

TEMA DO CURSO: SISTEMA DE RECURSOS NO CPC E NO PROJETO DO NOVO CPC

André Bruni Vieira Alves

TÍTULO: A ALEGAÇÃO DE FATOS NOVOS (*QUAESTIONES FACTI*) NA APELAÇÃO – ART. 517 DO CPC.

I – Introdução.

Em razão do natural inconformismo do ser humano com situações que lhe apareçam adversas ou desfavoráveis, alimentada pela compreensão da limitação humana e pela consciência da falibilidade das suas ações, os ordenamentos jurídicos têm contemplado meios de impugnação às decisões judiciais¹.

Nas precisas palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

“Desde os tempos remotos têm-se preocupado as legislações em criar expedientes para a correção dos possíveis erros contidos nas decisões judiciais. A conveniência da rápida composição dos litígios, para o pronto restabelecimento da ordem social, contrapõe-se o anseio de garantir, na medida do possível, a conformidade da solução ao direito. Este estas duas solicitações, até certo ponto antagônicas, procuram os ordenamentos uma via média que não sacrifique, além do limite razoável, a segurança à justiça, ou esta àquela. Fazer impugnáveis quaisquer decisões, desde que proferidas, atenderia ao primeiro interesse, mas com insuportável detrimento ao segundo; multiplicar *ad infinitum* os meios de impugnação produziria efeito diametralmente oposto e igualmente danoso. Ante a inafastável possibilidade de erro judicial, adotam as leis posição intermediária: propiciam

¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2ªed., rev. e amp. São Paulo: RT, 2010, p. 33.

remédios, mas limitam-lhes os casos e as oportunidades de uso.”²

E dentre os meios de impugnação judicial, o principal são os recursos. Etimologicamente, a palavra recurso origina-se do latim “recursus”, contendo a ideia de voltar atrás, retroagir e, também, de curso ao contrário³.

A principal característica dos recursos, sempre destacada pela doutrina, é que estes não dão origem à formação de uma nova relação jurídica processual⁴, mostrando-se ínsito ao mesmo processo em que proferida a decisão objeto de impugnação, diferentemente do que, por exemplo, ocorre com as ações autônomas de impugnação que também visam, tal como os recursos, a reforma ou anulação das decisões judiciais impugnadas, mas que inauguram novo e diferente processo⁵.

Noutras palavras, os meios de impugnação às decisões judiciais são considerados gênero do qual são espécies os recursos e as ações autônomas de impugnação⁶. E enquanto as ações autônomas apresentam-se como remédios contra decisões já transitadas em julgado, os recursos são remédios exercitáveis antes de formada a coisa julgada, com o primeiro – e principal efeito – consubstanciado no impedimento de sua formação (da coisa julgada)⁷.

Alcides de Mendonça Lima ensina que “o instituto recursório está visceralmente vinculado a uma questão fundamental: a da necessidade, ou não, do segundo grau, com o poder de rever – para manter ou reformar – as decisões proferidas pelo juízo perante o qual a causa foi proposta”⁸. E tal como ensina Oreste Nestor de

² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. vol. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 213.

³ MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Introdução aos recursos cíveis*. 2ª ed., rev. e at. São Paulo: RT, 1976, p. 123.

⁴ A natureza jurídica do processo como uma “relação jurídica processual” foi definida nas primeiras páginas da obra *Die Lehre von den Processen und die Prozessvoraussetzungen* de Bülow, publicada em 1868 (BÜLOW, Oskar Von. *Las Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964). Em sua obra fundante, Bülow afirma que o “processo” seria uma relação de direitos e obrigações recíprocos entre as partes e o tribunal, que os coloca em mútua vinculação (relação jurídica). Para o autor alemão as “relações de direito privado” são diferentes do “processo” que pertence ao direito público, pelo que este se caracteriza como uma coisa diferente daquela, caracterizando-se como uma “relação jurídica pública”.

⁵ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 5ª ed., rev. e amp., São Paulo: RT, 2011, p. 31.

⁶ MENDONÇA LIMA, Alcides de. op. cit., p. 124.

⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. op. cit. p. 214.

⁸ MENDONÇA LIMA, Alcides de. op. cit., p. 124.

Souza Laspro, o duplo grau de jurisdição deve ser entendido como o “sistema jurídico em que, para cada demanda, existe a possibilidade de duas decisões válidas e completas no mesmo processo, emanadas por juízes diferentes, prevalecendo a segunda em relação à primeira”⁹.

Entretanto, como destacam Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, o conceito de recurso não diz respeito propriamente à teoria geral do processo, devendo ser construído sempre em um dado e determinado ordenamento jurídico¹⁰, considerando-se o conceito jurídico-positivo trazido pela lei. Por tal motivo, no direito brasileiro, o recurso é “remédio voluntário, o que exclui do âmbito de incidência do seu conceito a remessa necessária, que é regulada em dispositivo que se encontra fora do título do CPC que cuida dos recursos (CPC, art. 475)”¹¹.

