

Considerações sobre a Apelação no Sistema Recursal do Código de Processo Civil *

SERGIO BERMUDES

Professor de Direito Processual da PUC-RJ e advogado.

1. **Pronunciamentos apeláveis** - Incandescem na apelação, mais do que em qualquer outro recurso, os requisitos da plena efetividade do duplo grau de jurisdição, forjado pela evidente conveniência de se submeter a sentença, contanto que o peçam os legitimados, ao crivo de um órgão diferente do prolator delas. Por isso, a apelação é o recurso por excelência. Nenhum outro dos recursos existentes realiza com tal plenitude a devolução da competência ao órgão recursal, no mais das vezes situado num plano superior da hierarquia judiciária. Não necessariamente - dá-lo a história e mostram as regras, como a do art. 41 e parágrafos da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, dos juizados especiais, instituindo um recurso que, se não é apelação no nome, o é na forma, na finalidade, no conteúdo. Apelação também é o recurso do art. 475 do Código de Processo Civil, referido como *reexame necessário*, que constitui um meio pelo qual o Estado, valendo-se do juiz, agente seu, recorre de certas sentenças, diante das quais ele sucumbe como titular de interesses contrariados: anulação (e nulidade) do casamento, provimento contrário à União, ao Estado, ao Município; improcedência da execução de dívida ativa da Fazenda Pública. No caso dos três incisos do art. 475, e noutros, semelhantes, previstos em leis especiais, a apelação (*rectius*, o julgamento dela) é condição da eficácia da sentença. Assim se vê no parágrafo único daquele artigo, onde, aliás, a frase “haja ou não *apelação voluntária*” ajuda, por contraste, o entendimento de que o dispositivo também trata de uma apelação, só que não voluntária: apelação necessária; apelação de ofício.

* Palestra proferida nas III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, promovidas pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, em 16.06.99, em Salvador, BA.

Desde a fase da *cognitio extra ordinem* do processo romano, na qual se institucionalizou, a apelação é o recurso da *sentença*, como dito no art. 513 do CPC, que remete aos arts. 267 e 269, onde se trata da extinção do processo com ou sem julgamento do mérito por ato para o qual o § 1º do art. 162 reserva aquela denominação. A impugnabilidade de certas interlocutórias por apelação, como ocorreu no velho processo lusitano, não desnaturou o recurso (*exceptio non fiat regula*), constituído para propiciar, mediante o reexame do processo, a revisão da sentença, a menos que ela não seja impugnável, como pode ocorrer, consoante se vê, por exemplo, no art. 865 do CPC, onde se declara o descabimento de defesa e de recurso no processo cautelar de justificação. Idem, quando da sentença só cabe outro recurso para o mesmo órgão, como no caso dos embargos infringentes do art. 34 da Lei nº 6.830, de 22.9.80.

A doutrina e a jurisprudência, por razões de ordem prática, terminaram dando à sentença, para fins de apelação, um conceito incompatível com a ciência e com as normas pertinente ao próprio Código de Processo Civil. Sentença, na concepção prevalecente, será apenas - para que dela se possa apelar - o ato de extinção total do processo, de modo que nada remanesça que ainda demande a atividade jurisdicional do juiz. Conforme essa pragmática ótica de conveniência, não será sentença, porém decisão interlocutória, por isso agravável (art. 522), o ato de indeferimento da petição inicial da reconvenção. Se, em vez de reconvir, o réu propusesse contra o autor a mesmíssima ação por dependência (art. 253) da que este lhe moveu e o juiz lhe indeferisse a inicial, a doutrina e a jurisprudência dominantes diriam que houve sentença e cabe apelação. Já se vê que o entendimento prevalecente é ilógico. No exemplo aqui oferecido, ele viola o direito de defesa do sucumbente, que, forçado a agravar, perde o prazo maior da apelação, perde a retratação imediata pelo juiz (art. 296), que só reexaminará a sentença ao cumprir o art. 526, perde o revisor e a sustentação oral e, não unânime o acórdão, perde os embargos infringentes (assim lembrava o meu querido amigo ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, mestre de todos nós, cujo nome evoco com muita saudade). Veja-se que, na hipótese de que se cogita, não há sequer sentença como forma de interlocutória, senão uma sentença mesmo, na aparência e no conteúdo.

