeitos dos Recursos in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 10*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2006, p. 82-83. No mesmo sentido: Willis Santiago Guerra Filho, *Teoria Processual Da Constituição*, 2ª ed., São Paulo, Celso Bastos, 2001, p. 199. Contra: Aline Araújo Passos, *Duplo Grau de Jurisdição...*, p. 151- 154.

<sup>171</sup> Sobre o conceito de sentença e de decisão interlocutória, ver capítulo terceiro - item 3.1.2.

Também se diferencia dos despachos que são atos meramente ordinatórios destinados a impulsionar o processo, não apresentando conteúdo ou carga decisória, pois não geram prejuízo para as partes.<sup>172</sup>

Por exemplo, o ato do juiz que ordena a intimação de uma das partes para que se manifestar sobre documento apresentado pela outra ou ordem para que o escrivão corrija a numeração das folhas dos autos.

Conforme visto, o agravo é cabível contra as decisões interlocutórias, isto é, aquelas que resolvem questão incidente no curso do processo. Tal recurso está disciplinado nos arts. 522 a 529 e compreende duas modalidades: a) por instrumento; b) retido nos autos.

Ressalta Nelson Nery Junior, *“Como o agravo é recebido apenas no efeito devolutivo (CPC 497 e 527 III a contrario sensu), a decisão agravada é desde logo eficaz e o procedimento não se interrompe com a interposição do recurso. Os atos processuais que são praticados depois da interposição do agravo ficam sujeitos a condição resolutiva, isto é, dependem de desprovisionamento do recurso. Caso seja provido, todos esses atos tornam-se ineficazes.”*<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup> A propósito: “I. Nos termos dos §§ 2º e 3º, CPC, ‘decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente’ e ‘são despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma’. II. A diferenciação entre eles reside na existência ou não de conteúdo decisório e de gravame. Enquanto os despachos são pronunciamentos meramente ordinatórios, que visam impulsionar o andamento do processo, sem solucionar controvérsia, a interlocutória, por sua vez, ao contrário dos despachos, possui conteúdo decisório e causa prejuízo às partes.” STJ, REsp 315659/SP, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 02/05/2002, DJ 02/09/2002, p. 195, Decisão: por unanimidade, deram provimento ao recurso.

<sup>173</sup> A respeito: Nelson Nery Junior, *Teoria Geral...*, p. 434.

Como se vê, em relação aos efeitos do recurso de agravo, seja qual for a sua forma de interposição, possui apenas o devolutivo, porquanto não suspende o andamento do processo.<sup>174</sup>

Entretanto, o efeito suspensivo poderá ser requerido pelo agravante nos casos de lesão grave e de difícil reparação, nos termos do art. 558 do Código de Processo Civil.

Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda, com a precisão de costume ensinam “*O relator do agravo poderá dar efeito suspensivo ao recurso até o provimento definitivo da câmara, nos casos em que puder resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação (art. 558 do CPC), ou seja, se o agravante demonstrar que, não ocorrendo a suspensão, o eventual provimento do agravo tornar-se-á inútil. Antes da Lei nº 10.352/01, defendíamos que esse efeito suspensivo podia ser interpretado de forma diferente, com imposição de um reflexo ativo, diverso da mera suspensão.*”<sup>175</sup>

Portanto, nos casos de lesão grave e de difícil reparação é possível a concessão de efeito suspensivo.

---

<sup>174</sup> No sentido do Texto: “O recurso de agravo (seja na sua modalidade “de instrumento”, “retido” ou “interno”) não tem efeito suspensivo. É o que decorre, de forma clara, do art. 497 e do *caput* do art. 558 do CPC. Isto, contudo, não significa que ele, agravo, não possa vir a ter o efeito suspensivo desde que comprovados os pressupostos referidos por aquele mesmo dispositivo, suficientes, a este propósito, as considerações que vim de fazer.” Cassio Scarpinella Bueno, *Efeitos dos Recursos in Aspectos Polêmicos e Atuais dos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 10*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2006, p. 75.

<sup>175</sup> Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda, *Processo Civil Recursos*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 95.

### 3.2.4.3. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O efeito devolutivo nos embargos de declaração tem por propósito devolver ao mesmo órgão que proferiu a decisão, a possibilidade de aclarar a decisão obscura, completar a decisão omissa ou afastar a contradição existente no julgado.

Os embargos não visam à reforma da decisão, apenas a correção do prejuízo ocasionado pelo defeito do julgado.

A matéria objeto de discussão é transferida ao mesmo órgão prolator do julgado para emitir um provimento integrativo-retificador a fim de eliminar a omissão, a contradição ou a obscuridade existente na decisão.

Lembra Nelson Nery Junior, *“No julgamento dos embargos o juiz de ordinário não profere nova decisão: apenas aclara a anterior. Daí não poder modificar o conteúdo da decisão embargada. Quando supre omissão, entretanto, o juiz prolata outra decisão, pois diz mais do que continha a decisão embargada.”*<sup>176</sup>

Em sentido contrário pensa Barbosa Moreira, ao afirmar que nos casos de recurso para o próprio órgão, o efeito devolutivo (embargos de declaração) não existe ou fica diferido para um momento posterior.<sup>177</sup>

---

<sup>176</sup> Nelson Nery Junior, *Teoria Geral...*, p. 437.

<sup>177</sup> Nesse sentido: Helena Toledo Coelho Gonçalves, *Embargos de Declaração: Soluções Sistêmicas para as Lacunas da Lei in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 10*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2006, p. 173.

Diz, ainda, o autor fluminense “*Quando a lei, a título de exceção, atribui competência ao próprio órgão a quo para reexaminar a matéria impugnada, o efeito devolutivo ou não existe (como nos embargos de declaração) ou fica diferido, produzindo-se unicamente após o juízo de retratação: assim no agravo retido (art. 523, § 2º, na redação da Lei nº 9.139).*”<sup>178</sup>

Todos os recursos apresentam efeito devolutivo de forma a constituir característica inerente a eles. Inclusive nos casos de embargos de declaração, como também nos embargos infringentes previstos na Lei de Execução Fiscal (art. 34, Lei 6.830/80).

Esse efeito deve ser compreendido na dimensão do Poder Judiciário, isto é, por meio do recurso, o recorrente devolve ao órgão *ad quem* o reexame da questão impugnada.<sup>179</sup>

Por outro vértice, apenas em caráter excepcional é admitido o efeito infringente dos embargos, pois prolatada a decisão o juiz cumpre seu ofício jurisdicional.<sup>180</sup>

---

<sup>178</sup> Op. cit. nº 144 p. 260.

<sup>179</sup> A propósito: “Em última análise, o que o recorrente pretende é promover outro pronunciamento do Poder Judiciário em face da matéria decidida – quer circunscrita apenas a um ponto da causa (como acontece, em regra, nos agravos e, às vezes, nos embargos), que em sua amplitude (como, habitualmente, na apelação) – por intermédio do mesmo órgão competente. Esse, normalmente, é outro que não o *a quo*, mas poderá ser excepcionalmente, o mesmo. A devolução, assim, deve ser entendida em face do Poder Judiciário, em sua estrutura e em sua unidade: o recorrente provoca, novamente, a manifestação ao Poder Judiciário a respeito da matéria controvertida, por via do recurso hábil. Com esta solução, simples e prática, afastam-se as digressões e divergências, doutrinárias e técnicas, sobre quais os recursos que ensejam, ou não, a devolução. Todos, por este raciocínio devolvem o conhecimento nos limites estabelecidos em lei para cada espécie.” Alcides de Mendonça Lima, *Introdução aos recursos...*, p. 286.

<sup>180</sup> Consultar: Araújo Cintra, *Sobre os embargos de declaração*, RT, São Paulo, v. 595, p. 17, maio de 1985.

#### 3.2.4.4. EMBARGOS INFRINGENTES

O recurso de embargos infringentes constitui influência do direito português sobre o nosso sistema processual.<sup>181</sup>

O intuito dos embargos infringentes é fazer com que prepondere o voto vencido sobre o vencedor. Não é admissível em julgamento unânime, visto que visam à impugnação da parte não unânime (por maioria de votos).

A falta de unanimidade deve ser apurada pela diversidade de conclusões e não de fundamentações. É necessário que os votos sejam diferentes, não bastando a simples relação de oposição existente entre eles.<sup>182</sup>

De acordo com Lei 10.352/2001, apenas cabem embargos infringentes de acórdão não unânime que haja: a) na apelação, reformado a sentença de mérito; b) na ação rescisória, julgado procedente o pedido. Assim, não é mais admissível a interposição dos embargos infringentes contra acórdão não unânime proferido no julgamento de agravo de instrumento.

Na hipótese de dupla conformidade, isto é, quando o julgamento da apelação confirma a sentença de 1ª instância ou quando a rescisória é julgada improcedente, não são cabíveis os embargos infringentes.

---

<sup>181</sup> Consultar: Barbosa Moreira, *Comentários ao Código...*, p. 514.

<sup>182</sup> Nesse sentido: Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda, *Processo Civil Recursos*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 102.

Oportuna, nesse aspecto, a lição de Sérgio Shimura “(...) para o cabimento dos embargos infringentes, é preciso que o acórdão que julga a apelação tenha sido contrário à sentença recorrida. Portanto, é preciso haver dois juízos de mérito (mérito da ação ou do recurso), conflitantes entre si. Se o acórdão for no mesmo sentido da sentença, já não se permitem os embargos infringentes. Portanto, havendo dupla conformidade, ou seja, mera repetição de decisões no mesmo sentido, elimina-se agora a possibilidade dos embargos infringentes. Além disso, é preciso que a apelação tenha sido interposta contra sentença de mérito.”<sup>183</sup>

O efeito devolutivo presente nos embargos infringentes é restrito aos limites da divergência e ao pedido do recorrente, circunscrito apenas à matéria que for objeto do recurso.<sup>184</sup> Por outras palavras, questão unânime não é transferida para o órgão *ad quem*.

Em sentido contrário, Humberto Theodoro Junior entende existir efeito não-devolutivo quando se suscita o reexame do julgado para o próprio órgão que proferiu a decisão.<sup>185</sup>

Ocorre o efeito translativo em relação às matérias de ordem pública, mesmo que não tenham sido objeto de divergência. Tais questões são transferidas à apreciação do tribunal no momento do julgamento do recurso.<sup>186</sup>

---

<sup>183</sup> Sérgio Shimura, Embargos Infringentes e seu novo perfil (Lei 10.352/2001) in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 5*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2002, p. 501.

<sup>184</sup> No sentido do texto: “Os embargos infringentes ensejam o reexame da matéria impugnada: aplica-se aqui, por analogia, o disposto no art. 515, *caput*, relativamente à apelação. Como o recurso não é cabível fora dos limites da divergência ocorrida, segue-se que a extensão máxima da devolução se apura pela diferença entre o decidido no acórdão e a solução que preconiza o voto vencido – ou, se houve mais de um, a solução que preconizava o voto vencido mais favorável ao embargante.” Barbosa Moreira, *Comentários ao Código...*, p. 527.

<sup>185</sup> Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, 41ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 554.

Há autores que entendem que mesmo as questões de ordem pública somente podem ser alegadas no caso de constituírem objeto de divergência.<sup>187</sup>

#### 3.2.4.5. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

O recurso de embargos de divergência tem como finalidade precípua firmar uma jurisprudência uniforme sempre que haja entendimentos díspares entre Turmas. Se posteriormente a jurisprudência firmou-se num sentido, deve-se buscar exatamente essa unidade de pensamento para que o jurisdicionado tenha ciência dessa orientação do Tribunal.<sup>188</sup>

Os embargos de divergência são cabíveis nas seguintes hipóteses: a) em recurso especial, quando uma turma divergir do julgamento da de outra, da seção ou do órgão especial; b) em recurso extraordinário, quando uma turma divergir do julgamento da de outra ou do plenário.

