

ALGUMAS REFLEXÕES ENVOLVENDO A AMPLITUDE DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO, APÓS A ALTERAÇÃO DO ART. 515, §3º, DO CPC

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, pós-doutor (Universidade de Lisboa), doutor e mestre (UFPA), Procurador do Estado do Pará, Professor da Universidade da Amazônia- UNAMA e Centro de Estudos Superiores do Estado do Pará – CESUPA.

I- CONSIDERAÇÕES SOBRE A NOVA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil completou trinta anos no dia 11 de janeiro de 2003. Durante esse período passou por várias alterações, voltadas para a superação dos obstáculos à celeridade da prestação jurisdicional¹.

Atualmente, com as Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02, ocorreu o chamado segundo momento da reforma processual, na verdade uma verdadeira revolução processual, quebrando uma série de dogmas que pareciam intangíveis. Destarte, as alterações que entraram em vigor em 2002 levam a uma importante reflexão em relação a institutos tradicionais como, *v.g.*: o *non reformatio in pejus*, o princípio do duplo grau de jurisdição, o *tantum devolutum quantum appellatum*, a indivisibilidade da sentença, a coisa julgada atingindo partes da decisão isoladamente, a *nulla executio sine titulo*², etc.

No presente estudo pretende-se enfrentar a profunda alteração ocorrida no art. 515, §3º, do CPC, permitindo o julgamento do mérito diretamente pelo Tribunal, nos casos de sentença terminativa impugnada através de apelação, desde que atendidas as formalidades legais³.

Não são poucas as reflexões acerca do citado dispositivo legal, como se passa a demonstrar:

¹ Como bem informam os professores Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier: “Conforme já se destacou em outra oportunidade, os trabalhos da Comissão da Reforma do Código de Processo Civil buscaram ‘aproximar a solução da lide, no tempo, de modo que à parte o Poder Judiciário possa responder mais rápida e eficazmente’. Além disso ‘a Comissão agiu de modo impecavelmente democrático e sensível a tudo quanto se discutir, a respeito, pelos interessados. País afora”. (*In Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 10/11.

² Acerca do princípio da *nulla executio sine titulo*, ver MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil : Princípios Fundamentais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 59 e seguintes.

³ A Lei 10.352/01 alterou vários dispositivos envolvendo os recursos cíveis. Em outra oportunidade, apresentei algumas considerações acerca do agravo retido. Sobre o assunto, ver ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Novas Diretrizes do Agravo Retido após as Reformas Processuais*. Jus Navegandi, Teresina, a. 6, n. 59, out., 2002. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3207>

II- REFLEXÕES ENVOLVENDO O ART. 515, §3º, ADVINDO DA LEI 10.352/02 E A NECESSIDADE DE REPENSAR INSTITUTOS CLÁSSICOS DO DIREITO PROCESSUAL

II.1- O ART. 515, §3º, DO CPC, E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. O DISPOSITIVO LEGAL É CONSTITUCIONAL?

A Comissão de Reforma do Código de Processo Civil apresentou as seguintes razões, na exposição de motivos para a reforma do art. 515 do CPC, objeto do projeto de Lei 3.474/2000:

“Art. 515. Cuida-se de sugestão que valoriza os princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, permitindo-se ao tribunal o julgamento imediato do mérito, naqueles casos em que o juiz não o tenha apreciado mas, sendo a questão exclusivamente de direito, a causa já esteja em condições de ser inteiramente solucionada. Anota-se que o duplo grau de jurisdição não é imposição constitucional. Consoante Carreira Alvim, “como o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio destinado a 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 na 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 do mérito, o que obriga o tribunal a anular a sentença, devolvendo os autos à origem para que seja julgada no mérito. Tais feitos, estão, muitas vezes, devidamente instruídos, comportando julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC), mas o julgador, por apegado amor às formas, se esquece de que o mérito da causa constitui a razão primeira e última do próprio processo”.

Antes da reforma processual, havia impossibilidade do Tribunal julgar o mérito em caso de sentença terminativa objeto de recurso de apelação, considerando o duplo grau de jurisdição, a supressão de instância e mesmo o efeito devolutivo do apelo. Como menciona Ovídio A. Baptista da Silva:

“Uma redução similar na extensão do *efeito devolutivo* da apelação acontece quando o recurso seja interposto não contra uma sentença de mérito, e sim contra *sentenças terminativas*. Neste caso, igualmente a apelação não devolverá ao tribunal o conhecimento do mérito da causa, porque, em verdade, nem mesmo houve uma sentença anterior que o tenha decidido, de modo que o tribunal do recurso pudesse revê-la. Sabendo-se que, segundo nosso direito, de todas as *sentenças terminativas* o recurso cabível é o da apelação, facilmente se compreende que se o juiz houve posto fim ao processo, sem decidir o mérito da causa, numa das hipóteses do art. 267 do CPC, o provimento da apelação implica o retorno do processo à sua origem em primeira instância, a fim de que o

magistrado que o havia declarado extinto, renome o curso do procedimento e venha a proferir no momento adequado uma decisão de mérito”⁴.

No mesmo sentido eram os precedentes jurisprudenciais:

“Recurso Especial — processo Civil — Sentença Terminativa — Apelação que cuidou do exame do mérito — Impossibilidade.

Na apelação de sentença terminativa (carência de ação), não pode o tribunal conhecer e examinar o mérito da demanda, sob pena de ferir-se o princípio do duplo grau de jurisdição” (STJ. 5ª T, REsp. 33.222-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 24.9.1996).

“Processual civil. Sentença terminativa. Apelação. Exame do mérito.impossibilidade. Princípio do 'tantum devolutum quantum appellatum'. Em grau de apelação, a corte 'ad quem' está adstrita a conhecer e examinar unicamente a matéria impugnada, ou seja, decidida pelo juiz de primeiro grau.

A amplitude do efeito devolutivo é diretamente proporcional a extensão da matéria apreciada na sentença. Tratando-se de apelação de sentença terminativa, não pode o órgão colegiado conhecer do 'meritum causae', por implicar flagrante desrespeito ao duplo grau de jurisdição e ao princípio das instâncias jurisdicionais.

Aplicação do princípio do 'tantum devolutum quantum appellatum'. Recurso provido, a unanimidade. (STJ. Resp 29072 / SP; Recurso Especial 1992/0028444-2. Data da decisão 14.12.1994, 1ª Turma, Relator Min. Demócrito Reinaldo).

“Responsabilidade civil. Indenização por demanda abusiva. Impossibilidade jurídica do pedido. Carência de ação. Apelação.

Se o autor pede, na inicial, que os danos emergentes e os lucros cessantes apurados em liquidação de sentença, e desfeito ao juiz adiantar-se e proferir decisão que implique condenação em quantia fixa, pena de afronta aos artigos 128 e 460 do CPC.

- A extensão do efeito devolutivo mede-se pela extensão da matéria impugnada - "tantum devolutum quantum appellatum". Como não se pode impugnar algo que não existe, segue-se que a cognição, no tribunal, há de limitar-se ao que foi decidido na sentença apelada. Se esta é apenas terminativa, deve o órgão "ad quem", ao reformá-la, devolver os autos ao juízo de primeiro grau para o julgamento do mérito. Inteligência do art. 515 e seu par. 1. do CPC.

Recurso conhecido e provido em parte”(STJ, Resp 39210 / RS ; Recurso Especial 1993/0026977-1, data do julgamento 29/08/1994, relator Min. Antonio Torreão Braz).

Contudo, tal entendimento importava em maior demora na prestação jurisdicional, sendo, portanto, objeto de análise e discussão pela Comissão de Reforma do CPC.

Assim, para uma correta reflexão da alteração processual, cumpre analisar os princípios relacionados ao novo §3º do art. 515 do CPC.

⁴ In. *Curso de Processo Civil*. 3ª edição, Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, vol. I, p. 367.

O objetivo da reforma foi claro: permitir o julgamento do mérito diretamente pelo Tribunal, através de Acórdão, nos casos de apelação em face de sentença terminativa, desde que o processo permita esse imediato julgamento.

Como bem observa Eduardo Cambi:

“A inclusão do §3º, ao art. 515 do CPC partiu da premissa que a *morosidade* é um dos maiores fatores de deslegitimação do mecanismo processo e uma das causas mais graves que impedem o *acesso á ordem jurídica justa*, já que a justiça tardia constitui fonte de descrédito da população no Poder Judiciário, em razão das angústias, sofrimentos psicológicos e econômicos que provoca. Assim, a questão da distribuição do *ônus do tempo* no processo deve estar no centro das novas técnicas de aperfeiçoamento do instrumento processual”⁵.

Sem dúvida, o novo dispositivo teve o seguinte objetivo: abreviar a duração dos litígios. Contudo, importante indagar: qual a consequência processual, considerando o duplo grau de jurisdição e a *reformatio in pejus*? O dispositivo está em consonância com os ditames constitucionais?

Inicialmente, importante ressaltar que a alteração processual não é inconstitucional no aspecto ligado ao duplo grau de jurisdição, já que este princípio não é garantido expressamente à nível constitucional (apesar de se inserir nas garantias inerentes ao *due process of law* – art. 5º, LV, CF/88), podendo legislação infraconstitucional tratar da matéria de modo diverso, como ocorre no art. 34 da Lei 6.830/80⁶⁷.

Importante, nesse aspecto, repisar os ensinamentos de Oreste Nestor de Souza Laspro:

“Aliás, pode-se mesmo dizer que 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.

⁵ CAMBI, Eduardo. *Mudando os rumos da apelação : comentário sobre a inclusão, pela Lei 10.352/2001, do §3º ao art. 515 do CPC*. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : RT, 2002, p.179/180.

⁶ Sobre os princípios do processo civil previstos na Constituição Federal, ver obra clássica de NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6ª edição, São Paulo : RT, 2000.

