

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

LEONARDO LOPES DINIZ

**Uma nova compreensão da natureza jurídico-política do efeito devolutivo
do recurso**

Brasília, julho de 2011.

LEONARDO LOPES DINIZ

**Uma nova compreensão da natureza jurídico-política do efeito devolutivo
do recurso**

Monografia apresentada ao Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Dr. Vallisney de Souza
Oliveira

Brasília, julho de 2011.

FICHA CATALOGRÁFICA

DINIZ, Leonardo Lopes.

Uma nova compreensão da natureza jurídico-política do efeito devolutivo do recurso. Brasília, 2011.

51f. :il.

Monografia (bacharelado) – Universidade de Brasília, Departamento de Direito, 2011.

Prof. Orientador: Dr. Vallisney de Souza Oliveira, Departamento de Direito.

1. Efeito devolutivo do recurso. 2. Eficácia vertical dos direitos fundamentais. 3. Norma Fundamental. I. Título.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

DINIZ, LEONARDO LOPES. **Uma nova compreensão da natureza jurídico-política do efeito devolutivo do recurso.** Departamento de Direito, Universidade de Brasília, 53p. Brasília, 2011.

CESSÃO DE DIREITOS

Nome do autor: Leonardo Lopes Diniz

Título: Uma nova compreensão da natureza jurídico-política do efeito devolutivo do recurso

Grau/Ano: Bacharel em Direito, 2011.

É concedida à Universidade de Brasília a permissão para reproduzir cópias desta monografia de graduação, emprestá-las ou vendê-las somente para propósitos acadêmicos e científicos. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte desta monografia de graduação pode ser reproduzida sem a autorização por escrito do autor.

Leonardo Lopes Diniz

LEONARDO LOPES DINIZ

**Uma nova compreensão da natureza jurídico-política do efeito devolutivo
do recurso**

A Comissão Examinadora, abaixo identificada, aprova o Trabalho de Conclusão de Curso de
Direito da Universidade de Brasília do aluno

LEONARDO LOPES DINIZ

Prof. Dr. Vallisney de Souza Oliveira,
Professor-Orientador da UnB

Prof. Dr. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes
Professor Examinador da UnB

Prof.Me. Jan Yuri Figueiredo de Amorim
Professor Examinador da UnB

Brasília, julho de 2011.

Dedico este trabalho a minha família,
fonte incessante de apoio e conforto.

AGRADECIMENTOS

Quero congratular o professor Jan Yuri, por ser tão atencioso e prestativo.

Deixo o meu agradecimento ao professor Ítalo, pela sua generosidade e comprometimento com os alunos.

Por fim, quero agradecer especialmente ao meu professor e orientador Vallisney de Souza Oliveira, que tanto contribuiu para a concretização deste trabalho.

RESUMO

A construção do significado do efeito devolutivo do recurso sofreu diversas transformações ao longo da história, no tocante aos seus aspectos políticos e jurídicos, devido ao influxo de sistemas, à guisa de exemplo, sociologia, filosofia, economia e direito. A peculiaridade, obscuridade e a perplexidade dos diversos desdobramentos deste processo em distintos modos de estruturação da organização político-administrativa de cidades e Estados são o móvel para perquirir uma nova compreensão do efeito devolutivo.

Um dos eixos para aferição deste novo significado é a noção singular da magnitude da eficácia vertical dos direitos fundamentais, alicerce indispensável para reconfiguração do papel do Estado em relação à esfera individual, na medida em que encerra um mecanismo democrático de constituição de cidadania e agrega ao patrimônio jurídico dos jurisdicionados direitos públicos subjetivos de obter reexame de uma deliberação judicial, o que impõe ao Estado o poder-dever de atender a essa necessidade pública.

O outro eixo que pode levar a uma nova compreensão do efeito devolutivo do recurso é a ideia de Norma Fundamental - categoria jurídica elaborada pelo jurista austríaco Hans Kelsen -, que representa pressuposto de validade e constituição de todo o sistema jurídico, assim como confere ao seu guardião, previamente designado e legitimamente revestido de uma parcela da soberania, o dever de proteger a ordem jurídica ao avaliar a decisão recorrida.

Por fim, será feita nesta monografia uma análise crítica às subdivisões do efeito devolutivo e sua perspectiva horizontal e vertical.

Palavras-chave: 1. Efeito devolutivo do recurso. 2. Eficácia vertical dos direitos fundamentais. 3. Norma Fundamental.

ABSTRACT

The building of the meaning of the appeal's devolutive effect has been affected by several transformations in the course of the history, regarding to political and juridical aspects, due to the influx of systems, for instance, sociology, philosophy, economy and law. The peculiarity, obscurity and perplexity of many consequences of this process in different structuring ways of the political-administrative organization of cities and states are the moving force to inquire a new comprehension of devolutive effect.

One of the axis of this innovative meaning is the singular notion of magnitude of Vertical Efficacy of Fundamental Rights, needful foundation to reconfiguration of State's role in respecting to individual sphere, considering that it involves a democratic mechanism of citizenship's constitution and increases to those are under the jurisdiction public subjective rights to obtain the re-examination of judicial decisions in their juridical patrimony, what forces the State the obligation-power of answering to this public demand.

The other axis that can lead to a new comprehension of appeal's devolutive effect is the idea of Fundamental Norm – juridical category elaborated by the austrian jurist Hans Kelsen -, which represent the prerequisite of validity and constitution of all juridical system, furthermore adjudicates to its guardian, previously designated and legitimately covered of a parcel of sovereignty, the obligation to protect the juridical order when an appealed judicial decision will be analyzed.

Finally, a critical analysis of the devolutive effect's subdivision and its horizontal e vertical perspectives will be done in this monograph.

Key-words: 1. appeal's devolutive effect. 2. Vertical Efficacy of Fundamental Rights. 3. Fundamental Norm.

SUMÁRIO

Introdução.....	11
Metodologia.....	13
1. Origem da ideia de efeito devolutivo	15
2. Transformação do conteúdo político do efeito devolutivo após a queda do Antigo Regime.	119
3. Novo significado político-jurídico do efeito devolutivo	23
4. A eficácia vertical dos direitos fundamentais e a Norma Fundamental proposta por Kelsen como parâmetros para afirmação do novo conteúdo jurídico-político do efeito devolutivo.	26
5. Conceito jurídico-positivo de efeito devolutivo.	34
6. Perspectivas horizontal e vertical do direito devolutivo.....	37
7. Subdivisões do Efeito Devolutivo.	42
7.1. Efeito Obstativo.....	42
7.2. Efeito Translativo.	44
7.3. Efeito Expansivo.	48
7.4. Efeito Substitutivo.	52
7.5. Efeito Regressivo.....	54
7.6. Efeito Diferido.....	55
Conclusão.	56
Referências.	60
REFERÊNCIAS.	

LISTA DE ABREVIATURAS

AC – Ação Cautelar

Ag- Agravo

AI- Agravo de Instrumento

AgRg - Agravo Regimental

CF - Constituição Federal

CPC - Código de Processo Civil

DC - Depois de Cristo

DJ – Diário de Justiça

EREsp - Embargos de Divergência ao Recurso Especial

RE - Recurso Extraordinário

REsp - Recurso Especial

RHC- Recurso Ordinário em Habeas Corpus

RMS - Recurso em Mandado de Segurança

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

Introdução

Notadamente, as diversas concepções de categorias jurídicas sofrem influências ou são determinadas conforme o sabor de circunstâncias sociopolíticas imprevisíveis e eventos históricos, que, por sua vez, alteram profundamente a organização político-administrativa de cidades ou Estados.

Assim, é inevitável que tais transformações estendam seus efeitos sobre a ordem jurídica estabelecida, principalmente sobre seus institutos, princípios e fundamentos, haja vista a imperiosa necessidade de que os regramentos reflitam os desejos mais valiosos dos destinatários da norma. Cria-se um novo espaço para incorporação de novas ideias e reformulação de entendimentos reputados como pacíficos e consolidados. Por outro lado, isso pode gerar um movimento de grande resistência e insatisfação de determinados agrupamentos sociais.

No tocante ao efeito devolutivo, seu significado político-jurídico não se comporta de modo diverso, pois sofre influxos de diversos sistemas sociais como a sociologia, filosofia, economia e direito. Partindo dessa premissa, o presente trabalho visa investigar as diversas expressões e mutações sofridas pelo efeito devolutivo dos recursos, com o fito de aferir um novo entendimento deste conceito.

Para tanto, será realizada uma exposição a respeito da metodologia desta monografia com os pressupostos teóricos, indicação do método de abordagem a ser empregado, assim como os objetivos e técnicas de pesquisa a serem alcançados.

Primeiramente, será realizada uma breve passagem no império romano para apreensão da origem da ideia do efeito devolutivo, especificamente no período denominado *cognitio extraordinem*.

Após essa fase, será feita uma avaliação sobre a profunda mudança de tal efeito recursal no período de regimes monarcas. Por fim, será feita uma nova análise a respeito de uma nova compreensão político-jurídica adquirida pelo efeito devolutivo na esteira de um Estado Democrático de Direito.

Um dos pilares para elucidação deste tema é a noção do papel estruturante exercido pela Norma Fundamental, categoria formulada por HANS KELSEN, fundamento de

validade de todas as normas do ordenamento jurídico, para aproximação de um dos significados possíveis de tal efeito recursal.

Ao seu turno, a eficácia vertical dos direitos fundamentais representa uma vereda interessante, na medida em que constitui um paradigma para exigência pelos jurisdicionados de obter um reexame do objeto litigioso recursal e, por conseguinte, uma prestação jurisdicional célere e efetiva.

Outro objetivo desta monografia é perquirir as novas concepções jurídico-processuais do efeito devolutivo, tendo como norte a sistemática do código de processo civil de 1973.

Ademais, haverá uma análise crítica das perspectivas horizontal e vertical do efeito devolutivo, bem assim as diversas subdivisões deste.

Metodologia

Cumprir frisar que os métodos de abordagem utilizados serão o histórico e o dedutivo-indutivo, o método de procedimento, o monográfico, o método de interpretação, lógico-sistemático e teleológico.

Além disso, as técnicas de pesquisa consistem basicamente na documentação indireta, representada pela pesquisa bibliográfica de livros.

Segundo BONAVIDES, o método histórico delinea os seguintes aspectos:

“ O método traça toda a proposição legislativa, desce no tempo a investigar a ambiência em que se originou a lei, procura enfim encontrar o legislador histórico, como diz Burckhardt, a saber, as pessoas que realmente participaram na elaboração da lei, trazendo à luz os intervenientes fatores políticos, econômicos e sociais, configurativos da *occasio legis*.”¹

Conforme bem ilustra BONAVIDES, o método histórico, dentro do contexto do direito, somente adquire relevância e sentido caso esteja jungido ou afetado a uma finalidade específica. Por essa razão, assume importância o método teleológico, que tem por norte perquirir os fins sociais econômicos, políticos e culturais a que a norma jurídica visava².

A interpretação sistemática apresenta um nexo de complementaridade com a lógica, o que acarreta uma ampliação considerável das perspectivas desta por aquela. O fundamento de validade de uma fortalece a outra.

A interpretação de um ordenamento jurídico não deve ser analisada mediante uma norma jurídica individualizada, insulada, sem levar em conta o conjunto e a interação de todas as demais.

Por isso, o ângulo de análise lógico-sistemático deve partir da existência de uma ordem jurídica única, sistemática, com desígnio de completude e manutenção de coerência. Assim, o olhar jurídico deverá inevitavelmente realizar confrontos entre normas, resolver aparentes antinomias, buscar extrair seu maior sentido e extensão, de modo a não comprometer ou colocar em risco a integridade do sistema, que não deve ser concebido como uma realidade estática e imutável, pois valores de uma sociedade mudam constantemente e o

¹ BONAVIDES(2008:446)

² BONAVIDES(2008:446)

Direito deve acompanhar esse conjunto de transformações de modo a conferir aos cidadãos estabilização de expectativas normativas.

A interpretação lógico-sistemática, como bem assenta BONAVIDES, tem por escopo a íntima conexão do preceito, do lugar em que se acha e da sua relação com os demais preceitos, até alcançar o laço que une todas as regras e instituições num todo coerente³.

³ BONAVIDES(2008:445)

1. Origem da ideia de efeito devolutivo

Antes da consolidação de um sistema político que tinha por característica a separação dos poderes, todas essas funções eram reunidas nas mãos de uma figura como um governante ou imperador.

