
EFEITO DEVOLUTIVO DOS RECURSOS E COGNIÇÃO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NOS TRIBUNAIS

*César Reinaldo Offa Basile*¹

1. O efeito devolutivo dos recursos

Considera-se *devolutivo* o efeito reconhecido a um determinado ato processual de transferir a um órgão jurisdicional de maior hierarquia o conhecimento da matéria submetida a julgamento por um órgão jurisdicional de competência funcional inferior.

Para Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, “deve-se considerar, atualmente, que o efeito devolutivo decorre da interposição de qualquer recurso, equivalendo a um efeito de transferência da matéria ou de renovação do julgamento para outro ou para o mesmo órgão julgador”².

Nas lições de Barbosa Moreira “chama-se devolutivo ao efeito do recurso consistente em transferir ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição”³.

Segundo Carlos Eduardo Stefen Elias, “a aptidão dos recursos em transferir o conhecimento da matéria impugnada recebe a designação de efeito devolutivo”⁴.

Consoante Ricardo Aprigliano, “o efeito devolutivo da apelação, segundo o entendimento dominante da doutrina, ocorre sempre que se verifica a transferência ao órgão *ad quem* do conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição, nos limites da impugnação”⁵.

¹ Juiz do Trabalho, bacharel em Direito e em Ciências Contábeis, pós-graduado MBA em Direito Econômico e Empresarial pela FGV, mestre e doutorando em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP).

² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil* – vol. 3. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2010.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*- vol. V. 12. ed. São Paulo: Forense, 12ª ed., 2005.

⁴ ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Apelação – Os limites objetivos do efeito devolutivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

⁵ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Primeiramente, convém destacar que o efeito devolutivo não é exclusivo dos atos recursais, podendo ser também identificado, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, na remessa necessária, condição de eficácia da sentença judicial proferida em face da Fazenda Pública⁶, sem natureza recursal⁷.

Não obstante, consoante nos ensina José Carvalho Barbosa Moreira, a expressão *efeito devolutivo* possuiu raízes históricas em período anterior à tripartição dos poderes, época em que o governante concentrava o exercício de todos eles na sua pessoa. Assim, em razão de ser impossível exercê-los, fisicamente, ao mesmo tempo, o poder de julgar era delegado aos juízes da época. Exarada decisão a uma das partes, esta apresentava um apelo ao imperador, que, em função da delegação não mais dispunha do poder de julgar. Destarte, para que o governante pudesse examinar o apelo, o poder de julgar delegado era-lhe *devolvido*, razão pela qual se entende que o efeito devolutivo é exclusivo de ato processual que se dirige a um órgão jurisdicional hierarquicamente superior.

Dessa forma, no julgamento de embargos (inclusive os de declaração) e no exercício do juízo de retratação em sentenças sumárias de improcedência para casos idênticos (art. 285-A, §1º); no indeferimento da petição inicial (CPC, art.296, parágrafo único); e nos agravos (CPC, art. 523, §2ª e 557, §1º) não estaremos diante de um genuíno efeito devolutivo e sim de um *efeito regressivo*. Nas palavras de Mendonça Lima, “a causa volta às mãos do juiz de que saíra, e este, se assim entender justo, poderá modificar a sua sentença”⁸. Ovídio Baptista da Silva vai mais além ao afirmar que quando o juiz não reconsidera a decisão e o recurso é enviado a outro órgão diz-se, nesta hipótese, que o efeito devolutivo ficou diferido⁹.

O entendimento contrário é capitaneado por Frederico Marques, que associa o efeito devolutivo a todos os recursos, pelo simples fato de que o recurso “entrega e leva o conhecimento da questão decidida”. Completa Ricardo Aprigliano: “se a própria lei determina que esse novo exame seja feito, em determinados casos, pela mesma autoridade judiciária,

⁶ Consoante atual redação do art. 475, §2º do CPC, somente cabível nas condenações superiores a 60 (sessenta) salários mínimos e desde que a sentença não esteja fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

⁷ Muito embora, uma parte minoritária da doutrina ainda a denomine de *recurso ex officio*.

⁸ MENDONÇA LIMA, Alcides. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976.

⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil – vol. 1*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998.

não parece correto excluir a devolução apenas porque essa transferência foi feita para o mesmo órgão”¹⁰

Também não se pode considerar que o efeito devolutivo transfere o conhecimento de matéria julgada, mas sim submetida a julgamento. Isso porque prevalece atualmente em nosso ordenamento jurídico a “teria da causa madura”, consubstanciada no art. 515, §3º do CPC, que permite o julgamento *prima facie* pelo tribunal, de causas que versem questão exclusivamente de direito e que estiverem em condições de imediato julgamento, malgrado tenham sido extintas sem julgamento de mérito em primeiro grau de jurisdição.

