

## O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NO SISTEMA DOS RECURSOS CIVIS (\*)

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA  
Procurador do Estado da Guanabara  
Docente-livre da Faculdade de Direito  
da Universidade Federal do  
Rio de Janeiro

### CAPÍTULO I

#### CONCEITO DE RECURSO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

1. Conhecidas razões de conveniência, inspiradas na convicção de assim melhor atender à exigência de justiça, a que o Estado não deveria ficar indiferente, levaram os modernos ordenamentos, na sua generalidade, a admitir, com maior ou menor largueza, o contraste das decisões judiciais, mediante a provocação de novo pronunciamento sobre matéria já submetida ao conhecimento do órgão judicante. A consagração de semelhante princípio não fêz esquecer, é claro, a necessidade de velar pela segurança jurídica e de evitar a indefinida subsistência de situações litigiosas ou incertas, que se prolongassem através de uma série ilimitada de revisões: a essa preocupação corresponde, como é notório, o instituto da *coisa julgada* (1). Com tamanha força se faz sentir, entretanto, o anseio de proteção contra o risco do erro na atividade judiciária, que nem a própria *auctoritas rei iudicatae*, em casos de especial gravidade, é vista pela lei como óbice definitivo à reabertura de controvérsias já resolvidas.

Tem variado muito, no tempo e no espaço, o quadro dos instrumentos criados pelo direito objetivo para servir a semelhante contróle. Essa variedade suscita, para o jurista, uma rica problemática

(\*) Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara.

(1) Cf. CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. I, pág. 370.

ligada, antes de tudo, ao correto enquadramento de tais expedientes no sistema dos princípios gerais que informam a teoria do processo. Formulando a questão nos termos particulares impostos pela perspectiva em que se coloca o presente trabalho, defrontamo-nos, como primeiro passo da investigação, com a tarefa de esclarecer a posição que cabe, no contexto esboçado, à figura processual do *recurso*.

Que o instituto se insere no mecanismo forjado para satisfazer, na medida das humanas possibilidades, aquela aspiração a que de início se aludiu, é mais que evidente. O que se precisa aclarar é o *modo* de tal inserção. Abrangerá o conceito de *recurso* todo e qualquer meio tendente a provocar o reexame judicial de determinada matéria? A resposta a essa indagação exige a demarcação prévia e nítida dos limites conceptuais da figura, o descobrimento do traço característico em que ela encontra o seu *ubi consistam*. Que é, em suma, *recurso*?

2. Nesta pesquisa introdutória, tem-se de atender precipuamente aos dados do direito positivo. Não há nenhum céu de puras essências, onde se logre descobrir um conceito de *recurso anterior* ao que revela o sistema da lei. Nem se depara novidade na observação de que os ordenamentos jurídicos podem e costumam abraçar, a respeito, orientações diferentes. Tal circunstância, que ressalta ao simples exame das principais codificações, é bastante para alertar-nos contra o risco de transferir sem crítica, dêste para aquêle sistema, noções válidas à luz da técnica adotada num dêles, mas que, no contexto do outro, perdem o sentido ou se tornam equívocas.

*Recurso*, para o jurista brasileiro, há de ser tudo aquilo (e só aquilo) que o direito brasileiro considera *recurso* e como tal disciplina. Pouco importará que, noutros ordenamentos, se dê tratamento diverso a figuras que, sem êle, poderiam reputar-se correspondentes a alguma das nossas. Semelhantes discrepâncias são normais e freqüentes, explicando-se até por peculiaridades da evolução histórica que preparou a cristalização de cada um dos sistemas. Teremos ocasião de notar, ao longo do nosso trabalho, quão importante é, no estudo de certos problemas particulares, ter os olhos fitos nesses contrastes arquitetônicos, para que se não afirme, em geral, do instituto, como existe entre nós, o que apenas será verdadeiro para ordenamento que lhe dê mais amplos contornos; e, inversamente, para que não se lhe negue algo que só um sistema de mais res-

tritiva tendência legitimamente excluiria. Desde já, porém, neste passo inicial do itinerário, e talvez sobretudo nêle, a cautela é indispensável.

3. Não ministra o Código de Processo Civil uma definição de *recurso*: limita-se, no art. 808, a enumerar os recursos admissíveis (apelação, embargos de nulidade ou infringentes do julgado, agravo, revista, embargos de declaração, recurso extraordinário), devendo acrescentar-se a êsse rol os mencionados nos arts. 114, II, 122, § 1.º, e 132 da Constituição Federal (2), a carta testemunhável e o recurso de ofício previstos, respectivamente, no art. 45, II, e nos artigos 53 e 74, parágrafo único, do Decreto-Lei n.º 960, de 17-12-1938 (3). A análise dessas várias figuras facilmente revela,

(2) A figura, criada pela Carta de 18-9-1946, art. 101, II, tornou-se conhecida sob a denominação de *recurso ordinário constitucional*, proposta por ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, em trabalho dado a lume na *Rev. dos Trib.*, vol. 276, págs. 7 e segs., e na *Rev. For.*, vol. 177, págs. 54 e segs., e aceita por JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, págs. 13 e 356. A ela se referia também a antiga Constituição no art. 120. No sistema vigente, as hipóteses de cabimento não são exatamente as mesmas: suprimiram-se a das causas “fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro” (Constituição Federal de 1946, art. 101, II, b, 1.ª parte) e a relativa aos crimes políticos (art. 101, II, c); aditou-se a das decisões proferidas pela Justiça Militar, “nos casos expressos em lei, para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares” (Constituição Federal de 1967, arts. 114, II, a, e 122, §§ 1.º e 2.º). Quanto à ligeira diferença da redação, na letra a do inciso II, entre o art. 114 da nova Carta e o art. 101 da anterior, parece-nos irrelevante: embora o texto fosse menos explícito, a prática judiciária já admitia a interposição do recurso contra as decisões denegatórias, em *única* instância, dos tribunais locais ou federais.

(3) As restantes leis ordinárias que versam a matéria não criam outras figuras recursais, embora muitas vezes, quebrando lamentavelmente a sistemática do Código, imprimam a algumas delas características diversas das que neste possuem: assim, para nos cingirmos a um ponto saliente, tem-se adotado com freqüência o agravo de petição como recurso cabível de decisões *definitivas* — *v.g.*, no mandado de segurança (Lei n.º 1.533, de 21-12-1951, art. 12), em matéria de naturalização (Lei n.º 818, de 18-9-1949, art. 6.º, § 4.º), de revisão de aluguel (Lei n.º 4.494, de 25-11-1964, art. 27, parágrafo único), de acidentes do trabalho (Decreto-lei n.º 7.038, de 10-11-1944, art. 64; Decreto-lei n.º 293, de 28-2-1967, art. 17, I, d; Lei n.º 5.316, de 14-9-1967, art. 15, § 2.º), para não mencionarmos os vários casos do processo falimentar — e até o agravo de instrumento (Lei n.º 3.193, de 4-7-1957, art. 4.º). A Lei n.º 4.655, de 2-6-1965, que regula a legitimação adotiva, usa no art. 5.º, § 2.º, a expressão “recurso de reexame”; não se deve supor, entretanto, que haja com isso criado figura nova; o “recurso de reexame”, ali, não é outro senão o de apelação, como ocorre, em geral, nos processos de “jurisdição voluntária”, quanto às decisões que se pronunciam sobre a providência requerida (*v. SEABRA FAGUNDES, Dos recursos ordinários em matéria civil*, pág. 260; J. F. MARQUES, *ob. e vol. cit.*, págs. 147/8; *id.*, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, 2.ª ed., pág. 305; MOACIR AMARAL SANTOS, *Direito Processual Civil*, 2.ª ed., vol. III, pág. 106). Certo, portanto, a êsse respeito, ANTÔNIO CHAVES, *Adoção e legitimação adotiva*, pág. 550.

todavia, por sob a diversificada gama das hipóteses de cabimento e dos requisitos formais, a constância de uma nota comum — às vezes de gritante evidência, como no agravo de que tratam os arts. 851 e 852 do Código de Processo Civil — : a interposição, em qualquer caso, é sempre ato que se insere na própria linha processual a que pertence a decisão impugnada. Em outras palavras: com ela *não se dá início a novo processo*, mas apenas se provoca o *prosseguimento* daquele mesmo que até ali vinha correndo.

Ao interpor um recurso, como ao ajuizar uma ação, formula-se um pedido; mas, ali, a formulação não se reveste das características de que a lei, aqui, a obriga a revestir-se, a não ser quando norma expressa — cuja superfluidade ressaltaria se se houvesse de satisfazer, *in genere*, aos mesmos requisitos — assim determine (*v. g.* quanto à apelação, art. 821, I, do Código de Processo Civil). Não há citação do recorrido, ao contrário do que deveria suceder se se estivesse a inaugurar outra instância (4). Nem é necessária a outorga de novo instrumento de mandato: já no sistema do Código, a procuração *ad judicium*, que habilitava o procurador “a praticar todos os atos do processo” (art. 108), habilitava-o inclusive a interpor qualquer dos recursos utilizáveis (5).

Tudo isso está a mostrar — abstraindo-se das diferenças, às vezes profundas, sob outros ângulos, entre êles — que o nosso direito processual civil equipara integralmente, num ponto, todos os meios catalogados sob o *nomen iuris* de “recursos”: atribuí-lhes o efeito, não de fazer surgir processos distintos, mas simplesmente de provocar a extensão do mesmo processo em que se proferiu a decisão recorrida (6). E a recíproca é verdadeira: conquanto haja casos

(4) Usada a palavra, é claro, no sentido de *relação processual*. Cf. o art. 196, 1.ª parte, do Código de Processo Civil.

(5) Unânime a doutrina: PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., t. II, pág. 186; *id.*, *Tratado de Direito Privado*, t. 43, pág. 192; CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil interpretado*, 3.ª ed., vol. II, pág. 28; LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2.ª ed., vol. II, pág. 75; DE PLÁCIDO E SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 4.ª ed., vol. I, pág. 268. Cf., na jurisprudência, o Acórdão do T. J. de Minas Gerais, em 6-3-1944, relatado pelo ilustre processualista AMÍLCAR DE CASTRO, *apud* ALEXANDRE DE PAULA, *O processo civil à luz da jurisprudência*, 2.ª ed., vol. II, pág. 774, n.º 2.825. Hoje, o art. 70, § 8.º, da Lei n.º 4.215, de 27-4-1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), é mais explícito: “A procuração com a cláusula *ad judicium* habilitará o advogado a praticar todos os atos judiciais, em qualquer foro ou instância”.

(6) Na doutrina espanhola, sustenta GUASP, *Derecho Procesal Civil*, pág. 1.826, que “ningún proceso de impugnación se identifica con el proceso

em que o sistema positivo admite a impugnação de um pronunciamento judicial através da instauração de processo novo, em nenhum dêles aparece, no texto legal, a denominação de “recurso”.

4. Firmados êsses princípios, é fácil concluir que se está, na verdade, diante de um pseudo-problema, quando se depara controversia como aquela, tão freqüente na doutrina de certa época, sobre ser ou não ser recurso a ação rescisória. Entre nós, *de iure condito*, a discussão não tem sentido. Se é característica essencial do recurso inserir-se no mesmo processo, claro está que não se inclui entre os recursos expediente algum cujo uso dê causa à formação de outro processo (7).

Pouco importam, aqui, semelhanças mais ou menos acentuadas que se hajam de identificar, do ponto-de-vista da finalidade, entre a ação rescisória e os recursos. Dois meios podem servir a fins iguais, ou parecidos, sem que por isso tenham necessariamente a mesma natureza. O fator decisivo, na matéria, é o regime estabelecido pelo direito positivo. Um instituto que a lei subtrai à disciplina peculiar dos recursos não deixa de ser o que é, para converter-se em recurso, apenas porque, em determinadas hipóteses, se pode através dêle conseguir resultado análogo ao atingível mediante um recurso. Dizer que se trata, em casos tais, de recurso “vestido com as formas exteriores da ação” (8) é renunciar a todo rigor

principal en el que se emite la sentencia recurrida, sino que todos los procesos de impugnación son independientes y distintos, aunque conexos y ligados funcionalmente al proceso principal de que parten”. Mas o parecer não se harmoniza com o nosso direito positivo. A relação processual mantém-se una, ainda quando — como nos casos do agravo de instrumento e da carta testemunhável — se verifique a temporária bifurcação do procedimento.

(7) V. art. 801, § 1.º, do Código de Processo Civil.

(8) Assim L. DA COSTA, ob. cit., III, pág. 389 (cf. págs. 448/50). A doutrina é hoje praticamente unânime no sentido do texto: v., por exemplo, P. DE MIRANDA, *Coment. cit.*, t. X, págs. 131, 149/50; *id.*, *Tratado da ação rescisória*, 4.ª ed., págs. 139, 399, 415; C. SANTOS, ob. cit., vol. IX, págs. 115/8; JORGE AMERICANO, *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 2.ª ed., 3.º vol., págs. 244/5 (cf. do mesmo autor, já anteriormente, *Da ação rescisória*, 3.ª ed., págs. 11/3); GABRIEL DE RESENDE FILHO, *Curso de Direito Processual Civil*, 2.ª ed., vol. III; S. FAGUNDES, ob. cit. pág. 7, nota 1; M. A. SANTOS, ob. e vol cit., págs. 437/8; P. B. MARTINS, *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*, pág. 154; LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, *Da ação rescisória dos julgados*, págs. 22/3; LUIZ MACHADO GUIMARÃES, *Limites objetivos do recurso de apelação*, págs. 43 e segs.; PEDRO PALMEIRA, *Da sistemática dos recursos nos Códigos de Processo Civil do Brasil e de Portugal*, págs. 13, 46, 50; com resquícios de ambigüidade, JOSÉ DA SILVA PACHECO, *Curso teórico e prático do processo civil*, 2.ª ed., t. III, págs. 63/4. Assimila

científico na delimitação dos conceitos; pois o essencial, aí, são exatamente essas “formas exteriores” a que se alude com injustificável conotação pejorativa.

5. Como o surgimento da *res iudicata* se vincula, em nosso direito, à preclusão total das vias recursais (9), à primeira vista seria lícito concluir que nêle se manteve, com tôda a nitidez de colorido, a clássica distinção entre “recurso” e “ação de impugnação”, contraposto aquêle, como “instituto destinado a retardar (...) a formação da coisa julgada”, a esta, como “instituto destinado a destruir excepcionalmente (...) a eficácia que já possui a sentença” (10). Tal conclusão, porém, não levaria em conta o fato

ainda a rescisória aos recursos COSTA CARVALHO, *Dos recursos em geral*, 3.ª ed., págs. 31, 329 e segs. Todavia, já em seu tempo frisava, com tôda a ênfase, M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Da ação rescisória dos julgados*, 2.ª ed.: “Não há cousa mais freqüente do que ouvir repetir que a rescisão dos julgados é um recurso. Nada, entretanto, é mais absurdo, uma vez que às *verba iuris*, à técnica rigorosa, queiramos dar seu verdadeiro e legítimo sentido” (página 293); e ainda: “é, pois, essencial que não se vulgarize a errada equiparação da ação rescisória com o recurso que pode caber das sentenças e julgados. Como noção é isto um erro gravíssimo; como simples imagem é vulgar e indigna dos cultores de direito” (pág. 295 — grifos do autor). Cf., no mesmo sentido, também antes do Código, MATOS PEIXOTO, *Recurso extraordinário*, págs. 81 e segs. (v., na pág. 82, a nota 21, que documenta a tradição, inteiramente conforme, do antigo direito luso-brasileiro); NESTOR DIÓGENES, *Da ação rescisória*, pág. 25.

(9) Decreto-lei n.º 4.657, de 4-9-1942, art. 6.º, § 3.º (redação dada pela Lei n.º 8.288, de 1.º-8-1957). A chamada “coisa julgada formal” não é, na essência, mais do que isso: a preclusão dos recursos. Daí a simpatia que nos desperta a atitude de CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Da preclusão no processo civil*, in *Rev. For.*, vol. 153, págs. 62/3, quando propõe a absorção daquele conceito por êste (cf. nosso trabalho *Questões prejudiciais e coisa julgada*, pág. 62, nota 1).

(10) CALAMANDREI, *La Casación Civil*, t. II, pág. 254. V., nas págs. 216 e segs., a cumprida exposição dos caracteres distintivos entre uma e outra figura. Cf., do mesmo autor, já anteriormente, *Vicios de la sentencia y medios de gravamen*, in *Estudios sobre el proceso civil*, págs. 445/8; em data mais recente verbete *Cassazione Civile*, in *Nuovo Dig. Ital.*, vol. II, pág. 991; v., ainda, BETTI, *Diritto Processuale Civile Italiano*, págs. 642 e segs.; ZANZUCCI, *Diritto Processuale Civile*, 5.ª ed., vol. II, págs. 175/7; ALLORIO, *Diritto Processuale Tributario*, 4.ª ed., pág. 386; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, páginas 288/9 (inaceitável, para o direito brasileiro, por motivos que oportunamente se explicarão, o assêrto dêste autor, segundo o qual o recurso “dá lugar ao prosseguimento do processo pendente, com idêntico objeto” — grifamos). Criticam a distinção, com argumentos inconvincentes, LEONE, *Sistema delle impugnazioni penali*, págs. 74, 85 e segs.; PROVINCIALI, *Sistema delle impugnazioni civili*, págs. 75 e segs.; *id.*, *Delle impugnazioni in generale*, págs. 53/60; SATTI, *Le impugnazioni*, págs. 9/11; GIUDICEANDREA, *Le impugnazioni civili*, vol. I, pág. 53, nota 7. Inexata, pelo menos à luz do nosso sistema positivo, a observação dêste último, para quem “tale distinzione non ha pratica rilevanza”. Quanto a GUASP, coerente com a opinião referida em a nota 6 (n.º 3,

de que entre nós se faculta, em certas circunstâncias, o ataque, por via de processo autônomo, a decisões cíveis *ainda não passadas em julgado*: é o caso do mandado de segurança, nas hipóteses em que se admite com essa finalidade (11).

O que cabe afirmar é que a dicotomia subsiste no sistema pátrio, mas assente sobre base diversa: o traço discretivo essencial entre o “recurso” e a “ação de impugnação” já não se ligará à posição relativa de cada um desses expedientes em face da *res iudicata*, senão à continuidade ou à descontinuidade que exista entre o processo de impugnação e o processo onde se proferiu a decisão impugnada. Claro está que, no rol das “ações de impugnação”, lugar preeminente fica reservado à rescisória, cuja nota característica é sempre a de dirigir-se *contra a coisa julgada*; não consistirá nisso, entretanto, o denominador comum de toda a classe.

6. Não deixa de ser verdade, em todo caso, que no direito processual civil brasileiro inexistiu meio de infringir a *res iudicata* a não ser através da instauração de outro processo. Nem todas as impugnações exteriores à relação processual dirigem-se contra a coisa julgada que ali se formou; mas todas as que contra ela se dirigem são necessariamente exteriores à relação processual. Escapam, *ipso facto*, ao âmbito conceptual do “recurso”.

É a razão por que não se pode acolher, entre nós, a conhecida classificação dos recursos em “ordinários” e “extraordinários”, no sentido de recursos cabíveis, respectivamente, contra decisões que ainda não tenham ou que já tenham passado em julgado. Ela será válida para outros sistemas jurídicos, que preferem dar extensão maior ao conceito. Têm-na consagrado algumas legislações: assim o

*supra*); afirma que “todos los recursos son acciones impugnativas autonomas y la ruptura de la unidad del proceso es característica esencial de ellos” (ob. e lug. cit.).

(11) Doutrina autorizada, com efeito, sustenta o cabimento do remédio contra decisões apenas sujeitas a recurso *sem efeito suspensivo*, ou, em termos mais gerais, inidôneo para evitar ou reparar a lesão; assim, *v.g.*, P. DE MIRANDA, *Coment. cit.*, t. V, pág. 173; CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, 7.<sup>a</sup> ed., pág. 98; J. J. CALMON DE PASSOS, *Do mandado de segurança contra atos judiciais*, in *Estudos sobre o mandado de segurança*, págs. 104/5; OTHON SIDOU, *Do mandado de segurança*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 137; HELI LOPES MARRAS, *Mandado de segurança e ação popular*, págs. 8/9. Segundo forte corrente jurisprudencial, que se reflete no enunciado n.º 268 da *Súmula da jurisprudência predominante* do Supremo Tribunal Federal, o uso do *writ* contra ato judicial só se legitimaria, mesmo, ante a *inocorrência* do trânsito em julgado. Frisa a autonomia processual do remédio, em relação à causa originária, J. J. C. DE PASSOS, *trab. cit.*, págs. 78/9 e 80.

*Codice di Procedura Civile* de 1865, no art. 465 (12), e mais explicitamente o Código de Processo Civil português, nos arts. 676, 2.<sup>a</sup> alínea, e 677 (13). No direito francês, onde o Livro IV do *Code de Procédure Civile* trata das “*voies extraordinaires pour attaquer les jugements*”, disciplinando à parte o *appel* e a *opposition*, formulou-se também a contraposição — segundo o mesmo critério acima indicado — entre estes dois recursos, tidos como “ordinários”, e os outros, agrupando-se sob a designação genérica de “extraordinários” não só os que assim denomina o Código (*tierce opposition, requête civile, prise-à-partie*), mas ainda o *pourvoi en cassation* de que êle não trata (14). O processo civil brasileiro, porém, repele tal construção.

(12) Cf. CALAMANDREI, *La Cas. Civ. cit.*, t. II, págs. 230 e segs. (para esse autor, os meios extraordinários, substancialmente, constituiriam verdadeiras ações de impugnação — *v.* págs. 231 e 233); HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, pág. 3: “Per cosa giudicata in senso formale si vuol intendere il fatto che la sentenza non è soggetta ai mezzi ordinari di impugnazione” (sem grifo no original). Cumpre observar, porém, que, ante a imprecisão do velho Código quanto ao momento do trânsito em julgado, nem sempre se vinculava a êste, em doutrina, o critério discretivo entre as duas classes de recursos, e uma prestigiosa corrente preferiu reconhecer a alguns dos chamados “extraordinários” o efeito de obstar à formação da *res iudicata*; assim, quanto ao recurso de cassação e à *revocazione* fundada no art. 404, ns. 4 e 5; CHIOVENDA, *ob. cit.*, vol. III, págs. 218/20; BETTI, *ob. cit.*, pág. 580; BUTERA, *La revocazione delle sentenze civili*, pág. 155; e ambos acrescentava SEGNI, *La Cassazione Civile ed un libro recente*, in *Scritti giuridici*, vol. I, págs. 575/6, em tom dúbio, a *opposizione contumaciata*. Não faltava até quem, como TUOZZI, *L'autorità della cosa giudicata nel civile e nel penale*, págs. 57/8, condicionasse o surgimento da coisa julgada à preclusão de todos os recursos. Já o *Codice di Procedura Civile* de 1940, arrolando *expressis verbis*, no art. 324, os recursos impeditivos da *cosa giudicata formale*, omite qualquer referência à antiga classificação, que todavia subsiste, em geral, na doutrina, embora nem sempre inspirada no mesmo critério distintivo: enquanto alguns continuam a caracterizar os meios “extraordinários” como aqueles que não empecem à produção da *res iudicata* (LIEBMANN, *Corso di Diritto Processuale Civile*, págs. 207/8; ANDRIOLI, *Commento al Codice di Procedura Civile*, 3.<sup>a</sup> ed., vol. II, pág. 366; ANDREA LUGO, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 2.<sup>a</sup> ed., página 175; GIUDICEANDREA, *ob. e vol. cit.*, pág. 58; com reservas, MICHELLI, *Corso di Diritto Processuale Civile*, vol. II, pág. 252), outros (como CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, 5.<sup>a</sup> ed., vol. II, pág. 126; UGO ROCCO, *Trattato di Diritto Processuale Civile*, vol. I, pág. 371; SERGIO COSTA, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, pág. 367; PROVINCIALI, *Sistema cit.*, págs. 62 e segs.; *Delle imp. in gen. cit.*, págs. 51 e segs.) dão à classificação fundamentos diversos, que não interessa examinar aqui.

(13) Cf. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, volume V, págs. 212, 216/7.

(14) MOURLON, *Répétitions écrites sur l'organisation judiciaire, la compétence et la procédure en matière civile et commerciale*, 5.<sup>a</sup> ed., pág. 449, informava ser predominante, na doutrina e na jurisprudência da época, a tese segundo a qual “l'autorité de la chose jugée existe lorsque le jugement ne

7. Merece justificação mais ampla a nossa tomada de posição nesse tópico. É que de vez em quando ocorre na literatura pátria, sobretudo na menos recente, a alusão a recursos “ordinários” e “extraordinários”, conjugada com o aivitre de que, para formar-se a coisa julgada, somente os primeiros teriam de estar preclusos (15). E com isso não se estaria querendo excluir a ação rescisória, nem qualquer meio cujo uso produzisse a abertura de outro processo em juízo.

A proposição já vinha insinuada em obra que, oriunda de além-mar, notável influência exerceu entre nós (16). Se, todavia, focalizarmos o ponto mais de perto, verificaremos que os expedientes

peut pas, ou ne peut plus, être attaqué par un mode de recours ordinaire (opposition, appel), encore qu'il puisse l'être par un mode de recours extraordinaire (pouvoi en cassation, etc.)”, embora a seu ver se devesse exigir a preclusão de todos os recursos para que a *autoritas rei iudicatae* se produzisse “pleine et entière”. Substancialmente conforme à opinião que MOURLON dizia prevalecente é, mais tarde, a de GLASSON, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, t. I, pág. 424, para quem a coisa julgada surgiria desde o momento da decisão (cf. neste sentido, já muito anteriormente, RAUTER, *Cours de procédure civile française*, pág. 149), mas poderia ser “suspensa” pela opposição ou pelo appel — isto é, pelos recursos ordinários; assim também, em essência, BONFILA, *Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétences et de procédure en matière civile et commerciale*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 260: “Cette autorité de la chose jugée s'attache même aux jugements susceptibles d'être attaqués par une voie de recours ordinaire, opposition ou appel, tant que le recours n'est pas formé” (grifamos). Relaciona-se com esse modo de pensar a distinção, encontrada até na moderna doutrina francesa, entre “autorité de chose jugée” e “force de chose jugée”, a primeira atribuída à decisão desde que se profere, e a segunda após a preclusão dos recursos ordinários — reservando-se, ainda, a qualificação de “irrévocable” para a decisão já insuscetível até de recurso extraordinário (GLASSON, ob. e t. cit., págs. 424/5; GARSONNET e CÉZAR-BRU, *Précis de procédure civile*, 9.<sup>a</sup> ed., pág. 608; PAUL CUCHE, *Précis de procédure civile et commerciale*, 10.<sup>a</sup> ed., pág. 63; MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 451/2).

Na literatura espanhola depara-se igualmente, por vêzes, a classificação dos recursos em “ordinários” e “extraordinários”, à luz das relações com a coisa julgada: assim PRIETO-CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, t. I, pág. 575. É verdade que a *Ley de Enjuiciamiento Civil*, no art. 369, refere-se a “sentencia firme” como aquela de que não cabe “recurso alguno ordinario ni extraordinario”, mas, segundo mostra ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, em nota à tradução do *Derecho Procesal Civil* de GOLDSCHMIDT, pág. 396, no próprio sistema legal “existen casos en que su firmeza la quebranta el empleo de ciertos medios impugnativos”.

(15) PAULA BATISTA, *Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o comercial*, 6.<sup>a</sup> ed., pág. 246; RAMALHO, *Praxe brasileira*, pág. 849.

(16) PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas sobre o processo civil*, t. I, página 275, nota 583 (começada na pág. 274), e t. II, pág. 94, nota 707. V. a discriminação dos “recursos extraordinários” neste último tomo, página 3. Cf. ALMEIDA E SOUSA, *Segundas linhas sobre o processo civil*, parte I, pág. 6.

ali designados como “recursos extraordinários” — a revista e a queixa — não se endereçavam a qualquer órgão *judicial*, mas diretamente “ao Príncipe”. Pode-se relacionar com tal circunstância a afirmação de não impedirem êles o surgimento da *res iudicata*: ao espírito jurídico da época não teria escapado a conveniência técnica de limitar o problema da coisa julgada ao âmbito interno do Poder Judiciário. A distinção entre as duas classes de “recursos” não consistiria *essencialmente*, pois, na diversidade das relações entre cada uma delas e a *res iudicata*, mas na diferente natureza do órgão a que se dirigiam: o outro aspecto seria mero corolário dêste. E, com efeito, em data já mais próxima, a idéia reaparece na literatura, purificada de suas conotações acidentais, com a caracterização do recurso “ordinário” como o “interposto, processado e decidido entre agentes e por agentes de um poder da mesma natureza” (17). Ajustada a lição à técnica moderna, o que

(17) JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, *Direito Judiciário Brasileiro*, 3.<sup>a</sup> ed., pág. 455. Para o professor paulista, “extraordinário” seria, ao seu tempo, “o recurso de graça e mais nenhum”, nem mesmo aquele criado pelo Decreto n.º 848, de 24-10-1890, art. 9.º, parágrafo único, acolhido pela Constituição de 1891, art. 59, § 1.º, e ao qual o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal atribuíra a denominação afinal consagrada. Não é temerário explicar a posição de P. BATISTA e de RAMALHO, neste tópico, pela defeituosa compreensão do ensinamento de P. E SOUSA: aquêles autores, com efeito, na trilha do praxista luso, consideravam extraordinário o recurso de revista (v. págs. 353 e 349, respectivamente, das obras citadas em a nota n.º 15, *supra*); assim também RIBAS, *Consolidação das leis do processo civil*, 3.<sup>a</sup> ed., pág. 278). Não se teriam advertido, ao fazê-lo, de que a “revista” a que aludiam — a criada pela Constituição do Império, no art. 164, I — já não era a mesma “revista” de que falava P. E SOUSA, regulada no Livro III, Título XCV, das Ordenações Filipinas, e ao contrário desta não se interpunha para o monarca, mas para um órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal de Justiça, constituindo assim verdadeiro recurso, na acepção técnica da palavra (cf. HAMILTON DE MORAIS e BARROS, *A revista no sistema do Código de Processo Civil*, pág. 5). Forte luz profeta sobre o assunto este passo de SOUSA PINTO, *Primeiras linhas sobre o processo civil brasileiro*, vol. III, pág. 185: “A revista, que outrora era um recurso extraordinário, que se interpunha das sentenças de maior alçada para o Príncipe, é hoje, entre nós, por disposição do nosso Código Fundamental do Império, um recurso ordinário, que para o Supremo Tribunal de Justiça se interpõe das sentenças proferidas na segunda instância” (sem grifo no original). Mais ainda este outro de MORAIS CARVALHO, *Praxe forense*, t. III, pág. 24, nota 412: “Em outro tempo havia a diferença entre recursos ordinários e extraordinários; e como extraordinários eram considerados a revista e a queixa imediata ao Príncipe (...): a revista porém passou a ser um recurso ordinário; Constituição, art. 164; Carta de Lei de 18 de agosto de 1828; e a queixa ao Príncipe foi substituída pela queixa ao Poder Legislativo ou ao Executivo, e é garantido esse direito pela Constituição, art. 170, § 80; mas não pode ela ser considerada como recurso contra as decisões do poder judicial, que é independente; art. 151. Desta forma não há recursos extraordinários, excetuando o caso de revista de graça especialíssima sobre sentenças de presas,

se conclui, em suma, se exatas as nossas conjecturas, é que *todos* os recursos, propriamente ditos, entrariam no rol dos “ordinários”, pois aquêles a que outrora se chamava “extraordinários” não seriam, no sentido do direito processual, *recursos*.

Abstraindo-se dessa divergência terminológica, pode-se assim considerar tradicional em nosso direito a concepção segundo a qual a coisa julgada não se compadece com a recorribilidade *por qualquer via*. E, realmente, embora haja subsistido, na doutrina posterior, a classificação dos recursos em “ordinários” e “extraordinários”, entre as diversas perspectivas adotadas para estabelecer a diferença não é comum encontrar-se a que a vincula ao momento de constituição da *res iudicata* (18). À vista do art. 3.º, § 3.º, da antiga Introdução ao Código Civil — cujo teor hoje se reproduz, por força da reforma operada em 1957, no art. 6.º, § 3.º, da nova Lei de Introdução — tornou-se particularmente difícil sustentar, *de iure condito*, esquema classificatório que contraponha recursos obstativos e recursos não obstativos da coisa julgada: a norma legal não distingue, antes equipara, a tal respeito, *quaisquer* recursos (19).

proferidas no conselho supremo do Almirantado, que são concedidas pelo Governo” (grifamos). Se, pois, no direito anterior, era por interpor-se para o Príncipe que se negava à revista o efeito de obstar à coisa julgada, já sob o regime da Constituição Imperial, insubsistente esse motivo, teriam laborado em equívoco os que — como P. BATISTA, RAMALHO e RIBAS — continuavam a negar-lho. Assim se vê quão duvidoso é o suposto fundamento histórico da tese segundo a qual se teria de distinguir, *atinda no direito brasileiro*, entre recursos “ordinários” e “extraordinários” com fulcro no critério ligado à *res iudicata*: os chamados “recursos ordinários” esgotavam, em última análise, a categoria dos recursos *propriamente ditos*, de sorte que, a rigor, seria indifferente situar o trânsito em julgado no momento da preclusão dos “recursos ordinários” ou no da preclusão dos *recursos*, *tout court*.

(18) S. FAGUNDES, ob. cit., págs. 10/2, alinha três critérios discretivos, nenhum dos quais se prende ao tema da coisa julgada. Variando o ponto-de-vista de autor para autor, certos recursos, como a moderna revista e os embargos, ora se vêem catalogados entre os “ordinários”, ora entre os “extraordinários”; dessas flutuações e incertezas dá ampla notícia A. DE M. LIMA, *Sistema de normas gerais dos recursos civis*, págs. 157/9. Parte da doutrina prefere repelir pura e simplesmente a distinção: assim LIEBMAN, *Processo de execução*, 2.ª ed., pág. 54, que a tem por “desconhecida no sistema do Código de Processo Civil brasileiro” (cf., do mesmo autor, *Execução da sentença na pendência de recurso extraordinário*, in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, páginas 93/4); também L. E. DE B. VIDIGAL, *Execução de sentença na pendência de recursos de revista e extraordinário*, in *Direito Processual Civil*, págs. 217/8.