Admite-se a apelação da sentença, como dispõe, singelamente, o art. 513 do CPC, que, contudo, não se demora ele próprio, como faz o § 1º do art. 162, a definir esse ato, remetendo aos arts. 267 e 269. Salvo restrição

legal, onde houver sentença, poderá haver apelação, que tem muito do conteúdo do direito de ação, pois ela reinvoca a jurisdição.

Tal como a ação, a apelação, exceto a necessária, e assim todos os recursos, governam-se pelo princípio dispositivo: o legitimado recorre se quiser recorrer e o seu recurso fixa os limites da prestação jurisdicional: *tantum devolutum quantum appellatum* - é a regra repetida no *caput* do art. 515: “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”. Por isso, aliás, não se admite que, provendo apelação de sentença terminativa, de extinção do processo sem julgamento de mérito, o tribunal casse o ato e profira ele próprio o julgamento do mérito. Não tendo ocorrido esse julgamento na instância recorrida, a questão de mérito não faz parte da matéria impugnada, cuja apreciação escapa, então, da competência do tribunal. O julgamento do mérito, que acaso acontecesse, como fizeram certos acórdãos, mediante a invocação de um estranho “princípio da causa madura”, hostil à processualística, fere o *due process* e a prerrogativa de defesa do jurisdicionado, que tem direito a uma sentença de mérito da primeira instância com o recurso a ela inerente. O princípio do duplo grau da jurisdição não é imposição constitucional, nada obstando a que a lei ordinária o exclua. O julgamento do mérito por sentença do primeiro grau, nos processos das ações que ali têm curso, este sim, é garantia constitucional e a supressão dele afronta a carta política.

Se a apelação pressupõe uma sentença, cumpre atentar no conceito desse pronunciamento, que é ato de extinção; de exaustão da atividade jurisdicional exigida do juiz no tocante a uma relação processual. Eis por que integram a sentença e são igualmente apeláveis os capítulos desse ato em que o juiz também decide incidentes, que, na definição do § 2º do art. 162, são julgados por decisões interlocutórias. Se o juiz, *v.g.*, decidiu, na própria sentença, o incidente da impugnação do valor da causa (art. 261), ou a argüição de incompetência absoluta (art. 113), esses pontos são apeláveis tanto quanto os demais. Aqui, há sentença num sentido formal. Inversamente, não haverá, nem formalmente, decisão interlocutória quando, extinguindo uma das relações processuais que em conjunto se processam, o juiz a extinguir, como no exemplo do indeferimento da reconvenção. Não resisto a estender essas considerações ainda um pouco: *quid iuris* se, com grave erro técnico, violando a segunda parte do art. 313 do CPC, o juiz, na própria sentença rejeitar a exceção de impedimento, ou de suspeição e for adiante, extinguindo o feito com ou sem julgamento do mérito? Decididas essas

questões na sentença, será ela apelável também quanto ao impedimento ou à suspeição e o tribunal, provendo ou não provendo a apelação no particular, declarará nula a sentença quanto aos demais pontos porque a argüição de suspeição ou impedimento suspende o processo, conforme o art. 265, III, até o pronunciamento do tribunal (art. 313), sem que o juiz possa, absolutamente, sentenciar.

Havendo sentença, pode haver apelação dos legitimados (arts. 513 e 499), no processo cognitivo (arts. 267 e 269), no processo cautelar (arts. 803 e 810), no processo de execução (art. 795), que constituem as três espécies do processo civil contencioso, e no processo de jurisdição voluntária (art. 1.110).

2. Finalidade da apelação - Considerando o seu alcance, não será exagerado dizer-se que a apelação não é o recurso só da sentença, tomada isoladamente, em si mesma, senão o recurso do processo. Mesmo a preclusão das interlocutórias é fenômeno de eficácia relativa, bastando imaginar-se que desaparece, por exemplo, a decisão preclusa, proferida na exceção de incompetência, se a apelação declara a nulidade do processo a partir da citação.

