



Anotações quanto ao efeito devolutivo nos recursos excepcionais

Notes on the decisions of the Brazilian Supreme Court

DANIEL USTÁRROZ

Professor de Direito Civil da PUCRS, Doutor em Direito Civil pela UFRGS. Advogado.

SÉRGIO GILBERTO PORTO

Professor de Direito Processual da PUCRS. Mestre e Doutor em Direito Processual pela PUCRS. Advogado

RESUMO: O presente ensaio discute os limites do efeito devolutivo nos recursos de estrito direito. Apresenta precedentes interessantes do direito brasileiro sobre o tema e lições doutrinárias.

Palavras-chave: Direito processual civil. Recurso extraordinário. Recurso especial. Efeito devolutivo. Limite.

ABSTRACT: This paper discusses the characteristics of the Brazilian Supreme Court appeals. Presents interesting precedents of Brazilian law on the subject and doctrinal lessons.

Keywords: Civil Procedural Law. Appeal. Brazilian Supreme Court.

1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA: O LIMITE DO EFEITO DEVOLUTIVO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Todos sabemos que os recursos exercem valiosas funções na ciência jurídica. Realizam, de forma útil ou defeituosa, diversos princípios constitucionais, como: (a) o devido processo constitucional (art. 5º, LIV); (b) o livre acesso à justiça (art. 5º, XXXV); (c) a ideia de contraditório e de ampla defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV) e (d) a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII). A eficiência do sistema recursal é diretamente proporcional à efetividade dos direitos¹.

Outra função relevante do direito recursal é viabilizar a formação da jurisprudência, a qual é muito valorizada no atual período histórico. Sem o debate consciente e maduro, próprio dos órgãos colegiados, não há como afirmar, quanto mais uniformizar, a jurisprudência enquanto fonte do direito. Como diagnosticava Karl Larenz, “hoje sabemos que a maior parte das leis sofrem a sua configuração definitiva, e deste modo a sua susceptibilidade de aplicação aos casos singulares, apenas mediante a concretização no processo contínuo da actividade jurisprudencial, e que

muitas proposições jurídicas encontraram acolhimento do Direito vigente através da actividade jurisprudencial. A heurística do Direito não se esgota de modo algum na aplicação da lei. A metodologia jurídica tem de ter em conta estas ideias”. Avança: “as decisões judiciais, mesmo quando nelas se plasmam juízos de valor, não podem aceitar-se às cegas; requerem confirmação, no sentido de verificar se são compatíveis com outras decisões e princípios jurídicos reconhecidos, se são ‘materialmente adequadas’”. Arremata, asseverando que “a ciência do Direito desenvolve por si métodos de um pensamento orientado a valores, que permitem complementar valorações previamente dadas, vertê-las no caso singular e orientar a valoração que de cada vez é exigida, pelo menos em determinados limites, a tais valorações previamente achadas. Nesta medida, são as valorações susceptíveis de confirmação e passíveis de uma crítica racional”².

Os recursos, em certa medida, colaboram com este ideal. Contudo, não se pode esquecer que, em países em vias de desenvolvimento, como o nosso, o custo social do processo é imenso, pois os litigantes comuns não possuem condições de esperar indefinidamente a resolução, sem sacrificarem a sua própria vida pessoal³. Claro que essa conta não pode ser imputada apenas ao processo civil – tampouco ao sistema recursal –

afinal as principais causas são muito mais agudas e, em última análise, remontam a própria estrutura social. Todavia, também o processo civil tem a sua parcela de responsabilidade, competindo-lhe criar meios hábeis à realização de um processo justo, limitando o uso dos recursos àqueles casos em que efetivamente valha a pena acionar um duplo grau de jurisdição⁴.

Hoje, sabe-se que a previsão de inúmeros recursos, por um lado, permite o conhecimento da causa por diversos magistrados. De outro, vai paulatinamente afastando o julgador da realidade da demanda. Isso sem contar com o tempo consumido até a apreciação definitiva, que em geral dura alguns anos e, ocasionalmente, décadas. Tais vicissitudes não podem ser ignoradas.

Em razão desse embate, historicamente, o direito brasileiro preocupa-se – ao menos no plano teórico – em limitar o acesso dos litigantes aos Tribunais de Cúpula, evitando assim que eles sejam transformados em meras e ordinárias Cortes de Revisão, agora em terceiro grau. Um dos institutos mais interessantes, a este respeito, é o da exigência da repercussão geral da matéria constitucional, introduzido em nossa Constituição Federal (art. 102, parágrafo terceiro), com o fito de preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ao julgamento de causas paradigmáticas, que interfiram no cotidiano social, pela sua projeção política, econômica, social ou jurídica. Espera-se que, em breve, o Superior Tribunal de Justiça também conte com um mecanismo semelhante⁵.

Dentro desse contexto, o presente ensaio almeja discutir um ponto complexo dos recursos excepcionais, qual seja o alcance de seu efeito devolutivo. Afinal, apenas as matérias verdadeira e indubitavelmente impugnadas pelas partes podem ser conhecidas pelas Cortes de Brasília ou, eventualmente, em nome da melhor aplicação do direito, este efeito devolutivo pode ser ampliado? Quais são os critérios que devem guiar o intérprete na definição do efeito devolutivo em um ou outro caso?

Para desenvolver o estudo, recorreremos a duas fontes preciosas, qual seja recente parecer do professor Antonio Janyr Dall’Agnol Junior, acerca do âmbito de devolutividade do recurso especial⁶, bem como um sábio voto do ministro Teori Zavascki, o qual quiçá venha renovar ou revigorar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tópico⁷.