(19) Nesse sentido se manifesta a esmagadora maioria dos intérpretes: PAULO DE LACERDA, *Manual do Código Civil Brasileiro*, vol. I, 1.ª parte, página 209; CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil comentado*, 11.ª ed., vol. I, pág. 77; CARVALHO SANTOS, *Código Civil brasileiro interpretado*, 4.ª ed., vol. I, pág. 48;

8. Retomando o fio de nossas precedentes considerações, vale a pena insistir em que os meios de ataque às decisões judiciais ora são concebidos e regulados *como recursos*, ora *como ações*. A opção, de política legislativa, prende-se fundamentalmente a razões de conveniência, não sendo desprezível, como já se assinalou, a influência exercida, dentro de cada ordenamento, pelo pêsso dos resíduos históricos. Seja como fôr, uma vez feita, ela tem conseqüências relevantíssimas, que à dogmática não é lícito ignorar.

O que mais importa aqui, repita-se, é não ter pressa em transferir para o nosso sistema conceitos alienígenas de “recurso”, sem o cuidado de averiguar se os caracteres do instituto, no direito pátrio, coincidem ou não com os do outro sistema. Incluir entre os “recursos”, ainda com a ressalva de serem “extraordinários”, expedientes pelos quais se visa à eliminação da *res iudicata* é esposar

M. PEIXOTO, ob. cit., págs. 269/70; SERPA LOPES, *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, 2.ª ed., vol. I, págs. 288/9. Cf. LIEBMAN, nota n.º 4 às *Instit. de CHIOVENDA*, cit., vol. III, pág. 220. Contra, JOÃO LUIZ ALVES, *Código Civil anotado*, 3.ª ed., 1.º vol., pág. 53. Já anteriormente, JOÃO MONTEIRO, *Teoria do processo civil e comercial*, 3.ª ed., vol. III, pág. 217, sem aludir à dicotomia “recursos ordinários” — “recursos extraordinários”, ensinava haver *res iudicata* quando “a parte vencida ou não usou dos recursos legais ou por completo os esgotou” (grifamos). Também ALMÁQUIO DINIS, *Teoria geral do processo*, pág. 193, negava a ocorrência da coisa julgada se ainda cabíveis ou pendentes a revista e o recurso extraordinário, embora os qualificasse a ambos de “extraordinários”, mas “porque só se concedem em casos especiais” (pág. 203). O Anteprojeto ALFREDO BUZAD, consagrando nos termos mais explícitos a opinião já *de lege lata* sustentada por seu ilustre autor (v. a Exposição de motivos, n.º 16, *fine*, e, anteriormente, *Da ação renovatória*, páginas 481/2 e nota 8), a despeito de usar as expressões “ordinário” e “extraordinário”, não reconhece a existência de *res iudicata* enquanto a sentença esteja sujeita a *qualquer* recurso (art. 507). Assim é, igualmente, no direito alemão, onde se distinguem, com toda a nitidez, as figuras do recurso (*Rechtsmittel*) e da ação autônoma tendente à reabertura do processo encerrado (*Wiederaufnahme des Verfahrens*); esta, que pode revestir duas formas (*Nichtigkeitsklage* e *Restitutionsklage*), pressupõe a existência de decisão transitada em julgado (*Z.P.O.*), § 578: “Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurteil geschlossenen Verfahrens...”, ao passo que aquêla impede *sempre* a formação da coisa julgada (*Z.P.O.*, § 705). Cf. GOLDSCHMIDT, ob. cit., pág. 399; KISCH, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, pág. 308; ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. II, pág. 349; LENT, *Diritto Processuale Civile tedesco*, págs. 273, 292; NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, pág. 463 — onde não se deixa de consignar que o direito comum tinha do recurso mais amplo conceito, e não havia a diferenciação entre recursos ordinários (*ordentliche Rechtsmittel*) e extraordinários (*außerordentliche Rechtsmittel*), mas se acrescenta que a éstes correspondem hoje, ao menos em parte, as ações de revisão (*Wiederaufnahmeklagen*). É certo que a doutrina por vêzes ainda usa a expressão antiga: v., porém, já no século passado, a delimitação conceptual do *recurso* formulada com rigorosa precisão, em face do diploma de 1877, por WACH, *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil alemana*, pág. 267.

critério incompatível com o ordenamento brasileiro, a cuja luz tais expedientes, não se inserindo *no mesmo processo* em que surgiu a decisão, pura e simplesmente *não são recursos* — nem “ordinários”, nem “extraordinários”.

Se se faz questão de apor um rótulo genérico a *todos* os meios por que se podem atacar as decisões judiciais, use-se outra expressão, e caso necessário invente-se um *nomen iuris* novo, mais adequado. O de “recursos”, esse, no sistema jurídico sob que vivemos, positivamente não o é; que propriedade, com efeito, pode haver em denominar “recurso” — “extraordinário” que seja — um instituto a que não se apliquem os princípios e normas destinadas a reger, em geral, os recursos? (20)

9. Firmada a distinção entre *recurso* e ação de *impugnação*, com base no critério da *continuidade* ou *descontinuidade* processual, é oportuno reconhecer o fenômeno da interferência, ou — como já se dizia na fundamental tentativa de sistematização da matéria (21) — da “contaminação” entre as duas figuras. Esse fenômeno, explicável à luz da história dos institutos, diz respeito a aspectos para nós *acidentais* da questão, mas nem por isso é menos interessante.

Assim, se em regra o uso dos recursos pressupunha a validade da sentença como ato processual, servindo apenas para propiciar o reexame do seu conteúdo, ao passo que com as ações de impug-

(20) A. DE M. LIMA, por exemplo, ao fixar a definição de “recurso”, tem o cuidado de acentuar que ela “não atinge os remédios ou meios que, apesar de se dirigirem, também, contra uma decisão, dão ensejo à instauração de uma *nova relação processual* ou à *abertura de nova instância*, diferente ou diversa daquela que propiciou a decisão recorrida” (ob. ult. cit., pág. 128 — grifos do autor); e ainda acrescenta: “O único ponto de contacto é o da impugnação a uma decisão. Mas o fato de se processar na mesma ou em outra relação é *substancial para configurar o verdadeiro sentido de cada instituto*” (*ibid.* — aqui, sem grifo no original). No entanto, páginas adiante, tenta salvar a classificação dos recursos em “ordinários” e “extraordinários”, no sentido que lhe dá a doutrina européia predominante (v. págs. 147 e segs., sobretudo 155/64). As ressalvas terminológicas (“recursos em sentido lato” e “em sentido estrito” ou “recursos propriamente ditos”) que o autor se vê forçado a usar só fazem salientar o artificialismo da construção — que, acima de tudo, dilui, com graves inconvenientes teóricos e sem nenhuma vantagem prática, os contornos do conceito de *recurso*. A crítica análoga não escaparia JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, págs. 75/8.

(21) CALAMANDREI, *La Cas. Civ.* cit., t. II, págs. 220/2; cf., do mesmo autor, *Vícios de la sent.* ... cit., págs. 449 e segs. Na literatura brasileira, v. ao propósito P. DE MIRANDA, *Trat. da ação resc. cit.*, pág. 60; L. M. GUIMARÃES, ob. cit., págs. 49 e segs., especialmente 52.

nação se visava a invalidar decisões afetadas de *erros in procedendo* (22), no sistema do Código de Processo Civil é possível alegar, por via de recurso, *vícios de atividade*, e pedir na apelação, *v. g.*, não a *reforma*, senão a *anulação* da sentença (23). Reciprocamente, é lícito fundar a ação rescisória em motivo, como o do art. 793, I, *c.*, semelhante a um dos que tradicionalmente ensejariam a interposição do recurso extraordinário (24). Ademais, as pró-

(22) O texto é necessariamente esquemático, já que o tratamento *ex professo* da matéria nos obrigaria a derivar da rota traçada, com desvantagem para a unidade da exposição. É notório que no direito romano a inobservância das regras processuais importantes e, em casos excepcionais, o próprio *error in indicando* não precisavam ser denunciados nem através de recurso, nem por ação autônoma: determinavam pura e simplesmente a *nullidade* (ou antes, a *inexistência* jurídica), alegável a qualquer momento, da sentença. Aliás, a *appellatio* só veio a florescer, no período da *cognitio extra ordinem*, como meio de ataque contra a sentença injusta — não contra a processualmente defeituosa (embora RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, vol. I, págs. 24 e segs., ensine que às vezes o recurso era usado para obter a declaração de uma nulidade). Foi no direito intermédio, nos estatutos italianos, por influência dos elementos germânicos misturados aos de origem romana, que se julgou necessário criar, para a denúncia dos *erros in procedendo*, um remédio especial, a *querela nullitatis*, exercitável autonomamente. V., além da obra fundamental de CALAMANDREI, onde se encontra a exposição cumprida do processo evolutivo por que passaram, ao longo dos séculos, os institutos em foco (t. I da trad. esp., *passim*), excelentes resumos da matéria em LIEBMAN, nota n.º 4 às *Instit. de CHIOVENDA*, cit., vol. III, págs. 200/4, e em L. M. GUIMARÃES, ob. cit., págs. 50/1. São incontestáveis os pontos de contacto entre a *querela nullitatis* e a nossa ação rescisória, embora alguns neguem a continuidade da linha histórica: assim P. DE MIRANDA, ob. ult. cit., pág. 59, prefere descobrir no direito visigótico a origem da rescisória; no extremo oposto, escreve LIEBMAN, *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano, in Problemi del processo civile*, pág. 512, que entre nós “a *querela nullitatis* sobrevive col nome di azione rescisoria” (cf., do mesmo autor, a nota n.º 4 supracitada, e o trabalho sobre *Nulidade da sentença proferida sem citação do réu*, in *Estudos cit.*, págs. 184/5).

(23) Coerente com a sistemática do direito italiano, a doutrina peninsular discorre amplamente sobre a conversão dos motivos de invalidação em razões de recorribilidade: v., por exemplo, CARNELUTTI, *Istit.*, cit., vol. I, págs. 350 e segs.; *id.*, *Diritto e processo*, pág. 231; LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 2.ª ed., vol. I, pág. 221; SATTA, *Diritto Processuale Civile*, 6.ª ed., págs. 204, 329; JANGEN, *Diritto Processuale Civile*, 2.ª ed., págs. 378, 480/1; PROVINCIALI, *Sist. cit.*, pág. 17; *id.*, *Della imp. in gen. cit.*, págs. 15/6; GIUDICEAMBREA, ob. e vol. cit., págs. 36; ATTARDI, *La revocazione*, págs. 42 e segs.; CALAMANDREI, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente, in Riv. di Dir. Proc.*, 1951, vol. VI, parte I, págs. 112/3. Quanto ao direito francês, basta recordar o conhecido brocardo: *Voies de nullité n'ont pas lieu en France*.

(24) Constituições federais de 1891, art. 59, § 1.º, *a*; de 1934, art. 76, n.º 2, III, *a*; de 1946, art. 101, III, *a*. Já LIEBMAN, nota n.º 4 às *Instit. de CHIOVENDA*, vol. III, pág. 204, *fine*, observara a equivalência e dela inferira que esse caso de rescisória estava “provavelmente destinado a desaparecer com o tempo” (...), “à proporção que a legislação federal se estenda a todas as matérias importantes”. A nova Carta da República, no entanto,

prias formas procedimentais costumam apresentar pontos de contacto, valendo salientar a circunstância de que, em nosso direito vigente, a competência para o processo da rescisória é sempre deferida a um tribunal — no caso de sentença de primeira instância, ao mesmo tribunal a que competiria, em princípio, conhecer do recurso porventura cabível contra a decisão rescindenda.

10. Razões análogas àquelas por que não nos parece lícito alargar o conceito de *recurso*, para fazê-lo abranger êste ou aquêlê instituto que a lei não prevê nem disciplina como tal, logicamente nos impedem, por outro lado, de comprimi-lo em moldura mais estreita do que a armada pelo direito positivo, deixando de fora, mesmo *de lege lata*, figuras como a do recurso necessário ou *ex officio* (25) e a dos embargos de declaração (26). Não cabe discutir aqui se terá sido o melhor possível o tratamento dado pelo Código a essas matérias. Registraremos unicamente, no tocante aos embargos declaratórios, que na verdade nos parece preferível a orientação seguida pelo Anteprojeto, para os opostos às decisões de pri-

rompendo a tradição, limita, na letra a do art. 114, III, o cabimento do recurso extraordinário, com relação às leis ordinárias, às hipóteses em que a decisão lhes “negar vigência”; v. a respeito, *infra*, n.º 65, nota 74.

(25) Assim C. SANTOS, *Cód. de Proc. Civ. int. cit.*, vol. IX, pág. 288; DE P. E SILVA, *ob. cit.*, vol. V, pág. 125; G. DE RESENDE F.º, *ob. e vol. cit.*, pág. 103; L. DA COSTA, *ob. cit.*, vol. III, pág. 320; J. F. MARQUES, *Instit. cit.*, pág. 370; M. A. SANTOS, *ob. e vol. cit.*, pág. 100; A. DE M. LIMA, *Sist. cit.*, págs. 168 e segs.; A. BUZAD, *Da apelação ex officio*, págs. 45 e segs.; ELIEZER ROSA, *Dicionário de processo civil, verbete Apelação*, pág. 76; JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ, *Dos recursos no Código de Processo Civil*, págs. 119/20. Em sentido contrário, S. FAGUNDES, *ob. cit.*, pág. 133 e nota 9; menos explicitamente, J. AMERICANO, *Coment. cit.*, 4.º vol., pág. 12.

(26) Assim, sob o direito anterior, J. MONTEIRO, *ob. cit.*, vol. III, pág. 80, nota 8; depois do Código, AFONSO FRAGA, *Instituições do processo civil do Brasil*, vol. III, pág. 319; G. DE RESENDE F.º, *ob. e vol. cit.*, pág. 120; L. DA COSTA, *ob. e vol. cit.*, págs. 320/1; C. CARVALHO, *ob. cit.*, pág. 31 (v., porém, pág. 57); ODILON DE ANDRADE, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX, pág. 342. De acôrdo com o texto, S. FAGUNDES, *ob. cit.*, pág. 9, nota 5, a quem assiste razão quando diz que a teoria “se há de inspirar nos institutos processuais como se apresentam criados pelo legislador e consagrados pela tradição”, e ainda quando observa que, “se o pedido tem em mira pronunciamiento sobre ponto omissio, os embargos declaratórios se equiparam, em fundo, aos recursos infringentes”, pois “a decisão que provocam não é meramente esclarecedora da anterior, senão ampliativa”, e “por ela se inova o direito entre as partes, decidindo-se sobre matéria até então injulgada”. No mesmo sentido, P. DE MIRANDA, *Coment. cit.*, t. XII, págs. 109, 111; J. AMERICANO, *ob. e vol. cit.*, pág. 81; DE P. E SILVA, *ob. e vol. cit.*, pág. 278; J. F. MARQUES, *ob. e vol. ult. cit.*, págs. 279/80; M. A. SANTOS, *ob. e vol. cit.*, pág. 155; A. BUZAD, *Do agravo de petição*, 2.ª ed., págs. 155/6; P. B. MARTINS, *Rec. e proc. cit.*, pág. 361; J. C. DE O. E CRUZ, *ob. cit.*, págs. 361/2 e nota 1.

meiro grau, disciplinando-os no Capítulo VIII (“Da sentença e da coisa julgada”) do Título VIII; injustificável é que se dê enquadramento sistemático diverso ao *mesmo* remédio, considerado *como recurso* (Capítulo V do Título X) quando vise a pronunciamento de instância superior.

No sistema vigente, porém, só em nome de princípios apriorísticos, inadmissíveis no assunto, poderia negar-se, a uma e outra figura, lugar entre os recursos. A ambas, sem dúvida, e principalmente ao recurso *ex officio*, são inaplicáveis algumas das regras gerais atinentes ao tema. Isso, contudo, ocorre também, às vezes, com outras figuras recursais: assim, o cânon da uni-recorribilidade não exclui, em virtude de norma expressa, a interposição simultânea da revista e do recurso extraordinário (Código de Processo Civil, art. 808, § 2.º). Em tudo aquilo que não seja objeto de disciplina especial, consagrada na lei ou dessumível do seu sistema o recurso necessário e os embargos de declaração têm a sorte dos recursos, *in genere*. Veja-se o caso do primeiro, de que com mais freqüência se contesta a natureza recursal: é verdade que não está sujeito a prazo, nem a preparo, nem a deserção, e não enseja sustentação oral perante o juízo *ad quem*; mas tem — o que muito mais importa — os efeitos característicos, devolutivo e suspensivo (27); o procedimento não discrepa, com aquelas ressalvas, do modelo comum; a decisão que se profira na instância superior será recorrível nos mesmos termos em que o seria se voluntário o recurso.

11. De tudo que até aqui se expôs, é possível tirar elementos suficientes para a determinação do conceito de *recurso*, no processo civil brasileiro. A nota que mais ressalta, na maneira comum de conceber o instituto, é a da impugnação a uma decisão; torna-se difícil, entretanto, construir o recurso necessário como auto-impug-

(27) Salvo, quanto a êste, se a lei expressamente o exclui: *v.g.* Lei n.º 1.533, art. 12, parágrafo único. Cf. G. DE RESENDE F.º, *ob. e vol. cit.*, pág. 103; J. F. MARQUES, *ob. e vol. ult. cit.*, pág. 368; S. FAGUNDES, *ob. cit.*, págs. 193/5; A. DE M. LIMA, *ob. ult. cit.*, págs. 176/8; A. BUZAD, *Da apel. ex off. cit.*, pág. 58. Contra, P. B. MARTINS, *ob. ult. cit.*, págs. 205/8, para quem a apelação *ex officio*, nos mesmos casos que a voluntária, tem apenas o efeito devolutivo. No sentido do texto a jurisprudência predominante: v., por exemplo, os acórdãos do T. J. de Minas Gerais, em 19-6-1950, *apud* A. DE PAULA, *ob. cit.*, vol. XVII, pág. 2.323, n.º 26.335; do T. J. de São Paulo, em 21-1-1949, *Rev. dos Trib.*, vol. 178, pág. 678.



nação formulada pelo juiz, e tanto mais quando se considera que a interposição, aí, se reputa feita *ex vi legis*, embora acaso omitida, na sentença, a sua expressão formal (28). Além disso, o caráter impugnativo não basta, de qualquer modo, para singularizar o recurso, pois já vimos que as decisões, em certos casos, podem também ser impugnadas por meio de *ações autônomas*. Cumpre frisar o traço distintivo daquele em face destas, que é o de inserir-se *no mesmo processo*.

O fim a que visa o recurso é a provocação de *novo pronunciamento judicial*. Nem sempre sobre matéria já efetivamente apreciada: nos embargos declaratórios de ponto *omisso* quer-se obter um *quid novi*. Ademais, a lei por vezes admite, pôsto que a título excepcional, a arguição, na instância superior, de questões não suscitadas perante o órgão *a quo* (29). É certo que, nesta última hipótese, não há verdadeira ampliação do objeto do *juízo*: o que se dilata é apenas a área lógica do debate; mas o *thema decidendum*, no órgão *ad quem*, ainda que à luz de *novas razões*, é aquêle mesmo que já se enfrentara na instância inferior. Em todo caso, merece aqui ser levada em conta a possibilidade de utilizar-se o recurso contra vício processual da decisão: é lícito, *v. g.*, ao apelante pleitear a anulação da sentença por motivo concernente à *forma* como foi proferida; ora, a êsse respeito não chegou a pronunciar-se, nem poderia fazê-lo, o órgão *a quo*.

Deixando de lado aspectos contingentes, acidentais, pode-se enfim conceituar recurso, no quadro do processo civil pátrio, como o remédio tendente a provocar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de uma decisão judicial.

(28) C. SANTOS, *ob. e vol. ult. cit.*, pág. 284; O. DE ANDRADE, *ob. e vol. cit.*, pág. 162; J. F. MARQUES, *ob. e vol. ult. cit.*, págs. 366/7; S. FAGUNDES, *ob. cit.*, págs. 129/130; P. B. MARTINS, *ob. ult. cit.*, pág. 203; A. DE M. LIMA, *ob. ult. cit.*, pág. 178; A. BUZARD, *ob. ult. cit.*, pág. 53; J. C. DE O. E CRUZ, *ob. cit.*, págs. 120/1. Na jurisprudência, vejamos, a título exemplificativo, os seguintes acórdãos: do T. J. do ex-Distrito Federal, em 51-1-1950, *apud* A. DE PAULA, *ob. cit.*, vol. XVII, pág. 2.323, n.º 26.333; em 19-6-1956, *id.*, vol. XXI, pág. 1.358, n.º 29.970-B; do T. J. de São Paulo, em 20-11-1950, *id.*, vol. XVII, pág. 2.829, n.º 26.361; do T. J. de Minas Gerais, em 19-6-1950, *ibid.*, pág. 2.323, n.º 26.335; em 27-3-1950, *ibid.*, pág. 2.328, n.º 26.357; em 5-11-1959, *id.*, vol. XXVI, pág. 2.193, n.º 33.423-A; do T. J. de Santa Catarina, em 9-4-1956, *ibid.*, pág. 2.196, n.º 33.424-A; em 16-4-1956, *ibid.*, págs. 2.196, n.º 33.424-B.

(29) Código de Processo Civil, art. 824, § 1.º; cf. L. M. GUIMARÃES, *ob. cit.*, págs. 63/9.

## CAPÍTULO II

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E JUÍZO DE MÉRITO  
NO RECURSO: DISTINÇÃO

12. Em sistema jurídico como o nosso, fiel ao princípio da iniciativa de parte (*ne procedat iudex ex officio*) (1), todo processo tem seu ponto de origem numa demanda, nasce em virtude do ajuizamento de um pedido. No processo de conhecimento, o alvo a que normalmente tende a atividade desenvolvida pelo órgão judicial e pelas partes — para não falarmos de outras pessoas cuja participação é eventual — consiste exatamente na apreciação desse pedido, no seu acolhimento ou rejeição, por meio de sentença que, trânsita em julgado, formule em caráter definitivo a regra jurídica concreta para o caso.

Na realidade, porém, as coisas não se passam de maneira tão simples como se poderia supor. Com o intuito de assegurar, na medida do possível, que o pronunciamento a ser emitido tenha conteúdo justo, preocupa-se a lei em regular o modo pelo qual êle há de surgir, e cerca de inúmeras cautelas o funcionamento do mecanismo destinado a produzi-lo. Por outro lado, como êsse mecanismo — a que as exigências sempre crescentes da vida social acabaram impondo estrutura complexa e de dispendiosa manutenção — não pode ficar à mercê de veleidades e caprichos irrelevantes, mas só deve pôr-se em movimento quando não houver dúvidas sobre a utilidade e a necessidade de semelhante gasto de energias, cria também a lei restrições de outra ordem, fixando certos requisitos sem cuja satisfação não é lícito esperar-se o pleno desenvolvimento da atividade processual: ela fica sujeita a ver-se interrompida sem atingir a sua natural consumação.

13. A essa dupla preocupação corresponde, como é notório, a fixação de duas séries de normas, a primeira relativa aos pressupostos de existência e de validade do processo, a segunda às con-

(1) Referimo-nos, é claro, ao processo civil: no terreno penal, há o artigo 581 do respectivo Código ("O processo das contravenções terá forma sumária, iniciando-se pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público"), e agora a Lei n.º 4.611, de 2-4-1965, que manda aplicar o dispositivo transcrito nos casos de processo-crime por homicídio culposo ou lesões corporais culposas.

dições sem as quais não se pode legitimamente exercer o direito de ação. T tamanha importância atribui o ordenamento a semelhantes normas, que, na hipótese de sua inobservância, prefere recusar ao órgão judicial a possibilidade de manifestar-se sobre o pedido formulado, seja para acolhê-lo, seja para rejeitá-lo. Usando a expressão consagrada, diz-se, em casos tais, que o juiz fica impedido de julgar o mérito da causa (2).

As questões atinentes a esses requisitos configuram-se, assim, como *preliminares ao conhecimento do mérito* (3). Antes de apurar quem tem razão, se o autor ou o réu, antes de verificar a *procedência* ou a *improcedência* da demanda, precisa o órgão judicial, como etapa indispensável de sua atividade cognitiva, proceder a uma investigação prévia sobre a viabilidade daquele exame. Respondendo a essa indagação no sentido positivo, passará ao julgamento *de meritis*; do contrário, dando pela falta de um (ou mais de um) dos aludidos requisitos, limitar-se-á a declarar *inadmissível* a apreciação do pedido.

14. Não é homogênea a natureza dessas questões preliminares. Sob certo ponto-de-vista, pode até variar substancialmente: algumas são regidas pelo direito processual, outras — como as referentes à *legitímatio ad causam* — o são pelo direito material. Na perspectiva aqui adotada, pouco importa essa diversidade: todas elas têm um denominador comum, que é o serem necessariamente enfrentadas antes da questão principal, e, se resolvidas em determinado sentido, obstarem à solução desta.

Por esse prisma, justifica-se a consideração unitária de semelhantes questões. Elas constituem, no seu conjunto, o objeto de um juízo logicamente anterior àquele que incide sobre o pedido mesmo, o objeto daquilo a que se pode chamar *juízo de admissibilidade* (4). Tal juízo será *positivo* quando estiverem preenchidos todos os requisitos previstos na lei, quer para a válida constituição e desen-

(2) Cf., por todos, LIEBMAN, *Curso cit.*, pág. 46.

(3) L. M. GUIMARÃES, *Carência de ação*, pág. 15, emprega a expressão com referência à questão da *legitímatio ad causam*. Mas parece inteiramente razoável e conforme ao espírito da lição dar-lhe a aceção *genérica* em que a usa o texto. Quanto à qualificação de "preliminares", que a doutrina predominante costuma atribuir a todas as questões estranhas ao *meritum causae*, é também aceitável, aí, por quem prefira, como nós, reservar a denominação para as questões cuja solução pode criar ou remover um empecilho à solução de outras (v. nosso trabalho citado em a nota 9, n.º 5, *supra*, págs. 28 e segs.).

(4) J. F. MARQUES, *Instit. cit.*, vol. III, págs. 274/6, 280/2, 287 e segs.

volvimento da relação processual, quer para o exercício legítimo da ação; nessa hipótese, o processo alcançará o alvo normal, mediante a prolação de sentença definitiva. Desatendido um ou mais daqueles requisitos, o órgão judicial proferirá juízo *negativo* de admissibilidade, ou juízo de *inadmissibilidade*, abstendo-se de tocar no *meritum causae*. A decisão correspondente poderá, então, assumir diferentes modalidades, conforme o obstáculo encontrado se situe no plano meramente processual, ou no das chamadas "condições da ação", ocorrendo neste último caso a figura a que se costuma dar, entre nós, o *nomen iuris* de "carência de ação" (5).

15. A formulação adotada nas páginas anteriores corresponde às características da chamada "jurisdição contenciosa", única em que se aperfeiçoam, no consenso da melhor doutrina, os traços essenciais da atividade propriamente jurisdicional (6). No tocante aos processos comumente denominados de "jurisdição voluntária" ou "graciosa", não há que falar de ação, nem sequer, para alguns autores, de processo, no sentido de *relação jurídica processual* (7), e a atividade do órgão judicial não tende à formulação de regra jurídica concreta para disciplinar o caso, mas tão somente à emissão de pronunciamento mercê do qual se realize ou se negue a integração de ato que conserva, na substância, natureza *negocial* (8).

(5) L. M. GUIMARÃES, *ob. ult. cit.*, *passim*, especialmente págs. 12 e segs.; J. F. MARQUES, *ob. e vol. ult. cit.*, pág. 287; M. A. SANTOS, *ob. cit.*, vol. II, pág. 200; A. BUZAD, *Do agravo de petição*, 2.ª ed., pág. 138.

(6) Impossível, nos estreitos limites de uma nota, discutir o problema da natureza da chamada "jurisdição voluntária", ou sequer arrolar a extensa bibliografia referente ao assunto. Únicamente assinalaremos a predominância avassaladora, na moderna literatura nacional e estrangeira, da tese a que aderimos, e que nega caráter *jurisdicional* a tal atividade, preferindo deslocá-la para o âmbito da função administrativa; assim, *v.g.*, para nos cingirmos à doutrina brasileira, L. M. GUIMARÃES, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, págs. 16/7; G. DE RESENDE F.º, *ob. cit.*, vol. I, pág. 108; L. DA COSTA, *ob. cit.*, vol. I, pág. 55; *id.*, *A administração pública e a ordem jurídica privada*, págs. 63 e segs.; J. F. MARQUES, *Instit. cit.*, vol. I, págs. 323 e segs.; *id.*, *Ensaio... cit.*, págs. 74 e segs.; M. A. SANTOS, *ob. cit.*, vol. I, págs. 106/7; L. E. DE B. VIDIGAL, *Do mandado da segurança, in Dir. Proc. Civ.*, cit., pág. 39; S. FAGUNDES, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 3.ª ed., pág. 49.

(7) J. F. MARQUES, *Ensaio... cit.*, pág. 298: "Na jurisdição voluntária, não há processo, e sim, procedimento". No mesmo sentido, L. DA COSTA, *A adm. públ. ... cit.*, pág. 96.

(8) LIEBMAN, *Curso cit.*, pág. 17. Como é notório, CARNELUTTI, na última fase de sua extraordinária carreira de escritor, fundava na noção de "*affare*" a construção do "*processo voluntário*": *v. Instit. cit.*, vol. I, pág. 17; *Dir. e proc. cit.*, pág. 63.

Seja como fôr, não parece impossível aproveitar o esquema acima traçado, com as necessárias retificações, para descrever, aqui também, o funcionamento do mecanismo a que se confia essa tarefa de “administração pública de interesses privados”, e que é o mesmo — nas espécies de que estamos tratando — incumbido de exercer a jurisdição. Com efeito, embora não haja, em sentido técnico, *demand*, que se tenha de julgar procedente ou improcedente, há, em todo caso, um *pedido* a que o juiz atenderá ou não, conforme estejam ou não satisfeitos os requisitos indispensáveis para a sua anuência. Por outro lado, é óbvio que não se reconhece a *qualquer pessoa* qualidade para requerer pronunciamento dêsse gênero, devendo-se entender — até por amor ao princípio da economia processual — que o órgão judicial fica dispensado de ir ao fundo da questão se quem o provoca não está entre os legalmente habilitados a fazê-lo. Enfim, ainda na “jurisdição voluntária” não se poderia afastar a exigência de que a atividade em juízo se desenvolva regularmente, com observância de formalidades que constituem ou devem constituir, acima de tudo, garantia de boa solução.

16. Destarte, nesses feitos, substancialmente se verifica análoga distribuição, por três planos distintos, da matéria sujeita à apreciação do juiz: tem êle de controlar a regularidade procedimental, de verificar se estão preenchidos os requisitos de viabilidade do requerimento e, afinal, manifestar-se sôbre o conteúdo dêsse. No primeiro plano situam-se questões correspondentes àquelas que, na verdadeira jurisdição, dizem respeito aos pressupostos processuais; às que se inscrevem no segundo não se negará semelhança com as relativas às chamadas “condições da ação”; no terceiro, finalmente, defronta-se o órgão judicial com algo que de certo modo se equipara ao mérito da causa contenciosa (9). E aqui também se pode dizer que as duas primeiras ordens de questões são *preliminares* em relação ao conhecimento do pedido.

Pouco importam, sob o ângulo em que neste momento nos colocamos, as sensíveis diferenças estabelecidas pela lei, no concernente à forma pela qual o juiz há de apreciar essas várias classes

(9) V. a respeito J. F. MARQUES, *Instit. cit.*, vol. IV, pág. 201, nota 112; *id.*, *Ensaio...* cit., págs. 305/6; L. DA COSTA, *ob. ult. cit.*, pág. 139. Na literatura italiana, FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, págs. 74 e segs., discorre minuciosamente sôbre a *legittimação* e o *interesse* para requerer providências dêsse gênero.

de questões, entre os processos de uma e de outra natureza. Na “jurisdição voluntária”, o procedimento é bem menos marcado pela preocupação da *ordem* na solução das questões, as linhas são mais frouxas, o conjunto não se deixa reduzir com tanta facilidade a um perfil de desenho nítido. De processo para processo, aliás, a disciplina reveste feições variadas, para atender às peculiaridades da matéria. De qualquer maneira, porém, a distinção, no fundo, subsiste, pelo menos do ponto-de-vista lógico; e a prova disso é a possibilidade de ocorrerem, também aqui, decisões “definitivas” e decisões “terminativas”, que encerram a atividade judicial *sem chegarem a apreciar o pedido* (10) — exatamente porque resolvem no sentido negativo uma das preliminares a que acima se aludiu.

17. Assim como a instauração do processo tem por fim levar o pedido à apreciação do órgão judicial, a interposição do recurso visa a suscitar, do mesmo ou de outro órgão, nôvo pronunciamento. Aqui, como ali, existe algo a cujo respeito se espera uma decisão. A analogia é patente, e não a turva a circunstância de que, no primeiro caso, a provocação se fundamenta em fato exterior e anterior ao processo, ao passo que no segundo ela tem origem *já processual*, encontrando sua *ratio essendi* no próprio ato recorrido (11).

Uma vez que com o recurso não se constitui processo distinto, mas apenas se prolonga o mesmo processo que até aí vinha fluindo, poderia parecer que a atividade cognitiva do juízo *ad quem* devesse necessariamente tender ao exame do mesmo objeto a que se visava no juízo *a quo*. Assim não ocorre, na realidade; êsse ponto, já afiorado no Capítulo I, é assaz relevante, e a êle teremos ocasião de

(10) J. F. MARQUES, *Instit.*, vol. e pág. ult. cit.; *id.*, *Ensaio cit.*, pág. 306.