Para que seja admitido o recurso é preciso que o objeto da divergência seja atual e que o dissídio seja demonstrado de forma clara e

---

<sup>186</sup> Pela possibilidade de, nos embargos infringentes, o tribunal examinar questões de ordem pública não objeto da divergência, 1º TACivSP, 3ª Câmara EI 367143-1-2, rel. Juiz Araújo Cintra (JTACivSP 111/32). O STJ firmou entendimento de que, em sede de embargos infringentes, deve-se conhecer de ofício a matéria de ordem pública, ainda que esta não esteja inserida no âmbito de devolutividade deste recurso, isto é, ainda que a questão de ordem pública não se inclua nos limites da divergência - STJ 3ª Turma, Resp 284.523-DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 3/5/2001, deram provimento, v.u., DJU 25/6/2001, p. 173.

<sup>187</sup> Ernane Fidelis dos Santos, *Novos perfis do processo civil brasileiro*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 544.

<sup>188</sup> Conferir: STJ, 1ª Seção, EAG 490.645-RJ Rel. Min. Castro Meira, DJU 10/08/2005.

precisa, não sendo suficiente a mera transcrição das ementas do julgado impugnado.<sup>189</sup>

Portanto, se a jurisprudência já se firmou num determinado sentido, não cabem embargos de divergência porque seria como trazer para cotejo um acórdão ultrapassado em relação à jurisprudência da Turma.<sup>190</sup>

A devolutividade dos embargos é circunscrita à matéria “(...) *objeto de divergência entre a Turma e os demais órgãos do STJ ou STF. Matéria não decidida no acórdão embargado não pode constituir objeto de embargos de divergência.*”<sup>191</sup>

A matéria objeto de divergência delimita o campo de devolutividade, de forma que outras questões não podem integrar o julgamento do recurso.

---

<sup>189</sup> Nesse passo: “A utilização dos embargos de divergência reclama, sob pena de liminar recusa de seu processamento, que o dissídio interpretativo seja demonstrado de forma clara, objetiva e analítica, mencionando-se as circunstâncias que identificam ou tornam assemelhados os casos em confrontos. Não basta, para esse efeito, a mera transcrição das ementas dos julgados invocados como referência paradigmática. Ausência, no caso, do necessário cotejo analítico. A específica função jurídico-processual dos embargos de divergência – que consiste em promover a uniformização da jurisprudência no âmbito do Supremo Tribunal Federal – não autoriza, sob pena de essa modalidade recursal revestir-se de um inadmissível caráter infringente, a revisão de premissas assentadas pelo acórdão embargado na resolução da causa.” STF, Pleno AgRg nos Ediv no RE 115.024-3- SP rel. Min. Celso de Mello, v.u., DJU 20/10/95.

<sup>190</sup> Veja, nesse sentido: Súmulas 158 e 168 do STJ.

<sup>191</sup> A respeito: Nelson Nery Junior, *Teoria Geral...*, p. 445.

### 3.2.4.6. RECURSO ORDINÁRIO

O recurso ordinário permite fundamentação ampla a comportar em seu bojo qualquer debate (de fato ou de direito), ao contrário dos demais recursos que são destinados aos tribunais superiores, que só têm cabimento dentro das rígidas hipóteses previstas na Lei Maior.

Como ressalta Barbosa Moreira, “*O efeito devolutivo produz-se nos mesmos termos que na apelação ou no agravo, consoante o caso. Ao contrário do que ocorre no recurso especial e no extraordinário, a devolução não se limita às questões de direito, mas abrange também as de fato. Se o paradigma é a apelação, incidem o art. 515 e seus parágrafos.*”<sup>192</sup>

Não é um recurso de “estrito direito”, não apresenta fundamentação vinculada, tem efeito devolutivo amplo, grosso modo, faz às vezes da apelação.

### 3.2.4.7. RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

O recurso especial é interposto em face de acórdãos proferidos por tribunais (estadual ou federal).

---

<sup>192</sup> Barbosa Moreira, *Comentários ao Código...*, p. 568-569.

Seu âmbito de devolutividade se cinge às questões de direito federal, de forma a impedir a reavaliação do quadro fático. O mesmo ocorre com o recurso extraordinário.

O recurso extraordinário e o especial têm efeito devolutivo limitado, isto é, restrito às hipóteses legais: “a) o objeto do recurso deve ter sido matéria decidida pelo juízo a quo; e b) da matéria decidida, só poderá ser impugnada pelo recurso a matéria delimitada no âmbito de cabimento do recurso em questão. Desse modo, v.g., não poderá o Superior Tribunal de Justiça decidir acerca da alegação, em recurso especial, de nulidade absoluta, se o Tribunal recorrido não tiver agitado a questão no aresto.”<sup>193</sup>

Em síntese, esses recursos apresentam devolução incompleta ou limitada, ao contrário do que ocorre com o recurso ordinário que permite fundamentação livre.

---

<sup>193</sup> José Miguel García Medina, *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2005, p. 74 e 75.

### 3.3. OS SUCEDÂNEOS DOS RECURSOS

São chamados de sucedâneos alguns remédios que, por não estarem taxativamente previstos no rol do art. 496 do Código de Processo Civil ou na legislação extravagante, não são considerados recursos. Contudo, acabam por desempenhar, de certo modo, a função de recurso.<sup>194</sup>

Os sucedâneos estão disciplinados de forma esparsa na legislação processual civil, a saber: a) pedido de reconsideração; b) correição parcial; c) remessa obrigatória; d) ação rescisória; e) embargos de terceiro; f) medida cautelar inominada; g) *habeas corpus* contra o decreto de prisão civil; h) mandado de segurança contra ato judicial.

Como afirma Araken de Assis, “*O critério para agrupar institutos tão discrepantes sob o excêntrico rótulo ‘sucedâneos dos recursos’ só pode ser o da exclusão: toda vez que faltarem a determinado remédio as notas*

---

<sup>194</sup> Como observa Araken de Assis “A partir dessa característica formal, e examinando o rol do art. 496 na busca do seu denominador comum, porque o vigente Código de Processo Civil, tão pródigo em definições, omitiu-se de enunciar conceito explícito, pode ser afirmar que recurso é “o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial que se impugna.” Por conseguinte, não constituem recursos tanto a ação rescisória, que pressupõe o trânsito em julgado, quanto os *writs* constitucionais – mandado de segurança e *habeas corpus* –, nada obstante prescindirem desse trânsito em julgado e, de regra, ficarem vedados após semelhante condição (Súmula 368 do STF). Infere-se do art. 496, outrossim, destinarem-se os recursos a reformar, invalidar, esclarecer ou integrar o pronunciamento recorrido, atributos indispensáveis ao seu conceito. Na ausência de qualquer deles, não se cuidará de recurso. Essa definição, talvez passível de muitas exceções e reparos, sofrerá tensões, derivadas de legislação errante e movediça, no curso deste trabalho. Independente das fragilidades do conceito há pouco exposto, subsiste o fato de que as partes utilizam, à margem dos recursos estabelecidos em lei, com inaudita desenvoltura, outros e diversos expedientes para eliminar o gravame imposto pela decisão judicial. O conjunto desses meios heterodoxos recebe o nome de “sucedâneos recursais.”, Introdução aos Sucadâneos Recursais *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos n° 6*, São Paulo, RT, 2002, p. 15 e 16.

*essenciais do conceito de recurso, ou seja, a previsão (princípio da taxatividade), a voluntariedade na interposição e desdobramento no processo pendente, em que pese produzir idênticas finalidades, incluir-se-ão dentre os meios aptos a impugnar resoluções judiciais.”*<sup>195</sup>

Não são sucedâneos de recursos<sup>196</sup> os incidentes de uniformização de jurisprudência, declaração de inconstitucionalidade, *habeas data*, mandado de injunção e, por fim, a reclamação<sup>197</sup> para o Supremo Tribunal Federal.

### 3.3.1. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

O pedido de reconsideração existiu na vigência das Ordenações Filipinas, tendo sido mantido pela Consolidação Ribas e por alguns códigos estaduais.

Representa a possibilidade de o órgão judiciário revogar as decisões interlocutórias e afastar os efeitos da preclusão.

O artigo 471 do Código de Processo Civil ao dispor:  
*“Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma*

---

<sup>195</sup> Araken de Assis, Introdução aos Sucadâneos Recursais in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos nº 6*, São Paulo, RT, 2002, p. 17.

<sup>196</sup> Nesse sentido: Nelson Nery Junior, *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2004, p. 75.

<sup>197</sup> Contra: “Não parece lícito, se o alvo do remédio é provimento de órgão judiciário, discriminar a reclamação, perante o STF, ao menos na hipótese de ‘cassar decisão exorbitante de seu julgado’ (art. 161, III, do RISTF), nem a suspensão da liminar para evitar ‘grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas’ (...).” Araken de Assis in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos nº 6*, São Paulo, RT, 2002, p. 16-17.

*lide (...)*”, visa impedir que o juiz se retrate das decisões exaradas no curso do processo.

Estão fora do campo de incidência da referida regra as matérias relacionadas com os pressupostos processuais e condições da ação.

Daí concluir Nelson Nery Junior, “*O limite final para a decisão dessas questões é a preclusão máxima, denominada impropriamente de “coisa julgada formal” ou, em se tratando do juiz de primeiro grau, a prolação da sentença de mérito, quando cumpre e acaba seu ofício jurisdicional.*”<sup>198</sup>

O pedido de reconsideração não é recurso.<sup>199</sup> Isso porque a interposição dessa medida “*dispensa prazo, preparo, dedução de razões do inconformismo e formação de instrumento, significando economia de tempo e dinheiro.*”<sup>200</sup>

Por ser remédio “*(...) sem forma nem figura de juízo, não interrompe nem suspende o prazo para recorrer. Assim, se pedida a reconsideração de uma decisão interlocutória agravável, o dies a quo do prazo será o da intimação da decisão impugnada e não o da decisão que a confirme, indeferindo pedido de reconsideração.*”<sup>201</sup>

---

<sup>198</sup> Nelson Nery Junior, *Teoria Geral...*, p. 95.

<sup>199</sup> Na doutrina, perfilham esse entendimento: Araken de Assis, Condições de admissibilidade dos recursos cíveis, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos de acordo com a Lei 9.756/98*, 1ª ed., 2ª tiragem, Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Junior, São Paulo, RT 1999, p. 38; Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, cit., nº 201 e 269, p.362 e 487; Vicente Greco Filho, *Direito Processual Civil brasileiro*, 14ª ed., Saraiva, 2000, v. 2, nº 73, p. 316; Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda (*Processo Civil Recursos*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 65).

<sup>200</sup> Nelson Nery Junior, *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2004, p. 91.

<sup>201</sup> Nelson Nery Junior, *Teoria Geral dos Recursos...*, p. 92.

Nem seria razoável se entendesse diferentemente, pois se assim não se procedesse, “*o interessado utilizaria o pedido de reconsideração como expediente para dilatar o prazo de recurso*”, que é peremptório e não admite ampliação nem convenção a respeito.<sup>202</sup>

Em se tratando de matéria de ordem pública é possível a formulação de *petitio simplex* para provocar o reexame de questão já decidida.

Não ocorre preclusão para o juiz conhecer questões relacionadas aos pressupostos processuais e condições da ação.<sup>203</sup>

### 3.3.2. REMESSA OBRIGATÓRIA

O reexame necessário teve origem em Portugal (século XIV), tendo sido estruturado de início no processo penal em razão do Direito Canônico (processo inquisitório), instaurado sempre que se chegava ao conhecimento do juiz a *notitia criminis*.<sup>204</sup>

---

<sup>202</sup> Idem.

<sup>203</sup> A respeito: “(...) acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação, não há preclusão para o juiz, enquanto não acabar o seu ofício jurisdicional na causa pela prolação da sentença definitiva. A preclusão é sanção imposta à parte, porque consiste na perda de uma faculdade processual: não se aplica ao juiz, qualquer que seja o grau da jurisdição ordinária. Para o juiz só opera a preclusão maior, ou seja, a coisa julgada.” Pleno do STF, Agrgao 268- DF, 28/04/1982, rel. Min. Alfredo Buzaid, RTJ STF 101/901.

