

HELOISA BIRCKHOLZ RIBEIRO

**EXTENSÃO E PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO, COM
ENFOQUE PARA AS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA, QUANDO A MATÉRIA JÁ
FOI OBJETO DE DECISÃO PELO JUÍZO *A QUO***

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Especialista em Direito, Curso
de Pós Graduação em Direito Processual Civil,
Instituto de Ciências Jurídicas e Universidade
Federal do Paraná.

CURITIBA

2001

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 RECURSO DE APELAÇÃO	2
2 EXTENSÃO E PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO	3
3 PRECLUSÃO	5
4 MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA	6
5 QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA DECIDIDA QUANDO DO SANEAMENTO DO PROCESSO	7
6 DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL	12
7 CONCLUSÃO	13
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	14

INTRODUÇÃO

Este breve estudo visa trazer ao conhecimento dos operadores do Direito qual é a extensão e a profundidade do efeito devolutivo do recurso de apelação, com relação as matérias de ordem pública já apreciadas e julgadas pelo Magistrado de 1º grau.

Pala tal mister, faz-se necessário definir se ocorre ou não a chamada preclusão *pro judicato*, ou seja, para o julgador da causa, quando alguma matéria de ordem pública, dentre elas as condições da ação e os pressupostos processuais, é apreciadas pelo magistrado de 1º grau e a parte não interpõe recurso da mesma.

Por ser matéria controvertida, relevante é a reunião de várias pensamentos jurídicos, os quais serão analisados desde o conceito de recurso, fixando-se a profundidade e extensão do seu efeito devolutivo da apelação, até a definição de preclusão e matéria de ordem jurídica.

1 RECURSO DE APELAÇÃO

SILVA E GOMES (1997, p. 302) afirmam que:

Recurso, em direito processual, é o procedimento através do qual a parte, ou quem esteja legitimado a intervir na causa, provoca o reexame das decisões judiciais, a fim de que elas sejam invalidadas ou reformadas pelo próprio magistrado que as proferiu, ou por algum órgão de jurisdição superior. Daí, desta idéia de reexame, é que se explica o vocábulo recurso, originário do verbo *recursare*, que em latim significa correr para trás, ou correr para o lugar de onde se veio (*re + curus*). Sendo o processo um progredir ordenado no sentido de obter-se com a sentença prestação da tutela jurisdicional que se busca, o recurso corresponderá sempre a retorno um (*recursus*), no sentido de refluxo sobre o próprio percurso do processo, a partir daquilo que se decidiu para trás, a fim de que se reexamine a legitimidade e os próprios fundamentos da decisão impugnada.

Do gênero recurso deriva-se a espécie apelação, a qual tem cabimento quando da insurgência da parte acerca dos termos da sentença proferida pelo Magistrado de 1º grau, tenha ou não decidido o mérito da causa (arts. 267 e 269 do CPC), e é dirigida ao órgão *ad quem*.

Uma vez interposta a apelação, somente depois do juízo de admissibilidade é que o Tribunal vai analisar se a insurgência do recorrente tem procedência.

Não obstante o fato da apelação possuir dois efeitos, o presente estudo restringir-se-á a análise do seu efeito devolutivo, no que concerne as matérias de ordem pública apreciadas em Juízo de primeiro grau.

2 EXTENSÃO E PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO

Para LOPES DE OLIVEIRA (2000, p. 236):

O efeito devolutivo, que é inerente a todo recurso, traduz a idéia de devolução do conhecimento da matéria impugnada ao órgão do Poder Judiciário, normalmente por um órgão superior em relação ao que prolatou a decisão, com vistas ao respectivo reexame. É manifestação do princípio dispositivo, porquanto somente a matéria impugnada é devolvida ao órgão competente para apreciação do recurso (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Já BARBOSA MOREIRA (1999, p. 134-135), enuncia que:

O efeito devolutivo da apelação abrange, quanto à extensão, a 'matéria impugnada': *tantum devolutum quantum appellatum* (art. 515, *caput*). Como o apelante, à evidência, não pode impugnar senão aquilo que se decidiu, conclui-se que desde logo que nunca se devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento do órgão inferior (...). No que concerne à profundidade (art. 515, §§ 1º e 2º), o efeito devolutivo da apelação compreende todas as questões relacionadas com os fundamentos do pedido e da defesa.