2 O PAPEL DO EFEITO DEVOLUTIVO NO DIREITO RECURSAL

Dentre os principais efeitos da interposição de um recurso, encontram-se: (a) evitar a preclusão dos

temas; (b) devolver a matéria enfrentada a um tribunal, a fim de que haja nova análise sobre o ponto (efeito devolutivo); (c) eventualmente, suspender a eficácia da decisão recorrida (efeito suspensivo); (d) promover, episodicamente, a retratação do próprio órgão prolator (efeito regressivo); (e) autorizar o órgão *ad quem* a revisar a marcha do processo, a fim de pronunciar/sanar alguma nulidade ou mesmo conhecer de matéria passível de atuação de ofício (efeito translativo) etc.⁸.

No que pertine ao nosso ensaio, através do efeito devolutivo, a instância revisora recebe a autorização para reavaliar o ponto enfrentado pela decisão recorrida. Transfere-se ao órgão *ad quem* a competência para o julgamento da matéria impugnada. Por tal razão, como pondera Humberto Theodoro Junior, “não se pode, logicamente, conceber um recurso que não restabeleça, no todo ou em parte, a possibilidade de rejuízo”⁹.

Historicamente, foi imortalizado o seguinte brocardo para ilustrar o tema: o recurso devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada (*tantum devolutum quantum appellatum*). Esta regra, em nosso sistema, está positivada no art. 515, *caput*, CPC¹⁰. Não à toa, no capítulo da apelação, que é provavelmente o recurso de maior devolutividade no ordenamento¹¹.

Com razão, é sobre a matéria criticada nas razões recursais que se desenvolverá ordinariamente o debate perante a instância revisora. Os capítulos da decisão porventura não enfrentados no recurso permanecem fora da discussão recursal, uma vez que cumpre à parte limitar o âmbito de devolutividade de sua insurgência¹². Neste passo, o efeito devolutivo delimitaria a atividade do órgão revisor, impedindo-o de se manifestar sobre pontos não suscitados pelo recorrente, evitando, assim, a reforma *in pejus*.

A doutrina costuma identificar duas perspectivas do efeito devolutivo: extensão e profundidade. Pela primeira, aponta-se a parte da decisão que será rediscutida pelo órgão *ad quem*. A profundidade, de seu turno, relaciona-se com os argumentos que foram enfrentados pelo juízo *a quo* e que, agora, poderão ou não ser revistos pelo juízo revisor. A este respeito, é didática a lição de José Carlos Barbosa Moreira: “a exata configuração do efeito devolutivo é problema que se desdobra em dois: o primeiro concerne à extensão do efeito, o segundo a sua profundidade. Delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar com que material há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar. A decisão apelada tem o seu objeto: pode haver julgado o mérito da causa (sentença definitiva), ou matéria preliminar ao exame do mérito (sentença terminativa). É necessário verificar se a decisão do

tribunal cobrirá ou não área igual à coberta pela do juiz *a quo*. Encara-se aqui o problema, por assim dizer, em perspectiva horizontal. Por outro lado, a decisão apelada tem os seus fundamentos: o órgão de primeiro grau, para decidir, precisou naturalmente enfrentar e resolver questões, isto é, pontos duvidosos de fato e de direito, suscitados pelas partes ou apreciados *ex officio*. Cumpre averiguar se todas essas questões, ou nem todas, devem ser reexaminadas pelo Tribunal, para proceder, por sua vez, ao julgamento; ou ainda se, porventura, hão de ser examinadas questões que o órgão *a quo*, embora pudesse ou devesse apreciar, de fato não apreciou. Focaliza-se aqui o problema em perspectiva vertical¹³.

De seu turno, a Constituição Federal disciplina a competência dos Tribunais Superiores, regulando o cabimento dos recursos excepcionais nos conhecidos permissivos (art. 102, III, e art. 105, III). Ou seja, a fundamentação desses recursos não é livre, de sorte que o jurisdicionado, quando deles se vale, deve desenvolver questões relacionadas às alíneas das normas antes aludidas. Ninguém duvida que, em linha de princípio, são as normas constitucionais ou federais abordadas pelo recorrente que devem ser interpretadas pela Corte Superior. Ninguém imaginará, assim, uma pronúncia do Superior Tribunal de Justiça calcada exclusivamente em norma constitucional. Tampouco será lógico idealizar um acórdão do Supremo Tribunal Federal amparado, apenas, em artigo do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, existem, ao lado dessas normas, tantas outras que precisam ser apreciadas para se alcançar o melhor julgamento para a causa.

Nesse panorama, é bastante discutida a aplicação dos brocardos *da mihi factum dabo tibi jus* e *do jura novit curia* através dos recursos excepcionais. Até mesmo se debate a possibilidade/conveniência das Cortes de Brasília buscarem a justiça em suas decisões, porquanto não estariam vocacionadas à revisão de fatos/provas¹⁴. A polêmica doutrinária, a este respeito, sempre foi intensa e não há sinais de que esteja próximo de ser encerrada¹⁵.

Dentre as tantas questões que surgem, uma delas diz respeito à conjugação entre a garantia da prestação jurisdicional integral (que garante às pessoas o direito de que todos os seus fundamentos jurídicos sejam apreciados por um órgão judicial) e o restrito efeito devolutivo dos recursos excepcionais.

