

O EFEITO TRANSLATIVO NA BARCA DE CARONTE

The alteration effect of the appeal on the boat of Charon
Revista de Processo | vol. 255/2016 | p. 253 - 274 | Maio / 2016
DTR\2016\4702

Rennan Faria Krüger Thamay

Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-RS e Università degli Studi di Pavia. Mestre em Direito pela UNISINOS e pela PUC-Minas. Especialista em Direito pela UFRGS. Professor Titular do programa de graduação e pós-graduação (Doutorado, Mestrado e Especialização) da FADISP. Membro do IAPL (International Association of Procedural Law), do IIDP (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal), do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo), da ABDPC (Academia Brasileira de Direito Processual Civil), do CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais), da ABDPro (Associação Brasileira de Direito Processual) e do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo). Advogado.
rennan.thamay@hotmail.com

Rafael Ribeiro Rodrigues

Mestrando em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Magistratura. Advogado.
rrrodrigues@adv.oabsp.org.br

Área do Direito: Processual

Resumo: O presente estudo visa analisar, sob a ótica do novo Código de Processo Civil, como ficará a questão dos recursos que, ao serem julgados com base em matéria de ordem pública suscitada de ofício, tem o condão de prejudicar o recorrente.

Palavras-chave: Recursos - Matéria de ordem pública - Efeito translativo - Novo Código de Processo Civil.

Abstract: This study aims to analyze according to the new Civil Procedure Code, as will be the question of appeals that, when heard based on matter public policy by self-decision, has the power to harm the appellant.

Keywords: Resources - Matter of public order - Alteration effect of the appeal - New Civil Procedure Code.

Sumário:

1 Introdução - 2 A gênese da problemática - 3 A questão em fase recursal - 4 Decisão surpresa e o novo Código de Processo Civil - 5 Encerramento volitivo da demanda - 6 Conclusão - 7. Referências bibliográficas

1 Introdução

Caronte é um personagem advindo da mitologia grega, o qual também foi retratado na obra "A Divina Comédia" de Dante Alighieri. Era o barqueiro encarregado de levar as almas dos recém-falecidos pelas águas dos rios Aqueronte e Estige, os quais dividiam o mundo dos vivos do mundo dos mortos, sendo este último controlado por Hades, Deus do mundo inferior e irmão renegado de Zeus.

Para que os recém-mortos pudessem atravessar os rios e cruzar a fronteira entre a vida e a morte deveriam pagar ao Caronte uma moeda pelo trajeto, geralmente um danake ou um óbolo, moedas estas que eram enterradas junto com o falecido, sobre ou dentro de sua boca. Aqueles que não tinham condições de pagar a quantia ou cujo corpo não havia sido enterrado teriam a penalidade de vagar pela margem dos rios por um século, até poderem ser transportados para o mundo dos mortos.

Ainda segundo a mitologia grega, alguns homens, em regra semideuses em suas missões épicas, tais como Enéas, Orfeu e Dioniso, conseguiam viajar na barca de Caronte para o mundo inferior e retornar vivos, sendo esta uma proeza realizada em diversas passagens, também, pelo Deus mensageiro Hermes.

Introduzida a devida alegoria, à qual retornaremos oportunamente, passamos a analisar no presente artigo o efeito translativo dos recursos sob a ótica do novo Código de Processo Civil, conjugando-o com outros institutos processuais constantes na futura codificação processual, bem como com a novidade trazida pela dicção do art. 10 do novo Código de Processo Civil e seus possíveis efeitos práticos na seara recursal.

2 A gênese da problemática

Obedecido o devido cabimento, a lei processual assegura uma gama de recursos à parte que se vê prejudicada por decisão judicial desfavorável. Quanto a este fato não há dúvidas, sendo esta uma decorrência do duplo grau de jurisdição.

Ocorre que - não obstante inexistir no sistema normativo dispositivo expresso -, pela lógica e pela interpretação sistemática das normas processuais é possível concluir que quem interpõe o recurso não pode ter sua situação agravada, excetuando-se, entretanto, a hipótese do juízo *ad quem* entender pela existência de matéria de *ordem pública*, a qual poderá ser apreciada e julgada, independentemente de ter sido suscitada no recurso, mesmo que gere prejuízo, efetivo ou potencial, ao próprio recorrente.¹

Em outras palavras, o sucumbente interpõe recurso na esperança de ver sua situação melhorada, ou, na pior das hipóteses, mantida, e corre o risco de ser surpreendido por decisão desfavorável, alicerçada em matéria de ordem pública não suscitada nos autos por nenhuma das partes, o que tornará sua situação processual e material mais gravosa do que a de antes da interposição do recurso.

E o presente estudo se calca exatamente sobre esta famigerada "exceção", pois não é de hoje que a prática forense e a doutrina se debatem ante a possibilidade do recorrente ter sua situação piorada em razão da interposição de seu próprio recurso. Mesmo sendo convincente o fundamento sobre o qual se arrima a jurisprudência do tema, ao que nos parece referida prática será exterminada com o novo Código de Processo Civil.

2.1 Do necessário respeito ao princípio do contraditório

Com expressa previsão constitucional, mais precisamente na parte que trata dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal assegura que "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 ela inerentes" (art. 5.º, LV), tendo o contraditório² sido levado ao *status* de princípio dada a sua importância para o sistema e sua utilidade para assegurar direitos.

Não é exagerado dizer que admitir uma demanda sem a existência do efetivo contraditório significaria remontar ao período no qual o processo era conduzido pelo monarca absolutista, inquisitório por excelência, onde as partes não tinham voz e nem vez, mas simplesmente eram condenadas e tinham sua pena executada, muitas vezes sem nem mesmo saber o porquê de terem sido processadas, aos moldes do lendário Josef K.³

Segundo Eduardo Arruda Alvim "significa, este princípio, que se deve 'dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis'".⁴

A essência do contraditório não está ligada, necessária e diretamente, à efetiva manifestação da parte nos autos, mas sim à *oportunidade* que lhe é dada para se manifestar, em momento antecedente àquele no qual o juízo deve proferir decisão sobre matéria ainda não debatida.