O período do Direito Romano denominado *cognitio extraordinem*, que se consolidou no século III D.C, foi caracterizado, por grandes transformações no império romano. Pode-se apontar, entre outros fatores, o processo cumulativo de incorporação ao Imperador de poderes para dirimir quaisquer questões cíveis e criminais, em virtude da *lex de imperio*. O processo extraordinário, segundo ALVES, emergiu, em Roma, para dirimir questões de natureza administrativa ou policial. A ausência do querelado não tinha o condão de impedir o conhecimento e decisão do litígio

As principais características do processo extraordinário, consoante ALVES, são as seguintes:

- “a) ausência de divisão da instância em instância *in iure* e *apud iudicem*, correndo todo o processo diante de um funcionário do Estado, que o representa na distribuição da justiça;
- b) o processo se desvincula do direito privado, passando a ser regido pelo direito público, pois nele não mais se verifica o que ocorria no processo formulário, em que o *iudex* era um particular escolhido, em regra, pelas partes, para dirimir o conflito de interesses;
- c) desaparece a fórmula como instituto jurídico de natureza processual, uma vez que sua razão de ser resultava da própria estrutura do processo formulário;
- d) há possibilidade de recurso contra a sentença, porquanto quem a profere é um funcionário do Estado hierarquicamente subordinado a superiores, que podem rever o julgamento dele;
- e) sendo o juiz representante do Estado, sua sentença pode ser executada com o emprego de força pública(*manu militari*).”⁴

Todavia, tendo em vista que era faticamente impossível o exercício pleno e simultâneo de tamanhas atribuições, muitas dessas foram inevitavelmente delegadas. Assim, a atividade de julgar fora inexoravelmente transferida a pretores ou juízes, incumbidos de agir nos estritos limites outorgados pela autoridade de cúpula⁵.

⁴ ALVES(2008:257)

⁵ DIDIER JÚNIOR(2010:83)

Caso uma parte se sentisse prejudicada em decorrência da decisão adotada pelo juiz delegado, seria possível a interposição de um recurso à autoridade maior daquela sociedade.

Contudo, o imperador desincumbiu-se da atribuição de julgar, haja vista que houve a delegação de parcela de poder. Assim, com a finalidade de julgar tal recurso, o poder de julgar, que tinha sido transferido aos pretores, era devolvido à autoridade superior.

Deste modo, a noção do efeito devolutivo surgira justamente do retorno das atribuições de julgamento dos pretores peregrinos e juízes ao imperador. Pode-se inferir que essa concepção está lastreada no pressuposto da hierarquia entre a autoridade máxima julgadora do recurso e a autoridade recorrida, para quem os poderes foram transferidos. Dessa forma, o imperador poderia controlar as ações dos seus delegados e avaliar se eles eram de sua confiança.

Segundo ALVES, se o vencido tivesse o desejo de apelar da sentença, que não lhe fora satisfatória, deveria observar alguns princípios⁶.

Em primeiro lugar, nem toda sentença poderia ser hostilizada pelo recurso de apelação: o Código Teodosiano, anterior ao Justiniano, fixava a regra da vedação de apelação de sentenças preparatórias ou interlocutórias; porém Justiniano possibilitou a interposição de apelação contra qualquer sentença, seja terminativa ou definitiva⁷.

Ademais, segundo ALVES, inexistia, antes de Justiniano, limite de graus de jurisdição, de sorte que o número de apelações estava condicionado ao de juízes organizados dentro da estrutura hierárquica entre o primeiro juiz e o imperador. Assim, era plenamente possível a interposição de inúmeras apelações. Com as alterações realizadas por Justiniano, haveria apenas duas apelações sucessivas⁸.

Outro aspecto a ser analisado era a observância da interposição dos recursos às instâncias recursais, não se admitindo a sua supressão. Assim, o recurso deveria ser dirigido à autoridade imediatamente superior⁹, ressalvados os casos de especial importância, que poderiam ser submetidos diretamente ao imperador, desde que sejam respeitadas regras específicas.

⁶ ALVES(2008:264)

⁷ ALVES(2008:264)

⁸ ALVES(2008:264)

⁹ ALVES(2008:264)

A última regra informava que a apelação era realizada oralmente quando da leitura da sentença, ou na forma escrita¹⁰ (por meio de um *libellus appellatorius*), cujo prazo era de 10 dias, após as mudanças realizadas por Justiniano. Por fim, incumbia ao recorrente remeter o recurso ao juiz superior. A apelação era dotada tanto do efeito devolutivo como do efeito suspensivo. Logo, nesta época, a concepção do efeito devolutivo restringia-se a recursos de cunho vertical¹¹.

Assim, os embargos declaratórios, recurso de cunho horizontal, não eram abrangidos pela concepção antiga de efeito devolutivo, em virtude de que somente havia recursos verticais naquela época.

Porém, era conferido ao juiz superior a *reformatio in pejus* contra o recorrente.

Podem-se ver a seguir algumas informações feitas por ALVES acerca do período da *cognitio extraordinaria*:

“Na *extraordinária cognitio*, ao contrário do que ocorria no processo formulário, não gozava o juiz de ampla liberdade para a avaliação de provas, pois os imperadores, em constituições imperiais, estabeleceram algumas regras em virtude das quais não só certas provas deveriam ser consideradas superiores a outras, como também a algumas não podia dar o juiz qualquer valor.”¹²

Nessas condições, a estrutura recursal era baseada na delegação de poderes pela autoridade máxima de uma organização social e de uma lógica de hierarquia funcional e administrativa entre os órgãos.

Cumprir lembrar que nessa época já havia uma preocupação com o objeto de impugnação do recurso, ou seja, a extensão do efeito devolutivo, conforme a máxima do *tantum devolutum quantum appellatum*. Assim, vedava-se que os capítulos decisórios não contidos no recurso fossem apreciados¹³.

Segundo NERY JÚNIOR, havia uma antiga controvérsia reinante no âmbito doutrinário que tinha por norte uma compreensão impertinente da *appellatio* do direito romano, sobre se a apelação representaria uma *revisio prioris instantiae* ou um *novum iudicium*, transparecia uma falsa discussão, em virtude da possibilidade de que os recursos

¹⁰ ALVES(2008:264)

¹¹ DIDIER JÚNIOR (2010: 83)

¹² ALVES(2008:261)

¹³ NERY JÚNIOR; ANDRADE NERY(2006:741)

tenham função anulatória (rescindente) com o escopo de expurgar *erro in procedendo*, assim como função modificativa (substitutiva), para afastar *erro in iudicando*¹⁴.

Essa discussão – hoje não mais existe -, conforme ilustra NERY JÚNIOR, teria sido sanada de forma apropriada pela doutrina alemã¹⁵, que entendia a apelação como um recurso apto tanto para cassação de sentença (*revisionsprinzip*), quanto para reformá-la (*berufungsprinzip*), que expressariam características, respectivamente, da *revisio prioris instantiae* ou do *novum iudicium*.

¹⁴ NERY JÚNIOR(1996:363)

¹⁵ NERY JÚNIOR(1996:363)

2. Transformação do conteúdo político do efeito devolutivo após a queda do Antigo Regime.

A estrutura das monarquias absolutistas, muito embora esteja inserida no bojo da concepção de Estados Nacionais e de uma política mercantilista, manteve algumas características do período romano da *cognitio extraordinem*, principalmente no tocante à concentração de todos os poderes, sendo que agora tais atribuições encontram-se nas mãos da figura do Rei, conforme a máxima afirmada por Luís XIV de que “o Estado sou eu”.

O Estado era ainda uma realidade fática, pois o poder político decorria unicamente de uma situação de fato, na qual havia concentração de todas as atribuições pelos monarcas, compreendendo inclusive a de composição dos conflitos sociais. Assim, se o Rei não mais existisse, o Estado desapareceria também. Logo, não havia a constituição de entes abstratos não divinos que estruturassem a política do Estado.

Ostentava o rei os seguintes atributos da soberania:

- a) poder de decretar leis;
- b) fazer justiça;
- c) cobrar ou arrendar a cobrança de impostos;
- d) manter o exército;
- e) nomear funcionários.

Podem-se citar alguns fatos relevantes:

“Os séculos XV e XVI foi caracterizado pela formação de instituições centralizadas e controladas pelo monarca, à guisa de exemplo, o Conselho de Estado. Outro fato relevante foi o surgimento de um corpo de funcionários submetidos a critérios racionais de eficiência e organizados consoante uma hierarquia sujeita a uma autoridade única, o próprio rei.”¹⁶

Entre os séculos XVI e XVIII, verificou-se uma fase de consolidação, em que a burocratização e racionalização dos órgãos governamentais alcançaram o ápice e delinearão a construção do Estado Moderno. Dois outros eventos propiciaram isso. Um deles foi o

¹⁶ ARRUDA(2001:170)

renascimento do Direito romano. O outro, a emergência de juristas de formação universitária que serviam o rei¹⁷.

Nesse período, havia delegação de poderes, de modo que caso alguém se sentisse insatisfeito, seria possível recorrer ao Rei. Com efeito, o poder delegado era também restituído, configurando-se também o mesmo significado do efeito devolutivo. Pode-se afirmar também que o efeito devolutivo representava um instrumento de controle do monarca para avaliar a lealdade e confiança dos seus delegados. Contudo, esse recurso estava longe de ser julgado com base em critérios objetivos e impessoais. A racionalidade era assim instrumento e justificativa para satisfação das necessidades do rei.

Tal efeito devolutivo era utilizado como manobra política para satisfazer os interesses da coroa, ora julgando favoravelmente a determinados grupos, ora indeferindo como represália a determinados setores da sociedade, o que transformava essa prerrogativa em um poderoso instrumento de barganha. Além disso, o Rei não poderia ser responsabilizado pelos seus atos, segundo a tese de que “the king can do no wrong”.

As revoluções burguesas, porém, compeliram uma mudança paradigmática na estrutura política, econômica, social e jurídica em muitos regimes absolutistas.

No plano jurídico, observou-se a formação de Constituições Modernas, que consagraram basicamente a proteção da esfera jurídica individual – vida, liberdade, propriedade e contrato - e limitações concretas ao poder do Estado. Dessa forma, rompeu-se com aquela organização sociopolítica – sociedade estamental, na qual o Rei era dotado de poderes ilimitados, bem como se inaugura uma delimitação mais rígida da estrutura judiciária, pois os órgãos apresentam funções bem precisas, não podendo exceder os limites de sua competência.

BONAVIDES pormenoriza tais aspectos decorrentes das Constituições:

“(O Estado Constitucional) consubstanciava-se numa ideia fundamental: a limitação da autoridade governativa. Tal limitação se lograria tecnicamente mediante a separação dos poderes (as funções legislativas, executivas e judiciárias atribuídas a órgãos distintos) e a declaração de direitos.”¹⁸

Logo a seguir BONAVIDES apresenta outra importante constatação:

¹⁷ ARRUDA(2001:170)

¹⁸ BONAVIDES(2008:36)

“A noção jurídica e formal de uma Constituição tutelar de direitos humanos parece, no entanto, constituir a herança mais importante e considerável da tese liberal. Em outras palavras: o princípio das Constituições sobreviveu no momento em que foi possível discernir e separar na Constituição o elemento material de conteúdo (o núcleo da ideologia liberal) do elemento formal das garantias (o núcleo de um estado de direito). Este, sim, pertence à razão universal, traz a perenidade a que aspiram as liberdades humanas. O neoliberalismo do século XX o preserva nas Constituições democráticas do nosso tempo, porquanto, se o não acolhesse, jamais poderia com elas exprimir a fórmula eficaz de um Estado de direito.”¹⁹

O efeito devolutivo, que antes decorria politicamente das benesses, relações pessoais, barganha e dos favores do Rei, agora representa uma consequência do exercício legítimo do direito subjetivo do recorrente de obtenção da reapreciação da decisão recorrida, de modo que o Estado não só não pode refutá-lo, como também deve garanti-lo. Deve-se lembrar, contudo, que essas mudanças ocorreram muito mais por ação dos grupos que não queriam se submeter aos caprichos dos déspotas do que propriamente pela pressão dos setores menos abastados – estes vieram a reboque.