Para ilustrar o problema, utilizaremos uma situação corriqueira no Foro. O pedido de despejo é formulado amparado com duas causas de pedir (inadimplência e uso indevido do imóvel). Procedente o pedido, em face da caracterização do débito, haveria sentido

em se admitir uma apelação por parte do autor para se rediscutir o uso? Provavelmente, não. Por isso o parágrafo segundo, do art. 515, permite a devolução do Tribunal das questões que interessam ao apelado, mas que não constam no apelo da parte contrária, com o fito de lhe garantir a prestação integral. Todavia, supondo-se que o Tribunal mantenha a sentença e nada diga a respeito da segunda causa de pedir, poderá a parte sucumbente interpor Recurso Especial. Dentro desse exemplo didático, qual deveria ser o procedimento do Superior Tribunal de Justiça caso entendesse por dar provimento ao Recurso Especial deduzido com o único fundamento da inadimplência. Simplesmente, reformaria o acórdão e julgaria improcedente a demanda. Ou deveria, por algum meio, reconhecer o direito da parte recorrida em ter apreciada a sua segunda causa de pedir: o uso indevido. Em caso positivo, qual seria o órgão jurisdicional cocompetente? Este é o grande drama do debate em torno do efeito devolutivo do Recurso Especial.

Algo semelhante ocorre com o Recurso Extraordinário. Vamos imaginar que julgando uma demanda com uma causa de pedir (portanto, distinto o exemplo da situação anterior) o Tribunal Regional aplique uma norma da Constituição Federal, que vem a ser impugnada perante o Supremo Tribunal Federal. Poderão os Ministros reconhecer uma contrariedade ao texto constitucional, neste aspecto, e silenciar a respeito de uma outra violação, não apontada pelas partes?

Estas são algumas das perplexidades visualizadas na identificação do limite do efeito devolutivo nos recursos excepcionais.

3 PECULIARIDADES DA “APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE” E DA AMPLITUDE DO EFEITO DEVOLUTIVO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS, CONFORME A POSIÇÃO DE ANTÔNIO JANYR DALL’AGNOL JÚNIOR

Como dito, é tormentoso para os operadores o tema da extensão do efeito devolutivo dos recursos excepcionais. Embora em um primeiro enfoque possa parecer singelo, na prática ele se revela muito complexo.

Historicamente, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 456, a qual reza que “o Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, *julgará a causa*, aplicando o direito à espécie¹⁶”. Em sentido semelhante, dispõe o art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça que “no julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa,

a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

Qual o alcance dessas previsões?

Em sede doutrinária, há rico parecer do professor Antônio Janyr Dall’Agnol Junior¹⁷. A sua conclusão, em favor de uma “causa de pedir aberta”, no Recurso Extraordinário, a fim de garantir a primazia do direito constitucional, é amparada em sólidos argumentos encontrados nos votos dos Ministros da Corte, reproduzidos no parecer: “ainda, porém, que se pretenda manter a praxe, o certo é que nem dela decorre que, acaso errôneo o fundamento do acórdão recorrido, atacado no RE, esteja o Supremo Tribunal jungido a dele conhecer e lhe dar provimento, ainda que entenda haver fundamento constitucional para manter-lhe o dispositivo, não obstante a errônea da motivação” (Min. Sepúlveda Pertence¹⁸); “Senhor Presidente, acompanho o voto do eminente Relator por entender, convictamente, que o Supremo pode decidir com inovação de fundamento. Nada na Constituição, nada na lógica jurídica autoriza a inaplicabilidade do iura novit curia às decisões da Casa, em sede de recurso extraordinário. Não é a extraordinariedade do recurso que vai forçar o Supremo Tribunal Federal a restringir o seu próprio âmbito de apreciação da matéria” (Min. Carlos Ayres Britto); “considero que interpretação restritiva quanto à profundidade do efeito devolutivo do extraordinário implica duas graves contradições, muito bem percebidas por S. Exa. A primeira é a contradição imediata com a função constitucional precípua do Supremo, que é a de velar pela mesma Constituição, na sua inteireza. Não é possível, sem renúncia a tal função, admitir que esta Corte esteja impedida de reconhecer a incidência de certa norma constitucional, sob o singelo fundamento de que não teria sido invocada nas razões ou nas contra-razões do recurso extraordinário. E a segunda, mais grave que a primeira, que já é gravíssima, parece-me ser a contradição com a ordem jurídica em si, porque não consigo conceber como o Supremo Tribunal Federal possa modificar o conteúdo de uma decisão, com base no argumento de que teria havido ofensa a determinada regra ou princípio constitucional, quando esteja claríssimo, nos autos, que esse mesmo conteúdo decisório deva subsistir pela aplicação de outra norma ou princípio constitucional, incidente sobre os fatos da causa. Noutras palavras, o Supremo Tribunal Federal estaria, em tal conjuntura, modificando o teor da decisão que reconhece estar conforme a Constituição!” (Min. Cezar Peluso); “[...] começamos a atribuir a função de vigência da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal a uma vontade da parte, ou a uma conduta dos tribunais inferiores. Se os tribunais inferiores não

fundamentaram assim, acabava tendo uma solução nitidamente contrária à Constituição, mas, como não tinha sido o fundamento etc., terminava lesando aquilo que era a vigência plena da Constituição. E, aí, estamos caminhando para aproximar o recurso extraordinário de um recurso objetivo, como disse o Ministro Gilmar Mendes. Enfim, a questão começa agora. Aqui vem o problema que deve ficar muito claro também. Na medida em que abrimos esse leque, no sentido de podermos conhecer de recursos com fundamentos diversos, darmos provimento ou negarmos provimento, teremos uma função mais efetiva do Supremo no que diz respeito à vigência da Constituição. E o Ministro Carlos Velloso me advertia da avalanche que isso determinaria, o que contra-arrazoava objetivamente, aqui no canto, o nosso Ministro Decano” (Min. Nelson Jobim).