Por fim, convém destacar que apesar do ordenamento jurídico brasileiro adotar (assim como a grande maioria dos países ocidentais) o sistema *revisio prioris instantiae*, segundo o qual o órgão jurisdicional de hierarquia superior está limitado ao controle sobre eventuais erros (*in procedendo* ou *in iudicando*) cometidos pela jurisdição inferior, algumas nações ainda observam o sistema *novum iudicium*, que no Brasil, somente será admitido em hipótese de absoluta exceção.

No *novum iudicium*, a cognição será permanente. A interposição de peça recursal em face da sentença proferida garante a continuidade da atividade jurisdicional perante o Tribunal, de tal sorte que o primeiro grau passa a representar apenas uma etapa cognitiva preliminar¹¹. Trata-se da decorrência lógica do *ius novorum* (ínsito ao sistema analisado), ou seja, do direito das partes das partes apresentarem novos fatos, novas provas e novas exceções perante o juízo *ad quem* antes de seu pronunciamento. Não será permitido, contudo, o oferecimento de nova demanda (alteração do pedido, tanto o imediato – o próprio provimento jurisdicional – como o mediato – bem da vida perseguido).

A experiência italiana é muito rica nesse tema:

- O art. 940 do *Codice di Procedura Civile* de 1865 (*Legge 2 aprile 1865, n. 2215*) permitia que fossem agregadas ao recurso novas alegações de defesa – inclusive de compensação – não formuladas em primeiro grau, ou que provas não produzidas neste juízo o fossem em sede recursal, orientação que encontrava suporte na ideia de que o procedimento recursal configurava a plena renovação do processo em instância superior (*novum iudicium*).

¹⁰ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

¹¹ Em verdade, a apelação inaugura uma nova fase probatória, não sendo necessário que a parte apresente todas as provas de que dispõe logo no primeiro grau de jurisdição, podendo reservar uma espécie de “prova-trunfo” para o derradeiro grau jurisdicional.

- O art. 345 do *Codice di Procedura Civile* de 1940 (*Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443*), por sua vez, com suporte na ideia de que o órgão recursal apenas deveria rever e avaliar a correção da sentença proferida na instância inferior (*revisio prioris instantiae*), alterou radicalmente essa característica do *apelo*, proibindo expressamente a apresentação de novas alegações de defesa, independentemente da importância que podiam ter para a correta solução do litígio, bem como impediu a produção de qualquer nova prova em segundo grau.

- Com a reforma do *Codice* em 1950 (*Legge 14 luglio 1950, n. 581*), mais uma vez foram admitidas novas alegações de defesa e a produção de novas provas em grau de apelação (embora com a penalização pecuniária do litigante desidioso).

- Por fim, a redação do art. 345 do *Codice* foi consolidada em 1990 (*Legge 26 novembre 1990, n. 353*), proibindo definitivamente a apresentação de novas defesas e permitindo a produção de novas provas em sede recursal apenas na hipótese em que o apresentante demonstrar a impossibilidade de tê-las produzido anteriormente; ou (b) o juízo recursal – investido de poderes discricionários nesta hipótese – considerar a prova indispensável ao julgamento da causa, independentemente da oportunidade anterior de sua produção:

Art. 345 (Domande ed eccezioni nuove). Nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono essere dichiarate inammissibili d'ufficio. Possono tuttavia domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa.

Non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio.

Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile¹².

Consoante já estudado, o ordenamento jurídico brasileiro (à semelhança do exemplo austríaco) adotou o sistema *revisio prioris instantiae*. Entretanto, há duas únicas hipóteses de

¹² Tradução livre: Art. 345 (Demanda e exceção nova). No juízo de apelação não se pode propor demanda nova e, se proposta, deverá ser considerada inadmissível *ex officio*. É possível, todavia, pretender os interesses, fruto e os acessórios ocorridos depois da sentença impugnada, bem como a ressarcimento de danos sofridos depois da mesma sentença. Não se pode propor nova exceção, que também não serão relevantes *ex officio*. Não são admitidos novos meios de prova e não se pode produzir novos documentos, salvo aqueles que o colegiado considere indispensáveis para a decisão final da causa ou que a parte demonstre não ter podido produzir no juízo de primeiro grau por impossibilidade.

coincidência do direito processual pátrio com o sistema *novum iudicium* (e, conseqüentemente, *ius novorum*), expressa nos termos do art. 517 e 397 do Código de Processo Civil, a seguir transcritos:

Art. 517. As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”.

Art. 397. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

Assim, no caso de força maior, novas questões de fato poderão ser suscitadas (e comprovadas) na peça recursal e no caso de fatos ocorridos após proferida a sentença, também novos documentos comprobatórios poderão ser trazidos à colação via apelação.

