

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

EFEITO DEVOLUTIVO E A LIMITAÇÃO DO TRIBUNAL EM APRECIAR *EX OFFICIO* QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NO RECURSO DE APELAÇÃO: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA

RODOLFO MASCARENHAS LOPES

Rio de Janeiro

2019/1

RODOLFO MASCARENHAS LOPES

EFEITO DEVOLUTIVO E A LIMITAÇÃO DO TRIBUNAL EM APRECIAR *EX OFFICIO* QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NO RECURSO DE APELAÇÃO: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Guilherme Kronenberg Hartmann.**

Rio de Janeiro

2019/1

CIP - Catalogação na Publicação

L864e Lopes, Rodolfo Mascarenhas
 Efeito devolutivo e a limitação do tribunal em
 apreciar ex officio questões de ordem pública no
 recurso de apelação: uma análise doutrinária /
 Rodolfo Mascarenhas Lopes. -- Rio de Janeiro, 2019.
 84 f.

 Orientador: Guilherme Kronenberg Hartmann.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

 1. Efeito Devolutivo. 2. Questões de Ordem
 Pública. 3. Apelação. I. Kronenberg Hartmann,
 Guilherme, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

RODOLFO MASCARENHAS LOPES

EFEITO DEVOLUTIVO E A LIMITAÇÃO DO TRIBUNAL EM APRECIAR *EX OFFICIO* QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NO RECURSO DE APELAÇÃO: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Guilherme Kronenberg Hartmann.**

Data da aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da banca

Membro da banca

Rio de Janeiro

2019/1

AGRADECIMENTOS

Cá estou no final de minha Graduação em Direito. Invariavelmente não cheguei nessa etapa de minha vida acadêmica sozinho, pelo contrário. Incontáveis pessoas passaram pela minha vida para que esse momento pudesse ser concretizado, razão pela qual agradecer se torna para mim não apenas um dever moral, mas uma demonstração de gratidão. Inicialmente, agradeço aos melhores pais que uma pessoa pode ter. Refiro-me a Maria Ignêz e Derli da Silva, pessoas incríveis que Deus me proporcionou a graça de serem meus pais; que se doaram (e se doam) ininterruptamente para me ver feliz e contribuem com todo o apoio e energia possível, acreditando nas minhas potencialidades e nos meus sonhos; e que, embora resistentes, endossaram o meu projeto de não apenas fazer Faculdade fora de minha cidade de origem, mas (sobretudo) de *criar asas e voar*: bons pais criam seus filhos para viver no mundo!

Minha gratidão ao Diogo de Andrade, meu nobre amigo, que me recebeu na cidade do Rio de Janeiro no dia 10 de Agosto de 2014, dia, aliás, que, paradoxalmente, deixei meu pai feliz e triste ao mesmo tempo: feliz, pois estaria vendo seu filho único ingressando na Faculdade de Direito de uma Universidade Pública; e triste, pois seria o primeiro dia em que o pai não teve seu filho ao lado (fisicamente) para comemorar o Domingo dos Pais. Graças ao Diogo, aliás, pude estabelecer morada no Rio de Janeiro com o suporte necessário para iniciar meus estudos na Faculdade Nacional de Direito. Sem ele, certamente não estaria hoje concluindo o curso e conjecturando esses agradecimentos. Estendo meus agradecimentos também à Família Andrade, especialmente ao Sr. Luiz e a D. Sandra que, durante um determinado tempo no início de minha trajetória no Rio de Janeiro, abriram as portas de sua casa em Bangu para me receber e me dar conforto material naquele difícil primeiro semestre do ano de 2015.

Agradeço também à D. Graça que, em Novembro de 2015, após receber meus estimados amigos André e Murilo na Pensão que administrava na Tijuca, pode também me receber e ser presente em momentos que precisei. De maneira muito especial, durante o tempo que morei na Tijuca pude conhecer, no primeiro semestre de 2016, o Santuário Basílica de São Sebastião, administrado pelos Frades Capuchinos e, por consequência, o Frei Pe. Reginaldo, que me proporcionou a oportunidade de retomar minhas atividades como Catequista da

Crisma na Igreja, e, acima de tudo, minha (re)aproximação com o sagrado, a partir de conselhos, orientações e busca por uma vida que valesse a pena ser vivida. A partir desse momento, o meu interior, até então obscuro, voltou a ser tomado pela luz de Cristo. Paralelamente, agradeço também ao meu nobre amigo Rodrigo Ribeiro, que teve a sensibilidade de me dar grande suporte quando estava prestes de desistir do curso de Direito em razão do vazio interior que experimentava. Você foi (e é) fundamental nessa trajetória!

Após momentos de rupturas e continuidades, quando estava procurando um novo lugar para residir, em virtude da mediação de Frei Pe. Reginaldo conheci a Ordem dos Frades Menores (OFM), localizada no Rio Comprido, bem como o Reitor de seu Seminário, Frei Pe. Donil, a quem sou eternamente grato por ter compreendido minha situação de fragilidade e me possibilitar morada na Casa de Formação dos Franciscanos Conventuais, após passar por quatro endereços residenciais distintos. A partir desse momento, após todas as situações de adversidade pelas quais passei, pude perceber que Deus estava, em verdade, me ensinando a ser firme, a amadurecer diante das dificuldades; a amar e valorizar a vida nos seus detalhes; a reconhecer a máxima de Saint Exupéry de que *o essencial é invisível aos olhos*. Ainda dentro da casa de Formação conheci Frei Francisco e Frei Pe. Ronaldo, dois grandes amigos que me fizeram, com sua humildade franciscana, ser um pouco também como o Homem de Assis, a quem tenho profunda Veneração.

Após um breve resumo (bem breve!) de minha trajetória na Cidade Maravilhosa, aproveito o ensejo para mencionar, também, a importância, nessa caminhada, de minhas tias Graça Araújo, Neide Mascarenhas, Eliane Mascarenhas, Ismênia Mascarenhas, Carmen Mascarenhas, mulheres nordestinas, que tem a Bahia no sangue e a fé do Divino no coração. Sem as orações e o afeto de cada uma de vocês, invariavelmente a jornada seria mais difícil. Agradeço também aos meus tios Lenir (padrinho), Raimundo, Eduardo, Antônio, Francisco, Isaías e Agnaldo, sendo este último um exemplo de superação após seu *renascimento* em 2017: o senhor me deu mais razão para ter fé na vida! Agradeço também a minha madrinha Ana Selma e ao seu cônjuge Junior que desde o início de minha trajetória acadêmica me apoiaram incondicionalmente, com palavras e livros. Aos meus primos Kamila Malu, Bruno Araújo, Bárbara Mascarenhas, Juliana Mihai, Ana Paula e Fábio Romero, jovens admiráveis e preocupados com um futuro melhor para suas vidas. A minha afilhada de Batismo, Elloá, a

quem, apesar da distância física, rezo todos os dias e rogo a Deus para crescer no caminho reto do Senhor.

Agradeço, e de modo muito especial, à pessoa que passei a dedicar boa parte de meu tempo pela sua capacidade de me encantar com seu modo de ser e estar, minha estimada namorada Tamires Gomes, mulher a quem passei a admirar profundamente a cada contato, a cada conversa, a cada *cheiro*. Mulher com elevada humildade, inteligência, serenidade e parcimônia. Que Deus conserve, antes de qualquer coisa, nossa amizade, afinal é fundamental que *nosso melhor amigo seja nosso amor*. Agradeço também aos seus familiares a quem muito considero, Walter Gomes, Magali Gomes, Tatiana Gomes e Ronaldo Gomes. Que Deus também os conserve com essa humildade que me encanta e enobrece a quem vê.

Presto meu reconhecimento, inequivocamente, aos notáveis amigos que conheci (na Faculdade e no Rio de Janeiro), Murilo Oberdan e André Alexandre, meninos humildes e persistentes, que passaram por inumeráveis intempéries (muitas delas comigo) que só o tornaram mais fortes. Vivemos como *Severinos* de João Cabral de Melo Neto, e como *Severinos* continuaremos na esperança de uma vida melhor! Minha gratidão também a Renato Moraes, pessoa inteligente, sincera e que tive o prazer de conhecer (e, sobretudo, ser amigo íntimo), e, sempre que possível, procuro atualizar a amizade com boa prosa regada a café. Aos meus amigos Pe. João Roberto e Pe. Aparício, Capelães da Marinha do Brasil que muito admiro e tenho estreita amizade. Agradeço também a Pedro Lucas, grande amigo e advogado que me proporcionou, enquanto estive no Rio de Janeiro, bons conselhos, prosa sincera e uma companhia ímpar. As amigas Bruna Miranda e Amanda Centeno, pessoas que dispenso profunda admiração e respeito, não só pela inteligência, mas pela seriedade e compromisso nas múltiplas atividades (de pesquisa, na Faculdade, na Igreja) que desenvolvem: um forte abraço, meninas!

Cumpro registrar, também, a amizade que cultivo decorrente da minha estadia em São Paulo, especialmente de João Pedro, Gian Carlos, Edson Junior e Juliana Correia, seres humanos incríveis, dóceis, cheios de vida e amor pelo que fazem, verdadeiros amigos que a Fé me proporcionou, cujos laços tenho o maior prazer de anunciar a qualquer um, e que a cada encontro renova, para mim, a máxima bíblica de que *quem tem um amigo, tem um tesouro!* Aos estimados amigos Ricardo Pereira e Rodrigo *Chileno*, amigos que me

conheceram quando era criança e que, curiosamente, me dispensam, até hoje, tratamento de *filho*. Também registro a amizade construída, a partir da sala de aula, durante o curso Técnico no SENAI/SP, com o Marco Fabiano, Sociólogo que teve a sensibilidade – assim como minha madrinha Selma – de insistir na ideia de cursar Direito na UFRJ. Meu muito obrigado pelo seu apoio, professor! É impossível deixar de mencionar também algumas pessoas que me acompanharam desde a tenra idade e me tratam como parte integrante de suas famílias, como o Sr. Adelino, Sra. Elza, D. Cida, Tia Maria, Sr. Raul e Sra. Rosa (*in memoriam*), novamente Sr. Walter e Sra. Magali e Darialva Linge: muito obrigado por sempre me receberem tão bem e serem tão ternos para comigo!

Ao longo de minha trajetória na Faculdade acabei tendo experiências em algumas instituições que contribuíram de maneira decisiva na minha formação acadêmica. Por isso, agradeço ao Dr. Filippo Scelza pela oportunidade de estagiar na Câmara Municipal do Rio de Janeiro (CMRJ) e aprender inúmeras facetas do dia a dia da política. Também a Dra. Lycia Kameda e ao Dr. André Ordacgy, brilhantes defensores públicos federais, por todo aprendizado proporcionado na Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro (DPU/RJ) e por me transmitir a importância da Defensoria Pública dentro do desenho institucional brasileiro. Ao Procurador do Estado Dr. Guilherme Sokal, pelo comprometimento no trabalho e pelos ensinamentos na sede da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE/RJ). Agradeço também à Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC), na figura do Thiago Neves, por ser essa instituição preocupada com o desenvolvimento do ensino do Direito no Brasil.

Inobstante, presto minha gratulação aos professores Carlos Bolonha, Pedro Chrismann, Fábio Shecaira, Rosângela Luft, Salo de Carvalho, Enzo Baiocchi, Bruno Curi, Inês Tavares, Antônio Santoro, Walter Rodrigues, André Roque, Guilherme Hartmann, Fábio Souza, Diogo Malan e Simone Gantois por todo o aprendizado e pela forma brilhante como ensinaram o Direito, com profundo comprometimento e seriedade. Agradeço de maneira especial ao Prof. Dr. André Roque pela orientação na Monitoria de Recursos, pelos artigos publicados em co-autoria e pela forma como me apresentou ao Direito Processual Civil; ao Prof. Dr. Fábio Souza, pela humildade no tablado ao ensinar e por ter me orientado academicamente em trabalho no qual tive a honra de publicar em co-autoria convosco; à Prof. Msa. Inês Tavares pela serenidade e parcimônia como me orientou na Monitoria de Teoria do Direito e por me despertar o interesse pelo magistério jurídico; e ao meu Orientador nesta Monografia, Prof.

Dr. Guilherme Hartmann, pela forma como ensina o Processo Civil, sempre legitimando as dúvidas dos alunos e focando em seu aprendizado. Invariavelmente, agradeço à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ), por ser essa instituição de ensino superior preocupada em zelar pelo ensino público, gratuito e de qualidade, que me proporcionou umas das experiências mais transformadoras da minha vida: a de ter uma formação jurídica humanista!

Por fim, agradeço a Deus pai todo poderoso, digno de todo louvor e toda adoração, pelo dom da minha vida. Obrigado por me proporcionar tudo o que, resumidamente, agradei até aqui!

“Combati o bom combate, completei a corrida, guardei a fé” (2 Tm 4:2)

RESUMO

A presente monografia procura analisar a controvérsia, presente no âmbito doutrinário, acerca da possibilidade de limitação da atuação do tribunal no recurso de apelação em capítulos da sentença que não lhe foi devolvido, voluntariamente, pela interposição do apelo, ainda que sobre tais capítulos constem às chamadas questões de ordem pública: afinal, pode o tribunal conhecer de uma falta de condição da ação ou pressuposto processual em relação a capítulo não recorrido? Tal análise, a partir de pesquisa bibliográfica e da constatação que de fato há controvérsia sobre o tema, levou em consideração as posições construídas na literatura processual civil brasileira tanto durante o CPC/73, quanto durante o vigente CPC/15, com enfoque na ordem pública percebida no plano do direito processual, a partir de quatro capítulos. O primeiro capítulo, nitidamente introdutório, tece breve panorama sobre os efeitos recursais, como forma de substrato argumentativo para os demais capítulos. Já o segundo capítulo se propõe discutir a *sinonímia* geralmente atribuída às expressões efeito devolutivo vertical e efeito translativo, e como a distinção entre tais efeitos é necessária, inclusive, para delimitar a atuação do tribunal em sede recursal de apelação. Por sua vez, o terceiro capítulo expõe a Teoria dos Capítulos da Sentença e suas implicações sobre a relação existente entre efeito devolutivo e questões de ordem pública, especialmente quando envolve recurso parcial que impugna a denominada *sentença objetivamente complexa*. Por fim, o quarto capítulo procura expor a problemática em torno do dogma, difundido doutrinariamente no Direito Processual Civil brasileiro, de que as questões de ordem pública podem ser arguidas em qualquer momento e grau de jurisdição, de ofício e não está sujeita a qualquer preclusão, no sentido de que tal noção desvia-se da própria finalidade da ordem pública que é a de controle da regularidade da atividade processual, frise-se, de maneira tempestiva. A partir de tal análise, é possível perceber a necessidade de enxergar as questões de ordem pública, pelo menos as processuais, como também passíveis de serem alcançadas pela preclusão e, se for o caso, pela coisa julgada, como forma de limitar a atuação jurisdicional e garantir segurança às relações jurídicas consolidadas a partir das decisões judiciais, mormente quando apenas um dos capítulos da *sentença complexa* seja alcançado pelo trânsito em julgado.

Palavras-chave: Efeito devolutivo; Questões de Ordem Pública Processual; Capítulos da Sentença; Recurso Parcial.

ABSTRACT

This monograph seeks to analyze the controversy, present in the doctrinal scope, about the possibility of limitation of the action of the court in the appeals in chapters of the sentence that was not voluntarily returned to him by the interposition of the appeal, although on such chapters appear to the so-called questions of public order: after all, can the court know of a lack of condition of the action or procedural requirement in relation to an uncontested chapter? This analysis, based on bibliographic research and the fact that there is controversy on the subject, took into account the positions constructed in the Brazilian civil procedural literature both during CPC/73 and during the current CPC/15, with focus in the public order perceived in the procedural law plan, from four chapters. The first chapter, clearly introductory, provides a brief overview of the effects of recursion, as a form of substrate argumentative for the other chapters. The second chapter proposes to discuss the *synonymy* generally attributed to the expressions vertical non-staying effect and translative effect, and how the distinction between such effects is necessary, even, to delimit the court's action in the appeals court. In turn, the third chapter exposes the *Teoria dos Capítulos da Sentença* and its implications on the relationship between non-staying effect and public order issues, especially when it involves partial recourse that challenges the so-called *sentença objetivamente complexa*. Finally, the fourth chapter seeks to expose the problematic of dogma, which is doctrinally diffused in Brazilian Civil Procedural Law, that issues of public order can be argued at any moment and degree of jurisdiction, *ex officio* and not subject to any estoppel, in the sense that such a notion deviates from the very purpose of the public order, which is to control the regularity of the procedural activity, in a timely manner. From this analysis, it is possible to perceive the need to see issues of public order, at least procedural, as well as to be reached by estoppel and, if appropriate, *res judicata*, as a way of limiting the jurisdictional action and guarantee security to consolidated legal relationships based on judicial decisions, especially when only one of the chapters of the *sentença complexa* is reached by final and unappealable decision.

Keywords: Non-Staying Effect; Issues of Procedural Public Order; Chapters of the Judgment; Partial Appeal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1 – EFEITOS RECURSAIS: SUCINTO PANORAMA	18
1.1 Efeito obstativo	18
1.2 Efeito suspensivo	20
1.3 Efeito expansivo	22
1.4 Efeito regressivo	24
1.5 Efeito substitutivo	26
1.6 Efeito devolutivo (e translativo)	29
CAPÍTULO 2 – EFEITO DEVOLUTIVO E EFEITO TRANSLATIVO: MERA SINONÍMIA?	32
2.1 Apontamentos sobre efeito devolutivo	32
2.2 Efeito translativo, efeito devolutivo na sua profundidade e atuação do tribunal.....	34
CAPÍTULO 3 – CAPÍTULOS DA SENTENÇA E RECURSO PARCIAL	41
3.1 A Teoria dos Capítulos da Sentença	41
3.2 Recurso parcial (de apelação): implicações da Teoria.....	45
CAPÍTULO 4 – QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA E CAPÍTULOS NÃO IMPUGNADOS	51
4.1 Ordem Pública (processual) e o tempo	52
4.2 A observância do contraditório como condição para o exame das questões de ordem pública.....	55
4.3 Espécies de ordem pública processual	56
4.4 Preclusão de questões de ordem pública?.....	62
4.5 Ordem pública e coisa julgada: podem conviver?	67
CONCLUSÕES	78
REFERÊNCIAS	81

INTRODUÇÃO

O recurso para o Direito Processual revela, em regra,¹ um inconformismo com a decisão prolatada pelo órgão julgador, uma vez que o recorrente, por meio de sua interposição, pretende, como revela a expressão na sua etimologia, um *refluxo*, *refazer o curso de algo*, buscando o reexame da decisão recorrida para tutela de um direito, agora, na fase recursal.

Deste modo, a interposição do recurso produz *efeitos* no mesmo processo, fazendo com que se impeça o trânsito em julgado da decisão recorrida e se prolongue o estado de litispendência, porém em outra instância,² com deslocamento de competência: do órgão prolator da decisão (denominado na praxe forense de órgão *a quo*, de origem), para o órgão a quem incumbe o reexame da decisão judicial (chamado de *ad quem*, de destino).³

E é justamente quando ocorre o deslocamento da competência para o órgão *ad quem* (reexaminar a decisão) é que se vislumbra o chamado *efeito devolutivo* do recurso, objeto do presente trabalho, que consiste, basicamente, na possibilidade de remeter a outro órgão jurisdicional o conhecimento da matéria impugnada para que este realize o reexame da decisão judicial recorrida, inclusive no tocante às questões de ordem pública. Nesse caso, o órgão *ad quem* estará autorizado a apreciar tais questões que lhe foram devolvidas, seja por manifestação expressa do recorrente, por força da *extensão* do recurso, seja porque o tribunal estará autorizado a analisar, *em profundidade*, capítulos da sentença recorridos (e não recorridos?).

A controvérsia, contudo, reside justamente nos *limites* da atuação do órgão *ad quem* para realizar a respectiva apreciação atinente às questões de ordem pública, especialmente quando tais questões integram o capítulo da sentença não recorrido, no nosso caso, no recurso de apelação. Fala-se em controvérsia, pois existe uma divergência na literatura processual

¹ Valho-me da expressão “em regra” uma vez que o recurso pode ser apresentado com o intuito de lapidar uma decisão, seja para aclará-la ou aperfeiçoá-la, como é o caso dos Embargos de Declaração, em que o embargante ao opô-los não pede que a decisão embargada seja reexaminada pelo órgão julgador, mas que ele se “reexprima” acerca do decidido. Nesse sentido, MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo VII (arts. 496-538). Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 117.

² Excepcionalmente, na mesma instância, como é o caso dos Embargos de Declaração.

³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 114.

civil sobre a (im)possibilidade do tribunal conhecer de ofício as questões de ordem pública constantes no capítulo não impugnado pelo recurso de apelação já que neste caso, defenderá Nelson Nery Jr.,⁴⁻⁵ não se pode falar no efeito devolutivo, e sim no chamado efeito translativo.

A contrario sensu, José Carlos Barbosa Moreira⁶ e outros,⁷ defenderão que apreciar uma questão que não foi *devolvida* no momento da interposição do recurso, ou seja, que não integra o capítulo impugnado, não apenas ofende o princípio da inércia, mas também o *valor* da segurança jurídica, afinal capítulo da decisão judicial não impugnado e sem provocação da parte vencida, transita em julgado, e sobre ele paira a coisa julgada.

O próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), em algumas decisões, aparentemente, posiciona-se no mesmo sentido do defendido por José Carlos Barbosa Moreira, como se verifica no trecho que se segue:

“(…) o efeito translativo da apelação, insculpido no artigo 515, § 1º, do CPC [artigo 1.013, §1º, CPC/15], aplicável geralmente às questões de ordem pública, não autoriza o conhecimento pelo julgador de matérias que deveriam ter sido suscitadas pelas partes no momento processual oportuno por força do princípio dispositivo do qual decorre o efeito devolutivo da apelação que limita a atuação do Tribunal às matérias efetivamente impugnadas.”⁸

A referida controvérsia, não obstante, torna-se ainda mais latente em decorrência da edição do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) que alterou *ligeiramente* a redação do artigo 515, §1º, CPC/73, ao dispor em seu artigo 1.013, §1º, que a profundidade do efeito devolutivo se aplica *desde que relativas ao capítulo impugnado (in fine)*.