Nesse contexto, a apelação é tida como o recurso por excelência¹². Não por outro motivo, aliás, que a doutrina tem ressaltado que “a história do duplo grau de jurisdição confunde-se com a própria história da apelação”¹³.

É pela apelação, por reflexo ou projeção do princípio dispositivo¹⁴, que é devolvida ao conhecimento do tribunal (efeito devolutivo) todas as questões impugnadas pela parte sucumbente na sentença – principal pronunciamento praticado pelo juiz no processo¹⁵ –, na extensão (art. 515, §1º do CPC) e na profundidade (art. 515, §2º do CPC) ali ventiladas¹⁶.

Todavia, nem todas as questões suscitadas no recurso de apelação, só por terem ali sido ventiladas, podem ser objeto de conhecimento pelo órgão *ad quem*. É proibida a inovação em sede de apelação. É dizer, o órgão *ad quem*, estará sempre

⁹ Idem, p. 27.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. *Curso de direito processual civil*. vol. 3. 7ª ed. Salvador: Jus Podium. 2009. p. 19.

¹¹ Idem.

¹² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 998.

¹³ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1995, p. 15.

¹⁴ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. vol. 5. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112.

¹⁵ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 5ª ed., rev. e amp., São Paulo: RT, 2011, p. 337.

¹⁶ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. op. cit., p. 21-22.

restrito (adstrito) ao conhecimento das questões impugnadas e, portanto, que não tenham restado preclusas, ressalvadas as matérias que possam ser conhecidas de ofício (art. 267, § 3º, do CPC).

De todo modo, em situações excepcionais, a lei permite ao órgão *ad quem* o conhecimento de fatos novos alegados somente em grau de recurso, permissão esta extensível à realização da reconstrução histórica de tais fatos e a consequente participação das partes na produção das provas correspondentes, tal como prevê expressamente o art. 517 do CPC.

O presente estudo trata, portanto, destas situações excepcionais, exclusivamente sobre o quanto disposto no retro referido artigo de lei (art. 517 do CPC), sua extensão, abrangência e possíveis aplicações.

II - Da apelação.

No ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, no nosso sistema recursal, é a apelação o recurso destinado à impugnação das sentenças, independentemente de seu conteúdo (se processual ou de mérito) a teor do que disciplina o art. 513 do CPC:

“Art. 513. Da sentença caberá apelação (art. 267 e 269)”.

Para Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol, o recurso de apelação pode ser definido como “o recurso ordinário cabível da sentença (terminativa ou de mérito), qualquer que seja a natureza do processo em que foi proferida e qualquer que seja o procedimento segundo o qual desenvolveu, desde que ela contenha algum vício de juízo (*error in iudicando*) ou de atividade (*error in procedendo*)”¹⁷.

A sentença, por definição legal, é aquela que tem implicação em uma das situações previstas no art. 267 ou 269 do CPC, a saber, decisões que extingam o processo, com ou sem resolução de mérito.

¹⁷ MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Processo civil – recursos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 63.

“Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas no art. 267 e 269 desta lei.”

Deve-se registrar aqui, por oportuno, que após a promulgação da Lei nº 11.232/2005 – e que alterou a redação dos dispositivos retro referidos –, têm-se entendido que a sentença é o ato que põe fim à “etapa” ou “fase cognitiva” do processo na primeira instância de julgamento.

Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno:

“sentença, para os fins presentes, é ato que encerra a ‘*etapa*’ de conhecimento, a ‘*etapa cognitiva*’ (v. 1 da Instrução) na primeira instância, ato do juiz que revela que não há mais qualquer atividade jurisdicional a ser desenvolvida naquele caso com vistas ao *reconhecimento* do direito, é dizer, com relação à sua declaração ou, quando menos, à constatação de que não há condições mínimas para que se dê aquele reconhecimento.”¹⁸

Deve-se ressaltar, ademais, que apesar de fazer alusão aos arts. 267 e 269 que tratam do processo de cognição, o art. 513 do CPC é aplicável, também, nos procedimentos cautelar, de execução e de jurisdição voluntária.

III – Efeito devolutivo da apelação.

O efeito devolutivo é o que caracteriza os recursos como tais¹⁹. O inconformismo diante de uma decisão judicial, como dito de início, é da própria essência dos recursos.

¹⁸ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. vol. 2, t. I. 2ª ed., rev. e at. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 327.

¹⁹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. vol. 5. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 113.

Assim ensina Alcides de Mendonça Lima:

“Todo recurso pressupõe o conhecimento da causa por um tribunal ou órgão diferente daquele que proferiu a decisão impugnada: é o que se chama, tradicionalmente, a *devolução*.
(...)