Sobre as desconfianças dos jurisdicionados em relação à atuação jurisdicional na França, assim afirma CAPPELLETTI:

“Razões históricas, sobretudo, ou seja, a permanente lembrança das graves interferências que, anteriormente à Revolução, os juízes franceses muito frequentemente perpetravam na esfera de outros poderes, com consequências que, se, às vezes, podiam, também, representar um salutar antídoto contra as tendências absolutistas da monarquia, mais amiudamente tinham, antes, o sabor do arbítrio ou do abuso.”²⁰

A seguir CAPPELLETTI apresenta quais as razões para tamanha atuação parcial e discriminatória:

“Para explicar os motivos disto bastará recordar que o ofício judiciário fora considerado pelos franceses do *ancien régime* e, em particular, pelos ‘Parlementaires’, ou seja, pelos juízes daquelas Cortes Superiores que eram os Parlements, como *droit de propriété*, um *droit patrimonial*”²¹.

¹⁹ BONAVIDES(2008:36)

²⁰ CAPPELLETTI(1992:96)

²¹ CAPPELLETTI(1992:96-97)

Ao partir dessa premissa, CAPPELLETTI conclui que os juízes franceses desfrutavam de tal condição de todas as formas possíveis a expensas das partes litigantes do mesmo modo que um proprietário sabe gozar de suas faculdades²². Ademais, esses magistrados atuaram de modo a impedir qualquer reforma em sentido liberal.

Nessas condições, havia, na França, um forte ressentimento e hostilidade à realização de controle por parte dos juízes dos atos do parlamento, uma vez que a observância da soberania popular poderia estar em risco²³.

Assim, o Estado, após a formação das Constituições, assumiu o dever de conferir objetivamente aos jurisdicionados insatisfeitos com a decisão recorrida os meios necessários para que essa seja reexaminada.

Deste modo, o atendimento ao efeito devolutivo está inserido em um contexto de satisfação da tutela jurisdicional, em virtude dos mandamentos imperativos das Constituições, assim como de conferir cidadania aos jurisdicionados, na medida em que esses reconhecem na atuação do Poder Judiciário imparcial a existência de elementos que promovem proteção de garantias constitucionais.

²² CAPPELLETTI(1992:97)

²³ CAPPELLETTI(1992:97)

3. Novo significado político-jurídico do efeito devolutivo

Após a queda de regimes absolutistas, consagrou-se uma vasta gama de direitos e garantias aos indivíduos, dentre eles o de reapreciação das decisões judiciais. Assim, no plano político, o entendimento do efeito devolutivo tem por escopo a importância de promover cidadania aos indivíduos, em virtude da imperiosa necessidade de observância da eficácia vertical dos Direitos Fundamentais, que espelha a aplicabilidade desses direitos como balizas às condutas dos governantes em relação aos governados, em um vínculo vertical entre Estado e indivíduo, como um mecanismo de arrimo das liberdades individuais – reputados pela doutrina como direitos fundamentais de primeira geração - e proscrição da interferência estatal na esfera do particular. Nessas condições, os direitos fundamentais eram tidos como um rosário de garantias e liberdades, ou seja, direitos de defesa do indivíduo perante o Estado.

Por outro lado, pode-se ressaltar a configuração da função dos magistrados como sujeitos - cuja atuação é marcadamente contramajoritária - que exercem parcela da soberania estatal. Assim, são importantes atores no processo de construção democrática de um Estado e reflexo de uma sociedade crítica e engajada. Ademais, eles desempenham uma atribuição político-institucional de grande relevo: são guardiões da Norma Fundamental, categoria instituída pelo jurista austríaco HANS KELSEN.

Desse modo, a Norma Fundamental não poderia existir se não houvesse quem pudesse preservar a ordem jurídica, espelho de um sistema com pretensão de completeza, unidade, coerência. Caso contrário, a Norma Fundamental seria uma ideia inócua, vazia, carregada pelo vento, na medida em que se afastaria de um postulado lógico. Cumpre lembrar que sua finalidade não se encerra em si mesma. O significado da Norma Fundamental é reciprocamente considerado com uma ordem positiva válida, revestida de um mínimo de eficácia.

Isso significa que, de certa maneira, os juízes preservam o pressuposto e fundamento de validade de constituição de todas as normas do ordenamento jurídico. Assim, no plano jurídico, a atuação jurisdicional não somente tem por finalidade a composição de conflitos entre os litigantes, mas também preservar a higidez de toda a ordem jurídica. Com efeito, se esta não está eivada de qualquer vício, o seu pressuposto lógico de validade também remanescerá incólume.

O novo conteúdo político-jurídico do efeito devolutivo se encerra na compreensão de dois postulados basilares:

a) resgatar a noção da Norma Fundamental, núcleo irradiador de sustentação de todo o sistema jurídico, ao mesmo tempo em que traduz o preceito que confere parcela da soberania ao seu guardião;

b) proteção e efetivação da eficácia vertical dos direitos fundamentais, como instrumento democrático de formação de cidadania e incremento ao patrimônio jurídico dos jurisdicionados de novos direitos públicos subjetivos – direitos de liberdade – aumento de novas necessidades públicas. A seguir, HABERMAS propõe uma definição desses direitos:

“Nesta linha de interpretação, direitos subjetivos são direitos negativos que protegem os espaços da ação individual, na medida em que fundamentam pretensões, reclamáveis judicialmente, contra intervenções ilícitas na liberdade, na vida e na propriedade.”²⁴

Para antiga concepção política do efeito devolutivo, este nada mais era do que um mero favor ou instrumento de barganha para articulação política dos Imperadores e dos Reis. Ademais, o jurisdicionado ficara em uma situação precária, pois estava alheio à construção democrática das decisões judiciais, ou seja, era alguém desnecessário e, por vezes, carente de atividade jurisdicional, haja vista a ausência de direitos civis e políticos em regimes autoritários. Ademais, como o ofício judiciário era um direito de propriedade dos magistrados, não havia o comprometimento devido com o interesse público, mas sim com a satisfação de interesses de determinados grupos, ou seja, a reapreciação dos recursos era feita para consecução de objetivos particulares e de forma unilateral, excluindo o cidadão da esfera pública. No que se refere ao aspecto jurídico, não havia a preocupação do Estado com a concretização de direitos fundamentais nem sequer um esboço do pressuposto válido do qual se alicerça toda a ordem jurídica válida e dotada de um mínimo de eficácia. Deste modo, a reapreciação da matéria impugnada por um juiz não poderia ser exigida do poder público. Por essa razão, o Estado Constitucional assume notável importância, na medida em que assume o dever de reapreciar as decisões das quais os indivíduos.

Assim, no plano político, o novo conteúdo do efeito devolutivo representa a devolução ao juiz dotado de parcela da soberania estatal para promoção de uma política

²⁴ HABERMAS(2003:116)

pública de resolução de conflitos sociais e acesso ao judiciário²⁵, o que impede o avanço de desigualdades sociais e diminui a violência. Igualmente, consolida-se um processo de estabilização de expectativas normativas²⁶, de sorte que as perspectivas de comportamento são contrafaticamente estabilizadas²⁷. Ademais, o conteúdo do efeito devolutivo neste plano simboliza a efetivação da cidadania, o que reforça o caráter democrático das decisões adotadas pelo Estado, assim como permite a formação de uma esfera pública de comunicação e integração política²⁸ entre o jurisdicionado e o magistrado. Neste diapasão, HABERMAS assenta que o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito²⁹.

No plano jurídico, o novo conteúdo do efeito devolutivo pode ser concebido como a devolução da matéria impugnada ao guardião da norma fundamental previamente previsto por esta, haja vista que o pressuposto de validade da ordem jurídica precisa ser protegido. Além disso, no mesmo plano, o conteúdo do efeito devolutivo designa a concretização do direito público subjetivo do jurisdicionado de obter a reapreciação da matéria impugnada – direito fundamental- por um magistrado, assim como se exige do Estado o dever de promover esse direito ao indivíduo.

²⁵ PEREIRA(2006:21)

²⁶ VIANA apud LUHMANN(2010:92)

²⁷ LUHMANN(1987:43)

²⁸ HABERMAS(2003a:268)

²⁹ HABERMAS(2003:190-191)

4. A eficácia vertical dos direitos fundamentais e a Norma Fundamental proposta por Kelsen como parâmetros para afirmação do novo conteúdo jurídico-político do efeito devolutivo.

A eficácia vertical dos direitos fundamentais, em contraposição à dimensão horizontal, impõe a observância e aplicação desses preceitos singulares especificamente na relação entre o particular e o Estado. Tal vínculo foi consagrado após o advento das Constituições Burguesas, que consolidaram alguns princípios básicos do Estado Liberal.

O primeiro aspecto a ser destacado é o advento de constituições escritas³⁰ como instrumentos para contenção de eventuais excessos cometidos no exercício do poder público.

Pode-se citar, ainda, o reconhecimento do povo como titular legítimo do poder, bem assim o dever de proteção da esfera jurídica dos particulares assumido pelo Poder Público. Ademais, ao Estado seria vedada a ingerência nas atividades dos particulares e da propriedade privada, na medida em que foi realizada a escolha pela primazia dos direitos de liberdade, conforme a expressão “*laissez faire, laissez aller, laissez passer*”.

Exige-se, assim, o menor grau de intervenção estatal nas questões concernentes aos interesses do indivíduo. Ademais, também foi reconhecido que o âmbito de sua atuação está adstrito aos limites impostos pelos mandamentos legais e constitucionais, o que consolida um Estado de Direito. Desse modo, outro postulado desse Estado representa as limitações balizadas pela Constituição.

Além disso, as Constituições Modernas trouxeram em seu bojo a observância da teoria da separação dos poderes, segundo a qual cada Poder exerce uma função típica, inerente à sua natureza, atuando independente e autonomamente, o que proíbe a concentração das atividades legislativa, legislativa e executiva nas mãos de somente um órgão. Tal teoria representa um mecanismo eficiente de contraposição aos efeitos nocivos decorrentes do absolutismo monárquico³¹.

Assim, ao Estado não podem ser conferidas atribuições para composição de litígios sem ter sido previamente provocado³², nem extrapolar os limites da sua atuação, quando for acionado. Por outro lado, franqueia-se aos particulares a submissão dos seus conflitos à apreciação do Estado-Juiz, na medida em que é proibida, em regra, a autotutela, ou

³⁰ LENZA(2009: 6)

³¹ TAVARES(2007:4-5)

³² Artigo 2º CPC: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais.”

seja, justiça privada. O fundamento dessa vedação reside justamente no monopólio do Estado do uso legítimo da violência. Uma vez ameaçado ou violado um direito, o seu titular poderá acionar o Estado-Juiz para reavê-lo ou obter reparação pelo dano experimentado, conforme prevê o art. 5º, XXXV, CF, que enuncia o princípio da inafastabilidade da jurisdição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ademais, MORAES afirma que a indeclinabilidade da prestação judicial é mandamento que dirige a jurisdição³³.

Tais corolários encerram o compromisso do Estado de garantir a concretização à fruição do direito fundamental de prestação jurisdicional. Tal dever-poder, muito embora seja necessário, não é suficiente. Isso porque, no Estado Democrático de Direito, a prestação jurisdicional deve também alcançar o aspecto substancial, ou seja, precisa conferir meios materialmente justos e razoáveis, conforme ilustra o princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV, CF: “ninguém será privado da liberdade ou dos bens sem o devido processo legal”.

Por sua vez, os litigantes devem ter o direito à ampla defesa e ao contraditório, conforme estabelece o art. 5º, LIV, CF: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes”. Deve-se entender que a expressão recursos abrange tanto os recursos *stricto sensu* como as ações autônomas de impugnação, refletindo, portanto, o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição.

Por seu turno, o princípio do duplo grau de jurisdição significa a possibilidade de reapreciação da solução da causa. Sua previsão também se encontra no artigo 8º, n. 2, letra “h” do Pacto de San José da Costa Rica, que assim assevera:

“Durante o processo, toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.”

BUENO assevera que o princípio do duplo grau de jurisdição é parte integrante do modelo constitucional do processo³⁴. Outro forte argumento que corrobora o status constitucional desse princípio é o artigo 105, II, CF, que dispõe sobre o Recurso Ordinário Constitucional, que reexamina decisões denegatórias de Tribunais ou causas em que forem

³³ MORAES(2002:103)

³⁴ BUENO(2006:225)

partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País. Deve-se registrar que, segundo a jurisprudência do STF³⁵, esse princípio não foi erigido à estatura constitucional.