⁷ Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ensinam que: “O duplo grau de jurisdição é, assim, acolhido pela generalidade dos sistemas processuais contemporâneos, inclusive pelo brasileiro. O princípio não é garantido constitucionalmente de modo expresso, entre nós, desde a República; mas a própria Constituição incumbem-se de atribuir a competência recursal a vários órgãos da jurisdição (art. 102, inc. II; art. 105, inc. II; art. 108, inc. II), prevendo expressamente, sob a denominação de *tribunais*, órgãos judiciários de segundo grau (v.g., art. 93, inc. II). Ademais, o Código de Processo penal, o Código de Processo Civil, a Consolidação das Leis do Trabalho, leis extravagantes e as leis de organização judiciária preveem e disciplinam o duplo grau de jurisdição”. (*Teoria Geral do Processo*. 14ª edição. São Paulo : Malheiros Editores, 1998, p. 74 e 75).

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.

Assim, efetivamente, o duplo grau de jurisdição não é garantido no direito brasileiro a nível constitucional, estando somente regulado a nível ordinário”⁸

Ainda sobre o duplo grau de jurisdição, importante transcrever as lições de Cândido Rangel Dinamarco:

“Diferentemente dos demais princípios integrantes da *tutela constitucional do processo*, este não é imposto pela Constituição com a exigência de ser inelutavelmente observado pela lei. Além de não explicitar exigência alguma a respeito, ela própria abre caminho para casos em que a jurisdição será exercida em grau único, sem possibilidade de recurso”⁹.

Portanto, não há qualquer violação ao princípio do duplo grau de jurisdição a nova previsão de julgamento imediato do mérito do pedido, quando a apelação for interposta em face de decisão terminativa, desde que esteja em condições de imediato julgamento¹⁰.

Apenas para melhor esclarecimento, vale mencionar dois exemplos. “A” move demanda em face de “B”, tendo como objeto matéria exclusivamente de direito. O réu foi citado, apresentou resposta (contestação) suscitando a preliminar de falta de pressuposto processual peremptório. No momento do julgamento conforme o estado do processo, o juízo de primeira instância acolheu a preliminar e extinguiu o processo sem julgamento de mérito, *ex vi* art. 329 c/c 267, IV, do CPC. Dessa decisão, o autor poderia ter aguardado *in albis*, o decurso do prazo recursal e movido nova demanda¹¹, mas preferiu interpor recurso de apelação, solicitando a aplicação no novo art. 515, §3º, do CPC. Assim, no julgamento do recurso, poderá o tribunal julgar o mérito desde logo, não retornando os autos à primeira instância, sem que se possa discutir qualquer violação ao duplo grau de jurisdição¹².

⁸ *in Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo : RT, 1995, p. 159.

⁹ *In Instituições de Direito Processual Civil*. vol I, 3ª edição, São Paulo :Malheiros, 2003, p. 240/241.

¹⁰ Ainda sobre o duplo grau de jurisdição, importantes lições são levantadas por Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 86/96. Ademais, Roberto Rosas corretamente assevera que: “O princípio do duplo grau de jurisdição não está inscrito em nenhuma regra constitucional, apenas deduz-se da estrutura constitucional da duplicidade de pronunciamentos que o mesmo pertence à estrutura do Poder Judiciário” (*in Direito Processual Constitucional*. 3ª edição, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 21).

¹¹ Isso se não for hipótese de pressuposto processual negativo como, v.g., a litispendência ou a coisa julgada.

¹² Aliás, como menciona o Professor Arruda Alvim, “o que está previsto no art. 515, §3º, importa uma atenuação do princípio do duplo grau de jurisdição, porquanto permite ao Tribunal que julgue o mérito da causa (lide), quando o juiz não o tenha feito. Ou seja, se a decisão houver sido pela extinção do processo sem julgamento de mérito, o recurso de apelação — sem se cogitar de pedido, no sentido próprio e jurídico — poderá ser conhecido e provido para: (a) modificar a decisão do processo, em relação à extinção, sem julgamento de mérito, admitindo a ação; (b) julgar o mérito da causa ou lide, favoravelmente ao recorrente; (c) ou julgar o mérito da causa ou lide, desfavoravelmente ao recorrente, hipótese em que ocorre reformatio in peius” (*Notas sobre algumas das mutações verificadas com a Lei 10.352/2001. In Aspectos Polêmicos e*

Por outro lado, importante discutir se é em qualquer hipótese de sentença terminativa que poderá o Tribunal adentrar no mérito e se há necessidade de requerimento do recorrente nesse sentido, assunto que será analisado nos itens seguintes.

II.2- SIGNIFICADO DAS EXPRESSÕES: QUESTÃO EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO E CONDIÇÕES DE IMEDIATO JULGAMENTO

Outro relevante aspecto a ser discutido é o significado das expressões acima, posto que são os requisitos para o cabimento do novo dispositivo legal.

Quanto à primeira hipótese legal, será que o CPC utilizou a expressão contida no art. 330, I que autoriza o julgamento antecipado da lide nos casos envolvendo questão exclusivamente de direito? E se houver questão de fato, já provado, poderá ser utilizada a permissão contida no art. 515, §3º do CPC?

Quanto à expressão, ratifico o posicionamento de Eduardo Cambi, considerando que tecnicamente falando não há questão exclusivamente de direito, já que este nasce dos fatos¹³.

Além disso, há outra pergunta intrigante: e se a matéria discutida na demanda envolver fatos, mas que independem de prova ou que já estão devidamente comprovados, poderá o Tribunal adentrar no mérito? Vejamos o seguinte exemplo: “A” move demanda em face de “B”, anexando à inicial todos os documentos comprobatórios de seu direito. Após a contestação, onde o réu não impugnou os fatos (tornando-se incontroversos) o juízo *a quo*, acolheu a preliminar levantada pelo réu e extinguiu o processo, sem julgamento de mérito. Dessa decisão, o autor recorreu suscitando a aplicação do art. 515, §3º. Pergunta-se: poderá o tribunal adentrar no mérito caso acolha o recurso ou deverá devolver os autos à primeira instância para julgamento do objeto do processo?

A devolução ao juízo de primeira instância irá significar um desprestígio à celeridade processual, sendo, portanto, uma situação digna de profunda preocupação.

Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : RT, 2002, p. 79/80.

¹³ Como bem menciona o citado processualista, ainda comentando o anteprojeto que deu origem ao artigo ora em comento: “Não é dessa questão que trata o anteprojeto, porque afirma que a questão deve ser *exclusivamente* de direito. Entretanto, é necessária esclarecer que o direito nasce dos fatos (*ex facto oritur ius*), não existindo uma questão que seja *unicamente de direito*. Por exemplo, mesmo para averiguar se houve prescrição da ação é necessário comparar as datas em que o fato ocorreu e em que a ação foi ajuizada. Assim sendo, pode-se falar em questão exclusivamente de direito quando os fatos da causa são *incontroversos*, isto é, aceitos por ambas as partes, que litigam somente com relação à tese jurídica a ser aplicada pelo juiz. Desse modo, são exemplos de questões exclusivamente de direito a controvérsia sobre a constitucionalidade ou não de uma lei ou de um ato normativo, sobre a aplicabilidade imediata ou não, bem como sobre a eficácia, de uma norma constitucional (v.g., art. 192, §3º, da CF), sobre a aplicação de uma lei no tempo (questão de direito intertemporal), sobre o índice de juros ou de correção monetária, etc. (***Efeito Devolutivo da Apelação e o Duplo Grau de Jurisdição***. In *A Segunda Etapa da Reforma Processual* – Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr (coord). São Paulo : Malheiros, 2001, p. 260-261).

Não vejo razões para deixar de aplicar o dispositivo na hipótese em questão, pois os fatos são incontroversos. Ora, retornar ao juízo *a quo* para julgamento do mérito é desconsiderar totalmente a intenção da reforma processual. Ademais, não há necessidade de instrução probatória¹⁴.

Destarte, o ponto central da expressão é a necessidade ou não de retorno dos autos à 1ª Instância para julgamento do mérito, razão pela qual a reforma processual poderia ter sido mais clara nesse sentido, consagrando os casos que envolvem matéria de fato já provado ou mesmo incontroverso. Aliás, oportunas são as observações levantadas por Pedro Luiz Pozza quando afirma que:

“O legislador foi extremamente infeliz na redação do dispositivo, pois bastaria, para permitir a incidência da hipótese prevista no novo §3º do art. 515, exigir, como requisito para a apreciação do mérito pelo tribunal, ao reformar sentença que não examinou o *meritum causae*, que a causa estivesse *madura*. Quer dizer: se a causa versar questão exclusivamente de direito, sempre poderá o tribunal suprimir o primeiro grau de jurisdição; porém se a causa versar, também, questões fáticas, a supressão poderá ocorrer, da mesma forma, desde que a instrução da lide esteja concluída, ou seja, reste esgotada integralmente a dilação probatória”¹⁵.

Na verdade, entendo que a reforma poderia ter sido melhor se, ao invés de correlacionar duas situações, mencionasse apenas **condições de imediato julgamento**¹⁶.

Aliás, a expressão “condições de imediato julgamento” é nitidamente subjetiva, ligada a interpretação do julgador¹⁷. Visando verificar se a causa está em condições de imediato julgamento, deve-se analisar qual foi o momento em que o juízo *a quo* extinguiu o processo e se há necessidade de adoção de alguma providência processual.

Vejamos algumas hipóteses: a) indeferimento da inicial, considerando a falta de pressuposto processual, sendo a questão exclusivamente de direito; b) Extinção no momento do julgamento conforme o estado do processo (após a contestação), pela falta de pressuposto processual, sendo a matéria exclusivamente de direito (arts. 329 c/c 267, IV); c) Extinção do processo (após a contestação) também pela falta de pressuposto

¹⁴ Ora, se o juízo *a quo* não tivesse extinto o processo sem julgamento do mérito, poderia apreciar o objeto no momento do julgamento conforme o estado do processo, através do julgamento antecipado da lide (art. 330, do CPC). Assim, sendo desnecessária a fase instrutória em 1ª instância, não há óbice para julgamento do mérito diretamente pelo tribunal, *ex vi* art. 515, §3º, do CPC.

¹⁵ *In As Novas Regras dos Recursos no Processo Civil e Outras Alterações*. São Paulo : Forense, 2003, p. 27.