Nesse sentido, percebe-se que a problemática na relação *efeito devolutivo na sua profundidade e questões de ordem pública* ou *efeito translativo e questões de ordem pública* não é mera questão de nomenclatura, uma vez que ambos (os efeitos) podem ser percebidos como distintos, justamente por serem ontologicamente analisados a partir de princípios

⁴ NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT, 2000. p. 415-420.

⁵ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. *Comentários ao código de processo civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 2.145.

⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 141, nov. 2006. p. 5.

⁷ Mencione-se, a título de exemplo, autores como Humberto Theodoro Junior, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini.

⁸ STJ, 3ª T., REsp nº 1.484.162/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 24/02/2015, DJ. 13/03/2015.

diferentes, vale dizer, no primeiro caso afeto ao princípio dispositivo, enquanto no segundo, inerente ao princípio inquisitivo. Dependendo do tipo de percepção pelo tribunal sobre o princípio que orientará sua atuação, o mesmo tribunal poderá apreciar de modo mais ou menos limitado o apelo interposto.

Discutir tais questões, portanto, implica saber se a atuação jurisdicional do órgão *de destino* no recurso de apelação está limitada ao capítulo da sentença impugnada mesmo nas hipóteses de questões de ordem pública constantes em capítulos não recorridos.

Para isso, recorrendo a conceitos de Teoria Geral dos Recursos, analisaremos a problemática aqui apresentada tendo em vista as noções de recursos parciais e capítulos da sentença, já que a atuação jurisdicional *ex officio* na apreciação do mérito no recurso de apelação, sob o fundamento da proteção das questões de ordem pública, pode restringir ou mesmo desconsiderar o exercício da autonomia da vontade de recorrer, na medida em que o tribunal poderá analisar aquilo – vale dizer, o capítulo – que o recorrente, intencionalmente, deixou de *devolver* à sua apreciação.⁹

Inobstante, além dos conceitos de Teoria Geral dos Recursos, sobre o tema também será analisado os eventuais limites que a coisa julgada poderá impor (ao tribunal) em relação aos capítulos não impugnados pelo apelante para fins de rediscussão da matéria, inclusive as de ordem pública, e em que medida as questões de ordem pública podem ser alcançadas pela coisa julgada, se é que podem, efetivamente.

Por essa razão, a partir da elucubração sobre os pontos aqui trazidos buscar-se-á (com humildade):

- (i.) discorrer brevemente sobre os efeitos recursais, como forma de oferecer um substrato conceitual para inserir a temática do efeito devolutivo;

⁹ Para realizar a referida análise, utilizar-se-á, como marco teórico, a Tese de Doutorado defendida pelo processualista Ricardo de Carvalho de Aprigliano, na Universidade de São Paulo. Nesse sentido, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A Ordem pública no direito processual civil*. 2010. 335 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010; bem como a monografia de Cândido Rangel Dinamarco sobre Capítulos da Sentença. Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos da sentença*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

- (ii.) discutir se efeito devolutivo vertical e efeito translativo são *sinônimos*, mostrando eventuais incongruências decorrentes desta conclusão;
- (iii.) traçar um panorama sobre a Teoria dos Capítulos da Sentença e recursos parciais, demonstrando, por meio de pesquisa bibliográfica, sua importância e suas implicações, seja no tocante a relação entre efeito devolutivo e questões de ordem pública, seja na forma como se concebe a atuação do órgão jurisdicional no recurso de apelação; e
- (iv.) por fim, analisar, a partir de um cotejo na literatura processual civil, a noção de ordem pública processual, sua função no processo civil, bem como a discussão a respeito da preclusão e da produção de coisa julgada sobre tais questões e de sua apreciação em capítulos não recorridos, pelo tribunal, no recurso de apelação.

CAPÍTULO 1 – EFEITOS RECURSAIS: SUCINTO PANORAMA

Antes de discutir propriamente a temática envolvendo a relação entre efeito devolutivo e as questões de ordem pública, importante desenvolver o tema dos efeitos recursais, uma vez que este servirá como base argumentativa para os demais capítulos desta Monografia. Por essa razão, ao longo deste primeiro capítulo, inequivocamente introdutório, serão tecidas considerações acerca dos principais efeitos dos recursos, notadamente sobre os efeitos obstativo, suspensivo, expansivo, regressivo e substitutivo,¹⁰ sendo que o devolutivo e o translativo, em razão de suas peculiaridades e do fato de constar no objeto de análise do presente estudo, serão abordados de maneira detida em capítulo autônomo. Embora as considerações sejam tecidas de maneira genérica, na medida do possível levar-se-á em consideração a incidência dos efeitos em relação ao recurso de apelação.

1.1 Efeito obstativo

Um dos principais efeitos ou consequências do ato de recorrer é impedir ou *obstar* o trânsito em julgado da decisão recorrida. Ou seja, ao ser interposto, o recurso impede que a decisão encerre o procedimento (seja na fase cognitiva, seja fase executiva), prologando o estado de litispendência do processo, em instância diversa daquela responsável pela prolação da decisão impugnada. Conforme ensina Carlos Scarpinella Bueno, a interposição de todo e qualquer recurso cria um primeiro efeito que é o de obstar a ocorrência de *preclusão*, e, dependendo do tipo de decisão, a formação da coisa julgada (formal ou material).¹¹ A formação da coisa julgada, em sendo possível sua formação, não ocorre, portanto, enquanto a decisão seja passível de alguma impugnação, enquanto subsista alguma recorribilidade.

Contudo, a incidência do referido efeito se dá automaticamente com a mera interposição do recurso? Consoante leciona José Carlos Barbosa Moreira, o trânsito em julgado da decisão

¹⁰ Há quem sustente a existência apenas de dois efeitos recursais, o suspensivo e o devolutivo, sendo os demais efeitos (obstativo, expansivo, translativo) decorrentes deste último. Nesse sentido, WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. v. 2. p. 502. Em sentido contrário, há quem advogue que tal conclusão é inadequada, pois ao reduzir o tema dos efeitos recursais aos efeitos devolutivo e suspensivo, leva-se em consideração tão somente a interposição do recurso e as consequências relativamente à decisão recorrida. Nesse diapasão, NERY JR., Nelson. Op. cit. p. 367. Ainda, em relação àqueles que defendem uma classificação sistemática de cada efeito recursal, entre outros, LIMA, Alcides da Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 1976.

¹¹ BUENO, Carlos Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 72.

não é obstado automaticamente em razão da interposição do recurso, pois tal efeito, comum a todas as espécies recursais, só se vislumbra na medida em que o recurso seja *admissível*, uma vez que sua admissibilidade é condição de possibilidade para produção de efeitos (inclusive o obstativo).¹² Com isso, apenas o recurso admissível seria capaz, idôneo para obstar o trânsito em julgado do *decisum* impugnado. Consoante esse entendimento, portanto, recurso inadmissível ou não conhecido não é capaz de obstar o trânsito em julgado e, por consequência, a formação da coisa julgada.

Embora essa posição tenha sua força doutrinária, subsiste ainda discussão sobre a possibilidade de o recurso inadmissível produzir efeitos, inclusive o obstativo, uma vez que a questão de fundo se dá justamente na divergência a respeito da natureza jurídica do juízo de admissibilidade negativo, vale dizer: se tal juízo tem natureza declaratória ou constitutiva. Se se considera que o juízo de admissibilidade negativo tem natureza declaratória, de reconhecer uma situação jurídica preexistente, haverá uma produção de efeitos *ex tunc*, que implica no reconhecimento da impossibilidade daquela decisão ser passível de recurso e, assim, insuscetível de produção de efeitos. Tal é a posição defendida por Barbosa Moreira.

Entretanto, se se considera que o juízo de admissibilidade negativo tem natureza constitutiva, haverá uma produção de efeitos *ex nunc*, ou seja, enquanto o recurso interposto não for reconhecido como inadmissível, ele produzirá efeitos até o seu desfazimento. Dessa maneira, é suficiente a interposição do recurso para que a preclusão ou a coisa julgada não ocorram.¹³

Há ainda uma posição intermediária, que defende ser a natureza do juízo de admissibilidade declaratória, porém sem a produção de efeitos *ex tunc*, com exceção das hipóteses de intempestividade ou de manifesto descabimento da espécie recursal manejada. A título de exemplo, mencione-se a posição consolidada no enunciado nº 100 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho (TST), reconhecendo a impossibilidade de produção de efeitos em caso de intempestividade ou manifesto descabimento da espécie manejada.¹⁴ Inobstante, tal posição intermediária é revelada pelo conteúdo dos artigos 1.029, §3º e 1.026, §4º, ambos do CPC, em que no primeiro se reconhece a impossibilidade do recurso intempestivo produzir

¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., 2007. p. 122.

¹³ BUENO, Carlos Scarpinella. Op. cit. p. 72.

¹⁴ “III - Salvo se houver dúvida razoável, a interposição de recurso intempestivo ou a interposição de recurso incabível não protraí o termo inicial do prazo decadencial.”

efeitos, e, no segundo, em que se reconhece o manifesto descabimento dos terceiros Embargos de Declaração opostos, caso os dois primeiros tenham sido considerados protelatórios.¹⁵

1.2 Efeito suspensivo

Outro efeito importantíssimo no estudo da Teoria Geral dos Recursos é o efeito suspensivo, já que sua incidência (ou não incidência), do ponto de vista prático, impacta decisivamente na eficácia da decisão recorrida e, subsequentemente, na possibilidade de se executá-la imediatamente. Assim, efeito suspensivo é aquele que provoca o impedimento da produção imediata dos efeitos da decisão judicial passível de impugnação.

Importante apontar, por uma razão meticulosa, que a expressão *suspensivo* não raro sofre ataques pela doutrina, por não ser aquela que melhor descreve o fenômeno processual analisado. Tais ataques decorrem do fato de que a expressão conduz a uma suposição segundo a qual apenas com a interposição do recurso é que a decisão deixará de produzir efeitos, como se até aquele determinado momento a eficácia da decisão estivesse fluindo normalmente. Em verdade, enquanto a decisão estiver passível de sofrer alguma impugnação, sujeita à recorribilidade, ela não é idônea para produzir efeitos.¹⁶

Por esse motivo, Paulo Henrique dos Santos Lucon aponta que a melhor expressão para designar o fenômeno processual seria efeito *obstativo*, já que a expressão *suspensivo* designa a possibilidade de se suspender algo que está fluindo – o que não ocorre, pois enquanto a decisão seja recorrível ela é ineficaz e, portanto, não há nada fluindo.¹⁷ A sua ineficácia, com isso, só cessaria caso não se impugnasse a decisão mediante recurso.¹⁸

Independente da designação a que se dá ao fenômeno, tal efeito pode ser verificado em qualquer recurso. Contudo, há recursos que possuem efeito suspensivo automático, também conhecido como *ope legis*, como é o caso do recurso de apelação – dotado do chamado duplo

¹⁵ Nesse sentido, entre outros, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 14 ed. reform. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 3. p. 158.

¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 5. p. 257.

¹⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2000. p. 219.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 158.

efeito, devolutivo e suspensivo (artigo 1.012, *caput*, CPC) – e do recurso especial ou recurso extraordinário interposto em face da decisão que julga incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 987, §1º, CPC). Todavia, a regra é que os recursos não sejam dotados de efeito suspensivo automático, cabendo ao recorrente requerer ao relator do recurso ou ao tribunal a atribuição de efeito suspensivo (denominado como efeito suspensivo *ope judicis*). Vale lembrar que tal concessão tem natureza de tutela provisória de urgência, motivo pelo qual se impõe a observância do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, previstos no artigo 995, parágrafo único, CPC, para sua concessão.

Existem algumas situações, por sua vez, em que a decisão, por força de lei, terá a sua eficácia fluindo desde logo, não havendo que se falar em efeito suspensivo do recurso que impugne a referida decisão. Tais casos estão previstos pelo CPC em seu artigo 1.012, §1º, hipóteses em que a apelação estará dotada apenas de efeito devolutivo, e não do *duplo efeito*, como é a regra, conforme apontado.

Há também a possibilidade de que a decisão judicial (uma sentença) esteja dotada de vários capítulos. Nessa oportunidade, é possível que o recurso interposto, em relação a um dos capítulos, esteja dotado do duplo efeito enquanto o outro capítulo esteja dotado apenas do efeito devolutivo (por estar enquadrado em uma das hipóteses do artigo 1012, §1º, CPC). Por esse motivo, mesmo na pendência de julgamento de recurso, por força do direito posto, o capítulo da sentença terá sua eficácia fluindo desde logo, podendo, se for o caso, ser executado provisoriamente.

É o que ocorre, por exemplo, na situação em que o impetrante em sede de Mandado de Segurança requer ao Poder Judiciário que a autoridade coatora, integrante da estrutura de uma Universidade Federal, inclua no seu histórico escolar as disciplinas cursadas A e B e a quebra de pré-requisito de disciplinas para cursar a disciplina C (que por sua vez não pode ser cursada em razão da não inclusão das disciplinas A e B, em seu currículo escolar), sendo que para ambos os pleitos há requerimento de tutela de urgência antecipada. O juiz federal, ao julgar procedentes ambos os pedidos pleiteados, concede, na sentença, tutela de urgência antecipada *apenas* em relação à quebra de pré-requisito da disciplina C, de modo a viabilizar, desde logo, a continuidade dos estudos pelo impetrante. Nesse caso, havendo recurso de apelação interposto pela Universidade Federal impugnando ambos os capítulos da sentença,

no tocante ao capítulo relativo à inclusão de disciplinas o recurso será recebido no duplo efeito, ao passo que no capítulo da sentença relativamente à quebra de pré-requisitos, o recurso será recebido no efeito devolutivo, apenas.

Outro ponto ainda relacionado ao efeito suspensivo diz respeito à existência de recurso *parcial*,¹⁹ ou seja, aquele recurso que devolve ao tribunal apenas uma parcela dos capítulos passíveis de impugnação. Por exemplo, caso uma sentença, dotada de uma pluralidade de capítulos, seja impugnada parcialmente (por uma liberalidade do recorrente), o capítulo não recorrido transitará em julgado, vez que não está sujeito mais a recorribilidade. Nesse caso, a apelação (parcial) interposta em face da sentença estará dotada de efeito devolutivo e suspensivo apenas no tocante ao capítulo impugnado, sendo que, em relação ao outro capítulo, se independente do capítulo recorrido, poderá ser executado de maneira definitiva, uma vez que o efeito suspensivo do capítulo recorrido não se estende ao capítulo não impugnado, transitado em julgado.²⁰

1.3 Efeito expansivo

Outro efeito bastante destacado pela doutrina é o chamado efeito expansivo. Por efeito expansivo entende-se o que ocorre quando o julgamento do recurso ensejar decisão mais abrangente do que o reexame da matéria impugnada. Diz respeito, portanto, às consequências do julgamento do recurso, vale dizer, as consequências que o julgamento do recurso pode proporcionar à própria decisão recorrida, aos outros atos processuais praticados posteriormente à decisão impugnada ou, ainda, aos demais sujeitos parciais do processo que não o recorrente. Por essas razões, na linha sugerida por Nelson Nery Jr., tal efeito pode ser objetivo (sendo o objetivo, interno ou externo) ou subjetivo.²¹

Há efeito expansivo objetivo interno quando o julgamento do recurso acarretar modificação na própria decisão recorrida, no próprio ato impugnado pelo recurso. É interno, pois diz respeito à própria decisão atacada, não tendo consequências em outros atos até então

¹⁹ O tema dos recursos parciais será mais bem trabalhado no Capítulo 3 desta Monografia.

²⁰ Importante considerar que a execução definitiva de parte de sentença, nesse caso, só será viável caso alguns requisitos estejam satisfeitos, quais sejam: *i.* cindibilidade entre o capítulo recorrido e o não recorrido; *ii.* autonomia entre a parte da decisão que se pretende executar e a parte objeto de impugnação; e *iii.* se for o caso, existência de litisconsórcio não unitário ou diversidade de interesses entre os litisconsortes, NERY JR., Nelson. Op. cit. p. 391.

²¹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. Op. cit. p. 2.144.

praticados. Assim, tal efeito pode ser vislumbrado quando o tribunal dá provimento à apelação para reformar a sentença no sentido de julgar improcedente o pedido condenatório combinada com a fixação de indenização por danos morais. Mesmo que o capítulo da sentença afeto à indenização não seja impugnado, esse será *alcançado* pelo acórdão proferido pelo tribunal, uma vez que a fixação do valor a ser pago pelo réu restará prejudicado pela improcedência do pedido principal.²²

Já no tocante ao efeito expansivo objetivo externo, sua ocorrência dar-se-á quando o julgamento do recurso interposto atinge *outros atos*, além do ato impugnado propriamente. O exemplo clássico mencionado pela doutrina é o que ocorre com o provimento do agravo de instrumento, cujo resultado atinge todos os atos praticados posteriormente à sua interposição.²³ Do mesmo modo, ocorre tal efeito na situação de execução provisória da decisão recorrida não amparada por efeito suspensivo que, em razão da modificação do julgado pelo tribunal, implicará no desfazimento de todos os atos executivos promovidos pelo exequente, bem como na sua responsabilização em reparar os danos causados ao executado, nos termos do artigo 520, I, CPC.

Por fim, há o efeito expansivo subjetivo que ocorre quando o julgamento do recurso atinge *outras pessoas* além do recorrente e do recorrido, de tal sorte que as consequências do provimento ou do desprovimento do recurso alcançarão, inclusive, àqueles que se quedaram inerte, desde que subsistam interesses comuns entre eles – geralmente associado à figura do litisconsórcio. Na linha daqueles que defendem ser o efeito expansivo mera decorrência do efeito devolutivo, e não um efeito autônomo, tal efeito revelaria nada mais que a *extensão subjetiva* do efeito devolutivo.²⁴ De qualquer modo, imperioso pontuar que tal efeito é uma exceção ao princípio da personalidade do recurso, uma vez que, nesse caso, a decisão não transitará em julgado ao litisconsorte que recorreu e também àquele que deixou de impugná-la, ante a possibilidade de modificação do julgado que poderá abarcá-lo.²⁵

O exemplo a ser mencionado é a hipótese de interposição do recurso apenas por um dos litisconsortes, cujo julgamento atinge também os demais litisconsortes, ainda que estes não

²² BUENO, Carlos Scarpinella. Op. cit. p. 83-84.

²³ Sobre o exemplo mencionado do agravo de instrumento, entre outros, BUENO, Carlos Scarpinella. Op. cit. p. 84; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. Op. cit. p. 2.144.

²⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 504-505.

²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., 2007. p. 123-124.

tenham recorrido, conforme reza o artigo 1.005, CPC. Vale lembrar que tal hipótese aproveita o litisconsorte que não recorreu caso o interesse em litígio seja-lhe comum ao interesse daquele que recorreu – como se dá na hipótese de um litisconsórcio necessário unitário.²⁶

Não obstante (embora controverso), tal situação ocorre também na hipótese de dívida solidária quando o recurso interposto por um dos devedores, em sendo provido, acaba atingindo também os demais codevedores que não recorreram, na medida em que subsistam entre eles defesas comuns. Tal exemplo demonstra (ou procura demonstrar, pelo menos) que a situação do efeito expansivo subjetivo não está adstrita tão somente ao litisconsórcio unitário, já que a solidariedade pode implicar litisconsórcio simples.²⁷

1.4 Efeito regressivo²⁸

Outro exemplo vislumbrado pela doutrina como consequência do ato de recorrer é a manifestação do efeito regressivo. Tal efeito, por seu turno, guarda relação direta com a própria noção de efeito devolutivo, gerando relativo dissenso na doutrina sobre a possibilidade de sua existência. Fala-se em dissenso doutrinário, pois ao se interpor determinado recurso, impugnando uma decisão judicial no mesmo processo, uma das consequências (como vimos) é a de *obstar* o trânsito em julgado, prologando o estado de litispendência do feito – e aqui reside o dissenso – em outra instância ou na mesma instância.

Dessa maneira, como aponta Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, há aqueles que vislumbram a incidência do efeito devolutivo apenas na hipótese do feito ser reexaminado por outro órgão jurisdicional, em outra instância, inexistindo devolução caso o mesmo órgão

²⁶ Há quem defenda, ainda, que tal situação aproveita, inclusive, o litisconsorte que eventualmente tenha desistido do recurso, tenha renunciado ao direito de recorrer ou que tenha praticado algum ato que inviabilize a admissibilidade do recurso. Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., 2007. p. 123; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 505.

²⁷ Defendendo que o efeito expansivo subjetivo não alcança apenas o litisconsórcio unitário, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 174; BUENO, Carlos Scarpinella. Op. cit. p. 83. Tal questão foi objeto de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça que reconheceu, por força do princípio da igualdade, a possibilidade de extensão da eficácia subjetiva do recurso ao litisconsorte que não recorreu, mesmo em se tratando de litisconsórcio facultativo simples. Nesse sentido, STJ, 2ª T., REsp nº 292.596/RJ, Rel. Min. Franciulli Neto, j. em 25/11/2003, DJ. 10/05/2007. Em sentido contrário, defendendo ser circunscrito apenas ao litisconsórcio unitário, NERY JR., Nelson. Op. cit. p. 412.

²⁸ Há quem o chame, também, de efeito diferido, sendo essa uma expressão que lhe é sinônima. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 169. Todavia, entendo se tratar de uma espécie autônoma de efeito, cuja incidência está relacionada ao recurso adesivo, LIMA, Alcides de Mendonça apud BUENO, Carlos Scarpinella. Op. cit. p. 78.

jurisdicional reexamine a decisão impugnada, mediante *juízo de retratação*. Nesse caso, em verdade haveria efeito regressivo, ante a reabertura de oportunidade de exame ao próprio órgão jurisdicional prolator da decisão. Essa concepção seria uma concepção restrita sobre efeito devolutivo.²⁹

Por outro lado, há quem defenda que independentemente do reexame da decisão impugnada ser apreciada pelo mesmo ou por outro órgão jurisdicional, em ambos os casos haverá a incidência do efeito devolutivo. Essa concepção seria a mais ampla sobre devolução, já que efeito regressivo, aqui, não seria propriamente um efeito autônomo, mas uma manifestação do efeito devolutivo, como apontado no início deste Capítulo.³⁰

De qualquer forma, efeito regressivo (sendo ou não manifestação do efeito devolutivo) consiste na possibilidade do juízo prolator da decisão impugnada vir a modificar a própria decisão proferida anteriormente, em decorrência de recurso interposto. É uma hipótese excepcional de competência recursal do juízo *a quo*, uma vez ser vedado ao mesmo órgão reexaminar uma decisão já prolatada (artigo 505, *caput*, CPC). Tal efeito se manifestava no ordenamento processual brasileiro na figura do agravo retido, regulado pelo CPC/73, hipótese na qual o juízo *a quo*, ao prolatar uma decisão impugnada por meio de referido agravo teria a possibilidade de retratar-se. Ou seja, em razão da interposição do agravo na forma retida, o próprio juízo prolator (e não o tribunal) tinha competência para promover o reexame do *decisum* por ele lançado e, se fosse o caso, proferir nova decisão, modificando a anterior. Tal possibilidade, por óbvio, estava sujeita à necessidade de instalação do contraditório, conforme determinava o artigo 523, §2º, CPC/73.³¹

No atual CPC, mesmo com a extinção do agravo retido, tal efeito pode ser observado em decorrência da interposição do recurso de apelação nas hipóteses de indeferimento da petição inicial (artigo 331), da sentença que julga improcedente liminarmente o pedido (artigo 332, §4º) e na hipótese de prolação de sentença que não analisa o mérito (artigo 485, §7º), observada a instalação do contraditório judicial, oportunidade na qual o juiz em vez de encaminhar os autos para que o tribunal possa promover a admissão da apelação, promoverá, ele próprio, juízo de retratação, com possibilidade de modificação do julgado lançado.

²⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 502.

³⁰ Nesse sentido, cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 169; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 502.

³¹ BUENO, Carlos Scarpinella. Op. cit. p. 77.

Outra situação na qual também se vislumbra a incidência do efeito regressivo no Novo CPC é a do agravo interno, prevista no artigo 1.021, §2º, em que o relator do recurso, após intimar o agravado para apresentar contrarrazões, em vez de levar os autos para julgamento, realizará juízo de retratação no sentido de proferir novo julgamento para reformar decisão anterior monocraticamente proferida. Aliás, essa é a única hipótese em que o relator no agravo interno poderá julgá-lo monocraticamente, uma vez que o provimento ou desprovimento do referido recurso só poderá ser realizado por turma ou câmara, por força do princípio da colegialidade.³²

Inobstante, em sede recursal, o efeito regressivo é percebido também no julgamento dos Embargos de Declaração, com ou sem efeitos infringentes, já que, em ambos os casos, o próprio juízo prolator da decisão poderá, acolhendo os embargos opostos, dar-lhe provimento, o que implicará na lapidação da decisão em virtude de seu reexame.³³

1.5 Efeito substitutivo

Além do efeito expansivo, outro efeito que evidencia uma consequência do julgamento do recurso é o efeito substitutivo, que consiste, como o próprio nome sugere, na possibilidade da decisão que julgar o recurso substituir a decisão anterior, *tomando-lhe o seu lugar*.³⁴

Nesse íterim, vale pontuar que a incidência do efeito substitutivo ocorre desde que ele seja passível de *conhecimento* pelo órgão julgador e que o recurso, ao ser julgado, *não anule a decisão impugnada*.

Com isso, apenas o recurso que tenha passado pelo crivo do juízo de admissibilidade positivo e tenha o seu mérito analisado (no sentido da reforma) é idôneo para substituir a decisão impugnada, já que a decisão (geralmente unipessoal, proferida pelo relator) que inadmite o recurso não tem o condão de substituir a decisão anterior, pois o recurso sequer deveria *existir*, isto é, ser interposto, de modo a prevalecer desde logo os termos do último pronunciamento jurisdicional – pois a decisão que inadmite o recurso intempestivo, como

³² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 335.

³³ Vale considerar que, em sendo hipótese de embargos dotados de efeitos infringentes, a retratação promoverá verdadeira reforma ou anulação do julgado, e não mera lapidação da decisão embargada, razão pela qual a observância do contraditório, aqui, também se impõe, conforme previsão do artigo 1.023, §3º, CPC.

³⁴ BUENO, Carlos Scarpinella. Op. cit. p. 88.

apontado ao falarmos sobre efeito obstativo, tem natureza declaratória, podendo ter efeitos *ex tunc*. Dessa maneira, por exemplo, caso uma apelação interposta em face de uma sentença não seja conhecida pelo relator, não há que se falar em efeito substitutivo da sentença pela decisão de inadmissão.

Inobstante, além da necessidade de o recurso ser conhecido e ter o seu mérito enfrentado pelo tribunal, o acórdão só substituirá a decisão recorrida na hipótese de desprovimento do recurso – com manutenção dos termos da decisão judicial impugnada – ou na hipótese de provimento do recurso no sentido de *reformatar* a decisão recorrida. Ou seja, caso o tribunal dê provimento ao recurso para *anular* a decisão impugnada, nesse caso, embora tenha analisado o mérito recursal, não haverá a incidência do efeito substitutivo, pois o provimento do recurso foi dado para o reconhecimento de um *error in procedendo*, uma nulidade na prática do ato processual realizado pelo juízo *a quo*, de tal sorte que os autos deverão ser remetidos à origem para realização de novo julgamento, prevalecendo, nessa oportunidade, os termos da nova decisão a ser prolatada pelo juízo de origem, se não impugnada. Em tais situações, não haverá efeito substitutivo, pois o tribunal realiza apenas um juízo *rescindente*, de modo que sua decisão não prevalecerá sobre a anterior, embora esta não mais exista juridicamente.³⁵

Como destacado no parágrafo anterior, a regra é que o tribunal, ao anular uma decisão recorrida, remeta os autos ao juízo *a quo* com o propósito de que este profira novo julgamento sobre o mérito da causa (que não se confunde com o mérito recursal). Contudo, existe uma situação na qual o tribunal, embora tenha anulado a decisão anterior, mediante juízo rescindente, não devolverá os autos à origem para novo julgamento, uma vez que ele próprio avocará a competência para, julgando o mérito recursal, julgar também (e diretamente) o *mérito da causa*. Trata-se da aplicação da *teoria da causa madura*, encampada pelo artigo 1.013, §3º, CPC.

De acordo com essa teoria, em vez do tribunal determinar a devolução dos autos para que o juiz profira nova sentença, deverá o tribunal, ele mesmo, prosseguir e julgar o mérito da causa. É necessário, porém, que algumas exigências sejam satisfeitas para sua aplicação, quais sejam: provimento da apelação, condições de imediato julgamento do mérito da causa e o

³⁵ BUENO, Carlos Scarpinella. Op. cit. p. 88.

requerimento do apelante.³⁶ Tal regra aplica-se especificamente ao recurso de apelação e, por expressa previsão legal, ao recurso ordinário constitucional (artigo 1.027, §2º, CPC).

Ainda em relação ao efeito substitutivo, vale mencionar que *i.* caso o acórdão prolatado pelo tribunal substitua a decisão anterior, haverá, ao mesmo tempo, um novo *dies a quo* para contagem do prazo decadencial da ação rescisória, bem como o *ii.* deslocamento da competência para seu processamento e julgamento. Dessa forma, em relação ao segundo apontamento, caso seja interposto Recurso Especial, em face de acórdão proferido por Tribunal de Justiça local, que não foi conhecido pelo STJ, a decisão de inadmissão não substituirá o acórdão recorrido, motivo pelo qual eventual rescisória deverá ser ajuizada perante o Tribunal de Justiça local, já que o trânsito em julgado operará em face da decisão anterior, do acórdão do tribunal local, competente, portanto, para processá-la e julgá-la.

Todavia, se o recurso é provido ou desprovido pelo STJ, eventual rescisória a ser ajuizada levará em consideração a competência do próprio STJ, pois se operou nesse ensejo o efeito substitutivo, sendo que o trânsito em julgado ocorrerá em face do acórdão do Tribunal Superior e não do Tribunal local.

Ato contínuo, em relação ao primeiro apontamento (contagem do prazo decadencial para ajuizamento da rescisória), caso ocorra o efeito substitutivo, o prazo para desconstituir a coisa julgada formada pela decisão proferida pelo tribunal será contado levando-se em consideração a data em que se operou a substituição pela nova decisão (e não a data da sentença proferida anteriormente), caso essa seja a última decisão proferida no processo, transitada em julgado, conforme previsão do artigo 975, CPC.

Não obstante (e esse ponto é controverso), se houver substituição da sentença em relação a uma parte da decisão – uma vez que, por exemplo, a apelação parcial foi provida para atingir um determinado capítulo da sentença –, haverá mais de um marco temporal para contagem do prazo decadencial da rescisória: em relação à parte que não foi impugnada e

³⁶ Em relação ao último requisito (requerimento do apelante) há controvérsia instalada perante o próprio STJ sobre a necessidade de manifestação do apelante ou não. Entendendo ser necessário o requerimento, STJ, 5ª T., RMS nº 21.358/PI, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ. 22.10.2007. Entendendo ser desnecessário o requerimento expresso da parte, STJ, 4ª T., REsp nº 836.932/RO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 06/11/2008, DJe 24/11/2008; STJ, 1ª T., AGRg no REsp nº 1.192.287/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 03/05/2011, DJe. 10/05/2011. Na doutrina, entre outros, entendendo haver necessidade de requerimento do apelante, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 227.

transitou em julgado, o marco temporal será o da decisão do juízo *a quo*; já em relação à parcela da sentença que foi substituída pelo acórdão do tribunal que deu provimento à apelação parcial, o marco temporal será o da decisão *substituidora*, do acórdão prolatado pelo tribunal, se transitado em julgado, embora a posição prevalecente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça seja a da contagem a partir do trânsito em julgado do último pronunciamento judicial.³⁷

1.6 Efeito devolutivo (e translativo)

Por fim e não menos importante, temos a figura do efeito devolutivo, presente na maioria³⁸ dos recursos cíveis, sendo claramente o mais importante dos efeitos recursais. Tendo em vista sua importância, cabe aqui debruçar-se sobre o que se entende por efeito devolutivo.

Preliminarmente, a palavra efeito remete a consequência. No nosso caso, algo que decorre do direito de recorrer. Já a expressão devolutivo vem da palavra latina *devolutum* e significa remeter, isto é, remeter (ou devolver) à instância superior o exame da matéria decidida pelo juízo recorrido, como no caso do recurso de apelação.³⁹

Com isso, cabe ao recorrente, *voluntariamente*, seja ele parte, seja ele terceiro juridicamente interessado, impugnar a decisão judicial que lhe trouxe uma prejudicialidade, que o levou ao estado de sucumbência. Nesse sentido, quando se fala que é uma faculdade do recorrente impugnar a decisão judicial, a ele também *compet*e, *ao recorrer, delimitar o que*

³⁷ Na doutrina, paira uma divergência sobre o momento em que flui o prazo decadencial para fins de propositura da ação rescisória, tendo em vista a existência de uma pluralidade de coisas julgadas: se o prazo começa a fluir imediatamente após o trânsito em julgado da decisão, revestida pela coisa julgada parcial ou se o prazo só se inicia após o trânsito em julgado da última decisão prolatada no processo. Por meio do enunciado nº 401 de sua Súmula, o Superior Tribunal de Justiça acabou encampando a segunda posição. Tal posição, aliás, é a que foi adotada, também, pelo CPC/15. Todavia, se se considera a fluência do prazo decadencial a partir do último pronunciamento jurisdicional, admite-se a possibilidade de um prazo indefinido, pois o seu início dependeria do final do processo – enquanto não findo o processo, poderia se propor a rescisória para desconstituir a coisa julgada parcial –, o que traz insegurança jurídica em relação ao beneficiado pela decisão judicial definitiva – por parte do vencedor na lide originária –, ante sua possibilidade de executar definitivamente a decisão transitada em julgado, ainda que parcial. Dessa maneira, o mais razoável é o *dies a quo* do prazo da rescisória contado à luz do primeiro entendimento, imediatamente após o da data do trânsito em julgado da decisão parcial. Nesse sentido, defendendo ser esse o sistema do CPC/15, BARIONI, Rodrigo. Ação Rescisória. In: WAMBIER, Teresa et al. (coord.). *Breves comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 2.175; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 528-530.

³⁸ Sobre a divergência entre ser o efeito regressivo um efeito autônomo ou uma manifestação do efeito devolutivo, remeto o leitor à p. 25 desta Monografia.

³⁹ GUIMARÃES, Deoclesiano Torrieri. *Dicionário compacto jurídico*. 15. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p. 103.

será objeto de impugnação, a matéria que será devolvida para apreciação pela instância ou juízo superior, afinal, em regra, a tutela jurisdicional a ser conferida pelos órgãos do Poder Judiciário será materializada mediante provocação (artigo 2º, *caput*, CPC/15), neste caso impugnando aquilo que se deseja ser corrigido, reformado (ou anulado, conforme o caso).

Assim, a doutrina processual entende que essa delimitação do que será julgado pelo órgão hierarquicamente superior (*ad quem*) – em razão da interposição do recurso –, compreende uma dimensão do efeito devolutivo chamada de *extensão*. O órgão *de destino*, por força da extensão do efeito devolutivo, fica, portanto, *limitado* a apreciar àquilo que foi impugnado pelo recorrente.⁴⁰⁻⁴¹ Fala-se isso, pois a extensão do efeito devolutivo não é fixada pela lei, e sim pelo próprio recorrente.

Por outro lado, o tribunal não estará vinculado a apreciar apenas aquilo que efetiva e estritamente foi impugnado ou delineado pelo recorrente na extensão do recurso uma vez que, em relação ao capítulo impugnado, o tribunal poderá atuar *ex officio* para repelir alguma questão que *independe* da manifestação do recorrente, por força da dimensão vertical ou *profundidade* do efeito devolutivo. Diferentemente da extensão do efeito devolutivo, tal atuação do tribunal não é fixada pelo recorrente, e sim pela própria lei, não ficando o juízo *ad quem* vinculado ao que fora apresentado pelo recorrente na extensão do recurso, justamente para apreciá-lo *em profundidade*. Entre tais questões a serem analisadas *ex officio* pelo tribunal estão as denominadas questões de ordem pública.

Inicialmente, não nos debruçaremos sobre o que seja questão de ordem pública ante a polissemia da expressão, mas em linhas gerais entende-se por ordem pública, especialmente no Direito Processual Civil, aquelas questões que não estão afetas a preclusão e que podem ser reexaminadas em qualquer momento e grau de jurisdição, inclusive de ofício, sendo, portanto, imperativa a atuação jurisdicional nesses casos, objetivando a proteção das normas processuais (v. g. artigo 485, §3º, CPC/15).⁴²

⁴⁰ Veja-se, por exemplo, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 169.

⁴¹ Essa limitação ao que será apreciado pelo órgão julgador e a exigência do recorrente *devolver* aquilo que se pretende que seja reexaminado pelo órgão *ad quem*, pontua Enrico Tullio Liebman, decorre da própria evolução histórica do instituto da devolução, especialmente da tradição construída no Direito Francês. Sobre aspectos históricos relacionados ao efeito devolutivo cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tocantins: Intelectus, 2003. v. 3. p. 58-59.

⁴² NERY JR., Nelson. Op. cit. p. 416.

Assim, ainda que o recorrente não tenha impugnado a questão ou ainda que a questão passível de apreciação *ex officio* pelo tribunal não esteja expressamente no capítulo da sentença impugnado, o tribunal pode, mesmo assim, apreciá-la de modo que isso possa impactar decisivamente no julgamento do recurso. Tal atuação do órgão *ad quem*, como dito, envolve o denominado efeito devolutivo na sua profundidade *ou* translativo, que consiste na possibilidade do tribunal apreciar todos os fundamentos ou as questões que não foram examinadas, ou mesmo que não foram impugnadas especificamente pelo recorrente, para resolver o objeto litigioso do recurso.

Por força do efeito translativo, contudo, entende-se que a atuação do órgão *ad quem* estaria autorizada, inclusive, para analisar aquelas questões de ordem pública constantes em capítulos não impugnados pelo apelante, uma vez que o tribunal está autorizado a apreciá-las já que lhe foram remetidas não por força da devolução, mas por força do princípio inquisitivo, que autoriza, pela natureza das questões de ordem pública, a serem apreciadas independentemente de manifestação do recorrente.

Tendo em vista tais considerações e a importância da divergência envolvendo o referido efeito, passa-se, agora, a analisar de maneira detida o efeito devolutivo (especialmente em sua dimensão vertical) e a pretensa *sinonímia* com o efeito translativo.

CAPÍTULO 2 – EFEITO DEVOLUTIVO E EFEITO TRANSLATIVO: MERA SINONÍMIA?

Após uma breve exposição sobre os principais efeitos recursais, nesse segundo capítulo – conforme destacado no anterior –, buscaremos sem pretensão de exaurir o tema tecer considerações específicas sobre o efeito devolutivo, efeito translativo, bem como os limites da atuação jurisdicional do órgão *ad quem*, sobretudo levando em consideração a redação dada ao artigo 1.013, §1º, em contraposição com a redação do (revogado) artigo 515, §1º, CPC/73.

Inobstante, ao longo do capítulo será analisado se efeito devolutivo na sua dimensão vertical e efeito translativo são expressões necessariamente sinônimas, como não raro se vê na praxe forense.

2.1 Apontamentos sobre efeito devolutivo

Como já apontado, devolutivo é o efeito inerente a todo e qualquer recurso, cuja função (digamos, em regra)⁴³ é a de transferir o conhecimento da matéria impugnada para outro órgão jurisdicional, sendo tal efeito presente na totalidade dos recursos ordinários (apelação, agravo de instrumento, etc.), cujo objeto do recurso *pode ser o mesmo do processo*, a depender da delimitação realizada pelo recorrente.

Assim, no momento de impugnar uma decisão judicial, o recorrente devolverá o conhecimento da matéria impugnada ao órgão *ad quem*, com atribuição legal para exercer jurisdição dentro de sua competência recursal.

O efeito devolutivo, por seu turno, pode ser enxergado a partir de duas *dimensões*: horizontal e vertical. A horizontal compreende a *extensão* do efeito devolutivo, vale dizer, a possibilidade de o recorrente delimitar aquilo que será submetido para nova análise pelo órgão *ad quem*. Aliás, é papel do recorrente delimitar a extensão do seu recurso, eleger aquilo que

⁴³ Fala-se em regra, pois há uma divergência na doutrina acerca do fato de o efeito devolutivo, necessariamente, implicar no reexame da decisão recorrida por outro órgão jurisdicional ou para o mesmo órgão jurisdicional. Há quem entenda que haverá efeito devolutivo, ainda que o reexame da decisão recorrida seja analisado pelo mesmo órgão julgador. Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 169; em sentido contrário, entendendo que só haverá efeito devolutivo caso o reexame da decisão judicial seja realizado por *outro* órgão jurisdicional, implicando em deslocamento de competência.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., 2007. p. 123.

será julgado pelo tribunal, por força do princípio dispositivo ou da demanda (artigo 2º, *caput*, CPC). Como destaca Nelson Nery Jr., o juízo destinatário do recurso somente poderá julgar o que o recorrente tiver requerido nas suas razões de recurso, encerradas com pedido de nova decisão.⁴⁴

Assim como o juízo *a quo* ao julgar a demanda está limitado aquilo que foi formulado pela parte na sua pretensão, do mesmo modo o tribunal em tese é limitado a julgar apenas aquilo que foi delimitado pelo recorrente no momento de impugnar a decisão judicial. Dessa maneira, na medida em que o recorrente delimita aquilo que será efetivamente discutido no recurso, mesmo que a matéria impugnada não tenha sido decidida pelo juízo *a quo*, fala-se que a extensão do recurso é uma atribuição pertencente apenas àquele que recorre, cujo exercício, ao mesmo tempo, prolonga a atividade jurisdicional no tribunal e limita à sua atuação ao que foi impugnado na extensão do recurso.⁴⁵

Já a outra dimensão do efeito devolutivo é a denominada dimensão *vertical*, uma vez que, aqui, serão determinadas as questões que o tribunal deve efetivamente apreciar; será eleito o material sobre o qual pautará o julgamento pelo tribunal. Referida dimensão do efeito autoriza o tribunal a apreciar o recurso na sua *profundidade*, porém – como se observará – nos limites do que foi impugnado. Conforme pontua Humberto Theodoro Junior,

“A *profundidade* abrange os antecedentes lógicos da decisão impugnada, de maneira que, fixada a extensão do objeto do recurso pelo requerimento formulado pela parte apelante, todas as questões suscitadas no processo que podem interferir assim em seu acolhimento como em sua rejeição terão de ser levadas em conta pelo tribunal (art. 1.013, §1º).”⁴⁶

Como exemplo, cite-se a situação em que o pedido de repetição de indébito foi julgado improcedente, pois o autor não logrou comprovar o pagamento indevido das prestações de um contrato de prestação de serviço. O autor, então, ao apelar objetivando a reforma da sentença, autoriza o tribunal a apreciar todas as questões suscitadas e discutidas no processo relativamente ao referido capítulo (ainda que não analisadas pelo *juízo a quo*), podendo,

⁴⁴ NERY JR., Nelson. Op. cit. p. 368.

⁴⁵ ROQUE, André Vasconcelos; LOPES, Rodolfo Mascarenhas. Até a ordem pública tem limites: o efeito devolutivo da apelação no CPC/15. *JOTA*, São Paulo, 4 fev. 2019. Coluna Novo CPC. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/ate-a-ordem-publica-tem-limites-o-efeito-devolutivo-da-apelacao-no-cpc-15-04022019. Acesso em: 23 mar. 2019.

⁴⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual Civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3. p. 1.071.

inclusive, conhecer daquelas questões que o apelante não havia suscitado expressamente, como a de que a sentença deve ser mantida não em razão da não comprovação do pagamento indevido, mas em razão da prescrição da pretensão de restituição. Assim, embora não tenha se manifestado sobre a questão, pelo fato dela *constar no capítulo impugnado*, o tribunal estará autorizado a atuar sem que isso implique em julgamento *extra* ou *ultra petita*, em observância aos artigos 141 e 492, CPC. Nesse caso, o tribunal atuou circunscrito ao efeito devolutivo na sua dimensão vertical, resolvendo uma questão dentro do referido capítulo recorrido, sobre o qual pairava uma controvérsia.

O questionamento, porém, se circunscreve à situação na qual o tribunal, ao apreciar o material a ele devolvido, perceba a existência de uma questão de ordem pública constante em capítulo não impugnado, não devolvido pelo recurso: nesse caso, a dimensão vertical do efeito devolutivo lhe autorizaria a atuar, a despeito da manifestação do recorrente? Sobre tal questionamento, vale abrir outro subtítulo.