Cumpra realizar outra observação:

“Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier ponderam que, sem embargo de não vir expresso no texto constitucional, o princípio do duplo grau de jurisdição é considerado de caráter constitucional em virtude de estar umbilicalmente ligado à moderna noção de Estado de Direito, que, por sua vez exige o controle, em sentido duplo, das atividades do Estado pela sociedade. Asseveram que o duplo grau desempenha controle nos dois planos: a sociedade, que, em cada processo, está ‘figurada’ pelas partes, exerce o controle da atividade estatal por meio do manejo de recursos; e, no plano interno do Poder Judiciário, os órgãos hierarquicamente superiores ‘controlam’ as decisões proferidas dos inferiores.”³⁶

Nessas condições, o princípio do duplo grau de jurisdição reveste-se de notável importância para o fortalecimento e ampliação da esfera pública, pois proporciona e integração e participação da comunidade nas decisões judiciais e evita assepsia e a anestesia do aparelho jurisdicional. Por outro lado, ele revela o desejo do Estado de ensinar aos jurisdicionados a possibilidade de apresentar erros judiciários e, assim, fortalece o Estado de Direito, na medida em que o Poder Público busca incluir-se entre aqueles que cumprem a lei, não somente exigindo que os demais também o façam.

Contudo, deve-se ressaltar que esse princípio, apesar de ser considerado constitucional por parcela da doutrina, sofre restrições, por exemplo, o artigo 515, §3º do CPC, que permite ao Tribunal, no reexame da apelação interposta contra sentença terminativa, conhecer diretamente do mérito, contanto que a causa trate de questão exclusivamente de direito e esteja pronta para julgamento. Nesta situação, muito embora não haja apreciação da matéria meritória pelo primeiro grau, é lícito que o órgão *ad quem* avalie o mérito.

Ademais, outro postulado que deve ser levado em consideração é o da duração razoável do processo, insculpido no artigo 5º, LXXVIII, CF, após a EC 45/2004: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

³⁵ STF, Órgão Pleno, RHC nº 79785, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 21/11/2002.

³⁶ DIDIER JÚNIOR(2010:21)

Pode-se deduzir de todos esses princípios que o jurisdicionado tem direito subjetivo não somente a provocar a máquina estatal, mas também manejar recursos com a finalidade de obter um reexame da decisão recorrida. É da natureza humana o sentimento de insatisfação com uma decisão judicial, por isso torna-se indispensável um ordenamento jurídico que vise a assegurar a possibilidade de nova apreciação de uma decisão, ou seja, o direito de recorrer.

O recurso, conforme bem ilustra DIDIER JÚNIOR, consiste no conteúdo do direito de ação e a sua utilização declina-se como desenvolvimento do direito de acesso aos tribunais³⁷. Outra perspectiva a ser levantada é o direito potestativo processual³⁸, em virtude da sua finalidade de alterar situações jurídicas, invalidando, revisando ou integrando uma decisão judicial.

Assim, no plano jurídico, a eficácia vertical dos direitos fundamentais informa um parâmetro constitucional de suma importância que confere ao recorrente o direito a uma nova apreciação judicial, ou seja, a noção de efeito devolutivo decorre, dentre outros fatores, da imperiosa necessidade de efetividade de tais direitos.

No plano político, podem ser levantados alguns aspectos que corroboram a importância da eficácia vertical dos direitos fundamentais para a noção de efeito devolutivo.

Em primeiro lugar, a nova apreciação do recurso promovida pelo Poder Judiciário reforça, ainda que de forma reflexa, a concretização de políticas públicas de atendimento às necessidades sociais imperiosas, como a resolução de litígios em grande quantidade, sem perder de vista a qualidade do serviço prestado e celeridade para promoção de um processo justo.

Em segundo lugar, reflete a vontade estatal, ao agasalhar as pretensões jurídicas decorrentes do surgimento de novos direitos após a Constituição Federal de 1988, de provimento de cidadania.

Outro eixo de grande importância para compreensão político-jurídica do efeito devolutivo é o papel da categoria Norma Fundamental formulada pelo notável jurista KELSEN.

A estrutura normativa kelseniana alicerça-se em alguns postulados: a ideia de hierarquia de normas, preservação da Norma Fundamental, o atributo de coerção da norma e

³⁷ DIDIER JÚNIOR(2010:20)

³⁸ DIDIER JÚNIOR(2010:20)

relação de imputação³⁹. Segundo COSTA, Kelsen defendia a substituição da idéia de causalidade por imputação, haja vista que a ciência do direito se opera no plano deontológico, no mundo do dever-ser, em contraposição às ciências naturais, cujo propósito é a descrição da realidade, por meio do estudo do comportamento da natureza⁴⁰. Por seu turno, BOBBIO salienta que a sanção não é meio para realização da norma jurídica, mas como elemento essencial⁴¹ da estrutura desta.

Em uma passagem do livro *Teoria Geral do Direito e do Estado*, KELSEN busca explicar o conceito da Norma Fundamental:

“Chamamos de norma ‘fundamental’ a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. Todas as normas cuja validade podem ter sua origem remontada a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem. Esta norma básica, em sua condição de origem comum, constitui o vínculo entre todas as diferentes normas em que consiste uma ordem.”⁴²

Parte-se tal estrutura de um ordenamento jurídico, no qual as normas particulares estão em conformidade com as normas superiores; essas, por sua vez, encontram sua validade na Constituição, já que esta as delimita. BONAVIDES assim se manifesta:

“A relação, por exemplo, estabelecida entre a Constituição e a lei é relação dispositiva, estipulativa ou de vinculação. A norma mais alta, ensina o Mestre de Viana, regula o ato, mediante o qual se produz a norma inferior, e não só define o procedimento de produção da norma mais baixa senão que determina também eventualmente o conteúdo da norma a ser produzida.”⁴³

Logo a seguir completa BONAVIDES:

“Mas essa definição ou determinação nunca é completa, porquanto, prossegue o jurista, a norma mais alta jamais pode vincular em todas as direções o ato mediante o qual se aplica. Fica sempre um espaço livre a preencher-se, um espaço maior ou menor de apreciação ou avaliação autônoma.”⁴⁴

Nesse sentido, manifesta-se KELSEN:

³⁹ COSTA(2001:63)

⁴⁰ COSTA(2001:62)

⁴¹ BOBBIO(1995:156)

⁴² KELSEN(2005:163)

⁴³ BONAVIDES(2008:448)

⁴⁴ BONAVIDES(2008:449)

“Como uma norma jurídica é válida por ser criada de um modo determinado por outra norma jurídica, esta é o fundamento de validade daquela. A relação entre a norma que regula a criação de outra norma e essa outra norma pode ser apresentada como uma relação de supra e infraordenação, que é uma figura especial de linguagem.”⁴⁵

O jurista austríaco faz outra importante constatação:

“A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo essa regulamentação é a inferior. A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica cuja personificação é o Estado, é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas.”⁴⁶

Ademais, KELSEN faz uma importante articulação entre as ideias de hierarquia normativa, unidade da ordem jurídica e a Norma Fundamental:

“A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma - a inferior - é determinada por outra - a superior - cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse *regressus* é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui a unidade.”⁴⁷

Trata-se de um processo de desdobramento da Norma Fundamental, que representa um pressuposto de validade, até as normas concretas, que regulam as relações entre os sujeitos da relação jurídica, ensejando a formação de um ordenamento jurídico. Assim, manifesta-se KELSEN:

“A validade dessa primeira constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica. É postulado que devemos nos conduzir como o indivíduo ou os indivíduos que estabeleceram a primeira constituição prescreveram. Esta é a norma fundamental da ordem jurídica em consideração. O documento que corporifica a primeira constituição é uma constituição, uma norma de caráter obrigatório, apenas sob a condição de que a norma fundamental seja pressuposta como válida. É apenas sob tal pressuposição que as declarações

⁴⁵ KELSEN(2005:181)

⁴⁶ KELSEN(2005:181)

⁴⁷ KELSEN(2005:181)

daqueles a quem a constituição confere poder criador de leis são normas de caráter obrigatório.”⁴⁸

Com base nessa afirmação, KELSEN conclui em seguida que:

“É esta pressuposição que nos possibilita distinguir entre indivíduos que são autoridades jurídicas e outros que não consideramos como tais, entre atos de seres humanos que criam normas jurídicas e atos que não tem tal efeito.”⁴⁹

Segundo KELSEN, pode-se apontar como função precípua da Norma Fundamental conferir poder criador de Direito⁵⁰ ao ato do primeiro legislador e a todos os atos baseados no primeiro ato. Contudo, segundo KELSEN, isso não é suficiente para criação de norma jurídica, pois esta é obrigatoriamente revestida do atributo da coercibilidade, conforme se pode verificar:

“Se pelo termo ‘Direito’ quer se exprimir algo pertencente a certa ordem jurídica, então Direito é qualquer coisa que foi criada de acordo com a constituição fundamental dessa ordem. Isso não quer dizer, porém, que tudo o que for criado de acordo com esse procedimento seja Direito no sentido de norma jurídica. É norma jurídica apenas se pretende regular a conduta humana e se regula a conduta humana estabelecendo um ato de coerção como sanção.”⁵¹

Sobre a validade da Norma Fundamental, KELSEN afirma que:

“A norma fundamental não é criada em um procedimento jurídico por um órgão criador de Direito. Ela não é - como é a norma jurídica positiva - válida por ser criada de certa maneira por um ato jurídico, mas é válida por ser pressuposta como válida; e ela é pressuposta como válida porque sem essa pressuposição nenhum ato humano poderia ser interpretado como um ato jurídico e, especialmente, como um ato criador de Direito.”⁵²

Conforme já ressaltado, a Norma Fundamental não apenas foi fundamento para derivação das demais normas integrantes do ordenamento jurídico, como também instituiu um procedimento para convalidação e reestruturação dessas. Assim, por meio da atuação dos

⁴⁸ KELSEN(2005:168-169)

⁴⁹ KELSEN(2005:169)

⁵⁰ KELSEN(2005:170)

⁵¹ KELSEN(2005:180)

⁵² KELSEN(2005:170)

guardiões do sistema jurídico, há um mecanismo pertinente para sanar eventuais lacunas na lei ou dificuldades de interpretação.

Por isso, no contexto da nova compreensão do efeito devolutivo, pode-se afirmar que parte do significado se encerra quando a matéria objeto de impugnação é devolvida ao guardião da Norma Fundamental previamente previsto por esta.

Então, a devolução não é dirigida a uma figura ímpar que centralizava a função - delegada aos seus subordinados - de compor conflitos sociais, mas sim ao guardião, investido no legítimo exercício de uma fração da soberania, previamente designado pelo pressuposto de validade de todo o ordenamento jurídico para manter a integridade deste.

Pode-se concluir que a outra parte do novo conteúdo decorre da inquebrantabilidade da eficácia vertical dos direitos fundamentais, após o advento das Constituições burguesas, que refletiram uma profunda mudança paradigmática, porquanto o ora súdito do Antigo Regime cede espaço ao cidadão, que efetivamente se encontra inserido no processo democrático de construção de soluções, na medida em que ao seu patrimônio jurídico foi incorporada uma vasta gama de direitos públicos subjetivos, dentre eles a reapreciação da decisão judicial hostilizada.

Contudo, nem sempre os resultados serão satisfatórios para todos, haja vista que a democracia visa, dentre outros desígnios, a conciliação interesses divergentes, entretanto igualmente legítimos e merecedores de amparo no sistema jurídico. Também não se afirma a obrigatoriedade de concordância com as decisões a serem tomadas, mas sim tolerância.

Cumprido destacar que a soberania agora não se encontra concentrada na figura de uma pessoa; ela é compartilhada por vários magistrados e viceja em toda a sociedade. A atuação jurisdicional não mais leva em conta questões subjetivas, posição na escala social ou fatores carismáticos e personalíssimos, mas sim adota critérios claros e objetivos, o que revela um papel independente e transparente do Estado.

5. Conceito jurídico-positivo de efeito devolutivo dos recursos.

Pode-se conceber recurso como um ônus, previsto expressamente em lei federal, manejável voluntariamente pelas partes, terceiro prejudicado e Ministério Público no próprio processo no qual a decisão impugnada foi proferida, cujo objetivo é a reforma, anulação, integração ou esclarecimento de decisão judicial⁵³.