Trata-se, portanto, de direito processual subjetivo (*facultas agendi*) das partes, às quais deve ser garantido o direito de manifestação e debate sobre tema ainda não abordado na demanda. No entanto, a ausência desta manifestação, por vontade própria ou negligência da parte, não significará violação ao contraditório.⁵

Por certo que há hipóteses nas quais o magistrado pode diferir o contraditório, a fim de evitar prejuízo material, tal como ocorre na antecipação dos efeitos da tutela. No entanto, a garantia do contraditório em momento posterior à decisão judicial deve ser uma exceção fundamentada, sob pena de ensejar vício processual tendente a nulidade do ato judicial praticado.⁶

De acordo com o novo Código de Processo Civil, mais precisamente o texto da Lei ordinária 13.105 de 16.03.2015, o princípio do contraditório ganhou menção e garantia expressas por meio do art. 7.º, na parte que trata das "Normas fundamentais do processo civil". *In verbis*:

"Art. 7.º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório."

Da análise do novo diploma processual resta indubitável que o princípio do contraditório foi o que atraiu a maior preocupação do legislador. Diante da leitura do novo Código de Processo Civil nos deparamos com diversos dispositivos que estão diretamente relacionados ao princípio do contraditório, algo que externa a importância deste princípio constitucional e a preocupação em ampliá-lo e afirmá-lo no sistema.

2.2 Possibilidade do juiz apreciar de ofício matéria de ordem pública

Sem prejuízo da abordagem feita acima sobre o princípio do contraditório, a doutrina⁷ e a jurisprudência⁸ pátrias são pacíficas ao admitir que as matérias de ordem pública podem ser conhecidas e julgadas de ofício pelo magistrado, independentemente das partes as terem suscitado na demanda ou se manifestado sobre o tema. A apreciação pelo juízo das matérias de ordem pública é livre, em qualquer tempo e grau de jurisdição, não sendo afetada pelos efeitos da preclusão.

Referido entendimento se pauta, notadamente, no teor das ditas matérias de ordem pública reconhecíveis de ofício, pois, conforme o próprio nome evidencia, estas têm por fim tutelar interesses muito maiores do que aqueles discutidos na demanda que versa sobre direitos individuais, ou seja, vão além do interesse *inter partes* e estão acima das matérias de ordem privada ou particular objeto do processo. Daí o porquê de poderem ser decididas independentemente de provocação das partes.

Por matérias de ordem pública podemos elencar os institutos da prescrição (art. 219, § 5.º, CPC/1973 e art. 332, § 1.º, CPC/2015) e da decadência (art. 332, § 1.º, CPC/2015); as nulidades processuais; as preclusões; os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo (art. 267, IV, CPC/1973 e art. 485, IV, CPC/2015); os fenômenos da perempção, litispendência e da coisa julgada (art. 267, V, CPC/1973 e art. 485, V, CPC/2015); e as condições da ação (art. 267, VI, CPC/1973 e art. 485, VI, CPC/2015), devendo estes três últimos ser analisados nos termos do § 3.º do art. 267 do CPC/1973 e do § 3.º do art. 485 do CPC/2015.

Cumprido ressaltar que além das hipóteses já previstas no art. 267 do CPC/1973, no CPC/2015 o inc. IX do art. 485 cumulado com seu § 3.º, também prevê a hipótese do juiz de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado, julgar a ação extinta sem resolução do mérito quando "em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal".

Em que pese toda a construção feita para fundamentar a possibilidade do juiz apreciar de ofício matéria de ordem pública, há tempos se vem questionando sobre o *modus operandi* utilizado pelo Poder Judiciário para operacionalizar a prolação destas decisões sobre norma cogente.

Ao que nos parece, a possibilidade do juízo apreciar de ofício matéria de ordem pública nunca antes debatida pelas partes na demanda, não significa dizer que o magistrado pode decidir sem antes dar às partes o direito ao efetivo contraditório. Daí se extrai que a apreciação de ofício das matérias de ordem pública não viola o princípio do contraditório, desde que este seja assegurado às partes, sob pena de incorrer na famigerada decisão surpresa, a qual abordaremos adiante.

Frente a esta problemática e, mais uma vez, visando tutelar o princípio do contraditório, o novo Código de Processo Civil assim dispõe em seu art. 10:

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

Pela interpretação literal do dispositivo resta clara a intenção do legislador de assegurar o contraditório às partes em qualquer hipótese, mesmo se a matéria a ser decidida for de

ordem pública. Entretanto, deste dispositivo vislumbramos outros desdobramentos, em especial na parte recursal, conforme se tratará adiante.

O que se pretende evidenciar neste momento é que, não obstante referido dispositivo ter recebido severas críticas de parte da doutrina, a qual sustenta que a obrigatoriedade do prévio contraditório em caso de decisão sobre matéria de ordem pública implicaria violação ao princípio da celeridade e da razoável duração do processo, nos parece que a realidade será diametralmente oposta a esta crítica, pois, em tese, o prévio contraditório possibilitará o melhor esclarecimento às partes e ao magistrado sobre o ponto a ser decidido, com a consequente diminuição do número de recursos (ou de mandados de segurança, tendo em vista o reduzido rol de cabimento do agravo de instrumento), em especial aqueles recursos que se fundam na violação ao contraditório.