Convém destacar, no entanto, que o modelo austríaco do sistema *revisio prioris instantiae*, revela uma peculiaridade muito interessante: a veracidade de um fato declarada no julgamento de uma ação judicial, quando não objeto de recurso, torna-se vinculante para toda e qualquer outra decisão judicial envolvendo o mesmo fato e as mesmas partes, o que não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio, posto que não fazem coisa julgada a verdade dos fatos estabelecida como fundamento de sentença (CPC, art. 469, II).

2. O efeito devolutivo em extensão e em profundidade

Nas lições de Barbosa Moreira, “a exata configuração do efeito devolutivo é problema que se desdobra em dois: o primeiro concerne à *extensão* do efeito, o segundo à sua *profundidade*. Delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar *o que* se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar *com que material* há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar”¹³.

O citado mestre ainda ensina que a decisão apelada tem o seu *objeto* e os seus *fundamentos*. No tocante ao objeto, é necessário se verificar se a decisão do Tribunal cobrirá ou não área igual à coberta pela do juízo *a quo* (perspectiva horizontal). No que tange aos

¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. V. 12.* ed. São Paulo: Editora Forense, 2005.

fundamentos, cumpre averiguar se todas as questões (pontos duvidosos de fato e de direito) suscitadas pelas partes ou apreciadas *ex officio* no órgão de primeiro grau deverão também ser reexaminadas pelo Tribunal e, também, porventura, se há alguma questão a ser examinada *prima facie* que poderia ou deveria ser apreciada no órgão *a quo*, mas não foi (perspectiva vertical).

O art. 515 do Código de Processo Civil, assim disciplina:

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

Trata-se, portanto do tratamento legal dado à extensão do efeito devolutivo dos recursos - *lato sensu* - no ordenamento jurídico brasileiro: *tantum devolutum quantum appellatum*.

Ocorre, contudo, que a chamada “matéria impugnada” pode envolver apenas um pedido, alguns pedidos, uma questão prejudicial, uma preliminar etc.

Assim, torna-se necessário um estudo prévio sobre a possibilidade de fracionamento da estrutura lógico-jurídica da sentença em capítulos¹⁴.

Segundo Chiovenda¹⁵, a sentença pode ser dividida em capítulos equivalentes às parcelas do ato jurisdicional que, isoladas, seriam aptas a declarar uma vontade concreta da lei (*accertamento di una singola volontà di legge*) e a constituir o objeto isolado de uma relação processual.

Dinamarco¹⁶ discorda, apontando que os trechos da sentença nos quais são decididos temas relativos à admissibilidade do julgamento do mérito (coisa julgada, carência de ação etc.) não podem ser considerados capítulos pela teoria de Chiovenda, posto que não são aptos, por si, a suportar uma demanda com declaração de vontade de lei sobre um bem da vida e a constituir o objeto isolado de um processo. Nessa linha, apenas as unidades de decisão sobre o mérito seriam ser classificadas como capítulos (únicas passíveis de serem revestidas da força de coisa julgada). As decisões sobre questões de fato e de direito, simples premissas para a solução do conflito (fundamentação), não, o que se revela inadmissível para aludido doutrinador.

¹⁴ ELIAS, Carlos Eduardo Stufen. *Apelação – Os limites objetivos do efeito devolutivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1980.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.

Contudo, a *teoria chiovendiana* também desperta interesse quando rompe a equivalência entre capítulo de demanda e capítulo de sentença nos pedidos cujo objeto admite fracionamento quantitativo (tais como coisas divisíveis ou fungíveis). Nesse caso, a sentença poderia ser fracionada em tantos capítulos quantas fossem as unidades que compõem tal objeto. Com isso, seria possível, por exemplo, que um pedido de 1.000, resultasse em uma sentença condenatória no pagamento de 500, passível de ser desafiada parcialmente via apelação, por apenas 300.

Carnelutti substituiu os pedidos pela lide como foco central de fracionamento da estrutura lógico-jurídica da sentença. O autor identificou que o contraste entre as alegações de fato e de direito formuladas na petição inicial e na contestação dão origem a pontos controvertidos ou *questões* que o juiz deve resolver para verificar se a pretensão resistida é fundada ou infundada (está ou não de acordo com o direito) e assim proferir a solução da lide¹⁷. Para o referido jurista italiano, capítulo de sentença é “*la risoluzione di una questione rispetto a una lite*”¹⁸. Assim, atribui relevância não apenas ao dispositivo da sentença, mas também à sua fundamentação. Cada resolução de questão dá origem a um capítulo, o que vale dizer que se várias questões são resolvidas para o julgamento de um único pedido, cada uma das questões encerra um capítulo distinto.