¹⁶ O Professor Arruda Alvim apresenta a seguinte interpretação em relação a conjugação das duas expressões: “O que estaria subjacente à regra do art. 515, §3º, seria ou é o comando destinado a obter maior celeridade, concretizável pelo não retorno do processo ao primeiro grau, desde que existam condições de cognição exauriente, por certo, não é afastada pela existência de questões de fato, quando dirimíveis exclusivamente pelo exame da documentação. A mutação principal originada desse 3º do art. 515 é relativamente à possibilidade de julgamento de mérito, *em primeira mão*, pelo segundo grau. E essa foi indubitavelmente a idéia assumida pelo legislador” (*Op. cit.* p. 82.)

¹⁷ Conforme lições de Wambier e Wambier, “outro problema, e certamente muito mais delicado e difícil de ser resolvido, é o que diz respeito à controlabilidade desta decisão, já que a aferição de a causa estar ou não em condições de imediato julgamento envolve inexoravelmente certa dose de subjetividade, que deverá, evidentemente, ser *absorvida pela objetividade da fundamentação da decisão*” (*Op. cit.* p. 97)..

processual, sendo a matéria de direito e de fato, contudo este último já comprovado por prova documental juntada à inicial e à contestação (arts. 329 c/c 267, IV); d) Extinção do processo sem julgamento do mérito, após a contestação, em face da falta de pressuposto processual, mas necessitando de prova testemunhal que não chegou a ser colhida (arts. 329 c/c 267, IV). Em todas as hipóteses, houve recurso de apelação, razão pela qual indaga-se: em quais situações será cabível a aplicação do art. 515, §3º?

Nos casos acima, observa-se que o julgamento do mérito diretamente pelo tribunal não pode significar cerceamento de defesa e apenas poderá ser realizado quando todos os atos processuais tiverem ocorridos¹⁸. Logo, apenas nas hipóteses elencadas nos itens b e c.

Com efeito, na primeira hipótese, sendo reconhecido o *error in procedendo* do juízo *a quo*, devem os autos retornar à primeira instância para citação do réu e prosseguimento do feito, enquanto no item “d” deve-se retornar para a devida instrução processual¹⁹.

Após essas observações, é necessário refletir outra situação: por que não foram substituídas as duas expressões em uma só: **demanda em condições de imediato julgamento?** Nesta expressão, estariam previstas tanto as hipóteses de matérias de direito quanto nos casos de processos maduros, mesmo envolvendo matérias de fato, já que seria desnecessário o retorno à primeira instância para julgamento do mérito²⁰.

Aliás, sobre o assunto, salutar são as observações trazidas por Gleydson Kleber Lopes de Oliveira:

¹⁸ Como bem observa Allan Helber de Oliveira: “Apenas pode ser considerado ‘em condições de imediato julgamento’ aquele processo que observou todos os atos de desenvolvimento regular, em que ambas as partes puderam participar da formação do discurso e onde, após o esgotamento absoluto da instrução, ocorreu a conclusão dos autos para a prolação de sentença de mérito” (*In A Segunda reforma do CPC*. Belo Horizonte : Melhoramentos, 2002, p. 139).

¹⁹ José Miguel Garcia Medina apresenta conclusão parcialmente contrária, entendendo que em caso de indeferimento da petição inicial e interposição de apelação, o Tribunal pode rejeitar o pedido do autor. De acordo com sua interpretação: “Parece-nos mais adequado entender que o §3º do art. 515 aplica-se à sentença que indefira a petição 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 e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. vol. 6, Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : RT, 2002, p. 347).

²⁰ O Professor Cândido Rangel Dinamarco apresenta importante observação sobre o assunto. Observa que “Processo *em condições de imediato julgamento*, segundo as palavras da nova lei, equivale a processo já suficientemente instruído para o julgamento de mérito. Não foi feliz o legislador, ao dar a impressão de formular mais uma exigência para a aplicação do novo parágrafo, qual seja a de que a *causa versar questão exclusivamente de direito*. Se imposta sem atenção ao sistema do Código de Processo Civil, essa aparente restrição poderia comprometer a utilidade da inovação, ao impedir o julgamento pelo tribunal quando houvesse questões de fato no processo mas estivessem elas já suficientemente dirimidas pela prova produzida. É o que se dá (a) quando todo o procedimento legal já houver sido percorrido perante o juízo de primeiro grau, proferindo o juiz uma sentença terminativa em audiência ou depois dela; b) quando, proferida essa sentença na oportunidade do art. 329 do Código de Processo Civil, estivessem presentes os pressupostos para o *julgamento antecipado do mérito*, segundo um dos incisos do art. 330 deste. Se o réu for revel e ocorrer o efeito da revelia, provavelmente o juiz teria julgado o *meritum causae* no momento em que proferiu a sentença terminativa, não fora seu entendimento de que o mérito não poderia ser julgado (art. 319, c/c art. 330, inc. II)” (*A Reforma da Reforma*. 5ª edição, São Paulo : Malheiros, 2003, p. 155 e 156).

“Embora a norma se refira apenas à questão exclusivamente de direito, deve-se, à luz da finalidade da regra e a partir de uma interpretação teleológica, entender que é lícito ao tribunal, provendo apelação interposta contra sentença terminativa, apreciar o mérito da causa, desde que o processo esteja ‘maduro para julgamento’, ainda que a questão seja de fato e de direito, sendo, porém desnecessária produção probatória”²¹.

Portanto, entendo que os requisitos elencados no art.515, §3º não necessitam ser simultâneos, mas alternativos²².

Outros aspectos que podem causar certa controvérsia prática residem em duas indagações, a saber: o Tribunal pode ou deve julgar o mérito nas hipóteses previstas no art. 515, §3º? Há necessidade de expresse requerimento do recorrente?

Duas perguntas intrigantes merecem toda atenção nas respectivas respostas.

Quanto ao fato de haver liberalidade ou não, penso que a intenção da reforma foi superar os obstáculos à demora na prestação jurisdicional. Por essa razão, não se trata de uma faculdade como à primeira vista possa parecer, mas de verdadeiro **poder-dever**, sob pena de se fazer com que a discricionariedade do julgador possa tornar letra morta a alteração processual.

Os professores Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier também observam essa situação, senão vejamos:

“O primeiro problema que surge é o de se saber se o Tribunal *deverá* assim proceder ou *poderá*. Nos inclinamos a dizer que se trata de dispositivo que encerra um *dever*, como, aliás, são quase todos os dispositivos que dizem respeito à atividade do juiz.

Tratando-se de um *dever*, isso significa dizer que, estando presentes os pressupostos, deve o juiz, necessariamente, por economia processual, decidir o mérito da causa”²³.

Portanto, estando configurada a situação prevista legalmente, o tribunal deverá enfrentar o mérito, evitando retornar os autos à primeira instância²⁴. Por outro lado, se isso ocorrer,

²¹ In *Efeito Devolutivo do Recurso de Apelação. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. vol. 6, Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier.* São Paulo : RT, 2002, p. 256.

²² No mesmo sentido, Alberto Camiña Moreira e outros: “Partindo do objetivo da introdução do dispositivo que é o de possibilitar ao tribunal julgar o mérito da apelação, desde que o retorno à primeira instância do processo nada introduza senão a possibilidade de se ter uma sentença de primeiro grau com natureza definitiva, entendemos que o termo está diretamente relacionado aos fatos e, especificamente, à desnecessidade de se produzirem provas em primeira instância” (MOREIRA, Alberto Camiña, et al. *A Nova Reforma Processual Comentada.* 2ª edição, São Paulo : Editora Método, 2003, p. 257). Já Willian Santos Ferreira defende que “No tribunal dever-se-á julgar a lide, nos casos em que a sentença impugnada tenha extinto o processo sem julgamento do mérito, desde que dois requisitos se apresentem *cumulativamente* (o dispositivo traz a partícula “e”: a) a causa versar questão exclusivamente de direito; e b) estiver em condições de imediato julgamento” (*Aspectos Polêmicos da Nova Reforma Processual.* Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 101).

²³ Op. cit. p. 97.

significará uma conduta contrária ao espírito reformista e ao ideal de breve solução dos litígios.

Atenção também merece a segunda indagação, eis que trabalha também com o efeito devolutivo da apelação e o *tantum devolutum quantum appellatum*.

Diga-se de passagem que não se está discutindo o efeito translativo²⁵ do recurso de apelação, mas apenas as situações envolvendo matérias que necessitam de provocação. Será que o tribunal pode enfrentá-las, julgando o mérito, independentemente de requerimento do apelante, inclusive prejudicando sua situação processual?

Sobre o assunto, deve-se raciocinar em consonância com o *tantum devolutum quantum appellatum*, razão pela qual entendo que deve haver a necessária provocação.

Com efeito, caso esse julgamento pudesse ser feito independentemente de provocação, poder-se-ia piorar a situação processual do recorrente (na hipótese o mérito lhe seja desfavorável), sem requerimento para apreciação do objeto do processo. Tal julgamento poderá também ser considerado *extra* ou mesmo *ultra petita*.

No mesmo sentido, vale repisar as lições de Humberto Theodoro Jr:

“Dessas premissas podem-se extrair as seguintes conclusões: a) o novo §3º do art. 515 do CPC não criou simples faculdade para o tribunal, que tem o dever de enfrentar o mérito da causa, quando configurados os requisitos legais para tanto; b) o julgamento de mérito, no entanto, deverá ser pleiteado pelo recorrente, para que se torne objeto da devolução operada pela apelação ao tribunal *ad quem*. O tema pertence a *extensão* da devolução e não à sua *profundidade*”²⁶.

Com efeito, não se pode olvidar que o §3º está incluído no art. 515, pelo que deve cumprir as premissas estabelecidas em seu *caput*, atendendo-se, portanto, ao efeito devolutivo e ao *tantum devolutum quantum appellatum*²⁷. Ressalte-se, por oportuno, que tal

²⁴ No mesmo sentido, ver Humberto Theodoro Júnior. *In Inovações da Lei 10.352/2001, em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição*. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. vol. 6, Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : RT, 2002, p. 271.