2.2 Efeito translativo, efeito devolutivo na sua profundidade e atuação do tribunal

É verdade que a eventual distinção entre efeito devolutivo na sua profundidade e efeito translativo, na prática processual, por vezes, é vista como um pormenor, uma sutileza sem lá grandes impactos na atuação jurisdicional. Tal distinção, na literatura processual civil brasileira, tem como marco as elucubrações de Nelson Nery Jr., que enfrentando a problemática sob uma perspectiva principiológica, entende que o efeito translativo é distinto do efeito devolutivo e com ele não se confunde, pois o primeiro tem base no princípio inquisitivo, enquanto aquele se relaciona com o princípio dispositivo.⁴⁷

Por essa razão, apreciar uma questão pautada no efeito translativo significa dizer que o tribunal poderá apreciar àquelas questões de ordem pública *ex officio* que constam no capítulo da sentença (inclusive o não impugnado), para reforma-la e extinguir o procedimento sem análise de mérito, sem que com isso se configure abuso de poder na atuação jurisdicional, sob a justificativa de controle da atividade jurisdicional (v.g. artigos 485, §3º e 337, §5º, CPC). Essa atuação independe da manifestação do recorrente, sendo sua autonomia para influí-la inexistente.

⁴⁷ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. Op. cit. p. 2.145.

Nesse sentido, pontua Rodrigo Barioni que as questões de ordem pública, justamente porque guardam relação direta com o princípio inquisitivo, se revestem de completa autonomia, do ponto de vista da atividade jurisdicional, seja em primeiro, seja em segundo grau. Podem (e devem) ser examinadas pelo julgador, mesmo se relacionadas a capítulos da sentença que, analisados apenas do ponto de vista do efeito devolutivo, foram excluídos da apreciação pelo tribunal, já que as questões de ordem pública são retiradas do poder dispositivo das partes. Em consequência, eventual apelação interposta transfere ao tribunal dos tipos de questões: o conhecimento da matéria impugnada, mediante a incidência do efeito devolutivo, e as questões de ordem pública (no tocante à parte não recorrida da sentença), essas por força do efeito translativo do recurso.⁴⁸

Já o efeito devolutivo na sua dimensão vertical, permite, também, uma atuação a despeito da manifestação (específica) do recorrente, porém uma atuação dentro daquilo que o recorrente quis influir naquele processo, pois como pontua Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini:

“Mesmo a constatação da existência de questões de ordem pública contrárias ao recorrente não permite a *reformatio in pejus*. A profundidade do efeito devolutivo opera nos limites da sua extensão. Isso está claramente explicitado no art. 1.013, §1º, parte final, do CPC/15 (“desde que relativas ao capítulo impugnado”).”⁴⁹

Essas considerações ganham valor já que, consoante o que prescreve o Novo CPC, em seu artigo 1.013, §1º, diferentemente do que prescrevia o artigo correspondente no Código de Processo Civil de 1973 (artigo 515, §1º), a atuação jurisdicional poderá apreciar todos os fundamentos ou as questões não analisadas na decisão recorrida, porém *nos limites do capítulo impugnado*.

Já sob a égide do CPC de 1973 há quem defendia a limitação da atuação do órgão jurisdicional na apreciação das questões de ordem pública constantes em capítulos não impugnados pelo recorrente.⁵⁰

⁴⁸ BARIONI, Rodrigo apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 244.

⁴⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 504.

⁵⁰ Entre os autores que defendem tal posição mencione-se José Carlos Barbosa Moreira, Cândido Rangel Dinamarco e Humberto Theodoro Junior.

O CPC de 2015 por seu turno – e de forma mais enfática que o CPC/73 –, teria consagrado regra de limitação à atuação jurisdicional, limitando o poder de julgar do juiz (leia-se tribunal) àquilo que foi impugnado. Uma leitura *a contrario sensu* do artigo 1.013, §1º, CPC, nos leva a concluir justamente isso: o que não foi impugnado, não poderá ser analisado pelo tribunal – seja lá o que consta naquilo que não foi impugnado –, pois uma vez havendo aquiescência da parte vencida, a consequência imediata, relativamente àquele capítulo não impugnado, é a preclusão e, se for o caso, a formação da coisa julgada – no tocante ao capítulo não recorrido –, em razão do transitado em julgado.⁵¹

Com isso, nos termos do que dispõe o artigo 1.013, §1º, CPC, é possível depreender o problema da seguinte forma: ou o CPC autoriza o tribunal a apreciar aquilo que não foi impugnado (com base no efeito translativo) ou a autonomia do tribunal para apreciar as questões de ordem pública (no capítulo não impugnado) inexistente, por força do que dispõe o próprio texto normativo, já que, nesse caso, ao limitar a atuação jurisdicional àquilo que foi impugnado a regra consagraria o efeito devolutivo.

Ao dispor sobre a apreciação do capítulo atinente ao que foi impugnado, o CPC de 2015 abrigou o efeito devolutivo como algo *distinto* do efeito translativo, pelo menos por duas razões: *i.* o artigo 1.013, §1º não pode abrigar ao mesmo tempo o efeito translativo e o efeito devolutivo na mesma regra pois ambas são antagônicas entre si; e *ii.* considerando que a lei não possui palavras inúteis, a atuação do tribunal no recurso de apelação (especialmente na apelação parcial), será relativa ao capítulo impugnado, já que os efeitos do capítulo recorrido não podem alcançar àquele capítulo não sujeito à sua atuação, por força da parte final do §1º.

Em relação à primeira razão, Nelson Nery Jr., ainda sob a égide do CPC/73, defendia que o fundamento legal para se extrair o efeito devolutivo, no CPC/73, estava abrigado na disposição do artigo 515, §1º, ao passo que o efeito translativo constava no artigo imediatamente posterior, o artigo 516. Todavia, o referido artigo de lei foi revogado pela Lei nº 8.590/94, cuja redação passou a ser seguinte:

“Art. 516. Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas.”

⁵¹ O tema da preclusão e da coisa julgada serão abordados com maior detalhamento no Capítulo 4 desta Monografia.

Segundo o processualista paulista, a referida reforma legislativa esvaziou o conteúdo do artigo 516, pois ele passou a consagrar, de maneira pleonástica, o efeito devolutivo tal qual o artigo 515 o consagrava. Deste modo, passou a defender que o efeito translativo ainda persistia no ordenamento processual, porém não pelo então novo texto do artigo 516, CPC, mas pelo *sistema* do CPC/73.⁵² Assim, mesmo defendendo que o poder dado pela lei ao juiz, na instância recursal, para examinar de ofício as questões de ordem pública não arguidas pelas partes se dá pela atuação do *princípio inquisitório*,⁵³ autorizado pelo artigo 267, §3º, CPC/73, insistia na hipótese de considera-lo como algo distinto da devolutividade. Já sob a égide do CPC/15 pontua o autor que:

“A explicação do fenômeno sobre o qual o tribunal pode (*rectius*: deve) julgar matérias de ordem pública que disserem respeito ao recurso não têm relação com o efeito devolutivo (princípio *dispositivo*), mas com o efeito translativo (princípio inquisitório). Ainda que se admitisse que essas matérias teriam sido “devolvidas” (profundidade do efeito devolutivo) pelo recurso, aquelas que não dizem respeito diretamente à matéria efetivamente impugnada não poderiam ter sido “devolvidas”, porque o recorrente não possibilitou essa devolução, na medida em que *tantum devolutum quantum appellatum*. Trata-se, pois, de circunstâncias que se subsume à noção do efeito translativo, pelo o qual o tribunal deve examinar *qualquer matéria* de ordem pública (...).”⁵⁴

Deste modo, o artigo 515, §1º, CPC/73, não poderia abrigar efeitos distintos no mesmo dispositivo. Por essa distinção, fica claro que o efeito translativo não consiste numa manifestação do efeito devolutivo, até porque, conforme apontado no início do capítulo, efeito devolutivo pressupõe ato comissivo de interposição do recurso, não podendo ser caracterizado quando há omissão da parte ou interessado sobre determinada questão não referida nas razões ou contrarrazões recursais.

Com essas considerações – e em relação à segunda razão apontada –, o CPC abrigou o artigo 1.013, §1º como norma correspondente ao artigo 515, §1º, CPC/73, porém não reproduziu norma equivalente ao artigo 516 do *ancien* Código, muito provavelmente para não repetir a confusão que pairava na doutrina. Contudo, o texto de 2015 veio com uma delimitação clara acerca do campo de atribuição do tribunal, cuja conclusão imediata é a de que a impossibilidade de atuação do órgão jurisdicional decorre do fato de que o capítulo não impugnado não pode ser analisado pelo órgão *ad quem* – combinando com a ideia de efeito devolutivo até aqui trabalhada: capítulo não recorrido, por aceitação da parte, transita em

⁵² NERY JR., Nelson. Op. cit. p. 417.

⁵³ NERY JR., Nelson. Op. cit. p. 417.

⁵⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. Op. cit. p. 2.145.

julgado, ficando o tribunal impedido de estender os efeitos conferidos pelo julgamento do capítulo recorrido àquele não recorrido, já que o julgamento realizado por um dos capítulos não será apto a modificar ou influir na coisa julgada que se formou sobre o outro.⁵⁵

Como ensina Flávio Yarshell, em antiga lição:

“(...) essa devolução (em profundidade) ou “translação” dá-se exclusivamente em relação ao que foi impugnado em extensão, na medida em que capítulo de sentença ou acórdão que não tenha sido impugnado – embora o pudesse ser – sujeita-se à regra de preclusão e, nessa medida, transita em julgado. De fato, operando-se o trânsito em julgado, não há como conhecer em profundidade daquilo que, em extensão, já não comporta exame. Permitir-se tal exame seria, como já dito, dar a um recurso o efeito de rescindir decisão transitada em julgado – o que, como sabido, só pode ser feito através do devido processo legal; que, no caso, traduz-se na ação rescisória.”⁵⁶

Na mesma linha, defendendo que tal atuação se estende também às questões de ordem pública, Humberto Theodoro Junior sintetiza que:

“Nem mesmo a circunstância de se tratar de matéria de ordem pública deve ensejar reexame livre pela instância recursal. Se o tema corresponde a um capítulo distinto da sentença e o recurso ataca apenas outro capítulo, não se pode deixar de reconhecer a formação da coisa julgada a impedir o rejuízo pelo Tribunal no tocante ao que não foi objeto do recurso. A matéria de ordem pública se devolve por força da profundidade do efeito da apelação, quando figura como *antecedente lógico* do tema deduzido no recurso, e, quando, além disso, não esteja afetada pela coisa julgada. É importante ter em conta que o recurso pode compreender, em profundidade, matérias prejudiciais não tratadas na impugnação formulada pelo recorrente. Não pode, todavia, desempenhar função rescisória diante dos capítulos da sentença já transitados em julgado, mesmo que esteja em jogo questão de ordem pública, pois as decisões em torno de questões dessa natureza não são imunes ao princípio da coisa julgada.”⁵⁷

Embora haja pertinência a inquietação de Nelson Nery Jr., vale fazer uma consideração que se resume a chave da compreensão sobre o tema: distinguir *matéria impugnada* de *capítulo impugnado*. Quando o CPC/15 fala em *capítulo impugnado*, mesmo que o recorrente não tenha se manifestado expressamente sobre determinada matéria constante no capítulo recorrido, isso não significa que a matéria não será transferida ao tribunal para análise, já que tudo o que consta no capítulo recorrido será objeto de análise pelo órgão *ad quem*, sem que

⁵⁵ Em comentários ao CPC/15, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, ainda defendem que, embora o artigo 1.013, §1º consagre o efeito devolutivo, o efeito translativo subsiste por força do *sistema* do atual código, como se pode depreender, p. ex., da norma constante dos artigos 485, §3º e 337, §5º. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. Op. cit. p. 2.144-2.146.

⁵⁶ YARSHELL, Flávio. *Juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 64.

⁵⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Op. cit. p. 1.070.

isso fira a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*. Pelo contrário, a análise pelo órgão recursal dar-se-á justamente no âmbito da profundidade do efeito devolutivo. Defender o contrário seria limitar o exame do tribunal *na profundidade* daquilo que lhe fora devolvido mediante impugnação do capítulo da sentença. Conforme alerta Ricardo de Carvalho Aprigliano:

“Restringir este material, limitar a profundidade do efeito devolutivo, impossibilitaria o tribunal de, por meio da apelação e de outros recursos, verificar o acerto da decisão recorrida, na medida de em que o material sob exame poderia ser menor.”⁵⁸

Elucubrando sobre a mesma questão, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha ensinam que:

“Conforme resulta dos parágrafos do art. 1.013 do CPC, é amplíssima, em profundidade, a devolução dessas questões incidentais. O tribunal não fica restrito às questões efetivamente resolvidas na decisão recorrida; para examinar o pedido recursal, o tribunal poderá examinar todas as questões incidentais relevantes, respeitado o contraditório e o dever de consulta a que se refere o art. 10 do CPC. Por isso que se diz que a profundidade do efeito devolutivo permite que o tribunal julgue o recurso com base em questões que não foram necessariamente suscitadas nas razões ou nas contrarrazões recursais.”⁵⁹

Assim, embora concorde que existam distinções – do ponto de vista da compreensão sobre a incidência dos efeitos – entre efeito translativo e efeito devolutivo, a norma processual inviabiliza a atuação daquele efeito em se tratando de apreciar *capítulos não recorridos* por constar neles matérias de ordem pública – mesmo nos capítulos *dependentes*.⁶⁰

Inobstante, não se pode considerar que dimensão vertical do efeito devolutivo e efeito translativo sejam sinônimos, pois mesmo na hipótese do tribunal atuar de modo ilimitado em relação ao capítulo recorrido pela apelação, isso não significa atuação *ex officio*, já que o capítulo fora impugnado, o tribunal foi provocado para exercer jurisdição. Deste modo, as regras do artigo 485, §3º e do artigo 337, §5º, CPC, ambas, sujeitam-se, na fase recursal, aos ditames impostos pelo artigo 1.013, §1º, de tal sorte que isso revela certa tentativa do

⁵⁸ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 239.

⁵⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 120.

⁶⁰ A classificação dos capítulos da sentença será trabalhada de maneira detida no Capítulo 3 desta Monografia.

legislador em *afastar* o efeito translativo do ordenamento processual no procedimento recursal.⁶¹

Com isso, imperioso mencionar que tratar como *sinônimo* (embora comum na praxe forense), bem como defender que a mesma regra consagra efeitos ontologicamente distintos, antagônicos entre si, não é no todo acertado, tampouco contribui para o aperfeiçoamento da técnica processual na busca da pacificação dos conflitos.

A controvérsia, porém, (ainda) reside se em relação ao capítulo não impugnado há preclusão, bem como se se opera coisa julgada material sobre ele, mesmo que nele constem questões de ordem pública – tarefa essa que será realizada no capítulo 4. Antes, porém, é necessário abordar o tema da Teoria dos Capítulos da Sentença e, em que medida, ela pode influenciar o estudo acerca dos limites do tribunal na sua atividade jurisdicional.

⁶¹ Aliás, a própria norma do artigo 485, §3º, prevê que após o trânsito em julgado, não é mais possível reexaminar, inclusive, as matérias afetas aos pressupostos processuais. Se o capítulo da sentença não for impugnado por apelação, como já salientado, sobre ele paira o trânsito em julgado, cabendo rescisão do julgado por meio de ação autônoma, em obediência ao devido processo legal.

CAPÍTULO 3 – CAPÍTULOS DA SENTENÇA E RECURSO PARCIAL

Nesse terceiro capítulo, procuraremos tecer considerações importantes sobre a Teoria dos Capítulos da Sentença aplicadas ao direito brasileiro e perceber como seu estudo é fundamental para entender sua influência em institutos de Direito Processual Civil tais como os recursos, a coisa julgada, o cumprimento de sentença, entre outros.

Não obstante, buscaremos estudar também a forma como referida Teoria pode impactar na compreensão acerca do tipo de matéria suscetível de apreciação pelo tribunal caso apenas *alguns* ou *todos* os capítulos da sentença sejam impugnados, vale dizer, sobre a possibilidade de limitar o crivo judicial em razão da interposição de um recurso parcial. É o que se passará a fazer nas próximas seções.

3.1 A Teoria dos Capítulos da Sentença

Um dos temas que emerge ao se estudar a limitação da atuação jurisdicional do tribunal em matéria de apelação é o tema dos capítulos da sentença. Tal teoria foi desenvolvida com destaque pela doutrina italiana, que denominavam tais capítulos como *parte o capo di sentenza*. Entre os autores italianos que se debruçaram sobre a temática cite-se Giuseppe Chiovenda e Enrico Tullio Liebman.

Para Giuseppe Chiovenda, capítulos da sentença são unidades do decisório, capazes de abrigar o julgamento de mérito. Cada *parte* precisa ter autonomia e independência dos demais. Independência, para o autor italiano, significa que determinado capítulo da sentença possui vida própria, sem depender de outros. Por outro lado, autonomia consiste naquelas parcelas da sentença que poderiam ser objeto de demandas separadas, embora estejam reunidas no mesmo ato decisório. Vale mencionar que autonomia, para o autor, diz respeito apenas ao mérito, ou seja, as questões afetas aos pressupostos processuais, por exemplo, não são aptas a formar um capítulo:

“Observe-se, todavia, que nem toda questão decidida forma um capítulo *autônomo* de sentença. Especialmente, as questões sobre pressupostos processuais decididos na sentença de primeiro grau não constituem capítulos autônomos, porquanto

representam o precedente necessário de cada um dos capítulos da sentença relativa ao mérito (...).”⁶²

Por sua vez, Enrico Tullio Liebman ao definir capítulos da sentença entende também se tratar de unidades de um ato decisório, porém esse ato decisório inclui não apenas as decisões de mérito, mas também as decisões preliminares, ampliando com isso a noção de capítulos da sentença proposta por Giuseppe Chiovenda. Por essa razão, o juiz, ao rejeitar uma preliminar invocada pela parte contrária e julgar o mérito pela procedência ou improcedência do pedido, prolatará uma sentença dotada de, pelo menos, dois capítulos: o primeiro capítulo relativo à admissibilidade do julgamento, e o segundo relativo ao julgamento do mérito propriamente dito.⁶³

No Direito Brasileiro, entre os autores que se debruçaram sobre a temática com afincamento podemos citar José Carlos Barbosa Moreira e Cândido Rangel Dinamarco. O primeiro, em artigo específico,⁶⁴ denominando tal situação de *sentença objetivamente complexa*, definiu se tratar daquelas [sentenças] cujo dispositivo contém mais de uma decisão ou daquela sentença que abriga mais de um capítulo. Assim, alerta Barbosa Moreira que na hipótese de uma sentença apreciar vários pedidos do autor, ou analisar o pedido autoral e o pedido reconvenicional do réu, a sentença será dotada, necessariamente, de mais de um capítulo.⁶⁵

De outro giro, Cândido Rangel Dinamarco, em monografia própria sobre o tema, na linha do que sugerira Enrico Tullio Liebman, entende que os capítulos constantes na parte dispositiva da sentença englobam tanto a parcela processual quanto a parcela de mérito, sendo os capítulos da sentença, portanto, aqueles que constituem *unidades autônomas do decisório da sentença*.⁶⁶ Nesse sentido, impõe observar que tais capítulos tem relação próxima com o objeto do processo, com a pretensão deduzida em juízo, pretensão que constitui o material em torno do qual girarão as atividades processuais, cuja solução constará na parte dispositiva do decisório.

Por essas considerações, percebe-se que a sentença é dotada de capítulos, ainda que nela resida apenas uma pretensão, já que se soma ao capítulo que resolve a pretensão – acolhendo-

⁶² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3. p. 191.

⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., 2014. p. 20-21.

⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., 2006. p. 10.

⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., 2006. p. 10.

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., 2014. p. 39.

a ou rejeitando-a –, àquele capítulo referente aos honorários sucumbenciais, bem como àquele que diz respeito à admissibilidade do processo.

Vale considerar que os capítulos são autônomos entre si. A autonomia, pontua Cândido Rangel Dinamarco, pode ser verificada a partir de dois sentidos: *i.* pela possibilidade de que cada capítulo poderia ser objeto de um processo separado; e *ii.* pelo fato de que cada capítulo será dotado de pressupostos próprios que não o fazem confundir com os pressupostos dos demais.⁶⁷

Tanto o capítulo processual, quanto o de mérito podem ser alcançados pela ideia de autonomia em um dos sentidos acima. Ocorre que em relação ao capítulo exclusivamente processual, não é possível afirmar que ele será autônomo pelo sentido *i.*, pois consistiria no fato de deduzir que a relação processual foi instaurada única e exclusivamente com o fito de declarar eventual ausência de interesse processual ou ilegitimidade *ad causam*, o que não é acertado afirmar já que o processo é o instrumento pelo qual a parte se vale para a busca da satisfação do mérito.

Já em relação ao capítulo de mérito, é possível afirmar que ele será autônomo tanto pelo sentido *i.*, quanto pelo sentido *ii.* Em relação ao sentido *i.*, pode-se constatá-lo na hipótese de ampliação objetiva da demanda, em que o autor pleiteia vários pedidos, materializado por uma cumulação própria simples. Por exemplo, uma inicial que contenha o pleito de condenação do réu em danos materiais, por perdas e danos e lucros cessantes, em decorrência da desvalorização do veículo de táxi, provocada por acidente de trânsito. Qualquer um dos pleitos poderia configurar, por si só, objeto de processo separado.

No tocante ao sentido *ii.*, é possível constatá-lo também na hipótese de que o juiz, ao analisar a procedência ou a improcedência dos pedidos, poderá perceber – valendo-se do mesmo exemplo – que o autor em relação ao pleito de perdas e danos tem legitimidade *ad causam*, porém, por ser mero condutor do veículo e não proprietário, não é legítimo *ad causam* para o pleito referente aos lucros cessantes. Cada pleito, cada capítulo, por serem autônomos entre si estarão sujeitos à análise da admissibilidade com base em pressupostos próprios.

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., 2014. p. 46.

Inobstante, vale reiterar que autonomia não se confunde com independência. Nem todo capítulo autônomo é independente. Assim, os capítulos, que são sempre autônomos, podem ser dependentes ou independentes, variando conforme a relação de prejudicialidade existente entre eles. Como é possível aduzir, será dependente o capítulo quando um deles se sujeitar à influência do julgamento do outro. E será independente aquele capítulo que não guarda nenhuma relação de prejudicialidade com outro, vale dizer, jamais sofrerá a influência do julgamento de outro capítulo da sentença.