Dê-se muita razão a CARNELUTTI: “L’appello è una forma de rinnovazione. Il processo si rifà. Non si ripara l’edifizio già costruito; si ricostruice” (Lezioni, IV, ristampa, Cedam, Padova, 1931, p. 232).

É essa renovação do processo que explica se possa não apenas rever a sentença, para confirmá-la, ou reformá-la, substituindo-a pelo que, em ambas as hipóteses, ficar julgado na apelação (art. 512), como ainda para se declarar a sua nulidade, ou se pronunciar a nulidade do processo, no todo ou em parte. Como recurso da sentença, a apelação propicia o reexame de tudo o quanto a sentença pressupõe. Descobre-se, então, porque a apelação de uma sentença de mérito pode redundar num julgamento de nulidade do processo, ou num julgamento de extinção dele, sem apreciação do mérito. Ainda aqui se opera a substituição prevista no art. 512 do Código de Processo Civil, que ocorre sempre que o tribunal examinar o mérito da apelação, inconfundível com o mérito da ação, e deixa de se verificar, nos casos de juízo negativo de admissibilidade do recurso.

Apelando, o apelante pede o reexame da sentença e, pela natureza da apelação, o reexame do processo. Por isso, não há *reformatio in peius*, se, havendo o apelante apelado apenas da parte mínima da sentença, na qual

sucumbiu, o tribunal, diante de uma nulidade, desfizer todo o processo, inclusive a sentença largamente favorável ao recorrente. O critério do empioramento prático da situação do apelante não é seguro para determinar a ocorrência da *reformatio in peius*. No exemplo dado, terá havido, objetivamente, uma piora prática, mas não a *reformatio in peius*, que só ocorre quando a sentença de mérito for mais danosa ao apelante do que era, na hora em que ele apelou, formulando recurso que não abrangia, por impossível, a parte favorável da sentença.

O fim da apelação pode ser, no todo ou em parte, a nulidade da sentença ou do processo, ou a reforma da sentença. A apelação só limita a atividade do órgão recursal no tocante à parte da sentença não impugnada pelo recurso. Tudo o mais se insere na competência do tribunal.

O recurso de apelação só alcança a sua finalidade, depois de um juízo positivo de admissibilidade, consubstanciado na declaração, que se admite implícita, da ocorrência dos denominados pressupostos recursais objetivos e subjetivos, como a recorribilidade, a tempestividade, a adequação (ressalvada a incidência do princípio da fungibilidade, cuja aplicação se admite), o preparo, a sucumbência, geradora do interesse, a legitimidade. De tal sorte o juízo de admissibilidade é relevante que o parágrafo único do art. 519 permite ao juiz reexaminar, após a resposta do apelado, os pressupostos de admissibilidade do recurso, sem que esse exame impeça o do tribunal sobre o mesmo assunto.

Com a regra do parágrafo único do art. 519, o legislador não fez da apelação um recurso de retratação, como ocorre com o agravo (§ 2º do art. 513; arts. 526 e 529) e, excepcionalmente, com a apelação da sentença de indeferimento da inicial. Esta sentença pode ser revista pelo juiz, conforme o art. 296, que introduziu o elemento retratação num recurso normalmente despojado dele. Terá o legislador dado um primeiro passo para transformar a apelação num recurso reiterativo, que enseja a revisão da sentença apelada, na parte apelada (art. 515), pelo próprio juiz que a proferiu?

3. Efeito devolutivo - Respeitada a norma do cabeço do art. 515, que limita a devolução à *matéria impugnada*, o efeito devolutivo atua de modo extenso, transformando a apelação, como escrevi linhas acima, em recurso que propicia não só o reexame da sentença, como o do processo.

O legislador do Código de Processo Civil buscou extrair toda a eficácia possível da devolução. Se o efeito devolutivo devolve - mais claramen-

te, transfere - ao tribunal recursal a competência do juízo apelado, esse tribunal atua como juiz do processo; como aquela *zweite Erstinstanz*, a que aludem a doutrina alemã e austríaca, falando de uma segunda (no sentido de renovada) primeira instância.