Notadamente, o efeito devolutivo está presente em todos os recursos, pois é intrínseco a aquele provocar uma nova deliberação da decisão recorrida. Pode-se defini-lo como a transferência do conhecimento de matéria ao órgão *ad quem* para realização de deliberação nos exatos termos do que constar das razões recursais, sem prescindir da amplitude da cognição dos fundamentos jurídicos. Assim, o órgão *ad quem* deve ter uma atuação restritiva⁵⁴ ao analisar os capítulos decisórios requeridos pelo recorrente, contudo, salvo em casos excepcionais, não há limitação quanto ao conhecimento dos fundamentos jurídicos, principalmente no que se refere a matérias de ordem pública. Assim, o efeito devolutivo do recurso deve ser compreendido à luz do princípio dispositivo- ao observar os capítulos decisórios exigidos pelo recorrente - e inquisitivo - preservação do interesse público.

Segundo NERY JÚNIOR faz uma interessante constatação:

“É de sua essência – da própria ontologia do recurso – que ele se corporifique no inconformismo de alguém diante de uma situação, mais prejudicial ou menos benéfica do que, legitimamente se poderia esperar, criada por uma decisão judicial na mesma relação processual.”⁵⁵

Pode-se dizer, assim, que a interposição do recurso leva ao órgão *ad quem* a ciência da matéria impugnada, podendo oscilar a extensão e profundidade do efeito devolutivo, conforme o recurso a ser utilizado no caso concreto.

Nesse mesmo sentido aponta DIDIER JÚNIOR:

“A extensão do efeito devolutivo significa precisar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*. A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: *tantum devolutum quantum appellatum*. O recurso não

⁵³ NEVES(2010:522)

⁵⁴ MIRANDA;PIZZOL(2004:49)

⁵⁵ NERY JÚNIOR(2006:79)

devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento (decisão) a quo.”⁵⁶

Diz, mais, o referido autor:

“Só é devolvido o conhecimento da matéria impugnada (CPC, art. 515). Sobre o tema, convém ressaltar que as normas que cuidam da apelação funcionam como regra geral (CPC, arts. 515 a 517). A extensão do efeito devolutivo determina o objeto litigioso, a questão principal do procedimento recursal. Trata-se de sua dimensão horizontal.”⁵⁷

Das diversas definições transcritas, percebe-se a existência de uma concepção nuclear de devolutividade⁵⁸ do recurso. Uma vez delimitado o grau de extensão do efeito devolutivo, a avaliação da profundidade⁵⁹ das matérias será conduzida livremente pelo órgão *ad quem*, de forma que prescinde de qualquer manifestação do recorrente.

NERY JÚNIOR reforça esse entendimento:

“É neste sentido que o efeito devolutivo é entendido como uma projeção, no plano do segmento recursal, do princípio dispositivo que, ainda hoje, é basilar do sistema processual civil codificado (assim, apenas para exemplificar, os seus artigos 2º, 128, 262, 460, *caput*) e, nestas condições, opõe-se ao chamado princípio inquisitório.”⁶⁰

Segundo NEVES(2010:539-540), a devolução de todas as questões e fundamentos - eixo vertical - pertinentes ao capítulo da decisão devidamente impugnado é automática⁶¹, sendo, portanto, *ope legis*, haja vista que se aplica o princípio inquisitório.

Sobre a noção do que vem a ser o fundamento e a questão, NERY JÚNIOR assim assenta:

“A palavra ‘fundamentos’ está aí por causas de pedir e não apenas como argumento retórico dos litigantes ou do próprio prolator da decisão. Assim, se se ajuíza ação de despejo fundada na falta de pagamento e na infração contratual(distúrbios ao direito de vizinhança, por exemplo), mesmo que a ação seja julgada procedente pelo acolhimento da falta de pagamento, nada impede que o tribunal reexamine também a questão relativa à infração contratual.”⁶²

⁵⁶ DIDIER JÚNIOR(2010:83-84)

⁵⁷ DIDIER JÚNIOR(2010:84)

⁵⁸ MELLO(2010:201)

⁵⁹ SOUZA(2004:318)

⁶⁰ NERY JÚNIOR(2006: 79)

⁶¹ FUX(2004:957)

⁶² NERY JÚNIOR(2006:80)

Com efeito, o órgão competente para apreciação do recurso está obrigado a aplicar as regras do artigo 515, §1º e §2º, CPC, sob pena de oposição de embargos declaratórios.

Por outro lado, MELLO esclarece que o efeito devolutivo apresenta exceções, quais sejam os parágrafos do artigo 515 e artigo 516 do CPC. Assim estabelece os parágrafos do artigo 515 do CPC:

“Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal toda a matéria impugnada.

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

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

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

Deve-se lembrar que o efeito devolutivo, muito embora esteja expresso no artigo 515 do CPC, tem seu âmbito de aplicação a todos os recursos. Cumpre registrar que o artigo 515, §§1º e 2º do CPC não se confunde com o artigo 516 do CPC, pois enquanto este trata das matérias que não concernem ao mérito da demanda, aquele diz respeito a matérias que irão influenciar diretamente no julgamento da lide. Pode-se exemplificar o artigo 516 do CPC como a impugnação à concessão dos benefícios da assistência judiciária não decidida, a refutação ao valor da causa não examinada – decisões interlocutórias não analisadas⁶³.

⁶³ NEVES(2010:540-541)

6. Perspectivas horizontal e vertical do direito devolutivo

Conforme já foi visto no capítulo anterior, qualquer recurso acarreta efeito devolutivo, alterando-se conforme sua extensão e profundidade. Pode-se afirmar que a perspectiva horizontal representa a extensão da devolução, fixada pelos capítulos decisórios que o recorrente pretende submeter à apreciação do tribunal por meio da impugnação precisa dos temas objeto de litígio recursal.

Essa perspectiva decorre do princípio dispositivo, com espeque no art. 2º do Código de Processo Civil: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requer, nos casos e formas legais.” A esse respeito, NERY JÚNIOR faz algumas importantes observações:

“Contrapõe-se ao princípio dispositivo e, portanto, ao efeito devolutivo dos recursos, a ideia de *appellatio generalis*, segundo a qual bastava a interposição do recurso para que tudo que tivesse sido discutido no primeiro grau ficasse submetido ao reexame do tribunal, consubstanciando-se no *beneficium commune* que ensejava, inclusive, a *reformatio in pejus* contra o único recorrente. Diante da existência do princípio dispositivo e dos limites fixados pelo recorrente ao devolver ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, é lícito concluir que nosso sistema processual não admite a *reformatio in pejus* porque violaria o princípio dispositivo e o efeito devolutivo do recurso.”⁶⁴

Por seu turno, SILVA afirma que o princípio dispositivo cinge-se aos poderes das partes em relação a uma causa determinada. Assim, o juiz depende da iniciativa das partes quanto ao modo de condução da causa e quanto aos meios de obtenção dos fatos pertinentes a essa determinada lide⁶⁵.

MELLO, ao reproduzir as ideias de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, entende que “a atividade jurisdicional é uma atividade provocada”, não se podendo conceber jurisdição sem demanda, a não ser na hipótese restritiva de abertura de inventário *ex officio*, prevista no artigo 989 do CPC⁶⁶.

Por sua vez, a perspectiva vertical, também denominada de efeito translativo, é de devolução automática ao juiz *ad quem*, desde que observados os limites estabelecidos pela extensão dos capítulos decisórios. Essa perspectiva tem como instrumento o material com o

⁶⁴ NERY JÚNIOR(1996:362)

⁶⁵ SILVA(2006:50-51)

⁶⁶ MELLO(2010:59)

qual o órgão competente para o julgamento do recurso irá trabalhar para decidi-lo⁶⁷. Assim, poderá o órgão *ad quem* conhecer de ofício matérias de ordem pública, desde que não exista ampliação do pedido deduzido do recurso, mantendo-se intactas a causa de pedir remota⁶⁸.

Isso decorre do princípio inquisitório⁶⁹, que se relaciona com as diversas atribuições de que se reveste o magistrado com o escopo de conduzir e instruir o processo, de modo a dar andamento ao processo. Além disso, o magistrado tem atuação livre para formar seu convencimento, porém não poderá se furtar ao dever de fundamentar suas decisões, conforme prevê o artigo 93, IX, CF:

“Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

Tal possibilidade decorre do fato de que, na perspectiva vertical, o campo de cognição de fundamentos jurídicos é, em regra, amplo, conforme se nota da jurisprudência a seguir:

“Processo civil. Embargos à execução. Cédula de crédito industrial. Limitação dos juros remuneratórios. Julgamento *ultra petita*. Inocorrência. Precedentes. Multa por procrastinação indevida. Propósito de prequestionamento. Recurso parcialmente acolhido.(...)II- Segundo o princípio consagrado nos brocardos *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius*, ao autor cumpre precisar os fatos que autorizam a concessão da providência jurídica reclamada, incumbido ao juiz conferir-lhes adequado enquadramento legal.”⁷⁰

Por essa razão, a admissão de matérias de ordem pública de cunho material exclusivamente como causa de decidir existe por força da necessária observância do princípio da correlação, ou adstrição⁷¹. Tal princípio encontra-se previsto no Código de Processo Civil, conforme se pode analisar a seguir:

“Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

⁶⁷ NEVES(2010:539)

⁶⁸ MELLO(2010:56)

⁶⁹ MELLO(2010:65)

⁷⁰ STJ, REsp nº 148.894, Relator Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira, DJ de 18.10.1999.

⁷¹ MELLO(2010:58)

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.⁷²

Assim, a sistemática do código de processo civil traduz a proibição ao órgão *ad quem* de realizar juízo de cognição sobre a causa de pedir próxima que altere os limites fixados pela causa de pedir remota e pedido.

Além disso, cumpre lembrar que, no caso das instâncias de superposição, deverá ser observado o requisito do prequestionamento para que a matéria seja conhecida pelos Ministros, conforme informa a súmula 211 do STJ:

“Inadmissível o recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.”

Ademais, a súmula 320 do STJ estabelece mais restrições para o reconhecimento do prequestionamento: “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

Contudo, o STJ agasalha a tese do prequestionamento implícito, que se configura quando o acórdão debate o tema contido no dispositivo ofendido, sendo dispensável a sua menção expressa pelo acórdão recorrido⁷³.

Assim, segundo o STJ, caso o tribunal recorrido tenha se omitido a apreciar determinada matéria e não acolher os embargos de declaração, o recorrente deverá interpor o Recurso Especial contra essa decisão, por contrariar lei federal, com fulcro nos artigos 105, III, a, CF e 536 do CPC.

Por outro lado, segundo o STF, o prequestionamento explícito somente se consuma pela efetiva apreciação da matéria objeto de litígio por parte do órgão jurisdicional *a quo* que prolatou o acórdão recorrido⁷⁴. Como se não bastasse, a súmula 282 do STF corrobora neste mesmo sentido: é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

⁷² MELLO(2010: 60-61)

⁷³ MELLO(2010:273)

⁷⁴ STF, AgRg no AI 265.955, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 29.06.2007.

O artigo 356 do STF adotou um entendimento mais célere, percuciente e vanguardista ao defender a tese de que a oposição dos embargos de declaração representa mecanismo suficiente para obtenção do prequestionamento – prequestionamento ficto:

“O ponto omissis na decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito, por faltar requisito do prequestionamento.”

Assim, em contraposição ao entendimento do STJ, o STF entende que a mera oposição de embargos já preenche o requisito do prequestionamento, contanto que aborde a matéria impugnada.

Deve-se ressaltar que nem sempre o efeito devolutivo compreenderá apreciação ampla, ou seja, há recursos que exigem fundamentação vinculada⁷⁵, a exemplo dos embargos declaratórios e infringentes e os recursos excepcionais. Esta restrição decorre da finalidade e objetivos próprios de que esses recursos são dotados. Tais recursos se notabilizam e diferenciam pela precisão de sua área de atuação e objeto litigioso recursal.

Assim, com fulcro no artigo 535 do CPC, os embargos de declaração somente podem ser opostos nos casos de omissão, obscuridade ou contradição⁷⁶. Dessa forma, o recorrente poderá pleitear o esclarecimento de algum ponto obscuro ou integração de alguma matéria não enfrentada na decisão recorrida.