A título de exemplo, mencione-se a hipótese de uma ação declaratória de nulidade de um contrato combinado com a devolução do dinheiro, decorrente do vício. Por ser uma hipótese de cumulação própria sucessiva, em que o pedido sucessivo só será analisado caso o primeiro pedido seja acolhido, se o juiz rejeitar o primeiro pedido (nulidade contratual), o segundo pedido, por conseguinte, também será rejeitado, pois a análise do primeiro prejudicou a análise do segundo. Nesse caso, vislumbramos capítulos autônomos, porém dependentes. Configura-se também como dependente o capítulo da sentença afeto a admissibilidade do processo referente a uma determinada pretensão. Se a ausência de interesse processual na pretensão de reparação civil por danos for acolhida, por consequência o capítulo *de meritis* não poderá ser analisado, pois ele é dependente do capítulo processual, embora com esse seja autônomo. Com isso, denomina-se *dependente* aquele capítulo que sofre a influência do julgamento e *condicionante* aquele que exerce a influência no julgamento do outro – nesse último exemplo mencionado, o capítulo condicionante é o capítulo processual.⁶⁸

Embora não prevista expressamente na nossa legislação processual, podemos perceber a referência *a partes da sentença* (podendo-se falar, também, na incidência da Teoria aqui trabalhada) em alguns dispositivos do CPC, tais como os artigos 1.002, 1.013, §1º, esses relativos aos recursos; nos artigos 509, §1º; 520, III, esses últimos relativos ao cumprimento de sentença; e no artigo 356, ao disciplinar o julgamento antecipado parcial de mérito.

Como devidamente apontado, em sendo prolatada, a sentença estará dotada de capítulos autônomos, dependentes ou independentes, conforme o caso. Pelo regime do procedimento comum, em face dessa sentença desafia-se o recurso de apelação (artigo 1.009, CPC). Daqui

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., 2014. p. 46.

em diante, tendo em vista essas considerações, analisaremos como funcionará a dinâmica do recurso de apelação em face das sentenças objetivamente complexas.

3.2 Recurso parcial (de apelação): implicações da Teoria

A Apelação, como se sabe, é um dos possíveis meios de impugnação às decisões judiciais, sendo que sua interposição poderá atacar *todos* ou *alguns* dos capítulos da decisão judicial recorrida, a depender daquilo que será delineado pelo recorrente no recurso, vale dizer, a depender daquilo que ele *pode* recorrer e também do que ele *deseja* recorrer.

Por essa razão, entre as classificações possíveis ao recurso, a doutrina processual atribui a possibilidade do recurso ser *total* ou *parcial*. Por *total*, ensina Barbosa Moreira, entende-se o recurso que abrange todo o conteúdo impugnável da decisão recorrida.⁶⁹ Se o recorrente não especificar, portanto, a parte que postula o reexame, o recurso será considerado total. Isso significa, por exemplo, que caso a sentença tenha julgado procedentes os danos materiais e improcedentes os danos morais, se o autor recorrer da parte afeta aos danos morais, o apelo será considerado total,⁷⁰ pois tudo o que é passível de impugnação foi impugnado pelo recorrente.

Já o recurso *parcial* é aquele que, em razão de limitação voluntária, não compreende a integralidade do conteúdo impugnável da decisão recorrida, ou seja, o recorrente, a despeito da sucumbência, deixa de impugnar tudo aquilo que seja passível de impugnação para, voluntariamente, recorrer apenas de uma parte da decisão recorrida. O exemplo clássico é aquele em que o autor, cumulando vários pedidos, pleiteia a condenação da parte ré, porém vislumbra a sentença de improcedência de todos os pedidos no primeiro grau de jurisdição; contudo, resolve apelar apenas de um (ou de alguns) dos pedidos. Aquilo que é passível de impugnação e não foi impugnado (na sua totalidade) faz com que o recurso interposto seja considerado parcial.

⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., 2007. p. 114.

⁷⁰ Posição ligeiramente diversa é defendida por Candido Rangel Dinamarco que, nesse caso, defende ser o recuso total aquele *integral*, ou seja, o recurso que impugna toda a decisão, em todos os seus capítulos, operando-se, portanto, a devolução sobre toda a matéria resolvida. DINAMARCO, Cândido apud DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 117.

Invariavelmente, nesse caso em que a decisão resolve mais de uma pretensão, vislumbrar-se-á a existência de capítulos (da sentença), que podem ou não ser impugnados, por uma liberalidade do recorrente. Todavia, conforme visto na seção anterior, os capítulos podem compor a chamada *sentença objetivamente complexa*, ou seja, aquela sentença cujo dispositivo contém mais de uma decisão ou aquela que abriga mais de um capítulo.

Cada capítulo constitui parte autônoma do decisório e se manifesta na parte dispositiva da sentença. Em se tratando de uma sentença objetivamente complexa, a sentença deverá examinar diversos pedidos e seu conteúdo imperativo pode variar do não acolhimento a qualquer dos pedidos, passando pelo acolhimento de alguns e a rejeição de outros, até o acolhimento de todos os pedidos – importando considerar que será integrante do decisório, também, *a parte* da sentença que verse sobre as custas processuais e sobre os honorários de sucumbência.⁷¹

Mencione-se como exemplo de uma sentença objetivamente complexa, uma ação indenizatória de danos materiais, compostos por perdas e danos e lucros cessantes, além dos danos morais, em decorrência de acidente de veículo. Se o juiz, na sentença, julga procedente todos os pedidos, o réu, vencido, terá interesse recursal para impugnar a totalidade do objeto do processo (tanto os danos materiais, a título de perdas e danos e lucros cessantes, quanto à indenização a título de danos morais) ou apenas uma parte da sentença, conforme lhe é autorizado pelo artigo 1.002, CPC.

Ainda no mesmo exemplo, pensemos que a sentença julgou parcialmente procedente a demanda, nesse caso, julgando procedente o pedido relativo às perdas e danos e improcedente o pedido afeto aos lucros cessantes; bem como julgou improcedentes os danos morais. Nesse caso, haverá o fenômeno da sucumbência recíproca, hipótese em que ambos os litigantes ganharam ou perderam (em parte) no processo.

Assim, o réu poderá impugnar o capítulo afeto aos danos materiais, composto pelas perdas e danos, por ostentar interesse recursal apenas em relação ao referido capítulo. Por outro lado, o autor terá interesse recursal relativamente ao capítulo afeto aos danos morais e aos lucros cessantes. Se o autor apelar apenas do capítulo relativo aos danos morais, o

⁷¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 236.

capítulo não recorrido (lucros cessantes) não será devolvido à apreciação pelo tribunal. Nesse caso, teremos um recurso *parcial*, uma vez que o autor deixou de recorrer em relação a uma parcela da sentença passível de impugnação. Perceba: o autor, apelante, delimitou a extensão do seu recurso de modo que o tribunal adentrará o mérito recursal apenas no tocante àquilo que, voluntariamente, foi impugnado, já que o capítulo não recorrido, por força do princípio da demanda ou do dispositivo, não será objeto de reexame pelo juízo *ad quem*. A extensão do efeito devolutivo delimitará a atuação do tribunal no recurso de apelação, pois é o recorrente quem delimita quais capítulos serão devolvidos ao conhecimento do tribunal, de tal sorte que se o tribunal atuar fora dos limites do capítulo autônomo que lhe fora devolvido, incidirá em *reformatio in pejus*, o que, em regra, é vedado pelo ordenamento processual brasileiro. Conforme assinala Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini:

“A extensão do efeito devolutivo é que impõe a proibição de *reformatio in pejus* (proibição de reforma para pior): o tribunal não pode deixar a decisão ainda mais grave para o recorrente do que ela já era, precisamente porque fica limitada à extensão estabelecida pelo pedido recursal.”⁷²

Vale anotar que, como o capítulo da sentença não foi impugnado, sobre ele paira o trânsito em julgado, ainda que outro capítulo constante no ato decisório seja atacado e alcançado pelo efeito suspensivo. Apenas o capítulo recorrido, por meio de apelação parcial, será alcançado pelo efeito suspensivo, não sendo certo afirmar a possibilidade de incidência de tal efeito relativamente ao capítulo não recorrido.⁷³ Nesse sentido, aliás, pontua Candido Rangel Dinamarco que não é possível se falar em suspensão onde sequer devolução havia, de tal sorte que o capítulo não recorrido, inclusive, poderá ser executado, se se tratar de parcela incontroversa, de maneira definitiva, consoante disciplina vigente no (atual) artigo 523, *caput*, segunda parte, CPC.⁷⁴

É verdade que, em se tratando de um recurso parcial, no tocante a apreciação pelo tribunal, referente ao capítulo desafiado, conforme preceitua o artigo 1.013, §1º, CPC, não haverá limitação para análise – mesmo que constem questões que não haviam sido decididas pelo juízo de primeira instância – até porque limitar, também, a profundidade do efeito devolutivo impediria o tribunal de corrigir eventuais incongruências constantes na decisão recorrida.

⁷² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 504.

⁷³ Nesse sentido, remeto o leitor à p. 13 desta Monografia.

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 238.

Aproveitando o ensejo da temática aqui trabalhada, imperioso fazer ainda dois apontamentos sobre os capítulos da sentença em recursos parciais: a impugnação de capítulo autônomo e condicionante que, se for reformado, atinge também o capítulo dependente, ainda que esse não tenha sido impugnado, por força do efeito expansivo objetivo; e a existência de questões de ordem pública constantes em capítulos não impugnados.⁷⁵

Conforme já trabalhado, ocorre o efeito expansivo objetivo interno quando o julgamento do recurso acarretar modificação na própria decisão recorrida, no próprio ato impugnado. Ocorre, por exemplo, na hipótese do tribunal, ao julgar apelação interposta contra sentença de mérito, dá-lhe provimento e acolhe a preliminar de coisa julgada, que atingirá todo o ato impugnado, uma vez que o capítulo de mérito é dependente do resultado da apreciação do capítulo processual a ele conexo. Do mesmo modo, ocorre quando o capítulo de mérito recorrido da decisão, caso provido, atinja capítulos não impugnados (também de mérito), mas *dependentes* daquele que fora impugnado. Dá-se, precipuamente, quando o recurso interposto impugna capítulos da sentença autônomo e *condicionante*. Ou seja, quando o capítulo recorrido, se modificado com o provimento do recurso, pelo fato de influir no julgamento do capítulo dependente, acaba também lhe alterando o resultado.

A título de exemplo, pense-se que o réu foi condenado, em razão de um ato ilícito, ao pagamento de danos morais. Se o réu apelar apenas no tocante ao capítulo da sentença que reconheceu o ato ilícito e o seu recurso for provido, o tribunal não poderá se manifestar acerca do capítulo afeto à indenização a título de danos morais. Todavia, pelo fato deste capítulo da sentença (danos morais), embora autônomo, ser dependente do capítulo afeto ao ato ilícito, se este for modificado, consequência lógica é que a indenização não poderá ser mantida, já que a sua razão de ser é *dependente* daquilo que foi julgado no capítulo afeto ao ato ilícito. Se inexistente o ato ilícito, inexistente também será a reparação do dano, ante a ausência de seu fato gerador.

Assim, embora sejam capítulos autônomos, por guardarem uma relação de prejudicialidade – entre o capítulo condicionante e o dependente –, mesmo que haja recurso parcial em face de uma *parte* da sentença, a outra, se dependente desta, sofrerá a influência do reexame da decisão judicial afeta ao capítulo que lhe exerce influência.

⁷⁵ Esse segundo apontamento será melhor trabalhado no Capítulo 4 desta Monografia. Todavia, como se trata de questão atinente à Teoria dos Capítulos da Sentença, alguns apontamentos serão tecidos.

Importante salientar que o capítulo não impugnado não sofre a influência do chamado efeito translativo dos recursos, uma vez que o tribunal, nesse ensejo, não se manifesta *ex officio* para apreciar uma questão de ordem pública no capítulo não recorrido. A própria lide, na fase recursal, por força da devolutividade do capítulo, pelo fato deste ser condicionante, exerce uma ingerência no resultado do capítulo dependente. Tal entendimento fica mais cristalino quando se pensa que o reconhecimento do ato ilícito pudera ter sido desde logo realizado no primeiro grau de jurisdição: pelo fato de se tratar de uma cumulação própria sucessiva, em que o pedido sucessivo (indenização por danos morais) só será apreciado caso o pedido originário tenha sido acolhido, se o pedido de reconhecimento de ato ilícito for rejeitado, o pedido de indenização a título de danos morais sequer será analisado.

Já em relação ao segundo apontamento (capítulo não recorrido que abriga uma questão de ordem pública), cumpre fazer desde logo uma exortação: capítulo autônomo e *independente* não recorrido não enseja a análise do tribunal *ex officio*.

Como foi delineado no início do trabalho, os capítulos da sentença gozam de autonomia e independência. Em relação aos capítulos independentes, vale considerar que esses só constam na demanda por uma liberalidade do autor, uma vez que poderiam constituir por si sós, objeto de um processo separado. Porém, se reunidos na mesma demanda, e apenas um deles for provido (ainda que parcialmente), haverá o fenômeno da sucumbência recíproca. Pode ser também que a demanda julgue procedentes todos os pedidos deduzidos e, nesse caso, o vencido poderá impugnar a totalidade do conteúdo resolvido pela sentença ou apenas uma *parte o capto*, apenas um dos capítulos impugnáveis, por meio de um recurso parcial.

Em ambos os casos narrados – supondo que não houve recurso da parte vencida –, o tribunal poderá eventualmente prover o recurso, reformando ou anulando aquele capítulo impugnado, frustrando a pretensão do vencedor da causa, porém *apenas em relação ao capítulo impugnado*, observando-se a proibição da *reformatio in pejus* naquilo que não foi impugnado. Ou seja, o tribunal, se se trata de um capítulo independente não recorrido, ainda que nele se constate *ex officio* uma questão de ordem pública, nada poderá fazer, uma vez que a ausência de impugnação relativamente ao capítulo não recorrido pressupõe aceitação daquilo que fora decidido pelo pronunciamento judicial, operando-se nessa parte da sentença o trânsito em julgado.

Se a parte vencida se sentir prejudicada, poderá eventualmente ajuizar ação rescisória para desconstituir o que foi constituído pela coisa julgada material, formada parcialmente naquele momento processual, nas hipóteses taxativas do artigo 966, CPC. Com isso, mediante provocação, o tribunal estará autorizado a realizar o juízo rescindente (e rescisório, se for o caso) relativamente ao capítulo não recorrido independente no processo originário.

Tal entendimento se estende também ao chamado capítulo dependente, se a questão de ordem pública constar no capítulo *dependente*, ou seja, caso o capítulo impugnado seja aquele que sofre a influência do capítulo *condicionante*, o tribunal, se apenas o capítulo *dependente* for desafiado, limitará sua análise a esse capítulo (dependente), por força do princípio dispositivo.

E em relação ao capítulo *condicionante*, embora exerça influência sobre o *dependente*, se este não for impugnado, sendo impugnado apenas o primeiro, o tribunal também estará limitado a apreciar questões de ordem pública constantes apenas no capítulo *condicionante*. Todavia, se este for alterado em razão, por exemplo, de uma ilegitimidade ativa *ad causam*, e o tribunal reformar a sentença para extinguir o procedimento sem análise do mérito, o capítulo *dependente* também será atingido, porém não por força do efeito translativo, como narrado, mas por força do efeito expansivo objetivo interno.

Pois bem, com essas breves considerações, percebemos a influência de tal Teoria e suas nuances em se tratando do tema afeto aos recursos parciais e eventuais consequências no tocante à atuação do órgão jurisdicional *ad quem* no recurso de apelação.

No próximo capítulo, nos debruçaremos, efetivamente, sobre os pontos mais sensíveis do trabalho, especialmente acerca da possibilidade da formação da coisa julgada atingir ou não o capítulo integrado por questões de ordem pública.

CAPÍTULO 4 – QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA E CAPÍTULOS NÃO IMPUGNADOS⁷⁶

Cabe, a partir de agora, questionar a tensão existente entre o controle da atividade jurisdicional e a segurança jurídica, refletida no valor da coisa julgada, uma vez que um impacta ou pode sofrer a influência do outro. No nosso caso, a influência ocorre no procedimento recursal na medida em que o recorrente, apelante, por uma voluntariedade, deixa de impugnar capítulos que eventualmente podem ser alcançados pelas questões de ordem pública, o que gera certa celeuma sobre a possibilidade do tribunal apreciá-las, a despeito de sua devolução na extensão do recurso, amparado sob o já debatido efeito translativo.

O tema da ordem pública, por seu turno, pode ser verificado sob diferentes enfoques, em vários ramos do Direito, cada qual com seus núcleos de regras e de princípios, de tal sorte que a violação à ordem pública, de acordo com tais critérios, será percebida de maneira diferente em cada área das disciplinas jurídicas. Por esse motivo, uma delimitação metodológica se faz necessária para enfrentar os problemas desse tema tão inquietante e tão rico, até para não torna-lo superficial na abordagem. Pelo fato de tratarmos das questões de ordem pública apreciáveis no contexto do processo na fase procedimental do recurso de apelação, daremos enfoque à ordem pública percebida no plano do direito processual também chamada de ordem pública processual.⁷⁷

A partir dessa concepção de ordem pública é que procuraremos nas próximas linhas *desmistificar* que o conhecimento de tais questões *ex officio* pelo juiz serve única e exclusivamente para extinguir o procedimento sem análise do mérito, independentemente da fase em que o processo se encontre. Nada obstante, registrar que a cognição de tais questões exige uma participação ativa dos sujeitos parciais, uma vez que os pressupostos processuais também interessam às partes e não apenas ao Estado na busca da pacificação dos conflitos.

⁷⁶ O problema discutido ao longo do capítulo levará em discussão os capítulos não impugnados que efetivamente tenham resolvido o mérito, vale dizer os capítulos de mérito, e a eventual possibilidade do tribunal de apelação modifica-los, mesmo que não tenham sido voluntariamente impugnados por uma das partes interessadas.

⁷⁷ Frise-se que a importância do tema transcende a esfera do direito processual civil, tendo seu desenvolvimento e importância em outros ramos do Direito, como no Direito Internacional, especialmente no campo da arbitragem; do Direito Civil, como nas relações contratuais; ou ainda no Direito do Consumidor, em relação às práticas abusivas nas relações de consumo. Por uma questão de delimitação do tema, o fenômeno das questões de ordem pública serão observados dentro de uma perspectiva processual, levando em consideração sua relação com os efeitos recursais, especialmente o devolutivo.

Inobstante, levando em consideração o recorte do tema a partir da ordem pública processual, procuraremos também apresentar as principais categorias jurídicas relacionadas ao tema como aquelas que eventualmente podem ser encontradas nos capítulos de uma sentença, bem como analisar a possibilidade de existir um momento para sua arguição e, por consequência, a possibilidade de preclusão caso não arguidas oportunamente.

Por fim, a partir das considerações do parágrafo anterior, trataremos do tema da coisa julgada e os seus impactos no tocante à limitação da atuação do tribunal para apreciação do mérito no recurso de apelação.

4.1 Ordem Pública (processual) e o tempo

Conforme apontado no Capítulo 1, a expressão ordem pública é polissêmica e pode ter sua incidência em vários ramos do Direito, inclusive no direito processual. A expressão *ordem*, conforme ensinava o professor das Arcadas Godoffredo Telles Junior, pode ser concebida como uma disposição conveniente entre seres para a consecução de um fim.⁷⁸ Desse modo, a consecução de um fim, no processo civil, pode ser concebida como a realização de regras e técnicas processuais, com o fito de prestar atividade jurisdicional, objetivando a pacificação dos conflitos. A ordem pública, no processo civil, ao mesmo tempo em que está relacionada a esse objetivo, relaciona-se precipuamente com a proteção de valores que transcendem às partes que estejam em disputa numa relação processual, visando não apenas a eliminação dos conflitos, mas eliminando-os com atenção ao interesse público.⁷⁹

Como leciona José Rogério Cruz e Tucci,

“As normas de ordem pública, como é curial, são aquelas que respeitam a toda a sociedade, mais do que a cidadãos individualmente considerados, aquelas que se inspiram no bem comum, mais do que nos interesses de alguns.”⁸⁰

Tendo em vista que o Estado tem como função precípua a realização do bem comum, uma das formas pelas quais ele o realiza se dá, justamente, pelo exercício da jurisdição. É

⁷⁸ TELLES JR., Godoffredo. *Iniciação na ciência do direito*, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 5.

⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1. p. 69.

⁸⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 141, out-dez. 1989. p. 226.

aqui, por sua vez, que a ordem pública se manifesta no direito processual, vale dizer, mediante o controle da regularidade da atividade jurisdicional por meio da figura do juiz.

Contudo, tendo em vista que a jurisdição atua através do processo, é importante que essa atuação se dê sem nenhum vício ou irregularidade, evitando a aplicação do processo como instrumento que frustre a satisfação do direito material, razão pela qual é necessário que haja fiscalização ou instituição de filtros pelo próprio Estado. Entre um dos possíveis filtros utilizados pelo juiz está, justamente, a ordem pública processual, consistente em mecanismo apto a concretizar o controle da jurisdição, cuja função não é outra senão a de garantir a correta utilização do processo.⁸¹

E aqui se vislumbra uma conclusão – diríamos – um tanto contraditória: se a jurisdição é voltada à finalidade de pacificar os conflitos surgidos no seio da sociedade, levando a marcha processual no sentido do julgamento do mérito, a ordem pública deve zelar para que o processo caminhe corretamente na direção do julgamento do mérito. Se a ordem pública, em vez de socorrer o processo para que se alcance o julgamento do mérito, é utilizada deliberadamente para extinguir o procedimento instaurado sem análise do mérito, há um paradoxo e, não obstante, um aparente desvio de finalidade da ordem pública. É por essa razão que a ordem pública deve ser utilizada para extirpar processos *condenados* (leia-se, sem chances de julgamento de mérito) do exercício da jurisdição em situações excepcionais, quando se constata a impossibilidade de *salvá-lo*. Por essa razão, a utilização da ordem pública como justificativa para eliminar processos *condenados*, mediante extinção anômala, tem sentido caso o controle da regularidade se dê tempestivamente, pois se o processo não serve para a satisfação do direito material em disputa, sua procrastinação se torna verdadeira irracionalidade, com aplicação da ordem pública processual para fora dos propósitos aos quais ela foi concebida. Como assinala Ricardo de Carvalho Aprigliano:

“A ordem pública processual só pode ser interpretada como um conjunto de técnicas voltadas ao *tempestivo* controle sobre a viabilidade do processo. O “controle sobre a regularidade do processo” que a ordem pública é chamada a realizar não é exercitado sem razão, ou apenas pelo controle em si. Ele existe porque de tal controle se retira a efetiva possibilidade de se cumprirem realmente os objetivos da atividade jurisdicional, que é a de resolver litígios e obter pacificação, da forma mais rápida e econômica possível.”⁸²

⁸¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 77.