Nesse contexto, Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior considera compreensível a posição majoritária da Corte em favor da aplicação do direito à espécie “afinal, caso o recurso extraordinário não viabilizasse a consideração das teses afastadas ou nem sequer enfrentadas, dada a existência de fundamento suficiente para a adoção da decisão recorrida, necessariamente deveria ser reconhecido interesse recursal à parte vitoriosa na instância ordinária. Tal conclusão, além de ir contra a inteligência do art. 499, CPC, ocasionaria uma “*avalanche*” (expressão do Ministro Nelson Jobim) de processos dirigidos ao Pretório Excelso”.

Ou seja, a ampliação do efeito devolutivo em favor do recorrido seria o custo a ser pago por lhe vetar interesse recursal. A lição doutrinária justifica a primazia da Constituição, autorizando que a Corte aprecie o caso a partir de um enfoque mais amplo, que não se limita ao debate proposto pelas partes. Não seria razoável impedir o julgador de pronunciar uma inconstitucionalidade, quando latente, sob o fundamento de que nenhuma das partes dela se apercebeu. Daí a causa de pedir um pouco aberta...

O problema é que essas outras teses não foram prequestionadas. Logo, o que fazer? Simplesmente fechar os olhos ou admitir que, nessas hipóteses, o prequestionamento deve ser dispensado. Esta é a opção do doutrinador: “não há sentido exigir-se, dentro desse contexto, o prequestionamento de matérias que apenas não foram enfrentadas expressamente, naquele determinado momento processual, pela ausência de utilidade. Com efeito, o requisito do prequestionamento, nas hipóteses em que o recorrido não possui interesse recursal, merece mitigação, sob pena de ser entusiasmado o manejo de embargos de declaração, para que o Tribunal de origem – já tendo emitido juízo favorável ao embargante – seja

constrangido a enfrentar outros fundamentos que conduziriam ao mesmo resultado prático. Além de incoerente com o sistema, esta orientação seria ilegal, pela aplicação dos artigos 515, do CPC, e 257, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. A permissão para o enfrentamento de outros fundamentos, que levam à manutenção do julgado recorrido, é um fato de legitimação da prestação jurisdicional. Afinal, por um lado, oferece a garantia ao recorrido de que, a despeito da inexistência – ocasional – de interesse recursal, as suas legítimas pretensões serão analisadas. Por outro, quiçá ainda mais importante no que toca à administração da justiça, viabiliza a realização da missão constitucional do Superior Tribunal de Justiça, que não é propriamente um Tribunal de Cassação, autorizando-o a aplicar o melhor direito à espécie, o que, a todas as luzes, colabora, inclusive, com a celeridade da prestação jurisdicional. Como se observa, o papel reservado pela Constituição Federal ao recurso especial impõe que, após o seu conhecimento, sejam devolvidas ao Superior Tribunal de Justiça as matérias capazes de manter a decisão recorrida, sob pena de o Tribunal passar a admitir interesse recursal à parte vitoriosa – o que se ostenta absolutamente contraprodutivo, em face do excessivo número de recursos interpostos, além de ilegal pela incidência do art. 499, CPC¹⁹.

Dessa abordagem, retiramos uma importante conclusão: em tese, não deve estar o julgador preso aos argumentos ou ao enfoque jurídico dado pela parte, pois a aplicação do direito envolve necessariamente uma análise sistemática. Agrediria nosso senso de justiça constranger um juiz, especialmente do Supremo Tribunal Federal, a silenciar diante da visualização da aplicação inconstitucional do direito.

4 A INTERPRETAÇÃO DO MIN. TEORI ZAVASCKI EM FACE DA NECESSIDADE DE SE RESGUARDAR A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL INTEGRAL

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal registra recente precedente acerca do tema investigado. Trata-se do RE 346736 AGR-ED/DF²⁰. Nele, o voto do Ministro Teori Zavascki bem apreende a complexidade do tema e alcança a melhor forma, em nossa visão, de conjugar as várias exigências contrapostas das partes e do sistema brasileiro. O precedente aplica-se aos litígios que contém mais de uma causa de pedir.

Como salientado pelo Relator, “em nosso sistema processual, os recursos extraordinários (o especial para o STJ e o extraordinário para o STF) não são recursos de pura *cassação*, assim considerados os que, quando providos, devolvem o julgamento da causa

à instância de origem. Trata-se, sim, de recursos de *revisão*, a significar que o próprio órgão competente para o seu julgamento promoverá, quando for o caso, o julgamento da causa”. Afasta-se, assim, o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça da histórica missão da Cour de Cassation, pois em sua origem ela se limitava a cassar acórdãos para que outros fossem proferidos²¹. Apenas mais recentemente lhe foi admitido, em situações especiais, apreciar o mérito das causas²².

Logo, “admitida a sua natureza revisional, o julgamento do recurso do extraordinário (como também, *mutatis mutandis*, o do especial, no STJ) comporta, a rigor, três etapas sucessivas, cada uma delas subordinada à superação positiva da que lhe antecede: (a) a do juízo de admissibilidade, semelhante à dos recursos ordinários; (b) a do juízo sobre a alegação de ofensa a direito constitucional (que na terminologia da Súmula 456/STF compunha, conforme já registrado, o juízo de conhecimento); e, finalmente, se for o caso, (c) a da complementação do julgamento da causa. É técnica semelhante à do julgamento de ações rescisórias, nas quais também há, além do juízo sobre (a) pressupostos e condições da ação, (b) o juízo de rescisão propriamente dito e (c) o novo julgamento da causa, se for o caso (CPC, art. 494)”.