<sup>204</sup> No sentido do texto: “(...) é um instituto de origem eminentemente lusitana, que se incorporou aos ordenamentos processuais brasileiros, com maior amplitude, aliás, do que em Portugal. Não tem paradigma no direito comparado. Seu aparecimento ocorreu em Portugal, para os feitos das injúrias, na Lei de 12.3.1355, quando os juízes podiam agir *ex officio* na instauração daquelas causas criminais. A providência, com nome exclusivo de apelação *ex officio*, foi acolhida pelas três Ordenações famosas: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Tanto relevo apresentava o remádio, que as Ordenações Manuelinas impunham ao juiz que deixasse de apelar a

Somente em 1831 surgiu previsão semelhante no processo civil, denominado de apelação *ex officio* nos casos de sentenças proferidas contra a Fazenda Nacional que excedessem determinado limite de alçada.

Também em outras situações (defesa de outros direitos) era admitido o reexame necessário, a saber: “a) *das sentenças proferidas pelos juízes de defuntos e ausentes em favor de habilitantes e de credores, quando o valor da herança ou da dívida excedesse a dois contos; b) das proferidas em justificações, para tenças ou pensões, que passarem de pessoa a pessoa (Ord. 102, de 23.04.1849); c) nas causas de liberdade, quando as decisões fossem a ela contrárias (Lei 2.040, de 28.09.1871, art. 7º, § 2º e Reg. 5.135, de 13.11.1872, art. 80, § 2º); d) nas causas de nulidade de casamento de pessoas que professam religião diferente da do Estado, quando as sentenças os anularem (Dec. 3.069, de 17/04/1.863, art 12.*”<sup>205</sup>

Posteriormente, com a promulgação da Constituição Federal de 1891, os Estados passaram a ter codificação própria, de modo a regulamentar o reexame necessário.

No atual sistema, vigente desde 1973, o instituto foi mantido não mais denominado de apelação *ex officio*, mas como reexame necessário.

---

pena de perda do cargo, além de outras sanções de caráter pecuniário. Em Portugal, porém, a apelação *ex officio* manteve-se, sempre, na órbita do processo penal, enquanto no Brasil, se estendeu, também, pelo processo civil, com ramificações maiores, aliás. Em nossa Pátria, a medida foi perdendo seu característico criminal, para tornar-se, sobretudo, um ato de ‘maior garantia ao Erário’, pela natureza da maioria das causas em que se tornou exigível. A finalidade principal do instituto, portanto, foi, em nosso meio, a de conceder privilégio ao fisco, quando vencido. A sua necessidade nas causas matrimoniais somente surgiu posteriormente.” Alcides de Mendonça Lima, *Introdução aos recursos cíveis*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1976, p. 178.

<sup>205</sup> Alfredo Buzaid, *Estudos de Direito – Da apelação ex officio no sistema do Código de Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 1972, p. 237 e 239.

Com o advento da Lei 10.352/01, o reexame necessário passou a ter a seguinte redação:

*“Art. 475 Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:*

*I- proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;*

*II- que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).*

*§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los.*

*§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.*

*§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.”*

A Lei 10.352/2001 alterou de forma substancial o reexame necessário, notadamente, quando dispensou a remessa obrigatória nas sentenças de anulação de casamento.

Diz a Lei em seus motivos, “(...) *o reexame necessário não mais apresenta qualquer sentido, em sistema jurídico que passou a admitir o divórcio a vínculo.*”

Outra inovação é prevista no § 2º ao disciplinar sua inaplicabilidade no reexame necessário: “(...) *sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.*” (grifo nosso).

Como se vê, corrigiu-se o equívoco existente anteriormente no referido parágrafo, que previa ‘improcedência da execução’, pela correta expressão ‘procedência dos embargos’.

Em rigor, a procedência ou a improcedência é tema que toca aos embargos e não à execução, daí por que a mudança proposta pela Lei 10.352/2001.

Também houve por bem acabar com o reexame das causas de valores não excedentes a 60 salários mínimos.

Não é exigido o reexame necessário nas hipóteses de sentença fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, nos casos de ações diretas de inconstitucionalidade ou de Súmula de Tribunal Superior.

Em relação à natureza jurídica<sup>206</sup> da remessa obrigatória, lembra Sérgio Bermudes que nada mais é que uma “apelação *ex officio*”, portanto, uma espécie de recurso.<sup>207</sup>

Todavia, a doutrina majoritária entende que não é um recurso, pois, para ser reconhecido como tal, deve estar previsto no Código de Processo Civil (princípio da taxatividade) ou em lei federal.<sup>208</sup>

Há outros argumentos a reforçar esse entendimento: inexistente interesse oriundo da sucumbência de modo a justificar o recurso; o juiz não sofre nenhum prejuízo com a decisão proferida; o conflito de interesses, deduzido em juízo, não lhe diz respeito; por fim, há falta de legitimidade, pois apenas as pessoas enumeradas no art. 499 do Código de Processo Civil podem recorrer.

Ao juiz somente é deferida legitimidade em situações excepcionais, isto é, nos casos de suspeição ou impedimento.<sup>209</sup>

---

<sup>206</sup> Nesse passo: “Torna-se claro, portanto, que o reexame necessário tem natureza jurídica de condição suspensiva *ex lege*. Essa suspensividade é entendida como um prolongamento da ineficácia natural da própria sentença em virtude de situações taxativamente previstas em lei. Tal condição suspensiva, repita-se mais uma vez, não difere daquela a que está sujeita a sentença impugnada por ‘recurso com efeito suspensivo’, a não ser quanto à circunstância de ser originada de ato voluntário (recurso) e a outra da própria lei (*ex lege*).” Jorge Tosta, *Do Reexame Necessário*, São Paulo, RT, 2004, p. 169.

<sup>207</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, v. III, nº 21, p. 31 ss.

<sup>208</sup> Nesse sentido: Arruda Alvim, *Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo, 1976, v. III, p. 12; Alfredo Buzaid, *Da apelação ex officio*, cit. n. 32 e ss., p. 45 e ss.; Alcides de Mendonça Lima, *Introdução aos recursos cíveis*, p. 185; Cláudia A. Simardi, *Remessa obrigatória in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos nº 6*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, RT, 2002, p. 117; Jorge Tosta, *Do Reexame Necessário*, São Paulo, RT, 2004, p. 152; Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda, *Processo Civil Recursos*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 54.

<sup>209</sup> No sentido do texto: “No incidente da exceção de suspeição ou impedimento, a posição de exceto toca ao próprio juiz recusado, visto que o excipiente se dirige ao órgão judiciário superior para tentar diretamente a exclusão de sua pessoa da relação processual. Sua posição assemelha-se à de um réu, durante a tramitação do procedimento incidental, tanto que, se a exceção for procedente, o juiz sofrerá até condenação nas custas (art. 314).” Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, 41ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 358.

O reexame necessário não se submete aos aspectos pertinentes à teoria geral dos recursos, faltando-lhe as seguintes características: a) voluntariedade<sup>210</sup>; b) tipicidade; c) dialeticidade; d) interesse em recorrer; e) legitimidade; f) preparo.

Da mesma forma, sujeitam-se à remessa obrigatória: a sentença de procedência do mandado de segurança (art. 12, parágrafo único da Lei 1.533/51); a que condena a Fazenda a indenizar, em ação de desapropriação, pelo dobro da quantia oferecida na petição inicial (art. 28, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/41); a que condena a Fazenda Pública em ação de desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária, em quantia superior a 50% do valor oferecido na inicial (art. 13, § 1º, da Lei Complementar 76/93); a de procedência de ação anulatória de retificação de registro realizado por pessoa jurídica de direito público (art. 213 da Lei 6.739/79).

A Lei 10.352/2001, que alterou o artigo 475 do Código de Processo Civil, não modificou os casos de reexame necessário previstos na legislação especial.

Nessa quadra decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “A *matéria cuida da aplicação ou não da alçada (valor superior a sessenta*

---

<sup>210</sup> Em sentido contrário: “É indubitável que o princípio da voluntariedade deve estar presente em todo recurso. Porém, afirmar que tal característica inexistente no reexame necessário é olvidar da própria história do instituto e, presentemente, do disposto no art. 898 da Consolidação das Leis do Trabalho.” E, ainda, “Não é a voluntariedade presente nessa forma de reexame necessário que lhe atribui a natureza recursal. Porém, pode-se dizer que existem duas espécies de reexame: o obrigatório e o voluntário. Note-se que o obrigatório aqui não tem o mesmo sentido de necessário. O reexame é obrigatório quando a lei não oferece ao Juiz a possibilidade de decidir se determina ou não a remessa dos autos a outro órgão hierarquicamente superior. É, por outro lado, necessário porque a lei assim determina, ou porque o Juiz assim entende, como no caso do art. 898 da CLT. Quando o Presidente do Tribunal opta por remeter os autos ao órgão hierarquicamente superior, este deve reexaminar a decisão, não lhe sendo lícito devolvê-los ao órgão *a quo*. Logo, impropriedade alguma há em afirmar que o reexame necessário é gênero do qual são espécies o reexame necessário obrigatório e o reexame necessário facultativo.” Jorge Tosta, *Do reexame...*, p. 155-158.

salários mínimos) prevista no art. 475, § 2º do CPC à remessa obrigatória da ação mandamental. A alteração introduzida pelo legislador quanto às hipóteses sujeitas à remessa obrigatória alcançou tão-somente, o CPC, não tendo ocorrido qualquer alteração na Lei do mandado de segurança. A teor do art. 2º da LICC, a lei geral não tem o condão de revogar ou modificar lei especial, o que afasta a aplicação subsidiária do § 2º do art. 475 do CPC à ação mandamental.” Precedentes citados: Resp 655.958/SP, DJ 14/2/2005; Resp 627.598/SP, DJ 8/11/2004; AgRg no Resp 619.074/SP, DJ 8/11/2004; Resp 625.219/SP, DJ 29/11/2004 e Resp 664.873/SP, 2ª Turma, rel. Eliana Calmon, julgado em 24/05/2005.

No estudo do reexame necessário surge tema polêmico quanto à possibilidade de se admitir ou não a *reformatio in pejus* em relação à Fazenda Pública, vale dizer, o tribunal *ad quem*, ao tomar conhecimento da remessa obrigatória, pode piorar a situação da entidade estatal, que teve contra si sentença desfavorável.

Sustenta Barbosa Moreira “(...) na hipótese do art. 475, I, se a decisão da causa, na primeira instância, foi parcialmente desfavorável à União, ao Estado, ao Distrito Federal ou ao Município, e não houve apelação alguma - nem do outro litigante, nem da Fazenda Pública- , os autos sobem exclusivamente para reapreciação da parte em que ficou vencida; ocorrerá, portanto, *reformatio in peius* caso o tribunal lhe agrave a situação, negando-lhe algo que o órgão a quo lhe reconheceu, ou reconhecendo ao adversário algo que o acórdão a quo lhe negara. É claro que, se o litigante adverso tiver apelado (sem limitar seu recurso), a devolução é total, haja ou não apelação da

*Fazenda - e em semelhante hipótese, à evidência, não cabe sequer cogitar de reformatio in peius.*”<sup>211</sup>

A jurisprudência do Superior Tribunal Justiça não admite a piora da situação do órgão estatal, considerando nulo o acórdão que assim decide, sob o argumento de que haveria afronta ao princípio da *reformatio in pejus*.<sup>212</sup>

É o entendimento sufragado na Súmula 45 do Colendo Superior Tribunal Justiça: “*No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.*”<sup>213</sup>

O reexame necessário tem por intuito resguardar os interesses da sociedade, que são representados no processo civil pela Fazenda Pública.