A teoria *carnellutiana* recebe crítica na própria doutrina italiana, com o maciço apoio dos juristas nacionais. Emilio Betti, aponta que a identificação de capítulos de sentença com as questões decididas não explica como o órgão recursal pode decidir uma controvérsia com base em questões não alegadas no recurso: “*non può non creare nel giudice di secondo grado il potere di conoscere anche delle questioni concernenti la fondatezza dell’eccezione di prescrizione, e di reformare anche su questo punto la sentenza impugnata*”¹⁹.

Liebman²⁰ descreveu a sentença como ato de conteúdo dúplice, composto por uma pronúncia imperativa e por uma atividade lógica desenvolvida pelo juiz para chegar à decisão. Embora estes dois conteúdos formem uma unidade incindível e indissolúvelmente ligada, é possível distribuí-los analiticamente em duas perspectivas ou dois planos diversos: o plano

¹⁷ ELIAS, Carlos Eduardo Stafen. *Apelação – Os limites objetivos do efeito devolutivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Capo di sentenza*. In: *Studi di diritto processuale – v. III*, Padova: CEDAM, 1939

¹⁹ BETTI, Emilio, *Diritto processuale civile italiano*, Roma: Foro Italiano, 2ª ed., 1936.

²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. “*Parte*” o “*capo*” di sentenza. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, ano XIX, II serie, 1964.

horizontal, no qual fica disposto o conteúdo imperativo; e o plano vertical, no qual fica registrada a sua formação lógica.

O plano horizontal separa os diversos provimentos autônomos que eventualmente estejam cumulados na pronúncia imperativa. A liberação dos comandos pela decomposição do conteúdo imperativo da sentença revela objetos processuais distintos e autônomos, que poderiam ter sido deduzidos em ações independentes. Em princípio a pluralidade de demandas gera cúmulo de objetos distintos e autônomos no processo e, assim, pluralidade de capítulos. Contudo, é possível que a correspondência não seja exata, pois um único pedido pode ensejar uma decisão divisível nos aspectos *quantitativo* ou *jurídico*.

No aspecto quantitativo, o pedido de condenação do réu no valor de R\$ 1.000,00 pode ser acolhido parcialmente, gerando dois capítulos (comandos imperativos) distintos: um pela decisão de procedência de R\$ 600,00 e outro pela improcedência de R\$ 400,00. No aspecto jurídico, o pedido poderia ser julgado improcedente pela inexistência do débito e pela prescrição da dívida, cada qual ensejando um capítulo distinto da sentença.

Na teoria de Liebman, também são dotadas de imperatividade as porções da sentença nas quais se decidem matérias processuais preliminares ao exame do mérito. Dentro da sentença, esses capítulos são autônomos em relação aos demais, e ainda que não correspondam a qualquer capítulo da demanda, encerram juízo próprio e completo sobre o objeto do processo – relativo à admissibilidade e não à procedência.

O plano vertical, por sua vez, permite que seja observada toda a série de questões de fato e de direito enfrentadas e resolvidas pelo magistrado, desenhando o caminho lógico percorrido para a solução final da controvérsia. Apesar de o conteúdo lógico ser passível também de fracionamento em questões a serem resolvidas, somente o conteúdo *imperativo* poder causar gravame e sucumbência.

O jurista italiano, por fim, conceitua capítulo de sentença como *a decisão sobre um objeto autônomo do processo, tanto relativa à sua admissibilidade quanto à sua procedência*. E conclui que o capítulo contra a qual a apelação se volta é identificado na *extensão* da sentença, *no seu plano horizontal*. No entanto, as questões solucionadas no plano vertical permitem que o apelante identifique o raciocínio lógico-jurídico percorrido pelo juiz para a decisão, configurando o elemento que permite a crítica do litigante insatisfeito.

Além da exata configuração dos capítulos de sentença, a extensão do efeito devolutivo exige uma análise complementar no que se refere à independência dos mesmos.

Dessa forma, se o autor ajuizar uma ação judicial pleiteando indenização por danos materiais e morais sofridos e obtiver a procedência total de ambos, dois capítulos podem ser basicamente identificados: a) o primeiro relativo aos danos materiais; e b) o segundo, concernente aos danos morais.

Logo, havendo interposição de apelação impugnando apenas o capítulo relativo aos danos materiais, operar-se-á a preclusão e o trânsito em julgado do capítulo referente aos danos morais.

Em contrapartida, existirão capítulos de sentença absolutamente dependentes de um outro, razão pela qual haverá implicação jurídica. Tomemos como exemplo a condenação do réu no pagamento de honorários advocatícios incidentes sobre o valor do pedido principal. Reformada a sentença, julgando improcedente o aludido pedido, sucumbirá conseqüentemente a obrigação de pagar honorários. O mesmo ocorrerá no tocante às custas processuais. Ainda que não exista na apelação pedido expresso no sentido de eximir o recorrente do dever de pagar despesas processuais, a simples reforma do julgado, de forma a gerar a improcedência da ação, afetará o capítulo que condenou o apelante no pagamento de custas processuais.