(11) A origem *processual* do poder de recorrer é enfaticamente acentuada por parte da doutrina, que nela vê um argumento, entre outros, para sustentar a *autonomia* dêsse poder em relação ao direito de ação que se vem exercendo através do processo; v. por exemplo, PROVINCIALI, *Sist. cit.*, págs. 93/4; *id.*, *Delle imp. in gen. cit.*, págs. 71/8; DEL POZZO, *Le impugnazioni penali*, pág. 187; LEONE, *ob. cit.*, págs. 70/1; PEDOTE, verbete *Impugnazioni (diritto processuale civile)*, in *Encicl. For.*, vol. IV, pág. 271; em certa medida, ATTARDI, *L'int. ad agire cit.*, pág. 288 e nota 16. A corrente majoritária prefere situar o poder de recorrer como uma *faculdade* compreendida no direito de ação, ou — com variedade de matizes terminológicos — como um aspecto, elemento ou forma particular de manifestação daquele direito: assim U. ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, pág. 252; *id.*, *Tratt. cit.*, vol. I, pág. 371; ZANZUCCHI, *Delle impugnazioni in generale*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. XVIII, 1941, parte I, pág. 306; *id.*, *Dir. Proc. Civ. cit.*, vol. II, pág. 182; JÄGER, *ob. cit.*, pág. 479; CARNELUTTI, *Dir. e proc. cit.*, pág. 280; DE MARSECO, *Lezioni di Diritto Processuale Penale*, 3.<sup>a</sup> ed., pág. 245.

voltar mais de espaço. Por ora, basta assinalar que o recorrente, por vêzes, fixa limites mais estreitos ao conhecimento judicial na nova fase do processo (12); que a própria lei, em certos casos, estabelece tal limitação; que nalgumas hipóteses se suscita, através do recurso, debate sobre matéria não apreciada na precedente etapa. Ademais, em sistemas como o nosso, que admitem a recorribilidade de decisões interlocutórias, a controvérsia na instância recursal pode versar substancialmente sobre questão resolvida, na anterior, como simples preliminar à decisão definitiva.

18. De qualquer modo, é inegável o fundamental paralelismo. No recurso, como na instância inferior, ressalta uma questão (ou um conjunto de questões) a cuja apreciação se dirige a atividade desenvolvida pelo órgão judiciário.

Mas, para que se possa atingir semelhante alvo, aqui também é indispensável a satisfação de determinados requisitos. É perfeitamente se compreende que assim seja. Se, a fim de permitir o julgamento de uma demanda, cria a lei exigências e restrições, estranhável seria que usasse de maior liberalidade quando se trata da emissão de *novo* pronunciamento. De um lado, o fato de *já existir* decisão reforça naturalmente as considerações acêrca da inconveniência de um funcionamento supérfluo do mecanismo judiciário, com todo o dispêndio de energias que implica; de outro, se êsse trabalho suplementar se justifica pela finalidade de *contrôle* a que serve, é claro que, *a fortiori*, não se podem dispensar aqui as cautelas de forma julgadas necessárias para assegurar, tanto quanto possível, a correta valoração da espécie.

Em relação ao recurso, pois, há de abrir-se ao órgão judicial — do mesmo modo que se abre quanto ao pedido originário — oportunidade para verificar se estão reunidos os pressupostos do pleno exercício da sua atividade. No caso, ela se consumará normalmente com a prolação de outro ato decisório, que incida sobre o objeto próprio da nova fase processual. Êsse objeto é demarcado, no recurso voluntário, pelo pedido de rejuízo, salvo naquilo em que

(12) Em atenção a essa circunstância, escreve LEONE, ob. cit., pág. 106, que "l'oggetto del c.d. rapporto processuale d'impugnazione si identifica, almeno qualitativamente, coll'oggetto del procedimento di prima cognizione"; cf. ALLORIO, ob. cit., pág. 336; ATTARDI, ob. ult. cit., pág. 288. O ensinamento, ainda com a cláusula restritiva por nós grifada, é inaceitável para o direito brasileiro. V. abaixo, cap. III, ns. 27 a 29.

porventura ultrapasse os lindes traçados na lei; no recurso necessário, pelas dimensões do efeito devolutivo operado *ex vi legis*. A êle, porém, só se poderá chegar depois de superadas as questões preliminares ao seu exame.

19. Assim, a atividade cognitiva do órgão judicial, com referência ao recurso, igualmente se vê solicitada em dois níveis distintos: um em que se situa a controvérsia de fundo — coincidente ou não com a agitada na instância inferior —, e outro em que se apura a existência ou inexistência dos requisitos necessários para a apreciação da mencionada controvérsia. Êste plano é, *ao menos logicamente*, anterior àquela, e há sempre a possibilidade de que o conhecimento se detenha no primeiro crivo, sem passar ao segundo; tal como se alude ao princípio da inadmissibilidade das ações inviáveis (13), pode-se aqui aludir ao *princípio da inadmissibilidade dos recursos inviáveis*.

É irrelevante, do ponto-de-vista em que agora nos colocamos, a diversidade formal acaso estabelecida pelo direito positivo para a verificação daquelas condições, numa e noutra instância. Bem pode suceder que, na primeira, o ato em que o juiz as aprecia se revista de maior solenidade, desenhe na silhueta do processo uma saliência mais perceptível — e é o que na verdade sucede, em regra, entre nós. Pode ocorrer até que, na instância recursal, essa apreciação não precise corporificar-se em ato formalmente diferenciado, ou sequer importar declaração explícita: tôda vez que o julgador toca no conteúdo mais íntimo do recurso, deve entender-se que respondeu no sentido positivo, ainda que implicitamente, à indagação sobre a presença dos requisitos de viabilidade. É óbvio que, em perspectiva *lógica*, a distinção será sempre possível.

Tudo isso se pode exprimir de maneira sintética dizendo que, também no tocante ao recurso, cumpre estremar, na atividade cognitiva do órgão judicial, dois juízos perfeitamente caracterizados: o *juízo de admissibilidade* e o *juízo de mérito* (14). Aquêle será

(13) L. M. GUIMARÃES, *Car. de ação* cit., pág. 20, que o reporta ao "amplo princípio da economia processual". Assim também, quanto à inadmissibilidade do recurso, MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile*, pág. 207; PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, vol. 1, pág. 510.

(14) Já nas *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. IV, pág. 187, expunha CARNELUTTI: "La ammissione del gravame consiste nell'accertamento dei presupposti, ai quali la legge subordina la possibilità di mutamento della decisione di primo grado". Sobre a distinção entre os dois juízos e seu

*positivo*, se concorrerem todos os pressupostos exigíveis para a emissão do novo pronunciamento requerido, ou impôsto pela lei; será *negativo* na hipótese de faltar um (ou mais de um) desses pressupostos. No primeiro caso, está em princípio aberta a via para o juízo de mérito; no segundo, fica ela preclusa.

20. A linguagem tradicional do fóro não ignora tal distinção. Nossa prática judiciária de há muito consagrou as expressões “conhecer” ou “não conhecer” do recurso, de um lado, e “dar provimento” ou “negar provimento”, de outro.

Nessa dupla alternativa fielmente se espelha o teor do fenômeno que estamos analisando. Quando o órgão judicial resolve *conhecer* do recurso, profere juízo *positivo* de admissibilidade; quando resolve dêle *não conhecer*, profere juízo *negativo* de admissibilidade (ou juízo de *inadmissibilidade*). Em *conhecendo* do recurso, tem o órgão de julgá-lo *no mérito*: caso se convença de que o recorrente *tem razão*, ou de que a matéria devolvida *ope legis* não foi corretamente apreciada pelo juízo *a quo*, dá-lhe provimento; na hipótese contrária, nega-lhe provimento. Semelhante decisão corresponde à de *procedência* ou *improcedência* da demanda.

Freqüentemente, repita-se, a preliminar não se põe de maneira explícita: o juízo *ad quem* declara provido ou desprovido o recurso sem antes pronunciar-se, *expressis verbis*, sobre a questão da admissibilidade. Mas é claro que, se deu ou negou provimento, é por-

caráter necessário, v. SCHÖNKE, *Derecho Procesal Civil*, pág. 300; ROSENBERG, *Trat. cit.*, t. II, pág. 359; LENT, *ob. cit.*, pág. 275; PROVINCIALI, *Sist. cit.*, págs. 59/60, 347, 349; *id.*, *Delle imp. in gen. cit.*, págs. 157 e segs.; 217, 268; LEONE, *ob. cit.*, págs. 91/2, 124, 128/9, 151; DEL Pozzo, *ob. cit.*, pág. 395; *id.*, *verbete Impugnazioni (diritto processuale penale)*, in *Noviss. Dig. Ital.*, volume VIII, pág. 432 (segundo este autor, que obviamente se refere ao direito positivo do seu país, a “estrutura bifásica” é o “caráter essencial e distintivo da relação processual de recurso”); PETRELLA, *ob. e vol. cit.*, pág. 538; PODERFI, *Tratado de los recursos*, págs. 26/7, 143; J. F. MARQUES, *Instit. cit.*, vol. IV, págs. 50/1; A. BUZAI, *Do agr. de pet. cit.*, pág. 158. Em termos amplos, DELOGU, *Contributo alla teoria dell'inammissibilità nel diritto processuale penale*, pág. 27: “Ecco, dunque, come nell'attività del giudice si possono riscontrare due fasi fra loro sempre idealmente staccate, anche se all'atto pratico tale distacco sfuma. L'una diretta al controllo delle condizioni per la pronuncia del merito, l'altra diretta alla risoluzione del problema di merito. *Attività logicamente distinte* che rappresentano appunto l'esercizio del potere-dovere che il giudice ha nel rapporto processuale” (sem grifo no original). Também de modo genérico, aludindo às “*peticiones*” (entre as quais se incluem os recursos), GOLDSCHMIDT, *Teoria general del proceso*, págs. 108 e segs., esp. 111/2: “Como la admisibilidad de una petición es su calidad de satisfacer las condiciones de las cuales depende la averiguación de su contenido, es natural que la admisibilidad ha de comprovarse antes de examinar si la petición es fundada”.

que, num caso e noutro, conheceu do recurso. Aquêl pronunciamiento, sob o prisma lógico, pressupõe necessariamente êste. Não há figura recursal em que não seja possível, com alguma atenção, reconhecer o esquema típico: ainda no recurso *ex officio*, em relação ao qual fica bastante simplificada, sob alguns aspectos, a verificação preliminar, podem surgir questões concernentes à admissibilidade — por exemplo, se o disposto no art. 822, parágrafo único, inciso III, só se aplica às sentenças *definitivas*, ou também às que julguem *carecedora de ação* a pessoa de direito público, e às que absolvam da instância a parte contrária.

21. Longe de interessar unicamente do ponto-de-vista teórico, a distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito possui relevantes conseqüências práticas. A afirmação será abundantemente ilustrada pelas considerações que se hão de desenvolver nos capítulos subseqüentes. Em todo caso, é de inteira conveniência que desde já se acentuem alguns pontos:

a) Muitas vêzes, a lei defere a órgão diverso daquele a que se endereça o recurso, pôsto que em caráter *provisório*, competência para examinar-lhe a admissibilidade. É absolutamente necessário que bem se distinga entre o objeto desse juízo preliminar e o objeto do juízo de mérito, para evitar a invasão, por um órgão, do campo competencial reservado ao outro.

b) O sistema jurídico pode estabelecer, nos vários casos, que seja por sua vez recorrível apenas a decisão sobre a admissibilidade, ou apenas a decisão *de meritis*; ou que sejam ambas recorríveis, mas por meios diferentes. Impende saber, em cada hipótese, se o que se decidiu foi preliminar ou mérito: são às vêzes desastrosas as confusões oriundas da desatenção do interessado e da técnica nem sempre muito rigorosa em que se vazam as decisões judiciais.

c) Divergem fundamentalmente, num item tão importante como o da sua repercussão quanto à coisa julgada, as hipóteses de encerramento do processo, na instância recursal, por *não-conhecimento* ou por *desprovimento* do recurso. Como oportunamente se esclarecerá, os efeitos produzidos pelo juízo de inadmissibilidade são a êsse respeito, bem diferentes dos produzidos pelo juízo, ainda desfavorável, de mérito.

d) Tal diferença, por sua vez, repercute na questão do prazo para a propositura da eventual ação rescisória: se o termo inicial

se determina pelo momento de formação da *res iudicata*, variando este, necessariamente varia aquêle.

e) Ainda no tocante à hipótese de rescisão do julgado, a influência da distinção faz sentir-se noutro aspecto relevante: o da competência para o processo da rescisória, que pode não caber ao mesmo órgão no caso de ter-se negado provimento ao recurso e no de não se ter conhecido dêle.

22. Essa importância prática da distinção torna legítima, e até necessária, certa insistência no tópico, mesmo porque a tarefa de distinguir nem sempre oferece o mesmo grau de facilidade. Depende este do critério esposado pela lei para demarcar o âmbito próprio de cada recurso.

Realmente, às vezes ela se contenta com a referência, genérica ou específica, ao tipo de decisão que se quer impugnar, sem nenhuma alusão aos possíveis fundamentos da impugnação; é o que se dá, por exemplo, no sistema do Código de Processo Civil, com a apelação e os agravos de petição, de instrumento e (com ressalva da hipótese prevista no art. 851, II, 2.<sup>a</sup> parte) no auto do processo. Para as duas primeiras figuras, a referência é genérica: apontam-se duas classes de decisões (definitivas e terminativas), a cada uma das quais corresponde, respectivamente, um ou outro recurso; quanto ao agravo de instrumento e ao agravo no auto do processo, a indicação é casuística, por espécies, e não por gêneros de decisões, conquanto, nesta ou naquela hipótese, se tenha de reconhecer certa plasticidade de contornos.

Noutros casos, porém, o esquema legal reporta-se a um fundamento, a uma razão de recorrer, que se resolve em determinado tipo de erro supostamente ocorrido no julgamento anterior, do qual se vai pedir a correção ao juízo *ad quem*; assim acontece numa das tradicionais hipóteses de recurso extraordinário, a da letra *a* dos dispositivos que, nas várias Constituições da República, têm versado a matéria. Com efeito: desprezando a menção à lei federal ordinária, cujo entendimento se tornou polêmico em virtude da mudança de redação introduzida pelo legislador constituinte de 1967 (15), e concentrando a nossa atenção na referência ao próprio texto constitucional, é fácil verificar que, quando a norma fala

(15) V. acima, n.º 9, nota 24, *fine*, e abaixo, n.º 65, nota 74, e n.º 109 — nota 17.

em decisão *que o contrarie*, não se está cingindo, em absoluto, a acrescentar ao requisito típico comum (decisão de “única ou última instância”, proferida “por outros tribunais ou juizes”) mais um traço descritivo, peculiar a determinada classe de decisões. Isso ela o faz, de maneira muito característica, na letra *d*: a decisão, sobre ser de única ou última instância, e proferida por outro tribunal ou juiz, precisa ser também divergente, quanto à interpretação da lei, de outra decisão de qualquer tribunal. Repare-se que, aqui, há mera descrição, axiológicamente neutra: a regra constitucional não implica valoração alguma da decisão recorrível, que pode muito bem ter divergido *com acerto* da apresentada como paradigma. Ali, inversamente, a referência à *contradição* entre a decisão e o preceito constitucional já envolve *juízo de valor*, pois é obviamente injurídica a decisão contrária à Lei Maior.

Em outras palavras: na letra *a*, o dispositivo não se satisfaz em descrever uma classe de decisões atacáveis por meio do recurso extraordinário; antes caracteriza o tipo de erro invocável como fundamento dêle. E como se, ao tratar da apelação, tivesse o Código redigido assim o art. 820: “Salvo disposição em contrário, caberá apelação das decisões definitivas de primeira instância *que apreciarem mal a prova ou aplicarem erroneamente a lei*”.

23. Salta aos olhos a diferença. Quando a norma se cinge a isolar o tipo de decisão impugnável por determinado recurso, põe apenas uma condição para que o órgão *ad quem* possa examinar a matéria e apurar se assiste ou não razão ao recorrente. Firma, destarte, um pressuposto do *juízo positivo de admissibilidade*. Quer isso dizer que, não havendo outro empecilho ao pleno desenvolvimento da atividade judicial na instância superior, a coincidência da decisão recorrida com o modelo legal assegura ao recorrente um julgamento sobre o mérito do recurso; mas não influi no sentido em que o órgão *ad quem* julgará: continua igualmente possível que êle dê ou negue provimento.

O mesmo não sucede quando já vem apontada na regra jurídica o tipo de erro denunciável pelo recorrente, como fundamento da impugnação. Aqui, se a decisão realiza *efetivamente* o modelo traçado na lei — isto é, se *in concreto* ocorre o erro que ela prevê *in abstracto* —, então está predeterminado o teor da decisão do órgão *ad quem*: o recurso não será apenas *admissível*, será *procedente*.

Assim, o que se depara na formulação legal não é mero *requisito de admissibilidade*, mas verdadeiro *pressuposto de um juízo favorável no mérito* (16).

Ora, não há razão para que, em casos tais, se deixe de proceder à distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito. Mas, por outro lado, se a *ocorrência efetiva* do esquema consagrado na lei é *requisito de procedência*, seria absurdo exigí-la para declarar *admissível* o recurso: não se pode condicionar a admissibilidade à procedência, já que esta *pressupõe* aquela, e para chegar-se à conclusão de que um recurso merece provimento é necessário que, *antes*, se tenha transposto a preliminar (17). Requisito de admissibilidade será, então, a mera *ocorrência hipotética* do esquema legal (*ut si vera sint exposita*): não se há de querer, para admitir o recurso extraordinário pela letra *a*, que o recorrente prove desde logo a *contradição real* entre a decisão impugnada e a Constituição; do contrário — vale a pena insistir —, estaríamos exigindo que o recurso fôsse procedente para ser admissível. Bastará que *se argua* a violação de dispositivo da Carta da República (18).

24. Não tem sido essa a diretriz prevalecente na jurisprudência pátria. De um lado, os Presidentes dos Tribunais de segunda instância, ao apreciarem as petições de interposição (Lei n.º 3.396, de 2-6-1958, art. 3.º, §§ 2.º e 3.º), costumam negar seguimento ao recurso quando lhes parece *inexistir* a transgressão alegada; de outro, o próprio Supremo Tribunal Federal, em semelhante hipótese, vem decidindo *não conhecer* do apêlo extremo (19).

(16) Cf., para o direito argentino, — substancialmente igual, neste particular, ao brasileiro — a afirmação de PODETTI, ob. cit., pág. 352, segundo a qual a existência da violação é “o primeiro e fundamental pressuposto de procedência do recurso” (grifo nosso).

(17) Cf. a lição incisiva de GIUDICEANDREA, verbete *Impugnazioni (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. Ital.*, vol. VIII, pág. 398, nota 2: “Il giudice non può dichiarare inammissibile l'impugnazione per manifesta infondatezza dei motivi (...) e, comunque, se lo facesse, si avrebbe pur sempre una pronuncia nel merito del gravame perchè la fondatezza non è un requisito per l'ammissibilità, nè si può rendere un *prius* ciò che è un *posterius*: la dichiarazione d'infondatezza presuppone l'ammissibilità e non è concepibile una inammissibilità per infondatezza” (grifamos).

(18) P. DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, 3.ª ed., t. III, págs. 813/4; id., *Coment. ao Cód. de Proc. Civil*, cit., t. XII, págs. 212/3, 275, 289/90; *Trat. da ação resc. cit.*, págs. 131/2; L. DA COSTA, *Dir. Proc. Civ. bras.*, cit., vol. III, págs. 419/20; J. A. DA SILVA, ob. cit., págs. 300, 302/3.

(19) Cf. CASTRO NUNES, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, pág. 263: “Deixar de conhecer, hoje, do recurso extraordinário interposto por invocação

A verdade é que, ali, ocorre flagrante invasão da competência do Supremo Tribunal Federal, a que pertence, com exclusividade, julgar o recurso no mérito, pela autoridade judiciária inferior, à qual defere a lei, tão somente, competência para denegar recursos inadmissíveis, e não recursos infundados (20). Quanto à maneira por que tem julgado a nossa mais alta Corte, seja-nos lícito observar que foge evidentemente à melhor técnica. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ou *não se conhece* do recurso extraordinário com fundamento na letra *a*, ou *dêle se conhece e se lhe dá provimento* — não restando lugar para a hipótese de ser o recurso *conhecido mas desprovido*. A deformidade do esquema logo denota o vício básico da construção. A opção não pode ser entre *conhecer e negar provimento*, mas entre *conhecer e não conhecer*, preliminarmente, e entre *dar e negar provimento*, no mérito.

Graves conseqüências decorreriam naturalmente dessa inadequada colocação do problema, e para contorná-las aparecem soluções de berrante artificialismo, como a consagrada na *Súmula da juris-*

do inciso *a* importa em declarar que improcede a arguição de violação aberta da lei federal”. Entre os Ministros que têm discrepado dessa orientação, é justo salientar EDMUNDO LINS, que já em 1920 distinguiu com toda a precisão: “A opinião que sigo (...) é que se deve conhecer do recurso extraordinário, desde que, ao interpô-lo, tenha a parte invocado um caso em que, em tese, tenha o mesmo cabimento e se haja interposto e atempado oportunamente. Examinar se, de fato, na espécie, se verificou o caso invocado, já é matéria *de meritis*” (Voto no rec. extr. n.º 1.384, *Rev. do STF*, vol. 27, pág. 76; cf., para mais longa — e irretorquível — sustentação da tese, o voto no rec. extr. n.º 1.837, em grau de embargos, *Rev. do STF*, vol. 88, págs. 74/6); e, em época mais recente, FILADELFO AZEVEDO, que sempre se pronunciou também, acerca da hipótese figurada no texto, no sentido de conhecer-se do recurso e *negar-se-lhe provimento* (v. os votos proferidos na ação rescisória n.º 28, in *Um triênio de judicatura*, vol. V, pág. 118, e no recurso extraordinário n.º 9.181, *Arg. Jud.*, vol. 78, pág. 299).

(20) O ponto já fôra certamente focalizado, sob o regime constitucional de 1934, por M. PEREIRA, ob. cit., pág. 230. Mais tarde, igualmente LIEBMAN, em a nota n.º 11 às *Instít.*, de CHOUVENA, cit., vol. III, pág. 281, frisara com toda a propriedade que “ofende a ordem das respectivas atribuições o fato do juiz *a quo* entrar no merecimento da questão, o que acontece, por exemplo, quando o Presidente do Tribunal de Apelação não admite o recurso extraordinário por achar que a sentença recorrida não é contrária à letra da lei federal: este é o próprio objeto do recurso, que só o juiz *ad quem* pode apreciar (...). É verdade que o art. 865 do Cód. de Proc. Civil dispõe que compete ao Presidente do Tribunal de Apelação julgar se é ou não caso de recurso extraordinário. Mas é caso de recurso extraordinário toda vez que se alegue um dos motivos previstos pela lei para interposição do recurso. Cabe só ao Supremo Tribunal Federal julgar se a alegação é procedente e se, portanto, o recurso merece ser provido” (grifos do autor). *Mutatis mutandis*, o que dizia o mestre do art. 865 do Código hoje se dirá do art. 3.º, §§ 2.º e 3.º, da Lei n.º 3.396. V. também, adiante, n.º 100 e nota 2.

*prudência predominante*, n.º 249, *verbis*: “É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tenha conhecido do recurso extraordinário ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida” (nossos os grifos). Nesse enunciado contém-se verdadeira contradição nos termos: se o Tribunal *apreciou* a questão federal, é claro, claríssimo, que *julgou o recurso no mérito*, pois uma e outra fórmula não exprimem senão a mesma coisa (21). A apreciação da *federal question* é a consumação normal do pleno exercício, pelo Tribunal, de sua atividade cognitiva. Não conhecer do recurso seria precisamente declarar a *impossibilidade* de apreciá-la, por falta de algum requisito para aquêlo pleno exercício.

25. A relevância da matéria justificava a ligeira digressão a que fomos levados, examinando microscópicamente, a propósito do recurso extraordinário, o problema da distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito. Voltando agora a versá-lo em termos genéricos, mas tirando proveito do material elaborado nas páginas anteriores, é oportuno assinalar a relação existente entre as questões até aqui ventiladas e a tradicional controvérsia sobre o modo de conceber o direito de ação.

Quando se nega *conhecimento* ao recurso por entendê-lo *infundado*, está-se rendendo tributo à doutrina que nega a ação quando o autor não tem razão (teoria da ação como direito concreto). Em tal perspectiva, como é notório, reputa-se “condição da ação” a *efetiva* “existência de uma vontade concreta de lei” consoante com o pedido. Mas “condição da ação”, aí, não é simples requisito de *viabilidade* do exame do mérito: é pressuposto de um *juízo favorável* de mérito. Ressalta logo a analogia entre semelhante concepção e a que reclama a *procedência* do recurso como condição do próprio *conhecimento*.

(21) Cf. a crítica de P. DE MIRANDA, *Trat. da ação resc.*, cit., pág. 181, que parece adrede endereçada à proposição n.º 249 da *Súmula*. Contestável é também, nesta, a precisão técnica do enunciado n.º 285, consoante o qual “Não sendo razoável a arguição de inconstitucionalidade, não se conhece do recurso extraordinário fundado na letra c do art. 101, III, da Constituição Federal”: semelhante arguição é que põe, justamente, a *federal question* submetida ao Supremo Tribunal Federal, de sorte que, para negar-lhe razoabilidade, precisa *êste já tê-la examinado* e, portanto, *já ter passado ao mérito* do recurso. Sobre a questão versada no texto, v. também abaxo, n.º 138 e nota 25.

Se adotamos, ao contrário, a óptica da teoria *abstracta*, a coerência mais elementar impede que encaremos o poder de recorrer como o de obter novo pronunciamento *favorável*: êle consistirá, tão somente, no poder de obter um novo pronunciamento, *tout court* (22). Satisfeitos os requisitos da admissibilidade, irrecusável será o julgamento *de meritis*, num sentido ou noutro: no do *provimento*, se o recurso, além de admissível, fôr procedente; no do *desprovimento*, se fôr improcedente. A procedência, destarte, não é condição do legítimo exercício do poder de recorrer, não figura entre os requisitos de admissibilidade, cuja falta — esta, sim — conduz o órgão judicial a *não conhecer* do recurso, isto é, a abster-se de julgar-lhe o mérito.

### CAPÍTULO III

#### JUIZO DE ADMISSIBILIDADE: OBJETO

##### SEÇÃO I

##### GENERALIDADES

26. Retomando e resumindo o que ficou dito ao longo do capítulo II, deixemos ainda uma vez assente a dualidade de perspectivas em que um recurso pode ser apreciado: (a) em relação ao seu *fundamento*, determinante do *sentido* em que o órgão *ad quem* preferirá a nova decisão sobre a matéria; (b) em relação à própria idoneidade para legitimar, na instância subsequente, o pleno exercício da atividade judicial. À perspectiva (a) corresponde o juízo

(22) “Nè pare possa reggersi la concezione di chi vede nell’azione un diritto concreto (diritto ad una sentenza favorevole), e nell’impugnazione invece un diritto astratto (diritto ad una nuova decisione): la contraddizione è evidentissima”, escreve LEONE, ob. cit., págs. 75/6, ao nosso ver com todo o acêrto. Somente, do ponto-de-vista em que nos colocamos, é preferível inverter os termos da proposição: insustentável será a opinião de quem, enxergando na ação um direito abstrato, conceba concretamente, ao invés, o poder de recorrer. Sem dúvida, o recorrente quer que se lhe acolha o recurso, como o autor quer que se acolha a demanda; mas não é êsse o poder que a lei lhe confere, senão apenas o de provocar nova decisão, correspondente ou não à sua expectativa. Exatamente FERRANTE, *L’effetto devolutivo delle impugnazioni penali*, págs. 10/11: “L’aver confuso lo scopo dell’agente con il fine dell’atto ha condotto alla conseguenza di ritenere la impugnazione un diritto a chiedere la rimozione di un provvedimento pregiudizievole, laddove essa è soltanto il potere di introdurre, sulla base dell’interesse a raggiungere il suddetto scopo, il procedimento di controllo”.



de mérito; à perspectiva (b), o juízo de admissibilidade, preliminar àquele.

O que caracteriza o ingresso no mérito é a circunstância de já se começar a resolver alguma questão relevante para que se conclua se o recorrente *tem ou não tem razão*. Esse ponto é de importância no caso de alguns recursos subordinados a uma série de requisitos, a cujo exame se procede por etapas sucessivas: assim, *v. g.*, na revista e no recurso extraordinário com base na letra *d* do dispositivo constitucional, a cujo respeito — além de outros aspectos — primeiro, tem-se de apurar se existe a divergência jurisprudencial; depois, fixar a tese correta; finalmente, decidir, à luz dela, a espécie (1).

Onde se cruza, nesse itinerário, a linha divisória entre as preliminares e o mérito? A resposta à primeira indagação, positiva que seja, não ministra ainda elemento algum que se possa inserir como premissa da conclusão final: da existência do dissídio não se infere nem que a decisão recorrida esteja certa, nem que esteja errada, e portanto continua-se a não saber se ela deve ser confirmada ou reformada. Não sucede assim com o passo seguinte: assentada a interpretação correta, obviamente se predetermina o teor da solução. Aqui, pois, já se está no âmbito do mérito; ali, não: o juízo é de mera admissibilidade, e a negação da divergência não conduz ao *desprovemento*, mas ao *não-conhecimento* do recurso (2).

27. À primeira vista, poderia supor-se que o objeto do juízo de admissibilidade, no recurso, coincida materialmente com o objeto do juízo proferido, na instância inferior, sobre a admissibilidade do julgamento *de meritis*. Em outras palavras: que os requisitos do

(1) No Estado de São Paulo, quanto à revista, o exame da primeira questão compete ao "Grupo de Câmaras a que pertencer a turma prolatora do acórdão recorrido", e o restante "à Seção Civil, à qual serão os autos remetidos (...), uma vez reconhecida a existência de divergência" (Lei estadual n.º 2.554, de 14-1-1954, art. 2.º; I e II). S. FAGUNDES, *Das rec. ord. cit.*, págs. 478/480, pretendeu que a competência do órgão julgador da revista se exaurisse com a fixação da tese correta, retornando em seguida o feito ao órgão *a quo*, para decidir a espécie, "com aplicação da norma assentada". Tal opinião não prevaleceu, nem na doutrina, nem na jurisprudência.

(2) Cf., para a revista, J. AMERICANO, *Coment. cit.*, 4.º vol., págs. 77/8; J. F. MARQUES, *Instit. cit.*, vol. IV, págs. 304/7; H. DE M. B. BARBOS, *ob. cit.*, págs. 57/8; VICENTE FARIA COELHO, *Recurso de revista*, pág. 127; VERCINGETORIX DE CASTRO GARMS, *Recurso de revista*, pág. 129; quanto ao recurso extraordinário, P. DE MIRANDA, *Coment. ao Cód. de Proc. Civ. cit.*, t. XII, págs. 234/5, 277; J. A. DA SILVA, *ob. cit.*, pág. 382.

pleno exercício da atividade judicial em grau de recurso sejam os mesmos requisitos do pleno exercício da atividade judicial de primeiro grau. A essa conclusão aparentemente levaria a consideração de que, com o recurso, não se instaura *outro* processo, mas apenas se prolonga o *mesmo* processo em que surgiu a decisão recorrida.

Tal, entretanto, não se dá, e a explicação é muito simples. De um lado, compreensivelmente mais rigorosa quando se trata de provocar novo julgamento, a lei estabelece requisitos *específicos* para esse funcionamento suplementar da máquina judiciária. De outro, em sistema como o nosso, que consagra amplamente a recorribilidade autônoma de decisões interlocutórias, não raro o objeto do recurso consubstancia questão resolvida, na instância inferior, como *preliminar* ao juízo de mérito, e relativa, exatamente, à presença ou ausência de um pressuposto processual ou de uma condição do legítimo exercício da ação.

Deve-se, pois, acolher *cum grano salis* a lição segundo a qual precisam subsistir, no procedimento recursal, os requisitos do julgamento de mérito na fase anterior (3). Assim será em linha de princípio: é claro, por exemplo, que no comum dos casos há de exigir-se que as partes se mantenham processualmente capazes até o julgamento do recurso. Mas pode suceder que este versé justamente sobre a questão da capacidade, negada na instância inferior; em semelhante hipótese, não há como ter por *preliminar do recurso* tal questão: ela vai ser resolvida pelo órgão *ad quem* como questão *principal*, e, se se concluir pela incapacidade, não será caso de *não conhecer* do recurso, mas de *negar-lhe provimento* (4).

28. A luz do que foi dito, força é convir que, embora a matéria sobre que incide a atividade cognitiva do órgão judicial possa distribuir-se, no recurso, por planos correspondentes àqueles pelos quais se distribui na primeira instância (5), a distribuição não conduz, aqui e ali, aos mesmos resultados: existe *analogia*, mas não *identidade*. Assim é que determinada questão, com a passagem de

(3) PROVINCIALI, *Sist. cit.*, pág. 160; *id.*, *Delle imp. in gen. cit.*, pág. 125.  
(4) Inexato afirmar pura e simplesmente, como C. SANTOS, *ob. e vol. ult. cit.*, pág. 231, que o incapaz não pode recorrer. Substancialmente no sentido do texto, embora com formulação um pouco diversa, S. FAGUNDES, *ob. ult. cit.*, pág. 39, nota 67. Cf., na doutrina alemã, ROSENBERG, *ob. cit.*, t. I, pág. 239; FURTNER, *Das Urteil im Zivilprozess*, 2.ª ed., pág. 78.  
(5) V., acima, na. 18 e 19.

uma a outra instância, pode deslocar-se do terreno das *preliminares*, em que se inscrevia, para vir a constituir, no novo julgamento, o próprio *mérito*.

Ocorrem facilmente os exemplos: se, na ocasião de sanear o processo, o juiz o anula por vício insanável (Código de Processo Civil, art. 294, IV, *principio*), ou declara o autor carecedor de ação por ilegitimidade *ad causam*, o agravo de petição interponível terá por fim suscitar nova decisão sobre a questão da nulidade, ou sobre a da legitimação para agir; essas questões, que se situavam, respectivamente, no plano processual e no das “condições da ação”, passarão a ser objeto, no procedimento recursal, de um juízo *de mérito*. É evidente que o órgão *ad quem* poderá emitir decisão de não-conhecimento, por falta de algum requisito do pleno exercício de sua atividade, *v. g.* se o recurso foi manifestado a destempo; mas, se julgar que a nulidade fôra corretamente pronunciada, ou que de fato o autor era parte ilegítima, o que terá de fazer é *negar provimento* ao agravo. O mesmo se diria, *mutatis mutandis*, e sempre a título exemplificativo, do agravo de instrumento contra a decisão na exceção de incompetência (art. 842, II); da apelação em que se pedisse a anulação da sentença por *error in procedendo*; do recurso extraordinário em que se alegasse violação, pelo Tribunal local, da regra constitucional do art. 111, no julgamento da apelação, ou dos embargos.