Quando, porém, se diz que os recursos têm efeito devolutivo, segundo a origem clássica, não se pode deixar de levar em conta o sentido prático da expressão. A ideia pressupõe que o vencido tomou a iniciativa de provocar o reexame da causa ou de algum incidente, por via do ataque à decisão. Pela aplicação, portanto, do conceito, não se pode ser rigoroso e considerar devolução para outro órgão, que não aquele que proferiu a decisão impugnada.”²⁰

Interessante notar a origem histórica do termo *devolução* referida pelo citado autor em nota de rodapé na mesma passagem supra transcrita, contida em sua clássica obra sobre a teoria geral dos recursos, *in verbis*:

“421. A fórmula tradicional – *devolução do conhecimento* – encerra pura reminiscência histórica, quando os juízes eram delegados do soberano, agindo em nome do chefe do grupo social, ao qual, então, se devolvia o conhecimento originário da causa por via do recurso contra decisão do preposto.”²¹

O efeito devolutivo dos recursos deve ser entendido como verdadeira projeção do princípio dispositivo, em contraposição ao princípio inquisitório, consistente na devolução da matéria impugnada pela parte apelante ao tribunal, nas suas razões e pedidos recursais²². O tribunal deve se limitar a conhecer e julgar a

²⁰ MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Introdução aos recursos cíveis*. 2ª ed., rev. e at. São Paulo: RT, 1976, p. 286, grifo do original.

²¹ Idem, grifo do original.

²² SCARPINELLA BUENO, Cassio. op. cit. p. 112.

matéria objeto da pretensão recursal, descrito no brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum*.

Como é sabido, é lícito ao recorrente impugnar, total ou parcialmente, a decisão recorrível, tal como dispõe o art. 505 do CPC, o qual permite que a que a decisão seja questionada em sua integralidade ou, tão somente, em uma ou outra parte.

É o recorrente quem determina a *extensão* do efeito devolutivo, ao definir a “quantidade” de matéria questionada em sede recursal e que será transferida ao conhecimento do tribunal, ou seja, “em perspectiva horizontal”²³. O efeito devolutivo é, pois, consectário do princípio dispositivo²⁴ (no âmbito recursal). Como bem ensina Maria Elizabeth de Castro Lopes, deve-se registrar que o princípio dispositivo permanece em vigor em nosso ordenamento jurídico, assim como na Itália, Espanha e Portugal, pelo que não procede a argumentação de que o princípio dispositivo tenha sido abolido do processo civil²⁵.

Assim, pois, se o órgão *ad quem* desrespeitar os limites deduzidos nas razões recursais, o pronunciamento deverá ser tido como *extra* (fora do pedido), *ultra* (além do pedido) ou *citra petita* (aquém do pedido).

Nesse passo, o caput do art. 515 cumulado com o disposto no §1º do mesmo artigo, definem bem a ideia de *extensão* do efeito devolutivo da apelação ao dispor:

“Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

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

²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. op. cit. p. 403.

²⁴ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Efeito devolutivo do recurso de apelação em face do novo §3º do art. 515 do CPC*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2002, p.229-262.

²⁵ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: RT, 2006, p. 151.

E como bem lembra Cassio Scarpinella Bueno²⁶, também o art. 512 do CPC, apesar de referir-se ao efeito substitutivo da apelação, dispõe claramente que tal substituição deve se dar no que “tiver sido objeto do recurso”.

Respeitada a extensão, como se viu, o Código de Processo Civil, em seu § 1º do art. 515, prevê que as que todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro, podem (e devem) ser apreciadas. E o § 2º do retro citado artigo 515 do CPC, assim prescreve:

“2º. Quando o pedido ou defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.”

Portanto, quando o pedido ou defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais. É o que a doutrina²⁷ denomina de *profundidade* do efeito devolutivo, ou seja, “em perspectiva vertical”²⁸.

A partir do tratamento dado pelo CPC, respeitada a regra *tantum devolutum quantum appellatum*, a profundidade do efeito devolutivo é ampla. Ou seja, as questões de fato e de direito discutidas e apreciadas em primeiro grau de jurisdição, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro, estão sujeitas ao conhecimento do órgão *ad quem*.

Deve-se aqui ressaltar, entretanto, que se a regra geral do efeito devolutivo da apelação é de que as questões não suscitadas e não discutidas no processo não podem ser examináveis pelo tribunal, o próprio Código de Processo Civil prevê uma exceção à regra quando dispõe no art. 267, § 3º, do CPC, que as matérias

²⁶ SCARPINELLA BUENO, Cassio. op. cit. p. 113.

²⁷ FRANZÉ, Luiz Henrique Barbante. *Tutela antecipada recursal*. Curitiba: Juruá. 2006, p. 128.

²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. op. cit. p. 403.

cognoscíveis de ofício podem ser examinadas em qualquer tempo e/ou grau de jurisdição.

“Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução do mérito.
(...)

§3º. O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos n.ºs IV, V e VI; todavia, o réu que não a alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.”

Como visto, o art. 267, §3º, do CPC permite o conhecimento das condições da ação²⁹ e dos pressupostos processuais³⁰, ou a falta destes, “em qualquer tempo e grau de jurisdição”, mesmo que, até então, tais matérias não tenham sido discutidas no processo. É que as condições da ação e os pressupostos processuais constituem matéria de ordem pública, não dependendo de provocação das partes, podendo ser conhecidas de ofício, tanto pelo juiz, como pelo tribunal³¹. Logo, não há que se falar de preclusão “pro judicato”³². É certo, todavia, que nem todos entendem desta forma³³.

²⁹ Por influência da teoria eclética de Liebman sobre o conceito de ação, o CPC de 1973 (artigos 3º, 6º, 267, inciso VI e 295, incisos II, III e parágrafo único, inciso III), traz expressas as condições da ação (interesse jurídico em agir, legitimidade de parte e possibilidade jurídica do pedido) que se constituem como requisitos sem os quais o processo não proporcionará resultado útil e por força dos quais, acaso inexistentes, deverá levar ao juízo de extinção da processo sem julgamento do mérito. Noutras palavras, são mecanismos estabelecidos pela legislação ordinária que visam ordenar o processo, à luz do princípio da economia processual, não se mostrando, portanto, incompatíveis com o direito de ação como garantia constitucional incondicionada.

³⁰ Admissibilidade do processo é a verificação da presença dos pressupostos processuais, entendidos como os eventos que devam, ou que não devam, estar presentes para que o processo possa se constituir (plano da existência) e se desenvolver válida e regularmente (planos da validade e da eficácia). A função dos pressupostos processuais pode ser traduzida por uma técnica adotada pelo legislador infraconstitucional (art. 267, IV do CPC) para conferir ordem ao processo, a fim de possibilitar que o processo se desenvolva sem tumultos, evitando-se atos inúteis ou desnecessários, em prol do princípio da economia processual. Enfim, o processo para ser admitido deve preencher requisitos formais mínimos (pressupostos processuais), os quais exercem “a função de filtro, impedindo a passagem de pretensões formalmente inviáveis” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 183).

³¹ LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol I. São Paulo: Ed. Atlas. 2005. p. 96.

³² BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. I. São Paulo: Ed. Saraiva. 2009. 3ª ed. p. 454.

³³ CALMON DE PASSOS defende a ideia de que haveria preclusão “pro judicato” uma vez saneado o processo. Argumenta o eminente jurista que tendo o CPC previsto, no procedimento ordinário, o despacho

Há que se destacar, por oportuno, que apesar do referido dispositivo (§3º do art. 267) estabelecer um limite para o reconhecimento das condições da ação e dos pressupostos processuais até o momento em que “for proferida a sentença de mérito”, tal disposição deve ser entendida de forma ampla, já que o termo “sentença” empregado no referido artigo de lei deve corresponder ao gênero “sentença judicial”, podendo ser entendida como “sentença monocrática” ou “do tribunal” (acórdão).

Tratando-se, portanto, de questões que não acarretam preclusão “pro judicato” pela interpretação sistemática que se deva dar ao conjugar-se o conteúdo do disposto nos arts. 267, §3º à luz do que estabelece o inc. II do art. 471 do CPC³⁴, ficam também submetidas à apreciação do tribunal as questões anteriores à sentença de mérito, neste caso (pressupostos processuais e condições da ação), mesmo que já decididas.

João Batista Lopes, em seu *Curso de direito processual civil*³⁵, informa a posição adotada pela jurisprudência do STJ que corrobora a posição aqui apresentada, a saber: “As questões de ordem pública referentes às condições da ação e aos pressupostos processuais podem ser conhecidas de ofício pelos Tribunais de segundo grau” (REsp. 217329/MG – 4ª Turma – J. 16-12-2003, Rel. Min. Barros Monteiro).

É o que parte da doutrina, seguindo a trilha iniciada por Nelson Nery Jr.³⁶, denomina de efeito translativo dos recursos, a diferenciar do efeito devolutivo propriamente dito, ligado à concepção (como projeção) do princípio dispositivo.

saneador dando a este o alcance de declarar saneado o processo – “vale dizer, afirmá-lo expungido de vícios quanto à relação processual, condições da ação e validade dos atos na fase postulatória” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 448) –, seria um absurdo afirmar que uma vez proferido o saneador deste não decorram quaisquer consequências. Nas palavras do referido mestre: “Atribuir-lhe, por conseguinte, efeito preclusivo é, parece-nos, um imperativo de ordem técnica e de ordem lógica, inclusive por força do que dispõe o art. 473.” (Idem, p. 449). Para o autor, portanto, o art. 267, §3º teria aplicação para outros procedimentos que não o ordinário (sumário, alguns procedimentos especiais, execução e cautelares), em que não está previsto o despacho saneador. Com relação especificamente à preclusão “pro judicato” no saneador para as condições da ação, CALMON DE PASSOS é ainda mais incisivo ao concluir que “*Afirmada a existência das condições da ação e verificando o juiz, ao ter de prolatar sua sentença de mérito, que elas inexistem, só lhe resta a alternativa da improcedência, vedada a solução para carência da ação.*” (Idem, p. 456).