⁸² APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 79.

Nesse sentido então, enxergar a ordem pública processual como uma forma de exercício do controle da regularidade processual de modo tempestivo, significa justamente enxergá-la como um mecanismo ou uma técnica da qual o juiz se valerá caso, efetivamente, seja necessário. Ou seja, utilizada como mecanismo de extinguir processos anormalmente desde que o faça de maneira tempestiva, sendo desarrazoado, por exemplo, lançar mão da justificativa da constatação de uma questão de ordem pública processual para proferir sentença terminativa caso todos os elementos para se analisar o mérito esteja disponível à cognição judicial.

Lançar mão, portanto, das questões de ordem pública processual pressupõe o atendimento à sua utilidade, já que o processo, enquanto meio apto a resolver as crises do direito material, tem uma função instrumental. Nesse sentido, valer-se deliberadamente e em qualquer momento da constatação das questões de ordem pública para afastar processos, reputando-os como *condenados*, sem levar em consideração à própria instrumentalidade do processo é enxergar o processo como um fim em si, o que é uma distorção. Como ensina Cândido Rangel Dinamarco,

“(…) a visão teleológica do processo influencia e alimenta o princípio da instrumentalidade das formas, seja porque desenvolve a consciência instrumentalista em si mesma, seja porque a amplia e conduz a minimizar os desvios formais sempre que, atingido ou não o objetivo particular do ato viciado ou omitido, os resultados considerados na garantia do contraditório estejam alcançados (o que se dá em todos os casos em que, por maior que seja o vício ou a omissão, a parte prejudicada no processo seja vencedora no mérito).”⁸³

Essa forma, digamos, *diferenciada* de enxergar as questões de ordem pública processual coloca em xeque, desde logo, uma de suas principais características que consiste justamente na possibilidade de seu exame em qualquer tempo e grau de jurisdição. Tal característica, invariavelmente, precisa estar intimamente relacionada à finalidade do processo, que é a de servir como instrumento para pacificação dos conflitos e resolução da crise sobre a qual o direito material em disputa está envolvido. Em termos procedimentais, o exame das matérias de ordem pública deve ser realizado o mais oportunamente possível, preferencialmente até a decisão de saneamento.⁸⁴

⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 79.

⁸⁴ Tal apontamento será melhor desenvolvido logo adiante.

Tendo em vista essas considerações, bem como o fato de que, efetivamente, as questões de ordem pública não se prestam a tutela jurisdicional no sentido de extinguir o processo de maneira imprópria em qualquer circunstância, vale falar sobre a necessidade de se apreciar tais questões em observância ao princípio processual do contraditório.

4.2 A observância do contraditório como condição para o exame das questões de ordem pública⁸⁵

Embora aparentemente soe paradoxal que uma questão passível de ser arguida *ex officio* pelo juízo durante o procedimento exija a manifestação prévia dos sujeitos parciais do processo, a verdade é que tal exigência decorre da lei processual e da própria Constituição da República de 1988.

Embora o CPC, em seu artigo 139, IX, delegue poderes oficiosos ao juiz para suprir eventuais irregularidades, como a existência ou inexistência de pressupostos processuais, isso não significa concluir que o juiz poderá fazê-lo com desprezo as garantias processuais, como a do contraditório e da ampla defesa, erigidas à natureza de direitos fundamentais no nosso ordenamento jurídico. Respeitá-las, portanto, é um dever imposto constitucionalmente, de tal sorte que o seu desrespeito implicará, a rigor, em nulidade do ato, ante o patente prejuízo causado pela inobservância de uma garantia fundamental.

Sua observância, deste modo, sujeita os poderes oficiosos do juízo, razão pela qual, mesmo na hipótese de exame de questão de ordem pública processual, tal ato dependerá da comunicação prévia dos sujeitos parciais do processo, conforme registra o CPC em seu artigo 10:

“Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

O respeito a tal disposição, inobstante às previsões legal e constitucional, está intimamente relacionada ao fato de que as decisões judiciais, seja ela provisória, seja ela definitiva, depende de uma legitimação, cuja qual pode ser alcançada de diversas formas, como por meio da existência de um juiz natural, a possibilidade de dilação probatória, se

⁸⁵ Sobre um maior detalhamento do tema, cf. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 85-91.

necessária em audiência de instrução, de impugná-las mediante os meios aptos a esse fim, entre outros, justamente para inibir às chamadas decisões surpresas, repelidas pelo artigo 9º, CPC. No tocante às questões de ordem pública, a exigência do contraditório se justifica, entre outras razões, pelo fato de que o julgador não pode surpreender às partes com questões nas quais não tiveram sequer ciência. Afinal – e isso se aplica as demais questões, e não apenas aquelas reputadas como de ordem pública – a satisfação do mérito é algo que interessa a ambas as partes no processo, e não apenas ao juiz, uma vez que é em razão do processo que as partes desejam que a decisão jurisdicional seja capaz de resolver o conflito ali tramado.

A ciência às partes a respeito de algum ato eivado de nulidade ou mesmo passível de correção é *conditio sine qua non* para o efetivo controle da regularidade do processo, inclusive para que possam se manifestar no sentido de que tal irregularidade eventualmente constatada inexistente ou pode ser superada, pois o ato praticado alcançou sua finalidade (*pas de nullité sans grief*). Aliás, mesmo nessa hipótese, se o juiz considera desnecessária a manifestação das partes por se tratar de uma questão de ordem pública processual, verdadeiramente haverá prejuízo, pois a possibilidade de participação ampla e efetiva sobre as questões surgidas no curso da lide foi suprimida.

Como ilustra o professor José Roberto Bedaque, a imparcialidade do juiz é necessária, mas à sua indiferença não pode ser aceita. O juiz não pode ser indiferente à manifestação das partes, mesmo sob a justificativa de extinção do processo sem análise do mérito pela constatação de uma questão de ordem pública processual. Tal comportamento inviabiliza a possibilidade das partes convencerem o juiz do contrário, prejudicando inclusive aquele que se beneficiou pela sentença terminativa, uma vez que o referido pronunciamento jurisdicional, mesmo que transite em julgado, terá os seus efeitos imutáveis apenas no tocante àquele processo, ante a produção de coisa julgada formal. Por esse motivo, o conflito, não resolvido, persistirá, fazendo com que qualquer das partes possa propor nova demanda, uma vez que a crise do direito material não foi resolvida em virtude do *mal uso* da ordem pública processual.⁸⁶

4.3 Espécies de ordem pública processual

⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 89.

Após os esclarecimentos referentes à função da ordem pública e da observância do contraditório pleno antes que o juiz, eventualmente, profira decisão no processo, cumpre agora discutir quais são, efetivamente, as questões de ordem pública processual. A literatura elege basicamente duas espécies ou tipos de questões afetas a ordem pública processual: os pressupostos processuais e as condições da ação. Vale considerar que não se fará uma análise individualizada de cada instituto presente em cada categoria de ordem pública processual, mas apenas uma exposição sobre cada uma delas, uma vez que servirão para as próximas seções deste Capítulo.

Os pressupostos processuais, em um sentido amplo, abriga uma categoria bastante diversificada, uma vez que compreendem vários aspectos processuais. O direito brasileiro consagra, basicamente, duas categorias de pressupostos processuais: os pressupostos de constituição e os pressupostos de desenvolvimento válido do processo (artigo 485, IV, CPC, repetindo o mesmo sistema do CPC/73, previsto em seu artigo 267, IV).

Como ensina José Carlos Barbosa Moreira, os pressupostos de constituição dizem respeito, basicamente, aos elementos indispensáveis para existência do processo, o que inclui a presença de autor, de demanda e de órgão jurisdicional. Já os pressupostos de desenvolvimento válido do processo dizem respeito à capacidade das partes, a inexistência de litispendência e de coisa julgada. Para o processualista carioca, a competência não estaria circunscrita a ideia de pressuposto de validade do processo, uma vez que sua constatação não macula o processo, já que neste caso apenas o ato decisório do juízo estaria maculado, restando válida a continuidade dos demais atos.⁸⁷

Já para J.J. Calmon de Passos, divergindo da proposta de classificação de José Carlos Barbosa Moreira, os pressupostos de constituição ou existência do processo estariam circunscritos a um órgão com jurisdição, a postulação e a capacidade das partes. Já os pressupostos de validade seriam de dois tipos: subjetivos ou objetivos. Subjetivos dizem respeito às partes (como a capacidade postulatória) ou ao juiz (como a competência, ausência de impedimento ou suspeição). E os pressupostos processuais objetivos são negativos, pois

⁸⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 98.

uma vez constatados podem implicar na extinção do procedimento, caso da inépcia da inicial, verificação de litispendência ou de coisa julgada.⁸⁸

Já sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, Fredie Didier Jr. entende que a categoria dos pressupostos processuais não é dividida em pressupostos de existência e em pressupostos de validade do processo. Ao contrário, os pressupostos processuais (*lato sensu*) são observados como pressupostos processuais de existência e *requisitos de validade*.⁸⁹ Para o processualista baiano, pressupostos de constituição ou de existência, assim como para José Carlos Barbosa Moreira, consistem em órgão investido de jurisdição, capacidade de ser parte e existência de demanda. Já os requisitos de validade podem ser subjetivos ou objetivos. Subjetivos dizem respeito às partes (capacidade processual, capacidade postulatória e legitimidade *ad causam*) ou ao juiz (competência e imparcialidade). Já os requisitos objetivos, podem ser intrínsecos (respeito às formalidades processuais), extrínsecos negativos (litispendência, coisa julgada, preempção ou convenção de arbitragem) e extrínseco positivo (interesse de agir).⁹⁰

A despeito da referida classificação na literatura processual, é fato que os pressupostos processuais consistem em uma das formas pelas quais o Estado controla o exercício da atividade jurisdicional, sendo que alguns deles refletem interesses do próprio Estado (como a competência) ou das partes (como a legitimidade *ad causam*). Todavia, mesmo naqueles que afetam a interesses exclusivos das partes, isso não implica disponibilidade quanto à sua análise, uma vez que o controle, embora passível de impugnação, é feito, em última instância, pelo juízo da causa, na maioria dos casos *ex officio* (como a hipótese incompetência absoluta).

Mesmo sendo forma pela qual o Estado realiza filtros no processo, o controle da regularidade visa atender os interesses das partes, evitando que sejam demandadas por ações inúteis. Inobstante, tais pressupostos devem conduzir a uma análise do mérito da causa, e não

⁸⁸ CALMON DE PASSOS, J.J.. *Comentários ao código de processo civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.3. p. 270.

⁸⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1. p. 312.

⁹⁰ Para o autor, a figura da legitimidade *ad causam* e do interesse de agir figuram como requisitos de validade, dentro dos pressupostos processuais *lato sensu* e não mais como elementos das condições da ação. Tal justificativa se ampara em duas razões: primeiro pelo fato do CPC/15 não fazer mais menção expressa às condições da ação como um conceito; e, em segundo lugar, pelo fato de que o exame da cognição judicial é feita mediante dois juízos: um de admissibilidade e um de mérito. Não há, portanto, razão para incluir um terceiro tipo de juízo como algo intermediário aos dois mencionados. Incluí-lo só traria mais confusão em identificar o que é admissibilidade e o que é mérito no processo. Nesse sentido, cf. DIDIER JR., Fredie. Op. cit. p. 307-316.

ser enxergado como forma de obstar o exame meritório por desrespeito a uma formalidade constatada no processo. Vale dizer, mesmo constatada uma irregularidade que *prima facie* causa desvantagem a uma das partes, em não havendo prejuízo, o procedimento não deverá ser extinto. Defender o contrário é enxergar o processo fora de sua dimensão instrumental.

Nesse sentido, pontua Ricardo de Carvalho Aprigliano que

“A regra geral, também aplicável a esta modalidade de questões de ordem pública, é a de que apenas em via excepcional deve o julgamento ser encerrado pelo exame de algum pressuposto processual. Sempre que o órgão jurisdicional já estiver em condições de analisar o mérito, em favor da parte a quem a ausência daquele pressuposto favoreceria, deve fazê-lo.”⁹¹

Outra forma pela qual a ordem pública processual se manifesta é justamente por meio das condições da ação. Tal tema, objeto de inúmeras discussões doutrinárias, foi fundamental para estruturar o estudo do processo como algo separado do mérito da causa, como algo distinto do direito material, e não como mero desdobramento deste.

No direito brasileiro, tal categoria recebeu forte influência da doutrina italiana, especialmente de autores como Enrico Tullio Liebman. Para o processualista italiano, o direito de ação é um direito autônomo, que independe da efetiva existência do direito material para ser exercido, embora o seu exercício visando à análise do mérito pelo juiz dependa da constatação de uma relação mínima com o direito material em disputa. Distingue-se do direito material pelo menos por duas razões: o direito material objetiva a prestação de uma outra parte, da parte contrária, já o direito de ação não objetiva uma atividade satisfativa da parte, mas sim dos órgãos jurisdicionais; e pelo fato do direito material se dirigir a uma parte contrária, pode ter natureza pública ou privada, conforme o caso, enquanto que o direito de ação, por provocar a atuação estatal tem sempre natureza pública.⁹² Nesse sentido, as condições da ação não dizem respeito à possibilidade de exercer o direito de ação, mas de exercê-lo com o objetivo de alcançar uma decisão de mérito. Como pontua Enrico Tullio Liebman, as condições da ação podem ser definidas

“(…) como as condições de admissibilidade da propositura da demanda, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional no que diz respeito a uma hipótese fática concreta deduzida em juízo.”⁹³

⁹¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 102.

⁹² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tocantins: Intelectus, 2003. v. 1. p. 136.

⁹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit., 2003. v.1. p. 138.

Embora subsistam controvérsias sobre o tema,⁹⁴ fato é que as condições da ação é um instituto que dialoga com o *bom* uso da ordem pública processual, associada à ideia de economia processual, pois impede justamente o uso irregular do direito de ação, caso o feito não esteja, desde logo, apto a atingir a análise do mérito pelo órgão jurisdicional competente.

Importante frisar que tal instituto não se confunde com o direito material, embora com ele se aproxime para que o exercício do direito de ação viabilize atuação jurisdicional apta a influir no processo, rumando a uma decisão que examine o pleito, seja ele autoral, seja ele reconvenção. Referida relação, aproximação, gerou controvérsias na doutrina sobre a natureza das condições da ação, refletidas em, pelo menos, três posicionamentos.

O primeiro deles defende à sua extinção, em razão do fato de que representam o próprio mérito da demanda. Eventual constatação de carência de ação, por exemplo, por falta de legitimidade *ad causam*, implica em uma decisão ontologicamente equivalente a decisão de improcedência.⁹⁵

O segundo posicionamento, defendendo serem as condições da ação uma categoria processual, afirmam que sua razão de ser repousa na justificativa de, se e somente se, o juiz verifica-las à luz das informações contidas na petição inicial, antes mesmo da realização do juízo de admissibilidade. Tal posição, por sua vez, está apoiada na chamada teoria da asserção, em que a distinção entre o mérito da causa e as condições da ação se faz em relação ao grau de cognição exercitado pelo juiz. Por essa razão, se o juiz percebe, desde logo, que a demanda proposta não reúne condições mínimas de procedibilidade, justifica-se a extinção do feito desde logo. Por outro lado, se o juiz percebe que as informações apresentadas na demanda não são suficientes, sendo necessário apurá-las em cognição mais detida para exercer suas atividades no processo, a decisão a ser prolatada pelo juízo não será mais em

⁹⁴ Embora a importância de Enrico Tullio Liebman seja inegável, ao discorrer sobre as condições da ação, o autor italiano pontua, entre outros argumentos, que caso tais condições não estejam presentes, verdadeiramente não haverá sequer ação e, por isso, não se pode falar em obrigatoriedade do juiz em atuar no sentido de rejeitar ou acolher a pretensão deduzida em juízo, vale dizer, não há sequer atuação jurisdicional. Com esse tipo de argumento, Liebman não consegue explicar, por seu turno, a natureza do ato que extingue a ação ou mesmo a razão pela qual o prosseguimento do feito não teve continuidade, já que para isso exige-se atuação jurisdicional. O ato que extingue o procedimento sem análise do mérito é a sentença terminativa (sentença sobre o processo), e essa só é proferida se há processo, do mesmo modo que o processo só se instaura se há ação. Nesse sentido, mencionando entre críticos de Liebman autores como Celso Agrícola Barbi e Calmon de Passos, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 102.

⁹⁵ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 95.

relação ao fenômeno processual propriamente, mas sim dizendo respeito ao mérito da pretensão deduzida na demanda.⁹⁶

Um terceiro posicionamento, já sob a égide do CPC/15, embora reconheça que as condições da ação não digam respeito ao mérito da causa, ao mesmo tempo questiona à sua utilidade enquanto categoria, sobretudo ao distingui-la em relação ao juízo de admissibilidade. Sabe-se que existem dois tipos de juízos: um sobre a admissibilidade e outro sobre o mérito. As condições da ação, por não ser propriamente uma categoria que implique a realização de um juízo, uma vez que ela se reporta à ação – e especialmente aos seus elementos (partes, causa de pedir e pedido) – e não ao processo, estaria situada em uma zona intermediária. Justamente por se situar entre tal zona, há controvérsia sobre, por exemplo, se uma parte incapaz não representada ou assistida na demanda leva à extinção do processo por ausência de pressuposto processual de validade ou por ilegitimidade *ad causam*. Nesse sentido, tendo em vista a controvérsia que gerava tal categoria, o Código de Processo Civil de 2015 deixou de mencioná-la como algo pertencente ao processo civil brasileiro, extinguindo-a.⁹⁷

Embora essa última posição, defendida por Fredie Didier Jr. e Cândido Rangel Dinamarco tenha sua força doutrinária e independentemente do fato do CPC/15 ter ou não ter extinguido o *conceito* condições da ação, fato é que o interesse de agir e a legitimidade *ad causam* figuram ainda como elementos que se situam dentro de uma perspectiva de ordem pública processual, devendo o juiz, na linha do sugerido por Cândido Rangel Dinamarco, extinguir o processo de maneira anômala mediante sentença terminativa caso efetivamente, no início da demanda, se constate a impossibilidade daquela demanda ser conduzida para uma situação que possibilite o juiz decidir “sobre qual das partes tem razão e qual não a tem”.⁹⁸

Nesse sentido, a realização *tempestiva* do controle da atividade jurisdicional impede que a demanda tenha continuidade pela constatação de uma questão de ordem pública processual, mediante decisão terminativa. Assim, impede-se o contrário, quer-se dizer, a hipótese na qual o juiz, após a prática de vários atos processuais (que viabilizam inclusive a formação de

⁹⁶ WATANABE, Kazuo apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 95.

⁹⁷ DIDIER JR., Fredie. Op. cit. p. 307-309. Ainda à luz do CPC/73, defendendo a transformação de um trinômio de categorias para um binômio (apenas admissibilidade e mérito), DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 2. p. 616-618.

⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3. p. 127.

cognição exauriente), em vez de julgar a pretensão pela improcedência, profere decisão terminativa, em desamor à teoria da asserção.

Tais noções – relativamente ao uso tempestivo e correto da ordem pública processual – se aplicam, igualmente, ao processo na fase recursal, especialmente quando o tribunal, ao analisar o mérito recursal de uma apelação interposta, constata a existência de questão de ordem pública e prolata acórdão que reforma a sentença de mérito, alcançando inclusive o capítulo não recorrido.⁹⁹ Nesse caso, a decisão do órgão *ad quem* não deve cingir-se no sentido de substituir a decisão recorrida por uma terminativa, já que ela não gera nem segurança jurídica para o autor, se apelado, nem para o réu, se apelante: ao autor, uma vez que o tribunal apreciou matérias constantes em capítulos que não lhe foram devolvidos pela extensão do recurso; ao réu, pois eventual trânsito em julgado do acórdão produzirá coisa julgada naquele processo, tornando imutáveis os efeitos da decisão naquela lide, sendo perfeitamente possível que o réu seja, novamente, demandado levando-se em consideração a mesma pretensão em razão do *mau uso* da ordem pública processual na fase recursal.

A análise pelo tribunal, por seu turno, implica na sua *possibilidade*, isto é, que a questão de ordem pública processual precisa ser passível de apreciação. Todavia, na praxe forense se concebe que tais questões podem ser arguidas em qualquer momento uma vez que elas *não são passíveis de preclusão*, inclusive na fase recursal do procedimento. Após longa exposição sobre o tema da ordem pública processual, passaremos a trabalhar, daqui em diante, alguns dogmas entre os quais que as questões de ordem pública (processual) não são passíveis de preclusão.

4.4 Preclusão de questões de ordem pública?

A discussão acerca da possibilidade de apreciação, pelo tribunal, de capítulos que não lhe foram devolvidos pela extensão do recurso implica, invariavelmente, em desafiar um dos dogmas que define a própria noção de ordem pública: matérias apreciáveis *ex officio* e não sujeitas à preclusão.¹⁰⁰

⁹⁹ O exame das questões de ordem pública compõe o mérito recursal, mesmo que se trate de questões envolvendo pressupostos processuais ou condições da ação. Nesse sentido, NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. Op. cit. p. 2.145-2.146.

¹⁰⁰ NERY JR., Nelson. Op. cit. p. 416.

Especialmente em relação à expressão “em qualquer tempo e grau de jurisdição”, prevista no artigo 485, §3º, CPC, aparentemente se vislumbra uma ampla liberdade ao juízo, seja de primeiro grau, seja de segundo grau de jurisdição, para analisá-la (questões) independentemente de restrições ou de observâncias teleológicas.