Porém, é preciso fazer uma análise crítica dos limites da atividade jurisdicional recursal no tocante aos recursos de devolução restrita ou vinculada, pois esses não sofrem balizas quanto aos temas de ordem pública e matérias de direito disponível cognoscíveis *ex officio*⁷⁷. Nessas condições, se o órgão *ad quem* verificar a existência de algum defeito de ordem pública ou tema que imponha atuação de ofício, não poderá deixar de cumprir o seu mister de reconhecer a nulidade do feito.

Os embargos infringentes, por sua vez, consoante o artigo 530 do CPC, sofrem exigências, quais sejam: a) acórdão não unânime que houver reformado, em grau de apelação, sentença de mérito; b) acórdão não unânime que houver julgado procedente ação rescisória. Contudo, deve-se frisar que, caso o acórdão não unânime anule a sentença terminativa e passe

⁷⁵ MELLO(2010:232)

⁷⁶ MELLO(2010:233)

⁷⁷ MELLO(2010:235)

ao julgamento do mérito da demanda, desde que a causa esteja madura, será possível opor embargos infringentes⁷⁸. Como bem lembra DIDIER JÚNIOR, para que haja possibilidade de apresentar esse recurso não é necessário que a sentença seja de mérito, mas sim o acórdão não unânime⁷⁹.

O Recurso Especial, com espeque nos artigos 105, III, CF e 543-C, do CPC, 26 da Lei 8038/1990, é cabível contra as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida violar o ordenamento jurídico federal⁸⁰.

O Recurso Extraordinário, que se encontra nos artigos 102, III, CF, 543-A do CPC, 26 da Lei 8038/1990, é cabível contra as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida violar diretamente a Constituição, assim como exige a presença da repercussão geral. Dessa forma, o objeto imediato representa a proteção e preservação da boa aplicação do Direito⁸¹, de sorte que somente em um segundo plano haverá indagação quanto ao amparo aos direitos subjetivos⁸² em jogo.

⁷⁸ NEVES(2010:658)

⁷⁹ DIDIER JÚNIOR(2010:224)

⁸⁰ NEVES(2010:529-530)

⁸¹ NEVES(2010:530)

⁸² REALE(2005:260)

7. Subdivisões do Efeito Devolutivo.

Há um entendimento consagrado de que os efeitos dos recursos são o devolutivo e suspensivo, apesar de que vários doutrinadores reconhecem a existência de outros efeitos. Na verdade, há facetas, desdobramentos ou outras formas de pormenorizar o efeito devolutivo. Entende-se que este é o melhor entendimento, de modo que as diversas classificações apresentam uma visão didática para observar detalhadamente o efeito devolutivo do recurso. Busca-se aqui realizar uma divisão meramente funcional à concepção do efeito devolutivo. Dessa forma, é importante e proveitoso compreendê-los individualmente bem para alcançar o abrangente e multifacetado significado jurídico-positivo do efeito devolutivo. Portanto, todos os efeitos a seguir são partes do efeito devolutivo dos recursos.

7.1. Efeito Obstativo.

Por força de tal efeito, uma vez interposto o recurso, haverá impedimento da emergência da preclusão temporal; por conseguinte, não se constituirá o trânsito em julgado, que somente se configurará após o julgamento regular do recurso⁸³.

Assim, quando o recurso for recebido ou conhecido, não há dúvida de que a data do trânsito em julgado é a da última decisão proferida deste recurso. A grave controvérsia, no entanto, cinge-se à eventual produção de efeitos de um recurso que foi sequer conhecido, principalmente no tocante à data do trânsito em julgado⁸⁴.

Alguns defendem que o trânsito em julgado retroage à data da interposição do recurso ou à data em que se verificou o fato que impediu a sua apreciação. Outros alegam que o trânsito em julgado se confirma no momento da expiração do prazo recursal, por intempestividade, ou do momento da apresentação do recurso incabível; nos demais casos de não conhecimento do recurso, o trânsito em julgado consolida-se a partir da última decisão. Por fim, há o entendimento de que a data do trânsito sempre ocorrerá após a última decisão, independentemente do conhecimento do recurso.

O último entendimento, muito embora esteja sujeito a críticas respeitáveis, responde de forma adequada e efetiva ao princípio da segurança jurídica, assim como está

⁸³ NEVES(2010:538)

⁸⁴ DIDIER JÚNIOR(2010:81)

amparado pela jurisprudência⁸⁵. Para reforçar tal entendimento, cita-se a súmula 401 do STJ, que assim afirma: o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.

Assim, com base nesse posicionamento, se uma apelação não conhecida for apreciada após prazo superior a dois anos ao da sua interposição, haverá ainda possibilidade de ajuizamento de ação rescisória. Conforme as outras correntes, não haveria essa possibilidade, o que representa a lesão ao jurisdicionado decorrente a ineficiência do Poder Judiciário e ao princípio da razoabilidade. Consoante Ávila, a razoabilidade pode ser compreendida em três acepções⁸⁶, dentre outras. A primeira concerne à diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, seja com a demonstração de qual plano e extensão a norma deve ser adaptada, seja com o esclarecimento e justificação da não subsunção do caso individual à norma geral. A segunda expressão é concebida como o norte que determina uma vinculação das normas jurídicas com o plano mencionado por elas, quer reivindicando a existência de um suporte empírico e pertinente com qualquer ato jurídico, quer obrigando um liame congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende alcançar. O último exprime a necessidade de relação de equivalência entre duas grandezas.

⁸⁵ STJ, Corte Especial, EREsp nº 441252-CE, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 29.06.2005.

⁸⁶ ÁVILA(2007:152)

7.2. Efeito Translativo.

Apesar de alguns doutrinadores discordarem da existência do efeito translativo⁸⁷, será demonstrada a razoabilidade do entendimento de considerá-lo um efeito recursal. O dispositivo legal que ampara a existência do efeito translativo é o artigo 515, § 3º, CPC, que afirma o seguinte:

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

Esse permissivo legal agasalha a denominada teoria da causa madura. Por força desta, o tribunal, ao julgar uma apelação contra sentença terminativa, poderá julgar o mérito, contanto que alguns requisitos sejam preenchidos.

Muito embora essa norma refira-se à apelação, parcela respeitável da doutrina defende sua aplicação aos outros recursos, em virtude de pertencer à teoria geral dos recursos⁸⁸. Os Tribunais Superiores, entretanto, são seriamente relutantes a respeito dessa possibilidade⁸⁹.

O poder conferido ao magistrado para, em grau recursal, apreciar *ex officio* as questões de ordem pública não arguidas pelas partes não se encontra no âmbito do conceito de efeito devolutivo em sentido estrito, já que isso sucede pela consolidação do princípio inquisitório⁹⁰ e não pelo seu antônimo, o princípio dispositivo, de que é corolário o efeito devolutivo dos recursos.

NERY JÚNIOR assim se posiciona a respeito do princípio inquisitório e do efeito translativo:

“Essa é a razão pela qual é perfeitamente lícito ao tribunal, por exemplo, extinguir o processo sem julgamento de mérito, em julgamento de apelação contra sentença de mérito interposta apenas pelo autor, não ocorrendo a *reformatio in pejus* proibida: há, em certa medida, reforma para pior, mas permitida pela lei, pois o exame das condições da ação é matéria de ordem pública a respeito da qual o tribunal deve pronunciar-se *ex officio*, independentemente de pedido ou requerimento da parte ou interessado(art. 267, VI, §3º, CPC). Dizemos em certa medida porque, na verdade, nem se

⁸⁷ ASSIS(2008:226)

⁸⁸ NEVES(2010:607)

⁸⁹ STF, Plenário, RMS 26.959/DF, Relator para acórdão Ministro Menezes Direito, 26/03/2009; STJ, RMS 27.368/PE, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ. 17/03/2009.

⁹⁰ NERY JÚNIOR(1996:410)

poderia falar de *reformatio in pejus*, instituto que somente se coaduna com o princípio dispositivo, que não é o caso das questões de ordem pública transferidas ao exame do tribunal destinatário por força do efeito translativo do recurso.”

Deve-se salientar que, para aplicação dessa teoria, não poderá haver necessidade de realização de qualquer outro ato processual antes da prolação de uma nova decisão no tocante ao mérito da demanda. Caso ocorra o contrário, os autos serão devolvidos ao juiz de primeiro grau.

Os elementos indispensáveis para configuração da teoria da causa madura são: a) a causa deve tratar de questão exclusivamente de direito; b) a causa deve estar em condições de imediato julgamento. Conforme defende NEVES, esses requisitos devem ter como norte o artigo 330 do CPC - hipótese de julgamento antecipado da lide.

Deve-se destacar, por esse fundamento, que a aplicação de tal teoria se estende também às demandas que abordem questões de fato. Pode-se conceituar o efeito translativo como aquele que confere ao juiz *ad quem* a possibilidade de conhecimento de matérias públicas *ex officio*, ao apreciar o recurso. Assim, conforme bem ilustra NEVES, toda e qualquer matéria de ordem pública poderá ser examinada originariamente por força de tal efeito⁹¹. Por outro lado, outros doutrinadores entendem que tal efeito representa na verdade a dimensão vertical ou o plano da profundidade do efeito devolutivo⁹². Assim, há uma enorme controvérsia a respeito de tal tema.

Segundo DIDIER JÚNIOR, sempre que o órgão jurisdicional *ad quem* puder examinar uma questão fora dos limites impostos pelo recurso, estar-se-á diante de uma manifestação⁹³. Dessa forma, o efeito translativo delimita o material com o qual o *ad quem* irá se debruçar com o escopo de dirimir o ponto controverso.

Conclui referido autor que o efeito translativo diz respeito ao objeto de conhecimento do recurso, às questões que devem ser apreciadas pelo tribunal como fundamentos para resolução do objeto litigioso recursal⁹⁴.

Cumprido frisar que a extensão do recurso é determinada pelo recorrente, ao passo que a profundidade é a maior possível, conforme o brocardo *vel appellare debebat*, salvo nas

⁹¹ NEVES(2010:543)

⁹² MOREIRA(2003:444)

⁹³ DIDIER JÚNIOR (2010:85)

⁹⁴ DIDIER JÚNIOR(2010:86)

hipóteses excepcionais de devolutividade vinculada ou restrita. Em regra, o órgão recursal terá liberdade ampla para avaliar as questões de fato e de direito debatidas na causa, inclusive as de ordem pública, desde que se adstrinja à moldura da parcela impugnada do conteúdo decisório⁹⁵.

Outra grande controvérsia sobre o efeito translativo decorre da sua configuração no julgamento dos recursos extraordinário e especial. De um lado, parte da doutrina contrária se alicerça no argumento da imprescindibilidade do requisito do prequestionamento⁹⁶, o que refutaria sua deliberação pelos órgãos de superposição.

Assim, segundo esse posicionamento, o qual foi adotado pelo STF⁹⁷, caso a questão não haja sido discutida nem resolvida pelos tribunais inferiores, não haveria a possibilidade de exame pelos órgãos de superposição.

Por outro lado, NEVES aponta uma segunda corrente que entende o prequestionamento, longe de representar um juízo de mérito, recursal, como mero requisito de admissibilidade. Nessas condições, se houve prequestionamento e impugnação de alguma matéria e conhecimento do recurso, então os tribunais superiores poderiam examinar matérias de ordem pública *ex officio*. Esse entendimento é consagrado pela jurisprudência⁹⁸ dominante do STJ. Todavia, essa segunda solução não parece correta, pois o ordenamento jurídico pátrio não comporta transbordamento da moldura fixada do efeito devolutivo na perspectiva horizontal.

Deste modo, conforme voto do eminente Ministro Cezar Peluso, só devem ser conhecidas pelo Tribunal aquelas questões, cuja solução serviu ou devia servir de fundamento dos capítulos decisórios impugnados pelo recurso⁹⁹. Pode-se admitir apreciação de ordem pública, desde que haja prequestionamento de outra matéria da mesma natureza e haja pedido de extinção do processo sem resolução de mérito. Nessas condições, o efeito translativo poderá se configurar, na medida em que foi observado o princípio da congruência.

Cumprido lembrar que tal efeito representa também uma exceção ao princípio recursal do duplo grau de jurisdição - não dotado de matiz constitucional¹⁰⁰ segundo a

⁹⁵ STF, AC 112/RN, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ 01/12/2004.