Pode até acontecer — e com frequência acontece — que seja recorrível a decisão de não-conhecimento de algum recurso; nesse caso, o mérito do recurso B será a admissibilidade ou a inadmissibilidade do recurso A. Por onde se vê que a possibilidade de discrepância na classificação de uma questão não se limita ao confronto entre a instância inicial e a recursal, mas também se manifesta entre os diversos procedimentos recursais sucessivos.

29. Resumindo as precedentes considerações, é lícito enunciar duas proposições de notável interesse teórico e prático: a) o *mérito*, no recurso, não coincide necessariamente com o mérito da *causa* (6), e pode consistir em questão relativa às “condições da ação”

(6) Já tivemos ocasião de registrar a inaplicabilidade ao nosso direito de afirmações divergentes do texto, encontradas em autores estrangeiros (*v.*, acima, n.º 17, e nota 12). Veja-se, aliás, na doutrina italiana, a clareza com que BERTI, *ob. cit.*, pág. 639, assinala o fenômeno em pauta: “... quando si impugna la sentenza perchè il giudizio in essa contenuto contradice a un

ou meramente processual (7); b) as *preliminares do recurso* não se identificam com as *preliminares da causa*, e conquanto se possa estabelecer entre estas e aquelas certa correspondência — à legitimação para agir corresponde, *v. g.*, a legitimação para recorrer —, não se deve pensar que à pertinente indagação se tenha de responder, cá e lá, do mesmo modo: no processo da ação popular, por exemplo, o Ministério Público, que não tem legitimidade para propor a demanda, tem-na contudo para recorrer das decisões desfavoráveis ao autor popular (Lei n.º 4.717, de 29-6-1965, art. 19, § 2.º) (8).

precetto della legge processuale, o perchè il provvedimento che essa configura è nullo o inammissibile, la ragione fatta valere nel giudizio d'impugnativa non coincide più con quella su cui si è svolto il giudizio precedente. Il tema principale del litigio si sposta allora ad una questione meramente processuale (...), la quale anzi, talvolta (...) è l'unico oggetto della discussione e della decisione nel nuovo giudizio”. Ousáramos formular apenas uma ligeira restrição ao primeiro período citado, onde o autor, pela maneira como se expressa, parece negar a possibilidade de discutir-se no processo, como mérito *da causa* (e não apenas do *recurso*) questão atinente à inobservância de um “preceito da lei processual”; sobre esse ponto, *v.*, abaixo, nota 7. Improcedente se nos afigura, ao contrário, a crítica de LEONE, *ob. cit.*, págs. 110/1; não é exato que os erros *in procedendo* se resolvam “sempre in vizi della giustizia della sentenza”, nem que “il vero presupposto della fondatezza del mezzo d'impugnazione” seja em qualquer caso “l'ingiustizia della decisione attaccata”. LEONE, *id.*, faz causa comum com SATTI, *Le imp. cit.*, págs. 10/11, que igualmente recusa valor à distinção — para nós, clara, lógica e útil — entre *error in procedendo* e *in iudicando* (a cujo respeito *v.* ainda e sempre o clássico ensaio de CALAMANDREI, *in Estudios...* *cit.*, págs. 168 e segs.). Seja como fôr, no sistema brasileiro o problema não se põe unicamente com referência à sentença definitiva, apelável com fundamento em vício de atividade judicial, mas também às decisões interlocutórias, em que iria contra a evidência dos fatos quem negasse a possibilidade de consistir em questão meramente *processual* o objeto exclusivo do recurso. Cf., na literatura pátria, P. DE MIRANDA, *Coment. ao Cód. de Proc. Civ. cit.*, t. XII, pág. 289; e, ainda na italiana, de acordo com o texto, GIUDICEANDREA, *Le impugn. civ. cit.*, vol. I, págs. 22, 62, 116, 121/2; *id.*, verb. *Impugn. (dir. proc. civ.)*, *cit.*, pág. 405; PEDOTE, verb. *cit.*, pág. 271.

(7) Cumpre que se não confunda *questão processual*, no sentido em que fala o texto, com *questão regida pelo direito processual*, que pode constituir o *mérito de uma causa* (e não só de um *recurso*). *V.* nosso trabalho *cit.* em a nota 9, n.º 5, *supra*, págs. 125/6; ao exemplo, que ali demos, da ação rescisória (Código de Processo Civil, art. 793, I, a e b), poderíamos agora acrescentar os da homologação de sentença estrangeira (art. 791, I, II e III; Decreto-Lei n.º 4.657, de 4-9-1942, art. 15, a, b, c), dos embargos à execução (art. 1.010, I e III), do mandado de segurança contra atos judiciais (Lei n.º 1.533, art. 5.º, II). Uma coisa é a *natureza da norma* que disciplina a matéria; outra é a *função* que a questão desempenha *num dado processo*.

(8) Alguns autores têm tirado de fatos análogos mais um argumento para sustentar a autonomia do poder de recorrer em relação ao direito de ação: assim PROVINCIALI, *Sist. cit.*, págs. 93/4; *id.*, *Delle imp. in gen. cit.*, págs. 72/3; DEL POZZO, *Le impugn. pen. cit.*, pág. 150.

É de toda a conveniência, por conseguinte, que se distingam com a máxima nitidez, nos julgamentos, as preliminares do recurso e as da causa, que podem ter sido levadas ao órgão *ad quem* como matéria de mérito (9). Suponhamos que, em certo processo, o juiz tenha remetido para a decisão final — como, lamentavelmente, costuma ocorrer na prática forense — o exame da arguição de ilegitimidade ativa *ad causam*; e que, naquela oportunidade, a tenha repellido, julgando em seguida procedente a demanda. Apela o réu vencido, e o efeito devolutivo do recurso abre ao tribunal o conhecimento da referida questão, tanto quanto o do *meritum causae* (Código de Processo Civil, art. 824): mas de uma e outro como partes integrantes do mérito do recurso. Se o órgão *ad quem* entender fundada a alegação de ilegitimidade, dará provimento à apelação, da mesma forma que lhe daria provimento, se, embora não aceitando tal alegação, achasse inexistente o suposto direito do autor contra o réu. Apenas, nessa hipótese, reformaria a sentença recorrida para julgar improcedente a demanda; naquela, para declarar o autor carecedor de ação. Em ambas, todavia, conhece do recurso o tribunal e julga-o *de mérito*.

Não assim se, por exemplo, acolhesse a arguição de intempestividade na interposição: aí, o caso seria de *não conhecimento*. A questão se resolveria como *preliminar do recurso*, enquanto a relativa à legitimação para agir, *preliminar da causa*, deslocou-se, no procedimento de segundo grau, para o plano do mérito.

30. Fixadas essas distinções prévias, passemos à determinação do objeto do juízo de admissibilidade, ou — o que é dizer o mesmo — à discriminação dos requisitos necessários para que o órgão *ad quem* possa julgar o mérito do recurso. Entre nós, os autores que em data mais recente se têm ocupado com o assunto costumam classificar êsses requisitos (também designados como pressupostos, ou condições) em *objetivos* e *subjetivos*, conforme digam respeito ao próprio recurso, considerado em si mesmo, ou à pessoa do recorrente (10).

(9) Muito oportunamente insiste P. DE MIRANDA, ob. ult. cit., t. XI, págs. 274/6, e t. XII, pág. 74, na distinção e na necessidade de sua observância, por ocasião do julgamento do recurso. Na doutrina alemã, refere-se ao tópico, de passagem, ROSENBERG, ob. cit., t. II, pág. 359.

(10) S. FAGUNDES, ob. ult. cit., págs. 29 e segs., 65 e segs.; J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., págs. 51/2; M. A. SANTOS, ob. cit., vol. III, pág. 94.

Parece-nos preferível alinhar, de um lado, os requisitos *intrínsecos*, e de outro os requisitos *extrínsecos* da admissibilidade. Entre os primeiros, examinaremos o cabimento, a legitimação para recorrer, o interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. Na segunda classe, a tempestividade, a regularidade formal, o pagamento das custas e o preparo (11). Alguns desses requisitos, convém observar, são inexigíveis em determinados casos: para nos cingirmos a exemplo já aludido, não há que falar de tempestividade no tocante ao recurso necessário, que se reputa interposto *ex vi legis*, podendo a eventual omissão do juiz suprir-se a qualquer tempo. Com essa ressalva, mantém-se a enumeração, que corresponde a *id quod plerumque fit*.

## SEÇÃO II

### REQUISITOS INTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

#### § 1.º — Cabimento do recurso

31. Neste tópico, importa distinguir dois aspectos complementares: o da *recorribilidade* da decisão e o da *propriedade* do recurso interposto. Para ensejar o juízo positivo de admissibilidade, além de ser obviamente necessário que a decisão comporte *algum* recurso, cumpre que o recurso interposto coincida com aquêle que a lei aponta como o *adequado* ao caso.

Nem todas as decisões são recorríveis. Em qualquer processo, haverá pelo menos *uma* que não o seja, do contrário a atividade judicial se prolongaria indefinidamente. Em atenção a necessidades sociais, a que já se fêz referência, o ordenamento limita a série

(11) A desistência do recurso, ao nosso ver, não constitui requisito (negativo) de admissibilidade, nem a decisão que a homologa se equipara à de não-conhecimento. O efeito da desistência é o de encerrar o processo *sem exame sequer das condições necessárias para o julgamento do mérito*; daí a natureza meramente *homologatória* do pronunciamento judicial, quer se desista na instância inferior, quer em grau de recurso. Neste último caso, a desistência não torna *inadmissível* o recurso: torna-o *inexistente*. Também omitimos a *capacidade* do recorrente, mencionada por alguns autores (S. FAGUNDES, ob. ult. cit., págs. 29/31; J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 52): primeiro, porque se trata de pressuposto processual *genérico*, e nossa enumeração apenas contempla os requisitos *peculiares* ao procedimento *recursal*; segundo, porque, como já se notou (v. acima, n.º 27), justamente neste seria por vezes absurdo condicionar a admissibilidade à satisfação de um requisito cuja existência ou inexistência constitui o *próprio objeto* do recurso.

dos recursos utilizáveis; e, esgotada esta, impossível se torna impugnar — a não ser, eventualmente, por meio da instauração de outro processo — a última decisão proferida.

A limitação, porém, faz sentir-se ainda no curso do processo, com maior ou menor intensidade, segundo a diretriz de política legislativa que na época predomine. Quis acentuá-la, no fim do século passado e no comêço dêste, o grande movimento de idéias favoráveis à prevalência do processo oral. Os doutrinadores de tal corrente quase sempre associaram, no temário de sua pregação, à luta pela oralidade a sustentação, entre outros princípios correlatos, do princípio da *irrecorribilidade das interlocutórias* em separado (12); e entre nós não se deixou de frisar êsse aspecto, ao tempo da elaboração do Código de Processo Civil, que deveria consagrar, no direito brasileiro, aquelas reivindicações científicas (13). O fato é, contudo, que o diploma de 1939 admitiu com notável largueza a recorribilidade autônoma das referidas decisões: ao contrário do que pleiteavam os reformistas mais radicais, pode-se dizer que, em geral, as interlocutórias continuaram suscetíveis de impugnação em separado, e só por exceção se deixa de conceder tal remédio.

No que tange às decisões finais, ainda quando as declara irrecorribéis o Código de Processo Civil, como nos arts. 738 e 807, ter-se-á de admitir pelo menos, desde que presentes os outros pressupostos, o cabimento do recurso extraordinário. A lei ordinária, com efeito, não é dado, evidentemente, restringir a área de admissibilidade demarcada pela Constituição Federal, cujo art. 114, III, se refere a *quaisquer* causas (14).

32. Recorrível que seja a decisão, é mister que, no elenco dos recursos, se escolha o adequado. Essa regra sofre ponderável ate-

(12) V., por todos, CHIOVENDA, *ob. cit.*, vol. III, pág. 55.

(13) V. os estudos publicados pela *Revista Forense* na coletânea *Processo oral*, e especialmente, aí, L. M. GUIMARÃES, *O processo oral e os seus críticos*, págs. 219/20, onde se frisa que a proibição de recurso contra decisões interlocutórias "não é em si mesma uma vantagem, mas apenas um meio, um expediente necessário ao processo oral".

(14) Lembra-o, sob a Carta de 1946, P. DE MIRANDA, *ob. ult. cit.*, t. X, pág. 380, em comentário ao art. 807, analogicamente extensível ao art. 738. Ainda segundo o ilustre autor, no mesmo comentário, os embargos de declaração "são oponíveis a quaisquer resoluções judiciais" (cf. J. F. MARQUES, *ob. e vol. ult. cit.*, pág. 238: "... contra qualquer sentença ou acórdão": em sentido contrário, no tocante à decisão do conflito de jurisdição, P. B. MARTINS, *Rec. e proc. cit.*, pág. 140).

nuação no seu rigor por força do disposto no art. 810 do estatuto processual civil, consoante o qual, "salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento".

Neste contexto, não é pacífica, na doutrina e na jurisprudência, a extensão dos conceitos de "má-fé" e "erro grosseiro". Recorre-se as mais das vezes a critérios empíricos ou casuísticos, sem que se tenha logrado cunhar, num caso e noutro, fórmula genérica de aceitação universal. Há quem proponha ter-se a primeira expressão por complementar da segunda (15); mas o texto legal, com o em-prêgo da disjuntiva "ou", sugere alternância de hipóteses.

33. Não nos parece que seja da mesma natureza, aqui e ali, a dificuldade hermenêutica. No segundo caso, ela se liga ao ineliminável coeficiente de subjetividade no desenho da linha divisória entre o erro "grosseiro" e o erro "não-grosseiro": a grosseria ressalta, naturalmente, quando se substitui por outro o recurso indicado, em termos expressos e inequívocos, pela lei (como, *v. g.*, se alguém interpõe apelação, em vez de agravo de instrumento, da decisão que julgou a exceção de incompetência); mas são hipóteses de difícil ocorrência. Mais comumente terá a escolha resultado de interpretação que se deu, com maior ou menor correção, à norma sobre recurso; e o que deflui do art. 810 é que, para o aproveitamento da interposição, basta a *seriedade* do problema interpretativo, mesmo que o haja resolvido mal o recorrente. A oscilação da jurisprudência é elemento que deve pesar a favor dêste (16): não seria justo exprobrar-lhe a adoção de entendimento consagrado em decisões judiciais — seja qual fôr o juízo que se haja de fazer, no plano doutrinário, sobre tal entendimento. Mas a inexistência de precedentes não exclui, por si só, a possibilidade de considerar-se "não-grosseiro" o erro.

Ao erro na escolha do recurso pode somar-se, ou não, o concernente à indicação do órgão *ad quem*. Logicamente, um será o corolário do outro, se discrepantes as regras de competência relativas ao julgamento do recurso adequado e do recurso inadequadamente interposto. A letra do art. 810 sugere referência a essa hipótese:

(15) A. DE M. LIMA, *Sist. cit.*, pág. 220.

(16) P. DE MIRANDA, *ob. ult. cit.*, t. XI, págs. 51, 53.

a parte final do dispositivo (“... devendo os autos ser enviados à Câmara ou Turma a que competir o julgamento”) mostra os olhos do legislador fitos no caso em que, por supor erroneamente cabível o recurso A, no lugar do recurso B, o recorrente se dirigiu ao órgão *x*, competente para julgar o recurso A, e não ao órgão *y*, que o seria para julgar o recurso B. Pode suceder, entretanto, que o recorrente, a despeito de interpor o recurso A, incabível, o tenha dirigido ao órgão *y*, competente para julgar o recurso B; ou que, interpondo êste, o tenha dirigido, por equívoco, ao órgão *x*; ou, ainda, que o mesmo órgão *x* seja competente para julgar tanto o recurso A, erroneamente interposto, como o recurso B, que seria o adequado.

Essas três hipóteses merecem atenção. A primeira e a última resolvem-se à luz do art. 810: se o erro é escusável ainda quando a conversão implique em deslocamento da competência, *a fortiori* o será no caso contrário. A segunda — interposição do recurso cabível, mas dirigido a órgão *incompetente* — não entende com o art. 810: não se interpôs “um recurso por outro”. Aplicável é a norma do art. 279, parágrafo único, que “não se refere só à incompetência do juiz inicial, mas à de juizes de qualquer grau” (17). O resultado prático é o mesmo: remessa dos autos ao órgão competente para julgar o recurso.

84. Quanto à má-fé, o problema consiste menos em determinar-lhe o conceito — que é o comum — do que em fixar as circunstâncias de sua concreta ocorrência. Para que ela se verifique, é necessário que alguém, ciente de que o recurso cabível seria A, interponha em seu lugar o recurso B, a fim de tirar vantagem da troca. Naturalmente, deve tratar-se de erro que — pelo menos na opinião do recorrente — não seja grosseiro, ou não se arriscaria êle a praticá-lo. Tem-se esforçado a doutrina por estabelecer a casuística da má-fé: “a) usar do recurso impróprio de maior prazo, por ter perdido o prazo do recurso cabível; b) valer-se do recurso de maior devolução para escapar à coisa julgada formal; c) protelar o processo, como se lança mão do recurso mais demorado; d) provocar apenas divergência na jurisprudência para se assegurar, depois,

(17) *Id.*, *ibid.*, pág. 56. De acordo: A. DE M. LIMA, ob. ult. cit., pág. 233.

(18) P. DE MIRANDA, ob. e t. ult. cit., pág. 51. A enumeração é aceita por J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 59. As três primeiras figuras já tinham sido apontadas por S. FAGUNDES, ob. ult. cit., pág. 160.

outro recurso” (18). Todavia, não sendo grosseiro o erro, muito difícil se tornará, na prática, aplicar o art. 810 contra o recorrente: com efeito, a escolha do recurso inadequado será por êle justificada com a invocação da doutrina ou da jurisprudência que a abonem, ou com elementos de interpretação que façam escusável o equívoco. Nessas condições, só em casos raríssimos poderá ficar provada a má-fé — que, aqui como alhures, não se presume (19).

Objetar-se-á que, na primeira hipótese acima mencionada, o mero fato de ter-se recorrido fora do prazo do recurso cabível demonstra a malícia do recorrente. Tal postulado, explícito ou implícito, vem inspirando a atitude, predominante na jurisprudência, de só admitir a conversão do recurso impróprio no próprio se aquêle foi interposto no prazo de interposição dêste. Não nos parece lógico o raciocínio: o recorrente de boa-fé, sinceramente convencido de que dispõe da apelação, não tem porque sacrificar dois têrços do seu prazo, para interpô-la no quinquídio do agravo. Quem o faz é que denota, pelo menos, dúvida quanto ao recurso cabível (20).

85. A orientação prevalecente, assim, não merece aplauso. Argumenta-se em seu favor com a necessidade de respeitar a coisa julgada: se o recurso cabível só podia interpor-se em cinco dias, e a interposição do outro se deu após o quinto, a decisão recorrida já transitara em julgado. Tudo isso seria exato se não houvesse

(19) P. DE MIRANDA, ob. e lug. cit., em a nota anterior; C. SANTOS, ob. cit., vol. IX, pág. 214.

(20) Já assim interpretava o art. 810, em comentário a acórdão, logo depois da entrada do Código em vigor, L. M. GUIMARÃES, in *Rev. de Crít. Judic.*, vol. 31, págs. 225/6, onde se lê: “Se o legislador pretendesse subordinar o aproveitamento do recurso incabível à circunstância de haver sido interposto “dentro do prazo legal”, teria indicado de modo expresso essa condição, como faz no artigo anterior, ao permitir a variação de recurso”. Entre os julgados que esposam a nossa tese, podem citar-se, a título exemplificativo, o do Pretório Excelso, em 18-10-1948, *apud* ALEXANDRE DE PAULA, *O processo civil à luz da jurisprudência*, t. IX, pág. 4.238, n.º 14.427; do Tribunal de Justiça do ex-Distrito Federal, em 19-10-1948, *ibid.*, pág. 4.252, n.º 14.480; do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 22-9-1949 e 7-10-1949, *ibid.*, pág. 4.259, ns. 14.514 e 14.515, respectivamente; do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 8-8-1948, *Rev. For.*, vol. 120, pág. 484; em 24-11-1952, *Rev. dos Trib.*, vol. 208, pág. 364; em 19-12-1957, *Rev. dos Trib.*, vol. 273, pág. 320. Na doutrina, em sentido conforme, P. DE MIRANDA, ob. e t. ult. cit., págs. 61/3; DE P. E SILVA, ob. cit., vol. V, pág. 88; A. DE M. LIMA, ob. ult. cit., págs. 224 e segs.; P. PALMIRA, *Da sistemática...* cit., págs. 19/20; contra, S. FAGUNDES, ob. ult. cit., págs. 167/9; L. DA COSTA, *Dir. Proc. Civ. bras. cit.*, vol. III, pág. 848; J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 58; M. A. SANTOS, ob. cit., vol. III, pág. 97; P. B. MARTINS, *Rec. e proc...* cit., págs. 167/8.

o art. 810, categórico em afirmar que “a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro”, salvo nos casos de erro grosseiro ou má-fé. Ora, *ex hypothesi* não é grosseiro o erro, nem se pode inferir má-fé do simples excesso de prazo. Logo, o que se tem de reconhecer é que a lei abriu aqui uma exceção à regra segundo a qual o escoamento *in albis* do prazo para o recurso cabível faz transitar em julgado a decisão; ou antes, que a *res iudicata* se forma sob a condição resolutiva da subsequente interposição de recurso inadequado, mas conversível no adequado por inexistência de erro grosseiro ou má-fé.

Esta última explicação, que se nos afigura preferível, não nos põe diante dos olhos fenómeno tão singular quanto à primeira vista se possa supor. Basta atentar nos §§ 1.º e 2.º do art. 815: a *res iudicata*, formada no prazo ordinário de interposição, fica aí também sujeita a resolver-se, caso o terceiro prejudicado, com domicílio ou residência fora dos limites do fôro, recorra dentro de três meses; ou, sendo incapaz o terceiro e não tendo quem o represente ou assista, recorra “dentro dos trinta dias seguintes à cessação da incapacidade ou da nomeação do representante ou assistente”. E note-se que, na segunda hipótese, o estado de pendência pode prolongar-se por muito tempo, *v. g.* se o menor só vem a recorrer após atingir a maioridade, ainda distante ao tempo da decisão.

§ 2.º — *Legitimação para recorrer*

36. Para que o recurso seja admissível, não basta que o comporte a decisão: é mister que o interponha quem esteja qualificado para tal. Passa-se aqui do plano objetivo para o subjetivo. Consoante já se observou em doutrina, seria em princípio concebível, correspondendo a uma “representação idealizada do Estado de Direito”, sistema em que se permitisse a qualquer pessoa impugnar uma decisão judicial que lhe parecesse injusta (21). Na realidade, por óbvias razões de conveniência, trata a lei de limitar o círculo dos possíveis recorrentes. Surge então neste contexto — à semelhança do que ocorre no concernente à propositura mesma da ação —, o problema da legitimidade, impondo-se verificar se quem

(21) BAUR, *Zur “Beschwer” im Rechtsmittelverfahren des Zivilprozesses, in Festschrift für Friedrich Lent*, pág. 7.

interpôs o recurso se inclui ou não no elenco legal dos habilitados a fazê-lo.

De modo geral pode-se dizer que, ao fixar as regras da legitimação, o ordenamento positivo leva em conta a presumível relevância da decisão para determinadas pessoas. É evidente que ela não afeta igualmente a todos; cumpre por isso reservar aos atingidos com maior intensidade o poder de provocar, sobre a matéria, novo pronunciamento. Parte a lei, sem dúvida, da suposição de que normalmente existe, ou pode existir, nessas pessoas, um interesse na impugnação também mais intenso — e por conseguinte mais digno de atendimento — que nas restantes.

Tais considerações têm levado uma fração da doutrina a tratar *indistintamente a legitimação para recorrer* e o *interesse em recorrer*, ou recusando-se a enxergar entre ambos qualquer diferença, ou negando autonomia ao segundo requisito, visto como simples fundamento ou razão de ser do primeiro (22). Seriam, quando muito, dois aspectos da mesma realidade, e onde faltasse um, faltaria necessariamente o outro.

37. Essa atitude negligencia, em nosso entender, a irredutível dessemelhança entre duas situações fundamentais reguladas pela lei: a daqueles que, por já participarem do processo, são olhados como possíveis titulares de um interesse na impugnação da decisão, e a daqueles que, por serem titulares de tal interesse, se vêem admitidos como possíveis participantes do processo, em que não figuravam. As relações são diversas, num caso e noutro: ali, tem-se em vista, de início, um interesse meramente *potencial*, é em razão dêle se atribui a legitimação, mas exigindo-se depois, para a admissibilidade do recurso, a efetiva ocorrência daquele interesse que, antes, somente se apresentava como *possível* (23); aqui, parte-se da

(22) Assim, com matizes diversos, JAEGER, *ob. cit.*, págs. 479/80; PLAZA, *Derecho Procesal Civil español*, 3.ª ed., vol. I, pág. 601; J. A. DOS REIS, *ob. e vol. cit.*, págs. 268/9; O. DE ANDRADE, *ob. e vol. cit.*, pág. 140; M. A. SANTOS, *ob. e vol. cit.*, págs. 93, 97. “Difícilmente separáveis” reputa CALAMANDREI, *verb. Cass. Civ. cit.*, pág. 994, os dois requisitos.

(23) “Sempre che la legge plasma e disciplina un mezzo di impugnazione” — nota a propósito, com acerto, DE MARSICO, *Lezioni cit.*, pág. 246 — “ha di mira una cerchia di futuri titolari che, trovandosi in determinate situazioni, avranno interesse ad usarlo; ma l’interesse non è già obiettivato nella norma, si bene è previsto da essa, e resta sempre un requisito che i singoli titolari del diritto dovranno di volta in volta presentare per poterlo concretamente esercitare” (sem grifo no original).

existência de um interesse *atual*, e em razão dêle se legitima o respectivo titular.

No primeiro caso, a valoração do interesse *potencial* compete ao legislador, e o seu resultado incorpora-se à norma atributiva de legitimidade, de tal sorte que, para o juiz, êle se torna irrelevante; o que se terá de apurar, em cada espécie, é o interesse *atual*, que assim se insere como requisito autônomo e complementar em face da legitimação. Aí, portanto, do ponto-de-vista lógico, primeiro se há de verificar se o recorrente é legítimo — isto é, se a lei o arrola entre as pessoas habilitadas a recorrer —, para depois aferir-se o seu interesse em fazê-lo. Já no segundo caso, será inversa a marcha do raciocínio: primeiramente se indagará do interesse, para em seguida examinar-se a legitimação, da qual êle é pressuposto, mas que pode reclamar um *plus* para aperfeiçoar-se.

De inteira conveniência, por isso, é ao nosso ver o tratamento separado dos dois tópicos. Apenas, cumprirá ter em mente, por amor à lógica, a essencial diferença, já apontada, entre as duas hipóteses.

38. O rol das pessoas admitidas, em tese, a recorrer, tira-se dos arts. 814 e 815 do Código de Processo Civil, e compreende: a) “quem fôr parte na causa”; b) o órgão do Ministério Público, “quando expresso em lei”; c) o juiz, no recurso *ex officio*; d) o “terceiro prejudicado”.

No caso c, o problema da legitimação fica extremamente simplificado: ela se resolve na mera identificação entre o órgão judicial de que emanou a decisão e aquêle que interpõe o recurso. Quanto ao caso d, é justamente aquêle em que a aferição da legitimidade já pressupõe verificada a existência do interesse — a que a lei se refere com o termo “prejudicado”. Não é a *todo* terceiro que o art. 815 faculta o uso do recurso: é unicamente ao terceiro que tenha interesse na impugnação. A questão consiste aqui em saber se a lei se contenta com qualquer espécie de interesse (*prejuízo*, na dicção do texto), ou exige um interesse *qualificado* — já que de *outros* requisitos não cogita o dispositivo. O exame do interesse, nesta hipótese, é assim *prius* lógico da solução integral do problema atinente à legitimação. Para preservar a continuidade expositiva, remetemo-lo ao lugar próprio (24); antes, porém, tere-

(24) V. *infra*, ns. 69 a 74.

mos ocasião, ainda a propósito do requisito da legitimidade, de tentar fixar o conceito de *terceiro*.

39. O caso mais comum de legitimação para recorrer é o de “quem fôr parte na causa” (art. 815, *principio*). Por tal expressão se designam, em primeiro lugar, naturalmente, autor e réu — ou, havendo litisconsórcio, qualquer dos litisconsortes, ativos ou passivos. Pouco importa a espécie de litisconsórcio, necessário ou facultativo (próprio ou impróprio), bem como o momento em que êle se constituiu — desde a instauração do processo ou no seu curso, *antes* da decisão impugnada: se só *depois* dela vem a ingressar na relação processual, impugnando a decisão, alguém que poderia ter-se litisconsorciado a uma das partes, o recurso é de *terceiro*, e apenas em *conseqüência* dêle surge o litisconsórcio. O art. 816 disciplina os efeitos do recurso interposto por um litisconsorte, quanto aos demais.

São também “partes na causa”, a não ser que já se tenham desligado do processo ao proferir-se a decisão, os intervenientes de que trata o Código, Livro I, Título VIII, Capítulo III (25). Sua intervenção tem como efeito precípua sujeitá-los à coisa julgada que se forme ao fim da instância de conhecimento; em compensação, podem tentar impedi-la, através de recurso. Do mesmo modo, há de reconhecer-se ao assistente qualidade para recorrer: o art. 93 equipara-o *processualmente* ao litisconsorte (26).

Não obsta à interposição de recurso pelo assistente a circunstância de ter-se mantido omissa a parte assistida: em primeiro lugar, equiparado que está ao litisconsorte, do ponto-de-vista processual, aplica-se-lhe a regra do art. 89, não podendo prejudicá-lo a omissão do assistido; ademais, a legitimação para intervir como assistente repousa sobre a possível influência da sentença em relação jurídica de que o interveniente é titular, de sorte que sempre lhe será lícito,

(25) Estamos com P. PALMEIRA, *Da intervenção de terceiros — Da oposição*, pág. 109: a intervenção tem precisamente por finalidade converter o *terceiro* em *parte*. No mesmo sentido, C. SANTOS, *Cód. de Proc. Civ. int. cit.*, vol. II, pág. 12: “O terceiro, que intervém na causa, passa a ser parte”; LUIS RODOLFO DE ARAÚJO JR., *Do litisconsórcio necessário passivo em mandado de segurança*, pág. 55.

(26) Embora as posições sejam bem distintas quando referidas ao plano do direito material, com certas repercussões no próprio processo. V., sobre o ponto, nosso trabalho *Intervenção litisconsorcial voluntária*, in *Rev. de Dir. da Procuradoria Geral*, vol. 11, págs. 42 e segs., e os autores aí citados em a nota 8, pág. 44.

satisfeitos os outros pressupostos, recorrer como terceiro prejudicado — e não há razão alguma para conceder-se o recurso a quem *ainda não participa* do processo e negá-lo a quem *nêle já figura*, se substancialmente são iguais as situações (27).

Na instância de execução, além do caso, freqüentemente mencionado, dos credores concorrentes, outros existem a que não se costuma aludir neste contexto, mas que não deixam de constituir modalidades de intervenção e podem gerar a legitimação para recorrer. Assim, ao arrematante e ao remidor, pôsto que não seja o próprio executado (art. 986, § 1.º), faculta-se o agravo de que trata o artigo 842, XII.

Não é “parte na causa” o que usa dos embargos de terceiro. Constituem êstes uma *causa* autônoma, embora acessória da outra. Não se pode construir o remédio dos arts. 707-711 como *recurso de terceiro prejudicado*. Os embargos de terceiro têm natureza de *ação*, e não de *recurso*: é a concepção tradicional do nosso direito (28).

40. Questão delicada é a de saber se se há de considerar como recurso de *parte* ou de *terceiro prejudicado* o interponível por quem vê rejeitado o pedido de intervenção no processo. Em tal caso estão: a) os que requerem sem êxito sua admissão como litisconsortes (29), assistentes ou oponentes; b) os que, não sendo executa-

(27) De acôrdo com o texto, J. AMERICANO, ob. ult. cit., 1.º vol., pág. 138; J. F. MARQUES, ob. ult. cit., vol. II, pág. 280; M. A. SANTOS, ob. cit., vol. II, pág. 54; JORGE LAFAYETTE PINTO GUIMARÃES, verbete *Assistência*, in *Repert. Encicl. do Dir. Bras.*, vol. 4, pág. 353; já no regime anterior ao Código, com argumentação precisa, M. PEIXOTO, ob. cit., pág. 190. Quanto a L. DA COSTA, ob. ult. cit., vol. I, pág. 422, e vol. III, pág. 330, embora admitisse o recurso do assistente *simplex* na omissão do assistido, excluiu-o se este expressamente se conformasse com a decisão ou desistisse do seu recurso; *aliter*, no tocante ao assistente *qualificado, autônomo ou litisconsorcial* (vol. I, pág. 428 — mas o conceito de assistência qualificada, para êsse autor, assimilava-se ao de um verdadeiro *litisconsórcio*, como se vê da exposição feita na pág. 427 e dos exemplos da pág. 484). Nega ao assistente *simplex* a faculdade de recorrer, se o assistido não recorreu, J. A. DA SILVA, ob. cit., pág. 322.

(28) P. BATISTA, ob. cit., pág. 298; CUNHA SALES, *Livro dos recursos*, pág. 7; P. DE MIRANDA, ob. ult. cit., t. IX, págs. 13/4; L. DA COSTA, ob. ult. cit., vol. IV, pág. 304. Como assinala HUGO SIMAS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. 2.º, 2.ª ed., pág. 120, o Antoprojeto da 12.ª Subcomissão Legislativa quisera incluir os embargos de terceiros entre as modalidades de *intervenção no processo*, mas o Código não abraçou tal orientação.

(29) Até seu eventual comparecimento ao processo, os litisconsortes (potenciais) são terceiros, e como tais abrangidos pela norma do art. 842, I. Sem base — e portanto sem razão — a crítica ao dispositivo formulada por S. FAGUNDES, ob. ult. cit., págs. 317/8.

dos, postulam, também sem êxito, a remição de bens; e) os credores não admitidos ao concurso. Todos dispõem de agravo de instrumento, com base nos incisos I, XI e XIII, respectivamente, do artigo 842. Mas *em que qualidade* podem recorrer?