3 A questão em fase recursal

3.1 Princípios dispositivo e inquisitório

O princípio dispositivo advém de ideal emanado do Estado liberal que visa salvaguardar a imparcialidade do juiz,⁹ segundo o qual cabe ao autor pleitear ao juízo a prestação jurisdicional que entender mais conveniente aos seus interesses, sendo vedado ao Estado-juiz romper a inércia que lhe é originariamente atribuída para adentrar, de ofício, na esfera de interesses particulares.¹⁰

Por certo que, mesmo se provocado, ao juízo só é permitido decidir a lide nos limites do pleito formulado pelo autor, conforme disposto nos arts. 128¹¹ e 460¹² do CPC/1973 - os quais possuem dispositivo correlato no CPC/2015, mais precisamente os art. 141¹³ e 492,¹⁴ respectivamente -, sob pena do magistrado incorrer em decisão *extra* ou *ultra petita*, passível de reforma.

Na seara recursal o princípio dispositivo encontra guarita por meio do efeito devolutivo (*tantum devolutum quantum appellatum*), disposto no art. 515, *caput*, do CPC/1973, o qual encontra seu substituto no art. 1.013 do novo CPC, segundo o qual "A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada".¹⁵

Por sua vez, o princípio inquisitório é aquele por meio do qual se permite ao juízo, mais precisamente em sede recursal, conhecer e julgar de ofício matéria de ordem pública, ainda que não alegada pelas partes no curso da demanda ou nas razões do recurso que foi interposto e possibilitou a devolução da matéria ao Poder Judiciário.

Apesar de contraditórios, os princípios dispositivo e inquisitório convivem pacífica e independentemente no sistema processual, haja vista tratarem de matérias distintas. Enquanto o princípio dispositivo versa somente sobre matérias de interesse privado das partes e, por este motivo, devem ser apreciadas pelo juízo somente se estiverem presentes nas razões recursais; o princípio inquisitório é um desdobramento da possibilidade atribuída ao juízo de apreciar *ex officio* matérias de ordem pública, mas desta vez em sede recursal, em decorrência do duplo grau de jurisdição.

Em outras palavras, se uma das partes do processo sucumbir perante decisão do juízo *a quo*, este sucumbente poderá dispor de seus interesses e não interpor eventual recurso que lhe é facultado. Mas, se a parte sucumbente romper a inércia do Poder Judiciário e

interpuser recurso, a este será atribuído efeito devolutivo, a ser operado nos limites da matéria sobre a qual se fundou as razões recursais. Sem prejuízo, toda e qualquer matéria de ordem pública, ainda que não suscitada na demanda, também poderá ser apreciada pelo juízo *ad quem*, mas, sobre este ponto, não mais em razão do princípio dispositivo, mas sim como decorrência do princípio inquisitório, ao qual se convencionou denominar de efeito translativo dos recursos.

3.2 Princípio da proibição da *reformatio in pejus*

Ao tratar do princípio da proibição da *reformatio in pejus*, Flávio Cheim Jorge destaca que "essa proibição decorre da incidência natural do princípio dispositivo, fazendo com que exista a impossibilidade de o recurso prejudicar a situação do próprio recorrente".¹⁶

Em que pese sua importância, não há no ordenamento jurídico brasileiro dispositivo expresso sobre referido princípio, sendo ele uma conclusão extraída da interpretação sistemática das normas processuais, de suas regras e princípios, mais precisamente da parte que versa sobre os recursos,¹⁷ se prestando para alertar ao juízo *ad quem* que não pode o recorrente ter sua situação prejudicada pelo recurso por ele próprio interposto e, do mesmo modo, o recurso não pode ser aproveitado para beneficiar aquele que não recorreu, pois, em última análise, o recorrido se conformou com a decisão judicial e não tem a intenção de reformá-la.

Entretanto, ao retornarmos à temática anterior, mais precisamente ao princípio inquisitório, estaremos diante de um novo dilema. Seria possível ao juízo *ad quem* reformar para pior a decisão, mesmo se tratando de matéria de ordem pública? Comprovando a preocupação da doutrina, seguem as palavras de Araken de Assis:

"A base em que se funda a proibição da *reformatio in pejus*, na falta de regra expressa, revela-se frágil quando há necessidade de conjugar o princípio dispositivo com o inquisitório. É a violenta turbulência suscitada pelo conhecimento, *ex officio*, das questões de ordem pública, devolvidas pelo recurso total ou parcial (art. 505)."¹⁸

Por certo que o tema não é pacífico na jurisprudência e na doutrina. No entanto, a posição majoritária é a de que o princípio inquisitório se presta para lastrear decisão *ex officio* proferida sobre matéria não impugnada pelo recorrente,¹⁹ desde que verse sobre matéria de ordem pública, mesmo que piore sua situação processual e material, pois referidas matérias de ordem pública fogem da esfera de disposição das partes e, portanto, podem ser suscitadas e julgadas a qualquer tempo e grau de jurisdição.²⁰

Nas palavras de Flávio Cheim Jorge, "decorrência natural dessa apreciação de ofício é a possibilidade de a decisão do recurso vir a ser pior do que a anteriormente proferida, e contra a qual o recorrente se insurgiu".²¹

Posição interessante sobre o tema foi apresentada em artigo escrito por Augusto Franke Dahinten e Bernardo Franke Dahinten, segundo os quais "é de se admitir, pelo menos em alguns casos, que o próprio *status* de determinadas matérias como sendo de *ordem pública* é duvidoso, haja vista não se identificar nelas efetivo *interesse público*, tampouco implicarem situações de intranquilidade ou de insegurança à sociedade."²²

De fato, uma matéria ser tida como de ordem pública não implica, necessariamente, dizer

que trata de tema de interesse público. Seria questionável, por exemplo, o interesse da sociedade como um todo ver reconhecida, em grau recursal, a prescrição de determinada obrigação que nem as partes e nem o juízo *a quo* suscitaram no decorrer da demanda. Pior ainda se considerarmos que referida prescrição pode ser suscitada, apreciada, conhecida e provida de ofício pelo juízo *ad quem*, sem assegurar o prévio direito de manifestação das partes.