A par disso, afirma Jorge Tosta “*Inexistindo pedido da sentença naquilo em que o particular sucumbiu, não pode haver, por força do princípio dispositivo, atividade jurisdicional. Essa é essencialmente inerte, sendo-lhe defeso atuar de ofício, salvo nas hipóteses legais taxativamente*

<sup>211</sup> *Comentários ao Código...*, p. 432 e 433.

<sup>212</sup> Fere a proibição de *reformatio in pejus* a decisão que, na remessa de ofício, agrava a condenação impingida à Fazenda Pública, sabendo-se que o duplo grau de jurisdição só a ela aproveita. Se a parte vencedora no primeiro grau de jurisdição deixou de recorrer, conclui-se que se conformou, *in totum*, com o julgamento, não se lhe podendo beneficiar mediante um recurso cujo interesse à tutela não é seu. Resp 112.681-SP 1ª Turma Min. Demócrito Reinaldo, j. 03/04/1997.

<sup>213</sup> Em sentido contrário, segundo afirmam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, “Não há falar-se em *reformatio in peius* no reexame obrigatório. A proibição da reforma para pior é consequência direta do princípio dispositivo, aplicável aos recursos: se o recorrido dispôs de seu direito de impugnar a sentença, não pode receber benefício do tribunal em detrimento do recorrente. Isto não acontece na remessa necessária, que não é recurso nem é informada pelo princípio dispositivo, mas pelo inquisitório, onde ressalta a incidência do interesse público do reexame integral da sentença. É o que se denomina de efeito translativo, a que se sujeitam as questões de ordem pública e a remessa necessária. O agravamento da situação da Fazenda Pública pelo tribunal não é reforma para pior, mas consequência natural do reexame integral da sentença, sendo, portanto, possível.” *in Código de Processo Civil Comentado*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2003, p. 813-814. No mesmo sentido: TRF – 3ª, JSTJ 35/468. Contra: STJ 45.

*previstas, orientadas pelo princípio inquisitório. Logo, o acórdão que julgar o reexame necessário em prejuízo do ente público, no todo ou em parte, sem que tenha havido recurso, é juridicamente inexistente, pela falta de dois pressupostos processuais de existência: o pedido e a jurisdição recursal.”*

O mesmo autor também cita acórdãos que julgam pedidos diversos daqueles fixados nas impugnações dos recursos, de modo a extrapolar o âmbito de translatividade do reexame. Isso ocorre, por exemplo, “(...) a) acrescentar à condenação da Fazenda Pública a incidência da taxa Selic, não referida na sentença de primeiro grau; b) substituir o critério de incidência dos juros moratórios, que na sentença foi estipulado a contar do trânsito em julgado, para fixa-los a partir da citação; c) majorar o benefício acidentário para percentual superior ao fixado na sentença; d) condenar a entidade de direito público em honorários advocatícios, quando a sentença de primeiro grau não o fez; e) majorar o percentual de honorários advocatícios fixados na sentença; f) fixar os honorários advocatícios sobre o valor da condenação, quando a sentença fixou sobre o valor da causa; g) aumentar os juros de mora fixados na sentença.”<sup>214</sup>

Em sentido contrário pensa Nelson Nery Junior ao defender que o tema em questão não se coloca no campo da *reformatio in pejus*, mas sob o aspecto da translatividade presente nos recursos. Tal efeito deve ser compreendido numa dimensão ampla em que algumas matérias são transferidas ao órgão *ad quem* independentemente de provocação das partes.<sup>215</sup>

---

<sup>214</sup> *Do Reexame...*, p. 224 - 227.

<sup>215</sup> *Teoria Geral dos Recursos...*, p. 189.

O efeito translativo decorre do próprio sistema processual que autoriza o tribunal a conhecer determinadas matérias que não foram objeto de impugnação das partes, de forma a não violar o princípio dispositivo.

Isso ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública que são conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não ocorre preclusão, a saber: arts. 267 § 3º; 301 § 4º; 515, §§ 1º, 2º e 3º; 516 do Código de Processo Civil.

Assim, não existe qualquer infração ao princípio da *reformatio in pejus*. Para o tribunal não há restrição ao reexame, uma vez que poderá analisar as questões de forma ampla prescindindo de provocação das partes.

Em nosso sentir, o tema em questão deve ser estudado num plano superior, vale dizer, algumas matérias de ordem pública são transferidas ao tribunal independentemente de provocação das partes, pois o efeito translativo é amplo não havendo qualquer violação ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*.<sup>216</sup>

---

<sup>216</sup> Nesse sentido: Cassio Scarpinella Bueno, Efeitos dos Recursos *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 10*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2006, p. 85 e 86; Cláudia A. Simardi, Remessa obrigatória *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos nº 6*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, RT, 2002, p. 127.

### 3.3.3. CORREIÇÃO PARCIAL

A palavra correição significa a possibilidade de emendar ou reformar alguma decisão. No código de processo civil de 1939, a correição parcial era manejada como um recurso de agravo de instrumento.

A correição parcial é uma providência administrativa ou de caráter disciplinar, tendo por finalidade corrigir fato que demonstre abuso ou inversão tumultuária do processo. É utilizada para os casos não previstos no sistema recursal.

O recurso de agravo disciplinado na lei processual civil acabou por inviabilizar o cabimento da correição parcial, uma vez que o campo de incidência do agravo também compreende as hipóteses de atuação daquele recurso.<sup>217</sup>

Em sentido contrário, Vicente Greco Filho afirma subsistir hipóteses que o agravo não pode corrigir.<sup>218</sup>

---

<sup>217</sup> Existem julgados no sentido da inaplicabilidade da medida tendo em vista o cabimento do recurso de agravo de instrumento: “(...) TJSP, Correição Parcial 19.743-0, Rel. Des. Lair Loureiro; TJSP, Correição Parcial 81.761-4, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Guimarães e Souza. Há decisões não admitindo a correição parcial no caso concreto, porém reconhecendo a possibilidade de utilização do instrumento, em tese, desde que observados certos requisitos: TJSP, Correição Parcial 22.462-1, Rel. Des. Marcus Andrade; TJSP, Correição Parcial 17.007-0, Rel. Weiss de Andrade; TJSP, Correição Parcial 203.129-1, Rel. Leite Cintra; TJSP, Correição Parcial 13. 224-0/2, Rel. Marino Falcão, RT 671/83. Há, ainda, decisões admitindo a aplicação do princípio da fungibilidade permitindo que a correição parcial seja recebida como se agravo fosse: RT 579/160; RT 663/74. Não admitindo a aplicação do princípio da fungibilidade, temos: TJSP, Correição Parcial 245. 267-1, Rel. Leite Cintra; TJSP, Correição Parcial 199.865-1, Rel. Des. Marco César.” Patrícia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda, *Processo Civil Recursos*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 59 - 60.

<sup>218</sup> *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 2º, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 315.

A correção parcial, em regra, vem disposta nos códigos de organização judiciária ou nos regimentos internos dos tribunais.

Pelo fato de não estar disciplinada em lei federal, conforme art. 22, I da Constituição Federal, é considerada inconstitucional, uma vez que é de competência privativa da União legislar sobre direito processual.

Por consequência, aos Estados da Federação é vedado legislar, ainda que em caráter supletivo sobre matéria de direito processual, em especial, questão envolvendo recursos.

O sistema processual civil permite ampla recorribilidade das decisões interlocutórias<sup>219</sup>, razão pela qual é despiciendo a manutenção desse instrumento destinado à correção dos *errores in procedendo*.

Há quem sustente a previsão da correção parcial para o caso de omissão do juiz.

Defendendo a subsistência da correção parcial após o Código de Processo Civil de 1973, destaca-se a opinião de Barbosa Moreira: *“Quanto à correção parcial, é oportuno registrar que, no Estado do Rio de Janeiro, onde se denomina reclamação, cabe em face de ‘omissões do juiz’ (Código de Organização e Divisão Judiciárias, art. 219), e aí não existe agravo de instrumento que a substitua, pois omissão não é decisão.”*<sup>220</sup>

---

<sup>219</sup> A respeito: “Agravável a decisão que, de ofício, alterou o rito processual, não cabe lançar-se mão da correção parcial.” RMS 4.903/RJ, 5ª Turma do STJ, DJ de 24/05/1999.

<sup>220</sup> *Comentários ao Código...*, p. 487.

Assim, tem se entendido que, na hipótese de requerimento de correção parcial, quando cabível o recurso de agravo, a jurisprudência admite a conversão da correção em agravo<sup>221</sup>, desde que aquela seja deduzida no prazo deste.<sup>222</sup>

A inconstitucionalidade da correção parcial é marcada por alguns fatores, quais sejam: “a) *se a medida for processual, o legislador estadual agiu em desconformidade com a CF, que confere competência legislativa em matéria processual unicamente à União; b) se administrativa, infringe a independência da função jurisdicional, porque sujeita atos jurisdicionais a controle por órgãos administrativos (...).*”<sup>223</sup>

Por derradeiro, a correção parcial perdeu função no sistema processual, tendo em vista que todas as decisões interlocutórias podem ser impugnadas por meio de recurso de agravo.<sup>224</sup>

---

<sup>221</sup> Nesse passo: RT 631/171; RF 246/383; RTJESP 45/225; 50/295; 114/440; 118/461; 125/453; 128/423.

<sup>222</sup> JTACivSP, 172/289.

<sup>223</sup> Nelson Nery Junior, *Teoria Geral dos Recursos...*, p. 89.

<sup>224</sup> Com o advento da Lei 11.187/2005 que conferiu nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, impondo limitação ao último e estabelecendo como regra o regime de retenção. Será possível o uso da correção parcial em face dessa mudança legislativa? Nesse sentido: “Em casos tais, a demora inerente ao agravo retido imporá o emprego, como recurso processual útil, do agravo por instrumento. A não ser assim, veremos o ressurgimento do mandado de segurança, como anômalo sucedâneo recursal. Tudo sucintamente considerado, cumpre indagar: irá o legislador conseguir, com a aplicação da nova lei, o objetivo de erigir o agravo retido como “agravo padrão”? Devo manifestar fundadas dúvidas. Bem pensando, o recurso-padrão das interlocutórias era, e continuará a ser, o agravo por instrumento, permissivo de uma breve solução da questão incidental, mantendo-se o agravo retido numa posição ancilar, empregado em hipóteses de menor importância.” Athos Gusmão Carneiro, *Do Recurso de Agravo Ante a Lei 11.187/2005 in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 10*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2006, p. 46 e 47.

#### 4. O DUPLO GRAU E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Segundo Nelson Nery Junior, a questão do duplo grau vem relacionada com a possibilidade de recurso da sentença, sendo que as discussões surgidas acerca da incidência ou não desse princípio não pertencem ao plano do debate.

Daí concluir, *“O que ocorre nesse caso, em verdade, é a discussão sobre a competência do órgão julgante para conhecer e julgar esta ou aquela questão ou causa. Nada tem a ver com o duplo grau de jurisdição. Quando o CPC estabelece que a competência para julgar determinada causa é do juiz monocrático de primeiro grau, quer isto significar que somente com a sentença de mérito é que estará exaurida a sua competência para o exercício da atividade jurisdicional (CPC 463 caput). Assim, se tribunal der provimento à apelação, este segundo julgamento terá efeito apenas de cassação, vale dizer, determina o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, a fim de que este profira julgamento sobre o mérito.”*<sup>225</sup>

Na verdade a mudança legislativa cuida de atribuição de competência deferida ao tribunal em virtude de lei, possibilitando o exame do mérito diretamente pelo órgão *ad quem* no caso de sentença terminativa.

---

<sup>225</sup> Nelson Nery Junior, *Teoria Geral dos Recursos...*, p. 46.