²⁵ Efeito translativo autoriza o tribunal a julgar fora dos limites do recurso, em se tratando de matéria de ordem pública. Sobre o assunto, importantes são as lições de Nelson Nery Jr, quando afirma que: “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, arts. 267, §3º, e 301, §4º, ambos do CPC). A translação dessas questões ao juízo *ad quem* está autorizada nos arts. 515, §§1º e 2º, e 516, do CPC”. (In *Princípios Fundamentais — Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 415. Ver também Luiz Orione Netto. *Recursos Cíveis*. Op. cit. p. 133 e seguintes.

²⁶ Humberto Theodoro Júnior. Op. cit. p. 271.

²⁷ Os professores Flávio Cheim Jorge, Marcelo Abelha Rodrigues e Fredie Didier Júnior também apresentam essa preocupação quanto ao conhecimento do mérito independentemente de provocação. Op. cit. p. 148. Ainda defendendo a necessidade de provocação, salutar é a observação lançada por Leonardo José Carneiro da Cunha: “Em outras palavras, para que reste aplicada a regra do §3º do art. 515 do CPC, é preciso que o apelante, em suas razões recursais, requeira expressamente que o tribunal dê provimento ao seu apelo e, desde logo, aprecie o mérito da demanda. Caso o apelante requeira que, após o provimento do recurso, sejam os

provocação não engloba as matérias de ordem públicas, posto que são encaminhadas ao Tribunal pelo efeito translativo, o que autoriza o colegiado conhecê-las independentemente de provocação, *ex vi* art. 267, §3º e 301 §4º²⁸.

Portanto, deve haver provocação no recurso de apelação, visando autorizar o tribunal a julgar o mérito da demanda.

De outra banda, há novo raciocínio que se deve fazer: qual a conduta do apelado? Deverá impugnar o mérito quando o autor (apelante) interpõe o recurso sem nada mencionar nesse sentido?

Como se deixou claro anteriormente, o recurso deve conter o requerimento para julgamento do mérito, até por força do efeito devolutivo, razão pela qual entendo que o apelado deverá apenas impugnar a matéria objeto do recurso.

Contudo, como vem ganhando força entendimento de que o tribunal pode julgar o mérito independentemente de provocação, por cautela deve o réu / apelado impugnar também o mérito, considerando que a decisão do tribunal pode piorar sua situação processual. Este é mais um aspecto que me causa preocupação, diante da nova sistemática envolvendo o art. 515, §3º, do CPC.

Outra situação polêmica refere-se ao âmbito de aplicação do novo dispositivo legal. A pergunta que não quer calar é a seguinte: se o Tribunal mantiver a decisão inferior que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, poderá o recorrente, em sede de Recurso Especial ou mesmo Extraordinário requerer junto ao Tribunal Superior a aplicação do art. 515, §3º, com a reforma da decisão estadual e o julgamento do mérito diretamente em instância excepcional?

Particularmente, defendo que a resposta deverá ser negativa, por várias razões: 1) O §3º deve ser interpretado em consonância com seu caput, o que se refere à apelação, ou, no máximo, em recurso de natureza ordinária²⁹; 2) Os tribunais superiores não têm

autos devolvidos ao juízo de primeira instância para análise do mérito, por ignorância da nova regra ou por lhe ser mais conveniente, não poderá o tribunal, valendo-se do §3º do art. 515 do CPC, adentrar no exame do mérito, sob pena de estar julgando *extra* ou *ultra petita*” (In *Inovações no Processo Civil*, São Paulo : Dialética : 2002, p. 85-86.

²⁸ Arruda Alvim entende que esse julgamento poderá ocorrer mesmo se no recurso não contiver, propriamente, requerimento nesse sentido. Em sua visão, “No que diz respeito ao mérito da causa – se ocorrer o quadro descrito no §3º do art. 515 – estará inteiramente transferido ao Tribunal, ainda que no recurso não se tenha formulado, *propriamente*, esse pedido. Mas, para que esse julgamento do mérito da causa possa ocorrer, colocam-se dois requisitos, ou seja : (1) é preciso que a questão seja exclusivamente de direito e (2) que não haja qualquer óbice a isso, porquanto refere-se a lei a ser necessário que o processo esteja ‘em condições de imediato julgamento’”. Em outra passagem, assim se manifesta o mestre de todos nós: “Como o sistema brasileiro baseia-se no princípio dispositivo, parece, à primeira vista, que deve haver pedido no sentido de que seja superada (=provido o recurso de apelação) para afastar a extinção do processo sem julgamento de mérito, modificando-se a sentença de primeiro grau, como também deve-se pedir para que o Tribunal aplique o art. 515, §3º. Mas este não parece ser o entendimento ajustável à modificação ocorrida”. (Op. cit. p. 81 e 80 – nota de rodapé nº 23 — respectivamente).

²⁹ No caso do agravo de instrumento interposto em face de decisão interlocutória, o caso concreto pode ventilar a aplicação do dispositivo em questão. Com efeito, nada impede que, no julgamento do AI seja aplicado o art. 515, §3º, do CPC, isso se o mérito estiver em condições de imediato julgamento. Sobre o assunto, vale citar o exemplo mencionado por Alberto Camiña Moreira e outros: “Neste sentido, deve ser

competência para apreciar qualquer matéria, mas apenas às previstas expressamente no texto constitucional — arts. 102, III, e 105, III; 3) A reforma não atingiu os artigos do Código de Processo Civil que tratam dos recursos aos tribunais superiores, pelo que não está autorizada a interpretação por analogia, sob pena de se violar a competência excepcional dos tribunais superiores³⁰.

Nesse momento, urge discutir duas últimas indagações: qual é o recurso cabível em face da decisão do tribunal que acolheu o mérito com base no novo dispositivo legal? O sistema processual pós-reforma criou a chamada justiça de única instância, já que as matérias que podem ser suscitadas aos tribunais superiores são apenas as previstas na CF/88?

Visando responder essas perguntas, mais uma vez ratifico a intenção dos reformadores: solucionar os pontos de estrangulamento do sistema.

Vejamos um exemplo, com duas alternativas: sentença processual acolhendo a falta de pressuposto processual. Autor interpõe recurso de apelação, requerendo a aplicação do 515, 3º. O Tribunal acolhe o recurso, reforma a decisão terminativa e no mérito na primeira hipótese julga favorável ao recorrente, e na segunda improcedente o pedido.

Não se deve esquecer que a decisão foi adveio de tribunal estadual, exteriorizada através de Acórdão, razão pela qual apenas serão cabíveis recursos excepcionais, desde que o caso concreto apresente algumas das hipóteses previstas na CF/88, além de eventuais embargos declaratórios e infringentes ainda perante a justiça local.

destacada a possibilidade de se aplicar o disposto no §3º ao agravo de instrumento. Assim, se o tribunal, ao julgar esse recurso, verifica que está em condições de passar ao exame do próprio mérito, entende-se que isso seria possível., Apenas a título exemplificativo, basta pensar naquela hipótese em que o autor pleiteou o julgamento antecipado da lide e o juiz rejeitou o pleito, determinando a produção de provas. Se o tribunal dá provimento ao agravo, significa que entende que o processo já pode ser julgado no mérito e que não há mais necessidade da produção de provas. Nesse contexto, nada mais lógico que o próprio tribunal passe dede logo ao julgamento de mérito, evitando a remessa desnecessária dos autos á primeira instância. Aliás, desse modo estar-se-á preservando inclusive a independência do juiz de primeiro grau, pois, no modelo tradicional, estaria o mesmo obrigado a julgar antecipadamente a lide, apesar de já ter afirmado que seria necessária a dilação probatória”. (Op. cit. p. 261). No mesmo sentido, Cândido Dinamarco leciona que “está aí, portanto, a questão da dimensão do disposto pelo novo parágrafo do art. 515 — se ele abrange apenas o recurso *de apelação*, ou também outros. Figure-se a hipótese da decisão interlocutória com que o juiz determina a realização de uma prova e a parte manifesta *agravo de instrumento* com o pedido de que essa prova não seja realizada: se o tribunal aceitar os fundamentos do recurso interposto, para que a prova não se realize, e entender também que nenhuma outra existe a ser realizada, é de rigor que passe desde logo ao julgamento do *meritum causae*, porque assim é o espírito da *Reforma* — acelerar a oferta da tutela jurisdicional, renegando mitos seculares, sempre que isso não importe prejuízo à efetividade das garantias constitucionais do processo nem prejuízo ilegítimo às partes”. (*A Reforma da Reforma*. cit. p. 163).

³⁰Allan Helber de Oliveira apresenta a mesma preocupação, com conclusão um pouco diversa, senão vejamos: “Finalmente, como último ponto sobre o art. 515, §3º, CPC, é importante indagar: qual tribunal o aplicará? Neste texto sempre foi sugerido que será o tribunal de segundo grau, no julgamento da apelação. Não deve, porém, ser descartada a hipótese de a sentença fundamentada no art. 267, CPC, ser mantida por esse tribunal e, ato contínuo, ser objeto de recurso extraordinário e/ou especial. Podem o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça julgar o mérito? Aqui foi defendido que a novidade é inexequível. Porém se o praxismo a vingar, não haverá outro meio de compreender o problema senão admitindo que também os tribunais de jurisdição extraordinária aplicarão o novo parágrafo e julgarão o mérito” (Op. cit. p. 140/141).

Ocorre que, se o caso concreto ventilar direito local ou mesmo matéria de fato, as portas aos tribunais superiores estarão fechadas, fazendo com que o julgamento do mérito feito pela primeira e única oportunidade diretamente pelo tribunal local, seja a decisão final. Assim, pergunta-se: isso seria violação ao duplo grau de jurisdição, visualizando tanto a situação do autor recorrente que poderá ter uma decisão final contrária aos seus interesses ou mesmo a situação do réu que tinha uma situação favorável (sentença processual) e passou a ter um acórdão, não mais sujeito a recurso excepcional, julgando o mérito improcedente?

No caso da fazenda pública a situação é um pouco mais complicada, em face do reexame necessário, o que merece análise em capítulo específico.

Destarte, a situação é preocupante, significando mais uma questão complexa advinda da alteração processual. O novo sistema recursal, preocupado com a demora na solução dos litígios, poderá fazer com que a causa seja decidida em única instância pelo tribunal estadual, quando não for hipótese de cabimento de recurso excepcional, *ex vi* arts. 102, III, e 105, III, da CF/88.