Nesta toada, mencionados autores entendem que o princípio inquisitório não deve ser utilizado compulsoriamente, mas, na verdade, deve ser sopesada a existência do real interesse público, para, só então, verificar a viabilidade de se aplicar a *reformatio in pejus* no caso concreto.²³

Ao que nos parece, referida posição é acertada e merece melhor atenção por parte do Poder Judiciário. Por certo que, somente diante real da análise do caso concreto poderemos inferir se a norma pública de caráter cogente é pertinente ou não e, se não o for, não deve o julgador ter pudores em deixar de aplicá-la, sem prejuízo, contudo, da devida fundamentação que motivou o convencimento do magistrado.²⁴ Como exemplo podemos mencionar a jurisprudência que vem admitindo a ausência de nulidade de atos processuais praticados sem a participação obrigatória do Ministério Público, desde que comprovada a inexistência de prejuízo ao interesse público ou ao incapaz.

Por certo que referido impasse não ganha vida quando a apreciação da matéria de ordem pública pelo juízo *ad quem* tiver origem única e exclusivamente no reexame necessário (ou remessa oficial, ou recurso de ofício), cujo instituto está previsto no art. 475 do CPC/1973 (art. 496 do CPC/2015),²⁵ haja vista que este visa exatamente resguardar o interesse público nas decisões proferidas em desfavor do Estado.

3.3 O efeito translativo

Em que pese parte substancial da doutrina entender que o efeito translativo não passa de uma decorrência do princípio inquisitório sobre o efeito devolutivo dos recursos,²⁶ entendemos não ser esta a posição mais acertada.

Por efeito translativo entende-se possibilidade do Tribunal apreciar matéria não anteriormente apreciada pelo juízo *a quo*, não suscitada pelas partes e igualmente não abordada nas razões recursais, desde que esta esteja fora da esfera de disponibilidade das partes e verse sobre questão de ordem pública.

A bem da verdade, enquanto o efeito devolutivo origina do princípio dispositivo, o efeito translativo surge do princípio inquisitório, mais precisamente na esfera recursal, não havendo, portanto, motivo para se confundir mencionados efeitos.²⁷

Por apreciar, de ofício, matéria de ordem pública, as decisões albergadas no efeito translativo não podem ser tidas como *extra*, *citra* ou *ultra petita* e, por conseguinte, não violam o princípio da congruência existente entre as razões recursais e a decisão. Ainda, não se pode alegar a preclusão da matéria, vez que revestida de interesse público.

De acordo com Araken de Assis o efeito translativo tem nascedouro no art. 516 do CPC/1973,²⁸ segundo o qual "Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas". Não identificamos no CPC/2015 dispositivo correlato.

Dada a sua peculiaridade, o efeito translativo aplica-se somente nos recursos ordinários (apelação, agravos, embargos de declaração, embargos infringentes e recurso ordinário constitucional), não se aplicando aos recursos excepcionais interpostos perante os Tribunais Superiores, pois estes últimos possuem regime jurídico detidamente constante no sistema normativo, inclusive na Constituição Federal, em especial no tocante ao cabimento. Deste modo, matéria de ordem pública só será apreciada pelos Tribunais Superiores se anteriormente prequestionada,²⁹ algo que afasta a atribuição do efeito translativo aos recursos excepcionais, pois o prequestionamento prévio enseja, na verdade, o efeito devolutivo da matéria, seja ela de caráter público ou privado.

4 Decisão surpresa e o novo Código de Processo Civil

Caso a controvérsia ou norma utilizada pelo juízo em sua *ratio decidendi* não tenha sido discutida na demanda, nem tenha sido oportunizado às partes o direito de manifestação quanto ao referido enquadramento fático-jurídico, não há como negar a violação ao princípio do contraditório - mesmo que a decisão se funde em questão de ordem pública -, dada a impossibilidade das partes participarem da formação do convencimento do juízo.

É inegável que se o magistrado fundamentar sua decisão em questão não debatida na demanda restará violado o direito de defesa. Assim, quando o juiz decide se valendo de elementos não debatidos no processo, surpreendendo o jurisdicionado, estaremos diante da temerária "decisão surpresa".³⁰

A proibição à decisão surpresa tem sido amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência,³¹ havendo inclusive julgados reconhecendo a referida proibição o *status* de "princípio".³²

Deve-se ainda considerar que se a parte prejudicada pela decisão surpresa recorrer alegando sua nulidade, não haverá margem para discussão da correta aplicação ou não ao direito, nem quanto à pertinência do enquadramento jurídico dado ao caso concreto. Fato é que, sob a ótica da proibição da decisão surpresa, ante a ausência da devida garantia ao contraditório não pode o magistrado se valer de norma ou enquadramento estranho tanto às partes, quanto à integralidade da demanda.

Nesta toada, o entendimento corrente é de que a aplicação de ofício de norma de ordem pública sem assegurar às partes o direito de manifestação prévia à decisão, independentemente da fase processual ou grau de jurisdição, configuraria uma das vertentes da decisão surpresa, passível, portanto, de anulação em razão do vício processual.³³

No compasso deste entendimento e resguardadas algumas hipóteses nas quais o contraditório será diferido para não gerar risco a direitos, ao que nos parece o CPC/2015 pacificou a questão e tornou evidenciada a impossibilidade do magistrado proferir a famigerada decisão surpresa, conforme dispõe o art. 9.º, *in verbis*:

"Art. 9.º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;³⁴

III - à decisão prevista no art. 701.³⁵

Excluindo-se as exceções legais, percebe-se pela dicção do dispositivo que a obediência ao prévio contraditório é incondicional, independentemente da decisão ser interlocutória ou sentença, sobre matéria preliminar ou mérito, proferida pelo juízo *a quo* ou *ad quem*, sobre direito disponível ou indisponível, de questão processual ou material, ou sobre matéria de direito privado ou de ordem pública.