Acerta o Ministro Teori Zavascki ao apontar que “esse ‘julgamento da causa’ consiste justamente na apreciação de outros fundamentos que, invocados pelas partes – seja para um juízo de procedência, seja para um juízo de improcedência –, não compuseram o objeto do recurso extraordinário, mas que, se “conhecido” esse recurso (vale dizer, se acolhido o fundamento constitucional nele invocado pelo recorrente), passam a constituir matéria de apreciação inafastável, sob pena de não ficar completa a prestação jurisdicional. Irrelevante, para efeito desse julgamento, que a matéria residual tenha sido ou não prequestionada no acórdão recorrido, ou que tenha sido renovada em contrarrazões. O prequestionamento, com efeito, é requisito a ser demonstrado pelo recorrente, relativamente à questão constitucional posta no recurso. A esse requisito, todavia, não está submetida a parte recorrida, até porque, contra-arrazoar é faculdade, e não ônus processual. Ao direito da parte recorrida de ver apreciada, se for o caso, toda a matéria posta na demanda, corresponde um dever do Tribunal de examiná-la integralmente, mesmo sem provocação em contrarrazões, já que é essa a matéria que compõe o objeto do ‘julgamento da causa’ a que se faz referência a Súmula 456/STF”.

Justamente para enfrentar este problema, qual seja de garantir a análise de causas de pedir ou fundamentos de defesa não enfrentados diretamente no recurso,

alguns julgados do STJ reconhecem que “superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, já que cumprirá ao Tribunal ‘julgar a causa, aplicando o direito à espécie’”²³.

Como visto, o precedente dispensa a parte recorrida de agitar o tema em contrarrazões, afinal “contra-arrazoar é faculdade e, não, ônus processual do recorrido. Ora, se o STF, ao julgar o recurso extraordinário, acolher a tese desenvolvida pelo fisco, certamente não poderá, sob pena de deturpação do sistema, deixar em aberto o segundo fundamento da demanda, mesmo que se trate de matéria infraconstitucional ou que não tenha sido prequestionada. É que, tendo acolhido o fundamento constitucional invocado pelo recorrente (ou, no dizer da Súmula 456, tendo “conhecido” o recurso), cumpre ao STF o dever indeclinável de “julgar a causa, aplicando o direito à espécie”.

Por decorrência, “alarga-se, portanto, em casos tais, o âmbito horizontal de devolutividade do recurso extraordinário, para abranger todas as questões jurídicas submetidas à cognição do acórdão recorrido, mesmo as que, por desnecessário, não tenham sido por ele examinadas”. Aplica-se, aqui, analogicamente, por inafastável imposição do sistema, o disposto no § 2º do art. 515 do CPC”.

A grande questão reside em definir a competência para a conclusão do julgamento, no sentido de identificar qual o órgão judicial que deve apreciar integralmente a causa, definindo as questões residuais. Na lógica de uma Corte de Cassação, o mais correto seria devolver os autos à origem, a fim de que o Tribunal Regional analisasse amplamente as provas e as teses relevantes. Entretanto, não se pode ignorar o enorme preço a ser suportado pelo jurisdicionado, o qual deveria aguardar outros meses ou anos para ter a sua causa definitivamente apreciada. Na maior parte das vezes, os autos poderiam inclusive retornar ao próprio Tribunal Superior, a fim de que ele apreciasse recurso especial ou extraordinário interposto contra o novo acórdão proferido pela corte inferior.

Nesse contexto, tendo em vista que nossos Tribunais Superiores também exercem juízo de revisão, não consideramos equivocada a orientação de alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça que apreciam imediatamente a causa em sua integralidade, permitindo a realização do princípio constitucional da duração razoável a do acesso à justiça²⁴. Esta, contudo, não é uma orientação pacífica da Corte, afinal há relativo consenso de que a teoria da causa madura é inaplicável em sede de recurso especial²⁵.

Ambas as posições são interessantes. Na nossa visão, a análise imediata da causa é aconselhada

especialmente nas demandas repetitivas, nas quais o ideal de isonomia é mais nítido. Igualmente, se estritamente jurídico o debate e de fácil percepção, a opção pelo julgamento imediato também se mostra mais coerente. De outra banda, quando necessária ampla atividade cognitiva, o mais correto seria o envio para a Corte Estadual, a qual é vocacionada para o debate fático/probatório.

Em outras palavras, a questão central é definir se a causa está pronta para julgamento, à luz dos critérios usualmente adotados pelas Cortes Superiores. Isto é, se a matéria fática precisa de esclarecimento, os autos devem retornar à origem. Contudo, se o debate tiver sido suficiente e pacífica a matéria a ser apreciada, especialmente se for de natureza jurídica, autorizado estará o julgamento imediato.

CONCLUSÃO

A questão relativa à delimitação do efeito devolutivo nos recursos excepcionais está ainda longe de ser pacificada. Como bem ponderou o Min. Teori Zavascki, há uma “crise existencial” nas próprias Cortes, cuja natureza oscila entre uma revisão em prol da justiça e a cassação, pela hierarquia. É bem provável que a discussão persista nos próximos anos (quem sabe, nas décadas que virão), afinal os próprios operadores não entram em sintonia acerca do que esperar dos Tribunais de Cúpula. Nessas anotações, alcançamos duas conclusões parciais.

Em primeiro lugar, está correto o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quando considera que a sua análise da constitucionalidade não está limitada aos pontos que foram invocados pelas partes interessadas. A Corte não pode ficar refém dos fundamentos trazidos pelo recorrente, sob pena de se premiar a inconstitucionalidade, em desfavor da parte recorrida, a qual se saiu vencedora na origem.