Enquanto COSTA E SILVA (1980, p. 126), falando a respeito da extensão dos recursos, entende que:

São, por isso mesmo, os efeitos da apelação limitados à extensão do recurso: total ou parcial, devendo o tribunal julgar a matéria impugnada, e somente ela. (...). Significa que o tribunal pode se servir, no seu julgamento, de todos os pontos controvertidos da causa, nos quais não se apoiou a sentença para as suas conclusões. Ou então, que um fundamento que não foi considerado pela sentença, pode ser acatado pelo tribunal. Mas, limitado o julgamento à extensão do recurso, foi por esse motivo que afirmamos que é a vontade do apelante que fixará os limites do julgamento da apelação, no juízo *ad quem*.

Destarte, a extensão do efeito devolutivo é fixada com base no pedido o recorrente, ou seja, o Tribunal somente conhecerá e julgará o que foi objeto da apelação. Este conceito extrai-se do art. 515, *caput*, da lei adjetiva civil.

Já a profundidade do efeito devolutivo relaciona-se com a extensão da matéria fixada pelo pedido recursal. A profundidade não fica subordinada ao veiculado no recurso, razão pela qual o Tribunal poderá se aprofundar na causa, conhecendo e apreciando todas as questões suscitadas e discutidas no processo, limitado é claro, à extensão do efeito devolutivo.

Até este ponto todos são equânimes em concordar com a delimitação da extensão e profundidade do efeito devolutivo. A divergência surge no tocante a devolução total ou parcial ao Tribunal as questões de ordem pública, ou seja, se as questões não veiculadas na peça recursal, mesmo que envolvendo matéria de ordem pública, estariam acobertadas pela

coisa julgada, em face da extensão da matéria envolvida à Corte Superior, ou se poderiam ser apreciadas e conhecidas pelo Tribunal independentemente da extensão da matéria devolvida.

3 PRECLUSÃO

Para MARQUES (1997, p. 201), preclusão é:

Fato processual impeditivo, que, conforme o acontecimento em que se configure, pode assim ser classificado: a) preclusão temporal, quando do decurso do tempo é que se constitui ou forma o fato impeditivo; b) preclusão lógica, quando a incompatibilidade entre um ato processual já praticado e outro que se pretenda praticar se torna fato impeditivo a não permitir que se realize o ato posterior; c) preclusão consumativa, quando o pronunciamento decisório sobre uma questão toma as características de fato impeditivo, não possibilitando reexame posterior de referida questão.

Já para ALVIM (1997, p. 462), o instituto processual da preclusão é um ônus. Segundo este professor a “idéia de ônus consiste em que a parte deve, no processo, praticar determinados atos em seu próprio benefício: conseqüentemente, se ficar inerte, possivelmente esse comportamento acarretará conseqüência danosa para ela. A figura do ônus, aliada à da preclusão, faz com que a parte saia da inércia e atue utilmente no processo, resultando disso, se for o caso, uma colaboração forçada da parte com a própria autoridade judiciária”.

E, WAMBIER (2000, p. 201), diz que:

Quando ocorre a preclusão para o juiz, que pode assumir a feição de preclusão consumativa e, eventualmente, lógica, a doutrina costuma a ela se referir como preclusão *pro judicato*. Ao juiz somente podem atingir as preclusões consumativa e lógica, sendo, portanto, descabido falar-se nas hipóteses de preclusão temporal *pro judicato*, já que não há, de fato, qualquer conseqüência processual para o juiz, pelo descumprimento dos prazos (temporal). Há, todavia, preclusão consumativa e, em certos casos, lógica, pois o juiz, a não ser diante de novas alegações ou de fatos novos, não pode, em princípio, decidir contrariamente, cabendo à parte, se isso ocorrer, o controle desses atos pela via recursal.

As três espécies de preclusão, temporal, consumativa e lógica, atingem tanto as partes quanto o juiz, e estão intimamente ligadas, com relação as partes, ao dever em zelar pelo seu interesse na causa, advindo da omissão conseqüências irreversíveis, e ao magistrado, a impossibilidade de reapreciação de matéria já decidida, sem a existência de fato novo.