⁹⁶ BARROSO(2008:98)

⁹⁷ STF, AI-AgR 633.188/MG, 1ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 02/10/2007; AI-AgR 505.029/MS, 1ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ. 12/04/2005.

⁹⁸ REsp 949.204/RJ, 5ª Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, D. 11/11/2008; REsp 852.941/SC, 2ª Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJ. 23/09/2008; REsp 784.937/RJ, 5ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 03/03/2009.

⁹⁹ STF, AC 112/RN, DJ 01/12/2004.

¹⁰⁰ NEVES(2010:553); MOREIRA(2003:239-240)

doutrina majoritária e a jurisprudência do STF -, que pressupõe a diferença hierárquica entre o órgão recursal e aquele que proferiu a decisão recorrida. Isso ocorre porque a lide é julgada no tribunal sem que haja apreciação do juiz de primeiro grau, uma vez que a causa está madura¹⁰¹ para apreciação do mérito.

¹⁰¹ NEVES(2010:554)

7.3. Efeito Expansivo.

Segundo a concepção de NEVES, haverá efeito expansivo¹⁰² sempre que o julgamento do recurso acarretar decisão mais abrangente do que a matéria impugnada, assim como atingir sujeitos não integrantes do recurso, muito embora sejam partes na demanda.

No primeiro caso, haverá aquilo que a doutrina denomina efeito expansivo objetivo, seja na modalidade interna, seja externa. Na segunda parte, a hipótese é de efeito expansivo subjetivo.

No que toca ao efeito expansivo objetivo interno, pode-se afirmar que ele cinge-se aos capítulos não impugnados da decisão recorrida que serão inevitavelmente atingidos pelo julgamento do recurso. Conforme ilustra NEVES, essa situação representa uma exceção à tese de que não poderia ser alterada a extensão do efeito devolutivo, pois, nesse caso, os capítulos não impugnados são logicamente afetados¹⁰³ pelos capítulos impugnados. Assim, nessa relação de prejudicialidade, a modificação destes repercute diretamente sobre aqueles.

Assim, se o réu em uma ação de indenização por danos morais é condenado a pagar determinada quantia e em grau de apelação somente alega a ausência da relação jurídica, ao argumento de não ter concorrido para o prejuízo eventualmente sofrido pelo autor, a questão do valor da dívida dependerá logicamente da decisão referente à matéria impugnada. Deste modo, se o tribunal reconhecer a inexistência da relação jurídica de direito material, o valor da dívida será inevitavelmente atingido por ela, pois seria incoerente o acórdão declarar a inexistência do direito material e simultaneamente condenar o réu.

Por sua vez, o denominado efeito expansivo objetivo externo constitui-se quando o julgamento de um recurso estender seus efeitos sobre outros atos processuais diversos da decisão recorrida.

Segundo NEVES, esse efeito encontra-se presente principalmente nos recursos sem efeito suspensivo, tais como o agravo¹⁰⁴, de modo que o processo continua em andamento com a prática de vários atos processuais, muito embora estes estejam sujeitos a julgamento de recurso que já foi interposto.

¹⁰² NEVES(2010:545)

¹⁰³ NEVES(2010:545)

¹⁰⁴ NEVES(2010:545)

Tal efeito decorre na realidade da declaração de nulidade prevista no artigo 248 do CPC:

“Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subsequentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes.”

Deste modo, caso o agravo seja julgado procedente, a decisão interlocutória será declarada nula, assim como todos os atos que dela logicamente decorrem. Assim, uma execução provisória de título judicial poderá ser anulada, se houver anulação ou reforma da sentença.

Por outro lado, o efeito expansivo subjetivo, também conhecido como dimensão subjetiva do efeito devolutivo¹⁰⁵, pode ser considerado como a possibilidade de alcance do recurso a um sujeito processual que não estava presente neste. Tal efeito, como bem assenta NERY JÚNIOR, é desse modo considerado porque as consequências do provimento do recurso concernem às pessoas¹⁰⁶ e não aos atos processuais propriamente ditos. Isso possibilita, por exemplo, que um litisconsorte seja beneficiado, ainda que o recurso tenha sido apresentado por outro litisconsorte.

A sistemática do código de processo civil estabelece no artigo 509 o disposto a seguir:

“O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses.
Parágrafo único. Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros, quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns.”

Tal regra representa uma exceção à autonomia dos litisconsortes, prevista no artigo 48 do CPC, como se pode ver a seguir:

“Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte contrária, como litigantes distintos; os atos e omissões de um não prejudicam nem beneficiarão os outros.”

¹⁰⁵ DINAMARCO(2007:136-137)

¹⁰⁶ NERY JÚNIOR(2006:87)

Como bem observa NEVES, a dimensão subjetiva do efeito devolutivo tem seu campo de aplicação em regra no caso de litisconsórcio unitário¹⁰⁷.

Segundo NERY JÚNIOR, muito embora seja a atuação do assistente litisconsorcial, prevista no artigo 54 do CPC, totalmente diversa e independente em relação ao assistido, o recurso interposto por aquele também repercute seus efeitos sobre a esfera jurídica deste, uma vez que a lide é comum aos dois em virtude da norma da unicidade litisconsorcial que os une, apesar deste litisconsórcio ser facultativo quanto à formação. O raciocínio inverso também é correto, na medida em que, interposto o recurso pelo assistido, a esfera de direito material do assistente litisconsorcial que deixara de recorrer será afetada¹⁰⁸.

Percebe-se no caso do efeito expansivo subjetivo a necessidade de ponderação de dois princípios. De um lado, o preceito da realidade veda aquela decisão, sobre uma mesma matéria de fato ou de direito, tomada de forma diversa ou distinta dentro do mesmo processo, ainda que o litisconsórcio seja simples, uma vez que deve ser preservada e garantida a observância à lógica interna da lide, de sorte que o litisconsorte que deixou de recorrer deve ser beneficiado pelo recurso interposto por outro, contanto que o objeto litigioso recursal lhe aproveite.

Por outro lado, o postulado da personalidade¹⁰⁹ ou individualidade¹¹⁰ do recurso defende que, apesar da eventual incoerência lógica tolerável pela ciência processual, o recurso apenas deve favorecer aquele que recorre, ressalvadas as hipóteses de litisconsórcio unitário. Esse princípio, no entanto, deve sofrer um pequeno reparo, pois o recurso interposto apenas por um recorrente, no caso de devedores solidários em litisconsórcio simples, alcançará todos desde que a matéria de defesa não seja pessoal¹¹¹.

MOREIRA apresenta uma séria preocupação com a possibilidade de que o efeito expansivo prejudique o recorrente e, ao mesmo tempo, beneficie indevidamente a parte que deixara de recorrer, como se pode perceber a seguir:

“Nas hipóteses de sucumbência recíproca, se um dos litigantes parcialmente vencidos impugnar a decisão, a parte desta que lhe foi favorável transitará normalmente em julgado, não sendo lícito ao órgão *ad quem* exercer sobre ela atividade cognitiva – nem, por conseguinte, retirar ao recorrente único, no todo ou em parte, a

¹⁰⁷ NEVES(2010:546)

¹⁰⁸ NERY JÚNIOR(1996:405)

¹⁰⁹ DIDIER JÚNIOR(2010:88)

¹¹⁰ NEVES(2010:546)

¹¹¹ NEVES(2010:546)

vantagem obtida com o pronunciamento de grau inferior (proibição da reforma *in pejus*).”¹¹²

DIDIER JÚNIOR apresenta, no Código de Processo Civil, como exemplo da aplicação de tal efeito a oposição dos embargos de declaração¹¹³: “Art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de outros recursos, por qualquer das partes”. Deste modo, se apenas uma das partes opõe embargos, a outra parte será afetada, pois o prazo de contagem de eventual recurso a ser interposto será alterado.

O artigo 50 da Lei 9099/1995 afirma, por seu turno, o seguinte: “Quando interpostos contra sentença, os embargos de declaração suspenderão o prazo para recurso”. Neste caso, os embargos opostos uma parte suspendem o prazo para eventual recurso a ser interposto pela outra. Logo, verifica-se o desdobramento do alcance desse recurso a outro recorrente.

¹¹² MOREIRA(2009:123)

¹¹³ DIDIER JÚNIOR(2010:88)

7.4. Efeito Substitutivo.

Com base na redação do artigo 512 do CPC, o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso. A compreensão literal, porém, não se revela a mais pertinente, haja vista o entendimento da maioria da doutrina no sentido de que a substituição da decisão recorrida pela deliberação do recurso apenas se consuma na hipótese de julgamento do mérito recursal¹¹⁴, e ainda assim está condicionada ao resultado de tal apreciação.

A finalidade do efeito substitutivo, cujo caráter decorre da lógica do sistema processual, é justamente o impedimento da existência de duas decisões sobre as mesmas questões em uma mesma lide, ou seja, o mesmo objeto¹¹⁵. Assim, a última substituirá a primeira.

Para compreensão deste efeito, é importante apreender o significado do *error in procedendo* e *error in iudicando*. O primeiro se refere à imperfeição formal da decisão recorrida, ao vício de atividade, à decisão eivada de defeitos¹¹⁶, o que enseja a sua invalidação, assim como não indaga o conteúdo da decisão. O segundo concerne ao equívoco da decisão; “houve má-apreciação da questão de direito ou de fato, ou de ambas, pedindo-se, em consequência, a reforma da decisão”¹¹⁷. O juiz, desse modo, examinou a questão que lhe foi transferida, o conteúdo da decisão, pois houve erro de fundo¹¹⁸ ao aplicar a norma de direito material ou processual ao caso concreto.

Deste modo, uma vez não sendo conhecido ou recebido o recurso, afasta-se a configuração do efeito substitutivo¹¹⁹, na medida em que a decisão impugnada, que remanesce juridicamente intocável, não cederá espaço para a apreciação do recurso.

Cumprido lembrar que a regra do artigo 512 do CPC aplica-se a todas as espécies recursais, porém sua incidência ocorrerá de acordo com a moldura da singularidade de cada recurso.

¹¹⁴ NEVES(2010:547)

¹¹⁵ DIDIER JÚNIOR(2010:78)

¹¹⁶ DIDIER JÚNIOR(2010:73)

¹¹⁷ DIDIER JÚNIOR apud MOREIRA(2010:72)

¹¹⁸ DIDIER JÚNIOR(2010:74)

¹¹⁹ DIDIER JÚNIOR(2010:78)

A doutrina faz uma classificação entre os recursos com substituição parcial ou total, configurando-se aquela quando o tribunal se adstringe ao conhecimento parcial do recurso. Desse modo, apenas sobre a parcela do recurso que foi conhecida recairá o efeito substitutivo. A parte remanescente, como não sofrera impacto do efeito substitutivo, já transitou em julgado.

O único reparo a ser feito sucede no tocante à contagem inicial da ação rescisória, que começará, para evitar problemas, na data do último exame realizado no processo¹²⁰, mesmo que não haja conhecimento do recurso apresentado.

Ao seu turno, o conhecimento do recurso e a deliberação do seu mérito podem acarretar a emergência de tal efeito, desde que haja condicionamento da decisão em um sentido determinado. Assim, interposto o recurso, se a causa de pedir for lastreada em *error in judicando* e o seu pedido, a reforma da decisão, independentemente do teor da deliberação de mérito do recurso haverá a consumação da substituição da decisão impugnada. Deste modo, o provimento ou não do recurso acarretará o efeito substitutivo.

Por outro lado, se a causa de pedir for *error in procedendo*, e o pedido, anulação da decisão, o efeito substitutivo apenas emergirá no caso de conhecimento e não provimento do recurso. Isso sucede porque o conhecimento e o provimento do recurso, com base nessa *causae petendi*, ensejariam a anulação da decisão recorrida e, conseqüentemente, restaria apenas a decisão do recurso¹²¹.

¹²⁰ NEVES(2010:547)

¹²¹ NEVES(2010:547)

7.5. Efeito Regressivo.

Por força de tal efeito, também denominado efeito de retratação, possibilita-se, por intermédio do recurso, o retorno da causa ao conhecimento do órgão jurisdicional que proferiu a decisão recorrida¹²².

Isso de modo algum confere ao juiz a atribuição de julgar o recurso, mas sim é permitida a revisão da própria decisão impugnada por força de expressa previsão legal¹²³.