De outra banda, em face da garantia da prestação jurisdicional integral, sempre que as Cortes Superiores observarem que alguma das causas de pedir ou dos fundamentos autônomos de defesa não tiverem sido enfrentados pelo Poder Judiciário, deve a Corte exigir que a jurisdição seja integralmente prestada, mediante a complementação do julgamento ou o envio dos autos ao Tribunal Regional.

Na nossa visão, o mais correto seria atribuir-lhes o papel de formar precedentes, orientando a atuação das Cortes Inferiores nos casos análogos, bem como facilitando a realização dos direitos das pessoas. Para tanto, uma medida urgente para o Superior Tribunal de Justiça é a criação de filtro, nos moldes da repercussão geral do recurso extraordinário²⁶. Somente

com uma limitação quantitativa é que conseguiremos efetivamente formar uma jurisprudência séria e estável, a qual poderá enfim ser democratizada com a sua análise detalhada nos bancos universitários e pelos operadores.

Quando e se este dia chegar, quiçá seja dirimida a questão do efeito devolutivo nos recursos excepcionais, dotando-os de ampla devolutividade, com o fim maior

de formar jurisprudência e, evidentemente, dar uma solução justa ao caso. Enquanto ele não amanhecer, o mais correto é oferecer a prestação jurisdicional integral, ou seja, garantir ao cidadão de que todas as suas causas de pedir e os fundamentos de defesa que possam levar a um resultado útil sejam apreciadas, por algum órgão de jurisdição. Do contrário, a denegação de justiça será evidente.

NOTAS

¹ A questão é justamente descobrir em que medida a admissibilidade de um recurso é útil e, a partir de qual momento, ela é perniciosa, por excessiva. É um tema histórico, que ilumina há muito tempo o imaginário dos juristas.

² *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

³ Abordagem mais ampla da problemática do acesso à justiça é encontrada nas obras especializadas de Mauro Cappelletti. Dentre elas, vide *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: safE, 1988.

⁴ Obviamente, a problemática da “política do direito recursal” não é exclusiva do sistema brasileiro. Por ilustração, observe-se a lição de Othmar Jauernig referente ao direito alemão: “o significado da política do direito dos recursos consiste, antes de mais, na garantia reforçada da justeza da decisão. A admissão de recursos exerce sobre os tribunais inferiores uma pressão salutar para que fundamentem cuidadosamente as decisões. Servem sobretudo a segurança duma jurisprudência unitária, quando os processos terminam no tribunal superior ou poucos atingem os tribunais superiores, enquanto a jurisprudência dos tribunais inferiores tende permanecer no seu grande número difusa e dispersa. O necessário desenvolvimento da ordem jurídica só é possível pela jurisprudência dos tribunais superiores, cujas decisões são publicadas e dotadas de uma especial autoridade “natural”. Por isso, a utilização dos recursos não serve apenas o interesse da parte concreta, mas antes da jurisprudência no seu todo, especialmente expressa na revista”. *Direito processual civil*, 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 362.

⁵ Aqui na Pontifícia Universidade Católica foi defendido Trabalho de Conclusão de Curso (2013/01), pelo acadêmico Juliano Barth, postulando a aprovação de Emenda Constitucional com o fito de se introduzir a repercussão geral no Recurso Especial. A Banca Examinadora atribuiu-lhe grau máximo.

⁶ Ação rescisória. Poderes do relator quanto à admissibilidade da inicial. Extensão e profundidade do efeito devolutivo no recurso especial. Compreensão do conceito dos obter dicta em nosso direito. *Revista jurídica*, Porto Alegre, v. 60, n. 412, p. 81-114, fev. 2012.

⁷ RE 346736 AgR-ED, 2. T., j. 04.06.2013. DJe 18.06.2013.

⁸ Sobre o tema dos princípios de direito recursal, o leitor interessado no seu aprofundamento encontra na obra de Nelson Nery Junior adequado subsídio. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁹ Registra o autor mineiro: “nenhuma questão, depois de solucionada em juízo, pode ser novamente decidida, porque se forma em torno do pronunciamento jurisdicional a preclusão pro judicato (art. 471, caput), requisito necessário a que o processo caminhe sempre para frente, sem retrocesso, rumo à solução do litígio. O mecanismo dos recursos, porém, tem sempre a força de impedir a imediata ocorrência da preclusão, e, assim, pelo efeito devolutivo, inerente ao sistema, dá-se o restabelecimento do poder de apreciar a mesma questão, pelo mesmo órgão judicial que a proferiu ou por outro hierarquicamente superior. Não se pode, logicamente, conceber um recurso que não restabeleça, no todo ou em parte, a possibilidade de rejuízo. E nisso consiste o denominado efeito devolutivo dos recursos”. Curso de Direito Processual Civil, v. 1, p. 616. Rio de Janeiro: Forense.

¹⁰ Art. 515, *caput*, CPC: “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”.

¹¹ Por ilustração: “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AMPLA DEVOLUTIVIDADE DA APELAÇÃO. 1. O recurso de

apelação é o recurso por excelência, singularizando-se pelo fato de dirigir-se ao pronunciamento último do juízo e pela sua ampla devolutividade, que investe o tribunal no conhecimento irrestrito da causa, concretizando o dogma do duplo grau de jurisdição (FUX, Luiz, *Curso de direito processual civil*, 3. ed., 1039). 2. Agravo regimental a que se nega provimento”. (AgRg no AgRg no REsp 572.057/RS, 6. T., Rel. Min. Celso Limongi, j. 02.09.2010. DJe 27/09/2010)