Em última análise, o texto do CPC/2015 não abriu margem para subjetivismo ou discricionariedade do magistrado, o qual está obrigado a conceder o prévio contraditório antes de decidir, sob pena de reforma da decisão.

5 Encerramento volitivo da demanda

5.1 Na fase cognitiva

Do mesmo modo que o autor retira o Poder Judiciário da inércia mediante provocação feita pela distribuição da petição inicial, também poderá retorná-lo para tal estado, bastando, para tanto, formular pedido de desistência da ação proposta.

Ocorre que, uma vez tendo o Poder Judiciário sido provocado, a desistência da ação somente se encerrará mediante sentença homologando o pedido,³⁶ a qual, por certo, extinguirá o processo sem resolução do mérito.³⁷

Ademais, importante salientar que se a citação do réu já tiver ocorrido e seu prazo para resposta transcorrido, o autor só poderá desistir da ação com a concordância do réu, pois neste momento processual houve o aperfeiçoamento e triangularização da demanda, podendo o réu ter interesse na manutenção da ação para, ao final da fase cognitiva, obter a improcedência do pedido.³⁸

O novo Código de Processo Civil não alterou o posicionamento presente, conforme dispositivos abaixo transcritos:

"Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

(...)

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

(...)

VIII - homologar a desistência da ação;

(...)

§ 4.º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação."

Entretanto, o novo Código de Processo Civil traz novidade sobre o tema em seu § 5.º do art. 485, o qual prevê que "a desistência da ação pode ser apresentada até a sentença".

Ao que nos parece esta orientação é inquestionável e, pelo mesmo motivo, trata-se de um preciosismo do legislador para afastar eventual pedido de desistência da ação em caso de sentença desfavorável, o que não pode ser aceito, tendo em vista que a sentença, com ou sem julgamento do mérito, exaure a função do juízo na demanda em que a decisão foi proferida, não sendo possível, portanto, a formulação e, menos ainda, a homologação do pedido de desistência.

5.2 Na fase recursal

Qualquer uma das partes litigantes poderá *renunciar* ao direito de recorrer da sentença que virá a ser ou já foi proferida. Como o recurso é faculdade da parte sucumbente, a renúncia de sua interposição independe de aceitação da parte adversa.³⁹

No entanto, mesmo que não haja a renúncia expressa ao direito de recorrer, ainda assim prevê o diploma processual que a *aquiescência*, expressa ou tácita, da sentença impossibilita a interposição de recurso.⁴⁰ Podemos definir a aquiescência como a prática de ato contraditório e não concatenado com a interposição do recurso, tal como o pagamento da condenação, por exemplo.

Por fim, caso não haja a renúncia expressa e nem a prática de atos contrários à vontade de recorrer, após interposto o recurso poderá o recorrente *desistir*⁴¹ do seu pleito recursal a qualquer tempo, desde que antes do julgamento do recurso, não estando adstrito à anuência do recorrido ou de eventual terceiro interveniente na lide,⁴² por ser o recurso uma faculdade.⁴³ E é exatamente na desistência do recurso que focaremos para concatenar a conclusão deste estudo.

Mais uma vez nos valendo da posição de Araken de Assis, temos a diferença entre desistência da ação e desistência do recurso:

"A desistência do recurso discrepa da desistência da ação em virtude da desnecessidade de concordância, porque o réu tem direito ao julgamento do mérito, em particular, à improcedência, e da diversidade dos efeitos. Perante a desistência da ação, o juiz emitirá sentença terminativa (art. 267, VIII); na hipótese de desistência do recurso, prevalecerá em definitivo o pronunciamento já emitido, eventualmente acerca do mérito. É por essa razão que, no primeiro caso, o art. 267, § 4.º, exige a concordância do réu após a fluência do prazo de resposta, e, no segundo, dispensa qualquer anuência, pois a subsistência do provimento recorrido, em princípio, nenhum prejuízo produz para o adversário do desistente."⁴⁴

Neste contexto, resta evidenciado que além da desistência do recurso prescindir da vontade de sujeito diverso do próprio recorrente, a este ato processual não pode ser imputado nenhuma condição ou termo, nem depender de homologação judicial, nos termos do art. 158 do CPC/1973⁴⁵ (e, conseqüentemente, do art. 200 do CPC/2015), entendimento já defendido pelo STJ.⁴⁶

O novo Código de Processo Civil trata da desistência do recurso em seu art. 998, conforme segue:

"Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos."

Com relação ao *caput*, não há surpresas se comparado com o art. 501 do CPC/1973. A grande novidade vem no parágrafo único, o qual deixa evidenciado que a desistência de recurso não prejudicará questão de "repercussão geral", vez que esta transcende ao próprio recurso interposto em uma demanda individual, ainda mais se considerarmos o sistema de precedentes que o CPC/2015 pretende formar, debate este no qual não pretendemos adentrar.

Fato é que, pela dicção dos dispositivos correlatos do novo Código de Processo Civil, a desistência é ato de vontade único e exclusivo do recorrente, não dependendo de aprovação de terceiros e *nem de homologação judicial*.

6 Conclusão

O princípio do contraditório foi notadamente valorizado pelo novo Código de Processo Civil e, pela nova sistemática, o magistrado deverá franquear a palavra às partes antes de decidir questão ainda não suscitada na demanda, ainda que esta verse sobre matéria de ordem pública, protegendo o jurisdicionado da famigerada decisão surpresa. Por certo que a garantia ao contraditório não se aperfeiçoa com a efetiva manifestação das partes, mas sim pela possibilidade destas se manifestarem.