Os capítulos de sentença oriundos e dependentes da procedência um determinado pedido são chamados de capítulos acessórios, prevalecendo a mesma regra consubstanciada na máxima “*o acessório segue o principal*”. Assim, as condenações em multa, *astreintes*, despesas processuais, honorários, reflexos em outras verbas etc., ainda que constituam capítulos próprios da sentença, estarão automaticamente inseridos na matéria impugnada quando o capítulo principal for objeto de apelação. O mesmo não ocorre, no entanto, em sentido inverso, visto que a impugnação do capítulo acessório da sentença não acarretará o conhecimento pelo órgão *ad quem* do capítulo principal. Revisitando os mesmos exemplos citados: uma apelação que impugna tão somente a condenação no pagamento de honorários advocatícios ou de custas processuais não ensejará, em hipótese alguma, a improcedência do pedido principal da ação.

Contudo, importante divergência deve ser salientada, no tocante à eventual possibilidade de se reduzir a verba honorária como capítulo acessório, sem que tenha havido pedido expresso pelo apelante nesse sentido.

Entendemos que o efeito devolutivo sempre abrangerá, na extensão, os capítulos considerados acessórios. Assim, havendo ou não alteração da condenação contida no capítulo principal, poder-se-á reduzir o importe condenatório no tocante ao pedido acessório.

O entendimento contrário, se baseia na ofensa a dois princípios fundamentais: a) dispositivo – por não haver pedido expresso de redução da condenação honorária; b) contraditório – em razão da parte não ter a oportunidade de defender o importe condenatório naquele patamar.

De outro lado, temos os denominados capítulos subordinados.

Segundo Ricardo Aprigliano, em casos assim, têm-se a ação principal e a ação subordinada, esta última proposta sob a condição de rejeição da ação principal. Como exemplo, uma ação de nulidade de casamento, cumulada com separação judicial. A segunda ação somente poderá ser analisada pelo juiz da causa se este rejeitar a ação de nulidade. Acolhendo a primeira, fica prejudicado o exame da separação judicial²¹.

A subordinação dos capítulos de sentença decorre da cumulação sucessiva de ações na petição inicial. O pedido de uma ação integra a causa de pedir da outra, denominada prejudicada, de forma que, se a ação prejudicial é rejeitada, a ação prejudicada ou subordinada é absorvida. Na verdade, com a improcedência da ação principal, o juiz *a quo* não chega a analisar a segunda ação, uma vez que o acolhimento da primeira é requisito para a análise da segunda. Temos como exemplo a ação de investigação de paternidade cumulada com o pagamento de alimentos.

Rejeitada a ação principal, com a absorção da subordinada, o recurso a ele referente devolverá ao órgão *ad quem* todo o capítulo relativo à ação principal e de todas as questões a ele relativas (CPC, art. 515, §1º). Todavia, a ação dependente (alimentos), absorvida pela rejeição da ação principal, não será compreendida na ampla devolução do art. 515, pois não se trata de mera questão suscitada e discutida na ação, mas sim de ação autônoma, exigindo menção específica no recurso de apelação, para que a matéria não transite em julgado.

²¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

No caso da ação absorvida ter sido expressamente mencionada na apelação, estaremos diante da controvérsia que envolve a possibilidade de o Tribunal julgar uma demanda que não chegou a ser decidida em primeiro grau e a suposta ofensa ao duplo grau de jurisdição, que será melhor analisada no capítulo relativo à “teoria da causa madura”.

No que tange à profundidade, os §§ 2º e 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, assim dispõe:

Art. 515 [...]

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

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

Diferente da extensão, que é limitada pelas próprias partes mediante o exercício do seu poder dispositivo, a profundidade é definida em lei.

Consoante disposto, o efeito devolutivo no ordenamento jurídico brasileiro atual, permite ao órgão *ad quem* a profundidade de conhecer e julgar todas as questões suscitadas e discutidas no processo, bem como todos os fundamentos que autor e réu tiverem apresentado.

3. A teoria da causa madura

A Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo 515 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

Art. 515 [...]

§3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desse logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

Nessa linha, a doutrina consolidou a denominada “teoria da causa madura”, segundo a qual o órgão *ad quem* estará apto a julgar *prima facie* causas que envolvam questões exclusivamente de direito e em condições de imediato julgamento, sempre que afastado o

motivo que ensejou a extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do art. 267 do CPC.