¹² Enrico Tullio Liebman “l’evoluzione storica ha portato al risultato che vengono devolute alla cognizione del giudice di secondo grado quelle sole parti della sentenza (quei soli capi) che furono oggetto d’appello (tantum devolutum quantum appellatum); il nuovo giudizio e in ipotesi un riforma della sentenza possono avvenire dunque soltanto entro l’ambito dell’appello o degli appelli effettivamente proposti e soltanto a favore di colui o di coloro che li hanno proposti”. *Manuale di diritto processuale civile*, 4. ed. Milano: Giuffrè, 1984, p. 300. “[...] come si è già detto, la sentenza d’appello rappresenta un nuovo giudizio sulle domande decise in primo grado e costituisce perciò la nuova decisione della causa. Ma nel caso d’un appello parziale, la decisione finale dovrà desumersi dalla combinazione della sentenza d’appello con quella parte della sentenza di primo grado che non fu oggetto d’impugnazione. L’appello infatti può essere totale o parziale, secondo che investa tutta la sentenza, oppure una sua parte (uno od alcuni capi); nel primo caso ripropone al giudice di secondo grado tutta la causa proposta in primo grado, nel secondo caso ripropone soltanto una parte di essa. Parte o capo di sentenza è ogni statuizione su un oggetto autonomo di domanda, tanto se pronunciata sulla sua ammissibilità, quanto se pronuncia sulla sua fondatezza”.

¹³ *Comentários ao código de processo civil*, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, p. 431.

¹⁴ Estas frases – fortes – merecem interpretação com muita cautela.

¹⁵ O que é bom, no nosso entender, pois estamos longe de encontrar uma solução satisfatória para o tema.

¹⁶ É correta a análise do professor Teori Zavascki quando pontua que “o verbo conhecer foi empregado, nessa súmula (e assim também na referida norma regimental), com um sentido peculiar, que não corresponde ao comumente adotado em relação aos recursos ordinários. Conhecer não significa, ali, apenas superar positivamente os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade. O verbo é empregado, na verdade, com significado mais abrangente, para agregar também uma importante parcela de exame do próprio mérito recursal: a que diz respeito à existência ou não de violação à norma constitucional (ou, no caso do STJ, à norma federal)”. Trecho de seu voto proferido no RE 346736 AgR-ED, 2. T., j. 04.06.2013. DJe 18.06.2013.

¹⁷ Ação rescisória. Poderes do relator quanto à admissibilidade da inicial. Extensão e profundidade do efeito devolutivo no recurso especial. Compreensão do conceito dos obter dicta em nosso direito. *Revista jurídica*, Porto Alegre, v. 60, n. 412, p. 81-114, fev. 2012.

¹⁸ Trecho do RE 298.694/SP. Tribunal Pleno. J. 06.08.2003. DJE: 23.04.2004.

¹⁹ Em sentido contrário, o alvitre de Araken de Assis: “por outro lado, o STJ não é um tribunal ordinário em duplo sentido: primeiro, àquela corte não compete, segundo os princípios mais saudáveis, julgar questões de fato; segundo, a função constitucional avulta na preservação da unidade e da integridade na interpretação do direito federal. Em outras palavras o STJ não julga a causa integralmente, nos seus mais variados aspectos de fato e de direito. A circunstância de aplicar o direito à espécie, conforme estabelece o art. 257, *in fine*, do RISTJ, na linha preconizada pela Súmula do STF, n. 456, pressupõe a exata delimitação da “espécie” sob julgamento – única e exclusivamente a questão federal impugnada, individualizada nas razões do recurso (art. 541, I), e decidida pelos

tribunais inferiores. E julga a causa nesses termos, porque o STJ não constitui tribunal de cassação conforme o modelo francês. Não se limita a censurar o acórdão recorrido. Fixada a tese jurídica correta, aplica-a à espécie e reforma, nesta parte, o acórdão. É por essa relevante razão que se mostra que se mostram insustentáveis as tentativas de alargar o efeito devolutivo para abranger todas as questões de ordem pública. O prequestionamento alude, por sem dúvida, ao cabimento do recurso, mas também limita o efeito devolutivo na mesma dimensão. Além disso, o STJ deve se ater à sua função constitucional, evitando assumir o papel de terceira instância, e, assim, inspirado no encantador pretexto de fazer a justiça do caso concreto, tornar perenes os litígios”. *Manual dos recursos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