A alteração realizada no parágrafo terceiro do art. 515 do CPC autoriza o tribunal a julgar fora dos limites do pedido por força do efeito translativo, de modo a suscitar a revisão de alguns institutos, em especial, o do duplo grau de jurisdição.<sup>226</sup>

Outro ponto a ser abordado, nesse particular, é em relação à possibilidade de supressão do direito ao duplo grau de jurisdição configurar uma inconstitucionalidade.

Os princípios traduzem regras gerais de grande densidade valorativa e baixa carga normativa a espriar-se por cima de todo o ordenamento jurídico.

São valores que se irradiam sobre um conjunto de normas, podendo ser gerais quando se referem a todo o sistema jurídico e específicos relacionados à determinado campo do ordenamento.

Oportuna, aliás, a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier *“Um princípio não deve ter sua existência posta em dúvida, só porque não se aplica a determinada situação concreta. Em virtude das peculiaridades de uma dada situação, pode ocorrer a incidência de um afastamento de outro. O comum, pois, é que o choque de princípios se manifeste em situações concretas, não ficando, em tese, comprometido aquele que não foi aplicado.”*<sup>227</sup>

---

<sup>226</sup> No sentido do texto: “Modificou substancialmente tal regime a Lei nº 10.352, ao acrescentar ao art. 515 o § 3º, a cuja luz pode ocorrer, agora, que uma sentença meramente terminativa venha a ser substituída por acórdão relativo ao *meritum causae*. Ampliou-se o efeito devolutivo da apelação e, do mesmo passo, tornou-se inevitável a revisão das idéias correntes acerca do princípio do duplo grau de jurisdição.” Barbosa Moreira, *Comentários ao Código...*, p. 430.

<sup>227</sup> *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, RT, 2002, p. 94-95.

No campo dos princípios não há direitos absolutos e inflexíveis perante a ordem jurídica. A questão deve ser compreendida em face do sistema, de modo a permitir uma maior ou menor acomodação de valores diante do fato concreto.<sup>228</sup>

A Constituição Federal ao balizar o perfil estrutural do Poder Judiciário e de seus tribunais não adotou expressamente o princípio do duplo grau de jurisdição, mas o considerou como implícito, derivado do próprio sistema.<sup>229</sup>

Se até os princípios expressos em nosso sistema constitucional são passíveis de ajustes, quando em confronto com outros da mesma magnitude (princípio da proporcionalidade), com mais razão seriam os de natureza implícita.

---

<sup>228</sup> No sentido do texto: “(...) *en el problema de la invalidez de principios, se trataba de principios sumamente débiles, es decir, de principios que, en ningún caso, preceden a otros. En el caso de los principios absolutos, se trata de principios sumamente fortes, es decir, de principios que, en ningún caso, pueden ser desplazados por otros. Si existen principios absolutos, hay que modificar la definición del concepto de principio, pues el hecho de que exista principio que, en caso de colisión, tiene que proceder a todos los otros principios, es decir, también a aquél que dice que las reglas estatuidas tienen que ser obedecidas, significa que su realización no conoce límites jurídicos. Sólo siguen existiendo límites fácticos. El teorema de la colisión no es aplicable. Es fácil argumentar en contra de la validez de principios absolutos en un ordenamiento jurídico que reconoce derechos fundamentales. Los principios pueden referirse a bienes colectivos o a derechos individuales. Cuando un principio se refiere a bienes colectivos y es absoluto, las normas de derecho fundamental no pueden fijarle ningún límite jurídico. Por lo tanto, hasta donde llegue el principio absoluto, no pueden haber derechos fundamentales. Cuando el principio absoluto se refiere a derechos individuales, su falta de limitación jurídica conduce a la conclusión de que, en caso de colisión, los derechos de todos los individuos fundamentados por el principio tienen que ceder frente al derecho de cada individuo fundamentado por el principio, lo que es contradictorio.*” Robert Alexy, *Teoría dos derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993, p. 106.

<sup>229</sup> A propósito: “A Constituição Federal prestigia o duplo grau como princípio, não como garantia, ao enunciar seguidas vezes a competência dos tribunais para o julgamento dos recursos; mas ela própria põe ressalvas à imposição desse princípio, especialmente ao enumerar hipóteses da competência originária dos tribunais, nas quais é quase sempre problemática a admissibilidade de algum recurso, seja para o próprio tribunal, seja para outro de nível mais elevado. Em face disso, em princípio não é inconstitucionalmente repudiada uma norma legal que confine em um só grau jurisdicional o julgamento de uma causa ou que outorgue competência ao tribunal para julgar alguma outra, ainda não julgada pelo juiz inferior.” Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 151.

Essa afirmação não impede que a lei ordinária estabeleça exceções ao duplo grau, de forma a realçar outro princípio (razoável duração do processo). Basta o legislador infraconstitucional iluminar os limites de atuação do duplo grau no ordenamento jurídico.

O sistema legal é estruturado por meio de seleções ou opções políticas que fixam o perfil dos recursos.

Isso porque, consoante explica Mandrioli, “(...) *determinati comportamenti umani che il legislatore ha considerato idonei a soddisfare determinati interessi e precisamente quegli interessi che, a seguito di una valutazione di politica legislativa, ha ritenuto meritevoli di protezione.*”<sup>230</sup>

Desse modo, não é inconstitucional o novo parágrafo terceiro do art. 515, ao criar uma nova realidade em nosso sistema processual, permitindo o julgamento do pedido (pelo tribunal), nos casos de extinção do processo (art. 267), desde que a causa trate de matéria exclusivamente de direito, ou sendo de direito e de fato esteja suficientemente instruída.

Em sentido contrário, há quem afirme constituir o duplo grau de jurisdição um princípio intangível, que não pode sofrer qualquer alteração pelo legislador ordinário, de caráter dogmático.<sup>231</sup>

---

<sup>230</sup> Tradução livre: (...) determinados comportamentos humanos que o legislador reputou idôneos a satisfazer determinados interesses e precisamente aqueles interesses que, seguidos de uma valoração de política legislativa, foram considerados merecedores de proteção. Crisanto Mandrioli, *Diritto Processuale Civile*, v. 1, 15ª ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 2003, p. 11.

<sup>231</sup> Sobre a matéria ver: José Rogério Cruz e Tucci, *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2002, p. 100 e ss; Djanira Maria Radamés De Sá, *Duplo Grau de Jurisdição*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 99 e ss; Aline Araújo Passos, *Duplo Grau de Jurisdição...*, p. 92 e ss.

Nesse contexto, Djanira Maria Radamés de Sá “(...) admitir que dois graus de exame são suficientes para assegurar o máximo de probabilidade de justiça e segurança da decisão, firmando-se, com isso, posicionamento no sentido de que a previsão da possibilidade de utilização ilimitada (no sentido de conteúdo) do recurso de apelação contra as sentenças extintivas do processo constitui a característica do princípio do duplo grau de jurisdição.”<sup>232</sup>

Não obstante tal argumento, não se pode considerar o duplo grau como princípio de incidência obrigatória e absoluta, pois implica reduzir seu status constitucional, isto é, “(...) não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa – digamos, individual – termina por infringir uma outra – por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um ‘princípio de proporcionalidade’ para que se possa respeitar normas, como os princípios – e, logo, também normas de direitos fundamentais, que possuem o caráter de princípios -, tendentes a colidir.”<sup>233</sup>

Não se deve estruturar tal princípio de forma estanque e impossível de ser contrastado com outros princípios.

Como ressalta Teresa Arruda Alvim Wambier, “(...) não pode, todavia, significar que o princípio deva incidir, como se fosse uma minuciosíssima norma posta, de um regulamento administrativo, sempre, sobre uma situação jurídica detalhadamente descrita. Paradoxalmente, sua incidência

---

<sup>232</sup> Duplo Grau de Jurisdição..., p. 92.

<sup>233</sup> Willis Santiago Guerra Filho, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, São Paulo, Celso Bastos, 1999, p. 45.

*nesses moldes retirar-lhes-ia o status, a grandeza e a abrangência, própria dos princípios.*”<sup>234</sup>

Tratar o princípio do duplo grau em plano puramente cartesiano é ignorar a lição alvitada por Carlos Maximiliano: *“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis.*”<sup>235</sup>

Como se vê, a aplicação desse princípio não é ilimitada, ou seja, o legislador ordinário pode restringir o cabimento dos recursos e suas hipóteses de incidência, a saber: a) art. 34 da Lei 6.830/1980, que trata da oposição dos embargos infringentes julgados pelo próprio juiz e limitado a certo valor; b) decisões irrecorríveis da justiça do trabalho (art. 893 da CLT); c) impossibilidade de interposição de recurso contra decisão que releva a pena de deserção, nos termos do parágrafo único do art. 519 do Código de Processo Civil.

A possibilidade prevista em nosso sistema processual antes de, vulnerar o princípio do duplo grau de jurisdição, homenageia e reforça outros valores relacionados à razoável duração do processo.

O duplo grau não deve servir de atributo para toda e qualquer decisão judicial, sob pena de não garantir efetividade ao processo e ao direito de ação, podendo contribuir cada vez mais para uma tardia prestação jurisdicional, o que viola o princípio do acesso à justiça.

---

<sup>234</sup> *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma...*, p. 93.

<sup>235</sup> *Interpretação e Aplicação do Direito*, 2ª ed., Livraria do Globo, 1933, p. 183.

#### 4.1. O DUPLO GRAU E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal, previsto no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, é princípio basilar do direito processual sobre o qual todos os outros deitam suas raízes. É, também, regra inerente à noção de Estado Democrático de Direito.

Oportuna, nesse passo, a lição de Nelson Nery Junior “(...) bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É por assim dizer gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.”<sup>236</sup>

Como decorrência do devido processo legal surgem outros princípios: a) da publicidade dos atos processuais; b) da proibição do uso de provas ilícitas; c) da garantia do juiz natural; d) do contraditório; e) do procedimento regular; f) da razoável duração do processo.

Aliás, é apenas num Estado Democrático de Direito, lugar onde a participação popular é garantida por meio de mecanismos democráticos

---

<sup>236</sup> Nelson Nery Junior, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 5ª ed., São Paulo, RT, 1999, p. 30.

(voto, referendo e plebiscito), que o devido processo legal encontra solo fértil para sua aplicação.

Por outro vértice, não há que se falar na utilização do devido processo legal - instrumento garantidor da tutela da vida, liberdade e propriedade, num Estado totalitário, lugar em que a participação da população não encontra ressonância na condução dos desígnios do país.

O devido processo legal teve sua origem na Inglaterra em 1215, na *Magna Charta* de João Sem Terra, tendo o seu art. 39 feito menção à *law of land*. Nesse período não era utilizada a denominação “devido processo legal”.

O princípio do *due process of law* relaciona-se de forma estrutural como bens relacionados à vida, à liberdade e à propriedade, apresentando acepção ampla de modo a garantir sobre todos esses bens sua defesa. É nesse contexto em que se insere a cláusula do *due process clause*.

A par disso, afirma Sampaio Dória “(...) a busca de preceito constitucional explícito, para servir de veículo de atuação de todo um indefinido e indefinível corpo de ‘leis naturais’, não tardou em deparar com o único dispositivo da constituição, que se prestava idoneamente a essa finalidade: a cláusula *due process of law*. Conveniente vaga em sua expressão literal (embora, conforme vimos, com nítido sentido processual em sua tradição histórica), proibindo a infringência a direitos relativos à vida, liberdade e propriedade, a cláusula em apreço vinha a talhe de foice para se constituir em

*instrumento hábil a amparar a expansão das limitações constitucionais ao exercício do poder legislativo federal e estadual.*”<sup>237</sup>

Em sentido processual, a expressão apresenta um significado mais restrito, a saber: “(...) a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por violação de leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre a acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra auto-incriminação.”<sup>238</sup>

A existência apenas do princípio do devido processo legal na Constituição Federal torna desnecessária a presença do *caput* e demais incisos do art. 5º, pois a “(...) explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o legislativo e o judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações.”<sup>239</sup>

---

<sup>237</sup> *Direito Constitucional Tributário e Due Process of Law*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 30.