O problema não apresenta interêsse apenas *teórico*: sua solução tem relevante consequência *prática*, à vista do que dispõe o artigo 815, § 1.º, do Código de Processo Civil. Se a legitimação, aí, é para recorrer *como terceiro*, o prazo será de três meses, caso o recorrente não tenha domicílio ou residência no fóro da causa; se não, o prazo será o comum. Salta aos olhos a inconveniência da opção pelo primeiro têrmo da alternativa; mas o argumento, por si só, não seria decisivo. A questão tem de ser resolvida pela interpretação dos arts. 814 e 815, *caput*: ou as hipóteses são de *terceiria*, e não haverá como afastar a incidência da norma referente ao prazo, ou o conceito de “parte na causa” abrange quem haja visto indeferido o requerimento de intervenção — *tertium non datur*.

41. Por mais de uma razão parece-nos preferível o segundo entendimento. Quando o art. 815 diz que “o terceiro prejudicado poderá recorrer da decisão”, tem em mira aquêle que, ao ser ela proferida, *ainda se mantém alheio ao processo*. Não o que a êste já compareceu, mesmo que o comparecimento se resuma, até êsse instante, no pedido de intervenção. Do contrário, não se justificaria a redação genérica, sem qualquer ressalva, do § 2.º, que evidentemente pressupõe *alheamento ao processo*: se o terceiro, incapaz, já tivesse requerido seu ingresso no feito, sem representação ou assistência, aplicáveis seriam os arts. 80 e 84 e respectivos parágrafos, não o art. 815, § 2.º. Como sugere a própria redação do *caput* dêste dispositivo, deve haver uma decisão que prejudique terceiro, o que não pode significar senão que aquela é necessariamente *anterior* a qualquer ato processual do prejudicado. Ora, em qualquer das hipóteses (a), (b) e (c), acima, isso não corresponde ao esquema de fato, pois a decisão (de indeferimento) *sobrevém* ao ato pelo qual se postulou a intervenção como litisconsorte, assistente, oponente, remidor ou credor concorrente.

No plano dos princípios, é manifesta a analogia entre a decisão que indefere tal pedido e a que declara ilegítima, encerrando o processo, qualquer das partes principais. Aqui se nega a legitimação para agir ou para contestar; ali, a legitimação para intervir, numa



das qualidades a que se fêz menção, e que pode corresponder perfeitamente, como na intervenção litisconsorcial, à qualidade de autor ou de réu. Pense-se que ao juiz, em certos casos, é lícito repelir *liminarmente* o autor, indeferindo a inicial, inclusive por ilegitimidade *ad causam* (30). Na essência, nada tem de diverso a decisão que rejeita de plano o pedido de intervenção: num e noutro caso, o juiz declara que o postulante não tem qualidade para figurar *legitimamente* como parte no feito. Mas à parte declarada *ilegitima* é facultado recorrer *como parte*, pleiteando do órgão *ad quem* o reconhecimento de sua *legitimatio*. Há irrecusável paralelismo entre essa situação e a do interveniente rechaçado (31).

42. Em contrário talvez se pudesse argumentar com a redação do inciso IX do art. 842, que concede agravo de instrumento contra a decisão denegatória da apelação, “inclusive a de terceiro prejudicado”. Aqui, à semelhança das hipóteses anteriormente consideradas, a decisão agravável *pressupõe* ato processual do interveniente — interposição de apelação contra a sentença definitiva —, de maneira que, a aceitar-se o raciocínio exposto, o apelante rejeitado já teria qualidade para agravar *como parte*. A cláusula aspeada indicaria, entretanto, que o legislador julgou necessário legitimar expressamente para o agravo o “terceiro prejudicado”. É evidente que, em qualquer caso, não se lhe negaria qualidade para agravar, porque lá estaria, sempre, o inciso I. A questão não oferece, pois, interesse prático, mas cumpre responder ao argumento exegético.

Parece-nos arbitrário supor que a referência expressa ao “terceiro prejudicado” fôsse *indispensável* para incluí-lo entre os que podem valer-se do inciso IX. Ao nosso ver, deve entender-se a cláusula como meramente *explicitante* de algo que, mesmo sem ela, já estaria contido na norma (32). O legislador terá querido apenas dar *ênfase* ao ponto, para evitar quaisquer dúvidas; mas a interpre-

tação fatalmente revelaria, ainda que omitida a alusão, o alcance total da regra. Basta pensar no indeferimento de recurso outro que não a apelação, interposto por terceiro prejudicado: é claro que, nessa hipótese, o terceiro pode usar, contra a decisão denegatória, o mesmo recurso concedido às partes, independentemente de nomeação *expressis verbis*, que o Código só faz no art. 842, IX. Por exemplo: o terceiro prejudicado a quem o relator não admita os embargos de nulidade ou infringentes dispõe do agravo do art. 836, apesar de inexistir, aqui, cláusula explicitante; o que não tiver admitido o seu recurso de revista poderá agravar com fulcro no art. 860, que tampouco fala do terceiro; e assim por diante.

43. Se na fase anterior do processo figurou incapaz representado ou assistido, pode acontecer que, no momento da decisão, ou logo após, venha a cessar a incapacidade; em tal caso, é óbvio, o recurso poderá ser interposto pelo ex-incapaz. E vice-versa: se a incapacidade sobreveio, será necessária, para o recurso, a representação ou a assistência. Num caso e noutro, *parte* é sempre, antes e depois do recurso, aquêle cuja incapacidade cessou ou surgiu.

Mudança verdadeira sucede, ao contrário, quando algum fato intercorrente produz o aparecimento ou o desaparecimento do fenômeno conhecido como *substituição processual*. Se, *v.g.*, a nubente traz como dote imóvel sôbre cujo domínio litiga com terceiro, o casamento celebrado na data da decisão, ou logo após, legitima o marido para recorrer, em seu nome, na defesa do bem dotal, que à mulher continua a pertencer (Código Civil, arts. 289, III, e 290, *fine*). Se, ao contrário, naquela data se dissolve a sociedade conjugal, a legitimação, que cabia ao marido, restitui-se à mulher, e em nome desta se interporá o recurso.

São legitimados a recorrer os sucessores, a título universal ou singular, por fato concomitante com a decisão, ou ocorrido depois dela, mas ainda dentro do prazo recursal. Na sucessão *causa mortis*, tem-se de atender ao disposto nos arts. 187, III, 198, parágrafo único, b, 200, I, 746 a 749 do Código de Processo Civil. Quanto ao cessionário ou sub-rogado, o art. 750 permite-lhe, sem habilitação, prosseguir no feito, citada a parte contrária; não se lhe pode negar, pois, a legitimação para recorrer, se fôr o caso. Mas ao transmitente é lícito continuar no processo, usando eventualmente dos recursos ca-

(30) Código de Processo Civil, art. 160, *fine*. Filiamo-nos à corrente que vê aí referência à ilegitimidade *ad causam*, e não *ad processum*: assim L. M. GUIMARÃES, *Car. de ação*, cit., pág. 21; A. BUZARD, *Do agr. de pet.* cit., pág. 126. Contra, P. DE MIRANDA, ob. ult. cit., t. II, pág. 429; C. SANTOS, ob. e vol. cit., pág. 365; M. A. SANTOS, ob. cit., vol. II, pág. 110.

(31) Entreviu-o, sem ferir o âmago da questão, S. FAGUNDES, ob. ult. cit., pág. 39, nota 37.

(32) Parece ser essa a opinião de P. DE MIRANDA, ob. ult. cit., t. XI, pág. 332.

bíveis, como substituto processual (33); nesse caso, somente a invocação do art. 815 poderá aproveitar ao cessionário ou sub-rogado, se quiser recorrer.

44. O material elaborado nas páginas anteriores permite-nos agora estabelecer com maior precisão o discrimine entre a legitimação para recorrer *como parte* e a legitimação para recorrer *como terceiro* — ainda sem entrarmos, quanto a este, na verificação da existência de um *plus*, ligado à natureza do prejuízo a que alude o Código de Processo Civil. A importância prática da distinção, à qual já se fez parcial referência, consiste em que o recorrente *como terceiro* pode invocar as regras especiais do art. 815, §§ 1.º e 2.º, inaplicáveis ao recorrente *como parte*.

É *terceiro*, para fim de recurso, aquêle que, no momento da decisão impugnada, se mantinha alheio ao processo. Esse alheamento pressupõe: (a) que o recorrente não haja praticado, antes, qualquer ato capaz de vinculá-lo à relação processual; (b) que não se haja praticado, *ainda sem o seu concurso*, qualquer ato de igual efeito. Ou então que, apesar da ocorrência de tal ato, posteriormente se tenha o recorrente desligado do processo, e nessa situação se conserve ao ser proferida a decisão. O pressuposto (b) é tão indispensável quanto o outro, pois às vezes o envolvimento na relação processual decorre de ato praticado *em face de alguém que de modo nenhum contribuiu*, com sua vontade, para ver-se envolvido. Eis porque não nos parece suficiente, para caracterizar o *terceiro* em confronto com a parte, aludir à “inatividade em relação à lide” (34). O réu torna-se parte desde que citado, independentemente da atitude que venha a tomar, defendendo-se no processo ou conservando-se omisso. A revelia não exclui a condição de parte, e o revel que recorre certamente recorre *como parte* (35). Idêntica é a situação daquele que, citado “para integrar a contestação” (art. 91), não comparece a juízo.

Quanto aos outros intervenientes, cumpre distinguir as hipóteses de intervenção espontânea e de intervenção provocada. No pri-

(33) J. F. MARQUES, ob. ult. cit., vol. III, págs. 282/3; ELIÉZER ROSA, *Dicionário de processo civil*, verbete *Substituição processual*, pág. 334.

(34) Assim S. FAGUNDES, ob. ult. cit., pág. 49.

(35) “Ao revel cabem os recursos comuns, nas mesmas condições previstas para o litigante não contumaz”, ensina com acerto J. J. C. DE PASSOS, *Da revelia do demandado*, pág. 131 (sem grifo no original).

meiro caso, consoante já se viu, se a decisão impugnada *sobrevém* ao comparecimento do interveniente — ainda que tal comparecimento se resuma no pedido de intervenção —, o recurso deve considerar-se *de parte*, e não *de terceiro*. Resta apreciar os casos de intervenção provocada regulados nos arts. 95 a 100: o chamado ou o nomeado à autoria, não comparecendo, se mais tarde puderem recorrer da decisão, por satisfeitos os outros pressupostos, hão de fazê-lo *como partes* ou *como terceiros*? A resposta à indagação depende, obviamente, de considerar-se ou não preenchido, pela comunicação que se lhes tenha feito da existência do processo, o requisito acima designado sob (b): trata-se de saber, em outras palavras, se o chamamento ou a nomeação à autoria, por si sós, produzem a vinculação do terceiro à relação processual, de modo que êle se deva reputar, daí em diante, e mesmo que se mantenha omisso, *parte* no processo. Impende, por outro lado, aclarar a situação do litigante originário, depois do incidente que provocou. São questões delicadas, que merecem cuidadoso exame.

45. O chamamento à autoria, no sistema do Código de Processo Civil, é instituto umbilicalmente ligado ao da evicção, e tem por finalidade precípua assegurar ao evicto, em face do transmissente, o direito à reparação do dano, nos termos da lei substantiva. Reza o art. 1.116 do Código Civil: “Para poder exercitar o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante, quando e como lho determinarem as leis do processo”. A denunciação da lide constitui, assim, um *onus* para o adquirente.

Não pode este, é certo, reclamar do litisdenunciado, *no mesmo processo*, a indenização que lhe seja devida. O Código de Processo Civil, em dispositivo de redação particularmente infeliz, preceitua: “A evicção pedir-se-á em ação direta” (art. 101) — isto é: só em outro processo, após o trânsito em julgado da sentença que haja reconhecido o direito do evictor, é que ao evicto se abre ensejo para legitimamente demandar o alienante (36). Inexato, porém, dizer que a sentença, no segundo feito, é “apenas peça de instrução” (37), com o que se dá a entender que ela teria mera eficácia probatória,

(36) P. DE MIRANDA, ob. ult. cit., t. II, págs. 168/9 (o qual, aliás, crítica de *lege ferenda* a orientação do Código, neste ponto); P. B. MARTINS, *Coment. cit.*, vol. I, págs. 857/8; L. DA COSTA, ob. ult. cit., vol. II, pág. 21; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, 3.ª ed., vol. V, pág. 71.

(37) C. SANTOS, ob. e vol. ult. cit., pág. 68.

eventualmente suscetível de destruição por meio de prova contrária (?). Nem se suponha que aproveite ao litisdenunciado qualquer tentativa de demonstrar a injustiça da decisão: seu chamamento à autoria — *que exatamente para tal fim se promove* — sujeita-o, comparecente ou não, à coisa julgada que sobre aquela se produza (38).

Daf a lição de autorizadíssima doutrina, segundo a qual, “ingressado ou não-ingressado na causa, ativo ou não-ativo, o chamado à autoria é como se estivesse na relação processual desde o momento em que expirou o prazo para o seu comparecimento” (39). Em semelhante perspectiva, tem-se de concluir que a investidura na condição de *parte* decorre, para o litisdenunciado, da simples notificação (art. 95, § 1.º) ou citação (art. 95, § 2.º), independentemente da circunstância de atender êle ou não ao chamamento. Abstendo-se de comparecer, sua situação equipara-se à do contumaz, ou revel. Se quiser recorrer da sentença, recorrerá *como parte*, não *como terceiro prejudicado*.

46. E o denunciante? Segundo o art. 97 do Código de Processo Civil, se o denunciado comparece, é com êle que o feito prossegue, “sendo defeso ao autor litigar com o denunciante” — “à parte contrária”, deveria ter dito o Código, uma vez que admitiu o chamamento também pelo autor originário. A figura ocorrente é a da substituição processual: o chamado à autoria, que já não figura na relação de direito material controvertida, vai defender no processo, em nome próprio, direito que, a existir, pertence ao denunciante (40). Se para êste surgir, então, a oportunidade de recorrer, é como *terceiro prejudicado* que terá de fazê-lo, pois deixou de ser parte.

Admite em geral a doutrina, contudo, que êle permaneça em juízo, como assistente do denunciado (41). Nesse caso, é evidente que, satisfeitos os pressupostos, *como parte* lhe caberá recorrer.

(38) P. DE MIRANDA, ob. e t. ult. cit., pág. 163; L. DA COSTA, ob. ult. cit., vol. II, págs. 23, 27; J. F. MARQUES, ob. ult. cit., vol. II, pág. 258; M. A. SANTOS, ob. cit., vol. II, pág. 34; P. PALMEIRA, ob. ult. cit., págs. 98, 101/2.

(39) P. DE MIRANDA, ob. e lug. ult. cit.; *id.*, *Trat. de Dir. Priv. cit.*, t. 38, pág. 273.

(40) G. DE RESENDE F.º, ob. cit., vol. I, pág. 298; L. DA COSTA, ob. ult. cit., vol. I, pág. 391, e vol. II, pág. 24; J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., págs. 226, 250; M. A. SANTOS, ob. cit., vol. I, pág. 386, e vol. II, pág. 32.

(41) LIEBMAN, nota n.º 3 às *Instit. de CHIOVENDA*, cit., vol. II, pág. 247; J. AMERICANO, ob. e vol. cit., págs. 141, 142; L. DA COSTA, ob. ult. cit., vol. II, pág. 25; J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 251; M. A. SANTOS, ob. cit.,

47. Quanto à nomeação à autoria, é mister distinguir entre a hipótese em que o nomeado a aceita e assume a posição de réu, no lugar do nomeante, e aquela em que êle não comparece, ou comparece tão somente para negar a qualidade que lhe foi atribuída. Na primeira, é óbvio, investe-se o nomeado, para todos os efeitos, na situação de parte passiva, e como tal, se fôr o caso, há de recorrer. A segunda reclama análise mais acurada.

De acôrdo com o art. 99, parágrafo único, do estatuto processual civil, “se a pessoa nomeada não comparecer, ou se negar a qualidade que lhe fôr atribuída, o autor poderá prosseguir contra o nomeante e o nomeado, como litisconsortes, assinando-se nôvo prazo para a contestação”. O “poderá” indica que o litisconsórcio não é obrigatório: depende do autor litigar contra ambos — nomeante e nomeado — ou contra um só dêles, à sua escolha (42). A solução do Código atende a que o autor pode: (a) ter dúvida sobre qual dos dois, na verdade, detém a legitimação passiva *ad causam*; (b) vencer-se de que tal legitimação cabe, realmente, ao nomeado, apesar do silêncio ou da negativa dêste; (c) continuar persuadido de que, ao contrário, ela toca ao nomeante, em face de quem propôs, de início, a demanda. No caso (a), resguarda-se o autor, prosseguindo contra ambos, do risco de ver encerrado o processo sem julgamento do mérito, pela carência de ação; nos casos (b) e (c), sujeita-se a êsse risco, pois sempre há a possibilidade de êrro na opção.

48. Se se forma o litisconsórcio passivo, claro está que a eventual legitimação para recorrer, no tocante a qualquer dos litisconsortes, é legitimação *de parte*. Resta verificar o que ocorre quando o autor prefere litigar só com o nomeado, ou só com o nomeante.

Em (b), omisso o nomeado, sua situação igualmente se assimila à do revel. A citação investiu-o na posição de *parte*, que êle conserva a despeito de não atuar no processo, como a conserva se atuou unicamente para rejeitar a nomeação. A ter de recorrer, pois, recorrerá como parte. Quanto ao nomeante, uma de duas: ou se reti-

vol. II, pág. 33. Em sentido contrário, VICENTE CHERMONT DE MIRANDA, *Chamamento à autoria*, in *Rep. Encl. do Dir. Bras.*, vol. 8, pág. 172, o qual se atém a uma interpretação literal do art. 97, *caput*, *fine*, embora o critique *de lege ferenda*.

(42) G. DE RESENDE F.º, ob. e vol. cit., pág. 307; P. B. MARTINS, ob. e vol. ult. cit., pág. 355; L. DA COSTA, ob. e vol. ult. cit., pág. 33; J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 258; M. A. SANTOS, ob. e vol. cit., págs. 37, 38.

rou do processo, e portanto só lhe será lícito recorrer, eventualmente, como terceiro prejudicado, porque *deixou de ser parte* (43); ou nêlo continuou, como assistente, se satisfeitos os pressupostos (44), e então, sendo o caso, recorrerá *como parte*.

Em (c), parte passiva continua a ser o nomeante, e como tal poderá recorrer, ainda que, após a nomeação, se haja mantido processualmente inerte; no que concerne ao nomeado, *deixou de ser parte*, já que o autor não quis aceitá-lo como adversário (45), e por conseguinte, afastando-se do processo, apenas *como terceiro prejudicado* lhe competirá, porventura, recorrer. Mas não se há de excluir *a priori* a hipótese de sua permanência como assistente: pode haver, entre êle e alguma das partes principais, relação jurídica atingível pela sentença; nesse caso, será *de parte* a sua eventual legitimação para recorrer.

49. Por vêzes, ordena a lei que se comunique a terceiros a propositura da demanda: assim, *v.g.*, “Na ação de despejo, dar-se-á ciência, aos sublocatários, do pedido inicial” (Lei n.º 4.494, de 25-11-1964, art. 11, § 6.º). Normas como essa levam em conta a existência de outras pessoas, que não as partes, com manifesto interesse na solução do litígio; o legislador entendeu de favorecê-las com o aviso oficial da instauração do processo, para que desde logo, *se o quiserem*, intervenham neste, em auxílio da parte cuja vitória lhes aproveite, e da qual, por isso mesmo, poderão tornar-se assistentes. O caso do sublocatário é bem típico: a sentença que desconstituiu o vínculo entre locador e locatário *ipso facto* acarretaria a resolução da sublocação (Código Civil, art. 1.203). A assistência, aqui, seria qualificada, pois o interveniente está sujeito à repercussão *imediate e necessária* da decisão sobre sua esfera jurídica (46).

(43) J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 258 (“... ficando o primeiro desligado da instância” — sem grifo no original); M. A. SANTOS, ob. e vol. cit., pág. 38 (“... o denunciante se desliga da causa e da relação processual”).

(44) J. F. MARQUES, ob. e lug. ult. cit.; M. A. SANTOS, ob. e lug. ult. cit.

(45) M. A. SANTOS, ob. e lug. ult. cit. (“A não ser que um ou outro destes se desligue da relação processual por manifestação do autor” — grifamos).

(46) Cf. J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., págs. 276, 278/9; J. LAFAYETTE, verb. cit., págs. 344/5; J. C. B. MOREIRA, trab. cit. em a nota n.º 26, *supra*, págs. 44/5. Distingue-se essa hipótese, com toda a nitidez, de outras que também ensejariam a intervenção assistencial, mas nas quais a influência da decisão sobre a esfera jurídica do terceiro se condiciona à concorrência

A situação dêesses terceiros, *cientificados*, não se assimila à do chamado à autoria. É verdade que o chamamento, no fundo, equivale a uma “provocação de assistência” (47). Entretanto, ao litisdenuciado notifica-se “para assumir a direção da causa” (art. 95, § 1.º), ou cita-se para substituir o primitivo réu (art. 95, § 2.º). No caso, a comunicação da existência do processo não é *convocação a juízo*: é mero aviso para que o cientificado possa, *querendo*, intervir. Ao contrário do que se dá com a notificação ou a citação do litisdenuciado, êsse aviso, por si só, não é bastante para vincular o terceiro à relação processual. Ao sublocatário, avisado ou não, seria lícito, de qualquer modo, requerer sua admissão como assistente do locatário; o aviso é simples expediente legal para evitar o prejuízo prático que lhe poderia advir de só tardiamente tomar conhecimento do processo: a lei presume que o seu interesse seja o de saber quanto antes que se pleiteia a resilição do vínculo *ex locato*, para poder acudir o mais cedo possível em ajuda do locatário, e atende a tal interesse determinando que se lhe dê ciência do ajuizamento do pedido. Mas não vai além disso.

Se o cientificado intervém como assistente, será *de parte*, eventualmente, a sua legitimação para recorrer, como seria se êle intervisse mesmo sem aviso. Se não intervém, a eventual legitimação será de *terceiro prejudicado* (48).

50. Esclarecida nos itens anteriores, e ilustrada em relação a diversas hipóteses importantes, a diferença entre legitimação para recorrer *como parte* e como *terceiro prejudicado*, cumpre agora fixar os limites desta última, tendo em vista a diversificação, no sistema processual civil brasileiro, dos tipos de decisões recorríveis e das espécies correspondentes de recursos.

Tem variado historicamente, neste tópico, a orientação do nosso direito. As Ordenações Filipinas só se referiam ao recurso de ter-

de outras circunstâncias de fato: assim no exemplo, a que recorre o primeiro dos autores citados, do tabelião, contra quem *pode* surgir (mas não surge *necessariamente*), em favor da parte vencida no feito onde se discute a validade da escritura, direito ao ressarcimento de perdas e danos — o qual teria de ser deduzido, aliás, *em processo autônomo*.

(47) LIEBMAN, lug. cit. em a nota n.º 41, *supra*. A observação deve ser temperada *cum grano salis*: o chamado à autoria assume, comparecendo, a condição de parte principal, e ao denunciante é que se reconhece a possibilidade de assisti-lo (*v.*, acima, n.º 46).

(48) Nesse sentido, P. DE MIRANDA, *Coment. ao Cód. de Proc. Civ.* cit., t. XI, pág. 94.

ceiro quando tratavam da *apelação* (Livro III, Tit. LXXXI); mas é oportuno frisar que, sob aquêlê código, não eram apeláveis unicamente as sentenças *definitivas*, senão também algumas outras (L. III, Tit. LXIX). O Regulamento n.º 737, no art. 738, facultou aos terceiros prejudicados “apelar e interpor o recurso de revista, ainda que não intervissem na causa na primeira ou segunda instância” — supérflua a cláusula final, pois, se tivessem intervindo, os recorrentes não seriam *terceiros*, mas *partes*. No sistema dêsse diploma, a *apelação* era cabível contra a sentença definitiva e contra a que tivesse “fôrça de definitiva” (art. 646, *fine*); quanto à revista, que nada tinha de comum com o atual recurso dêsse nome, cabia nos casos de “nulidade do processo” ou “nulidade da sentença” (art. 667), ocorrente esta em hipóteses muito assemelhadas às que, hoje, podem fundamentar a ação rescisória (art. 680). O art. 669, § 3.º, concedia agravo da decisão que não admitisse a intervenção de terceiro “para opor-se à causa ou à execução” — mas já se viu que o repellido, aí, recorre *como parte* (49).

Abolido o antigo recurso de revista com o advento da República, o Dec. n.º 3.084, de 5-11-1898, que consolidou as leis referentes à Justiça Federal, deixou confinada ao âmbito da *apelação* — também cabível de sentença definitiva ou com “fôrça de definitiva” (artigo 688) — a legitimação do terceiro prejudicado para recorrer (art. 689, *b*). Já alguns Códigos locais, todavia, adotaram diretriz ampliativa, transferindo a regra pertinente para as disposições gerais sôbre recursos: assim o do Distrito Federal (art. 1.109, III) e o de S. Paulo (art. 1.072, II). De acôrdo com essa orientação, os terceiros prejudicados passaram a poder interpor *qualquer recurso*, isto é, recorrer de *qualquer* decisão, desde que satisfeitos os pressupostos.

51. Acolheu-a o legislador de 1939, que alude ao recurso do terceiro prejudicado no Título I (“*Disposições gerais*”) do Livro VII, logo em seguida ao dos outros eventuais legitimados (*partes*, Ministério Público, juiz). Talvez apostado em evitar dúvidas hermenêuticas, usou no art. 815 a palavra “decisão”, em vez de “sentença”, que alguém poderia entender em sentido estrito, como decisão *definitiva* — embora, quanto ao recurso da parte e do Ministério Público, ninguém sustente que a “sentença” do art. 814 seja apenas

(49) *Supra*, ns. 40 a 42.

essa. Apesar de tudo, não deixou de surgir na doutrina, e lançada por fonte de imensa autoridade, uma tese restritiva, segundo a qual, como “os interesses do terceiro só podem (...) ser realmente prejudicados pela sentença definitiva”, êle apenas se legitimará para recorrer de uma interlocutória “quando esta puder prejudicar a posição processual de uma das partes e, portanto, influir sôbre o conteúdo da sentença definitiva” (50).

O entendimento, para nós incompatível com a sistemática da lei vigente, peca também pela falsidade da premissa em que assenta. Não é exato que só pela decisão de mérito possa ser realmente prejudicado o interesse de terceiro. Num processo em que se esteja deduzindo pedido contrário a tal interesse, aproveita obviamente ao titular dêle, por exemplo, o rápido trancamento do feito por sentença que declare o autor carecedor de ação, ou pronuncie nulidade; e, vice-versa, desaproveita-lhe a rejeição das correspondentes preliminares (51). Não haveria razão lógica para se lhe negar, aí, a faculdade de recorrer — e não lha negou o Código (52). Inexiste, em nosso direito positivo, recurso excluído *a priori* da utilização por terceiro prejudicado — o que não significa, à evidência, possa êste invocar efetivamente *tôdas* as hipóteses de cabimento previstas no texto legal para os vários recursos. Assim, *v. g.*, não se faculta a terceiro agravo de instrumento contra decisão que julgue exceção *declinatoria fori*: com efeito, de acôrdo com o artigo 139, os intervenientes sujeitam-se ao “fôro em que a causa correr” (53), não lhes cabendo — mesmo que *já participantes* do processo — o uso da exceção, nem, por igual razão, o do recurso correspondente; *a fortiori*, se ainda não ocorrera a intervenção.

52. Com o Ministério Público se completa o quadro dos legitimados a recorrer voluntariamente. É claro que o Código de Processo Civil não se refere, no art. 814, aos casos em que êle atua

(50) LIEBMAN, nota n.º 1 às *Instít.* de CHIOVENDA, cit., vol. III, pág. 284. Mais categórico L. DA COSTA, ob. ult. cit., vol. III, pág. 330: “O direito do terceiro sômente pode ser prejudicado por uma decisão de mérito”; no mesmo sentido, ainda, J. A. DA SILVA, ob. cit., pág. 324.

(51) Cf. os exemplos imaginados por S. FAGUNDES, ob. ult. cit., pág. 63.

(52) De acôrdo com a tese exposta no texto, além do autor citado em a nota precedente, *v. P. DE MIRANDA*, ob. e t. ult. cit., págs. 84, 85, 89; J. F. MARQUES, ob. ult. cit., vol. IV, pág. 84; JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, *Agravo no auto do processo*, págs. 52/3. Mantém a orientação vigente o Anteprojeto de Código de Processo Civil, art. 545.

(53) Ressalve-se o disposto na Constituição Federal, art. 119, § 2.º.

como representante judicial da Fazenda Pública (Constituição Federal, art. 138, § 2.º; Constituição do Estado da Guanabara, art. 66, *caput* e § 2.º): aí, o recurso compete à parte, que é a pessoa de direito público, funcionando o órgão do Ministério Público apenas como seu advogado.

A menção expressa ao Ministério Público naquele dispositivo, por outro lado, tampouco se justificaria se o Código tivesse em vista as hipóteses em que é de parte a posição dele, quer atuando *iure proprio*, quer como substituto processual. Sendo “parte na causa”, já estaria o Ministério Público abrangido pela cláusula inicial do artigo 814. O adendo “ou, quando expresso em lei, ao órgão do Ministério Público”, obviamente diz respeito a outras situações, às quais se estende — sem a elas reduzir-se — a legitimação do Ministério Público para recorrer (54).

Dentre essas situações, interessante é a que pode verificar-se no processo da ação popular. O Ministério Público, que não tem legitimidade para propô-la, tem-na contudo para nela prosseguir — assumindo, evidentemente, a posição de parte ativa —, se o autor originário desiste ou é absolvido da instância (Lei n.º 4.717, de

(54) P. DE MIRANDA, ob. e t. ult. cit., págs. 77/8; C. SANTOS, ob. ult. cit., vol. IX, págs. 231/2; J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 81; S. FAGUNDES, ob. ult. cit., págs. 46/7 e nota 66; P. B. MARTINS, *Rec. e proc. ... cit.*, pág. 182. Quanto aos casos em que o M. P. apenas *oficia*, como fiscal da aplicação da lei, a doutrina é uníssona em recusar-lhe, na ausência de texto legal permissivo, legitimidade para recorrer: P. DE MIRANDA, ob. ult. cit., t. XI, pág. 78; C. SANTOS, ob. e vol. ult. cit., pág. 232; O. DE ANDRADE, ob. e vol. cit., págs. 142/3; G. DE RESENDE F.º, ob. cit., vol. III, págs. 95/6; L. DA COSTA, ob. ult. cit., vol. II, pág. 85; J. F. MARQUES, ob. e lug. cit. (com crítica de *lege ferenda*); M. A. SANTOS, ob. cit., vol. III, pág. 93; S. FAGUNDES, ob. ult. cit., págs. 44/5; P. B. MARTINS, ob. e lug. ult. cit.; J. A. DA SILVA, ob. cit., págs. 314/5. A rigor, a legitimação só poderia decorrer de lei *federal* — não de dispositivos insertos, *v.g.*, em código *local* de organização judiciária: a matéria é tipicamente processual. A jurisprudência, contudo, sensível a intuitivas razões de conveniência, apresenta-se dividida, entendendo grande número de julgados que o poder de recorrer é inerente à atribuição de *custos legis* outorgada ao M. P. Assim, para nos cingirmos a alguns exemplos, os acórdãos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 19-8-1948, *apud* A. DE PAULA, ob. cit., t. IX, pág. 4.328, n.º 14.772; em 19-9-1949, *ibid.*, pág. 4.330, n.º 14.776; em 11-9-1957, *ibid.*, t. XXVI, pág. 2.145, n.º 33.343; em 12-2-1960, *ibid.*, pág. 2.147, n.º 33.345-C; em 18-3-1960, *ibid.*, n.º 33.345-D; do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 7-8-1951, *ibid.*, t. XVII, pág. 2.265, n.º 26.092; em 24-11-1953, *ibid.*, pág. 2.266, n.º 26.095; em 24-5-1956, *ibid.*, t. XXI, página 1.332, n.º 29.900-A; em 5-12-1958, *ibid.*, t. XXVI, pág. 2.149, n.º 33.351; em 16-12-1958, *ibid.*, n.º 33.352. O Anteprojeto de Código de Processo Civil, no art. 547, legitima o M. P. a recorrer “assim no processo em que é parte, como naqueles em que *oficia* como fiscal da lei”.

29-6-1965, art. 9.º). Daí em diante, sem dúvida, poderá recorrer *como parte* que fica sendo. Mas o art. 19, § 2.º, do aludido diploma também lhe faculta recorrer “das decisões proferidas contra o autor popular” — ou seja, ainda quando, até então, se haja o Ministério Público mantido no papel de *custos legis*. A interposição de recurso por êle, em semelhante hipótese, convertendo-o em parte, pode fazer surgir, na fase recursal, litisconsórcio entre o Ministério Público, o autor popular, o cidadão que, sem ter intervindo na primeira instância, queira recorrer (dispositivo citado) e, eventualmente, a própria pessoa jurídica que se aponta como lesada em seu patrimônio pelo ato impugnado, desde que, conforme lhe permite o art. 5.º, § 3.º, tenha preferido “atuar ao lado do autor” (55).

### § 3.º — Interêsse em recorrer

53. A questão do interêsse em recorrer não se põe no tocante ao recurso *ex officio*, sempre obrigatório. Nosso direito positivo não conhece recurso *ex officio* de interposição facultativa. Existia a figura na Constituição Federal de 1934, art. 76, parágrafo único, segundo o qual podia também ser interposto “pelo Presidente de qualquer dos tribunais” o recurso extraordinário fundado em dissídio jurisprudencial (art. 76, n.º 2, III, *d*). Já anteriormente, o Decreto n.º 23.055, de 9-8-1933, contemplara o recurso extraordinário *ex officio*, mas com índole *necessária* (art. 1.º, § 1.º: “Sempre que os julgamentos das mesmas Justiças (dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre) se fundarem em disposição ou princípio constitucional ou decidirem contrariamente a leis federais, ou a decretos ou atos do Governo da União, o presidente do Tribunal ou o da Câmara respectiva, a quem couber, recorrerá *ex officio* para o Supremo Tribunal Federal, com efeito suspensivo, dentro do prazo de três dias, contados da publicação do respectivo acórdão”).