Será que, nesse aspecto, a modificação ocorrida no CPC significará um risco de insatisfação social, ou mesmo cerceamento de defesa?

Apenas o tempo e a prática forense dará uma resposta satisfatória.

Essa preocupação também foi objeto de anotação por parte dos Professores Marcelo Abelha Rodrigues, Flávio Cheim Jorge e Fredie Didier Júnior:

“No entanto, reputamos que, mesmo assim, o §3º do art. 515 não estaria completamente imune a críticas, pois, ao se permitir que o tribunal aprecie diretamente o pedido formulado pelo autor, é perfeitamente possível que contra essa decisão a parte prejudicada não disponha de qualquer recurso adequado ou útil. As restrições intrínsecas existentes quanto ao cabimento dos recursos excepcionais podem fazer com que a parte não tenha como se insurgir contra o acórdão do tribunal, o qual em primeira mão apreciou a pretensão deduzida em juízo³¹”.

Essa é mais uma reflexão salutar que deve ser feita para a correta interpretação do novo dispositivo legal, considerando que a preocupação com a celeridade do processo poderá corroborar com a verificação prática de um único julgamento de mérito, não ficando sujeito a qualquer recurso. Será que tal conduta não caracteriza cerceamento de defesa, analisando-se especialmente a posição do prejudicado pela decisão oriunda do Tribunal?

A indagação fica no ar, cabendo aos operadores do direito enfrentar corretamente cada situação processual³².

³¹ Op. cit. p. 150.

³² De início, não vislumbro cerceamento de defesa, considerando que a jurisdição ordinária encerra-se na esfera estadual. Logo, se o mérito fosse apreciado em 1ª instância, o recurso de apelação seria infrentado pelo tribunal, cuja decisão não ficaria sujeita a recurso, exceto nas hipóteses previstas na CF/88. portanto, como o tribunal local é a instância recursal, não há razões para não se admitir o julgamento do mérito diretamente por este, através do “atalho processual” previsto na alteração do §3º do art. 515, mesmo que a decisão colegiada não fique sujeita a recurso.

II.3- SENTENÇAS APARENTEMENTE TERMINATIVAS E HIPÓTESES ENVOLVENDO PRESCRIÇÃO/ DECADÊNCIA

Neste momento, cumpre analisar duas outras situações para o correto entendimento do novo dispositivo legal: a) as sentenças em que o mérito deveria ter sido decidido, mas não foi enfrentado na decisão do juízo *a quo* que resolveu extinguir o processo sem julgamento de mérito e b) as sentenças que acolhem a prescrição ou a decadência reformadas pelo tribunal no julgamento do recurso de apelação.

Inicialmente, cumpre-nos enfrentar as chamadas sentenças aparentemente terminativas; ou seja, aquela em que o mérito deveria, mas não foi enfrentado.

Não se deve esquecer que, antes da reforma, as demandas extintas sem julgamento de mérito deveriam retornar à primeira instância, nos casos de provimento do recurso de apelação, visando análise do mérito, por força do duplo grau de jurisdição³³ e para se evitar a supressão de instância. Essas hipóteses foram diretamente atingidas pela reforma processual.

Por outro lado, a jurisprudência pátria permite que o mérito seja diretamente julgado pelo tribunal nas sentenças em que o mesmo foi analisado mas não decidido em primeira instância. Como bem salienta Eduardo Cambi:

“Porém, admite-se que o tribunal julgue o *meritum causae* em caso de *sentença terminativa aparente*, isto é, quando o juiz de primeiro grau profere equivocadamente sentença extinguindo o processo sem julgamento de mérito, não obstante tenha examinado a *res in iudicium deducta*. Nesse caso, o tribunal reconhece o equívoco da sentença monocrática, podendo-se manifestar sobre o mérito, uma vez que, como já foi analisado pelo juiz de primeiro grau, não haveria violação da garantia do duplo grau de jurisdição”³⁴.

Sobre o assunto, assim se manifesta Luiz Orione Neto:

“Pode acontecer que o juiz, com má técnica, haja dito que extingua o processo *sem* exame do mérito, quando na verdade o examinara. Corretamente interpretada, a sentença é *definitiva*, apesar do erro terminológico. O equívoco não tem relevância na perspectiva que interessa aqui. Cabe ao órgão *ad quem* retificar a qualificação e dar à espécie o tratamento adequando”³⁵.

³³ Nesse sentido, ver MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7ª edição, vol. V.. Rio de Janeiro : 1998, p. 437. e SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 3ª edição, Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1996, vol. I, p. 367.

³⁴ *In Efeito Devolutivo e Duplo Grau de Jurisdição*. Op. cit. p. 242.

³⁵ *Recursos Cíveis*. São Paulo Saraiva, 2002, p. 241,

Assim, v.g., em casos onde houver equívoco do julgador ao extinguir o processo pela falta de condição da ação³⁶, quando na verdade deveria ter enfrentado o mérito, o efeito devolutivo da apelação remete ao Tribunal o conhecimento da matéria de mérito, não havendo que se falar em supressão de instância³⁷.

O Superior Tribunal de Justiça já possui vários precedentes nesse sentido:

“Consoante já proclamou esta Corte, ‘para verificar se houve exame do mérito, há que pesquisar se a pretensão formulada foi decidida’, desimportando que a sentença, por equívoco, haja dado pela carência da ação. Nessa hipótese, fica autorizado o tribunal, quando do julgamento da apelação, a apreciar todas as questões concernentes á lide, a saber, ao mérito. Assim, se o juiz de primeiro grau acolhe a preliminar de ilegitimidade passiva, não pode o tribunal de apelação adentrar o mérito da demanda e julgar procedente o pedido, sob pena de supressão de instância e ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição (Resp. 296.926, 4ª T, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)³⁸.”

Verifica-se, com isso, que no caso de sentença que possui apenas aparência terminativa, o sistema já autorizava o tribunal a adentrar no mérito, não sendo diretamente atingida pela nova redação processual. Contudo, não se pode deixar de observar que o novo texto legal ratificou esse posicionamento de inexistência de violação ao duplo grau de jurisdição³⁹, desta feita envolvendo as sentenças tipicamente terminativas, atendidos os requisitos do art. 515, §3º, do CPC.

³⁶ Não se deve esquecer que vem ganhando força o entendimento de que a ausência de uma das condições da ação constitui apreciação de mérito, inclusive discutindo-se a teoria eclética de Liebman. De acordo com as lições de Ovídio Baptista da Silva: “Quando o juiz declara inexistente uma das ‘condições da ação’, ele está em verdade declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, estando, pois, a decidir a respeito da pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o agir deste contra o réu — não contra o Estado — é improcedente. E tal sentença é sentença de mérito” (*n Curso de Processo Civil*. Op. cit. p. 88). Ainda sobre a natureza da decisão que aprecia as condições da ação, ver GOMES, Fábio. *Carência de Ação*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da Ação — Enfoque Sobre o Interesse de Agir no processo Civil Brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999. GOMES Fábio e SILVA, Ovídio Baptista da. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

³⁷ Cândido Dinamarco elenca hipóteses de sentenças onde ocorre falsas carências de ação. Afirma que “há também os casos em que o juiz inferior, ao julgar o mérito de uma causa, equivocadamente conclui, no dispositivo sentencial, por declarar que extingue o processo sem julgamento do mérito. Isso se dá com significativa frequência em causas com relação às quais alguns sustentam a existência de supostas *condições especiais da ação*, como (a) no mandado de segurança denegado por falta de direito líquido e certo, (b) nas ações de usucapião, não havendo prova da posse por tempo suficiente, (c) nas possessórias sem prova da posse anterior sobre o imóvel pretendido, (d) nos embargos de terceiro, quando o juiz conclui que o embargante está atingido por uma fraude de execução, perpetrada ao lhe alienar o bem *etc*.” (*A Reforma da Reforma*. Op. cit. p. 157).

³⁸ No STJ, ver RESP 44.920-MA- 3ª Turma, rel. min. Eduardo Ribeiro, e Resp. 7.417-SP, 3ª Turma, Rel. min. Nilson Naves, dentre outros.

³⁹ Gleidson Kleber Lopes de Oliveira afirma que: “a propósito, quando a sentença declarasse a carência de ação, embora tivesse apreciado o mérito, à guisa de uma cognição exauriente, o tribunal, ao afastar a carência do direito de ação, poderia apreciar o mérito. Não há que se cogitar em violação ao duplo grau de jurisdição, pois, em essência, o mérito foi apreciado” (Op. cit. p. 252).

Outro aspecto discutível ocorre na hipótese de acolhimento de prescrição ou decadência em primeira instância, havendo recurso de apelação. Sobre o assunto, é comum a indagação se o tribunal poderá adentrar no mérito propriamente dito quando julgar o apelo e reformar a decisão recorrida.

Essa questão merece algumas reflexões preliminares.

A prescrição e decadência extinguem o processo com julgamento do mérito — nos termos do art. 269, IV, do CPC, mas com este não se confunde.

Destarte, prescrição e decadência são preliminares de mérito e, uma vez acolhidas, extinguem o processo com força de coisa julgada material. Não se confundem com o mérito propriamente dito, pois este é o objeto do processo.

Nesse aspecto, vale destacar mais uma vez as lições do Professor Cândido Dinamarco:

“O vocábulo *mérito*, de uso corrente e empregado muitas vezes no Código de Processo Civil, *expressa o próprio objeto do processo*. A pretensão ajuizada, que em relação ao processo é seu objeto, constitui o mérito das diversas espécies de processos. O mérito do *processo de conhecimento* é a pretensão trazida com o pedido de julgamento que a reconheça e, portanto, a acolha. O mérito do *processo de execução* é a pretensão a receber a coisa pleiteada — e não uma sentença. O do *processo monitorio* é o mesmo, porque a tutela final que ele pode conceder é de natureza executiva (entrega da coisa móvel ou do dinheiro : art. 1.102-c)”⁴⁰.

Portanto, não sendo mérito, mas preliminares de mérito, importantes indagações devem ser feitas: sendo reformada a sentença que acolheu a prescrição / decadência, poderá o tribunal prosseguir no julgamento do mérito? Esta situação foi atingida pela alteração do art. 515, §3º, do CPC?