Ademais, uma vez sendo garantido o contraditório e decidida a questão, é *faculdade* da parte interpor recurso, o qual, pelo princípio dispositivo, devolverá ao juízo *ad quem* toda a matéria já debatida em primeira instância e, em decorrência do princípio inquisitório, permitirá ao Tribunal analisar questões de ordem pública, por meio do efeito translativo.

Por ser uma faculdade, pode o recorrente desistir do recurso interposto e deixar a matéria transitar em julgado, sem necessitar de concordância de qualquer outra parte do processo e *nem de homologação judicial*.

Fato é, ainda, que em razão do art. 10 do NCPC, caso o juízo *ad quem* identifique novo fundamento para solucionar a questão *sub iudice*, ainda que sobre matéria de ordem pública, deverá condicionar sua decisão à prévia garantia do contraditório do recorrente e do recorrido.

Em última análise, se o novo fundamento trazido pelo juízo *ad quem* for de ordem pública e, por este motivo, tiver a autoridade de reformar para pior a decisão recorrida, poderá o recorrente, após intimado para exercer previamente seu contraditório, desistir do recurso e, assim, impossibilitar ao Tribunal que analise a matéria.

Ao que nos parece, esta dinâmica, quando inserida no campo prático, representará o embarque do efeito translativo na barca de Caronte, pois, de fato, é difícil acreditar que o

recorrente, em sendo intimado para se manifestar sobre matéria de ordem pública que visivelmente tenha o condão de piorar sua situação processual e/ou material, irá deixar seu recurso ser julgado.

Em síntese, a garantia da prévia abertura ao contraditório na fase recursal, a fim de debater matéria de ordem pública ainda não discutida na demanda, impossibilitará ao juízo *ad quem* de apreciar questões que usualmente lhe competia julgar de ofício, quando esta matéria possibilitar a *reformatio in pejus*, pois o recorrente, certamente, não permitirá que seu próprio recurso se volte contra seus interesses.

7. Referências bibliográficas

- ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.
- _____. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- DAHINTEN, Augusto Franke; DAHINTEN, Bernardo Franke. A vedação da *reformatio in pejus* versus as matérias de ordem pública: crítica ao atual entendimento jurisprudencial. *Revista de Processo*. vol. 232. p. 449-470. São Paulo: Ed. RT, jun. 2014.
- HELLMAN, Renê Francisco. Sobre como será difícil julgar com o Novo Código de Processo Civil (PLC 8.046/2010). Do prê-à-porter à alta costura decisória. *Revista de Processo*. vol. 239. p. 97-103. São Paulo: Ed. RT, jan. 2015.
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MALLET, Estêvão. *Notas sobre o problema da chamada "decisão surpresa"*. *Revista de Processo*. vol. 233. p. 43-64. São Paulo: Ed. RT, jul. 2014.
- MARANHÃO, Clayton; RUDINIKI NETO, Rogério. Fundamentos e perfis do efeito devolutivo do recurso de apelação. *Revista de Processo*. vol. 239. p. 151-169. São Paulo: Ed. RT, jan. 2015.
- NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais - Teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *Revista de Processo*. vol. 232. p. 13-36. São Paulo: Ed. RT, jun. 2014.
- TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Kruger. *Teoria geral do processo: em conformidade com o novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

1 "Questão polêmica nos processos judiciais diz respeito à possibilidade de configuração, ou não, de *reformatio in pejus* ante a reforma *ex officio* de matéria de ordem pública. Dita controvérsia, não raramente, acaba por surpreender os litigantes e seus procuradores, os quais amargam reforma prejudicial de decisão, possibilitada única e exclusivamente pela interposição de seu recurso, excetuadas, logicamente, as hipóteses de reexame necessário (remessa oficial)" (DAHINTEN, Augusto Franke; DAHINTEN, Bernardo Franke. A vedação da *reformatio in pejus* versus as matérias de ordem pública: crítica ao atual entendimento jurisprudencial. *RePro* 232/450).

2 TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Kruger. *Teoria geral do processo: em conformidade com o novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 72 e ss.

3 Protagonista da obra "O Processo" de Franz Kafka.

4 ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 123.

5 "A importância desse princípio está diretamente relacionada à dialética do processo e ao conceito de lide. Quanto à dialética é sabido que o processo contemporâneo é um processo de partes, em que há uma tese (afirmação do autor), uma antítese (negação do réu) e, finalmente, uma síntese (sentença do juiz). Daí a importância das partes, quer para iniciar e fixar os limites da controvérsia, quer para desenvolvê-la (...)" (RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *RePro* 232/18).

6 "Tecnicamente o contraditório pode ser classificado como *prévio*, *diferido* ou *eventual*. Na primeira hipótese, *prévio*, o contraditório apresenta-se na sua acepção clássica, *audiatur et altera pars*, vale dizer, o juiz houve [sic] ambas as partes para posteriormente decidir. No caso dele ter *diferido*, o juiz primeiro decide para só depois realizá-lo, como pode ocorrer, por exemplo, na concessão de uma liminar *inaudita altera parte*, ou seja, o juiz concede a medida liminar sem ouvir o réu, postergando, assim, o contraditório para o momento seguinte. Na última hipótese, *eventual*, ele somente ocorrerá se o interessado propuser uma demanda para ampliar ou exaurir a cognição realizada no processo anterior, ou seja, o contraditório irá ocorrer noutro processo na eventualidade de o interessado assim o requerer, como irá ocorrer no instituto conhecido como estabilidade da tutela antecipada satisfativa, art. 305 do projeto do novo CPC" (RIBEIRO, Darci Guimarães. Op. cit., p. 20).