Essa eficácia devolutiva da apelação explica a existência de normas semelhantes à do art. 516, que submete ao tribunal questões anteriores à sentença, ainda não decididas. Vale o exemplo de BARBOSA MOREIRA (*Comentários*, vol. V, 7ª ed., Forense, Rio, 1998, p. 444), de eventual impugnação ao valor da causa sobre a qual o juízo *a quo* não se pronunciara, deixando a matéria pendente da decisão interlocutória, que ele não proferiu. Também a norma do art. 517, conforme a qual “as questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”, é imanente ao efeito devolutivo. Não constituindo o duplo grau de jurisdição um mandamento inafastável, a lei transforma o tribunal da apelação no juízo cognitivo do “fato novo”, assim chamado porque só na apelação ele aparece no processo, condicionado esse juízo apenas à prova de que motivo de força maior (art. 183, § 1º - a força maior constitui justa causa) impediu a parte de deduzi-lo na primeira instância. A correta interpretação do art. 517 leva a concluir que, se se pode, nas condições ali estabelecidas, alegar o fato novo, é cabível, *a fortiori*, a dedução do fato superveniente, sem que o tribunal possa restituir o processo ao juiz para apreciar esse fato, ocorrido após a sentença.

O efeito devolutivo da apelação transfere ao tribunal (ou ao órgão julgador do recurso, situado no mesmo plano hierárquico do juízo recorrido, como, v.g., a turma do § 1º do art. 41 da Lei dos Juizados Especiais) o conhecimento daqueles fundamentos do pedido ou da defesa, que o juiz rejeitou, ou, simplesmente, não apreciou. É o que está no § 2º do art. 515: “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”. O muito saudoso ALCIDES DE MENDONÇA LIMA exemplificou, em palestra a que assisti: requerido o despejo (a) por falta de pagamento do aluguel e (b) pelo ruinoso uso da *res locanda*, a apelação do locatário, interposta da sentença de procedência do pedido apenas pela falta de pagamento, rejeitada ou não decidida a alegação de mau uso, leva este segundo fundamento ao conhecimento do tribunal, de sorte que ele pode negar provimento à apelação, indistintamente, pelo primeiro e pelo segundo funda-

mento, ou só pelo segundo, afirmando, na última hipótese, que não ocorreu a falta de pagamento, mas houve o mau uso. Afaste-se a idéia da *reformatio in peius* porque não se terá verificado a piora da situação prática do apelante quanto ao julgamento de mérito.

Efeito também da devolução, que a apelação opera, é a norma do § 1º do art. 515: “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”. O parágrafo não se refere a questões surgidas no processo e que deveriam ter sido decididas antes da sentença. Dessas se ocupa o art. 516. Cuida daquelas questões, postas pelas partes, que cabia ao juiz resolver na sentença (art. 458, III), sem que ele o fizesse por inteiro, isto é, em todos os aspectos que mereciam a consideração do órgão judicial.

Suponha-se, para se trabalhar com um exemplo, que a ação de nulidade do ato jurídico se tenha fundado (a) na incapacidade do agente e (b) na ilicitude do objeto. Imagine-se, agora, que a alegação de incapacidade do agente repouse (a1) na sentença da sua interdição e (a2) na existência de laudos médicos e outros documentos, todos a denunciarem a sua falta de juízo, no momento da prática do ato. Se o juiz, apreciando o fundamento a (incapacidade do agente), o rejeita, ou se, simplesmente, não o aprecia, acolhendo apenas o fundamento b (ilicitude do objeto), a apelação do réu devolve ao tribunal o fundamento a, de sorte que o tribunal pode, livremente, apreciar o fundamento rejeitado ou omitido, para o rejeitar, ou acolher. Até aqui, fica-se no âmbito do § 2º do art. 515. Entretanto, e sempre se contemplando o exemplo dado, se o juiz acolhe o fundamento a com base na sentença de interdição do agente, nada decidindo quanto aos documentos alegadamente comprobatórios da incapacidade, o tribunal pode, perfeitamente, julgando a apelação do réu, decidir pela inexistência ou nulidade da sentença de interdição, declarando-a imprestável para sustentar o fundamento da incapacidade do agente, porém confirmar o mesmo fundamento da incapacidade, decidindo pela existência dela diante dos documentos - questão que o juiz, que se ativera à sentença da interdição, não decidira. É o § 1º que terá incidido, não me parecendo que esse parágrafo e o § 2º hajam cuidado da mesma situação, como deixa transparecer a doutrina, quando os trata de cambulhada. Enquanto o segundo parágrafo contempla a existência de mais de um fundamento do pedido ou da defesa, o primeiro trata de questões - não de fundamentos - suscitadas e discutidas, porém não julgadas