Nas palavras de Cruz e Tucci, “dando ênfase à ‘instrumentalidade’ em detrimento da boa técnica processual, essa novidade amplia de modo substancial a extensão do efeito devolutivo da apelação, permitindo que o juízo recursal extrava-se o âmbito do dispositivo da sentença de primeiro grau e, por via de consequência, o objeto da impugnação. Com isso, a apelação deixa de ter natureza de *revisio prioris instantiae* e passa a ser concebida com um *novum iudicium*, no qual ao órgão jurisdicional superior é lícito o mais amplo reexame da causa, em todos os seus aspectos de fato e de direito”²².

A crítica, contudo, teve início com base na suposta ofensa ao duplo grau de jurisdição perpetrada pela inovação legislativa.

No entanto, os argumentos contrários ao avanço da legislação processual não se sustentam, como bem salientou o jurista Nelson Nery Jr.: “o art. 515, §3º, do CPC confere, na verdade, competência originária ao tribunal de apelação, no caso que especifica. Isto quer significar que o tribunal pode julgar, pela primeira vez, matéria não apreciada pelo juízo *a quo*, de onde proveio o recurso de apelação. Pela via do ‘recurso’ o tribunal pode conhecer ‘originariamente’ do mérito. A solução da lei é heterodoxa, mas visa à economia processual. Não há inconstitucionalidade por ofensa ao duplo grau de jurisdição porque a lei processual pode conferir competência originária ao tribunal”²³.

A expressão “pode” contida no citado dispositivo legal, claramente se consubstancia em um poder-dever jurisdicional, não havendo sequer em se falar no direito da parte ter o seu processo devolvido ao órgão *a quo* para a realização do julgamento. Afinal, se assim não fosse, um autor que formulasse uma pretensão expressa no sentido de ter o seu pedido (juridicamente possível) julgado pelo juiz fulano de tal, ficaria desprovido do pronunciamento jurisdicional pelo juiz natural sob pena ofensa ao princípio dispositivo da parte.

Todavia, grandes nomes da doutrina processual, se pronunciam de forma diametralmente oposta. Segundo Fredie Didier Jr.: “cabe ao apelante fixar a extensão do efeito devolutivo de sua apelação, diferentemente da profundidade que é estabelecida em lei. Em relação à apelação, a profundidade de seu efeito devolutivo é ampla, em virtude da regra

²² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

²³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. d. São Paulo: RT, 2004.

contida nos §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC. Já a extensão é, repita-se, fixada pelo recorrente, nas razões de apelo. Então, o tribunal, concordando ser caso de análise do mérito, somente poderá dele conhecer, após dar provimento ao apelo na parte que impugna a sentença terminativa, na hipótese de o apelante requerê-lo expressamente em suas razões recursais. Em outras palavras, para que reste aplicada a regra do §3º do art. 515 do CPC é preciso que o apelante, em suas razões recursais, requeira expressamente que o tribunal dê provimento ao seu apelo e, desde logo, aprecie o mérito da demanda. Caso o apelante requeira que, após o provimento do recurso, sejam os autos devolvidos ao juízo de primeira instância para análise do mérito, por ignorância da nova regra ou por lhe ser mais conveniente, não poderá o tribunal, valendo-se do § 3º do art. 515 do CPC, adentrar no exame do mérito, sob pena de estar julgando *extra* ou *ultra petita*²⁴.

4. O efeito devolutivo e efeito translativo na jurisdição trabalhista

A legislação processual trabalhista não prevê a apelação como instrumento recursal, mas sim um substituto equivalente denominado “recurso ordinário, que pode ser manejado tanto para a correção dos *errores in iudicando* quanto dos *errores in procedendo*, ou seja, sua finalidade pode ser a de *reformat* (função rescisória do recurso), corrigindo as injustiças ou reexaminando as provas, ou a de *anular* (função rescidente) a sentença, respectivamente”²⁵.

Nas lições do eterno mestre Valentim Carrion, “o recurso ordinário devolve ao tribunal de segunda instância todas as questões recorridas, de direito e de fato; é o princípio do duplo grau de jurisdição, que não é absoluto nem constitucional; por isso felizmente há leis que determinam a instância única. Ao apreciar o apelo interposto, o tribunal deve reconhecer, mesmo sem provocação, pressupostos e prejudiciais que independem de requerimento da parte (CPC, art. 301, §4º), como é o caso da competência absoluta, das condições da ação, da coisa julgada e da litispendência, além dos pressupostos do recurso. Tampouco se exige, pelo duplo grau de jurisdição, que todos e qualquer um dos pedidos tenham sido julgados integralmente pela primeira instância; é suficiente que o juiz que adentrou no mérito tivesse condições de julgar determinada questão que não apreciou, ou seja, que as provas que tinham

²⁴ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil – volume 3*. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2010.

²⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 7. d. São Paulo: LTR, 2009.

de ser oferecidas o foram e que a questão foi debatida; é o que autoriza o CPC, art. 515, §1º: ‘Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro’. Chega-se ao extremo de, tendo sido apreciado o mérito apenas para acolher a prescrição (CPC, art. 269, IV), o tribunal, rejeitando a prescrição, julgar todo o mérito restante, se a causa já estava madura para ser decidida²⁶’.