4 MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA

Segundo LOPES DE OLIVEIRA (2000, p. 238-239), “a doutrina não aponta a noção do que vem a ser questão de ordem pública. Registra apenas que deve ser conhecida de ofício pelo juiz, não está sujeita a preclusão, podendo ser examinada a qualquer tempo e grau de jurisdição, nos moldes dos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do Código de Processo Civil”.

Não obstante o fato da imprecisão do conceito de ordem pública, denota-se do contexto inserido na lei adjetiva civil, que o legislador pretende nestas matérias uma procedência do interesse público e geral em detrimento do individual.

Por isso, a título de exemplo, elencou as condições da ação e os pressupostos processuais como matérias de ordem pública, as quais podem ser conhecidas e examinadas pelo julgador independentemente de invocação da parte, por ser interesse e obrigação do Estado a Justiça e a segurança da decisão, independentemente da postura do jurisdicionado envolvido na lide.

Por conseguinte, a atribuição do juiz em analisar de ofício as questões de ordem pública para alguns está imune à preclusão *pro judicato*, em face da sobreposição do interesse público sobre o privado.

5 QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA DECIDIDA QUANDO DO SANEAMENTO DO PROCESSO

Com a nova sistemática introduzida pelas reformas da década de noventa, sempre voltadas à efetividade do processo, acrescentou-se ao sistema até então vigente a obrigatoriedade de realização de audiência conciliatória, onde, não logrado êxito na composição amigável, devem ser fixados os pontos controvertidos, decididas as questões processuais pendentes e determinadas as provas a serem produzidas.

Uma vez decidida nesta fase procedimental qualquer matéria de ordem pública, a qual recebe a conotação de decisão interlocutória, sujeita, portanto, a interposição de agravo de instrumento ou retido, cabe ao jurisdicionado aceitar a tutela já parcialmente prestada ou então insurgir-se contra a mesma, interpondo o recurso cabível e requerendo a reapreciação da matéria pelo Tribunal na oportunidade própria.

Quando interposto agravo de instrumento ou retido da questão de ordem pública decidida, e obviamente partindo-se da premissa de que os requisitos de admissibilidade do recurso estão presentes, é assente o entendimento de que o Tribunal conhecerá da matéria e externará as razões do seu convencimento, mantendo a decisão ou adotando novo posicionamento, o que por conseguinte, pôde dar ensejo a interposição de novo recurso, desta feita extraordinário, o que mostra-se irrelevante para o tema ora em comento.

A discussão doutrinária e divergência jurisprudencial cinge-se quando da não interposição de recurso da decisão interlocutória que julga matéria de ordem pública, a nível de devolutividade destas questões ao Tribunal quando da apreciação da apelação. Ou seja, a controvérsia reside no fato de haver ou não preclusão *pro judicato* com relação as matérias de ordem públicas já decididas em primeiro grau, sem que a parte contrária tenha se insurgido contra o respectivo comando judicial.

Para SANTOS (1993, p. 58) as questões de ordem pública são imprescritíveis e podem ser apreciadas a qualquer tempo e grau de jurisdição. Em seus ensinamentos consigna que:

Quer nos parecer, entretanto, - observamos ao comentarmos o referido art. 473 – que este não se aplica àquelas decisões processuais que o juiz pode conhecer de ofício (Cód. Proc. Civil, art. 301, § 4º). Assim por exemplo, a incompetência absoluta (Cód. Proc. Civil, art. 301, II), a coisa julgada (Cód. Proc. Civil, art. 301, VI), a carência de ação (Cód. Proc. Civil, art. 301, X), etc., etc., uma vez repelidas, mesmo que a essas decisões se haja operado a preclusão, livre é ao juiz, por ocasião do julgamento da causa.

reexaminar as respectivas questões de ofício e, com maiores razões por provocação da parte, ainda que quanto às decisões das mesmas se tenha operado a preclusão.

Da mesma esteira, afirmam NERY JR. e ROSA MARIA ANDRADE NERY (1999, p. 512), que “as questões de ordem pública não são atingidas pela preclusão (v.g. CPC, 267, § 3º, e 301, § 4º) e poderá o juiz, depois de transitada em julgado a decisão de saneamento, decidi-las novamente”.