7 "Conforme Sergio Cavalieri Filho, '*normas de ordem pública são cogentes, imperativas, pelo que indispensáveis e de observância necessária. As partes não podem alterar o conteúdo do dever nelas esclarecido e o juiz deve aplicá-las ex officio, isto é, independentemente de provocação (...)*'. Claudia Lima Marques complementa: '*as normas de ordem pública estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, são normas de direito privado, mas de fonte de interesse público, daí serem inafastáveis através de contratos*'" (DAHINTEN, Augusto Franke; DAHINTEN, Bernardo Franke. Op. cit., p. 454).

8 "A jurisprudência do STJ admite a arguição de ilegitimidade passiva pela via da exceção de pré-executividade, pois, como condição da ação, é matéria de ordem pública capaz de ser conhecida de ofício pelo juiz" (STJ, AgRg no Ag em REsp 615096/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 04.03.2015).

9 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 70.

10 "O princípio dispositivo é considerado um princípio fundamental do processo. Através dele se entende que o início do processo fica ao arbítrio do autor, o qual define a lide, como desejar, ficando livre de quaisquer injunções da lei ou da Justiça. As partes vão ao Estado solicitar a prestação da tutela jurisdicional, em vez de o Estado ir distribuir a Justiça" (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 219).

11 "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."

12 "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."

13 "Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte."

14 "Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado."

15 Vide DAHINTEN, Augusto Franke; DAHINTEN, Bernardo Franke. Op. cit., p. 451.

16 Op. cit., p. 221.

17 "Não obstante não haja previsão expressa desta regra em qualquer dispositivo legal, o seu fundamento e a sua lógica podem ser extraídos de outros elementos que estão positivados no texto do Código de Processo Civil, em especial, os princípios dispositivo e *tantum devolutum quantum appellatum*" (DAHINTEN, Augusto Franke; DAHINTEN, Bernardo Franke. Op. cit., p. 451).

18 ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 109.

19 "Esse exame das questões de ordem pública ocorre em nome do princípio inquisitório e nada tem a ver com o efeito devolutivo do recurso, que é decorrência do princípio dispositivo. Assim, não haverá reforma para pior *proibida* se o tribunal, a despeito de só haver um recurso interposto, decidir contra o recorrente em razão do exame de uma dessas matérias de ordem pública" (NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais - Teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 153-154).

20 "(...) o entendimento atualmente dominante na Justiça brasileira é aquele segundo o qual as matérias revestidas de ordem pública podem ser suscitadas pelo juízo de ofício, inclusive em sede de recurso, seja este voluntário ou por reexame necessário, mesmo que tal agrave a situação do único recorrente, sobrepondo-se esta regra em detrimento do mencionado princípio" (DAHINTEN, Augusto Franke; DAHINTEN, Bernardo Franke. Op. cit., p. 460).

21 Op. cit., p. 223.

22 Op. cit., p. 462.

23 "Ou seja, a identificação de determinada matéria como sendo de *interesse público* e como instrumento de manutenção da *tranquilidade* e da *segurança* da sociedade para fins de não sujeição à regra que proíbe a *reformatio in pejus*, deveria ser filtrada e aplicada apenas àquelas que, efetivamente, enquadram-se como tal, sob pena, inclusive, de banalização da natureza de *ordem pública* da qual algumas normas/matérias se revestem" (DAHINTEN, Augusto Franke; DAHINTEN, Bernardo Franke. Op. cit., p. 463).

24 "A verdadeira segurança jurídica, consubstanciada na confiança depositada na *estabilidade* e na *continuidade da ordem jurídica*, na *proteção* fornecida pelas instituições públicas às relações jurídicas e sociais e na *previsibilidade* (mínima que seja) acerca da jurisdição e das manifestações judiciais, se adapta bem mais à certeza de que apenas um recurso (tempestivo e adequado) tem o condão de dar azo à reforma da sentença, do que ao risco de o julgador *ad quem* apreciar matérias que não foram objeto de recurso pela parte interessada" (DAHINTEN, Augusto Franke; DAHINTEN, Bernardo Franke. Op. cit., p. 467).

25 "Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal."

26 "A possibilidade de o recurso levar ao conhecimento do órgão julgador matéria estranha à impugnação advém, como já mencionado, da incidência do princípio inquisitório na esfera recursal. Nada mais que isso. A peculiaridade de o tribunal conhecer de questões que não foram impugnadas pelo recorrente decorre da característica que o efeito devolutivo possui quando manifestado nos recursos denominados "ordinários", notadamente no que tange à sua profundidade, a qual tem o condão de levar ao conhecimento do órgão julgador todas as questões e fundamentos, mesmo que não impugnadas pelo recorrente" (JORGE, Flávio Cheim. Op. cit., p. 253).

27 "O poder dado pela lei ao juiz para, na instância recursal, examinar de ofício as questões de ordem pública não arguidas pelas partes não se insere no conceito de efeito devolutivo

em sentido estrito, já que isso se dá pela atuação do *princípio inquisitório* e não pela sua antítese, que é o princípio dispositivo, de que é corolário o efeito devolutivo dos recursos. (...) na verdade, nem se 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" (NERY JR., Nelson. Op. cit., p. 411 e 412).

28 "Ideia cada vez mais influente, e progressivamente acatada, reúne noutro efeito, chamado translativo, todas as questões passíveis de conhecimento *ex officio* pelo órgão *ad quem*, porque imunes à preclusão. Tais questões respeitam aos pressupostos processuais (de regra, excluindo os impedimentos) e às condições da ação. Formam, assim, categoria à parte. Se o efeito translativo abrange questões dessa ordem não decididas, conforme dispõe a nova redação do art. 516, aludindo às 'questões anteriores à sentença', ou decididas, mas não impugnadas através de agravo, é tema secundário, hoje relegado à problemática do alcance subjetivo da preclusão, haja ou não agravo. De acordo com essa concepção, o efeito devolutivo da apelação sempre devolveria ao órgão *ad quem* a matéria impugnada, no mínimo, por força do princípio dispositivo, e, igualmente, as questões que, ocorra controvérsia ou não, ao juiz seja dado conhecer de ofício, por força do princípio inquisitório" (Op. cit., p. 225).