Quanto à primeira indagação, penso que deve ser analisado qual momento processual foi proferida a sentença que extinguiu o processo acolhendo a preliminar de mérito. Se em determinado caso concreto, houver o indeferimento da inicial pelo acolhimento de ofício da decadência (arts. 295, IV c/c 269, IV)⁴¹, o tribunal, acolhendo o recurso de apelação do autor, não poderá prosseguir no julgamento do mérito, devendo retornar os autos à primeira instância para o devido processamento, sob pena de violar o princípio do contraditório. O mesmo raciocínio ocorre nos casos em que a prescrição ou decadência é acolhida antes da fase instrutória, existindo matéria de fato controvertida.

Por outro lado, se o acolhimento da prescrição/decadência ocorreu, por exemplo, no momento em que o mérito poderia ter sido enfrentado (v.g. no julgamento conforme o estado do processo – art. 329, do CPC – sendo matéria que independe da fase instrutória), não há razões que impeçam o prosseguimento do julgamento do mérito pelo

⁴⁰ In *Instituições de Direito Processual Civil*, vol II, 3ª edição. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 182.

⁴¹ Em caso de prescrição, há necessidade de provocação quando se tratar de direito patrimonial, *ex vi* art. 219, §5º.

⁴² Sendo extinto o processo com julgamento do mérito pela decadência, o réu, mesmo não tendo sido citado, será alcançado pela coisa julgada material.

tribunal, acaso reforme a sentença recorrida. O mesmo ocorrerá nos casos em que a prescrição/decadência é acolhida após o encerramento da fase instrutória⁴³.

Nessas hipóteses, o mérito direto (leia-se objeto do processo) foi suscitado e discutido, sendo encaminhado ao tribunal por força do disposto no art. 515, §2º, do CPC, podendo este enfrentá-lo, inclusive em atenção ao princípio da economia processual. Ora, retornar os autos à primeira instância para julgamento do mérito direto, com base no formalismo, significa um ponto negativo à economia processual e à celeridade na solução do litígio.

Deve-se, portanto, observar em qual momento o processo foi extinto com julgamento de mérito, acolhendo a prescrição / decadência. Sobre o assunto, entendo importante transcrever a observação formulada por Cristina Bichels Leitão:

“Nos casos em que o tribunal afasta prescrição decretada por sentença de primeiro grau, com exceção das hipóteses em que o juiz não estava em condições de apreciar as demais questões, deverá o tribunal prosseguir no julgamento do mérito. Tal fato não acarretará a supressão de um grau de jurisdição, uma vez que o mérito já foi julgado pelo juízo de primeiro grau, que acolheu apenas um dos fundamentos da defesa, não tendo apreciado os demais, que poderão, pela regra do art. 515, §2º, do Código de Processo Civil, ser examinados pelo tribunal. Não há que se falar em ataque ao princípio do contraditório, já que o apelado pode manifestar-se acerca da lide nas contra-razões da apelação. Há que se falar, sim, em princípio da economia processual, algo que deve ser buscado incansavelmente pelos juristas modernos, para que o Poder Judiciário contribua de forma a realmente assegurar o acesso à Justiça, a efetividade do processo e os direitos e as garantias dos indivíduos, previsto na Constituição Federal “⁴⁴⁴⁵

Em sede jurisprudencial, também prevalece esse entendimento⁴⁶, senão vejamos:

⁴³ Sobre o assunto, ver SILVA, Ovídio Baptista da. Op. cit. p. 367.

⁴⁴ LEITÃO, Cristina Bichels. *Hipótese em que o tribunal afasta a prescrição reconhecida na sentença de primeiro grau: deve o tribunal prosseguir no julgamento do mérito?* Genesis : Revista de Direito Processual Civil 1/177.

⁴⁵ Já Nelson Nery Jr e Maria Rosa de Andrade Nery assim se manifestam: “**Prescrição e decadência.** Superadas as questões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito, o legislador brasileiro determinou seriam prescrição e decadência matérias de mérito, acolhendo o magistério de Liebman, *Est.*, 185 ss. Quando o juiz pronuncia a decadência ou prescrição, está julgando o mérito, mesmo quando não ingresse na análise das demais questões agitadas no processo. Havendo recurso dessa sentença, poderá o tribunal examinar todas as matérias suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro (CPC 515 §1º e 2º). Assim agindo, não estará suprimindo um grau de jurisdição, pois essa matéria lhe foi, *ex lege*, devolvida. Pode analisá-la, em face da ausência de prova a respeito, o que se nos afigura outra questão, diversa da pretensa impossibilidade jurídica de o tribunal examinar o ‘restante’ do mérito, podendo, para tanto, converter o julgamento em diligência ou simplesmente afastar a decadência ou prescrição, devolvendo os autos à origem para que o juiz de primeiro grau julgue o mérito em sua inteireza. Impedimento jurídico para o tribunal examinar todo o mérito não há”. (in *Código de Processo Civil Comentado e Legislação processual Civil Extravagante em Vigor*. 6ª edição, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 606 – nota IV:7 – art. 269).

⁴⁶ Em sentido contrário: “Recurso Especial. Processual Civil. Prescrição do fundo de direito. Sentença de primeiro grau. Apelação. Afastamento da prescrição. Julgamento do mérito. Impossibilidade. Supressão de instância. Tendo o tribunal, por meio de decisão monocrática, extinguido o feito pela ocorrência da prescrição

“Prescrição - reconhecimento em primeiro grau - provimento da apelação - julgamento da causa pelo tribunal. Acolhida, em primeiro grau, a alegação de prescrição, a decisão é de mérito. Superado o óbice, em segundo, devem os juízes do recurso prosseguir no exame da causa. Apenas quando terminativa a sentença reformada, deverão os autos tornar para apreciação da lide pelo órgão monocrático” (STJ Resp.. 2306, rel. Min. Eduardo ribeiro, DJ data:24/09/1990).

“Prescrição. Reconhecimento em primeiro grau. Provimento da apelação. Julgamento da causa pelo tribunal. Acolhida, em primeiro grau, a alegação de prescrição, a decisão é de mérito. Superado o óbice, em segundo, devem os juízes do recurso prosseguir no exame da causa. Apenas quanto terminativa a sentença reformada, deverão os autos tornar para apreciação da lide pelo órgão monocrático” (STJ, Resp. 133529, rel. Min. Eduardo ribeiro, DJ data:22/03/1999 pg:00190).

Nesse momento, já se pode analisar a segunda indagação formulada anteriormente: a hipótese envolvendo prescrição/decadência foi atingida pela reforma processual?

Este é mais um aspecto tormentoso, que merece profunda reflexão.

Importante ressaltar que há certa divergência de posicionamento em sede doutrinária⁴⁷, contudo, entendo que a resposta é negativa, pois a solução já era recepcionada pelo art. 515, §§1º e 2º e alteração em comento atingiu apenas as chamadas sentenças processuais.

Destarte, deve-se verificar o momento em que ocorreu a extinção do processo com julgamento de mérito, a fim de consignar se poderá ou não o tribunal prosseguir no julgamento do mérito. O raciocínio, portanto, permanece o mesmo, levando em conta que a devolutividade é estabelecida em face dos §1º e 2º.

No mesmo sentido, vale repisar as lições de Luiz Orione Neto:

do fundo de direito, não pode o órgão ad quem, sob pena de supressão de instância, afastar a prescrição e julgar o próprio mérito da lide. Precedentes. Violação caracterizada. Recurso provido” (STJ, Resp. **RESP 251698, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA**, DJ DATA:25/09/2000 PG:00131).

⁴⁷ Pedro Luiz Pozza apresenta o seguinte entendimento: “Ora, se o tribunal pode o mais, ou seja, suprimir o primeiro grau de jurisdição quando o juiz extinguiu o feito sem julgamento do mérito, com mais razão para a incidência do novo §3º do art. 515 do CPC quando o juiz, ainda que não tenha rejeitado ou acolhido (total ou parcialmente) o pedido do autor, afirmou presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Todavia, vislumbrou a ocorrência da decadência ou prescrição. Nesse caso, a solução deve ser a mesma. Assim, entendendo o tribunal inócua a prescrição ou decadência reconhecida pelo juiz de primeiro grau, e sendo a causa exclusivamente de direito ou, não o sendo, estando a lide *madura* para apreciação, por esgotada a dilação probatória, deve aquele examinar o mérito da lide, suprimindo, assim, o primeiro grau de jurisdição”. Op. cit. p. 29. Igualmente Gleidson Kleber Lopes de Oliveira defende que: “Ressalte-se que, a partir da finalidade da norma e do ideal do acesso à justiça, com o advento do §3º do art. 515 do CPC, tal discussão tende a se esvaziar, porquanto deve se entender incluída no citado preceito legal a possibilidade de o tribunal, afastando a prescrição ou decadência, apreciar imediatamente o mérito do processo, desde que esteja ‘maduro para julgamento’. Op. cit. p. 244.

“Trata apenas da hipótese de o tribunal, ao afastar algum fundamento que dá ensejo a uma *sentença terminativa* (art. 267 do CPC), considerar que há condições para o julgamento do *meritum causae*. Aliás, quanto à questão de o órgão *ad quem* prosseguir no julgamento quando afasta a prescrição ou a decadência, a nova Lei silenciou, mesmo porque essa solução já pode ser obtida pela exegese dos §§1º e 2º do art. 515 do CPC”⁴⁸.

Resta demonstrado, portanto, que a alteração processual não visa e nem atinge diretamente as hipóteses envolvendo prescrição ou decadência reformadas em segunda instância.

II.4- O NON REFORMATIO IN PEJUS E O ART. 515, §3º, DO CPC

Outro aspecto não menos relevante é a análise do art. 515, §3º, em confronto com o princípio da *non reformatio in pejus*. A indagação é a seguinte: será que o Tribunal poderia julgar o mérito favorável àquele que não recorreu, piorando a situação do recorrente? Aquele que recorreu, poderá ter sua situação processual piorada em favor daquele que não apresentou qualquer impugnação?