Nos trabalhos preliminares da reforma constitucional realizada em 1967, pretendeu-se voltar aproximadamente ao sistema de 1934. O Anteprojeto elaborado pelo Ministro CARLOS MEDEIROS SILVA, no art. 112, parágrafo único, reservava aos Presidentes dos Tribunais

(55) V. a respeito nosso artigo *Problemas da ação popular*, in *Rev. de Dir. Administrativo*, vol. 85, págs. 402/3.

e ao Ministério Público, sem caráter de obrigatoriedade, a legitimação para recorrer extraordinariamente com base em divergência jurisprudencial, salvo quando a decisão divergente fôsse do próprio Supremo Tribunal Federal. O alvitre não foi acolhido pelo Congresso Nacional.

Nem o Código de Processo Civil, nem qualquer lei extravagante cogita de recurso *ex officio* facultativo. Desde que ocorra alguma das hipóteses de cabimento, ao juiz que proferiu a decisão não se deixa alternativa: deve interpor o recurso e, como já se notou, irrelevante será a sua eventual omissão em declará-lo expressamente. Nessa perspectiva, não há que cuidar, ao propósito, de interesse em recorrer.

54. Quanto ao Ministério Público, ou recorre como parte ou no exercício da legitimação especial que, sem ser parte, alguma regra jurídica lhe confira (Código de Processo Civil, art. 814, *verbis* "quando expresso em lei"). No primeiro caso, os tãrmos da questão serão precisamente os mesmos em que ela se colocará para quem quer que parte seja (56). No segundo, cumpriria distinguir: se a norma, ao regular a matéria, cria para o Ministério Público o *dever* de recorrer, *tollitur quaestio*; se apenas lhe *faculta* o uso do recurso, permitindo-lhe optar entre interpô-lo ou não, exsurge o problema do interesse.

É o que se dá no processo da ação popular. O art. 19 da Lei n.º 4.717, de 29-6-1965, no § 2.º, legitima "qualquer cidadão e o representante do Ministério Público" a recorrer "das decisões proferidas contra o autor popular e suscetíveis de recurso". É manifesta a *ratio legis*: quis-se assegurar a possibilidade de contrôlo, pela instância superior, ainda quando com a decisão desfavorável se conforme o autor popular. Atendeu o legislador ao interesse *público* na apreciação judicial exaustiva das lides concernentes a atos inquinados de irregulares e patrimonialmente lesivos a determinadas pessoas jurídicas.

Não é êsse, porém, o interesse de que aqui se trata, como requisito da admissibilidade do recurso. O Ministério Público pode recorrer nas mesmas condições em que o poderia o autor popular. O problema do interesse na interposição há de ser, pois, equacionado em

(56) e (57) V. abaixo, ns. 55 a 68.

têrmos iguais aos do concernente ao interesse na interposição *pela parte*. Na realidade, ao manifestar seu recurso, o Ministério Público, até aí figurante no processo como *custos legis* (se tinha prosseguido como sucessor do autor popular, por desistência dêste ou absolvição da instância, a teor do art. 9.º, *parte já era*, ao proferir-se a decisão, e a questão está *a priori* resolvida), passa, na instância recursal, à posição de parte. A admissibilidade do recurso, portanto, há de subordinar-se aos requisitos postos para o recurso da parte, consoante os mesmos critérios de aferição (57).

55. Concentremo-nos, pois, no estudo do problema relativo ao interesse *da parte* em recorrer, deixando para etapa posterior o do interesse *do terceiro*. O tema é daqueles em que o panorama doutrinário se cobre de névoas. Embora, no fundo, as diversas posições em geral não se afastem muito umas das outras, a formulação varia às vèzes em matizes sutis, quase inapreensíveis, dificultando o agrupamento das opiniões em correntes nítidas. A boa metodologia, contudo, exige que se tente, ao menos, uma classificação esquemática; o leitor terá em vista que, aqui ou ali, a necessidade de condensação nos leva a desprezar, na sistematização da matéria, pequenas discrepâncias entre as fórmulas adotadas pelos diversos autores.

Básicamente, numa primeira aproximação, o fato apontado como gerador do interesse da parte em recorrer é o de ter sido ela *vencida*. Na doutrina italiana, e em tempos recentes também, por influência dela, na brasileira, costuma-se falar ao propósito em *sucumbência* (58). A fórmula é imprecisa e, como oportuna-

(58) Para alguns, convém notar, a sucumbência seria fonte da *legitimação*, e não do interesse: assim CABNELUTTI, *Lezioni cit.*, vol. IV, pág. 291; *id.*, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. III, pág. 642; *Studi di Diritto Processuale*, vol. III, pág. 111; CALAMANDREI, *Appunti sulla reformatio in peius*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. VI, 1929, parte I, págs. 301/2; SARTI, *Le impugn. cit.*, pág. 18 (mas v. a referência ao interesse na pág. 19 e em *Dir. Proc. Civ. cit.*, pág. 334); ATTARDI, *L'int. ad agire cit.*, págs. 292/3; S. COSTA, *Manuale cit.*, pág. 370; *id.*, *Rivocazione della sentenza per falsità di documenti e legittimazione al gravame*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. XI, 1934, parte II, págs. 182/3 e nota 8, nesta; *verbete Interesse e legittimazione ad agire*, in *N. Dig. Ital.*, vol. VII, pág. 49; D'ONOFRIO, *verbete Appello (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. Ital.*, vol. I, pág. 728; em sentido dubitativo, PROVINCIALI, *Il giudizio di rinvio*, págs. 170/1; em obras posteriores, êste autor relaciona mais decididamente a sucumbência com o interesse; v. *Sist. cit.*, § 32, a despeito do que se lê na pág. 166; *Delle impugn. in gen.*, págs. 148 e segs.); LUGO, *Manuale cit.*, pág. 176 (a rubrica do § 126 fala

mente se mostrará, insuficiente. Não parece muito mais satisfatória a referência ao “prejuízo” causado à parte pela decisão impugnanda, ou à “situação desfavorável” que esta lhe acarreta (59). Semelhantes conceitos, que não primam pela nitidez, precisariam em todo caso ser esticados além da medida razoável para apanhar hipóteses que teremos de examinar no lugar próprio e nas quais é absurdo negar à parte o interesse de provocar novo julgamento.

56. Menos feliz ainda é a tentativa de vincular este requisito da admissibilidade do recurso à *injustiça* da decisão. A indagação acerca desse ponto constitui, obviamente, matéria *de mérito*: verificar se a decisão foi justa ou injusta nada mais é do que resolver se ela deve ou não ser reformada, se o recorrente tem ou não razão, numa palavra: julgar o recurso *de meritis*. Aliás, consoante já se tem observado (60), um recurso pode merecer provimento ainda quando a decisão recorrida haja aplicado corretamente o direito aos fatos, à vista do material de que dispunha o órgão *a quo*, se, permitindo-o a lei, na instância recursal se colheram novos elementos de convicção. Em nosso sistema positivo, a possibilidade é evidente, à luz do art. 842, § 1.º, *fine*: a proposição, ante o juízo do recurso, de uma questão de fato não proposta, por motivo de força maior, na instância inferior, pode mudar a fisionomia da espécie e conduzir à reforma da decisão, entretanto “justa” *in statu quo*.

Nem representa apreciável melhora falar de injustiça “subjéctiva” (61). Não é necessário, para tornar admissível o recurso,

em *legitimação*, o texto em *interesse*). Tudo isso é reflexo das perplexidades e hesitações da doutrina quanto à distinção mesma entre os dois requisitos de admissibilidade (v. acima, n.º 36, nota 22).

(59) Assim, com certa variedade de formulação, CHIOVENDA, *Instit. cit.*, vol. I, págs. 62/3, e vol. III, pág. 229; *id.*, *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. VIII, parte I, págs. 17/8; CARNELUTTI, *Sistema*, t. e pág. cit. em a nota precedente; LIBBMAN, “*Parte*” o “*capo*” *di sentenza*, in *Riv. di Dir. Proc.*, vol. XIX, 1964, págs. 56/7; GIUDICE-ANDREA, *Le impugn. civ.*, cit., vol. I, pág. 167; D’ONOFRIO, verbete *Gravami* (*diritto processuale civile*), in *N. Dig. Ital.*, vol. VI, pág. 487; PEDOTE, verb. cit., pág. 272; DEL POZZO, verb. *Impugn. (dir. proc. pen.)* cit., pág. 435; MOREL, ob. cit., pág. 474; PODETTI, ob. cit., pág. 125; C. SANTOS, ob. ult. cit., vol. IX, pág. 231; A. BUZARD, *Do agr. de pet. cit.*, pág. 146; *id.*, *Da apel. ex off. cit.*, pág. 7; J. C. DE O. E. CRUZ, ob. cit., págs. 68/4.

(60) CALAMANDREI, *Vicios de la sent.* ... cit., pág. 445; ROSENBERG, ob. cit., t. II, pág. 366; L. M. GUTMANN, *Lím. obj. do rec. de apel. cit.*, pág. 52.

(61) Aludem, de uma forma ou de outra, ao *sentimento* da injustiça, que deve existir no recorrente: entre os nossos antigos praxistas, RAMALHO,

que o recorrente tenha na verdade *sentido como injusta* a decisão, ou, em outras palavras, que êle sinceramente suponha ter razão — como não é necessário, para tornar admissível a ação, e ao contrário do que se sustentou em certa fase da evolução doutrinária na matéria, que o autor esteja *de boa-fé* na afirmação do direito de que se apresenta como titular. Para abrir à parte as vias recursais, basta que ela *alegue* — independentemente de qualquer indagação sobre a sua sinceridade — o erro do primeiro julgamento (62).

57. Forte corrente doutrinária, empenhada em precisar o critério essencial para a caracterização da sucumbência, identifica-o no confronto entre o teor da decisão e aquilo que haviam pleiteado as partes (63). Com ligeiras variações na maneira por que se expressam os autores, faz-se derivar o interesse em recorrer, para cada uma das partes, do fato de não se lhe ter dado acolhimento ao pedido, ou — acrescenta-se às vezes — de se ter acolhido o da parte contrária. A ressalva seria necessária para atender ao caso da revelia: o réu revel nada pediu, mas não se lhe pode negar, à evidência, interesse na impugnação da sentença que porventura julgue procedente a demanda.

ob. cit., pág. 534; na literatura moderna, v.g., CARNELUTTI, *Lezioni cit.*, vol. IV, págs. 173, 292; ZANZUCCHI, *Dir. Proc. Civ. cit.*, vol. II, pág. 176; SATTI, *Dir. Proc. Civ. cit.*, pág. 334; *id.*, *Le impugn. cit.*, págs. 18/9; JOÃO BONUMÁ, *Direito Processual Civil*, vol. III, pág. 17.

(62) Frisa-o enérgicamente BETTI, ob. cit., pág. 631.

(63) Com as ressalvas do costume, podem alinhar-se ao propósito as opiniões de, entre outros, GOLDSCHMIDT, *Der. Proc. Civ. cit.*, pág. 399; ROSENBERG, ob. e t. cit., págs. 361, 367; LENT, ob. cit., pág. 276; NIKISCH, ob. cit., pág. 469; U. ROCCO, *Tratt. cit.*, vol. III, pág. 285 (v. porém, a pág. 286, onde o autor se inclina para outro critério); JAEGER, ob. cit., pág. 490; ANDRIOLI, *Appunti di Diritto Processuale Civile*, pág. 137; CARNELUTTI, *Dir. e proc. cit.*, pág. 228; S. COSTA, *Manuale cit.*, pág. 371; VELLANI, verbete *Appello* (*diritto processuale civile*), in *Encicl. del Dir.*, vol. II, págs. 721/2; PRISTO-CASTRO, ob. cit., t. I, pág. 582; COUTURE, *Fundamentos do Direito Processual Civil*, pág. 234; O. DE ANDRADE, ob. e vol. cit., pág. 122; DE P. N. SILVA, ob. cit., vol. V, pág. 99; J. F. MARQUES, ob. ult. cit., vol. IV, págs. 14/5. No fundo, apesar da crítica formalmente dirigida ao critério, dêle tampouco se afasta muito MICHELI, ob. cit., vol. II, pág. 240. A doutrina alemã costuma referir-se, neste contexto, à necessidade do “gravame formal” (*formelle Beschwerde*) para a admissibilidade do recurso: v., a respeito, o denso estudo, já citado, de BAUR, in *Festschrift für Friedrich Lent*, *passim*, com amplas referências bibliográficas; todavia, a leitura atenta revela que a preocupação essencial do autor, aí, é ressaltar a impossibilidade de modificação do pedido, ao passar-se da *Urinstanz* para a instância recursal.



Deixando de lado a questão, irrelevante aqui, da propriedade terminológica no uso da palavra “pedido” em relação ao réu (64), vamos expor sucintamente as razões por que não nos parece aceitável essa atitude. Em primeiro lugar, o critério sugerido apenas seria aplicável à sentença definitiva e às decisões de outra natureza proferidas em resposta à iniciativa das partes. Não serviria para os casos, inúmeros, em que o órgão judicial resolve *ex officio* alguma questão: aí faltaria o elemento de confronto, pois *nada se pediu*, num sentido ou noutro. Para medrar a tese, indispensável se tornaria, antes de tudo, um clima legislativo adverso à recorribilidade em separado das interlocutórias, e já se sublinhou que não é esse o do nosso sistema positivo.

Ademais, há certos itens sobre os quais o juiz deve pronunciar-se, na própria sentença definitiva, independentemente de pedido expresso: assim os juros legais (Código de Processo Civil, artigo 154), as custas processuais (art. 283) e, agora, os honorários de advogado (art. 64, com a redação dada pela Lei n.º 4.632, de 18-5-1965). Tampouco nesses pontos será cabível, para a apuração do interesse em recorrer, qualquer comparação entre o pedido — que não precisa referir-se a eles — e a decisão. O interesse obviamente exsurge desde que o órgão judicial, desatendendo ao imperativo da lei, deixe de incluir na condenação os juros, ou de impor à parte vencida o reembolso, à vencedora, das custas do processo e o pagamento dos honorários ao advogado dela (65).

A outras questões interessantes, que oportunamente se examinarão, também não permite dar solução satisfatória o princípio da desconformidade entre o pedido e a decisão. Assim, para só enunciarmos os principais tópicos de uma problemática que a seu tempo será enfrentada, a da existência ou inexistência do interesse em recorrer na hipótese de acolhimento de um dos pedidos alternativamente formulados; ou naquelas em que, excepcionalmente, adquire relevância prática a motivação do *decisum*; ou, ainda, para o réu, naquelas em que o juiz, apreciando preliminar argüida, põe fim ao processo sem julgar o mérito.

(64) V., a respeito, J. C. B. MORAIRA, *Questões prejud. e c. julg.* cit., pág. 90, e os autores aí citados em a nota n.º 28.

(65) Aludem ao ponto, v. g., P. B. MARTINS, *Rec. e proc.* ... cit., pág. 181; ANÉSIO DE LARA CAMPOS JÚNIOR, *Princípios gerais do Direito Processual*, pág. 99.

58. Bem mais idônea, ao nosso ver, para atingir o âmago da questão é outra via, seguida também por autorizado setor doutrinário, que prefere colocar a tônica no aspecto da *utilidade* ou do *proveito* — aqui, igualmente, varia o modo de expressão — que à parte seja lícito esperar do novo julgamento por ela provocado (66). Esse princípio, para nós o fundamental na matéria, necessita, porém, de esclarecimento e complementação, a fim de assegurar a solução cabal do problema.

A principal deficiência do critério baseado na noção de *prejuízo* — a par de sua falta de precisão — consiste em limitar o confronto a uma óptica *retrospectiva*: por êle, apenas se compara a situação da parte em face da decisão impugnanda com aquela em que se achava *antes*. Despreza-se, assim, a circunstância de que algumas vezes surge a possibilidade, para a parte, de obter, ao fim do processo, situação não somente *igual* à que tinha, mas *superior* a ela. Isso é gritantemente óbvio quando se pensa na hipótese de vitória do autor; mas também pode ocorrer em relação ao réu vitorioso. Destarte, ante uma decisão de improcedência da demanda, por exemplo, o que importa não é tanto confrontar a situação dela resultante com a *precedente* situação do réu, mas sobretudo com a *melhor* situação que, dado o processo, êle seria capaz de alcançar. Se a decisão proferida, nos termos em que o foi, não lhe proporcionou esse *optimum*, e à luz da lei ainda lhe é possível tentar atingi-lo por meio do recurso, êle tem, incontestavelmente, interesse em recorrer; irrelevante, em tais condições, o fato de ter sido a parte *vencedora*.

O confronto deve ser, em outras palavras, *prospectivo*: para que se reconheça à parte interesse em recorrer, é bastante, deste ponto-de-vista, que a eventual interposição do recurso lhe abra o ensejo de alçar-se a situação *mais favorável* do que a que lhe adveio

(66) A essa diretriz genérica filiam-se, por exemplo, as opiniões de MORTARA, verbete *Appello civile*, in *Dig. Ital.*, vol. III, parte II, pág. 506; DELOGU, ob. cit., pág. 85 (em termos gerais, para qualquer “*domanda di parte*”, mas com perfeita aplicabilidade ao recurso); LEONE, ob. cit., pág. 301 (embora se fale aí, inexactamente, de “juízo de mérito”); VANNINI, *Manuale di Diritto Processuale Penale italiano*, 4.ª ed., pág. 222; PETRELLA, ob. cit., vol. I, págs. 41, 221/2, 229, 235; A. D. GIANNINI, verbete *Interesse in giudizio*, in *Dir. Prat. di Dir. Priv.* de V. SCIALOJA, vol. III, parte I, pág. 737; GIUDICE-ANDREA, verbete *Impugn.* (*dir. proc. civ.*) cit., pág. 395; ALOISI, verbete *Impugnazioni nel processo penale*, in *N. Dig. Ital.*, vol. VI, pág. 856; CUCHE, ob. cit., pág. 377; S. FAGUNDES, ob. ult. cit., pág. 31; H. DE M. B. BARROS, ob. cit., pág. 39.

da decisão impugnanda, quer êsse nível ideal coincida, quer não, com aquêle em que anteriormente se encontrava. É claro que tudo isso se afirma com a ressalva da *possibilidade legal*: em nosso sistema positivo, *v. g.*, para o autor a quem se acolheu integralmente a demanda e se concederam todos os acessórios, não há caminho que o possa levar, na instância recursal, a qualquer melhoria de situação; decerto não lhe seria lícito pleitear, perante o órgão *ad quem*, a concessão de parcela adicional, que deixara de incluir no pedido. Por isso se lhe negará o interesse em recorrer.

59. Tenha-se em vista, no entanto, o caso da ação popular: trata-se de exemplo particularmente esclarecedor. Se a demanda é julgada improcedente “por deficiência de prova”, nos termos do art. 18 da Lei n.º 4.717, de 29-6-1965, “qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”. Quer dizer: não se produz a coisa julgada material, e o ato atacado pode voltar a sê-lo, permanecendo em suspenso a questão da sua validade, bem como a da obrigação, para os responsáveis e beneficiários, de compor as perdas e danos (art. 11). Diversamente acontecerá se o órgão judicial repelir a demanda por entender *inexistentes* a irregularidade e a lesão patrimonial alegadas pelo autor: nessa hipótese, a *res iudicata*, com eficácia *erga omnes* (art. 18, *princípio*), porá os réus, em definitivo, a salvo do risco de se verem de novo incomodados pela mesma razão. Para a Administração Pública, em particular, surge efeito superlativamente vantajoso, que é o de ter garantida *ad futurum* a incolumidade do ato praticado, pelo menos com relação ao fundamento que o autor invocara: a nova situação lhe será, sem sombra de dúvida, mais favorável do que a anterior, em que estava sujeita, a todo momento, à arguição do suposto vício.

Assim, diante de sentença que rejeite a demanda por falta de prova bastante, não há como negar a qualquer dos réus interesse em recorrer, para tentar conseguir, na instância superior, a declaração da legitimidade do ato. Note-se que êstes, réus, foram *vencedores*; que a decisão não lhes acarretou, pròpriamente, *prejuízo* algum; e que a desconformidade muito melhor se caracterizaria, aí, entre o teor dela e o do *pedido do autor*. O exemplo ilustra com ofuscante nitidez a insuficiência dos critérios acima criticados para a pesquisa do interesse em recorrer.

60. Deve aferir-se pelo prisma *prático* a ocorrência da utilidade, proveito ou vantagem cuja possibilidade configura o interesse em recorrer (67). A razão de ser do processo não consiste em proporcionar ocasião para o debate de teses, ainda que relevantíssimas do ponto-de-vista teórico, mas sem conseqüências concretas para a disciplina do caso levado à apreciação do juiz. Nem pode a atividade do aparelho judiciário do Estado servir de mero instrumento para a solução de questões acadêmicas. Por isso, não entra em linha de conta a veleidade, que alguma das partes tenha, de obter satisfação psicológica com o acolhimento *in totum*, pelo órgão *ad quem*, da argumentação utilizada na defesa do seu direito, se a decisão já assegura a êste tutela eficaz.

Daí se tiram importantes corolários. O mais gritante dêles costuma a doutrina formulá-lo dizendo que não legitima a interposição de recurso a simples discrepância entre as razões de decidir e os argumentos trazidos à colação pela parte; ou, em outras palavras, que só se admite recurso *contra o dispositivo*, e não *contra a motivação*. Quer isso dizer que, se se trata de matéria sôbre a qual houve debate, é irrelevante, para o fim aqui considerado, que o juiz se tenha apoiado, total ou parcialmente, em argumentos diversos daqueles sugeridos pelo litigante a cujo favor, no entanto, decidiu: ainda na hipótese de que êle explicitamente rejeitasse *todos* êsses argumentos, a existência ou a inexistência do interesse em recorrer teria de verificar-se à luz da mera *conclusão*, e não do raciocínio armado para produzi-la (68).

(67) “A noção de *interesse prático* é a base” — assinala com tóda a propriedade L. M. GUIMARÃES, ob. ult. cit., pág. 87 — em que assenta “o conceito do *gravame*, como condição do interesse para recorrer” (grifos do autor).

(68) O ensinamento é tão generalizado que, a rigor, tornaria dispensáveis as citações. V., em todo caso, SCHÖNKE, ob. cit., pág. 301; ROSENBERG, ob. e t. cit., pág. 361; LENT, ob. cit., págs. 275/6; MORTARA, verb. cit., pág. 513; CARNELUTTI, *Studi* cit., vol. III, pág. 108; ZANZUCCHI, ob. ult. cit., vol. II, pág. 187; *id.*, *Delle impugn. in gen.* cit., pág. 311; PROVINCIALI, *Sist. cit.*, págs. 110 e segs.; *id.*, *Delle impugn. in gen.* cit., págs. 81, 148/9; GIUBICEANDREA, *Le impugn. civ.* cit., vol. I, pág. 167; S. COSTA, ob. ult. cit., pág. 371; LEONE, ob. cit., pág. 94; PETRELLA, ob. e vol. cit., págs. 223, 236, 244/5; A. D. GIANNINI, verb. cit., pág. 737; LIEBMAN, *trab. cit.* em a nota n.º 59, pág. 61; VELLANI, verb. cit., pág. 722; PRIETO-CASTRO, ob. e t. cit., pág. 532; GUASP, ob. cit., pág. 1.357; PODETTI, ob. cit., págs. 126/7; J. A. DOS REIS, ob. e vol. cit., pág. 266; C. SANTOS, ob. e vol. ult. cit., pág. 281; DE P. B. SILVA, ob. e vol. ult. cit., pág. 91; J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 18; S. FAGUNDES, ob. ult. cit., pág. 32; P. B. MARTINS, ob. ult. cit., pág. 179; L. M. GUIMARÃES, ob. ult. cit., pág. 80; e muitos outros. Lógicamente aparentado com êsse princípio é o da inadmissibilidade do recurso em que as razões do recorrente

Importa acentuar aqui a íntima vinculação entre o princípio ora exposto e o problema da extensão objetiva da coisa julgada. A interposição do recurso visa imediatamente a evitar que se cristalice a disciplina dada ao caso concreto pela decisão impugnada, através da formação da *res iudicata*. Ora, segundo o entendimento mais exato, válido inclusive para o nosso direito positivo, só o *decisum* se põe, com a exaustão dos recursos cabíveis, sob aquela cobertura; quanto aos antecedentes da conclusão, às razões de decidir — entre elas as que resultam da solução de *questões prejudiciais* (69) —, nenhum impedimento se cria a que sejam objeto de nova discussão e, porventura, de apreciação divergente em qualquer outro processo. Por isso é que unicamente do dispositivo pode advir para qualquer das partes aquêlê interêsse *prático* na provocação de segundo pronunciamento *dentro do mesmo feito*.

61. Outra conseqüência interessante, que adquire relêvo particular no concernente à sentença definitiva, diz respeito à solução das *questões preliminares* ao julgamento de que se recorre (70). Se o réu, por exemplo, além de contestar o pedido, argüiu nulidade processual e falta de condição para o legítimo exercício da ação pelo autor, admitindo-se, *ex hypothesi*, que só afinal venha o juiz a examinar essas questões controvertidas, pode ocorrer que êle repila as preliminares mas, no mérito, julgue a demanda improcedente, em têrmos tais que ao réu nada mais seria lícito pretender. A êste, em semelhante caso, faltará interêsse em recorrer, porque, *do ponto-de-vista prático*, nenhum proveito lhe poderia trazer a interposição do recurso.

Com efeito: proferida a sentença — que apreciou em conjunto as preliminares e o mérito —, uma de duas: ou o autor apela ou

concernem a *um só* dos fundamentos da decisão, quando o outro ou os outros sejam bastantes, por si, para justificá-la: ainda reconhecida a inconsistência daquele singular motivo, a decisão subsistiria *in totum*, de sorte que o recurso em nada poderia aproveitar praticamente à parte. A tese acha-se consagrada, quanto ao recurso extraordinário, no enunciado n.º 283 da *Súmula da jurisprudência predominante* do Supremo Tribunal Federal. Ressalva talvez supérflua: o que se afirma neste item não vale para os casos, aliás excepcionais, em que a própria lei atribui relevância prática à motivação, como acontece no tocante à decisão de improcedência proferida na ação popular (v. o item anterior), cujos efeitos variam conforme o fundamento do *decisum*.

(69) e (70) Aqui, como alhures, usamos essas expressões no sentido que esclarecemos em nosso trabalho, já citado, *Questões prejud. e coisa julg.*, págs. 21 e segs. V. at, nas págs. 76 e segs., a cumprida demonstração da tese enunciada no texto.

silencia ante a decisão. Na segunda hipótese, é claro que para o réu inexistiria qualquer vantagem em apelar, pois a inércia da parte contrária faz transitar em julgado um pronunciamento que lhe foi — a êle, réu — plenamente favorável. Na primeira, a apelação do autor já basta para devolver ao conhecimento do órgão *ad quem* as preliminares repelidas (Código de Processo Civil, artigo 824), de modo que não há para o réu o perigo de ver reformada a sentença *de meritis*, ainda quando persuadido o tribunal da procedência de alguma preliminar, ao contrário do que sucederia se a respeito delas se houvesse dado a preclusão, por falta do recurso do réu. O efeito devolutivo da apelação interposta pelo autor garante ao réu a possibilidade de reapreciação, pelo juízo *ad quem*, das alegações de nulidade e de carência de ação, “suscitadas e discutidas” na primeira instância. Para isso, *não precisa* o réu, por sua vez, apelar — e porque *não precisa*, não se lhe reconhece interêsse em fazê-lo (71).

62. As precedentes considerações ministram-nos a deixa para a formulação mais exata do interêsse como requisito de admissibilidade do recurso. O núcleo vital do conceito há de consistir, como se viu, na idéia de *utilidade* ou *proveito* que, pelo ângulo *prático*, seja esperável da interposição do recurso. Subordina-se êle, entretanto, a dois princípios limitadores: o da *possibilidade legal* e o da *necessidade*. Só se deve reconhecer à parte interêsse em recorrer quando — em tese, *ut si vera sint exposita* — o eventual julgamento do recurso seja apto a acarretar-lhe proveito prático legalmente possível e para cuja obtenção se precisa utilizar tal meio.

Êste último aspecto — o da necessidade — merece agora ser convenientemente ressaltado. Do mesmo modo que o interêsse em agir, como condição de legítimo exercício da ação, se liga à ocorrência de uma situação em que para alguém se torna *necessário* ingressar em juízo, por não haver outro remédio eficaz para a (suposta) lesão ao seu (alegado) direito, assim também o interêsse em recorrer, como requisito da admissibilidade do recurso, pressupõe a *necessidade* dêste para o atingimento do resultado prático que o recorrente tem em vista. Suponhamos que, em ação de cobrança, o pedido do autor haja sido julgado improcedente, mas,

(71) Sobre tudo isso, extensa e luminosamente, L. M. GUIMARÃES, *ob. cit.*, págs. 87 e segs.

a despeito disso, o réu, logo após a prolação da sentença, ofereça em pagamento a importância cobrada, mais os acessórios. Nessas circunstâncias, abre-se para o autor o ensejo de conseguir, *in totum*, sem necessidade de apelar, vantagem prática igual à que poderia esperar do julgamento da apelação. Se, não obstante, apela, deve o recurso considerar-se *inadmissível*, por falta de interesse.

63. Com base nas noções até agora fixadas não parece difícil encaminhar a boa solução um problema assaz debatido na doutrina estrangeira: o da recorribilidade da sentença inexistente, ou defeituosa. Não caberia aqui, é óbvio, o tratamento *ex professo* da matéria, entre tôdas árdua, referente à existência e à validade da sentença. Lembraremos apenas, em termos intencionalmente esquemáticos, e levando em conta os dados do nosso direito positivo, que os vícios das sentenças, do ponto-de-vista dos efeitos, são agrupáveis em três grandes classes: a) a dos que não resistem à eficácia sanatória da coisa julgada e, por isso, não alegados em recurso, têm preclusa a sua arguição; b) a dos que, após o trânsito em julgado, podem servir de fundamento à desconstituição da sentença, mediante ação rescisória, mas não a impedem de produzir, nesse ínterim, todos os efeitos normais; c) a dos que, dispensando o exercício da rescisória, são alegáveis como óbices à execução, através de embargos. Há, como se vê, uma gradação de a) a c), uma ordem crescente de gravidade aos olhos da lei. Fora da série, colocar-se-iam as chamadas sentenças inexistentes, para as quais, como é intuitivo, nem sequer chega a pôr-se a questão da eficácia.

O problema do interesse em recorrer tem de ser estudado separadamente em relação a cada uma dessas categorias. E neste contexto, mais do que em qualquer outro, avulta a relevância do princípio da *necessidade*. A idéia que nos há de orientar na pesquisa é a de que não se deve admitir o recurso senão quando a interposição dêle seja o único remédio capaz de ministrar à parte garantia plena contra o ato judicial. Desde que por via mais simples, sem qualquer gravame, possa ela obter total proteção, deixa o recurso de ser *necessário* e, por conseguinte, falece à parte interesse em recorrer.

64. Do mero enunciado das premissas já emerge, bem nítida, a solução que nos parece correta para o caso das sentenças inexis-

tentes. A inexistência, com efeito, se é da sentença final, faz que continue a fluir, *no mesmo grau*, a instância, não se podendo dizer que o julgador *functus est munere suo*; se de alguma interlocutória, não gera qualquer preclusão, continuando em aberto tôdas as questões “resolvidas”. Não há, *juridicamente*, decisão, e o fato pode ser, a todo tempo, declarado, *ex officio* ou por provocação do interessado.

A doutrina alemã, em sua maioria, a despeito de reconhecer que aí *não se precisa* usar de recurso algum, costuma afirmar que se *pode* recorrer. Embora do ponto-de-vista lógico a solução contrária lhes pareça mais exata, êsses autores admitem o recurso, no caso, por motivos de ordem prática (72). À luz do direito brasileiro, não se nos afigura concebível qualquer risco para a parte, pela omissão do recurso. Nem mesmo quanto à “sentença” final, que se pretendesse executar: a inexistência dela poderia ser alegada em simples petição, independentemente da efetivação da penhora, ou do depósito, por não se tratar de embargos. Assim, preferimos acompanhar, neste tópico, a orientação prevalecente na moderna literatura italiana (73), para considerar *inadmissível*, por falta de interesse, o recurso manifestado contra sentença inexistente.

(72) “Aus praktischen Gründen”, diz SAUER, *Allgemeine Prozessrechtslehre*, pág. 226. V., na literatura recente, JAUERNIG, *Das fehlerhafte Zivilurteil*, págs. 88/9, com amplas referências bibliográficas, num sentido e noutro, em as notas 6 e 7.

(73) BETTI, *ob. cit.*, págs. 633/6; PROVINCIALI, *Sist.*, *cit.*, pág. 27, nota 2; *id.*, *Delle impugn.* *in gen.*, pág. 21, nota 61; GIUDICEANDREA, *ob. e vol. ult. cit.*, págs. 3, 4, 41; KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *Essere e non essere della sentenza*, *in Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, vol. VI, 1952, págs. 1.236/7 (êste autor, que repele o conceito de “sentença inexistente”, está porém de acôrde em negar a admissibilidade de recurso interposto contra “uma sentença que não existe”). Escreve DELOGU, *ob. cit.*, pág. 79: “L'esistenza del provvedimento impugnabile si configura quindi come il presupposto necessario per la validità della dichiarazione di impugnazione”; ao nosso ver, antes que de *validade* seria o caso de falar de *admissibilidade*. Admitia a interposição de recurso contra sentença inexistente, sem demonstrar a tese, GIOVONDA, *Iustit.* *cit.*, vol. III, pág. 203, seguido no particular por TORRENTE, *Spunti per uno studio sull'inesistenza e sulla nullità della sentenza*, *in Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. II, pág. 396. Quanto a NIGRO, *I poteri del giudice di appello*, página 186, embora afirme que “a rigore contro la sentenza inesistente non sarebbe possibile proporre appello”, termina igualmente por admitir o recurso invocando o princípio segundo o qual “i motivi di inesistenza possono farsi valere anche col mezzo d'impugnativa”; mas aí parece haver confusão entre os *errores in procedendo* capazes de afastar a validade de uma sentença (existente) e os defeitos à vista dos quais nem sequer se pode dizer que *exista* sentença, válida ou não. Por difícil que seja o traçado, *in concreto*, da linha divisória entre um campo e outro, no plano conceptual a distinção é ineliminável.