³⁴ “Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – nos demais casos prescritos em lei.”

³⁵ LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol I. São Paulo: Ed. Atlas. 2005. p. 96.

³⁶ NERY JR. Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT, 5ª ed. rev. e ap., 2000, pág. 415.

Em razão da força retórica das palavras empregadas pelo ilustre professor Nelson Nery Jr., pede-se vênia para citá-lo aqui textualmente:

“O efeito devolutivo dos recursos têm sua gênese no princípio dispositivo, não podendo o órgão ad quem julgar além do que lhe foi pedido na esfera recursal. Aplicam-se na instância recursal os arts. 128 e 460 do CPC. Caso o órgão destinatário do recurso extrapole o pedido de nova decisão, constante das razões do recurso, estará julgando *extra, ultra* ou *citra petita*, conforme o grau e qualidade do vício em que incorrer. 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, ainda que não decididas pelo juízo a quo, 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, do CPC. O exame das questões de ordem pública, ainda que não decididas pelo juízo a quo, fica transferido ao tribunal destinatário do recurso de apelação por força do art. 515, §§1º e 2º, do CPC.”³⁷

Para essa corrente doutrinária, o efeito translativo dos recursos seria uma projeção do princípio inquisitório que “também anima o desenvolvimento do procedimento no processo civil brasileiro”³⁸. Os pressupostos processuais e as condições da ação permaneceriam sempre vivos no processo³⁹, já que são inerentes a este, podendo a instância superior reapreciá-los mesmo que já se tenha afirmado a sua presença

³⁷ Idem.

³⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. V. 3ª ed. rev e amp., São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 114.

³⁹ “As ‘condições da ação’, portanto, têm que estar presentes em cada uma daquelas situações ao longo, vale repetir, de todo o processo” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. II. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 2009. p. 338).

expressamente em sede de decisão interlocutória (inclusive despacho saneador) ou ainda que de forma indireta na decisão de mérito em primeira instância.

IV – Fatos não suscitados em primeira instância (art. 517 do CPC).

Para além da exceção aqui mencionada ao princípio dispositivo e ao efeito devolutivo como reflexo daquele em meio aos recursos (relativamente à possibilidade do art. 267, §3º, do CPC, do órgão *ad quem* conhecer de questões de ordem pública não suscitadas – e não decididas – perante o órgão *a quo*), traz o art. 517 do CPC uma outra exceção à regra.

Ora, como dito, as partes não podem acrescentar, por ocasião da interposição do recurso de apelação, quaisquer novos fundamentos no processo, encontrando-se, portanto, impedidas de alterar a causa de pedir ou o pedido.

De toda forma, em razão e for força de expressa disposição legal (art. 517 do CPC), as partes poderão alegar, ainda que em sede de apelação, sempre sem alterar a causa de pedir, fato novo até então não suscitado, desde que comprovem que deixaram de fazê-lo por motivo de força maior.

O art. 517 do CPC assim dispõe:

“Art. 517. 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.”

Interessante notar que o CPC de 1973 manteve quase que inalterada a redação dada ao art. 824, §1º do CPC de 1939 (Decreto-lei 1.608, de 18 de setembro de 1939), cuja redação segue abaixo transcrita:

“Art. 824. A apelação devolverá à superior instância o conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas na ação, salvo a hipótese prevista no art. 811.

§ 1º As questões de fato não propostas na instância inferior somente poderão ser suscitadas no processo de apelação, se as partes provarem que deixaram de fazê-lo por motivo de força maior.”

Como se vê, já sob a incidência do Código de 1939, o tratamento era o mesmo, com permissão legal para serem suscitadas novas questões de fato em apelação, desde que se provasse que a parte se absteve até então de fazê-lo por motivo de força maior.

Para bem se compreender o alcance e a extensão do referido dispositivo, deve-se, antes, mencionar que o juiz deve decidir a causa dentro dos limites subjetivos e objetivos da demanda proposta.

Diz o art. 128 do CPC:

“O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta.”

Ensina Cândido Rangel Dinamarco, *in verbis*:

“Entres os limites da demanda, que o art. 128 do Código de Processo Civil manda o juiz observar, estão incluídos os fundamentos de fato contidos na petição inicial. O juiz é rigorosamente adstrito aos fatos trazidos na causa de pedir, não lhe sendo lícito decidir apoiado em fatos ali não narrados sem omitir-se quanto a algum deles.