ARAGÃO (1991, p. 584) entende que:

O § 3º autoriza a conhecer de ofício as matérias indicadas nos incisos IV, V e VI, enquanto não proferida a sentença final. Trata-se da ausência de pressupostos processuais, da preempção, da litispendência, da coisa julgada e das condições da ação. O § 3º, todavia, não inibe o juiz de agir de ofício, quando sua atuação couber nos limites dos arts. 125, II e 262, sempre que não infringir a regra da imparcialidade, que caracteriza o magistrado. Tais temas extravasam, portanto, do poder dispositivo das partes, ficando incluídos entre os que se sujeitam à investigação de ofício pelo Estado, como uma das consequências de ser a ação um direito contra ele exercitável que, por isso, lhe dá o poder, com respectivo, de examinar de ofício os pressupostos do processo e as condições da ação, mesmo que ocorra a revelia do réu.

A complexidade deste tema trazido ora a lume resta explicitada na revisão de posição, a nosso ver diga-se, de forma incorreta, do professor FERREIRA FILHO (2001, p. 121/123), que com base nos ensinamentos do jurista acima citado, sustenta atualmente que “imunes que são à preclusão, as matérias de ordem pública podem ser novamente apreciadas na sentença, mesmo quando tenham sido objeto de decisão interlocutória anterior, da qual não se interpôs agravo”.

Até então, ele posicionava-se no sentido de que “tendo o juiz decidido, na declaração de saneamento do processo (art. 331), que estão presente as condições da ação e os pressupostos processuais, salvo de interposto agravo de instrumento, a decisão ficará preclusa para ele impedindo-o de reapreciar a matéria posteriormente” (1991, p. 112).

Rendeu-se este professor ao já referenciado mestre ARAGÃO (1984, p. 20-21), que em outra oportunidade disse que “não é possível, hoje, sujeitar a preclusão as matérias tratadas no art. 267. É irrelevante, portanto, que o juiz rejeite a alegação da parte e por isso não extinga o processo na ocasião prevista no art. 329, por lhe parecer que concorrem os pressupostos processuais e as condições da ação. Poderá e deverá fazê-lo, ainda por ocasião da sentença, se se convencer de haver-se equivocado, e também o tribunal, ao apreciar o recurso, pode e deve fazê-lo apesar do silêncio da parte”.

Em sentido contrário aos defensores da tese da inexistência de preclusão *pro judicato* no que se refere as matérias de ordem pública, citamos o jurista GOMES (2000, p. 46), que de forma brilhante impõe opinião precisa a respeito do tema:

Mas há que se fazer a distinção no que diz respeito aos atos do próprio juiz. Entendemos que o juiz não pode rever os próprios atos, mesmo no curso do processo. O art. 471 é expresso no sentido de que o juiz

não poderá decidir novamente as questões já decididas no processo sobre a mesma lide. Da mesma forma, o art. 473 veda às partes rediscutirem questões a cujo respeito se operou a preclusão, o que implica afirmar a possibilidade do juiz redecidir tanto as decisões interlocutórias quanto as sentenças. Mas a doutrina em geral põe limitação para a eficácia preclusiva da decisão de saneamento e das interlocutórias em geral, excepcionando quanto às questões de ordem pública.

Duas são as razões que nos levam a divergir da doutrina majoritária quanto ao ponto. Em primeiro lugar porque os exemplos citados referem-se a questões rigorosamente de direito material (condições da ação), como pretendemos demonstrar nos comentários aos mencionados dispositivos. E se a aferição efetiva e real das condições da ação ensejará exame do mérito, não haverá lugar para a aplicação desta regra, ocorrendo aí a preclusão em face da disponibilidade das partes em relação a matéria decidida. E mesmo que tais condições sejam aferidas em tese e hipoteticamente (apenas à vista das manifestações do autor) com o que ficariam fora do mérito, como questões unicamente de processo, entendemos com todo o respeito ultrapassado o entendimento da viabilidade da dupla apreciação da matéria pelo juiz da causa. Para que nos convençamos da inadequação do quanto sustenta a doutrina tradicional, basta que imaginemos a hipótese de uma sentença que venha ser proferida cinco anos após o saneamento no qual o juiz entendeu legitimadas as partes, com a possibilidade, então, do pronunciamento *ex officio* da ilegitimidade por não ter havido, naquele primeiro momento, recurso da parte prejudicada. Para nós, a decisão do juiz sobre tais questões, aliada à ausência de recurso pela parte interessada, implica a preclusão da matéria.