Não se deve olvidar que o sistema processual autoriza a reforma para pior quando se trata de matéria de ordem pública — efeito translativo do recurso — como mencionado anteriormente.

A discussão quanto ao redimensionamento do *non reformatio in pejus* é de extrema importância, razão pela qual cumpre-nos enfrentar o problema abordando diretamente o efeito devolutivo e o ônus de sucumbência.

Sobre a proibição da *reformatio in pejus*, vale transcrever as lições trazidas por Nelson Nery Jr:

“Também chamado de ‘princípio do efeito devolutivo’ e de ‘princípio de defesa da coisa julgada parcial’, a proibição da *reformatio in pejus* tem por objetivo evitar que o tribunal destinatário do recurso possa decidir de modo a piorar a situação do recorrente, ou porque e extrapole o âmbito de devolutividade fixado com a interposição do recurso, ou, ainda, em virtude de não haver recurso da parte contrária.

(...)

Em nosso direito positivo não há regra explícita a respeito da proibição da *reformatio in pejus*. Essa proibição, que entre nós efetivamente existe, é extraída do sistema, mais precisamente da conjugação do princípio dispositivo, da sucumbência como requisito da admissibilidade e, finalmente, do efeito devolutivo do recurso”⁴⁹.

Será que o legislador autorizou no novo dispositivo legal a reforma para pior, sem se tratar de matéria de ordem pública? Uma hipótese poderá auxiliar na provocação da discussão: o processo foi extinto sem julgamento do mérito e o autor, irrisignado, interpôs

⁴⁸ Op. cit. p. 241.

⁴⁹ in *Princípios Fundamentais — Teoria Geral dos Recursos*. Op. cit. p. 156/158.

recurso de apelação suscitando o julgamento deste pelo tribunal. Poderá o órgão colegiado julgar o mérito improcedente, dando “provimento” ao recurso para piorar a situação do recorrente, beneficiando aquele que não recorreu, em uma verdadeira hipótese de “ganhar mas não levar”?

Nesse aspecto, não vislumbro qualquer impossibilidade, já que a intenção da reforma foi abreviar a solução do litígio. Logo, estando em condições de imediato julgamento, o provimento do recurso foi para reformar a decisão que extinguiu o processo, sendo que o mérito será conhecido pela primeira vez diretamente pelo Tribunal. Ademais, não se deve esquecer que o órgão competente para eventual recurso em face da sentença de mérito é o próprio tribunal local, razão pela qual o pronunciamento imediato pelo colegiado é ponto favorável em relação à brevidade na solução do litígio, através de um verdadeiro “atalho processual”⁵⁰.

Na verdade, houve verdadeira flexibilização da proibição da *reformatio in pejus*⁵¹. Essa preocupação foi bem exposta por Allan Helber de Oliveira:

“Embora camuflada pelo jogo de palavras do parágrafo anterior, a alteração é visceral e de proporções até então desconhecidas no processo civil brasileiro. Não seria exagero dizer que o raciocínio ali ingenuamente sugerido é quase uma sandice--- a não ser que se aceite como válida uma consequência inevitável. A aplicação do novo parágrafo significará reconhecer que caiu por terra o princípio da vedação da *reformatio in pejus*. SIm, pois o tribunal, ao julgar o mérito a favor do recorrido, está beneficiando aquele que permaneceu inerte e penalizará a única parte que se dispôs a recorrer. O réu, *que não recorreu*, teria a seu favor um benefício inesperado,: a própria improcedência do pedido”⁵².

Realmente a situação é polêmica e tormentosa, mas entendo que não se trata de afirmar que caiu por terra a proibição da reforma para pior, já que permanece válida a afirmativa para as outras situações, mas sim houve flexibilização ou mesmo redimensionamento da regra, nas seguintes hipóteses: a) Sentença processual; b) A situação se enquadrar nas hipóteses do art. 515, §3º; c) Houver requerimento do apelante para apreciação do mérito pelo tribunal. Estando presentes estas premissas, não poderá o recorrente se quedar surpreso com a solução, pois o julgamento do mérito não significa, sempre e sempre, que seja favorável ao recorrente⁵³.

⁵⁰ Aliás, a análise de mérito poderá ser feita diretamente pelo relator do recurso, sem necessidade de pronunciamento colegiado, desde que configurada a hipótese prevista no art. 557, §1º A, do CPC.

⁵¹ Lembre-se que em momento anterior defendeu-se que deve haver expresso requerimento do apelante nesse sentido. Logo, se houver requerimento de análise do mérito, não há se fazer em violação ao princípio ora em comento. Por outro lado, a preocupação irá existir se a tese de desnecessidade de requerimento vingar, já que o tribunal poderá piorar a situação do recorrente sem qualquer pleito quanto à análise do mérito.

⁵² Op. cit. p. 135.

⁵³ José Miguel Garcia Medina ensina que: “Assim, em princípio, afastando a questão preliminar que ocasionara o proferimento de sentença terminativa, o tribunal poderá, ao apreciar o mérito da causa, julgar o pedido procedente ou improcedente. Aqui, no entanto, deverá ser investigado se houve observância do princípio do contraditório no primeiro grau de jurisdição, o que contribuirá para a definição dos lindes de aplicação do §3º do art. 515” (*A recentíssima reforma do sistema recursal brasileiro — análise das principais modificações introduzidas pela Lei 10.352/2001 e outras questões*. Op. cit. p. 346).

Esse raciocínio conduz a outra reflexão: será que na prática o autor não poderá preferir aceitar a sentença processual, sem apresentar o recurso, em caso de possibilidade de rejuizamento da demanda⁵⁴, ao invés de recorrer, estando sujeito a acórdão que julgue improcedente o pedido, sem possibilidade de recurso de natureza ordinária?

Apenas o tempo e a prática forense dará a resposta.

II.V- O DISPOSITIVO É CABÍVEL EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA, CONSIDERANDO A GARANTIA DO REEXAME NECESSÁRIO – ART. 475, DO CPC?

No último aspecto a ser discutido, necessário iniciar com as seguintes reflexões: há contradição no novo dispositivo legal caso envolva a fazenda pública, considerando a garantia do reexame necessário? O art. 515, §3º, é aplicável em demandas movidas em face da fazenda pública?

A indagação é de extrema relevância considerando que se o mérito foi julgado diretamente pelo Tribunal, através de Acórdão, esta decisão não estará sujeita ao reexame necessário⁵⁵.

Antes de mais nada não se deve esquecer que o reexame necessário vem sendo muito discutido na doutrina processual brasileira, mesmo após a limitação de sua aplicação advinda da alteração do art. 475, do CPC⁵⁶

Nos dias atuais, há forte tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de reconhecer que o reexame necessário é condição de eficácia da sentença⁵⁷, uma forma de controle das decisões oriundas de 1ª instância contrárias à Fazenda Pública. Como bem expressa Cláudia A. Simardi:

“A maioria dos doutrinadores consente na não qualificação de recurso à remessa obrigatória, atribuindo-lhe a natureza jurídica de condição de eficácia da sentença. As sentenças capituladas nos incisos do art. 475 — impõe o *caput* desse dispositivo — não produzem efeito senão depois de confirmadas pelo tribunal, com o que está-se a impedir as alterações de fato para as quais o comando judicial foi proferido, até sua reanálise pela instância superior. A remessa obrigatória impede, também como consequência inafastável, a formação da coisa julgada, que somente

⁵⁴ Não se deve esquecer que nessa hipótese não ocorrerá a chamada prevenção por ação repetida, prevista no art. 253, II, do CPC, já que não foi hipótese de abandono + rejuizamento.

⁵⁵ Como bem esclarecem Nelson Nery Jr e Maria Rosa de Andrade Nery, comentando o art. 475, do CPC, “a norma fala em sentença, que é o ato do juiz singular que extingue o processo (art. 162, §1º). Somente as sentenças, nos casos do art. 475 I e II, estão sujeitas à remessa necessária. Os acórdãos (CPC 163), mesmo nos casos de competência originária de tribunal, por serem decisões colegiadas não estão sujeitos ao reexame obrigatório” (Op. cit. p. 780).

⁵⁶ O Professor Cândido Dinamarco faz importantes observações e críticas em relação ao instituto, em sua obra: *A Reforma da Reforma*. Op. cit. p. 125/126.

⁵⁷ Sobre o assunto, com muito mais brilho, ver Nelson Nery Jr. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. Op. cit. p. 60 e Leonardo José Carneiro da Cunha. *Inovações no Processo Civil*. Op. cit. p. 50.

ocorrerá após o pronunciamento de reexame do órgão jurisdicional superior”⁵⁸⁵⁹.

Percebe-se, portanto, que o reexame necessário é uma garantia em favor da fazenda pública, quanto à necessidade de reapreciação da decisão inferior pelo tribunal imediatamente competente⁶⁰.

Nesse momento, deve-se enfrentar as reflexões anteriores, citando um exemplo: “A” move demanda em face da Fazenda Pública. O juízo inferior extinguiu o processo sem julgamento de mérito, razão pela qual o autor interpôs recurso de apelação, requerendo a aplicação do art. 515, §3º, do CPC. Será que o tribunal poderá enfrentar o mérito favorável ao recorrente, prejudicando a fazenda pública?

Não se deve esquecer que a decisão do colegiado não estará mais sujeita a reexame necessário, considerando que a garantia apenas é aplicável de 1ª para 2ª Instância. Por outro lado, se a decisão do tribunal não contiver matéria passível de recurso excepcional, a decisão transitará em julgado no âmbito local.

Esta é mais uma polêmica instalada em virtude de alteração processual. Isso porque, como se tratam de dois dispositivos de mesma hierarquia (arts. 475 e 515, §3º) há como defender que a regra especial – favorável à Fazenda Pública – prevalece sobre a regra geral. Com esse raciocínio, pode-se concluir, a *prima facie*, pelo incabimento do exame do mérito diretamente pelo tribunal, devendo os autos retornar à instância monocrática.

Por outro lado, não se pode deixar de afirmar que o tribunal estadual é o órgão competente para o reexame da sentença de 1ª instância. Logo, por que não se permitir, em nome da economia processual e da efetividade do processo, que esse pronunciamento seja feito imediatamente, abreviando a tramitação do feito, inclusive levando em conta que a Fazenda teve oportunidade para contra-minutar a matéria de mérito nas contra razões ao recurso? Retornar ao juízo inferior não seria apenas um meio de criar novo incidente processual que poderia, desde logo, ser resolvido através de salto procedimental?