(...)

O art. 128 do Código de Processo Civil (segunda parte) manda também que o juiz se abstenha de levar em conta ‘questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a

iniciativa da parte'. Este dispositivo tem o alcance de vedar o conhecimento das chamadas exceções em sentido estrito, que são as defesas do réu a que a lei outorga a condição de ônus absoluto – fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, que só podem influir nas decisões judiciais quando alegados pelo réu.”⁴⁰.

O eminente processualista faz menção, também, à circunstância de que os fundamentos jurídicos do pedido integram também a causa de pedir⁴¹, em conformidade com o que preleciona o art. 282, III, do CPC. E mais adiante, explica que “o rigor da regra da correlação entre a sentença e a causa de pedir incide apenas sobre os fatos e não sobre os fundamentos jurídicos da demanda. Estes, embora exigidos para a composição da petição inicial, podem ser legitimamente alterados pelo juiz”⁴².

Deve-se ressaltar que o art. 460 do CPC também especifica os limites e os contornos da necessária correlação da decisão para com a *causa petendi*⁴³ e a *causa excipiendi*: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa do pedido, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Há que se referir, ainda, ao fato de que no processo civil brasileiro vige o princípio da imutabilidade da ação. A teor do que dispõe o art. 264 do CPC, o fenômeno da estabilização da demanda ocorre em etapas e se encerra após a fase de

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. III, 6ª ed., rev. e at. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 285.

⁴¹ “os fundamentos jurídicos do pedido também integram a causa de pedir (CPC, art. 282, inc. III), mas não vinculam o juiz, o que é inerente ao sistema da *substanciação*, adotado no direito processual brasileiro” (Idem, p. 285).

⁴² Idem, p. 287.

⁴³ José Rogério Cruz e Tucci destaca a tarefa bastante árdua, senão impossível, de se conceituar causa de pedir, indicando, entretanto, que mais recentemente, a evolução da ciência processual indica que a locução possa ser entendida como “o fato ou o conjunto de fatos que serve para fundamentar a pretensão (processual) do demandante” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 24).

saneamento do processo⁴⁴, quando, a partir de então, tornam-se definitivos os elementos subjetivos (partes) e objetivos (pedido ou causa de pedir).

Pois bem. Tal como ensina a insuperável doutrina de José Carlos Barbosa Moreira, deve-se distinguir dois sistemas diversos relacionados ao conhecimento pelo órgão *ad quem* das matérias que podem ser deduzidas mediante apelação. Um primeiro, nos quais a apelação funciona *novum iudicium*, e um segundo, em que a apelação é pautada no modelo *revisio prioris instantiae, in verbis*:

“No primeiro caso, é natural que se admita em termos amplos o suscitamento, perante o órgão *ad quem*, de questões não propostas ao órgão *a quo*; no segundo caso, a regra a de ser a de ficarem preclusas as questões não suscitadas no procedimento de grau inferior. Ali, pede-se ao tribunal que realize livremente o trabalho de reconstrução, dentro embora da área demarcada pelo recurso, mas com utilização de quaisquer materiais; aqui, pretende-se que ele se limite, na reconstrução, ao uso do material já colocado à disposição do juízo inferior. Este sistema só dá margem a que se corrijam os erros do próprio órgão judicial; aquele abre oportunidade, ademais, para que sejam supridas as deficiências de atividade das partes.”⁴⁵

Não há dúvida de que o direito brasileiro adota o segundo sistema (*revisio prioris instantiae*), em que a apelação tem a finalidade de controle da decisão

⁴⁴ “Essa estabilização tanto abrange o aspecto subjetivo quanto o objetivo: esse compreende a alteração das partes; este a do pedido ou da causa de pedir. Quanto ao primeiro, o texto contém duas regras distintas: uma proíbe as alterações subjetivas em geral, outra, em particular, abre-lhe exceções. Quanto ao segundo, o texto contém quatro preceitos diferentes: o primeiro, que é implícito, permite a alteração objetiva antes de fazer-se a citação inicial; o segundo, também implícito, permite-a, mesmo depois de feita a citação, mas dependendo do assentimento da outra parte; o terceiro, que é explícito, proíbe a alteração objetiva depois de feita a citação do réu, se este a impugnar; o quarto e último, também explícito, proibi-a uma vez saneado o processo, mesmo que as partes, em qualquer caso, pudessem estar de acordo em fazê-lo. De tudo resulta que a estabilização do processo só se completa quando o juiz conclui o saneamento (art. 331), momento em que, já vencidas as fases postulatória e de saneamento, o processo terá completado o ciclo de sua formação”. (MONIZ DE ARAGÃO, Ergas Dirceu. *Comentários ao código de processo civil*. vol. II. Rio de Janeiro: Forense. 1974, p. 371.).

⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. op. cit. p. 423-424.

judicial (e com exceção imposta pelo art. 515, §3º, do CPC⁴⁶). Aponta também Barbosa Moreira, na retro citada obra⁴⁷, que o primeiro sistema (*novum iudicium*), em que se permite a inovação em sede de apelação produz indesejáveis consequências que tendem ao enfraquecimento o juízo de primeiro grau: a uma, porquanto há maior probabilidade dos fatos serem melhor averiguados com o contato direto com os meios de prova; a duas, pois a possibilidade de inovar em questões fáticas no momento do recurso pode levar às partes a reservarem seus trunfos para serem apresentados somente quando do recurso ao órgão *ad quem*; e a três, porquanto podem encarecer o processo e torná-lo mais demorado.

A permissão prevista no art. 517 do CPC, apresenta-se, portanto, como uma exceção à regra, que proíbe em nosso sistema a inovação das alegações de fato no momento da apelação. Diferentemente da regra geral prevista no art. 515, §§1º e 2º, do CPC, que tratam da extensão e profundidade do efeito devolutivo do recurso de apelação e em cujas questões são transferidas pelo órgão *a quo* ao conhecimento do órgão *ad quem*, a permissão prevista no art. 517 do CPC dá conta exclusivamente das alegações de fato que podem ser deduzidas em apelação, sem que tenham sido antes submetidas ao órgão *a quo*.

Não por outro motivo que Barbosa Moreira afirma categoricamente:

“A função processual do dispositivo sob exame é complementar da função exercida pelas regras atinentes ao efeito devolutivo: aqueles e estas, em conjunto, fixam os lindes dentro dos quais o tribunal há de exercer cognição.”⁴⁸.

Mostra-se, portanto plenamente possível, pelas normas em vigor formadoras do sistema recursal brasileiro, que se apresente alegações de fatos novos em sede de apelação, mas desde que seja comprovada a impossibilidade de apresentação anterior de tais alegações em razão de força maior. Tal possibilidade,

⁴⁶ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 5ª ed., rev. e amp., São Paulo: RT, 2011, p. 325.

⁴⁷ *Idem*, p. 424-425.

⁴⁸ *Idem*, p. 425.

entretanto, implica – sempre e necessariamente – em se estabelecer novo contraditório⁴⁹, já que as alegações de fatos novos a que alude o art. 517 do CPC, pressupõem, inclusive, a possibilidade de reabertura da instrução probatória para comprovação da veracidade das respectivas alegações deduzidas. Neste aspecto, a prova poderá ser produzida em conformidade com o quanto dispõe o art. 492 do CPC, aplicado por analogia (“Art. 492. Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator delegará a competência ao juiz de direito da comarca onde deva ser produzida, fixando prazo de 45 (quarenta e cinco) a 90 (noventa) dias para a devolução dos autos”).

De toda forma, as alegações de fatos novos não poderiam, em tese, alterar a causa de pedir delineada na petição inicial ou posteriormente alterada até o saneamento – e sua consequente estabilização –, dada a natureza de *revisio prioris instantiae* da apelação⁵⁰. E não é outro o entendimento de Barbosa Moreira, *in verbis*:

“A regra é a da exclusão do *ius novorum*, nos termos acima expostos; por exceção, admite a lei que a parte – apelante ou apelado – suscite questões novas (não, porém, que invoque nova *causa petendi!*)”⁵¹.

Ressalte-se que não se trata da incidência do art. 517 do CPC quanto às alegações que podem ser deduzidas a qualquer tempo, a teor do que dispõe o art. 303 do CPC.

O art. 517 é enfático ao estabelecer que as alegações de fatos novos possam ser feitas, há que se demonstrar a ocorrência de “motivos de força maior” para que não se tenha suscitado a questão no momento oportuno, ou seja, há que alegar e provar que o fato novo alegado somente em sede de apelação ainda não existia até o último momento em que deveria ser suscitado, de forma eficaz, em primeiro grau de jurisdição; ou que, mesmo já existente até este momento, a parte não tivesse conhecimento a seu respeito; ou ainda quando apesar de já existente e a parte ter

⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. V. 3ª ed. rev e amp..., São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 152.

⁵⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 150.

⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. op. cit. p. 426.

conhecimento a seu respeito, esta (a parte) se encontrar impossibilitada de comunicá-lo (o fato novo) ao seu advogado, por circunstâncias alheias à sua vontade; ou, por fim, se esta impossibilidade de comunicação do fato novo se circunscreva à pessoa do advogado, a inviabilizar a suscitação deste fato em juízo⁵².

Interessante destacar a posição de Flávio Cheim Jorge para quem: “o elemento fundamental para a caracterização da força maior é que a parte não tenha agido dolosamente, na busca da demonstração de todos os fatos do processo. O importante, portanto, é que demonstre e prove que não tinha conhecimento do fato, apesar de ter diligenciado satisfatoriamente na sua descoberta.”⁵³.