Todavia, conforme já pontuado, a aplicação da técnica processual da ordem pública (processual), enquanto mecanismo da jurisdição apto a aferir a regularidade do processo, serve justamente para inibir a continuidade de feitos que não serão tutelados por uma decisão de mérito, de tal sorte que tal controle o quanto antes realizado, melhor. Nesse sentido, a verificação da regularidade do processo em momento oportuno, com juízo de admissão (positivo ou negativo), implicaria preclusão para nova análise, por força da impossibilidade de reexame de decisões judiciais proferidas anteriormente?

Tendo em vista esse questionamento, importante apresentar as duas posições doutrinárias antagônicas sobre o tema antes de, propriamente, discutir a respeito da limitação da atuação do órgão *ad quem* em matérias de ordem públicas (pretensamente) preclusas.

Entre os que defendem a possibilidade de operar preclusão sobre matérias de ordem pública, o argumento está basicamente relacionado ao fato de que a decisão proferida pelo juízo *a quo*, na fase saneadora,¹⁰¹ sobre pressupostos processuais e condições da ação o vincula, não cabendo reexame. Tal disposição decorre do próprio direito posto (artigo 505, CPC), já que o juízo que proferiu a decisão não poderia decidir novamente sobre questões afetas à mesma lide, sobre matéria que já tenha sido examinada, sendo tal possibilidade (de reexame) conferida apenas ao tribunal.

Para J.J. Calmon de Passos, a possibilidade de reexame só seria possível ao tribunal, seja em razão de recurso interposto, seja *ex officio*, uma vez que o reexame pelo juízo *a quo*

¹⁰¹ Embora o exame das questões de ordem pública deva ser realizado o quanto antes, a decisão de saneamento seria a *última oportunidade* para que o juízo possa realizá-lo, uma vez que após o referido momento haverá necessariamente uma cognição mais aprofundada sobre o conflito de interesses ali deduzido, de tal sorte que entre uma decisão extintiva do processo e uma que analisa o mérito, o juiz deverá privilegiar essa última, afinal procrastinar o exame das questões de ordem pública para, ao final do feito, proferir sentença extintiva é aplicar a técnica da ordem pública de maneira inadequado, incorreta. O pronunciamento judicial de admissão ou inadmissão proferido no despacho saneador tem carga decisória, cabendo em face dele recurso (de apelação ou agravo, a depender do caso). Tendo em vista essa consideração, para os fins dos argumentos a seguir expostos daqueles que defendem a preclusividade das questões de ordem pública processual, considere o leitor que a admissibilidade do processo foi realizada no momento do despacho saneador.

estaria impossibilitado por força da preclusão.¹⁰² Já Rogério Tucci afirma que o reexame também só está autorizado ao tribunal, porém tal reexame só seria possível mediante impugnação da decisão, de tal sorte que a ausência de provocação mediante recurso implicaria na preclusão da decisão de saneamento, ficando o tribunal proibido de atuar *ex officio* em face do capítulo não impugnado.¹⁰³ Na mesma linha, Ricardo de Carvalho Aprigliano defende que o ordenamento processual brasileiro, tal como posto, fornece elementos para autorizar a preclusão em relação às matérias de ordem pública, no mínimo, para o juiz da causa, responsável em realizar a admissibilidade ou inadmissibilidade do processo, ficando ele impedido de se debruçar diante delas, novamente.¹⁰⁴

Ainda acerca da possibilidade de preclusividade no que toca às questões de ordem pública, Fredie Didier Jr. aponta que a norma insculpida no artigo 505, *caput*, CPC é cogente no sentido de vedar a qualquer juiz decidir *novamente* sobre questões *já examinadas*, afetas a mesma lide. Tal norma alcança não apenas o juízo *a quo*, mas também o juízo *ad quem*, uma vez que ela impede o *reexame por qualquer juiz*. Continua o autor que caso o juiz não tenha examinado as questões de ordem pública processual, o tribunal estaria autorizado, em face da omissão, a examiná-las, inclusive *ex officio*, desde que respeitada à parte final do §1º do artigo 1.013. Todavia, se a matéria já foi objeto de análise pelo juízo *a quo* na fase saneadora, o tribunal deveria respeitar a preclusão operada sobre as questões afetas a admissibilidade:

“As questões do §3º do art. 485 podem ser conhecidas a qualquer tempo; o juiz pode controlar a regularidade do processo, *mas desde que ainda esteja pendente e que não tenha havido preclusão a respeito*.

Não se permite que o tribunal, no julgamento de um recurso, reveja questões que já fora anteriormente decidida, mesmo que se trate de questão afeta à admissibilidade do processo em relação à qual se operou a preclusão.”¹⁰⁵

Desse modo, o que importaria é o *exame* da decisão de admissibilidade do processo, uma vez que, se realizado, tal pronunciamento judicial não poderia ser objeto de reexame, salvo na hipótese de impugnação por meio de apelação ou agravo de instrumento, a depender do conteúdo da matéria impugnável. Se a parte, todavia, não apela ou não agrava, há preclusão, não podendo o tribunal reexaminar o que já foi decidido pelo juízo *a quo*. A preclusão, nesse sentido, alcança também o juízo e não apenas as partes, por força de sua

¹⁰² CALMON DE PASSOS, J.J.. Op. cit. p. 239.

¹⁰³ TUCCI, Rogério Lauria apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 207

¹⁰⁴ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 219.

¹⁰⁵ DIDIER JR., Fredie. Op. cit. p. 711.

estabilização. A respeito da estabilização de tal decisão e sua função, o processualista baiano continua no sentido de que

“A função principal da decisão de saneamento e organização do processo é a estabilização desse mesmo processo. Ela serve exatamente para evitar futura marcha-a-ré processual. Negar a eficácia preclusiva à decisão que reputa presentes pressupostos processuais de validade [e as condições da ação] é interpretar o Código de modo disfuncional: dá-se ao texto normativo interpretação oposta à função que o instituto a ser aplicado busca alcançar.”¹⁰⁶

Ainda sobre a decisão de saneamento e sobre a aplicação da técnica da ordem pública processual:

“É inegável a relevância do instituto do saneamento do processo do ponto de vista da economia processual. Esta fase do procedimento serve para fazer a regularização formal do processo, corrigir defeitos capazes de acarretar nulidade. Serve também para elucidar dúvidas e delimitar os pontos controvertidos, determinando o objeto e os meios de prova ainda necessários. Quando efetivamente não houver outra alternativa, é este o último momento procedimental para que ocorra a extinção do processo sem resolução do mérito.

Passada esta fase, o sistema exige que a decisão de mérito seja proferida, cabendo ao magistrado, portanto, uma dupla tarefa. Primeiro, a de efetivamente realizar as atividades previstas para o saneamento, sem relegar para depois o filtro que deve realizar nesta fase. Segundo, o de aplicar a regra da prevalência de decisão de mérito sobre decisão processual, praticar os demais atos do procedimento com o objetivo de proferir decisão de mérito e, apenas em via absolutamente excepcional, extinguir o feito sem exame do mérito.”¹⁰⁷

Contudo, para aqueles que defendem a impossibilidade de preclusão em se tratando de questões de ordem pública afirmam serem tais questões normas de interesse público e que fogem da disponibilidade das partes, sendo essa a razão que justifica a ausência de preclusão. Assim, Galeno Lacerda pontua no sentido de que mesmo que, no despacho saneador, tenha sido realizado juízo de admissibilidade sobre as questões de ordem pública processual, tal questão poderia ser, por ele, conhecida na sentença por ser matéria indisponível às partes.¹⁰⁸

Aliás, seguindo a linha do processualista gaúcho, Antônio Carlos Araújo Cintra, sob a égide do CPC/73, defende que tais questões, inclusive, não ficam excluídas de eventual reexame judicial *ex officio* pelo tribunal, ao julgar a apelação, mesmo que tenham sido resolvidas por decisão do juízo *a quo* anteriormente e não seja objeto de impugnação.¹⁰⁹

¹⁰⁶ DIDIER JR., Fredie. Op. cit. p. 713.

¹⁰⁷ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 207.

¹⁰⁸ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 160-161.

¹⁰⁹ CINTRA, Antônio Carlos Araújo apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 209.

Ante as posições doutrinárias dissonantes, há um aparente consenso quanto à função da ordem pública processual no sentido de que a sua apreciação, para evitar um prolongamento desnecessário da marcha processual, deve ser conhecida o quanto antes, sendo o momento oportuno para tal o despacho saneador,¹¹⁰ situação em que as questões de fato e de direito controvertidas ficarão delimitadas para que a decisão de mérito seja, efetivamente, prolatada.

Por isso, admitir a possibilidade de reapreciação em qualquer momento, mesmo após a decisão saneada no sentido *positivo* – isto é, no sentido de que não há nenhum problema em relação à satisfação dos pressupostos processuais de validade –, é no mínimo um desvirtuamento, uma *marcha-a-ré* processual. E mesmo na hipótese de uma despacho saneador positivo, o próprio Código de Processo Civil, conforme alerta Fredie Didier, veda o reexame pelo mesmo juízo.

Tal comando (artigo 505, *caput*, CPC) só não se aplica na hipótese de fato superveniente que altera a relação de trato sucessivo (inciso I) e nas hipóteses previstas em lei (inciso II). No tocante a tais hipóteses, a título de exemplo pode-se mencionar a possibilidade de juízo de retratação em que o juízo em vez de extinguir o procedimento sem análise do mérito, percebendo a má aplicação da técnica processual aqui analisada, resolve o mérito, por exemplo, pela improcedência, em razão de fato novo. Do mesmo modo, é possível enxergar referida situação em relação ao tribunal que, anulando o capítulo da decisão recorrida, determinará novo julgamento pelo juízo *a quo* para analisar o mérito da causa.

No tocante à possibilidade de exame pelo tribunal de tais questões, em não havendo retratação sobre o *meritum causae*, e se a parte não apela de tal decisão, anuindo, portanto, sobre o que foi ali resolvido no capítulo da sentença afeto à admissibilidade do processo (*capítulo condicionante*), a atuação oficiosa pelo tribunal, inobstante a vedação do artigo 1.013, §1º, CPC, encontra óbice na própria finalidade da ordem pública processual, uma vez que a decisão do órgão *ad quem* que eventualmente reforma a sentença para extinguir o processo anormalmente sê-la-á realizada de maneira *intempestiva*, em momento inoportuno. Perceba, a questão não é acerca do acerto ou não da decisão, de sua justiça ou injustiça, mas

¹¹⁰ Tal posição – de análise em momento adequado da ordem pública até o despacho saneador – é defendida inclusive por aqueles que sustentam a ausência de preclusão de tais questões. Nesse sentido, LACERDA, Galeno. Op. cit. p. 80.

de, valendo-se da ordem pública processual em momento posterior à sentença para extinguir *ex officio* um feito cuja lide já foi alcançada com decisão meritória.

Desse modo, mesmo que o juiz já tenha analisado expressamente ou – conforme defende José Carlos Barbosa Moreira – se o tribunal reformar a decisão meritória para extinguir o procedimento sem análise do mérito sobre capítulo já transitado em julgado, sob o pretexto de que a questão de ordem pública, analisada na decisão de saneamento, não sofre preclusão, percebe-se que tal situação vai de encontro à utilidade da ordem pública processual enquanto técnica apta a dirimir conflitos, e não maximizá-los, uma vez que daí em diante não é possível mais apreciá-las. Aliás, se transitou em julgado o referido capítulo pela ausência de impugnação, a parte final do próprio §3º do artigo 485 limita à apreciação da matéria, até porque os capítulos da sentença, ao longo do processo, podem ser alcançados pela coisa julgada gradualmente, antes mesmo do trânsito em julgado total do processo.¹¹¹⁻¹¹²

Por fim, ante a consideração do parágrafo anterior, cabe agora discutir a possibilidade de formação de coisa julgada, que alcança não o incidente surgido no processo – como ocorre nas interlocutórias sobre a admissibilidade – mas a decisão que resolve a questão principal: estaria o tribunal vedado de julgar capítulo contendo questões de ordem pública (processual) não impugnados pelo recorrente?

4.5 Ordem pública e coisa julgada: podem conviver?

Enxergar a ordem pública como questão não sujeita a preclusão em nenhuma hipótese é uma afirmação que contraria alguns princípios fundamentais para o processo, especialmente a primazia da decisão de mérito e a própria segurança jurídica. Em relação especificamente a segurança jurídica, valor indiscutível para o processo, uma das formas pelas quais ela pode ser alcançada está refletida justamente na coisa julgada.

A coisa julgada consiste, por isso, em técnica processual apta a conferir segurança jurídica por meio das decisões judiciais. Aliás, é a coisa julgada que impede o reexame

¹¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., 2007. p. 122.

¹¹² É o que se denomina de *coisa julgada gradual*, hipótese na qual o capítulo da sentença não impugnado torna-se irrecurável e, em face dele, não é possível mais reexame, mesmo na pendência de recurso de apelação interposto contra outro capítulo oriundo do mesmo ato decisório. Sobre o tema, entre outros, cf. APRGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 247-253.

daquela matéria objeto de resolução. A coisa julgada, assim, consiste numa *qualidade da sentença*, isto é, em um atributo capaz de tornar a sentença impossibilitada de eventual reforma, modificação.¹¹³

Dessa maneira é equívoca a ideia de que a coisa julgada é um dos possíveis efeitos produzidos ou decorrentes da prolação da sentença que a torna insuscetível de reexame. Ao contrário, consiste em atributo que tornam os efeitos da sentença imutáveis. A coisa julgada por sua vez pode tornar a sentença imutável apenas em relação ao processo em que foi lançada ou projetar esse atributo dentro e fora dele. Quando a sentença extingue um processo anormalmente, limitando-se a *decidir o processo*, a coisa julgada formada será a *formal*: a coisa julgada tornará imutáveis os efeitos apenas em relação a esse processo. É o que acontece quando o juiz, em vez de julgar a demanda de danos morais proposta pela parte autora, reconhecendo que a petição inicial é inepta, indefere-a, prolatando sentença terminativa.

Todavia, quando a sentença resolve o mérito, a coisa julgada não se limitará a tornar imutáveis os efeitos da decisão apenas em relação ao processo em que foi prolatada (coisa julgada formal), mas projetará efeitos para fora do processo, visando que aquela decisão seja respeitada pelos litigantes de modo a impedir nova discussão sobre o comando da decisão. Nesse caso, a coisa julgada formada é a *material*.¹¹⁴ É o que acontece quando o juiz, após a decisão de saneamento, reconhecendo que as partes são legítimas *ad causam* e que os pressupostos processuais foram satisfeitos, tendo em vista a desnecessidade de instrução probatória, julga o pedido procedente ou improcedente, julga o direito material em crise.

Vale destacar que a coisa julgada não torna a sentença imperativa. A sentença, quando prolatada, por si só é imperativa, independentemente do atributo da coisa julgada. Os efeitos, aliás, decorrem de sua autoridade. O que a coisa julgada proporciona, após o trânsito em julgado, é imutabilidade de seus efeitos (e não imperatividade). Essa distinção é nuclear, pois afasta confusões acerca do instituto.¹¹⁵ Como ensina Enrico Tullio Liebman:

“Este ensinamento, inspirado na doutrina alemã, é ligado à definição da coisa julgada como efeito da sentença. Isso não é mais aceitável para quem se dá conta de que a sentença é intrinsecamente imperativa, e por isso a coisa julgada substancial

¹¹³ Sobre a discussão de a coisa julgada ser um atributo, uma qualidade da sentença, cf. CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 146-150.

¹¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., 2009. v.3. p. 301.

¹¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., 2009. v. 3. p. 310.

[material] não é senão uma qualidade da sentença e de sua eficácia, exatamente aquele aspecto particular de sua imutabilidade que se refere também a seu conteúdo e portanto a seus efeitos.”¹¹⁶

Outro ponto importante diz respeito ao que a coisa julgada proporciona. A sentença (leia-se também acórdão), ao ser lançada, produz efeitos (declaratórios, constitutivos e/ou condenatórios). Se não for passível de impugnação mediante recurso ou em face dela não se interpor recurso, passando-se o lapso temporal, pairará sobre ela o trânsito em julgado. Assim, é o trânsito em julgado que torna a decisão indiscutível, imutável, e não a coisa julgada. A coisa julgada apenas confere imutabilidade aos efeitos, como forma de salvaguardar o conteúdo da decisão de mérito.

Tendo em vista essas considerações e inobstante eventuais controvérsias sobre o tema,¹¹⁷ é fato que a coisa julgada, instituto, antes, de direito constitucional (artigo 5º, XXXVI, CRFB/88), visa conferir segurança e estabilidade as relações jurídicas antes contaminadas pela crise do direito material em disputa.

Tal estabilidade conferida pela coisa julgada, por sua vez, possuem alguns contornos ou limites objetivos, já que nem toda decisão judicial estará sujeita a coisa julgada. Entre os pronunciamentos judiciais que não são alcançados pelo instituto mencione-se a decisão proferida em sede de jurisdição voluntária, a decisão interlocutória, vocacionada a resolver um incidente surgido no processo, à sentença terminativa e os fundamentos jurídicos invocados pelo juízo na prolação da sentença, consoante disciplina do artigo 504, I, CPC.

Em relação a esse último limite objetivo, supõe-se que a parte autora ajuíza ação de reparação por danos materiais, a título de perdas e danos, sob o fundamento de que o réu havia invertido o ônus da posse, não lhe devolvendo o veículo automotor no prazo avençado, de modo que posteriormente ocorreu sinistro ensejador de perda total. O juiz julga procedente

¹¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit., 2003. v. 3. p. 171.

¹¹⁷ Entre as possíveis controvérsias, vale fazer menção àquela que diz respeito ao que exatamente a coisa julgada, efetivamente, alcança. Para Cândido Rangel Dinamarco, a coisa julgada torna imutável os efeitos da sentença de mérito, situação que permanece inalterada mesmo diante da situação em que as partes transacionem ou em que a parte vencedora deixa de executar os créditos que lhe são devidos, mediante, por exemplo, remissão de dívida. Já José Carlos Barbosa Moreira, reconhecendo a possibilidade das partes comporem acerca dos efeitos da sentença (fragilizando-se, com isso, a ideia de sua imutabilidade), entende que a imutabilidade alcança o conteúdo do comando judicial, ou seja, as partes ficam vinculadas (e impossibilitadas) de rediscutir o conteúdo da decisão que favoreceu a um em detrimento do outro, embora os seus efeitos sejam passíveis de sofrer modificações, como ocorre em relação à renúncia de executar definitivamente determinado crédito ou direito. Sobre a divergência, cf. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 224.

o pedido, no sentido de que o réu deverá reparar o autor por perdas e danos, em razão da perda total da coisa. Posteriormente, se o mesmo autor propõe ação em face do mesmo réu no sentido de discutir se, efetivamente, o réu não devolveu no prazo avençado, com o propósito de viabilizar a aplicação de cláusula penal, fixada contratualmente, a nova sentença poderá decidir em sentido oposto, declarando que a cláusula penal compensatória era abusiva, caracterizando verdadeiro enriquecimento sem causa, na forma do artigo 876, CC/02.

A partir desse exemplo, é possível perceber que, a despeito das soluções aparentemente contraditórias, o ordenamento processual está preocupado na estabilização dos conflitos mais do que propriamente com a coerência entre decisões conexas.

Também é importante frisar que a coisa julgada *não se sujeita* às questões processuais, nitidamente instrumentais. Isso se verifica mesmo na situação em que o juiz, na forma do artigo 485, §3º, CPC, extingue o procedimento mediante sentença terminativa, por ausência de interesse de agir. Nesse caso, a coisa julgada formada impede que haja rediscussão sobre outras questões de ordem pública processual, inclusive, nesse mesmo processo. Tal tratamento é equivalente em face da sentença dita satisfativa, que resolve a crise de direito material, uma vez que seria verdadeiro contrassenso afirmar que as questões de ordem pública processual *em qualquer momento* poderiam ser arguidas de modo a prevalecer sobre um pronunciamento resolutivo de mérito definitivamente julgado. Isso seria sujeitar a decisão de mérito alcançada pela coisa julgada suscetível de ser desconstituída a qualquer momento; sujeitar a resolução do direito material à resolução de questões processuais.

Aliás, o próprio ordenamento processual brasileiro, nesse caso, prevê mecanismo próprio para desconstituir aquilo que foi formado pela coisa julgada (forma ou material), que é o instrumento da ação rescisória. Tal mecanismo, embora admitido para fins de rescisão de decisão, tem hipóteses muito específicas e prazo (decadencial) bem exíguo, o que revela que a coisa julgada, inclusive por ter estatura de direito fundamental, não pode ser desafiada ou posta em segundo plano em confronto com outras situações processuais, a despeito de eventual injustiça da decisão.

São por essas razões que o tribunal, também, é limitado para reexaminar algumas questões que não lhe foram devolvidas em virtude da interposição do recurso de apelação. Tal

questão, como já apontado, é controvertida na doutrina, havendo quem defenda a possibilidade do tribunal apreciar *ex officio* inclusive capítulos não impugnados para conhecer de questões de ordem pública processual.¹¹⁸ Por isso, importante apresentar os dois posicionamentos sobre o tema criticamente.

Para a corrente que defende a possibilidade de se apreciar questões de ordem pública, inclusive em relação aos capítulos da sentença não impugnados, a atuação jurisdicional está pautada sob o princípio inquisitivo, e não pelo dispositivo, de tal sorte que, a despeito da delimitação pelo recorrente na extensão do seu recurso, o tribunal está autorizado a apreciar questões de ordem pública processuais em qualquer capítulo da decisão recorrida.

Nesse sentido, o tribunal está autorizado a apreciar, inclusive, pressupostos processuais e condições da ação que, do ponto de vista do efeito devolutivo, lhe foram furtadas de apreciação, já que tais questões estão subtraídas da disposição das partes, por serem matérias de interesse público. Ou seja, o tribunal, por força do efeito devolutivo, tem aptidão para apreciar àquelas questões que lhe foram submetidas e, ao mesmo tempo, por força do efeito translativo, analisar aquela ordem de questões que escapam à disponibilidade das partes. Entre os principais autores que defendem essa posição está Nelson Nery Jr., que sustenta a incidência do efeito translativo inclusive na hipótese de recursos parciais, já que a atuação jurisdicional está apta a conhecer de questões de ordem pública até o trânsito em julgado do processo, na sua totalidade.