De outra banda, como se observou no decorrer do presente trabalho, a intenção do legislador foi superar os óbices à superação dos litígios e, como se sabe, grande parte das demandas que se acumulam nos tribunais pátrios envolvem a fazenda pública.

Essa preocupação quanto ao assunto também é exposta por Willian Santos Ferreira:

⁵⁸ In **Remessa Obrigatória (após o advento da Lei 10.352/2001)**. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : RT, 2002, p. 116.

⁵⁹ Importante ressaltar que no caso do Mandado de Segurança, a sentença em regra tem efeito imediato, independente de estar sujeita ao reexame necessário, nos termos da Lei 1.533/51 (art. 12). Contudo, existem exceções, onde a decisão não tem eficácia imediata (Leis 4.348/64 – art. 5º, § único e 5.021/66).

⁶⁰ Não é objetivo do presente trabalho enfrentar as alterações ocorridas no art. 475, mas a intenção do legislador foi, além de melhor conceituar os órgãos que fazem parte do conceito de Fazenda Pública, restringir as hipóteses de seu cabimento. Não se pode deixar de afirmar que vem ganhando força entre os estudiosos do direito a discussão envolvendo a retirada dessa garantia processual, inclusive estando em curso anteprojeto de reforma visando, mais uma vez, alterar o dispositivo legal.

“(…) Por uma interpretação literal do art. 475 os autos precisariam ser remetidos à instância inferior, pois não haveria decisão ‘sujeita ao duplo grau de jurisdição’ e nem tampouco poderia ser ‘confirmada pelo tribunal’; contudo, entendemos que *reexame necessário* é uma forma de controle do julgamento, *mesmo que não haja recurso*, logo o controle é dirigido à decisão monocrática, de primeira instância e *órgão controlador* é o tribunal, justamente este que encontra-se na posição ou de julgar o mérito envolvendo questão exclusivamente de direito (art. 515, §3º) ou devolver os autos para poder observar-se a maneira literal ‘historiada’ pelo art. 475. A última palavra é do tribunal e não faria sentido justamente onde será aplicável o *novel* art. 515, §3º (demandas tributárias, algumas previdenciárias, etc.) determinar o retorno dos autos à primeira instância. para nós o novo §3º afasta-se do duplo grau de jurisdição, privilegiando a *agilização do encerramento do litígio*, e como tal deve ser observado já que, neste caso, esvazia a premissa ‘genérica’ do art. 475 que é o controle da decisão de primeiro grau. Posição contrária, parece-nos ser demonstração de que o tribunal é que precisaria ser ‘norteado’ pela instância inferior ou então que o importante é protelar o encerramento do litígio. Finalmente, vale ainda lembrar que estes casos versarão sobre questão ‘exclusivamente de direito’ que em muitos casos permitirá a interposição de recursos extraordinários e especial”⁶¹.

No mesmo sentido, os Professores Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Júnior e Marcelo Abelha Rodrigues:

“Em relação a essas questões, pensamos que, quanto à remessa necessária (art. 475), será hipótese realmente de sua inexistência. Obviamente que não podemos tentar localizar neste ponto qualquer inconstitucionalidade, pois o §3º do art. 515 encontra-se na mesma hierarquia que o art. 475, sendo-lhe posterior. De fato, por opção legislativa em tal circunstância não mais terá incidência a figura da remessa necessária”⁶².

Sob outro prisma, percebe-se que o art. 475 – alterado pela Lei 10.352/01, também restringiu as hipóteses de reexame necessário quando: [1] “a condenação ou do direito controvertido for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, assim como nos casos de procedência de embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor” (art. 475, § 2º); [2] “quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente” (art. 475, § 3º). Assim, deve-se reconhecer que o reexame necessário não é regra absoluta, comportando mais uma exceção, desta feita consoante previsão do art. 515, § 3º.

De qualquer forma, trata-se de mais um ponto polêmico, cabendo aos operadores do direito enfrentá-lo de acordo com o espírito reformista.

CONCLUSÕES

⁶¹ Op. cit. p. 101 e 102.

⁶² Op. cit. p. 150.

Em face do exposto, pode-se chegar às seguintes conclusões:

- 1- A grande intenção da reforma processual é superar os pontos de estrangulamento do sistema, que dificultam a brevidade da prestação jurisdicional;
- 2- Antes da alteração do art. 515, §3º, do CPC, o sistema processual não permitia o julgamento do mérito diretamente pelo Tribunal, em caso de apelação interposta em face de sentença terminativa;
- 3- O novo dispositivo legal não viola o princípio do duplo grau de jurisdição;
- 4- O julgamento do mérito pelo tribunal poderá ocorrer nas hipóteses que envolvem questões exclusivamente de direito e mesmo naquelas em que existem questões fáticas, desde que já provadas ou incontroversas. A apreciação do mérito pelo tribunal não poderá significar cerceamento de defesa, apenas podendo incidir nas hipóteses expressamente previstas na alteração processual;
- 5- Há a necessidade de provocação do recorrente, tendo em vista o efeito devolutivo da apelação e o *tantum devolutum quantum appellatum*;
- 6- O novo dispositivo legal aplica-se à apelação ou a outro recurso de natureza ordinária (como o agravo de instrumento), não sendo permitida a sua extensão aos recursos de natureza excepcional;
- 7- Caso o tribunal local aplique o art. 515, §3º, do CPC em demandas em que não caibam recursos excepcionais, não há que se falar em cerceamento de defesa;
- 8- As sentenças aparentemente terminativas não foram diretamente atingidas pela reforma processual, considerando que o sistema já admitia a apreciação do mérito pelo tribunal, sem necessidade de retorno dos autos à instância originária;
- 9- Os casos envolvendo prescrição/decadência também não foram atingidos pela reforma processual e, dependendo do momento processual em que o juízo de 1ª instância extinguiu o processo com base no art. 269, IV, poderá o tribunal continuar no julgamento do mérito, caso reforme a sentença recorrida;
- 10- O mérito poderá ser julgado pelo tribunal local, mesmo que contrariamente ao apelante, sem que haja violação ao *non reformatio in pejus* e ao duplo grau de jurisdição;
- 11- O sistema processual redimensionou a impossibilidade de *reformatio in pejus* nas seguintes hipóteses: a) Sentença processual; b) A situação se enquadrar nas hipóteses do art. 515, §3º; c) Houver requerimento do apelante para apreciação do mérito pelo tribunal. Estando presentes estas premissas, não poderá o recorrente se quedar surpreso com a solução, pois o julgamento do mérito não significa, sempre e sempre, que seja favorável ao recorrente;
- 12- Em relação à Fazenda Pública, há importante polêmica quanto a possibilidade de incidência do dispositivo, em face da garantia do reexame necessário previsto no art. 475, do CPC.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Novas Diretrizes do Agravo Retido após as Reformas Processuais**. Jus Navegandi, Teresina, a. 6, n. 59, out., 2002. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3207>

ALVIM, Arruda. **Notas sobre algumas das mutações verificadas com a Lei 10.352/2001**. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. vol. 6, Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : RT, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7ª edição, vol. V.. Rio de Janeiro : 1998.

CAMBI, Eduardo. **Mudando os rumos da apelação : comentário sobre a inclusão, pela Lei 10.352/2001, do §3º ao art. 515 do CPC**. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : RT, 2002.

_____. **Efeito Devolutivo da Apelação e o Duplo Grau de Jurisdição**. In *A Segunda Etapa da Reforma Processual – Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr (coord)*. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 260-261)

CHEIM JORGE, Flávio, DIDIER JR. Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Nova Reforma Processual**. 2ª edição, São Paulo : Saraiva, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14ª edição. São Paulo : Malheiros Editores, 1998.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Inovações no Processo Civil**. São Paulo : Dialética, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 5ª edição, São Paulo : Malheiros : 2003.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**, volumes I e II, 3ª edição. São Paulo : Malheiros, 2003

FERREIRA, Willian Santos. **Aspectos Polêmicos e Práticos da Nova Reforma Processual Civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2002

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da Ação — Enfoque Sobre o Interesse de Agir no processo Civil Brasileiro**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Fábio. **Carência de Ação**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES Fábio e SILVA, Ovídio Baptista da. **Teoria Geral do Processo Civil**. 2ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil**. São Paulo : RT, 1995

LEITÃO, Cristina Bichels. **Hipótese em que o tribunal afasta a prescrição reconhecida na sentença de primeiro grau: deve o tribunal prosseguir no julgamento do mérito?** Genesis : Revista de Direito Processual Civil 1.

MEDIDA, José Miguel Garcia. **Execução Civil : Princípios Fundamentais**, São Paulo; Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **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 e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. vol. 6, Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : RT, 2002.

MOREIRA, Alberto Camiña, et al. **A Nova Reforma Processual Comentada**. 2ª edição, São Paulo : Editora Método, 2003.

NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação processual Civil Extravagante em Vigor**. 6ª edição, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002

NERY, Nelson. **Princípios Fundamentais — Teoria Geral dos Recursos**, 5ª edição, 2000

_____. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6ª edição, São Paulo : RT, 2000

OLIVEIRA, Allan Helber de. **A Segunda reforma do CPC**. Belo Horizonte : Melhoramentos, 2002.

OLIVEIRA, Gleidson Kleber Lopes de. **Efeito Devolutivo do Recurso de Apelação**. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. vol. 6, Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : RT, 2002

ORIONE NETO, Luiz. **Recursos Cíveis**. São Paulo Saraiva, 2002.

POZZA, Pedro Luiz. **As Novas Regras dos Recursos no Processo Civil e outras Alterações**. Rio de Janeiro : Forense, 2003.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**. 3ª edição, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

SIMARDI, Cláudia A. **Remessa Obrigatória (após o advento da Lei 10.352/2001)**. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : RT, 2002

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 3ª edição, Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, vol. I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Inovações da Lei 10.352/2001, em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição**. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. vol. 6, Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : RT, 2002

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002