65. A solução há de ser diversa para as outras hipóteses acima enumeradas. Em *a*), a existência do interesse é mais que óbvia: a interposição do recurso é o *único* meio capaz de abrir à parte o ensejo de obter o rejuízo. Em *b*), conquanto ainda lhe reste a ação rescisória, ficaria ela sujeita, até a eventual desconstituição, a todos os efeitos do pronunciamento, inclusive, sendo o caso, à execução forçada. É manifesta a utilidade prática que, em tese, pode proporcionar-lhe a interposição do recurso; e a própria lei, *expressis verbis*, prevê casos de cabimento correspondentes a possíveis fundamentos da rescisória: assim, os agravos contra as decisões que rejeitam as exceções de incompetência (Código de Processo Civil, artigo 842, II) e de coisa julgada (art. 851, I) e, no sistema constitucional anterior, o recurso extraordinário baseado em violação de dispositivo da Carta Magna ou de lei federal (74).

Quanto à hipótese *sub c*), nela se enquadra o vício resultante da falta ou nulidade da citação inicial, se o processo correu à revelia (Código de Processo Civil, art. 1.010, I). O defeito é alegável em embargos, que suspendem a execução (art. 1.010, *caput*); mas o oferecimento deles condiciona-se à prévia segurança do juízo, por meio da penhora, ou do depósito (art. 1.008) (75). Se a parte tem, com a interposição de recurso, oportunidade de evitar esse gravame, provocando desde logo a cassação da sentença, é incontestável a vantagem prática que daí lhe advém. Ademais, pode tratar-se de sentença declaratória ou constitutiva, que não enseja execução, a não ser pela condenação acessória em custas e honorários; se, por hipótese, não a houve, e o vencedor com isso se conformou, não se

(74) Como já se observou noutro passo, a vigente Constituição do Brasil inovou na matéria, em parte, para somente facultar o recurso, em se tratando de lei ordinária, contra a decisão que lhe "negar vigência". O Supremo Tribunal Federal, contudo, inclina-se a interpretar extensivamente a norma, dando-lhe alcance igual ao da ab-rogada; v., a respeito, o acórdão citado e favoravelmente comentado por S. FAGUNDES, *O Poder Judiciário na Constituição de 1967*, in *Rev. de Dir. da Procuradoria-Geral*, vol. 16, págs. 12 e segs.

(75) Sustenta-se em doutrina, com grande autoridade, que a arguição do vício, no caso, pode ser feita por outras vias que não os embargos à execução, inclusive "por simples petição"; P. DE MIRANDA, *Trat. da ação resc. cit.*, pág. 154 (cf. págs. 21, 29, 152/3; *Coment. ao Cód. de Proc. Civ. cit.*, t. XIV, pág. 131). Se exata essa afirmação, logicamente se deveria dar à sentença assim viciada, quanto à recorribilidade, o mesmo tratamento aplicável à inexistente. Ousamos, todavia, discordar: se a lei previu expressamente, para a alegação, o remédio dos embargos, condicionado à prévia segurança do juízo, parece-nos um contra-senso admitir que se atinja resultado idêntico sem cumprimento de tal requisito.

abriria ao vencido sequer a ocasião de embargar. Absurdo negar-lhe, destarte, interesse em recorrer.

66. Os mesmos princípios até agora utilizados vão guiar-nos no exame de outras questões de grande relevância teórica e prática. Uma delas é a referente ao caso do pedido alternativo, expressamente permitido pelo art. 153, *fine*, do Código de Processo Civil. Se o autor, na inicial, indicou duas ou mais formas pelas quais poderia ser satisfeita a sua pretensão, e a decisão, julgando procedente a demanda, optou por uma delas, dever-se-á reconhecer-lhe interesse em recorrer, para pleitear a consagração de outra?

Parte da doutrina introduz aqui uma distinção. Pode ocorrer que no pedido se haja dado caráter *principal* a uma das modalidades de acolhimento, apontando-se a restante (ou as restantes) a título meramente *subsidiário*: o autor preferiria ver acolhida a demanda pela forma *a*, e menciona as formas *b* e *c* tão somente para a eventualidade de não se julgar possível o seu atendimento pela primeira. Em outras palavras: o autor diz que quer, *principalmente*, *a*, e acrescenta: se não me derem *a*, dêem-me, ao menos, *b* ou *c*. Pode também suceder que a inicial não estabeleça gradação de preferência: o autor pede *a*, *b* ou *c*, sem atribuir a qualquer dessas soluções *prioridade* sobre as outras. Para a corrente de que estamos tratando, o problema deve ser resolvido, cá e lá, de maneira diversa: só no primeiro caso se reconheceria ao autor interesse em recorrer, se a decisão, repelindo *a*, concedesse *b* ou *c* (76).

Ao nosso ver, é razoável admitir sempre o recurso, se preenchidos os mais requisitos. O autor pode ter indicado como preferível a solução *a* e, diante da sentença, convencer-se de que obteria mais completa satisfação com *b* ou com *c*; a interposição do recurso ser-lhe-á, então, de óbvia utilidade prática. Nem se há de considerar ilícita semelhante variação de atitude, pois não existe, aí, qualquer *alteração do pedido*, no sentido em que a proíbe, com as ressalvas expressas, o art. 181. O que não seria possível, evidentemente, é a postulação de novo julgamento para que se desse, em vez de *a*, *d*,

(76) Assim MORTARA, verb. cit., págs. 514 e segs.: "L'interesse ad appellare si possiede sempre da chi non ha ottenuto l'accoglimento integrale delle proprie domande, o l'accoglimento di quella fra le domande stesse che costituiva in via principale ed assorbente lo scopo della sua azione o della sua difesa" (pág. 156); J. A. DOS REIS, ob. e vol. cit., pág. 269. Mais radical é EDUARDO PALLARES, *Derecho Processal Civil*, pág. 582, que considera inadmissível, em qualquer caso, o recurso.

que a inicial não mencionara. Ademais, é preciso considerar que a lei, ao permitir a alternatividade do pedido, não exige que o autor, *expressis verbis*, revele aquela gradação de preferência, não o obriga a esclarecer qual das soluções lhe parece a melhor, nem se poderia, em tôdas as hipóteses concretas, tirar a respeito conclusão segura da simples *ordem* de formulação (77).

67. *Quid iuris* se o réu pretende recorrer de sentença que declara inadmissível o julgamento do mérito, por vício do processo ou carência de ação? Aqui também, costuma a doutrina preponderante distinguir entre duas hipóteses: (a) aquela em que a preliminar fôra suscitada pelo próprio réu; (b) aquela em que o juiz, de ofício, pôs e resolveu a questão, tendo-se o réu limitado a contestar a demanda no mérito. O interesse em recorrer existiria no segundo caso, mas não no primeiro (78).

Parece-nos que a equação deve ser armada noutros termos. A vantagem prática que se pode reconhecer como esperável, para o réu, da interposição do recurso, é a de obter, mediante novo julgamento em que se declare improcedente a demanda, a formação da coisa julgada material quanto ao mérito, capaz de pô-lo a salvo, uma vez por tôdas, de investidas judiciais por parte do autor (79). Ora, nessa perspectiva, afigura-se-nos pouco relevante o fato de haver ou não haver êle argüido, como preliminar da contestação, a questão processual, ou relativa às condições do legítimo exercício da ação, cujo desate põe termo ao processo. Não será, assim, do ponto-de-vista do interesse que se há de considerar inadmissível, no primeiro caso, o recurso.

(77) Parece coincidir com a do texto, pôsto que menos explícita, a posição de S. FAGUNDES, *Dos rec. ord.* ... cit., pág. 32.

(78) CHIOVENDA, *Instít. cit.*, vol. III, pág. 256; SCHÖNKE, *ob. cit.*, pág. 301; LENT, *ob. cit.*, pág. 78; NIKISCH, *ob. cit.*, págs. 469/70; P. B. MARTINS, *ob. ult. cit.*, págs. 144/5; mais explicitamente, J. A. DOS REIS, *ob. e vol. cit.*, pág. 268; J. F. MARQUES, *ob. e vol. ult. cit.*, págs. 16/7. Admitem a ocorrência de interesse, sem fazer tal distinção, GOLDSCHMIDT, *ob. ult. cit.*, pág. 399, e ROSENBERG, *ob. e t. cit.*, pág. 361. A hipótese de que agora se trata é diametralmente oposta, convém notá-lo, à que se examinou acima, em o n.º 61.

(79) Não se está com isso negando a *auctoritas rei iudicatae*, no sentido substancial, às decisões de carência de ação: nossa posição continua a ser a exposta no trab. cit. em as notas 69 e 70, acima, págs. 118/20; apenas, como ali se observou, com apoio em lição de L. M. GUIMARÃES (v. a nota 94, na pág. 119), semelhantes decisões só fazem coisa julgada nos limites da matéria decidida, deixando livre a apreciação do mérito noutro processo em que estejam satisfeitas as "condições da ação". Por isso, não proporcionam ao réu a mesma segurança de uma decisão a êle favorável *de meritis*.

O que ocorre, ao nosso ver, é *incompatibilidade lógica* entre a atitude do réu, suscitando a preliminar, e a posterior interposição do recurso, com o fito de provocar o julgamento *de meritis*. Com efeito, a argüição visava direta e essencialmente a *excluir* a apreciação do *meritum causae*, apontada pelo réu como *impossível* naquele processo. Se a preliminar foi acolhida, o réu, ao recorrer, estará, de maneira gritantemente contraditória, pleiteando o exercício pleno da atividade jurisdicional em condições que, segundo o seu próprio entendimento, a tornariam ilegítima.

Ainda que se haja defendido no mérito, o réu só o terá feito em atenção ao princípio da eventualidade. Mas isso não lhe aproxima a situação daquela, anteriormente examinada, do autor que formula pedido alternativo. O que êle quis não foi em absoluto — e, aliás, no particular seria irrelevante tal vontade — oferecer ao órgão judicial uma *opção* entre acolher a preliminar e declarar improcedente a demanda, senão *inibi-lo* de tocar no *meritum causae*.

68. A incompatibilidade ressalta com tôda a nitidez em certas hipóteses nas quais, contestado ou não o pedido, pratica o réu algum ato superveniente de que emerge inequívoca a sua vontade de evitar a apreciação do mérito: *v.g.*, se requer a absolvição da instância por falta do procurador do autor à audiência de instrução e julgamento (art. 266, I, combinado com o art. 201, VI). O exemplo é frisante, porque aí o trancamento do feito por decisão meramente terminativa *depende* da iniciativa do réu: o juiz não poderia absolvê-lo da instância *ex officio* (80).

Em casos tais, seria particularmente esdrúxulo facultar-se ao réu a utilização da via recursal para pleitear um resultado que lhe teria sido possível conseguir pela simples abstenção: se êle queria o julgamento *de meritis*, bastava-lhe não requerer o encerramento do processo. A essa conclusão, todavia, pode chegar-se sem que se tenha de negar a existência de interesse. Em nossa opinião, entra em jôgo, aí, outra ordem de considerações: a manifestação de vontade do réu, no sentido de obstar à apreciação do mérito, funcionará não como excludente do seu interesse na impugnação da sentença, mas como *fato impeditivo* do exercício do poder de recorrer. A ma-

(80) P. DE MIRANDA, *Coment. ao Cód. de Proc. Civ.* cit., t. III, pág. 482; C. SANTOS, *ob. ult. cit.*, vol. IV, pág. 11; J. F. MARQUES, *ob. cit.*, vol. III, pág. 326; M. A. SANTOS, *ob. cit.*, vol. II, pág. 202.

téria será, pois, objeto de cumprida explanação no lugar próprio (81).

69. Passemos agora ao exame do requisito do interesse em relação ao terceiro. A êle se refere, com o termo “prejudicado”, o art. 815 do Código de Processo Civil, sem qualquer especificação. Consoante já se notou, a exata delimitação conceptual dêsse “prejuízo” é indispensável como passo prévio para a solução integral do problema da legitimidade do terceiro recorrente. Aqui, com efeito, ao contrário do que fêz quanto às partes, não cogitou o texto legal de uma atribuição genérica, *in abstracto*, da titularidade do poder de recorrer. A parte, pelo só fato de o ser, é legitimada; o terceiro, apenas quando “prejudicado”. Por isso dissemos que, no caso, o interesse é *prius* da legitimação.

A primeira observação necessária é a de que também aqui a aferição do interesse há de ser feita segundo critério *prospectivo*, e sujeito às mesmas ressalvas consignadas com referência ao da parte. O terceiro, em princípio, terá interesse em recorrer sempre que puder esperar, de acôrdo com a lei, o advento de situação praticamente mais vantajosa, e lhe fôr preciso interpor o recurso para assegurar-se tal possibilidade. Nesse sentido é que se deve entender o “prejudicado” do art. 815.

Resta, porém, esclarecer — e é a questão mais árdua — a natureza intrínseca dêsse “prejuízo” em que se funda o interesse do terceiro. Bastará o mero prejuízo *de fato*, ou será indispensável um prejuízo *jurídico*? E, na segunda hipótese, qual a *intensidade* suficiente: o prejuízo *indireto* já caracteriza o interesse, ou ter-se-á de exigir que a decisão atinja *imediatamente* um direito de terceiro? Eis, em apertada síntese, a problemática com que neste ponto nos defrontamos, e que tem dado ocasião, como é notório, a férvidas controvérsias doutrinárias.

70. Para começarmos por um rápido bosquejo histórico, lembraremos que, nas Ordenações Filipinas — onde somente se tratava da *apelação* de terceiro —, reconhecia-se o poder de apelar a “qualquer outro” (além dos litigantes) “a que o feito possa tocar, e lhe da sentença possa vir algum prejuízo” (L. III, Tit. LXXXI), ilustrando-se a regra, em seguida, com uma série de exemplos: o do

(81) V. abaixo, n.º 78.

herdeiro lesado pela condenação, resultante de conluio, do co-herdeiro; o do herdeiro testamentário ou legatário, no caso de decisão proferida contra o testamento, em face de outro sucessor da mesma categoria; o do fiador do devedor, quanto à sentença condenatória dêste; o do fiador do vendedor, obrigado a compor o dano ao comprador evicto, em relação à sentença contra êste dada.

O Regulamento n.º 737, no art. 738, limitou-se a dispor: “Os terceiros prejudicados pela sentença podem apelar, e interpor o recurso de revista, ainda que não intervissem na causa na primeira ou segunda instância”. A norma viu-se reproduzida, com omissão da referência à revista, que desaparecera do sistema dos recursos, no Decreto n.º 848, de 11-10-1890.

No entanto, a Consolidação das leis relativas à Justiça Federal, aprovada pelo Decreto n.º 3.084, de 5-11-1898, no art. 689, *b*, de redação analítica — onde inclusive se reeditaram alguns dos exemplos ministrados pelo Código Filipino —, inseriu em alínea a seguinte disposição: “Consideram-se terceiros prejudicados somente os que ficariam privados de direitos, se a sentença passasse em julgado”. A legitimidade do texto foi objeto de categórica impugnação, afirmando-se que ao Poder Executivo não era lícito incluir na Consolidação norma inexistente na legislação anterior (82); mas a tendência especificadora, ali consagrada, veio a prevalecer, embora com diversidade de matizes, nos diplomas estaduais, sob o regime da competência dual para legislar sobre processo. Não chegaram, porém, tais códigos, em geral, a exigir a possível “privação” de direitos para caracterizar o interesse do terceiro: um número considerável dêles contentava-se com a ocorrência de prejuízo *jurídico*, a que se aludia por meio de fórmulas variadas (83).

71. O laconismo do Código nacional preparou o terreno para as divergências hermenêuticas. Em nossa opinião, seria arriscado extrair dêsse próprio laconismo o elemento decisivo para a correta

(82) V. RUI BARBOSA, *Apelação de terceiro prejudicado*, in *Rev. For.*, vol. 25, pág. 163 e segs., especialmente 166/7.

(83) Além dos mencionados por P. PALMEIRA, *ob. ult. cit.*, pág. 122, conformava-se a semelhante diretriz o Código do antigo Distrito Federal, cujo art. 1.109 facultava o recurso ao “terceiro prejudicado em seus direitos”. Ao lado dessa corrente intermediária e das duas extremas — a que se satisfazia com *qualquer* prejuízo e a que reclamava a possibilidade da *privação* de direitos —, havia ainda o caso da inexistência de disposição expressa acerca da recorribilidade por terceiro: assim o Código do Rio Grande do Sul.

interpretação do art. 815: do simples fato de ter-se aludido, aí, ao “terceiro prejudicado”, sem nenhuma especificação, não se pode tirar a conclusão de que se quis legitimar ao recurso, indiferentemente, os terceiros titulares de interesses de *qualquer* natureza. Tal entendimento, assaz simplista, não leva em conta um dado fundamental: o de que o recurso do terceiro prejudicado, sendo, como é, modalidade de intervenção voluntária no processo, há de subordinar-se aos princípios gerais que informam, no Código, a sistemática do instituto.

Ora, tôdas as formas de intervenção espontânea, no processo de conhecimento de primeiro grau, tem como denominador comum a circunstância de servirem à defesa de interesses *jurídicos*, ou, mais precisamente, de *direitos subjetivos*: assim se dá na oposição, na intervenção litisconsorcial voluntária e, ainda que de modo indireto, também na assistência, que só cabe quando a sentença possa influir em “*relação jurídica* entre qualquer das partes e terceiro” (art. 93). Não se admite, em caso algum, a intervenção de quem queira vir defender, no processo *inter alios*, mero interesse *de fato*: não bastaria, por exemplo, para legitimar a intervenção, que o credor de uma das partes alegasse o receio de conseqüências danosas ao patrimônio do seu devedor, pois, mesmo que a diminuição patrimonial venha efetivamente a ocorrer, o crédito, como tal, subsistirá intacto, reduzindo-se apenas a possibilidade de sua concreta satisfação.

Por outro lado, não há razão alguma para supor-se que a lei tenha querido ser mais liberal quanto à intervenção em fase recursal do que na instância inferior. A diretriz natural, nesta matéria, é justamente a oposta, que se harmoniza com a tendência, já assinalada (84), a cercar de maiores restrições o funcionamento suplementar da máquina judiciária, provocado pela interposição de recurso. Se tivermos em mente que o terceiro, ao recorrer, pode estar acionando tal mecanismo até mesmo quando as partes — em princípio mais interessadas, presumivelmente, em movimentá-lo — se achem dispostas a eximi-lo de ulteriores esforços, com facilidade compreenderemos quão pouco razoável seria abrir àquele, nas vias recursais, ingresso mais amplo do que no curso do procedimento anterior.

(84) V. acima, ns. 18 e 27.

72. Parece-nos, destarte, que a legitimação do terceiro para recorrer exige a titularidade de *direito*, em cuja defesa êle acorra (85). Não será necessário, entretanto, que tal direito haja de ser defendido de maneira *direta* pelo terceiro recorrente. Basta que a sua esfera jurídica tenha sido atingida pela decisão, ainda que por via reflexa. Êsse tipo de interesse é suficiente para justificar a intervenção voluntária (a título assistencial) quer no processo de conhecimento de primeiro grau, quer até perante o próprio órgão *ad quem*, se já se interpôs recurso (86); logo, também o deve ser para justificá-la quando assume a forma da interposição mesma do recurso pelo interveniente.

Não se nos afigura essa concepção, na essência, aberrante da tradição do direito nacional. É certo que, nas Ordenações Filipinas, o texto não discriminava conceptualmente a espécie de interesse idôneo a legitimar a apelação do terceiro; mas a exemplificação — que no velho Código, com tanta freqüência, desempenhava justamente êsse papel de suprir as deficiências na expressão verbal dos conceitos, esclarecendo-lhes a compreensão e a extensão —, de maneira bastante significativa, aponta no sentido de que a *mens legis* era a de sòmente admitir-se a apelabilidade por terceiro quando a decisão pudesse prejudicá-lo *juridicamente*, ou lesando-lhe direitos sucessórios, como nos dois primeiros exemplos, ou gerando-lhe a responsabilidade perante uma das partes, como nos dois últimos. A fórmula da Consolidação de 1898 (*verbis*... “*privados de direitos*”) era, naturalmente, excessiva; mas vale como índice do pensamento dominante, de uma orientação geral, que perdurou, já se disse, embora com atenuações, no período da dualidade legislativa em matéria de processo.

73. Opinião muito autorizada pretendeu sintetizar a solução do problema nesta fórmula extremamente simples: “são legitimados a recorrer apenas os terceiros que teriam podido intervir

(85) Exigem o prejuízo *jurídico*, para a admissibilidade do recurso do terceiro, P. B. MARTINS, *ob. ult. cit.*, pág. 184; L. M. GUIMARÃES, *ob. ult. cit.*, pág. 57, nota 5 (iniciada na pág. 56); A. BUZAD, *Do agr. de pet. cit.*, págs. 127/8; J. A. DA SILVA, *ob. cit.*, pág. 321.

(86) Quanto à admissibilidade da intervenção assistencial na instância superior, v. J. AMERICANO, *Coment. cit.*, vol. I, pág. 136; M. A. SANTOS, *ob. cit.*, vol. II, pág. 54; implicitamente, J. F. MARQUES, *ob. cit.*, vol. II, 282 (“... enquanto não há coisa julgada”); P. PALMEIRA, *ob. ult. cit.*, pág. 126; J. LAFAYETTE, *verb. cit.*, pág. 348.



como assistentes" (87). O parecer foi objeto de críticas veementes, que a nosso ver, entretanto, não atingiram o alvo. Disse-se, *v. g.*, que não haveria necessidade de regra expressa para facultar o recurso, como terceiro prejudicado, àquele que disponha da intervenção assistencial, porque a lei não a limita à primeira instância, de sorte que o próprio art. 93 já bastaria para legitimá-lo a recorrer naquela qualidade (88). Mas uma coisa é intervir como assistente de alguma das partes no procedimento recursal, perante o órgão *ad quem*; outra, tomar a iniciativa da provocação de novo julgamento, através da interposição do recurso, *inclusive na hipótese de omitir-se a parte originária*. Ademais, quando se explica que a lei faculta o uso do recurso "não só ao terceiro que fôr direta ou imediatamente atingido num direito seu, ao transitar em julgado a decisão, como ao que fôr prejudicado em seus direitos em consequência dos efeitos reflexos ou indiretos da sentença" (89), na realidade não se está infirmando a tese combatida, pois o terceiro capaz de receber prejuízo em direito seu por força dêsses "efeitos reflexos ou indiretos" sem dúvida alguma teria legitimação para intervir como assistente: o art. 93 não reclama a possibilidade de influência *direta* da sentença sobre a esfera jurídica do terceiro (90).

(87) LIEBMAN, nota n.º 1 às *Instit. de CHIOVENDA*, cit., vol. III, pág. 285 (a nota começa na pág. 284). De acôrdo, L. DA COSTA, *Dir. Proc. Civ. bras.* cit., vol. III, pág. 330.

(88) P. PALMEIRA, ob. ult. cit., págs. 125/6.

(89) *Id.*, *ibid.*, pág. 127 (grifamos).

(90) É o que igualmente parecem esquecer, ao subscreverem as críticas à fórmula de LIEBMAN, J. F. MARQUES, ob. ult. cit., vol. IV, págs. 83/4, e M. A. SANTOS, ob. ult. cit., vol. III, pág. 99. A menos que êsses autores pretendam — na trilha de R. BARBOSA, *trab. cit.*, págs. 170 e segs., especialmente 178 — reconhecer a legitimação do terceiro atingido por mero prejuízo de fato; mas não é o que ressalta do contexto. Também S. FAGUNDES, ob. ult. cit., págs. 50/1, outra coisa não faz, ao afastar o que chama de "critério restritivo", senão afirmar a recorribilidade da decisão pelo terceiro que ela atinja *indiretamente*; exclui, porém, como pressuposto bastantíssimo o prejuízo de fato, segundo se deduz da referência à "repercussão reflexa, necessária ou secundária, da sentença sobre *direito* do terceiro" (pág. 60; sem grifo no original), e mais ainda do que se lê na pág. 52: "Considerados os efeitos reflexos da sentença sobre o terceiro, poder-se-á dizer (...) que há prejuízo para êle, e, consequentemente, interesse de recorrer, quando a relação jurídica acertada constitua um pressuposto de *relação jurídica* a êle pertinente" (grifamos). Tal posição não se distancia, afinal, da sustentada no texto: nessa perspectiva, reduzir-se-ia a pura *querelle de mots* discutir se o critério abraçado pelo Código é ou não "restritivo". No Anteprojeto de novo Código, art. 546, facultava-se ao terceiro recorrer desde que esteja "empenhado na vitória de uma das partes"; nesses termos, bastará o simples prejuízo de fato. A solução, ainda de *lege ferenda*, não nos parece a melhor.

É mister não confundir as duas questões: a primeira consiste em saber se basta, para configurar o interesse do terceiro em recorrer, o mero *prejuízo de fato*; a segunda, em saber se o *prejuízo jurídico* precisa ser *diretamente* causado pela sentença. A resposta negativa à primeira não importa necessariamente resposta positiva à segunda. Sem atentar nessas distinções, corre-se o risco de usar linguagem equívoca quando se afirma que o Código repudiou o critério "restritivo". Tudo está em precisar *de que restrições* se trata.

74. Para nós, a fórmula liebmaniana afigura-se insuficiente, mas por outra razão. Estamos de acôrdo com o mestre em excluir do rol dos "terceiros prejudicados", aos quais se faculta recorrer, o que, podendo ingressar com oposição, no entanto se absteve (91). Resta, contudo, além da assistência, a intervenção litisconsorcial voluntária, de que a lição não cogita (92).

Ora, parece-nos admissível a interposição de recurso, como terceiro prejudicado, por aquêle que, sendo co-titular da relação jurídica deduzida em juízo, poderia ter intervindo, na primeira instância, ao lado de uma das partes, para defender o direito comum, e não o fêz. Nem se objete que, ante a ocorrência de "comunhão de interesses", aí se teria caso de litisconsórcio *necessário*, nos termos do art. 88, *principio*, do Código de Processo Civil: a lei, com efeito, em várias hipóteses bem conhecidas, permite o exercício da

(91) LIEBMAN, *lug. cit.* em a nota n.º 87, *supra*. Cf. G. DE RESENDE F.º, ob. cit., vol. I, pág. 316; J. BONUMÁ, ob. cit., vol. III, pág. 43; J. A. DA SILVA, ob. cit., pág. 323. P. PALMEIRA, que admite a oposição *posterior* à decisão definitiva de primeiro grau, inclusive na pendência do recurso, ressalva que em tal caso ela deve ser proposta na instância inferior, processada e julgada pelo órgão *a quo* (ob. ult. cit., págs. 160/3). No mesmo sentido, J. F. MARQUES, ob. ult. cit., vol. II, pág. 271; M. A. SANTOS, ob. cit., vol. II, pág. 45; E. ROSA, *Dic. de Proc. Civ. cit.*, verbete *Apelação*, pág. 74. É, aliás, a tradição do nosso direito: v. P. BATISTA, ob. cit., pág. 162, nota 1; MANUEL AURELIANO DE GUSMÃO, *Processo civil e comercial*, 2.ª ed., vol. I, pág. 503; CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, *Curso de prática do processo*, vol. II, pág. 208. J. AMERICANO, ob. ult. cit., vol. IV, pág. 815, entende admissível o recurso de terceiro prejudicado interposto por quem poderia ter feito oposição.

(92) Pressupõe-se aqui, naturalmente, resolvida no sentido positivo a indagação acêrca da admissibilidade, *de lege lata*, dessa forma de intervenção; sobre isso, reportamo-nos ainda uma vez ao nosso trabalho já citado, *in Rev. de Dir. da Proc. Geral*, vol. 11, págs. 40 e segs. Em todo caso, pelo menos a intervenção voluntária do herdeiro, como litisconsorte do espólio, é expressamente permitida pelo art. 88, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

ação por um ou contra um único dentre os titulares (93). O exemplo clássico é o da solidariedade: qualquer dos credores solidários pode, por si só, cobrar em juízo o montante total do débito, e qualquer dos devedores solidários pode ser demandado, sozinho, por esse total; aos co-credores ou aos co-devedores é lícito intervir como litisconsortes e, se omissos até aí, recorrer, como terceiros prejudicados, da decisão contrária, respectivamente, ao credor ou ao devedor que figurava no processo.

75. Nos itens anteriores, procuramos fixar os pressupostos bastantes à configuração do interesse em recorrer, quanto à parte, quanto ao Ministério Público e quanto ao terceiro prejudicado, em relação aos quais se faz relevante esse requisito de admissibilidade. É tempo de assinalar — e a observação concerne aos três casos — que pode variar a *extensão* de tal interesse. A decisão, com efeito, pode ensejar *apenas parcialmente* a possibilidade de pleitear, junto ao órgão *ad quem*, situação mais favorável. Adquire importância, aqui, a noção de *capítulo de sentença*, entendido como a solução de cada uma das “*questões de interesse prático*” (94) apreciadas pelo juiz.

Com efeito, frequentemente ocorre que, em face de um dos capítulos, se torne inconcebível para alguém qualquer melhoria de posição, mas essa possibilidade subsista no tocante a outro capítulo. Então, só nos limites deste se corporifica aquela utilidade ou vantagem prática na interposição do recurso, necessária para fazê-lo admissível. Se quisermos exemplificar com hipótese simples, em processo no qual o autor pediu  $x$  e a sentença deu  $x - y$ , o autor não terá interesse em recorrer senão quanto a  $y$ . No que tange à diferença, interessado em recorrer será, ao contrário, o réu. É o

(93) Com inteira razão L. M. GUIMARÃES, *As três figuras do litisconsórcio, in Estudos jurídicos em honra de Soriano Neto*, vol. II, pág. 402: “Para evitar contradições inadmissíveis dentro de um mesmo ordenamento jurídico, é de mister que, à disposição aludida do art. 88, se aponha a ressalva implícita: — salvo disposição legal em contrário”. Cf. L. DA COSTA, ob. ult. cit., vol. I, pág. 407; J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 237; GUILHERME ESTELITA, *Do litisconsórcio no direito brasileiro*, págs. 315/8.

(94) L. M. GUIMARÃES, *Lim. obj. do rec. de apel.* cit., pág. 85. Reportamo-nos, para o esclarecimento do conceito e dos problemas a êle ligados, à cristalina exposição desse autor, no capítulo V da referida monografia. Embora aí se trate, *ex professo*, da sentença definitiva e da apelação, os princípios fundamentais, naquilo que interessam ao nosso presente tema, aplicam-se *in genere* a quaisquer decisões e recursos.

fenômeno que se costuma designar, em doutrina, como *gravame recíproco* ou *sucumbência recíproca* (95).

§ 4.º — *Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer*

76. Assim como há fatos que obstam à legítima propositura da demanda, também os há que tornam ilegítima a interposição do recurso, a despeito da concorrência dos outros requisitos de admissibilidade. Em doutrina, por vêzes, o estudo de tais fatos vê-se englobado no de algum desses outros requisitos, notadamente no da legitimação para recorrer (96). Parece-nos, ao contrário, que o tratamento da matéria à parte é vantajoso para a sistemática da exposição, até porque nos permite utilizar os resultados já colhidos na análise dos três primeiros dentre os requisitos a que chamamos “*intrínsecos*”. Facilita-se, destarte, com as luzes proporcionadas por essa visão global dos casos mais gerais, a solução de certos problemas decorrentes da presença de circunstâncias particulares.

O direito antigo, a este respeito, era mais rigoroso que o moderno. De Roma aos nossos tempos, é sensível o processo de erosão sofrido pela casuística dos impedimentos, embora por vêzes se notem contramarchas temporárias: assim, o art. 1.529, § 4.º, da Consolidação das Leis do Processo Civil, de 1876, excluía a apelabilidade quanto ao confesso — hipótese a que as Ordenações Filipinas, no Tit. LXXIX do Livro III, já se não referiam. A restrição não aparece mais na Consolidação de 1898, que tampouco atribui efeito impeditivo à revelia, contemplada em ambos aquêles diplomas (97). Nem uma, nem outra subsiste no vigente sistema.

(95) CARNELUTTI, *Sist. cit.*, t. III, pág. 645; BETTI, ob. cit., págs. 666/7; J. F. MARQUES, ob. ult. cit., vol. IV, págs. 15/8; L. M. GUIMARÃES, ob. ult. cit., pág. 79.

(96) Assim, *e. g.*, no tocante ao processo romano, é como “causas de exclusão subjetiva da legitimação para apelar” que ORNSTANO, *L'appello civile in diritto romano*, págs. 352 e segs., estuda os fatos da contumácia no juízo de primeiro grau, da renúncia prévia ao recurso, do *insturandum* e da *confessio*, da superveniente aceitação da sentença. Quanto a esta, no mesmo sentido, *v.*, na literatura moderna, MINOLI, ob. cit., pág. 404, para só citarmos o clássico monografista da matéria.

(97) Ord. Fil., L. III, Tit. LXXIX, § 3; Consol. das Leis do Proc. Civ., art. 1.529, § 5.º.

77. O caso da confissão merece exame particular. Com a mesma designação alude-se, às vezes, a dois institutos diversos: o da confissão propriamente dita — admissão da veracidade de fatos desfavoráveis, afirmados pela parte contrária —, e o do reconhecimento do pedido — ato pelo qual o réu admite como fundada a pretensão deduzida contra êle pelo autor (98). Ao nosso ver, é a segunda figura que faz menção o Código de Processo Civil no artigo 55 (99), pois a *confissão*, propriamente dita, não faz “terminar o processo”, ao passo que se deve admitir tal efeito ao reconhecimento, à semelhança do que se dá quanto à desistência (do direito), que lhe corresponde a *parte actoris* e está prevista no art. 206 como causa de cessação da instância (100).

A confissão, em sentido próprio, não torna inadmissível o eventual recurso do confitente. A parte pode ter admitido como verdadeiros, total ou parcialmente, os fatos alegados pelo adversário, sem que com isso reconhecesse não ter razão. Sirva de exemplo o caso do réu que confessa o fato constitutivo do direito do autor, mas lhe opõe outro, extintivo desse direito. Ser-lhe-á lícito, sem dúvida, recorrer da decisão que acolha a demanda.