Os exemplos desse efeito são: a) agravo como regra (artigos. 523, §2º e 529 do CPC); b) apelação contra sentença que indefere petição inicial (artigo 296 do CPC); c) apelação contra julgamento liminar de improcedência (art. 285-A, §1º, CPC); apelação em causas propostas segundo as normas do Estatuto da Criança e Adolescente (art. 198, VII, Lei Federal nº. 8.069/1990).

¹²² NEVES(2010:547)

¹²³ DIDIER JÚNIOR(2010:87)

7.6. Efeito Diferido.

Cumpra inicialmente lembrar que há doutrinadores que rejeitam veementemente a autonomia deste efeito, ao argumento de que ele decorre do efeito devolutivo¹²⁴. De todo modo, tal efeito emerge quando o conhecimento de um recurso depende de outro recurso a ser interposto contra a mesma ou outra decisão. Assim, a eficácia do recurso fica diferida no tempo¹²⁵.

Consoante observação de NEVES, pode-se apontar como exemplo de efeito diferido a dependência do agravo retido do conhecimento da apelação para ser apreciado o seu mérito, conforme se pode ver no artigo 523 do CPC:

“Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.”

Outra hipótese é a interposição dos recursos excepcionais contra o mesmo acórdão, desde que o conhecimento de um deles estiver condicionado ao exame do mérito do outro; outro exemplo ocorre com o recurso adesivo, que apenas será apreciado se o recurso independente for conhecido e avaliado o seu mérito, conforme se pode ver a seguir:

“Art. 500. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte. O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal e se rege pelas disposições seguintes:
III - não será conhecido, se houver desistência do recurso principal, ou se for ele declarado inadmissível ou deserto.”

¹²⁴ JORGE(2003:251-252)

¹²⁵ DIDIER JÚNIOR(2010:87)

Conclusão.

A aplicação do método histórico teve por escopo demonstrar profundas transformações sociais, econômicas e políticas, assim como a introdução de novas ideologias e valores que constituíram concepções plurissignificativas à natureza político-jurídica do efeito devolutivo.

Tal método averiguou primeiramente a origem do efeito devolutivo no direito romano, especificamente, no período da *cognitio extraordinaria*, na qual o Imperador concentrava inúmeras atribuições, assim como a administração se tornou bastante centralizadora. Então, algumas dessas atribuições foram objeto de delegação aos subordinados do Imperador.

Nessas condições, o efeito devolutivo tinha o sentido de devolver atribuições ao titular do poder, o imperador. Com as alterações de Justiniano, entretanto, o número de apelações sucessivas – único recurso existente - reduziu a duas.

Pode-se constatar a preocupação - já presente no Direito Romano - com a obediência dos recursos à dimensão horizontal do efeito devolutivo, consoante o brocardo “*tantum devolutum quantum appellatum*”, o que revela constatações processualmente relevantes.

O Direito Romano já havia internalizado a noção de que nem sempre haverá coincidência entre mérito da causa e mérito do recurso. Dessa forma, um pressuposto processual ou uma condição da ação concernem à admissibilidade da causa, assim como podem representar uma questão de mérito em um recurso.

Ademais, tal brocardo representa um corolário do princípio dispositivo, na medida em que incumbe ao recorrente definir os capítulos decisórios, assim como impõe ao juízo recursal observância ao princípio da congruência física, de sorte que não poderá haver alteração da causa de pedir remota.

Outra conclusão a ser destacada no direito romano era a ausência de recursos de efeito horizontal, assim todo recurso necessariamente teria por pressuposto a hierarquia entre a autoridade recursal e aquela que prolatava a decisão recorrida. Ademais, em nenhum momento, cogitava-se a possibilidade de a autoridade recorrida retratar-se da decisão tomada, pois seria inimaginável acreditar que os funcionários do Imperador jamais tivessem qualquer

dúvida, hesitação ou falta de convicção ao tomar determinada decisão. Outro aspecto importante era a possibilidade indiscriminada de *reformatio in pejus* no sistema romano, o que representa de certo modo uma forte inibição ao reexame da matéria impugnada, sem prejuízo de outras sanções graves caso o recurso não fosse acolhido.

O Estado Absolutista foi marcado pelo advento de instituições, com alto caráter centralizador, que agiam ao sabor dos interesses dos déspotas, como, por exemplo, o Conselho de Estado Francês. Por outro lado, esses órgãos passaram a ser dotados de um quadro de funcionários tecnicamente qualificados, que estavam pautados por critérios estritamente racionais de eficiência e enorme pragmatismo, devendo-se observar o escalonamento hierárquico. Ademais, o Estado Moderno caracterizou-se pela formação de burocracia legal, mediante adoção de vários processos. Contudo, a concretização do efeito devolutivo ainda se submetia à vontade e aos interesses do rei, de modo que a estrutura recursal era um forte mecanismo de manutenção e conservação do Antigo Regime.

Porém, as Constituições burguesas romperam com os alicerces dos regimes absolutistas, na medida em que houve rompimento de lideranças carismáticas por dois aspectos.

Em primeiro lugar, a violação exarcebada da esfera individual não proporcionava estabilização de expectativas normativas na constituição de relações jurídicas. Assim, era crucial a proteção de alguns valores, especialmente os direitos de liberdade – civis e políticos. Assim, o efeito devolutivo dos recursos estava contaminando por conveniências políticas e era considerado um favor ou uma clemência e não um dever do Poder Público.

Em segundo lugar, não havia a busca pela limitação do poder político, de modo que as constituições precisavam estabelecer algumas balizas à atuação do Estado. Nesse momento, o efeito devolutivo decorre de direitos públicos subjetivos - que o dever público deve garantir - e não da troca de favores e satisfação da vontade do monarca ou dos interesses privados dos juízes.

O Estado Constitucional, deste modo, reconhece o compromisso de proteção do indivíduo, bem assim conferir direitos fundamentais básicos. Daí porque a eficácia vertical dos direitos fundamentais preenche o novo conteúdo político-jurídico do efeito devolutivo, na medida em que o Estado assume o dever de satisfazer a necessidade pública de prestação jurisdicional efetiva, impessoal e célere, à qual corresponde a política pública de melhoria do poder judiciário. Ademais, essa mudança paradigmática impôs que o efeito devolutivo não

fosse mais adjudicado a súditos como mero favor ou conveniência dos regimes autocráticos, mas sim como legítimo direito público subjetivo a cidadãos. Ademais, o princípio do duplo grau de jurisdição permite o controle dos jurisdicionados das decisões judiciais, reforça o dever do Estado de analisá-las criticamente e robustece a esfera pública. Dessa forma, o acréscimo do efeito devolutivo ao patrimônio jurídico dos direitos subjetivos dos indivíduos representa uma conquista de notável valor. Assim, a eficácia vertical dos direitos fundamentais preenche o conteúdo jurídico-político do efeito devolutivo do recurso, na medida em que confere ao jurisdicionado cidadania e um novo direito público subjetivo incorporado ao patrimônio jurídico, permitindo o acesso à esfera pública, na qual há efetiva interação e comunicação com os membros do Poder Judiciário.

A Norma Fundamental formulada por KELSEN representa um parâmetro de grande envergadura para a compreensão político-jurídica do efeito devolutivo, porque estabeleceu previamente seu guardião-juiz, investido no legítimo exercício de uma parcela da soberania, com a função de proteger a ordem jurídica e compor a lide. Assim, a matéria objeto de impugnação é devolvida a um agente político, previamente designado pela Norma Fundamental, cujo campo de atuação está estritamente vinculado à moldura do ordenamento jurídico. Cumpre frisar que os guardiões respondem a necessidade de instrumentos processuais para convalidação e reestruturação da ordem jurídica e seu pressuposto de validade, haja vista a demanda de mecanismos pertinentes para sanar eventuais lacunas na lei ou dificuldades de interpretação. Ademais, ao contrário do período do absolutismo monárquico, os juízes serão responsabilizados por erros judiciários nos casos previstos em lei. A Norma Fundamental traduz um novo conteúdo jurídico ao efeito devolutivo, porque a devolução será dirigida ao guardião para protegê-la. No plano político, a devolução será submetida ao guardião dotado de parcela da soberania estatal com o intuito de concretização de política pública de resolução de conflitos sociais e estabilização de expectativas, diminuindo desigualdades sociais e violência. Cumpre frisar que o guardião da Norma Fundamental, previamente designado por esta e legitimamente investido no exercício de uma fração da soberania, deverá também manter a integridade e harmonia do ordenamento jurídico.

No capítulo referente ao efeito devolutivo dentro da sistemática do atual Código de Processo Civil, muito embora tal efeito se encontre presente no recurso de apelação, tal efeito se estende aos demais recursos. Ademais, o artigo 515, §§1º e 2º do CPC distingue-se

do artigo 516 do CPC, tendo em vista que o primeiro diz respeito a matérias que podem apreciar o resultado da demanda, ao passo que o outro não teria essa vocação.

No tocante às dimensões vertical e horizontal, percebe-se que esta decorre da vontade do recorrente e do princípio dispositivo e congruência, ao passo que aquela se consolida de modo automático e sofre reflexos do princípio inquisitivo, haja vista que a cognição sobre a matéria e os fundamentos em regra é ampla, incluindo matérias cognoscíveis *ex officio*. Contudo, em alguns casos, a devolutividade de algumas questões é restrita, como nos recursos de embargos de declaração, especial e extraordinário, que exigem a obediência de alguns filtros, como por exemplo, prequestionamento, omissão, obscuridade ou contradição da decisão recorrida, violação ao ordenamento federal, repercussão geral.

Muito embora haja entendimentos respeitáveis no sentido de que somente existem dois efeitos recursais - o devolutivo e o suspensivo - não se pode ignorar a importância prática das subdivisões do efeito devolutivo, na medida em que apresentam uma série de detalhes e situações jurídicas singulares que merecem uma análise mais pormenorizada. Tal abordagem facilita a compreensão do efeito devolutivo. Cumpre lembrar que essas subdivisões são simplesmente funcionais, pois todas elas integram o efeito devolutivo, não havendo independência delas em relação a este.

O efeito translativo, um dos efeitos mais controversos na doutrina, reproduz uma resposta da sistemática do código de processo civil à demanda por maior celeridade e efetividade da tutela jurisdicional. Ademais, contrapõe-se ao princípio do duplo grau de jurisdição, que não é dotado de *status* constitucional, pois as matérias de ordem pública não deliberadas no juízo de primeiro grau podem ser apreciadas *ex officio* pelo tribunal à luz da teoria da causa madura.

Outro efeito recursal que oferece muitas indagações e perplexidades ao processo civil é o expansivo, principalmente porque pode ser perigosa a repercussão dos efeitos de uma decisão para atingir outras situações ainda não previstas pelo recorrente no objeto de impugnação. Assim, esse efeito precisa avaliar eventual violação do princípio dispositivo, para que alguns atos jurídicos não sejam atingidos indevidamente por esse efeito.

O efeito regressivo decorre do avanço do sistema processual moderno em relação aos anteriores, tendo em vista que propicia ao magistrado a retratação de uma decisão, o que aumenta a celeridade e efetividade da tutela jurisdicional. Ademais, reduz a carga de trabalho dos Tribunais.

REFERÊNCIAS.

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Editora Forense, 14ª edição. Rio de Janeiro, 2008.
- ARRUDA, José Jobson de A; PILETTI, Nelson. *Toda a História: História Geral e do Brasil*. 11ª edição. São Paulo: Ática, 2001.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª edição ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Sergio Antonio Fabris Editor, 2ª edição. Porto Alegre, 1992.
- COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução ao Direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 3. Editora Juspodium, 8ª edição. Salvador, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Vol. 1. 2ª edição. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário nº 101, 2003.
- _____. (2003a). *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário nº 76.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. 3ª edição. Darmstadt: Wesdeutscher Verlag, 1987.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia. *Teoria Geral dos recursos*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 27ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais: teoria geral dos recursos*. 3ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 1996.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e afins*. 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2006.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo civil comentado e legislação extravagante*. 9 edição rev., ampliada, e atualizada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Editora Método, 2ª edição. São Paulo: 2010.

PEREIRA, Guilherme Bollorini. *Juizados Especiais Federais Cíveis: questões de processo e de procedimento no contexto do acesso à justiça*. 2ª edição revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

SILVA, Olívio Araújo Baptista da. *Teoria Geral do Processo Civil*. 4ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SOUZA, Bernardo Pimentel de. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.