Curiosamente, os autores que defendem tal posicionamento admitem, também, a formação da coisa julgada em se tratando de recursos parciais, com a peculiaridade de que, em sendo o caso do capítulo recorrido sofrer modificação em virtude do reconhecimento de uma ilegitimidade *ad causam*, o capítulo não recorrido, transitado em julgado, também seria alcançado pela modificação operada sobre o capítulo da sentença recorrida.¹¹⁹ Ou seja, a coisa julgada, ao fim e ao cabo, mesmo sendo constituída, estaria *submissa* às questões de ordem

¹¹⁸ Entre os que defendem a referida corrente, entre outros, cf. NERY JR., Nelson. Op. cit. p. 416 e ss.; ALVIM, J.E. Carreira. *Comentários ao novo código de processo civil*. vol. 15. Curitiba: Juruá, 2015. p. 1.447; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v.1. p. 517.

¹¹⁹ Essa possibilidade é inconcebível caso se trate de capítulo da sentença não recorrido independente. Se se trata de capítulo dependente, a rigor, não haveria formação da coisa julgada, ante a possibilidade do julgamento do capítulo recorrido (condicionante) abarcar o não recorrido. Sobre o tema, remeto o leitor à p. 49-50 desta Monografia.

pública processual; passível, portanto, de ser desconstituída pelo julgamento de *outro* capítulo da sentença impugnado pela apelação. Haveria, aqui, o que Ricardo de Carvalho Aprigliano denomina como *coisa julgada condicionada*.¹²⁰

O controle da atividade jurisdicional seria, portanto, um valor que suplantaria, em abstrato, outros valores processuais, como o princípio dispositivo, o princípio da adstrição, entre outros, prevalecendo, inclusive, sobre eventual aquiescência das partes.

Essa posição, além de sopesar, em abstrato, valores processuais, dando-lhe peso superior por ser matéria inerente ao interesse público, possui alguns problemas: em primeiro lugar, não se coaduna com a visão de ordem pública processual enquanto técnica voltada a aferir a regularidade tempestiva do processo, uma vez que a possibilidade de modificar uma decisão já alcançada pela coisa julgada (parcial) a qualquer momento causa insegurança na parte beneficiada pelo julgado. Inobstante, após anos de tramitação, permitir que um tribunal de apelação possa extinguir anormalmente o processo, após a estabilização da relação com base no capítulo da sentença não atacado é privilegiar uma sentença extintiva em detrimento da de mérito, o que, como vimos, consiste num mau uso da ordem pública processual.

Um segundo problema diz respeito à possibilidade de realizar juízo rescindente e rescisório por meio do julgamento do recurso de uma decisão alcançada pela coisa julgada parcial. Ora, decisão transitada em julgada, seja por aceitação da parte, seja por ausência de impugnação, só poderá ser desconstituída – como dito – por meio de impugnação autônoma, após instauração de *outra* relação processual – e não no mesmo processo –, o que se dá por meio da rescisória do artigo 966, CPC. Nesse sentido, ou se admite formação da coisa julgada parcial e se usa os instrumentos legais para rescindir o julgado ou se admite a formação da coisa julgada apenas no final da relação processual – o que, a rigor, não é tecnicamente correto, uma vez que uma pretensão pode já ter sido resolvida enquanto outra pretensão esteja pendente de reexame, por força da interposição do recurso parcial.

Um terceiro problema diz respeito à impossibilidade de se executar (definitivamente) uma decisão favorável, sob o receio de que, enquanto pendente de julgamento algum dos capítulos da sentença, estaria uma das partes *ameaçada* por decisão que reconheça questões

¹²⁰ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 245.

de ordem pública, inclusive anos depois da formação da coisa julgada, sobre capítulo que não esteja sob análise do tribunal.

Embora amplamente aceita na doutrina, não soa razoável essa falta de cuidado ao tratar o assunto, cujas implicações práticas são inúmeras.

Por outro lado, entre aqueles que defendem a impossibilidade de reexame, pelo tribunal, de capítulos que não lhe foram devolvidos no recurso de apelação (mesmo que nele constem questões de ordem pública processual).¹²¹ Os argumentos giram em torno do princípio da demanda e da segurança jurídica, especialmente em torno dos capítulos que não estão mais sujeitos a reexame, por força da coisa julgada parcial formada sobre eles.

Como foi trabalhado ao longo do Capítulo 3, a sentença, especialmente àquela que José Carlos Barbosa Moreira define como *objetivamente complexa* poderá estar dotada de uma pluralidade de capítulos, sendo cada um deles responsável pela resolução de cada pleito deduzido, reunidos em um mesmo ato decisório.

Vamos retomar o exemplo do acidente de trânsito de táxi. O condutor, por negligência de um terceiro, acabou sofrendo acidente e, em razão disso, resolve propor ação indenizatória de danos materiais, composto por perdas e danos e lucros cessantes, além de indenização por danos morais em face do causador do dano. Nesse caso, supondo, o juiz julga improcedentes todos os pedidos, por culpa exclusiva da vítima, afastando o nexo de causalidade apto a ensejar a responsabilidade civil. O autor, inconformado, resolve recorrer, porém, na extensão do seu recurso, resolve devolver ao tribunal apenas o capítulo afeto aos danos materiais, composto pelas perdas e danos, aceitando, portanto, a improcedência relativa aos danos morais e aos lucros cessantes. Houve uma diminuição do objeto litigioso do recurso em relação ao objeto do processo.

O tribunal de apelação, por força da devolutividade, ficará circunscrito à análise dos capítulos impugnados, de modo que suas atividades processuais girarão em torno das questões presentes nesses capítulos, pelo menos por três razões.

¹²¹ Entre aqueles que sinalizam a proibição de atuação *ex officio* pelo Tribunal em relação às questões (inclusive, as de ordem pública) integrantes do capítulo não impugnado, THEODORO JUNIOR, Humberto. Op. cit. p. 1.025; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 523-524; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 171-172.

Primeiro, o tribunal estará limitado a apreciar tais questões, pois em se tratando de cumulação própria simples, o não acolhimento de um dos pedidos não influencia no acolhimento ou não do outro. Por uma liberalidade, o autor resolveu deduzir, na mesma demanda pleitos que poderiam figurar em ações distintas e independentes entre si. Desse modo, se houve aquiescência em relação a um dos pleitos, o tribunal não pode se manifestar no capítulo que, em razão da não impugnação, transitou em julgado, do mesmo modo que o tribunal não poderia se manifestar sobre capítulos presentes em outros processos que guardem, eventualmente, alguma relação com o que está sob seu julgamento:

“Se há dois pedidos deduzidos ao mesmo tempo, independentes entre si, o raciocínio deve ser idêntico. A reunião dos pedidos não os torna dependentes um do outro, e todo o exame das questões de ordem pública deve ser feito em relação a cada um dos pedidos. Da mesma forma, a sentença, apesar de formalmente única, deve reunir e abordar os dois pedidos, seja em seu relatório, em sua fundamentação ou em seu dispositivo.”¹²²

Com a mesma serenidade, pontua José Carlos Barbosa Moreira que:

“Ninguém desconhece a possibilidade da cumulação de ações num mesmo feito: um exemplo corriqueiro é o da cobrança conjunta de mais de uma dívida. Ainda que todas as ações venham a ser julgadas simultaneamente, a sentença, formalmente una, será substancialmente plural, conterà pelo menos tantos capítulos quanto forem as dívidas cobradas.”¹²³

Esse posicionamento está intimamente relacionado com o fato de que a coisa julgada, produzida no processo, não se forma em um momento, apenas. Pelo contrário, pois o fato de apenas um dos capítulos não ser mais passível de ser impugnado por si só autoriza a formação da coisa julgada sobre ele, ainda que parcial, uma vez que, por força do trânsito em julgado, em outras palavras, por não ser mais passível de ser atacada por recurso, a decisão se torna definitiva, sendo que seus efeitos se tornam também imutáveis, inclusive em face de outro processo, pois a coisa julgada que se forma é a material. Assim, ainda que haja recurso parcial, atacando, portanto, uma parcela dos capítulos passíveis de impugnação, a litispendência se dá apenas em relação ao capítulo recorrido.

Por essa razão, vislumbrar a possibilidade do tribunal impugnar *ex officio* capítulo não recorrido, ainda que seja sob o pretexto de análise de questões de ordem pública processual, afronta frontalmente o artigo 503, *caput*, CPC, uma vez que a decisão que resolve uma das

¹²² APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 251.

¹²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., 2006. p. 6.

questões principais tem força de lei nos limites da questão principal decidida. Aliás, a decisão parcial (alcançada pela coisa julgada material), poderá ser executada de maneira definitiva, e não provisória. E se é definitiva, não se pode afirmar que não foi alcançada pela coisa julgada pelo fato de ser parcial. Trata-se, aqui, da incidência de, pelo menos, três dispositivos processuais, vale dizer os artigos 502, 503 e 513, §1º, todos do CPC: havendo decisão parcialmente definitiva, essa poderá ser cumprida de modo definitivo, no tocante a parcela que se tornou indiscutível.¹²⁴

Tal limitação de atuação oficiosa do tribunal está apoiada, por sua vez, em relação aos capítulos da sentença ditos *independentes*, vale dizer naquele capítulo que, se modificado, não influirá no outro eventualmente não impugnado por uma das partes. Se se trata de capítulo dependente não recorrido, sendo impugnado o *capítulo condicionante*, eventual modificação sobre ele repercutirá no outro, não recorrido, modificando àquele também. É o que ocorre em relação à cumulação sucessiva, como no caso de ação previdenciária de aposentadoria por invalidez combinada com pedido de acréscimo de vinte e cinco por cento do valor do benefício, previsto no artigo 45, *caput*, Lei nº 8.213/91.¹²⁵ Caso o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) recorra do capítulo que julgou procedente o pedido de aposentadoria por invalidez, eventual reforma da decisão de primeiro grau repercutirá, também, no capítulo da sentença relativo aos vinte e cinco por cento, pois esse pleito é condicionado àquilo que ficar consubstanciado no capítulo principal, em decorrência do efeito expansivo objetivo interno, já trabalhado. A modificação ocorre não pela atuação do tribunal sobre algo que não lhe foi devolvido, mas pela própria estrutura da demanda proposta.

Uma segunda razão que limitaria atuação do tribunal de maneira oficiosa para, por força do efeito translativo, apreciar questões de ordem pública não devolvida diz respeito à afronta ao princípio da *non reformatio in pejus*, já que o apelante não pode ter sua situação piorada pelo tribunal por analisar capítulo transitado em julgado. A situação é trabalhada de maneira sofisticada por José Carlos Barbosa Moreira, no seguinte exemplo:

“(...) imaginemos que o juízo de primeiro grau julgue procedente o pedido de condenação do réu ao cumprimento da obrigação, mas rejeite o de condenação ao pagamento de multa, assim como o formulado na reconvenção. Apela unicamente o autor, para insistir em seu segundo. É claro que o tribunal, no julgamento do recurso,

¹²⁴ Escrevendo ainda sob a égide do CPC/73, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., 2006. p. 5.

¹²⁵ “O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).”

não pode reformar a sentença senão no tocante à multa. Se a reformasse para excluir a condenação ao cumprimento da obrigação, estaria incorrendo em *reformatio in pejus* contra o autor. Se a reformasse para julgar procedente a reconvenção, estaria infringindo frontalmente o art. 515, *caput*, do CPC, que restringe à “matéria impugnada” o efeito devolutivo da apelação. Esses dois capítulos não impugnados, tornaram-se imutáveis.”¹²⁶

Insistindo no tema, Ricardo de Carvalho Aprigliano aduz que *a devolução da matéria que se opera por força do recurso, e que abrange também as questões de ordem pública, só ocorre no âmbito do capítulo impugnado*. Já que, continua o autor,

“optando o apelante em reduzir o objeto do recurso, em relação ao objeto total do processo, disso resulta que a demanda recursal é outra, limitada. A devolução recursal não atinge estes outros capítulos, e o eventual julgamento que reconheça a falta de alguma condição da ação repercute apenas nos capítulo recorridos”.¹²⁷

Assim, a matéria a ser analisada pelo tribunal, incluindo as afetas às questões de ordem pública, se dará na medida da *extensão* do recurso (dimensão horizontal do efeito devolutivo), já que esta é delineada pelo recorrente, e limita a própria análise da profundidade do recurso. Vale dizer, o exercício do direito de ação na fase recursal, ao mesmo tempo, prolonga a atividade jurisdicional no tribunal e limita a sua atuação ao que foi impugnado. Por esse motivo, portanto, que a atuação do tribunal se limita a apreciar, inclusive *em profundidade*, o que consta apenas no capítulo impugnado, já que a norma do artigo 1.013, §1º, CPC, como já desenvolvido no Capítulo 2, consagrou a devolução em detrimento da translação.

Uma terceira razão diz respeito à possibilidade de se situar, na mesma decisão, capítulos contraditórios entre si. Tendo em vista a situação de litisconsórcio passivo simples, acaso haja condenação de todos os litisconsortes, os capítulos da sentença poderão variar em relação ao *quantum* de indenização para cada um dos litisconsortes. Se um dos litisconsortes apelar e o seu pleito recursal for acolhido, ao final da lide haverá resultados distintos em face de cada um dos litisconsortes, ou seja, a decisão que aproveitou a um, não aproveitará o outro, pois um deles aquiesceu em não recorrer, aceitou a decisão, enquanto o outro, não. Nesse caso, estaremos diante de “duas sentenças”, igualmente de mérito: uma de primeiro grau e outra de segundo grau, ambas passíveis de gerar coisa julgada material,¹²⁸ formadas em momentos distintos do processo, a despeito do tratamento diferenciado ou injusto imputado a cada

¹²⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., 2006. p. 5.

¹²⁷ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Op. cit. p. 249.

¹²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., 2006. p. 6.

litisconsorte. É plenamente aceitável situações contraditórias ou injustas subsistirem, já que a própria ordem processual confere mecanismos para essas correções.

Essas, por fim, são as razões que justificam a limitação da atuação jurisdicional, seja pela extensão do recurso por força da devolução, seja porque as questões de ordem pública estão sujeitas de serem alcançadas pela coisa julgada material, pelo menos em se tratando de capítulos da sentença ditos *independentes*.

CONCLUSÕES

A situação aqui enfrentada, de fato, é controvertida na doutrina, cuja resolução sugerida não necessariamente será satisfatória a ponto de uma das partes admitir que a outra está correta. Todavia, o presente trabalho procurou demonstrar, com menção a autores que escreveram tanto sob a égide do CPC/73, quanto sob a égide do vigente CPC/15, que a atuação irrestrita e em qualquer momento pelo tribunal, para apreciar questões ditas de ordem pública (pelo menos às processuais), não soa razoável com o sistema recursal trazido pela Lei nº 13.105/15, uma vez que a devolutividade, pautada no princípio dispositivo ou da demanda, se coaduna não apenas com o disposto no artigo 1.013, §1º, CPC, mas com outros dispositivos que, em maior ou menor grau, ensejam a possibilidade de apreciação, pelo tribunal, de apenas uma *parte*, um capítulo da sentença, por força da impugnação, como os artigos 505, 523 (ao falar da execução de parcela incontroversa antes do trânsito em julgado total do processo), 1.002 (ao falar sobre o recurso parcial), etc.

A atuação irrestrita do tribunal, especialmente sobre capítulos já transitados em julgado, não é compatível com o efeito devolutivo do recurso de apelação, uma vez que a voluntariedade é um aspecto indispensável, inclusive, para definir a natureza jurídica do recurso – enquanto meio impugnativo –, sendo ela (voluntariedade) materializada por meio da *extensão* delineada pelo apelante, de modo a limitar o material em torno do qual o tribunal pautará sua atuação, independente do fato de que, sobre o capítulo não impugnado, parem questões de ordem pública – ainda mais se já tiver sido objeto de análise prévio pelo juízo *a quo*. Reiterando o que ensina Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini *a profundidade do efeito devolutivo opera nos limites da sua extensão*, ainda que se constatem questões de ordem pública, seja em relação ao capítulo impugnado, seja em relação ao não impugnado, já que a dinâmica recursal (e isso inclui a apelação) está pautada sobre o princípio da *non reformatio in pejus*, derivado justamente do princípio dispositivo.

Em relação ao capítulo da sentença efetivamente impugnado, o tribunal não estará limitado a apreciar qualquer questão, ainda que não expressamente impugnada. Raciocinar em sentido contrário seria limitar a cognição judicial em sede recursal. O tribunal só estará limitado àquilo que já não seja mais objeto de reexame, como matérias preclusas ou alcançadas pela coisa julgada (formal ou material). Contudo, tal raciocínio se aplica aos

chamados capítulos *independentes* ou aos capítulos *dependentes* condicionados.¹²⁹ A ideia é justamente dialogar com o instituto da coisa julgada, já que em relação ao primeiro não é possível que a modificação do capítulo recorrido seja capaz de influir no resultado do não recorrido, acaso haja modificação pelo tribunal; e em relação ao segundo, se o capítulo recorrido for modificado (sendo o *dependente*), a sua modificação eventualmente não poderá influenciar no outro, ainda que não impugnado (conferir seção 3.2 desta Monografia).

Desse modo, dialogando com o efeito devolutivo, a apreciação restrita ao tribunal está intimamente relacionado com a apreciação oportuna das questões de ordem pública, em razão de sua finalidade precípua que é a do controle tempestivo da regularidade do processo, objetivando a satisfação do mérito. Se o mérito não será alcançado tão logo, é função do juízo (especialmente de primeiro grau) a extinção anômala do processo. Se já realizado o juízo de admissibilidade (pelo juízo *a quo*), as questões de ordem pública processual só poderão ser reexaminadas, pelo tribunal, se houver impugnação nesse sentido, devendo este, ao modificar o julgado de origem, privilegiar a decisão de mérito no recurso, especialmente quando a análise das questões de ordem pública processual já estiver situada em contexto de cognição aprofundada, com exame de provas. Em não havendo impugnação, o tribunal não poderá apreciar tais capítulos (conferir seção 4.4 desta Monografia).¹³⁰

A insistência em defender uma limitação da atuação do tribunal é justamente impedir a utilização *inadequada* e deliberada da técnica da ordem pública, já que tal técnica não funciona para desestabilizar relações jurídicas, muitas vezes já pacificadas. O exercício da jurisdição, no processo, visa à pacificação do conflito, e não sua maximização. Pensar a ordem pública nesse sentido é colocar em xeque o dogma de que o tribunal tem ampla liberdade para desconstituir relações jurídicas (em qualquer momento e grau de jurisdição) alcançadas por um julgamento de mérito, já que o processo é instrumento para garantir a resolução da crise em que o direito material se situa, com base em critérios previamente estipulados, sendo uma das formas de resolução da referida crise a admissão de que as questões de ordem pública, também, se sujeitem à preclusão ou à autoridade da coisa julgada,

¹²⁹ Cite-se, como exemplos, a apelação interposta em face de capítulo da sentença afeto aos juros de mora incididos sobre o valor principal; sobre a condenação em honorários sucumbenciais; capítulo que analisou pedido sucessivo após o acolhimento do pedido principal, como o *quantum* da indenização a título de danos morais, entre outros.

¹³⁰ Em relação às questões não analisadas pelo despacho saneador, entende-se que o tribunal, também, atuará caso o capítulo seja impugnado, podendo este atuar em profundidade para conhecê-la e, se for o caso, extinguir o procedimento sem análise do mérito em relação ao capítulo impugnado.

a despeito do estranhamento que isso possa causar, por termos, muitas vezes, uma praxe jurídica que esteja enxergando o processo como um fim em si mesmo.

Eis a sugestão: até a ordem pública (pelo menos as processuais) tem limites!

REFERÊNCIAS

ALVIM, J.E. Carreira. *Comentários ao novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2015. v. 15.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A ordem pública no direito processual civil*. 2010. 335 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 5.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 141, p. 5-19, nov. 2006.

BARIONI, Rodrigo. Ação Rescisória. In: WAMBIER, Teresa et al. (coord.). *Breves comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

BRASIL. *Lei nº 8.215, de 24 de Julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 21 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1484162/PR*. Recurso Especial. Ação declaratória de condomínio florestal cumulada com condenação em perdas e danos. Efeito translativo. Instância especial. Inaplicabilidade. Prequestionamento. Necessidade. Negativa de prestação jurisdicional. Art. 535 do CPC. Não ocorrência. Efeito translativo. Princípio dispositivo. Conexão reconhecida. Inexistência de obrigatoriedade de julgamento conjunto. Art. 283 do CPC. Documento indispensável à propositura da ação. Não configuração. Alegação de exceção de contrato não cumprido. Não comprovação. Reexame de provas. Inviabilidade. Súmula nº 7/STJ. Prequestionamento. Ausência. Súmula nº 211/STJ. Sentença condenatória. Honorários. Percentual sobre a condenação. Limites mínimo e máximo. Art. 20, §3º, do CPC. Critérios de fixação da verba honorária. Parágrafos 3º e 4º do CPC. Princípio da isonomia. Não infringência. Sucumbência. Redistribuição. Inviabilidade. Súmula nº 7/STJ. Recorrente: Serrarias Campos de Palmas S/A. Recorrido: Abílio Groff e outros. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 24 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1484162&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 21 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 401*. O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2009]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 21 jun. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 100*. III - Salvo se houver dúvida razoável, a interposição de recurso intempestivo ou a interposição de recurso incabível não protraí o termo inicial do prazo decadencial. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2001]. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-100. Acesso em: 21 jun. 2019.

BUENO, Carlos Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

CALMON DE PASSOS, J.J.. *Comentários ao código de processo civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.3.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 56, p. 223-233, out-dez. 1989.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 14 ed. reform. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 3.

_____. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos da sentença*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1.

_____. _____. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2.

_____. _____. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3.

GUIMARÃES, Deoclesiano Torrieri. *Dicionário compacto jurídico*. 15. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tocantins: Intelectus, 2003. v.1.

_____. _____. Tocantins: Intelectus, 2003. v. 3.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v.1.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo VII (arts. 496-538). Rio de Janeiro: Forense, 1975.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. *Comentários ao código de processo civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT, 2000.

ROQUE, André Vasconcelos; LOPES, Rodolfo Mascarenhas. Até a ordem pública tem limites: o efeito devolutivo da apelação no CPC/15. *JOTA*, São Paulo, 4 fev. 2019. Coluna Novo CPC. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/ate-a-ordem-publica-tem-limites-o-efeito-devolutivo-da-apelacao-no-cpc-15-04022019. Acesso em: 23 mar. 2019. p. 1.

TELLES JR., Godoffredo. *Iniciação na ciência do direito*, São Paulo: Saraiva, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual Civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. v. 2.

YARSHELL, Flávio. *Juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.