<sup>238</sup> Nesse sentido: Nelson Nery Junior, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 5ª ed., São Paulo, RT, 1999, p. 39.

<sup>239</sup> Nesse sentido: Nelson Nery Junior, *Princípios do Processo Civil...*, p. 40.

Há quem afirme que a relação estabelecida entre o duplo grau de jurisdição e o devido processo legal baseia-se mais numa opção política do que jurídica.<sup>240</sup>

De certo modo, isso ocorre no campo do sistema processual civil, sistema em que o legislador infraconstitucional estabelece critérios para restringir o cabimento dos recursos e as hipóteses de incidência.

O mesmo acontece quando a lei processual cria ou extingue recursos, salvo o recurso extraordinário e o especial que estão previstos na Constituição Federal.<sup>241</sup>

Exemplo de extinção de recursos ocorre na Lei de Execuções Fiscais, em que não se admite apelação contra sentença em execuções de valor igual ou inferior a 50 Obrigações do Tesouro Nacional – (OTN), permitindo-se apenas embargos infringentes e de declaração dirigidos ao próprio juiz, nos termos do art. 34 da Lei 6.830/80.

---

<sup>240</sup> Oreste Nestor de Souza. Laspro, *Duplo Grau...*, p. 93.

<sup>241</sup> Como ressalta Alcides de Mendonça Lima ao comentar a Constituição Federal de 1967: “(...) do ponto de vista constitucional, poderia o legislador federal extinguir todos os recursos previstos no Código de Processo Civil (ou em diplomas similares de qualquer ramo, de modo que os Tribunais de Justiça (não os de Alçada), por for força da Constituição Federal, somente teriam garantida a atividade prescrita no referida no referido art. 144, § 3º: competência originária. O Tribunal Federal de Recursos, porém, ante o teor do citado art. 122 n. II, teria sempre assegurada sua função de juízo *ad quem*, ao menos sob a égide da praxe ou de disposições regimentais, se lei não houvesse a respeito do assunto. Na esfera estadual, portanto, qualquer que fosse a natureza ou o valor da causa, não haveria mais recurso para o mesmo juízo ou para os órgãos normais de segundo grau. Entretanto, nem por isso, a instituição estaria banida de nosso ordenamento processual, embora a restrição chegasse aos limites da própria extinção. Do juízo originário de primeiro grau estadual, a causa poderia ascender diretamente ao Supremo Tribunal Federal, desde que ocorresse, no mínimo, um dos motivos do art. 119, n. III, da Constituição Federal, apesar das limitações nele contidas. Mas, de qualquer modo, as partes teriam recurso a seu alcance, ainda que de âmbito limitado. As causas da Justiça Federal comum, porém, contariam normalmente com recurso para o Tribunal Federal de Recursos, *ex vi* do mencionado art. 122, n. II da Constituição Federal. O princípio, pois, do duplo grau, mesmo fracionado, estaria resguardado e incólume em sua pureza!” *Introdução aos recursos cíveis*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1976, p.142-143.

## 4.2. A LIMITAÇÃO DO DUPLO GRAU À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O legislador infraconstitucional também considerou mais uma opção política do que jurídica a inclusão do novo parágrafo terceiro ao art. 515 do Código de Processo Civil.

Por isso, “(...) *chega-se à conclusão de que, ao ampliar a extensão do efeito devolutivo da apelação, optou o legislador pela celeridade. Nessa medida, situações análogas devem receber o mesmo tratamento. Sempre que a devolução dos autos à origem for desnecessária, porque a controvérsia já se encontra adequadamente reproduzida, o Tribunal deverá examinar a pretensão formulada pelo autor, ainda que o juiz não o tenha feito.*”<sup>242</sup>

Esse novo parágrafo está vazado nos seguintes termos:

“*Nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.*”

---

<sup>242</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, *Apelação: Questões Sobre Admissibilidade e Efeitos in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis nº 7*, Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2003, p. 450.

A recente alteração legislativa tem por propósito garantir uma maior efetividade na prestação jurisdicional (razoável duração do processo).

Essa mudança infraconstitucional encontra guarida na Constituição Federal, quando dispõe “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”, art. 5º, LXXVIII.

O novo parágrafo terceiro do art. 515 possibilita o tribunal julgar o pedido nos casos de extinção do processo (art. 267), desde que a causa trate de matéria exclusivamente de direito, ou sendo de direito e de fato esteja suficientemente instruída.

Essa inovação operada pelo legislador não viola de modo algum os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como o do duplo grau de jurisdição.

É apenas uma opção legislativa. O fato de ser princípio implícito (duplo grau de jurisdição) não implica outorgar-lhe caráter absoluto, pois cabe ao legislador infraconstitucional dizer como aquele princípio deverá atuar no sistema processual.

Observa José Roberto Bedaque, “*(...) constitui escolha do sistema, que optou pela celeridade processual, em detrimento do duplo grau de*

*jurisdição. Trata-se de escolha do legislador, pois não implica ofensa ao devido processo constitucional.*”<sup>243</sup>

Os princípios do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição não são indissociáveis, de modo que é possível garantir um ou outro sem ofensa a qualquer princípio constitucional.

Explica Oreste Laspro “*Os princípios do devido processo legal e do duplo grau, apesar de ligados entre si, não traduzem relação de dependência ou continência. Isto porque é possível assegurar o devido processo legal sem o duplo grau de jurisdição e vice e versa.*”<sup>244</sup>

Por tais razões, é possível ter um processo em que seja observado o princípio do devido processo legal sem que exista necessidade do duplo grau. O legislador ordinário pode limitar os recursos, pois cabe à lei determinar sua configuração em face de outros direitos e garantias processuais.<sup>245</sup>

Aliás, o duplo grau deve ser analisado em face de valores e princípios que compõem o ordenamento jurídico e, em especial, em relação à razoável duração do processo (celeridade).

O processo deve garantir de forma efetiva e eficaz a solução do conflito surgido entre as partes. Não deve ser um fim em si mesmo, mas instrumento de pacificação social.

---

<sup>243</sup> Op. cit. p. 453.

<sup>244</sup> Op. cit. p. 94.

<sup>245</sup> Nesse sentido: Oreste Laspro, *Duplo Grau...*, p. 95 - 96.

De fato, não pode a garantia da inafastabilidade do Poder Judiciário ser adiada (exercício do direito de ação), pois é necessário dar “(...) condições reais para a utilização desse instrumento, sempre que necessário. De nada adianta assegurar contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, se a garantia de acesso ao processo não for efetiva, ou seja, não possibilitar realmente a todos meios suficientes para superar eventuais óbices existentes ao pleno exercício dos direitos em juízo.”<sup>246</sup>

Nesse contexto, o legislador ordinário deve sopesar alguns valores (certeza jurídica e efetividade processual), na escolha de opções que devem informar sua atividade legislativa.<sup>247</sup>

Não constitui ofensa ao ordenamento jurídico o fato do legislador restringir o cabimento de recursos. Significa apenas que a opção (certeza jurídica), de certo modo, representa denegação de justiça, pois posterga a prestação jurisdicional almejada pelos interessados.

Daí dizer que a tutela deve ser exercida de forma mais racionalizada e efetiva para solução das lides, de modo a constituir elemento de celeridade jurisdicional.<sup>248</sup>

Em síntese, o duplo grau de jurisdição é princípio implícito em nosso sistema constitucional e não representa garantia absoluta às partes, pois a lei pode esquadrihar os contornos jurídicos de seu campo de incidência,

---

<sup>246</sup> José Roberto dos Santos Bedaque in *Código de Processo Civil Interpretado*, Coordenador Antônio Carlos Marcato, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2005, p. 39.

<sup>247</sup> Consultar: Arturo Hoyos in *Revista de Processo* nº 47, São Paulo, RT, p. 57.

<sup>248</sup> Nesse sentido: Teresa Arruda Alvim Wambier et alii. *Breves Comentários à Nova Sistemática...*, p. 26.

possibilitando dessa forma os ajustes necessários no sistema processual a fim de alcançar uma real e eficaz tutela jurisdicional.

### 4.3. A LEI 10.352/2001 E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

A segunda fase da reforma processual, implementada pelas Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002, trouxe significativas modificações em nosso sistema processual, dentre elas podemos citar, em especial, a possibilidade de o tribunal julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento, conforme dicção do parágrafo terceiro do art. 515 do Código de Processo Civil.

Em princípio, essa inovação causou polêmica, pois tal regra consubstanciava afronta ao duplo grau de jurisdição em razão da possibilidade de o tribunal julgar desde logo a lide, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, e a partir daí configurar supressão daquele princípio.<sup>249</sup>

Sustenta José Rogério Cruz e Tucci que a mudança do parágrafo terceiro do art. 515 do CPC constitui o ponto mais preocupante de toda a nova reforma processual.

O mesmo autor entende que a alteração vulnera, pelo menos, dois importantes postulados constitucionais: a) do duplo grau; b) do contraditório.

---

<sup>249</sup> Nesse sentido: “Abstração feita do entendimento que se tenha acerca da natureza da regra do duplo grau – simplesmente técnica ou de índole constitucional – dúvida não pode haver que a novidade em tela, inserida no § 3º do art. 515, vulnera, pelo menos, dois importantes postulados da dogmática processual.” José Rogério Cruz e Tucci, *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2002, p. 100.

A par disso, afirma Aline Araújo Passos *“É inconcebível que num Estado, que se diz democrático e de direito, possa admitir-se a supressão pura e simples do duplo grau, nas hipóteses do art. 515, § 3º do CPC, impondo ao cidadão um único julgamento de mérito, a despeito do reconhecimento incontestável da falibilidade humana, da necessidade de se ter mecanismos hábeis contra as arbitrariedades do Poder Público e da crescente valorização na proteção da dignidade humana, valor supremo de nossa Lei Maior.”*<sup>250</sup>

Na verdade, não constituem violação ao princípio do duplo grau de jurisdição as limitações impostas na legislação ordinária.

A alteração legislativa, longe de caracterizar violação do princípio do duplo grau, consiste em opção legislativa que veio incrementar nosso sistema processual civil.<sup>251</sup>

Essa discussão desloca o debate da simples violação daquele princípio para uma análise mais adequada da Lei 10.352/2001, sob a perspectiva de outros elementos, sejam eles relacionados à competência, ao efeito translativo dos recursos ou mecanismos que garantam a efetividade da prestação jurisdicional.

---

<sup>250</sup> *Duplo Grau de Jurisdição...*, p. 152.

<sup>251</sup> No sentido do texto: “(...) essa inovação atende ao desiderato de acelerar a outorga da tutela jurisdicional, rompendo com um histórico e prestigioso mito que ao longo dos séculos os processualistas alimentam sem discutir. Não há por que levar tão longe um princípio, como tradicionalmente se levava o do duplo grau nos termos em que ele sempre foi entendido, quando esse verdadeiro culto não for indispensável para preservar as balizas do processo justo e equo, fiel às exigências do devido processo legal. Ao propor esse novo dispositivo, a Comissão promotora das Reformas do Código de Processo Civil foi fiel a seu propósito, tantas vezes proclamado, de modificar para agilizar, sem apego a mitos ou dogmas multisseculares e com os olhos voltados à efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional.” E, ainda, “A novidade representada pelo § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil nada mais é do que um atalho legitimado pela aptidão a acelerar os resultados do processo e desejável sempre que isso for feito sem prejuízo a qualquer das partes; ela constitui mais um lance da luta do legislador contra os males do tempo e representa a ruptura com o velho dogma, o do duplo grau de jurisdição, que por sua vez só se legitima quando for capaz de trazer benefícios, não demoras desnecessárias.” Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma...*, p. 152 e 161.