- ²⁰ Íntegra da ementa: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NATUREZA REVISIONAL. TÉCNICA DE JULGAMENTO. DEMANDA COM MAIS DE UM FUNDAMENTO. ACOLHIMENTO DO RECURSO PARA AFASTAR UM DELES. INDISPENSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DOS DEMAIS. SÚMULA 456/STF. 1. Em nosso sistema processual, o recurso extraordinário tem natureza revisional, e não de cassação, a significar que “o Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie” (Súmula 456). Conhecer, na linguagem da Súmula, significa não apenas superar positivamente os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, mas também afirmar a existência de violação, pelo acórdão recorrido, da norma constitucional invocada pelo recorrente. 2. Sendo assim, o julgamento do recurso do extraordinário comporta, a rigor, três etapas sucessivas, cada uma delas subordinada à superação positiva da que lhe antecede: (a) a do juízo de admissibilidade, semelhante à dos recursos ordinários; (b) a do juízo sobre a alegação de ofensa a direito constitucional (que na terminologia da Súmula 456/STF também compõe o juízo de conhecimento); e, finalmente, se for o caso, (c) a do julgamento da causa, “aplicando o direito à espécie”. 3. Esse “julgamento da causa” consiste na apreciação de outros fundamentos que, invocados nas instâncias ordinárias, não compuseram o objeto do recurso extraordinário, mas que, “conhecido” o recurso (vale dizer, acolhido o fundamento constitucional nele invocado pelo recorrente), passam a constituir matéria de apreciação inafastável, sob pena de não ficar completa a prestação jurisdicional. Nada impede que, em casos assim, o STF, ao invés de ele próprio desde logo “julgar a causa, aplicando o direito à espécie”, opte por remeter esse julgamento ao juízo recorrido, como frequentemente o faz. 4. No caso, a parte demandada invocou, em contestação, dois fundamentos aptos, cada um deles, a levar a um juízo de improcedência: (a) a inexistência do direito afirmado na inicial e (b) a prescrição da ação. Nas instâncias ordinárias, a improcedência foi reconhecida pelo primeiro fundamento, tornando desnecessário o exame do segundo. Todavia, em recurso extraordinário, o Tribunal afastou o fundamento adotado pelo acórdão recorrido, razão pela qual se impunha que, nos termos da Súmula 456, enfrentasse a questão prescricional, ou, pelo menos, que remetesse o respectivo exame ao tribunal recorrido. A falta dessa providência, que deixou inconclusa a prestação jurisdicional, importou omissão, sanável por embargos declaratórios. 5. Embargos de declaração acolhidos”. (RE 346736 AgR-ED, Rel. Min. Teori Zavascki, 2. T., j. 04/06/2013. DJe 18.06.2013).
- ²¹ Por ilustração, pondera Francesco Paolo Luiso que “l’origine storica faceva sì che le pronuncie del tribunale di Cassazione (si chiamava così quando fu istituito) non avendo in origine natura di provvedimenti giurisdizionali, potevano avere solo un effetto annullatorio delle sentenze impugnate. La Corte di cassazione, lo dice il nome stesso, poteva ‘cassare’ le sentenze, non poteva in nessuna maniera sostituirle, né incidere sull’attività giurisdizionale, perché era un organo al di fuori del potere giurisdizionale”. *Diritto processuale civile*, 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 392.
- ²² O rico site da Cour de Cassation bem dá conta de sua evolução histórica. Apenas por ilustração transcrevemos a seguinte passagem, emblemática

do papel principal (Cassation) e do residual (Revision): “c’est à ce stade que l’issue du litige se trouve naturellement concernée, puisque ce qui est cassé est annulé, et, sauf dans les cas exceptionnels où la cassation intervient sans renvoi, l’affaire doit être à nouveau jugée dans la mesure de la cassation. Ces traits, qui fondent l’originalité de la Cour de cassation et font des pourvois formés devant elle une voie de recours dite ‘extraordinaire’, s’expliquent par son histoire. Ils trouvent leur origine dans les événements de la Révolution française. Une loi du 27 novembre 1790 a en effet institué un ‘Tribunal de cassation’, qui, en vertu d’un sénatus-consulte du 28 floréal an XII, est devenu la Cour de cassation” Disponível em: <www.courdecassation.fr>. Acesso em: 15 jul. 2013.

- ²³ Exemplificativamente: EDcl no AgRg no Ag 1404513/RS, 1. T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.19.03.2013. DJe: 26.03.2013. No mesmo sentido: AgRg no REsp 1161368/SC, 5. T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 20.09.2012. DJe 26.09.2012.
- ²⁴ Na linha da vinculação entre a celeridade e o art. 257, do Regimento: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 257 DO RISTJ. CELERIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PREQUESTIONAMENTO. MITIGAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. HARMONIA ENTRE DECISÃO EMBARGADA E ACÓRDÃO PARADIGMAS. NÃO CONHECIMENTO. – Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, o que implica o julgamento da causa e a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, que procura dar efetividade à prestação jurisdiccional, sem deixar de atender para o devido processo legal. – Na aplicação do direito à espécie o STJ poderá mitigar o requisito do prequestionamento, valendo-se de questões não apreciadas diretamente pelo 1º e 2º grau de jurisdição, tampouco ventiladas no recurso especial. Não há como limitar as funções deste Tribunal aos termos de um modelo restritivo de prestação jurisdiccional, compatível apenas com uma eventual Corte de Cassação. A aplicação do direito à espécie também atende os ditames do art. 5º, LXXVIII, da CF, acelerando a outorga da tutela jurisdiccional. – Não há como conhecer dos embargos de divergência quando a decisão embargada encontra-se em harmonia com o entendimento contido nos acórdãos alçados a paradigma. Embargos de divergência não conhecidos”. (EResp 41.614/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 28.10.2009, DJe 30.11.2009).
- ²⁵ Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AFASTAMENTO DA PRESCRIÇÃO EM SEDE DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA EM RECURSO ESPECIAL. 1. Afastada a prescrição, é necessário o retorno dos autos ao Tribunal de origem para a análise do mérito da causa, uma vez que a teoria da causa madura não é aplicada em sede de recurso especial. 2. Agravo regimental não provido”. (AgRg no AREsp 294.137/SP, 2. T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 04.06.2013. DJe 10.06.2013. Na mesma trilha: REsp 1307481/MA, 3. T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 16/05/2013, DJe 24/05/2013).
- ²⁶ Quanto ao ponto, é correta a posição de Guilherme Nassif Azem quando salienta que “para bem desempenhar sua missão, apenas das grandes questões deve se ocupar a instância recursal extraordinária. Realmente, desponta natural e lógica a impossibilidade de os tribunais supremos se encarregarem da resolução de questões pontuais, impertinentes, ou que interessem tão somente à partes do processo. Sua atuação há que se circunscrever aos temas de verdadeira importância, que afetem o tecido social, assim como aos princípios e valores que sirvam de suporte econômico, cultural, ético e institucional do povo”. *Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 25.

Recebido em: 11/04/2013; aceito em: 18/07/2013.