por inteiro, como acontece com diferentes fatos que se afirmam consubstanciadores do mesmo fundamento.

4. **Efeito suspensivo** - A regra é o efeito suspensivo da apelação, como se vê no *caput* do art. 520, onde se diz que ela “será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo”. Enquanto a devolução é transferência, a suspensividade é sustação da eficácia da sentença apelada, que não repercute, juridicamente, no grupo social, embora possa fazê-lo, só pelo anúncio da sua existência, em termos políticos, num fenômeno sociológico.

Razões de ordem política levam a lei a suprimir, excepcionalmente, o efeito suspensivo, de modo a permitir a imediata eficácia da sentença, admitida inclusive a sua execução provisória (arts. 587, 2ª parte, e 588), se condenatória, conforme o art. 521 do CPC. Os seis incisos do art. 520 enumeram casos em que, excepcionalmente, a apelação fica privada do efeito suspensivo, aos quais se somam outros, previstos nas leis extravagantes.

Criando uma exceção à exceção, o parágrafo único do art. 558 manda aplicar às hipóteses do art. 520 a norma do seu *caput*: “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”. Quando a apelação não produzir o efeito suspensivo, como nos casos do art. 520 e em quaisquer outros, objeto de lei extravagante, mas nos quais incidem as normas do CPC relativas a esse recurso, será possível, ainda assim, obter-se esse efeito, como permite o parágrafo único do art. 558.

Louve-se o legislador que com as regras do art. 558 e do seu parágrafo único aboliu o largo uso do mandado de segurança como sucedâneo de recurso, impetrado para sustar a eficácia das decisões impugnadas por agravo de instrumento (art. 497, 2ª parte) e por apelação sem efeito suspensivo (art. 520).

Surge, no tocante ao parágrafo único do art. 558, um problema prático. Ajuizado o agravo de instrumento diretamente no tribunal (art. 524) e distribuído incontinenti (art. 527), o relator toma imediato conhecimento do recurso, podendo, desde logo, atribuir-lhe o efeito suspensivo (art. 527, II). Entretanto, a apelação não chega logo ao tribunal, podendo, por diversas circunstâncias, ser retardada a sua subida, bastando imaginar-se a exis-

tência de apelados com diferentes procuradores cuja resposta só vier aos autos no trigésimo dia do respectivo prazo. Quando houver necessidade de se pedir a suspensão da eficácia da sentença, prevista no parágrafo único do art. 448 do Código de Processo Civil, com os autos ainda na primeira instância para o processamento da apelação, parece-me que, entre as possíveis, a melhor solução será apresentar-se ao tribunal, com uma prova da interposição da apelação e do seu preparo e cópias dos documentos relevantes, um requerimento de efeito suspensivo, no qual se demonstre a incidência do art. 558. Distribuído esse requerimento a um relator, que, conforme as normas regimentais, ficará prevento, ele ou o órgão, para a apelação, caberá a esse juiz deferir o efeito suspensivo.

Inspirou-me essa iniciativa, já tomada por mim, no exercício da advocacia, com todo o êxito, a norma que pus, no anteprojeto de reforma do CPC, elaborado pela comissão que tive a honra de integrar, em 1995, conforme a qual se podia apresentar ao tribunal cópia do recurso de agravo e de apelação, interpostos na primeira instância e ainda em processamento ali, a fim de que o órgão recursal pudesse, excepcionalmente, sustar a eficácia do pronunciamento recorrido, assim se dispensando, por falta de interesse processual, o uso anômalo e oneroso do mandado de segurança para o mesmo fim. ◆