E prossegue o causídico gaúcho asseverando que:

... A doutrina diverge quanto ao cabimento da tardia alegação de ausência dos pressupostos processuais pelo réu, mas parece inclinar-se majoritariamente pela viabilidade, como o faz JORGE LUIZ DALL'AGNOL na esteira de ROGÉRIO TUCCI;... Quando ao exame dos pressupostos processuais pelo juiz, inclina-se parte da doutrina pelo entendimento segundo o qual “não há que se falar em fixação de um momento para o exame das questões relacionadas com os pressupostos processuais. Todos eles, mesmo aquele invocado através de exceção, devem ser verificados de ofício pelo juiz a qualquer tempo e em qualquer fase do processo (art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil), antes de ser proferida a sentença de mérito. Antes de ser proferida a sentença de mérito porque, cumprido o ofício jurisdicional (art. 463 do Código de Processo Civil) já não mais será possível ao juiz reexaminar o processo. Forte corrente doutrinária, por outro lado, sustenta operar-se a preclusão desta matéria também para o juiz, ao que se vê das lições de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, verbis: ‘a) de todas as questões decididas, *ex officio* ou mediante provocação da parte, pelo juiz, como ressalva da possibilidade, que sempre lhe fica, de deterninar a realização de prova indeferida mas que lhe venha a parecer, mais tarde, necessária à instrução do feito (art. 130); e também b) das questões não decididas – desde que antes suscitadas ou simplesmente suscitáveis, ou apreciáveis de ofício – cuja solução caiba no despacho saneador, excetuadas apenas aquelas que, à luz de regra legal específica ou do sistema do Código, possam ser resolvidas posteriormente, v.g., a incompetência absoluta (art. 113, *caput*), a relativa a alguma nulidade que a parte prove não ter alegado antes em virtude de legítimo impedimento (art. 245, parágrafo único, *fine*)’. JOSÉ FREDERICO MARQUES por igual inclui a preclusão *pro judicato*, mas exige o pronunciamento do juiz, ainda que implícito, persistindo a possibilidade de conhecimento da matéria até a sentença de mérito não tendo havido manifestação sobre a mesma. CALMON DE PASSOS considera simplesmente ‘um absurdo’ que tenha o Código previsto o saneamento do processo pelo juiz, sem que dessa atividade decorra qualquer consequência, sustentando, a nosso ver com acerto que o § 3º do art. 367 não pode ser interpretado isoladamente, devendo ser conjugado harmonicamente com os arts. 331, 471, 515 e 516, todos do Código de Processo Civil, concluindo pela eficácia preclusiva do despacho saneador.

Outro aspecto desse mesmo ponto que tem gerado opiniões desencontradas é o que se refere ao exame dos pressupostos processuais pelo segundo grau de jurisdição. Tendo em vista prever o § 3º do art. 267 a possibilidade de o juiz conhecê-los “em qualquer tempo ou grau de jurisdição”, parte da doutrina entende não ficarem os tribunais sujeitos aos efeitos preclusivos das decisões que, explícita ou implicitamente, tenham sido proferidas a respeito dos pressupostos, desimportando a circunstância de não haver a parte interposto agravo retido, como se pode ver do entendimento de JORGE LUIZ DALL'AGNOL, na esteira de MOACYR AMARAL SANTOS; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em sentido contrário, sustenta que “a eficácia preclusiva do despacho saneador opera desde o momento em que este se torne irrecorível, pelo decurso *in albis* do prazo ou por qualquer outra causa; ou então, se contra ele se interpuser recurso admissível (agravo: 522), desde o trânsito em julgado do órgão *ad quem* (2000, p. 232-234).”