No tocante à teoria da causa madura, a doutrina trabalhista também se flexibiliza, no sentido de incluir as questões fáticas, objeto de exaustiva instrução probatória .

Entende Mauro Schiavi que “a interpretação do termo ‘questão exclusivamente de direito’ deva ser feita de forma ampliativa para abranger também matéria fática, pois se a causa já estiver devidamente instruída, o Tribunal deve apreciar o mérito, pois a finalidade teleológica do §3º do art. 515 do CPC foi no sentido de imprimir mais celeridade processual. Além disso, se o Tribunal, sendo matéria de fato, baixar os autos ao primeiro grau para julgamento, o processo retornará ao segundo grau que dará a palavra final sobre a matéria fática²⁷’.

No mesmo sentido, o entendimento de Estevão Mallet: “mesmo havendo controvérsia sobre direito e também sobre fatos, se já foram realizadas todas as diligências pertinentes ao esclarecimento desses fatos, após larga instrução processual, sem, todavia, decisão de mérito – pronunciando-se, por exemplo, a carência de ação, o que sabidamente pode ocorrer a qualquer tempo (CPC, art. 267, §3º) -, o acórdão que reformar a sentença poderá desde logo reconhecer a procedência do pedido²⁸’.

E também de Sérgio Pinto Martins, defendendo que “o exame do mérito pode estar ligado a algum fato. O fato, porém, deverá independer de prova, como: (a) ser notório; (b) ser incontroverso; (c) ter sido confessado; (d) haver presunção legal de existência ou de veracidade (art. 334 do CPC), para que haja a possibilidade do exame da questão de direito. O mesmo ocorre em relação a fatos alegados pelo autor e não contestados pelo réu (art. 302 do CPC), hipótese que ocorre na revelia. Entretanto, se a matéria é de fato, ainda que contenha parte de direito, ou só de fato, não se pode julgar o mérito, pois estaria havendo supressão de instância. Pode haver prejuízo processual para a parte e, portanto, nulidade, pois no recurso de

²⁶ CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁷ SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2011.

²⁸ MALLET, Estêvão. *Revista LTr* n. 67-02/142.

revista não se admite reexame de fatos e provas pela turma do TST (S. 126 do TST). A pretensão de simples reexame de prova também não enseja recurso especial (S. 7 do STJ)²⁹”.

Contudo, a tendência doutrinária extensiva, não encontra ressonância na jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, que assim se manifesta:

O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 515 do CPC, transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões. Não se aplica, todavia, ao caso de pedido não apreciado na sentença, salvo a hipótese contida no § 3º do art. 515 do CPC (Súmula 393 do TST).

No tocante ao efeito translativo e a cognição das matérias de ordem pública perante o Tribunal Superior do Trabalho, sem prequestionamento, a doutrina e a jurisprudência estão plenamente concordes, de modo a afastá-la em absoluto.

Segundo Manoel Antonio Teixeira Filho “o efeito translativo se manifesta, especificamente, nos recursos ordinários, em virtude da amplitude cognitiva, dos tribunais, que ele enseja. A sua incidência nos demais recurso é algo rara, em decorrência do prequestionamento. Visando a formular uma regra pragmática, acerca da incidência deste efeito, podemos dizer que ele se traduz na possibilidade de o tribunal apreciar, por sua iniciativa exclusiva, não apenas matérias de ordem pública, como as enumeradas nos arts. 267, §3º, e 301, §4º, do CPC, mas, também, questões que tenham sido suscitadas e debatidas nos autos, ainda que a sentença impugnada não as tenha apreciado por inteiro (CPC, art. 515, §1º) e aquelas que, sendo anteriores à sentença recorrida, não tenham sido por esta apreciadas (CPC, art. 516)³⁰”.

Através de orientação jurisprudencial, o tema se pacificou na mais alta Corte em matéria trabalhista do país:

É necessário o prequestionamento como pressuposto de admissibilidade em recurso de natureza extraordinária, ainda que se trate de incompetência absoluta (OJ 62 da SBDI-1 do TST).

²⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho – doutrina e prática forense*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

³⁰ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho - vol. II – Processo de Conhecimento* – 2. São Paulo: LTR, 2009.

Convém destacar, no entanto, que inexistindo manifestação específica pelo regional, bastará a simples oposição dos embargos de declaração, para que a matéria seja considerada prequestionada, diferente da Justiça Comum, que exige o efetivo pronunciamento da corte, ensejando sucessivos embargos de declaração e eventual recurso especial com objeto de negativa de prestação jurisdicional.

I. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito.

II. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão.

III. Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração” (Súmula 297 do TST).