Por fim, mas não menos importante, deve-se distinguir fato novo de fato superveniente. Este é de existência recente, surgido após o oportuno momento de sua alegação no processo. O fato novo é “velho”, mas de conhecimento “novo”⁵⁴. E ao fato superveniente se aplica o disposto no art. 462 do CPC, incidindo não apenas em relação ao juiz de primeiro grau, mas enquanto perdurar “litispendência”⁵⁵. Deve-se registrar que a aplicação de direito superveniente não configura inovação, sendo de rigor a aplicação deste pelo tribunal, ante a vigência em nosso ordenamento jurídico em do quanto descrito nos brocardos latinos *iura novit curia* e da *mihi factum, dabo tibi ius*.

V- Conclusão.

Ao longo da exposição, podem ser identificadas algumas conclusões a que chegamos, as quais serão aqui objetivamente enumeradas:

⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. op. cit. p. 427. No mesmo sentido, BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. V. 3ª ed. rev e amp., São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. p. 151.

⁵³ CHEIM JORGE, Flávio. op. cit. p. 325.

⁵⁴ Idem, p. 326.

⁵⁵ Ididem.

1. Os recursos distinguem-se dos meios autônomos de impugnação às decisões judiciais porquanto não dão origem à formação de uma nova relação jurídica processual.
2. A apelação é tida como o recurso por excelência, confundindo-se o histórico de evolução com o histórico de evolução do duplo grau de jurisdição.
3. Apelação é o recurso cabível contra a sentença (terminativa ou de mérito), qualquer que seja a natureza do processo e do procedimento em que proferida.
4. Sentença deve ser entendida (após as alterações trazida pela Lei nº 11.232/05), como o ato judicial que encerra a “etapa” de conhecimento.
5. O efeito devolutivo da apelação é reflexo ou projeção do princípio dispositivo.
6. É regra geral a proibição da inovação em sede de apelação, dada a natureza de *revio prioris instantiae* da apelação (com exceção imposta pelo art. 515, §3º, do CPC).
7. O órgão *ad quem* está adstrito ao conhecimento das questões impugnadas.
8. O órgão *ad quem* pode conhecer de ofício de algumas matérias, independentemente de suscitação e discussão em primeiro grau de jurisdição (art. 267, § 3º, do CPC).
9. Ao órgão *ad quem* é permitido o conhecimento de fatos novos alegados somente em grau de recurso, desde que a parte prove que deixou de suscitá-las no momento oportuno “por motivo de força maior” (art. 517 do CPC); permissão esta extensível à realização da reconstrução histórica de tais fatos e a consequente participação ativa das partes, em contraditório, na produção das provas correspondentes (aplicação, por analogia, do art. 492 do CPC).
10. Deve-se entender por “motivos de força maior”: (a) a circunstância do fato ainda ter existido até o último momento em que deveria ser suscitado em primeiro grau de jurisdição; (b) quando o fato já existia, mas sem que a parte tivesse conhecimento a respeito; (c) quando apesar já existir e a parte ter conhecimento a seu respeito, a parte se encontrava estava impossibilitada de comunicar ao advogado, por circunstâncias alheias à sua vontade; e (d) quando esta impossibilidade se circunscreva à pessoa do advogado e que inviabilize a suscitação do fato em juízo.

11. A alegação de fatos novos, mesmo que comprovada a circunstância de que não foram suscitados anteriormente “por motivo de força maior”, não pode implicar na alteração da causa de pedir.

* * *

Bibliografia:

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. vol. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BÜLOW, Oskar Von. *Las Teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 5ª ed., rev. e amp., São Paulo: RT, 2011.

DIDIER JR., Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. *Curso de direito processual civil*. vol. 3. 7ª ed. Salvador: Jus Podium. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. III, 6ª ed., rev. e at. São Paulo: Malheiros. 2009.

FRANZÉ, Luiz Henrique Barbante. *Tutela antecipada recursal*. Curitiba: Juruá. 2006.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1995.

LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol I. São Paulo: Ed. Atlas. 2005.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: RT, 2006.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Introdução aos recursos cíveis*. 2ª ed., rev. e at. São Paulo: RT, 1976.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Processo civil – recursos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MONIZ DE ARAGÃO, Ergas Dirceu. *Comentários ao código de processo civil*. vol. II. Rio de Janeiro: Forense. 1974.

NERY JR. Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT, 5ª ed. rev. e ap., 2000, pág. 415.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Efeito devolutivo do recurso de apelação em face do novo §3º do art. 515 do CPC*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2002, p.229-262.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. vol. 2, t. I. 2ª ed., rev. e at. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCARPINELLA BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 2009.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. vol. 5. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2ªed., rev. e amp. São Paulo: RT, 2010.

* * *