Nessa esteira, aliás, é a lição de Gilson Delgado Miranda “A inovadora regra cuidou, às escâncaras, de ampliar o espectro do tribunal. O novel comando, à saciedade, está em consonância com a onda reformista no sentido de se alcançar o acesso a ordem jurídica justa, minimizando, pois, os embaraços formais à prestação jurisdicional. É que o que alguns denominam de “julgamento da causa madura” pelo tribunal. Com efeito, autorizando-se o tribunal a julgar o mérito, a par de extinção do processo sem apreciação do pedido, valorizaremos os princípios da instrumentalidade e de efetividade do processo.”<sup>252</sup>

A mudança legislativa não sacrifica qualquer direito ou garantia, mas sim constitui instrumento assegurador da efetividade da tutela jurisdicional.

Por tais razões, é possível limitar o duplo grau com propósito de privilegiar a celeridade processual em nome da eficácia da prestação jurisdicional. Aliás, essa alteração não padece de qualquer inconstitucionalidade,<sup>253</sup> ao revés encontra assento na própria Constituição Federal.<sup>254</sup>

---

<sup>252</sup> *Código de Processo Civil Interpretado*, Coordenador Antônio Carlos Marcato, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2005, p. 1.613.

<sup>253</sup> Em sentido contrário, afirma Aline Araújo Passos “(...) não há como se sustentar a constitucionalidade do parágrafo terceiro do art. 515 do CPC. Se o mecanismo adotado pelo legislador reformista, a princípio, seria adequado para se alcançar a pretendida celeridade, não se mostra por outro lado, imprescindível e menos oneroso para se chegar ao objetivo visado. Além disso, verificando-se os direitos que podem ser sacrificados e as desvantagens resultantes da aplicação do dispositivo, não encontra guarida na proporcionalidade em sentido estrito. Conclui-se, assim, pela inconstitucionalidade do parágrafo terceiro do art. 515 do CPC, por não ter sido elaborado sob o prisma da proporcionalidade.” *Duplo Grau de Jurisdição...*, p. 151.

<sup>254</sup> Nesse sentido: José Miguel Garcia Medina, *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário...*, p. 69; Cassio Scarpinella Bueno, *Efeitos dos Recursos in Aspectos Polêmicos nº 10...*, p. 83; Cândido Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 151-152; Humberto Theodoro Junior, *Inovações da Lei 10.352/2001*, em *Matéria de Recursos Cíveis e Duplo Grau de Jurisdição*, p. 269; Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Código de Processo Civil Anotado*, p. 376; Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, *Efeito devolutivo do recurso de apelação em face do novo § 3º do art. 515 do CPC*, p. 230.

A norma legal autoriza que o órgão *ad quem* decida o mérito, por força do efeito translativo previsto no parágrafo terceiro do art. 515 do CPC.

O dispositivo proporcionou o julgamento em ‘primeira mão’ pelo tribunal<sup>255</sup>, depois de ser afastada a hipótese de extinção do processo sem julgamento de mérito e não uma *Zweite Erstinstanz* (segunda primeira decisão).

Ressalta Arruda Alvim, “(...) a norma de organização judiciária poderá dar a mais de um juiz competência para funcionar em um mesmo processo. Por essa razão, diz-se competência funcional. Isto é, a competência do magistrado é delimitada tendo em vista a especificidade de sua função. Assim, poderão as normas de organização judiciária determinar que um juiz, prepare o processo até o início da instrução, devendo esta ser feita por outro magistrado.”<sup>256</sup>

O novo parágrafo terceiro acrescentado ao art. 515 estabeleceu, por força de lei, competência funcional ao tribunal para julgar a lide nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, desde que preenchidos certos requisitos.

---

<sup>255</sup> Em razão das alterações processuais afirma Aline Araújo Passos: “O ordenamento processual pátrio vinha adotando a chamada *revisio prioris instantiae*, ou seja, um sistema de revisão das decisões, de onde se infere que a apelação, em geral, serviria apenas para controlar a sentença proferida em primeiro grau. Com base nesse sistema, não se admite a produção de novas provas, alegações ou exceções formuladas em segundo grau. A ele se contrapõe o chamado *novum iudicium* que vigorou, no nosso País, até o advento do Código de Processo Civil de 1939, o qual admitia a plena inovação no âmbito do recurso e o mais amplo reexame da causa, inclusive, para autorizar a *reformatio in pejus*. Com as profundas alterações sofridas pelo sistema recursal pátrio, sobretudo no recurso de apelação, passou-se a admitir não apenas a revisão da sentença, mas o próprio julgamento no tribunal, o que tem levado ao entendimento de que a apelação deixa de ter apenas natureza de *revisio prioris instantiae*, passando a se concebida com um *novum iudicium*.” *Duplo Grau de Jurisdição...*, p. 183-184.

<sup>256</sup> *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1, 7ª ed., São Paulo, RT, 2000, p. 237.

Dessa forma, concluímos com Rodrigo Otávio Baroni, no sentido de que *“Essa conclusão implica, ainda, a obrigatoriedade de julgamento do mérito pelo tribunal, quando preenchidos os requisitos enunciados no § 3º do art. 515 do CPC. De fato, como se trata de competência funcional – matéria de ordem pública – não poderá haver derrogação, quer pelo tribunal, quer pelo apelante. Vale dizer: afastada a extinção, e preenchidos os requisitos legais, é dever do tribunal apreciar o mérito da causa, independentemente de pedido do apelante, do apelado ou mesmo da vontade subjetiva dos julgadores.”*<sup>257</sup>

De qualquer modo, pode a lei determinar competência funcional para que o órgão *ad quem* aprecie certas matérias, além daquelas a serem impugnadas quando da interposição do recurso.<sup>258</sup>

Em síntese, trata-se de competência funcional deferida por lei ao tribunal para aplicar de ofício a regra e julgar o mérito da causa, desde que previstos os requisitos do parágrafo terceiro do art. 515 do Código de Processo Civil.

À guisa de conhecimento, tal regra não constitui novidade no ordenamento brasileiro e tampouco no direito comparado.<sup>259</sup>

---

<sup>257</sup> Conferir: Rodrigo Otávio Baroni, *Efeito Devolutivo da Apelação Civil*, Tese PUC/SP 2003, p. 177-178.

<sup>258</sup> Consoante Patrícia Miranda Pizzol, trata-se “(...) funcional a competência porque fixada em razão do caráter especial da função a ser desempenhada pelo julgador no processo. A competência funcional é regida pelo CPC e também por outros diplomas legais (CF, CE, leis de organização judiciária). É o que dispõe o art. 93 do Código. Temos, assim, o seguinte: (a) a competência dos tribunais é fixada pela Constituição Federal, pelas Constituições Estaduais e pelas normas de organização judiciária; (b) a competência funcional dos juízes de 1º grau está contida no CPC e em outras leis federais. Fala-se em competência funcional em dois planos: horizontal (órgãos de mesmo grau hierárquico) e vertical (órgãos de graus hierárquicos diversos) (...)” *in Código de Processo Civil Interpretado*, Coordenador Antônio Carlos Marcato, 2ª ed., São Paulo Atlas, 2005, p. 265.

No Brasil, o Código de Processo da Bahia previa comando semelhante em seu art. 1290: “*Tendo o juiz de primeira instância deixado, por qualquer motivo, de julgar a causa de meritis, a uma turma ou o juiz da apelação, si entender que isto não obsta que se conheça do pedido, julgará a causa definitivamente.*”

Na França, o *Code de Procédure Civile* permite à Corte de Apelação, em face de um julgamento que ordena uma medida de instrução ou que impõe uma exceção de processo que coloca fim a instância, a possibilidade de trazer pontos não julgados, caso repute de boa justiça, dando solução definitiva ao caso.<sup>260</sup>

Já em Portugal, o código de processo civil dispõe: “*Sendo o agravo interposto de decisão final e tendo o juiz de 1.ª instância deixado, por qualquer motivo, de conhecer do pedido, o tribunal, se julgar que o motivo não procede e que nenhum outro obsta a que se conheça do mérito da causa, conhecerá deste no mesmo acórdão em que revogar a decisão de 1.ª instância*”, conforme art. 753.º, n. 1.<sup>261</sup>

No Chile, prevê o Código de Procedimiento Civil em seu art. 208: “*Podrá el tribunal de alzada fallar lãs cuestiones ventiladas en primera instancia y sobre lãs cuales no se haya pronunciado la sentencia apelada por ser incompatibles com lo resuelto en ella, sin que se requiera nuevo pronunciamiento del tribunal inferior.*”<sup>262</sup>

---

<sup>259</sup> Consultar: Estêvão Mallet, Reforma de Sentença Terminativa e Julgamento Imediato de Mérito *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis* n° 7, São Paulo, RT, 2003, p. 185.

<sup>260</sup> Conforme art. 568 do *Code de Procédure Civile* “*Lorsque la cour d’appel est saisie d’un jugement qui a ordonné une mesure d’instruction, ou d’un jugement qui statuant sur une exception de procédure, a mis fin à l’instance, elle peut évoquer les points non jugés si elle estime de bonne justice de deonner à l’affaire une solution définitive, après avoir ordonné elle-même, le cas échéant, une mesure d’instruction.*” Fonte internet: www.Lexadin.nl/wlg, acessado em 05/03/06.

<sup>261</sup> Fonte internet: www.Lexadin.nl/wlg, acessado em 05/03/06.

<sup>262</sup> Fonte internet: www.Lexadin.nl/wlg, acessado em 05/03/06.

Por derradeiro, podemos observar que tanto no direito comparado quanto no sistema processual brasileiro o legislador busca mecanismos para garantir, de forma efetiva, a agilização da tutela jurisdicional como instrumento de pacificação social.

## NOTAS CONCLUSIVAS

1- A Constituição Federal traça em seu arcabouço jurídico as estruturas de seu sistema, em especial, quando dispõe acerca da existência de diferentes juízos escalonados em instâncias e graus de jurisdição.

2- O duplo grau de jurisdição pode ocorrer nos casos de apreciação da decisão por um outro órgão situado no mesmo grau, como por exemplo, nos juizados especiais em que os recursos são endereçados ao Colégio Recursal que é composto por juízes de primeira instância.

3- O duplo grau não se confunde com o direito de recorrer, não são conceitos que se imbricam, um não depende do outro para produção dos efeitos previstos no ordenamento jurídico.

4- Para que exista o duplo grau de jurisdição é suficiente apenas que a decisão seja revista por outro órgão ou juízo (duplicidade de juízo), não sendo necessário que se trate de instância superior.

5- O duplo grau de jurisdição é princípio implícito em nosso sistema constitucional, porém não representa garantia absoluta às partes. Nesse sentido, pode a lei esquadrihar os contornos jurídicos de seu campo de

incidência, possibilitando ajustes no sistema processual a fim de alcançar uma real e eficaz tutela jurisdicional.

6- O legislador infraconstitucional pode criar e abolir recursos, salvo o recurso extraordinário e especial que estão previstos na Constituição Federal.

7- O Estado-Juiz não pode protelar indevidamente a prestação jurisdicional almejada pelos interessados, sob pena de violação dos princípios do acesso à justiça e da razoável duração do processo.

8- Impedir que o juiz de primeiro grau garanta, de forma eficiente, o direito de ação é amesquinhá-lo de sua função no oferecimento da prestação jurisdicional efetiva, entendida como elemento de pacificação social.

9- E a prevalecer o duplo grau como princípio absoluto, significa uma serôdia prestação jurisdicional que equivale a nada menos que uma denegação de justiça.

10- A tutela jurisdicional é tempestiva quando preenchidos e observados os prazos processuais, de modo a garantir o devido processo legal, bem como o fiel cumprimento aos direitos subjetivos das partes envolvidas no litígio, sem que isso ocasione dilações indevidas à duração razoável do processo.

11- A obrigatoriedade de um duplo grau de jurisdição acaba por atenuar a efetividade da tutela jurisdicional, pois prolonga no tempo a duração do processo, bem como o resultado almejado pelas partes.

12- A razoável duração do processo encontra guarida na Constituição Federal e fundamento na necessidade de garantir às partes uma tutela tempestiva e adequada para o exercício do direito de ação.