Conclusão

Podemos concluir que a extensão do efeito devolutivo é conferido às partes pelo art. 515, caput do CPC, mas a sua profundidade decorre de lei (no Brasil, em função dos parágrafos 1º e 2º do citado artigo).

No mesmo sentido o efeito translativo dos recursos, inenfo ao poder dispositivo das partes, na medida em que envolve matéria de ordem estritamente pública, comportando análise em qualquer momento e grau de jurisdição.

Embora existente significativa divergência doutrinária e jurisprudencial, aberto o acesso à instância extraordinária, nem sequer a ausência de prequestionamento poderia impedir o exame das matérias elencadas nos arts. 267, §3º e 301, §4º do CPC. Trata-se do conflito envolvendo de um lado a ordem pública e de outra a suposta segurança jurídica e celeridade, visto que certamente não ocorrerá estabilização das relações sociais, existente comando legal obstativo capaz de desconstituir ou revestir de inexigibilidade um título executivo judicial.

Na análise comparativa entre a Justiça Comum e a Justiça Especializada Trabalhista, encontramos uma substancial diferença no que tange à uniformização da jurisprudência quando o assunto é profundidade e extensão do efeito devolutivo dos recursos, bem como a

cognição das matérias de ordem pública (efeito translativo) perante o Tribunal Superior do Trabalho. Enquanto a jurisprudência se uniformiza de diferentes formas nos diversos Tribunais de Justiça existentes no território nacional e o Superior Tribunal de Justiça de revela incapaz de estabelecer um entendimento coerente e único no tocante ao efeito translativo sem prequestionamento, a Súmula 393 e a Orientação Jurisprudencial 62 da SBDI-1, ambos do TST, orientam há muito todos os vinte e quatro regionais e a própria relatoria monocrática da Casa, de sorte que a grande maioria dos recursos de revista (equivalentes ao recurso especial na Justiça Comum) acabam analisados com maior celeridade. Isso não quer dizer compartilhamos do citado entendimento externado pela mais alta corte em matéria trabalhista, mas apenas uma constatação em meio à verdadeira “jurisprudência lotérica” que permeia o Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, convém apenas destacar que não há que se falar em *reformatio in pejus* quando o assunto é profundidade do efeito devolutivo, instituto afeto apenas ao citado efeito em sua extensão.

Referências:

- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. São Paulo, Atlas, 2003.
- _____. *A ordem pública no direito processual civil*, Tese de doutorado defendida na FADUSP, 2010.
- BERMUDES, Sérgio. Efeito devolutivo da apelação. *Estudos de direito processual civil*. Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.
- BETTI, Emilio, *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936.
- CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. *Capo di sentenza*. In: *Studi di diritto processuale – v. III*, Padova: CEDAM, 1939.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1980.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil – volume 3*. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, v. II.

_____. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Apelação – Os Limites Objetivos do Efeito Devolutivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Nova dimensão para o recurso especial*, Tribuna do Direito, out./2008.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Recurso especial, extraordinário e embargos de divergência: efeito translativo ou correlação recursal?. *Revista Dialética*, v. 22, jan./05, p. 58/64.

GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel & CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro, Forense, 2003.

LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3. ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTR, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. “Parte” o “capo” di sentenza. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, ano XIX, II serie, 1964.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Recurso especial: ordem pública e prequestionamento”, *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coordenação: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo, DPJ Editora, 2005.

MALLET, Estêvão. In: *Revista LTr* n. 67-02/142.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho – doutrina e prática forense*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. Recurso especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento. *Recurso especial e extraordinário: repercussão geral e atualidades*. Coordenação: Rogério Licastro Torres de Mello, São Paulo, Método, out./2007.

MENDONÇA LIMA, Alcides. *Introdução aos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2. ed., 1976.

MONTORO, Marcos André Franco. *Requisitos de admissibilidade do recurso especial*, Dissertação de mestrado defendida na FADUSP, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. V*. 12. ed. São Paulo: Editora Forense, 12ª ed., 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 10. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

_____. “Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinários e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257)”. *Os Poderes do juiz e o controle das decisões judiciais, estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque, Os recursos e as matérias de ordem pública. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coordenação: NELSON NERY JÚNIOR E TERESSA ARRUDA ALVIM WAMBIER, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, 2003.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

ROSA, Pérsio Thomaz Ferreira. *O efeito translativo no âmbito dos recursos extraordinários*. Disponível em <http://www.frosa.com.br/artigos.asp>.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2011.



SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil – vol. 1*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho - vol. II – Processo de Conhecimento – 2*. São Paulo: LTR, 2009.

VILAR FILHO, José Eduardo de Melo. *Admissibilidade do recurso extraordinário: o novo entendimento do STF*. Revista Dialética, v. 13, abr./04, p. 35/42.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.