COSTA E SILVA (1980, p. 47), quando analisa a extensão e a profundidade do efeito devolutivo da apelação, cita Couture, e revive o conceito de preclusão com sendo um ônus processual da parte:

Couture ensina que os imperativos jurídicos estão agrupados em três espécies: deveres, obrigações e ônus processuais. O ônus processual é um imperativo disposto em razão do interesse da própria parte, de modo que o agente que não cumpre a ordem processual, constante da norma escrita que lhe faculta um direito, arca com as conseqüências do seu desinteresse e sofre os prejuízos defluentes da sua inércia. Ele funciona, assim, a *dobro face*, porque, se de um lado tem o litigante a faculdade de contestar, de provar, de apresentar razões, de recorrer (acrescentemos nós), cabe-lhe ao mesmo tempo o risco de não praticar nenhum daqueles atos, assim: não contestar, não provar, não alegar, não recorrer, etc. Consiste o risco em que o juiz pode decidir sem sua defesa, sem suas provas, sem suas razões, e a decisão se tornar impugnável, pelo decurso do prazo. O ônus, portanto, é um imperativo do próprio interesse do litigante, pois quem tem sobre si um ônus está compelido, implicitamente, a realizar o ato previsto, a menos que ele não deseje livrar-se do ônus, praticando o ato.

Como colorário, não há como se negar que a parte, deparando-se com uma decisão que lhe é prejudicial, pode e deve usar de um direito processual, sob pena de arcar com o ônus da sua omissão. O que não pode e não nos parece nenhum pouco plausível é acreditar e sustentar que uma decisão judicial possa ser revista a qualquer momento, sob o argumento de que o interesse público deve prevalecer sobre o individual. Isto seria o mesmo que negar efeito ao comando decisório cujo prazo de impugnação já houvesse decorrido, ou ainda, deixar o destino da lide à mercê de revisões judiciais inesgotáveis.

Em suma, não haveria segurança jurídica, pressuposto básico do processo civil contemporâneo, se admitíssemos, mesmo no caso de matéria de ordem pública, a reapreciação de uma questão já decidida, da qual a parte não interpôs recurso.

Além disto, haveria expressa contrariedade do art. 516 do CPC, que de forma clara e precisa consigna que ficam também submetidas ao Tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas. A ressalva do legislador tem uma única razão: refere-se as questões ainda não decididas, porque as já resolvidas ou foram objeto de impugnação, o que por si só leva o conhecimento da matéria ao Tribunal, ou então restaram preclusas, tanto para a parte quanto para o julgador, o que se denota da redação dos arts. 471 e 473 do CPC.

E como bem assevera COSTA E SILVA (1980, p. 130):

O tribunal examinará a regularidade formal do processo, no desempenho da sua atividade judicante, em tudo por tudo semelhante a que exercia o juiz *a quo* ao proferir sua sentença. Além disso, as condições da ação, que teriam ensejado uma decisão terminativa na primeira instância, ficam submetidas ao crivo do juízo *ad quem*. Não somente essas questões relativas aos pressupostos processuais e aos pressupostos da ação são carreadas ao conhecimento do tribunal em virtude da apelação. Igualmente estão sob a mira do art. 516 as questões terminativas do processo alinhadas no art. 267. Basta que elas sejam anteriores à sentença final, ainda que não consideradas por elas.

Não aceitamos, *data venia*, a explicação de José Carlos Barbosa Moreira, pois a letra da lei é bastante clara: retira o disposto no art. 516 as questões cujas respectivas decisões poderiam ser impugnadas mediante o agravo de instrumento.

Logo, não se trata de questões “suscitadas no processo e que ficaram em suspenso”; e como tal não puderam ser atacadas pelo agravo de instrumento.

Para o trato das questões dessa natureza o Código já dispunha do § 1º do art. 515. Não havia necessidade, portanto, de repetir aqui. O que nos parece mais consentâneo é entender-se que o art. 516 *se refere às questões terminativas do processo, anteriores à sentença, e que não foram por elas consideradas*. Por exemplo: quando ocorrer substituição de parte com infringência ao nº IX do art. 267, ou, então, em caso de perempção, litispendência ou coisa julgada, que não tenha sido examinada no saneamento do processo (art. 329, do CPC).

Ao comentar o art. 473 do CPC, MIRANDA (1999, p. 170), aduz que:

Se houver decisão do juiz sobre algum ponto de direito ou de fato e para que se chegasse a esse ponto houve prazo, a preclusão afasta qualquer reexame e julgamento pelo juiz. O que se teve por fito no art. 473 foi evitar que, após o sim, ou não, que o juiz proferiu, possa ele passar a dizer não, ou sim. Não importa se houve substituição do juiz, ou se já se acham em grau superior de jurisdição os autos da ação, se o recurso que os levou não abrange a matéria daquela decisão.