13- A necessidade de cumprimento à regra do devido processo legal não torna imprescindível a existência do princípio do duplo grau de jurisdição, na medida em que, por opção política, podemos ter um processo que preencha aquele mandamento sem que exista previsão do duplo grau.

14- Há mitigações ao duplo grau de forma a assegurar a razoável duração do processo, isto é, são verdadeiras válvulas que proporcionam uma maior agilidade ao sistema processual, por exemplo, os casos de competência originária, hipóteses de vedação ou limitação recursal e efeito translativo, § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil.

15- O recurso de apelação garante de forma mais nítida o duplo grau, pois possibilita o reexame por um outro órgão julgador da matéria de fato e de direito.

16- O recurso de agravo, seja retido ou de instrumento, garante o duplo grau na medida que funciona como complemento da apelação, impedindo a preclusão das questões impugnadas.

17- O recurso de embargos infringentes não garante o duplo grau, haja vista que sua interposição é feita em momento posterior ao recurso de apelação.

18- Os embargos infringentes previstos no art. 34 da Lei 6.830/80 constituem verdadeiro óbice ao duplo grau, porquanto fixam determinado valor a impedir o recurso de apelação.

19- O duplo grau não é observado nos embargos de declaração, pois são opostos para o mesmo órgão prolator da decisão.

20- O recurso especial e o recurso extraordinário não garantem o duplo grau de jurisdição, uma vez que apresentam devolução limitada, isto é, dentro das rígidas hipóteses previstas na Constituição Federal.

21- Entre os recursos constitucionais, somente o recurso ordinário garante o duplo grau de jurisdição, possibilitando o reexame da matéria de direito e de fato (efeito devolutivo amplo).

22- O efeito devolutivo é relacionado com o princípio dispositivo e com o princípio da proibição da *reformatio in pejus*. Por meio do efeito devolutivo, o recorrente delimita o campo de matérias no qual o tribunal irá apreciar o recurso.

23- A alteração operada pela Lei 10.352/2001, que inseriu o parágrafo terceiro no art. 515 do CPC, permite ao tribunal julgar o mérito desde que a causa esteja madura, isto é, suficientemente instruída com provas e contraditório realizado no juízo originário.

24- O parágrafo terceiro acrescentado no art. 515 estabeleceu, por força de lei, competência funcional ao tribunal para aplicar a nova regra nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, decidindo a lide desde que preenchidos os requisitos legais.

25- É desnecessário qualquer tipo de requerimento, devendo o tribunal aplicar de ofício o novo parágrafo independentemente da vontade das partes.

26- Pode ocorrer *reformatio in pejus* em razão da aplicação do § 3º do art. 515 do CPC, pois, por meio do efeito translativo existente em tal parágrafo, possibilita ao tribunal o conhecimento de questões de ordem pública, extravasando o campo de atuação do princípio dispositivo.

27- Os princípios do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição não são indissociáveis, sendo possível garantir um ou outro sem ofensa a qualquer princípio constitucional.

28- Cabe ao legislador infraconstitucional dizer como o princípio do duplo grau deverá atuar no sistema processual, estabelecendo limites de incidência por meio de seleções (jurídicas ou políticas).

29- Não se deve estruturar um princípio de forma estanque e impossível de ser contrastado com outros princípios (celeridade e efetividade).

30- A alteração legislativa longe de sacrificar qualquer direito ou garantia, constitui em instrumento assegurador da efetividade da tutela jurisdicional.

**BIBLIOGRAFIA**

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionais, 1993.
- ALVIM, J. E. Carreira. *Alterações do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- ANDOLINA, Italo. “*Cognizione*” ed “*esecuzione Forzata*” nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Os efeitos da apelação civil*. Dissertação de Mestrado. USP, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Os efeitos da apelação e a reforma processual*, in *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Coord. Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. Tese. USP, 1986.
- \_\_\_\_\_. *et alii*. *Teoria geral do processo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- ARMELIN, Donaldo. *Tutela jurisdicional cautelar*, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* n. 23, jun. 1985.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Curso de direito processual civil*, v. 1 e 2. São Paulo: RT, 2000.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Anotações sobre a teoria geral dos recursos*, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis (v. 2). Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Junior. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: RT, 1997.

\_\_\_\_\_. *Código de processo civil comentado*, v. 3. São Paulo: RT, 1976.

\_\_\_\_\_. *Código de processo civil comentado*, v. 1 e 2. São Paulo: RT, 1975.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*, v. 1 e 2, 7. ed. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. *Notas sobre algumas das mutações verificadas com a Lei 10.352/2001*, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis (v. 6). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2002.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*, 4. ed., 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1998.

\_\_\_\_\_. *Os agravos no CPC brasileiro*, 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. *Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial*, in Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997.

\_\_\_\_\_. *et alii. Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

ASSIS, Araken de. *Introdução aos sucedâneos recursais*, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis (v. 6). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2002.

BANDEIRA DE MELO, Ricardo Procópio. *Princípio do duplo grau de jurisdição: garantia constitucional, extensão e algumas notas sobre o § 3º do art. 515 do CPC*, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis (v. 8). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*, vol. V, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. *Sobre a participação do juiz no processo civil*, in Participação e processo. São Paulo: RT, 1988.

\_\_\_\_\_. *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*, in: vários autores. O processo civil contemporâneo. Curitiba: Juruá, 1994.

\_\_\_\_\_. *Tendências contemporâneas do direito processual civil*. v. 8. São Paulo: Revista de Processo, 1983.

BARIONI, Rodrigo Otávio. *Efeito Devolutivo da apelação civil*. Tese. PUC/SP, 2003.

\_\_\_\_\_. *A proibição da reformatio in peius e o § 3º do art. 515 do CPC*, in

- Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis (v. 8). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2005.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos*, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis (v. 7). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BERMUDES, Sérgio. *A reforma do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Considerações sobre a apelação no sistema recursal do código de processo civil*, in *Direito processual civil: estudos e pareceres* (3. série). São Paulo: Saraiva, 2002.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Primeiras impressões sobre o novo regime do agravo*, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis (v. 10). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.
- BORGES, Marcos Afonso. *Alterações no CPC oriundas das Leis 10.352/2001 e 10.358/2001*. Revista de Processo, n. 106. São Paulo: RT.
- BUENO, CASSIO SCARPINELLA. *Efeitos dos Recursos*, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis (v. 10). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.
- BUZAID, Alfredo. *Estudos de direitos – da apelação ex-officio no sistema do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1972.

- BRUSCHI, Gilberto Gomes e Antonio Notariano Jr. *Agravo contra as Decisões de Primeiro Grau*. São Paulo: Método, 2006.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I e II, 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.
- CAMBI, Eduardo. *Mudando os rumos da apelação: comentário sobre a inclusão, pela Lei 10.352/2001, do § 3º do art. 515 do CPC*, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis (v. 6). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Dictamen iconoclástico sobre la reforma del proceso civil italiano*, in *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: Ejea, 1974.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Do Recurso de Agravo ante a Lei 11.187/2005*, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis (v. 10). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.
- CHEIM JORGE, Flávio. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: RT, 1999.
- \_\_\_\_\_. *et alii. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos*, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis (v. 5). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 1, 2 e 3. São Paulo: Saraiva, 1965.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il'giusto processo civile in Itália e in Europa*. Revista de Processo, São Paulo, n. 116. São Paulo: RT, 2005.

- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. póstuma, reimpressão inalterada. Buenos Aires: Depalma, 1997.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Os efeitos dos recursos, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis* (v. 5). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo civil moderno*. v. 1 e 2, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. v. 1, 2 e 3. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e “Due Process of law”*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *A nova disciplina do agravo no processo civil decorrente da Lei 11.187/2005, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis* (v. 10). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.
- GAJORDONI, Fernando da Fonseca. *Os reflexos do tempo no direito processual civil, in Revista da escola paulista da magistratura*. ano 4. n.1. jan/jun. 2003.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005.

- GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. *Embargos de Declaração: soluções sistêmicas para as lacunas da lei*, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis (v. 10). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.
- GUEDES, Jefferson Carús. *Duplo grau ou duplo exame e a atenuação do reexame necessário nas leis brasileiras*, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos (v. 6). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2002.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1 e 2, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Recursos no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.
- HOYOS, Arturo. *La garantía constitucional del debido proceso legal*, in Revista de Processo n. 47. São Paulo: RT, 1987.
- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1995.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Método, 2005.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 1976.
- LIMA, Carolina Alves de Souza. *O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Manole, 2004.

LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil – parte geral*. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2001.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. 7, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MALLET, Estêvão. *Reforma de sentença terminativa e julgamento imediato do mérito (Lei 10.352)*, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos (v. 7). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 5. ed. São Paulo: RT, 1998.

MANDRIOLI, Crisanto. *Direito Processuale Civile*. v. 1 e 2, 15. ed. Torino: G. Giappichelli, 2003.

MARCATO, Antonio Carlos *et alii*. *Código de processo civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MARTINS, Cristiano Zanin *et alii*. *Apontamentos sobre o sistema recursal vigente no direito processual civil brasileiro à luz da Lei 10.352/2001*, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis (v. 6). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria do Globo, 1933.

MEDINA, José Miguel Garcia. *A recentíssima reforma do sistema recursal brasileiro – Análise das principais modificações introduzidas pela Lei*

10.352/2001, e outras questões, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis (v. 6). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MONTEIRO, João. *Teoria do processo civil*. 6. ed. atualizada por J. M. de Carvalho Santos. t. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 34. ed. São Paulo: RT, 2002.

Nery Junior, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_ e Nery, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

NETO, Luiz Orione. *Recursos Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOLASCO, Rita Maria Costa Dias. *Julgamento com base no art. 515, § 3º, CPC – cabimento de embargos infringentes*, in Revista de Processo n. 126. São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. *Possibilidade do reconhecimento de ofício de matéria de ordem pública no âmbito dos recursos de efeito devolutivo restrito*, in Aspectos

polêmicos e atuais dos recursos cíveis (v. 10). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Efeito devolutivo do recurso de apelação em face do novo § 3º do art. 515 do CPC*, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis (v. 6). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2002.

PASSOS, Aline Araújo. *Duplo grau de Jurisdição: compreensão constitucional do princípio e análise do tema sob a perspectiva das reformas introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei 10.352/01*. Tese Doutorado. PUC-SP, 2005.

PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compendio de Theoria e Pratica*. 7. ed. Lisboa: A. M. Teixeira & C.<sup>ta</sup>, 1910.

PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Agravo no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

PINTO, Nelso Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 4ª ed. Napoli: Jovene, 2002.

PIZZOL, Patrícia Miranda e Gilson Delgado Miranda. *Processo civil – recursos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. *A competência no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Estudos de Direito do Processo Enrico Tullio Liebman. v. 55).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil (1939)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

- ROSA, Eliézer. *Novo Dicionário de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo Grau de Jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Novos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SHIMURA, Sérgio. *Embargos infringentes e seu novo perfil (Lei 10.352/2001)*, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos (v. 5). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil* (v. 1). 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SIMARDI, Claudia A. *Remessa obrigatória (após o advento da Lei 10.352/2001)*, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis (v. 6). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2002.
- TARUFFO, Carpi. *Commentario breve al Códice di Procedura Civile – Complemento Giurisprudenziale*. Padova: CEDAM, 2002.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_ *et alii*. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil* (v. 1). 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Inovações da Lei 10.352/2001, em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição*, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis (v. 6). Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOSTA, Jorge. *Do reexame necessário*. São Paulo: RT, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues *et alii*. *Curso avançado de processo civil*. v. 1 e 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. *Anotações sobre o princípio do devido processo legal*, in Revista de Processo n. 63. São Paulo: RT.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Alterações nas regras que disciplinam o agravo de instrumento: primeiras impressões*, in Revista do Advogado - AASP, Ano XXV, nº 84, dezembro de 2005.