29 "Agravo regimental no agravo regimental no agravo em recurso especial. Ausência de impugnação dos fundamentos. Súmulas 283 e 284 do STF. Reexame de fatos. Súmula 7 do STJ. Matéria de ordem pública. Ausência de prequestionamento. Impossibilidade de conhecimento *ex officio*. Súmula 13 do STJ Dissídio jurisprudencial não comprovado.(...)

4. As questões de ordem pública, embora passíveis de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias, não prescindem, no estreito âmbito do recurso especial, do requisito do prequestionamento. Precedentes" (STJ, AgRg no AgRg no Ag em REsp 478380/DF, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 12.03.2015).

30 "A utilização pelo juiz, apenas quando do julgamento, de elementos estranhos ao que se debateu no processo - pouco importa trate-se de elementos de fato ou de direito, matéria de ordem pública que seja - produz o que a doutrina e os tribunais, especialmente os europeus, chamam de 'decisão-surpresa', 'decisão solitária' ou ainda, 'sentença de terceira via'. Tendo em conta a compreensão atual do contraditório, é algo que se considera inadmissível" (MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada "decisão surpresa". *RePro* 233/52).

31 "(...) Acrescenta, ainda, que um dos consectários lógicos da aplicação do dito princípio é a proibição de decisão surpresa, em que a parte não pode ser apanhada por decisão fundada em fato e circunstâncias a respeito das quais não tenha tomado conhecimento (...)" (TJSP, AgIn 0583984-73.2010.8.26.0000, rel. Des. Vera Angrisani, DJ 15.04.2011).

32 "Direito privado não especificado. Anulação da sentença. Cerceamento de defesa.

Devido processo legal. Princípio da não surpresa. Evidenciada violação ao devido processo legal e ao princípio da não surpresa, impõe-se seja anulado o processo, a partir do encerramento da instrução. Anularam parcialmente o processo. Apelo prejudicado" (TJRS, Ap 70049625080, rel. Des. Paulo Sergio Scarparo, DJ 14.08.2012).

33 "O respeito à garantia do contraditório impõe que o juízo, antes de aplicar de ofício alguma regra legal ou de requalificar a controvérsia, inovando a discussão até então travada no processo, ouça as partes. Se não o fizer, a parte prejudicada pode postular a anulação do julgamento, por infração ao art. 5º, LIV e LV, a CF" (MALLETT, Estêvão. Op. cit., p. 64).

34 "Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:(...)

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; (...)."

35 "Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa."

36 Vide CPC/1973: "Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeito depois de homologada por sentença".

37 Vide CPC/1973: "Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:(...)

VIII - quando o autor desistir da ação."

38 Vide CPC/1973: "Art. 267. (...)§ 4.º Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação"

39 Vide art. 502, CPC/1973 e art. 999, CPC/2015: "A renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte".

40 Vide art. 1.000, CPC/2015 (e art. 503, CPC/1973): "A parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer".

41 "Se torna inadmissível o recurso interposto por quem, expressa ou tacitamente, se conformou com a decisão proferida. Costuma-se incluir essa figura no conceito de *renúncia*; mas, em nossa opinião, cabe distinguir entre as hipóteses em que alguém, podendo recorrer, manifesta a vontade de não usar o recurso, e em que somente se assume, diante da sentença, atitude de conformação, de assentimento, de anuência. Chamar-se-á *renúncia*, com maior propriedade, à primeira, reservando-se o *nomen iuris* de *aquiescência*, largamente usado na literatura italiana (107), para a segunda, na qual o trancamento das vias recursais é aspecto secundário e consequencial, que pode até não ter sido *querido*. Não há que confundir *aquiescência* com *desistência*, que concerte a recurso *já interposto*" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. p. 97).

42 "A desistência é negócio jurídico unilateral e não receptício. Não se subordina ao consentimento da parte adversa ou dos litisconsortes (art. 501)" (ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 168).

43 Vide art. 501, CPC/1973 (e art. 998, CPC/2015): "Art. 501. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso".

44 Op. cit., p. 168.

45 "Nem sequer exige o Código que a desistência do recurso seja homologada, conforme resulta do disposto no art. 158, *caput*; a exceção contemplada no parágrafo único apenas concerne à desistência da *ação*. O órgão judicial, tomando conhecimento da desistência do recurso e verificando-lhe a validade, simplesmente declarará extinto o procedimento recursal" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 126).

46 "Processual Civil. Recurso. Desistência. *Desnecessidade de homologação*. Impossibilidade de Retratação Frente aos Imediatos Efeitos da Desistência. Extinção do Procedimento Recursal. Inaplicação de Norma Regimental de Homologação (art. 34, IX, RISTJ). Arts. 3.º, 158 e 501, CPC.1. A desistência regularmente manifestadora, não comportando condição ou termo, independente do recorrido, salvo para franquear recurso diverso (princípio da fungibilidade), opera efeitos processuais imediatos, inexistente recurso pendente, propiciando a coisa julgada, óbice à eventual retratação (arts. 158 e 501, CPC).

(...)

3. Conhecida a desistência, declara-se extinto o procedimento recursal, certificando-se o trânsito em julgado do acórdão recorrido" (grifo nosso) (STJ, REsp 7243/RJ, rel. Min. Milton Pereira, DJ 15.06.1993).