Se a decisão era recorrível e não foi, nada mais pode o juiz fazer contra ela. Se não havia recorribilidade, o que se há de entender é que a apreciação pode ser feita pelo tribunal a que subiria a apelação, uma vez que a matéria tem de ser examinada em toda a sua inteireza.

Feitas essas considerações, seria um absurdo admitir que o Código tivesse previsto o saneamento do processo pelo juiz, sem que dessa atividade decorra qualquer consequência para as partes, ou então, que as decisões, ainda que em se tratando de questões de ordem pública, pudessem ser revistas e reformuladas a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Logo, a questão de ordem pública já decidida não é devolvida ao Tribunal, não estando abrangida pelo efeito devolutivo da apelação, seja em sua extensão ou profundidade.

Registra-se ainda, por oportuno, que não há que se confundir o tema em debate com a faculdade legal estampada nos arts. 267, § 3º e art. 301, § 4º, ambos da lei adjetiva civil, que permitem ao julgador apreciar de ofício as questões de ordem pública. Nestes casos é óbvio que não há preclusão, podendo a matéria ser apreciada a qualquer tempo e grau de jurisdição. Todavia, é igualmente elementar que não há em nosso ordenamento jurídico nenhum dispositivo que autorize o julgador a reapreciar matéria já decidida, ainda que de ordem pública.

6 DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Tal qual há dissenso doutrinário, a jurisprudência também não é unânime quando se trata da ocorrência ou não de preclusão das matérias de ordem pública já apreciadas, da qual não foi interposto recurso.

A seguir reproduzimos duas decisões, cada qual externando um dos posicionamentos:

“É nula a sentença que reaprecia matéria já decidida no despacho saneador (*sic*), de que não houve recurso, precluindo a matéria também para o juiz” (RT 600/158). No mesmo sentido: JTJ 164/140.

“Preclusão. Tribunal. A matéria relativa às condições da ação (CPC 267 VI) pode ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição. Como sobre ela não há preclusão, pode o tribunal examiná-las de ofício, mesmo que não tenha havido alegação da parte. Mesmo que o juiz de primeiro grau já tenha analisado a matéria, o tribunal pode rever aquela decisão, em razão da não existência de preclusão sobre o tema” (1º TACivSP, 7ª Cam. de Férias, Ap 750639-0, Campinas, rel. Juiz Carlos Renato, v.u., j. 27.01.1998).

7 CONCLUSÃO

Com o presente trabalho procurou-se reunir o pensamento jurídico, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, a respeito da extensão e profundidade do efeito devolutivo da apelação, com enfoque para as questões de ordem pública, quando a matéria já foi alvo de decisão pelo julgador de 1º grau.

De todo o contexto extrai-se que uma corrente defende a total ausência de preclusão para apreciação das matérias de ordem pública, as quais podem ser vistas e revistas a qualquer tempo ou grau de jurisdição, ainda que já tenham sido decididas.

Já os opositores defendem a nosso ver com correção, que uma vez decidida a questão de ordem pública em primeiro grau, não tendo a parte interposto recurso desta decisão, resta preclusa a matéria, não podendo ser reapreciada pelo julgador nem pelo Tribunal, por não ser abrangida pela extensão e profundidade do efeito devolutivo da apelação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALVIN, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1997.
2. ARAGÃO, Egas Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1991.
3. _____. **Exegese do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Aide, 1984, vol. IV, tomo I.
4. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 1991.
5. _____. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 7, 2001.
6. GOMES, Fábio. **Código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, v. 3.
7. MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1997, vol. 2.
8. MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999, tomo V.
9. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Novo processo civil brasileiro**. 20. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

10. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil e legislação processual civil e extravagante em vigor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
11. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Recurso de Efeito Devolutivo Restrito e a Possibilidade de Decisão Acerca de Questões de Ordem Pública sem que se Trate de Matéria Impugnada. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
12. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo : Saraiva, 1993, vol 3.
13. SILVA, Antônio Carlos Costa e. **Dos recursos em primeiro grau de jurisdição**. Rio de Janeiro : Forense, 1980.
14. SILVA, Ovídio A. Batista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
15. WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1.