(98) Sobre a distinção, v. L. DA COSTA, ob. ult. cit., vol. II, págs. 405 e segs.; vol. III, pág. 186; J. F. MARQUES, ob. ult. cit., vol. III, págs. 343/4, 483/4; J. LAFAYETTE, verbete *Confissão (processo civil)*, in *Rep. Encicl. do Dir. Bras.*, vol. 11, págs. 31/2. Na doutrina espanhola, sublinha-se a diferença entre *confesión* e *allanamiento*; v. PRIETO-CASTRO, ob. cit., parte I, pág. 542; PLAZA, ob. cit., vol. I, pág. 480; e o direito alemão discrimina expressamente as figuras da *Geständnis* (Z.P.O., §§ 288 a 290) e da *Anerkenntnis* (§ 307); cf. KISCH, ob. cit., págs. 192/3; GOLDSCHMIDT, ob. ult. cit., pág. 198; ROSENBERG, ob. cit., t. II, págs. 337/8; LENT, ob. cit., págs. 179 e 190; NIKISCH, ob. cit., págs. 261/2. O Código de Processo Civil português, no texto de 1939, incluía no conceito de confissão o do reconhecimento do pedido (art. 560: “A confissão é o reconhecimento que a parte faz do direito da parte contrária, ou da verdade do fato por esta alegado”), mas a reforma de 1961 atendeu nesse ponto às críticas doutrinárias (art. 556: “A confissão é a declaração de ciência pela qual uma parte reconhece a realidade dum fato que lhe é desfavorável”), embora continuasse a usar alhures (v. g., arts. 293 e 294) as palavras “confessar” e “confissão” no outro sentido; com a recente revisão (Dec.-lei n.º 47.690, de 11-5-1967), desapareceu do capítulo consagrado à instrução do processo o dispositivo em que se conceituava a confissão, mantendo-se o uso próprio no referente à instância (cap. II do Livro III, Tít. I).

(99) Para L. DA COSTA, ob. ult. cit., vol. II, pág. 410, e J. LAFAYETTE, verb. ult. cit., pág. 32, também no art. 288. Quanto ao art. 55, de acordo com a interpretação do texto, J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., págs. 384, 343; J. LAFAYETTE, lug. ult. cit. É escusado sublinhar que o reconhecimento só tem eficácia quando se trate de direito *disponível*.

(100) J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 339; M. A. SANTOS, ob. cit., vol. II, pág. 205. Contra, P. DE MIRANDA, ob. ult. cit., t. III, pág. 260, para quem o art. 206 apenas diz respeito à “desistência pura, processual, — só da instância”; P. B. MARTINS, *Coment. cit.*, vol. III, t. I, pág. 177.

Outro tanto não ocorre com o reconhecimento do pedido. Aqui, o réu admite a procedência mesma da demanda, e por isso se faz dispensável o prosseguimento do feito: não teria sentido obrigar-se o aparelho judiciário a um dispêndio inútil de atividade. O encerramento do processo, em consequência do ato, é imperativo decorrente do princípio de economia processual. Resulta diretamente, porém, da atitude do réu, curvando-se ante a pretensão do autor. Nada mais razoável que fique o primeiro, assim, impedido de impugnar uma decisão por êle próprio provocada (101). Quase desnecessário ressaltar a hipótese do reconhecimento *parcial*, em que, como é óbvio, o processo deve prosseguir quanto à parte remanescente do pedido (102); neste caso, se o juiz, por equívoco, põe termo ao feito, abre-se ao réu a possibilidade de recorrer, para pleitear o julgamento *de meritis* no que o reconhecimento não abrangeu. Pode também surgir a recorribilidade no tocante a algum capítulo da sentença independente do pedido: v. g., para obter a redução dos honorários advocatícios a que tenha sido condenado o réu.

78. É visível o paralelismo entre essa hipótese e a da desistência *do direito*. Aqui também, o encerramento da instância é consequência direta do ato do autor, que — com ressalvas análogas às consignadas para o outro caso — fica igualmente impedido de recorrer. Quanto ao réu, faltar-lhe-ia o requisito do interesse: insistir no julgamento do mérito nenhuma utilidade prática lhe poderia trazer, já que a desistência, aí, produz efeitos materiais e obsta à legítima repositura da demanda (103).

E no caso de mera desistência *do processo*? Para o autor, a situação, *no feito*, é a mesma da hipótese anterior, pois aqui, de igual modo, a decisão terminativa resulta diretamente de ato seu. Não se lhe tolhe, entretanto, a possibilidade de legitimamente voltar a ajuizar a demanda. Por isso mesmo, configura-se para o réu o interesse em recorrer da sentença que homologa a desistência, a fim de obter desde logo o julgamento *de meritis*, que, sendo-lhe

(101) Na doutrina italiana, MORTARA, verb. cit., pág. 512, e CARNELUTTI, *Istit. cit.*, vol. II, pág. 132, negavam a “sucumbência” da parte que aderiu à demanda do adversário; a tese, porém, não é pacífica (v., em sentido contrário, CHIOVENDA, *Rapp. giur. proc. e litisp. cit.*, págs. 18/9; SATTI, *Le impugn.* cit., pág. 20).

(102) Cf. L. DA COSTA, ob. ult. cit., vol. II, pág. 414.

(103) P. DE MIRANDA, ob. e t. ult. cit., pág. 264; implicitamente, J. F. MARQUES, ob. e vol. cit., págs. 339, 341.

favorável, o porá a salvo, com a coisa julgada substancial, de subseqüentes investidas. Nem é outra a razão por que a lei condiciona ao seu consentimento, a partir da contestação, o acolhimento do pedido de desistência (Código de Processo Civil, art. 181, com a ressalva do parágrafo único). Se o juiz, sem ouvi-lo, ou apesar de sua impugnação, acolhe o pedido, a sentença homologatória é recorrível pelo réu.

79. É o momento de tentarmos formular o princípio unitário a que se reportam as soluções desses problemas — o mesmo, aliás, de que já tivemos oportunidade de examinar, brevemente, a aplicação a outro caso particular, o das decisões que trancam o processo resolvendo preliminares suscitadas pelo réu. Convém afastar, em relação a tôdas as hipóteses estudadas, a idéia de “renúncia tácita” ao recurso. Não se conceberia a validade de uma renúncia *tácita*, anterior à decisão, quando se tem por inoperante a própria renúncia *expressa*, antes que se configure a recorribilidade (104).

Ao aludirmos à questão da recorribilidade, pelo réu, da sentença terminativa por êle próprio pleiteada — questão que para nós, como se viu, deve ser resolvida no sentido negativo (105) —, indicamos em termos sintéticos a razão fundamental do nosso entendimento: a extinção da instância sem julgamento do mérito foi, *ex hypothesi*, diretamente provocada por ato do réu, com o qual seria de todo em todo incompatível, do ponto-de-vista lógico, a posterior interposição de recurso tendente, precisamente, a obter aquêlê mesmo julgamento que êle averbara de impraticável, por vício do processo ou falta de condição para o legítimo exercício da ação. Se agora confrontarmos o resultado a que ali chegamos com os obtidos nos itens anteriores dêste parágrafo, sem dificuldade identificaremos o denominador comum das posições assumidas e poderemos expressá-lo nesta fórmula: a ninguém é dado usar as vias recursais, para perseguir determinado fim, se o obstáculo ao atingimento dêsse

(104) É, em nossa doutrina, a *communis opinio*: v., entre outros, P. DE MIRANDA, ob. ult. cit., t. XI, pág. 108; J. F. MARQUES, ob. cit., vol. IV, págs. 100/1; S. FAGUNDES, ob. ult. cit., págs. 198/9. Assim também na literatura italiana: CHIOVENDA, *Institt. cit.*, vol. III, pág. 214; PROVINCIALI, *Sist. cit.*, págs. 134/7; *id.*, *Delle impugn. cit.*, págs. 225/7; GIUDICEANDREA, ob. e vol. ult. cit., págs. 169/70; MINOLI, ob. cit., págs. 357/8; entre os processualistas penais, LEONE, ob. cit., págs. 192, 190; DEL Pozzo, *Le impugn. pen. cit.*, págs. 370/2; PETRELLA, ob. e vol. cit., pág. 483. *Aliter*, no direito português, por força de disposição expressa (Código de Processo Civil, art. 381, n.º 1).

(105) V. acima, ns. 67 e 68.

fim, representado pela decisão impugnanda, se originou de ato praticado por aquêlê mesmo que pretende impugná-la. No fundo, trata-se de aspecto particular do princípio que proíbe o *venire contra factum proprium*.

Em perspectiva dogmática, o impedimento sob exame subsume-se na figura denominada *preclusão lógica*, que consiste, como é sabido, na perda de uma faculdade processual pelo fato “de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade” (106).

80. O mesmo princípio acha-se à base da doutrina, tradicional em nosso direito, segundo a qual se torna inadmissível o recurso interposto por quem, expressa ou tácitamente, 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 *acquiescência*, 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 *acquiescência* com *desistência*, que concerne a recurso *já interposto*. O recurso manifestado por aquêlê

(106) CHIOVENDA, ob. e vol. ult. cit., pág. 156. Trata-se da segunda espécie de preclusão a que se refere o mestre. O qualificativo “lógica” aparece em J. F. MARQUES, ob. ult. cit., vol. II, págs. 375/6, para distingui-la da preclusão “temporal” e da “consumativa”, assim chamadas, respectivamente, a primeira e a terceira espécies apontadas por CHIOVENDA. Vale notar que, no texto do processualista italiano, um dos exemplos atinentes à forma de preclusão de aqui se cogita é justamente o da “realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença”. Ainda que se entenda estar êle aludindo aí, a atos *posteriores* à decisão, isto é, a atos de *acquiescência* (v. abaixo, n.º 81), é razoável filiar ao mesmo princípio geral, por identidade de razões, os casos de que agora nos ocupamos.

(107) V., por tôdas as obras que tratam da matéria, a fundamental monografia de MINOLI, já citada. Quanto à distinção entre as duas figuras, cf. os termos expressivos em que a fórmula GIUDICEANDREA, ob. e vol. ult. cit., pág. 170: “La rinuncia al potere d’impugnazione si distingue — sebbene identici siano gli effetti — dalla acquiescenza alla sentenza. La detta rinuncia, infatti, riguarda direttamente il potere d’impugnare e implica accettazione della sentenza impugnanda; la detta acquiescenza, invece, riguarda direttamente la sentenza impugnanda — che viene accettata — ed implica rinuncia ad impugnarla”.

que aquiesceu na decisão é recurso inadmissível, mas que precisa ser declarado tal pelo órgão competente. O recurso de que se desiste é recurso que deixa de existir, e portanto já não pode ser objeto de qualquer juízo, nem mesmo do juízo de admissibilidade (108). Seria impróprio assimilar à decisão de não-conhecimento a que homologa a desistência do recurso.

A inadmissibilidade do recurso do aquiescente encontra, no plano teórico, os mesmos fundamentos da inadmissibilidade do recurso interposto por quem provocou diretamente a decisão de que pretende recorrer; a segunda figura, porém, que não é renúncia, tampouco se pode subsumir na aquiescência: só se *aquiesce* a decisão já proferida, como só se *renuncia* a recurso já interponível. Aliás, conquanto seja essencialmente o mesmo, em todos êsses casos, o efeito prático — tornar inadmissível o recurso —, importa manter nítida, no plano teórico, a distinção entre fatos *impeditivos* (reconhecimento do pedido, desistência do direito ou do processo) e fatos *extintivos* (renúncia, aquiescência) do poder de recorrer.

81. Da aquiescência, como requisito (negativo) de admissibilidade, já tratavam as antigas Ordenações do Reino. O Código Filipino, no Livro III, Título LXXIX, § 2.º, mandava que se não recebesse a apelação do “que por alguma maneira consentiu na sentença dada contra êle”; e — como de costume — exemplificava: “assim como se pedisse tempo para pagar o em que era condenado”. O Título LXXX, § 2.º, tirava a consequência para a hipótese de litisconsórcio: o eventual provimento do recurso interposto por um dos litisconsortes aproveitaria aos outros, “salvo se aquêles, que das ditas sentenças não apelaram, houvessem consentido em elas, expressa, ou tácitamente, pedindo tempo para pagar, ou fazendo outro ato semelhante, por que se mostrasse haverem consentido em ela; porque então a apelação relevaria sòmente ao apelante, e não os outros, que houvessem consentido na sentença”.

Omitida no Regulamento n.º 737, reaparece a norma no artigo 1.529, § 2.º, da Consolidação de 1876, quase nos mesmos termos do velho texto filipino, e no art. 691 da Consolidação de 1898; lá e cá, especificamente com referência à apelação. O Código do antigo

(108) Cf. acima, n.º 80, nota 11. Alude-se neste passo do texto, é claro, unicamente à desistência do recurso, inconfundível com a desistência do direito e com a desistência do processo, às quais se fez menção em o n.º 78.

Distrito Federal, no art. 1.110, I, já enunciava a regra em caráter genérico. Não a reproduz, *expressis verbis*, o estatuto de 1939; em sede doutrinária, porém, afirma-se com razão a subsistência do requisito (109).

82. A aquiescência, que é ato *unilateral* e produz efeitos independentemente da aceitação da outra parte (110), pode ser *expressa* ou *tácita*. Esta há de inferir-se de fatos inequívocos (*facta concludentia*), incompatíveis com a impugnação da sentença. O exemplo clássico, encontrado em leis antigas, como já se notou, é o do condenado a pagar que pede prazo para cumprir a condenação. Acrescenta-se em doutrina, entre outros, o do cumprimento espontâneo de sentença ainda insuscetível de execução forçada (111). Em nosso entender, não há porque equiparar a êsses o caso em que se deixa escoar *in albis* o prazo de interposição; aí, a inadmissibilidade do recurso que posteriormente se quisesse manifestar seria consequência direta da intempestividade, afastadas quaisquer considerações de ordem subjetiva: não se tem de indagar da intenção do omissor em recorrer, nem presumir uma anuência à decisão que não precisa existir para fazê-la inimpugnável no processo (112).

Pode ainda a aquiescência ser *total* ou *parcial*: o réu, condenado a pagar  $x + y$ , conforma-se quanto à soma, ou apenas quanto a uma das parcelas. É claro que, na segunda hipótese, o recurso só se torna inadmissível no que concerne à parcela em que se aquiesceu. O Código italiano, na 2.ª alínea do art. 329, declara que “a impugnação parcial importa aquiescência às partes da sentença não

(109) P. DE MIRANDA, ob. e l. ult. cit., pág. 108: “A parte pode aceitar expressa ou tácitamente a resolução judicial; de modo que a sua aquiescência torna irrecorrível, por ela, a resolução judicial” (grifo do autor). Na literatura anterior, cf. A. E SOUSA, ob. cit., parte II, pág. 122; P. BATISTA, ob. cit., pág. 814; RAMALHO, ob. cit., pág. 541; C. SALES, ob. cit., pág. 149; J. MONTEIRO, ob. cit., pág. 665. O princípio remonta ao direito romano: v. ORESTANO, ob. cit., pág. 363. Entre os principais códigos vigentes, são expressos o italiano (art. 329; aliás, v. já o art. 465, 4.ª alínea, do velho diploma de 1865) e o português (art. 681, ns. 2 e 3). Quanto ao direito francês, v., por todos, MOREL, ob. cit., págs. 476/7.

(110) P. DE MIRANDA, lug. cit. em a nota anterior.

(111) *Id.*, *ibid.* Cf., na literatura peninsular, CHIOVENDA, lug. cit. em a nota n.º 106; PROVINCIALI, Sist. cit., pág. 147; *id.*, *Delle impugn.* cit., págs. 228/9; GIUDICEANDREA, ob. e vol. cit., págs. 175/6; FEDERICO ALESSANDRO MARINA, verbete *Acquiescenza* (*dir. proc. civ.*), in *Encicl. Forens.*, vol. I, pág. 88.

(112) Cf. P. DE MIRANDA, ob. e lug. ult. cit.: “Não se confunda renúncia tácita com deixar passar o prazo (preclusão)”.

impugnadas”, e o Anteprojeto BUZARD reproduz a norma, quase *ipsis verbis*, no parágrafo único do art. 553. Pelo motivo acima exposto, não nos parece necessário nem adequado falar aí de aquiescência: o que se dá, pura e simplesmente, é o trânsito em julgado daquilo que, na decisão, não foi objeto de recurso em tempo oportuno.

### SEÇÃO III

#### REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

##### § 1.º — *Tempestividade*

83. Em linha de princípio, todo recurso, para ser admissível, há de interpor-se dentro do prazo fixado na lei. O escoamento *in albis* faz surgir a coisa julgada formal, com a preclusão das vias recursais. Escapa à exigência da tempestividade, como já se assinalou, o recurso de officio; mais exatamente, êle se tem por interposto *ex vi legis* desde a data em que se proferiu a decisão, e o que não está sujeito a prazo é o suprimento da omissão da cláusula, porventura esquecida na redação da sentença.

Tirante o juiz, nessa hipótese, quaisquer recorrentes — parte, Ministério Público ou terceiro prejudicado — têm de respeitar os prazos para interposição. Alguns, entretanto, são beneficiados com prazo mais longo que o comum: assim, ao prêso (Código de Processo Civil, art. 29), à Fazenda Pública e às autarquias (Código de Processo Civil, art. 32; Dec.-Lei n.º 7.659, de 21-6-1945) êle se conta em dôbro (113). Rege-se também por disposições especiais o prazo para o recurso do terceiro prejudicado, quando não domiciliado nem residente no fóro da causa, e quando, incapaz, não tenha quem o represente ou assista: no primeiro caso, dispõe de três meses para a interposição, seja qual fôr o recurso (Código de Processo Civil, art. 815, § 1.º); no segundo, dos trinta dias subsequentes à

(113) O preceito do art. 32 não se aplica aos procedimentos regidos por leis extravagantes que tenham regras especiais sobre prazos, excluindo a incidência supletiva das contidas no Código, *v.g.* na ação executiva fiscal (Dec.-Lei n.º 960, de 17-12-1938, arts. 46 e 55); cf. S. FAGUNDES, *ob. ult. cit.*, pág. 78; J. F. MARQUES, *ob. ult. cit.*, vol. IV, pág. 64.

cessação da incapacidade ou à nomeação do representante ou do assistente (art. 815, § 2.º).

84. A contagem do prazo recursal observa as regras gerais sobre contagem de prazos (114). Quanto ao termo inicial, ou é a data da audiência de instrução e julgamento, se nela se profere a sentença; ou a data da audiência de publicação da sentença, desde que regularmente científicadas as partes; ou ainda, se a decisão não se proferiu em audiência, ou se desta não houvera regular notícia às partes, a data da intimação (art. 812), que no Distrito Federal e nas comarcas das capitais de Estados ou Territórios se reputa feita pela só publicação no órgão oficial (art. 168, § 1.º).

No segundo caso, pouco importa que a audiência de publicação se realize ou não dentro do decêndio a que se refere o art. 271, parágrafo único. A infração, pelo juiz, do preceito aí estabelecido não gera benefício para quem queira recorrer (115). O que importa é que da marcação da nova audiência tenha havido comunicação regular. Se ela se realiza na data fixada pelo juiz na própria audiência de instrução e julgamento, a comunicação fôra feita, e como tal se considera mesmo que a parte não estivesse presente à audiência. Se apenas noutra data vem a realizar-se, hão de ter sido as partes intimadas da respectiva designação; do contrário, o prazo recursal não começará a fluir senão da data da intimação *da sentença*.

Tenha-se em vista, contudo, a norma do art. 34, segundo a qual, para o revel, os prazos correm “independentemente de intimação ou notificação”. *Lege non distinguente*, estão aí compreendidos os prazos para interposição de quaisquer recursos (116).

(114) V. Código de Processo Civil, art. 27; Lei n.º 1.408, de 9-8-1951; Lei n.º 4.874, de 15-6-1965.

(115) J. F. MARQUES, *ob. e vol. ult. cit.*, págs. 69 e segs.

(116) Não tem razão J. J. CALMON DE PASSOS, *Da revelia...* *cit.*, págs. 53 e segs., na tentativa de demonstrar que da decisão de mérito deve, em qualquer caso, ser intimado o réu revel. A primeira parte do seu raciocínio (págs. 53/5) baseia-se em premissa falsa: a de que é necessária a intimação do revel da designação da audiência de instrução e julgamento, por ser esta “ato do qual nenhuma prazo decorre, nem é termo inicial de prazo de qualquer espécie” — afirmação inexacta na sistemática do Código de Processo Civil, a cuja luz, em princípio, é naquela audiência que se há de proferir a sentença (art. 271, *caput*), e com ela, portanto, começa a fluir o prazo recursal (art. 812). A segunda parte (págs. 55/8) desdobra-se em considerações apenas relevantes, quando muito, *de lege ferenda*.

85. Podem êsses prazos ser suspensos e interrompidos. Dá-se a *suspensão*, quando a fluência cessa temporariamente sem prejuízo do lapso já decorrido; a *interrupção*, quando o prazo recomeça a fluir por inteiro. As causas de suspensão e de interrupção dos prazos recursais são unicamente as previstas *expressis verbis* e as que decorram do sistema da lei. Não tem relevância, neste tópico, a vontade, ainda concorde, das partes: a coisa julgada formal está subtraída ao seu poder dispositivo. Por isso não se aplica na matéria o disposto no art. 35 do Código de Processo Civil, nem se admite suspensão convencional da instância para dilatação de prazo de recurso (117).

Suspende-se o prazo recursal nas hipóteses de que trata o artigo 26, com ressalva da parte final, onde se remete ao art. 197; portanto, no caso de “obstáculo judicial, criado pela parte”, e no de “superveniência de férias que absorvam, pelo menos, metade de sua duração”. Também no de obstáculo criado pelo próprio juízo, a despeito da inexistência de previsão expressa: “à parte não compete superar obstáculos criados ao seu direito de recorrer pelo defeituoso funcionamento do serviço judicial, nem tampouco é justo que lhe sofra as conseqüências danosas” (118).

A ressalva concernente à parte final do art. 26 justifica-se pela consideração de que o art. 813 — regra especial — considera causas de *interrupção*, e não de *suspensão*, alguns dos fatos contemplados no art. 197, que no restante é inaplicável à matéria. São, pois, casos

(117) G. DE RESENDE F.º, ob. cit., vol. II, págs. 32/3; J. F. MARQUES, ob. cit., vol. II, pág. 357; vol. III, págs. 311/2; vol. IV, pág. 65; M. A. SANTOS, ob. cit., vol. III, pág. 95; S. FAGUNDES, ob. ult. cit., págs. 79/80. No mesmo sentido, quanto ao art. 35, P. DE MIRANDA, ob. ult. cit., t. I, pág. 334; com referência à possibilidade da suspensão convencional da instância, parece haver contradição entre o que ensina o mestre no t. III, pág. 215 (*verbis* “A suspensão da instância, oriunda de convenção das partes, não apanha os prazos para recurso, já iniciados, nem a subida, ou o andamento e a subida dos recursos interpostos” — grifo nosso), e no t. XI, pág. 74 (*verbis* “A suspensão convencional da instância (art. 197, II) apanha o prazo do recurso se, à data da suspensão, está êle a correr” — sem grifo no original). Em desacôrdo com o texto, J. AMERICANO, ob. cit., vol. IV, págs. 10/11; A. DE M. LIMA, Sist. cit., págs. 250/2; CÂNDIDO NAVES, *Impulso processual e poderes do juiz*, págs. 94 e segs.

(118) S. FAGUNDES, ob. ult. cit., págs. 82/3; de acôrdo, J. F. MARQUES, ob. ult. cit., vol. IV, págs. 66/7. A Lei n.º 4215, de 27-4-1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), criou, no art. 131, parágrafo único, mais uma causa de suspensão de prazos processuais (quaisquer, inclusive os de recurso): a requisição, pelo Presidente do Conselho Federal ou de Seção Regional, de cópias autênticas ou fotocópias de peças de autos.

de interrupção do prazo recursal: o falecimento da parte ou do seu advogado (119) e a ocorrência de força maior.

86. O requisito da tempestividade subordina-se à atenuação decorrente do que dispõe o art. 810. Reitere-se aqui, por amor à importância prática da questão, o que já se disse noutra sede (120). Se se interpõe recurso incabível, mas não há erro grosseiro nem má-fé, determina a lei, em termos categóricos, que a parte *não seja prejudicada*. É obviamente prejudicá-la rejeitar como inadmissível o recurso interposto, só porque não o foi no prazo, mais breve, do recurso cabível. A quem interpõe apelação, contra decisão de que caberia agravo, sem erro grosseiro ou má-fé, não se há de exigir que a interponha em cinco dias, se o equívoco na escolha do recurso — o qual, segundo a lei, *não deve prejudicá-la* — naturalmente a levou a supor que dispunha de quinze dias.

Aqui não se está reconhecendo qualquer relevância à vontade da parte no sentido de derogar os princípios atinentes à coisa julgada formal. Não é a vontade da parte que torna possível a extensão do processo apesar de já exaurido o prazo do trânsito em julgado: é a norma legal, a clara e inequívoca norma do art. 810, que abre, na matéria, a exceção. Seria, além do mais, sumamente contraditório outorgar um benefício à parte em atenção à sua boa-fé e, depois, utilizar em seu desproveito uma conseqüência natural dessa mesma boa-fé.

## § 2.º — Regularidade formal

87. Como os atos processuais em geral, a interposição de recurso deve observar determinados preceitos de forma. São variáveis, no sistema do Código de Processo Civil, as formalidades prescritas para os diferentes recursos. As vèzes, descreve a lei com certa riqueza de pormenores as características de que se tem de re-

(119) Costuma-se ensinar que a regra só incide, aí, quanto à parte vencida ou ao advogado desta: J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 67; M. A. SANTOS, ob. e lug. ult. cit.; S. FAGUNDES, ob. ult. cit., pág. 83. Consoante se mostrou no lugar próprio, nem sempre é necessário que alguém seja vencido para que se lhe reconheça a possibilidade de recorrer (v. acima, ns. 58 e 59). É preferível dizer que apenas produz a interrupção do prazo o falecimento da parte *que tenha interesse no recurso*, ou do respectivo advogado.

(120) V. acima, ns. 34 e 35.

vestir o ato de interposição: assim, *v.g.*, o art. 821, quanto à apelação; noutros casos, as indicações são mais sucintas.

É possível, todavia, apontar uma constante: a exigência de motivação. Impõe-na o Código, expressamente, para a maioria dos recursos, usando embora fórmulas diversificadas: no tocante à apelação, alude às “razões do pedido de nova decisão” (art. 821, III); relativamente aos agravos de instrumento e de petição, fala em “razões do pedido de reforma da decisão” (arts. 844, II, e 847); para o agravo no auto do processo, refere-se às razões da ilegalidade da decisão agravada (art. 852); no que tange à revista, requer “petição fundamentada” (art. 854). Esta última prescrição via-se reproduzida, *ipsis verbis*, no art. 864, concernente ao recurso extraordinário, cuja interposição está hoje regulada na Lei n.º 3.396, de 2-6-1958. Ainda que não expresse o art. 2.º dêse diploma, deve-se ter por implícito o requisito da fundamentação, pelo menos quanto ao cabimento, já que a sustentação *de meritis* fica diferida para oportunidade posterior (art. 4.º). O mesmo se dirá dos embargos de nulidade e infringentes, não obstante o silêncio do art. 834 (121); dos embargos declaratórios, a cujo respeito se pode considerar também implícita a exigência, na de indicar o embargante “o ponto obscuro, omissis ou contraditório cuja declaração se imponha” (art. 862, 2.ª alínea); e bem assim dos agravos de que tratam os arts. 836 e 860, como do agravo de instrumento previsto no art. 6.º da Lei n.º 3.396, de 2-6-1958, e dos embargos cabíveis no Supremo Tribunal Federal.

88. Justifica-se a orientação do Código. O recurso veicula um pedido, como a inicial; à semelhança desta (art. 158, III), deve conter os fundamentos da pretensão, os motivos pelos quais pleiteia o recorrente uma decisão favorável. Trata-se de elemento indispensável para que o órgão *ad quem* possa conscienciosamente julgar, sopesando os argumentos opostos à sentença e confrontando-os com aquêles em que o juízo *a quo* apoiou seu pronunciamento. Ademais, com pouquíssimas exceções, quase todos os recursos são impugnáveis pelo recorrente, e é preciso que se lhe dê a possibilidade de co-

(121) P. DE MIRANDA, *ob. ult. cit.*, t. XI, pág. 259; DE P. B. SILVA, *ob. cit.*, vol. V, pág. 165; J. F. MARQUES, *ob. e vol. ult. cit.*, pág. 261. No que concerne aos embargos contra decisões de primeira instância, o art. 839, § 1.º, expressamente exige “petição fundamentada”.

nhecer as razões em que se baseia o adversário, a fim de refutá-las, se quiser.

Não subsiste o requisito, obviamente, no recurso *ex officio*. Seria absurdo impor ao órgão de que emanou a decisão recorrida a indicação de razões contrárias ao seu próprio entendimento.

89. Outro princípio dominante é o da forma escrita, exigida pelo Código, explícita ou implicitamente, para a apelação (art. 821), para os embargos de nulidade e infringentes (art. 834), para os de declaração (arts. 840 e 862), para os agravos de instrumento e de petição (arts. 844 e 847) e para a revista (art. 854). Quanto ao recurso extraordinário, o mesmo se dava com o art. 864 e, agora, com a Lei n. 3.396, de 2-6-1958 (v. o art. 3.º, § 1.º, onde se alude a *petição* — evidentemente escrita — que deve ficar “à disposição do recorrente”, podendo este “examiná-la” na Secretaria do Tribunal ou no cartório do Juízo).

Por exceção, pode interpor-se verbalmente o agravo no auto do processo (art. 851). No tocante ao recurso *ex officio*, a regra é que o órgão *a quo* lance por escrito, na decisão, a respectiva cláusula; como já se notou, porém, a eventual omissão é irrelevante.

90. Esses dois requisitos, quando exigíveis, devem considerar-se essenciais à admissibilidade do recurso. O ponto é evidêntissimo no que diz respeito à forma escrita: nenhum órgão judicial, hoje, tomaria conhecimento de apelação oralmente interposta (122). Já quanto à motivação, às vezes se tem reputado formalidade dispensável, invocando-se, a respeito da apelação, o art. 824, que em nossa opinião nada tem que ver com a matéria: a fundamentação do recurso é necessária não porque dela dependa a produção do efeito devolutivo, mas para que o recorrente e o próprio órgão *ad quem* fiquem sabendo quais as razões efetivamente postas pelo recorrente como base de sua pretensão a novo julgamento, favorável. Podem até não ser as mesmas alegadas na instância inferior: nada impede que o recorrente use outra linha de argumentação jurídica, quiçá sugerida pelo teor mesmo da decisão, sem falar na possibili-

(122) Nem sempre foi assim: a *appellatio* romana podia ter forma oral, provavelmente a mais antiga (v. ORNSTANO, *ob. cit.*, págs. 228/30); e o nosso direito, até época relativamente próxima, permitia que se apelasse em audiência, mediante declaração verbal (Ord. Filip., L. III, Tit. LXX, § 1.º; Reg. n.º 737, art. 647; Consolid. de 1898, art. 695).



dade, excepcional, da proposição de novas *quaestiones facti* (art. 824, § 1.º) (123).

Não nos parece, todavia, que a falta de motivação seja causa de nulidade; nem, por conseguinte, que incida aqui o art. 278 (124). A sanção para a inobservância do requisito é a *inadmissibilidade do recurso*.

91. Outras formalidades podem ser objeto de contrôle menos rigoroso. Tende o processo moderno à abolição dos formalismos inúteis. O Código de 1939, que nesse plano deu tantos passos à frente, em tema de recursos curiosamente preservou, à guisa de relíquia, a exigência do termo para o agravo no auto do processo, inclusive quando interposto por petição escrita (art. 852). Que se haja de reduzir a escrito o agravo oralmente manifestado, é intuitivo; ainda assim, como a interposição oral só se concebe na audiência, não seria necessário termo especial para o agravo, pois êle já estaria obrigatoriamente mencionado no termo de que trata o art. 272. Na outra hipótese, a lavratura de termo é *bis in idem* que nada justifica.

Aliás, a doutrina, e com maior timidez a jurisprudência, no particular, a despeito de hesitações aqui e ali, tiveram afinal a reação sadia que o caso estava a merecer. Hoje predomina amplamente a tese da não-essencialidade do termo (125). Exemplo análogo é o da dedução "por artigos", exigida pelo art. 834 para os embargos de nulidade e infringentes (126).

### § 3.º — Pagamento das custas

92. O art. 56, § 2.º, do Código de Processo Civil manda que sejam pagas pelo interessado, "antes da interposição de recurso ou

(123) No sentido do texto: L. DA COSTA, ob. ult. cit., vol. III, págs. 335 e segs.; J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 76; M. A. SANTOS, ob. e vol. cit., págs. 115/6; S. FAGUNDES, ob. cit., págs. 102/4. Contra, O. DE ANDRADE, ob. a vol. cit., pág. 161; P. B. MARTINS, *Rec. e proc.* cit., pág. 201.

(124) Assim pensa P. DE MIRANDA, ob. e t. ult. cit., pág. 144.

(125) P. DE MIRANDA, ob. e t. ult. cit., pág. 417; S. FAGUNDES, ob. cit., pág. 363; P. B. MARTINS, ob. ult. cit., pág. 316; J. C. DE O. E. CRUZ, ob. cit., págs. 324/5; J. O. DE CASTRO F.º, ob. cit., pág. 54; E. ROSA, *Dic. de proc. civ.* cit., verbete *Agravo no auto de processo*, pág. 58; em sentido contrário, O. DE ANDRADE, ob. e vol. cit., pág. 300; L. DA COSTA, ob. e vol. cit., pág. 376; J. F. MARQUES, ob. e vol. cit., pág. 233. Quanto à jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal já se fixou na tese correta: v. o enunciado n.º 426 da Súmula.

(126) Sobre a dispensabilidade do requisito, v., por todos, MONIZ DE ARAGÃO, *Embargos de nulidade e infringentes do julgado*, págs. 154/5, com indicações jurisprudenciais em a nota n.º 21.

da execução da sentença", as custas "devidas até a audiência, ou relativas a atos nela praticados". Criou, assim, mais um requisito de admissibilidade do recurso, peculiar aos que hajam de ser interpostos contra decisões proferidas em audiência; refogem à exigência os recursos do Ministério Público, da Fazenda Pública (art. 56, § 1.º), dos beneficiários da justiça gratuita e, naturalmente, os necessários.

Os argumentos invocados em contrário não têm a menor consistência. Não colhe dizer que a lei não comina sanção e, por isso, não se pode considerar nulo o ato (127): primeiro, as nulidades nem sempre são expressamente cominadas (cf. o art. 273); segundo, não é de nulidade, pròpriamente, que se trata, mas de *inadmissibilidade*. Impertinente, por igual motivo, a alegação de que se teria de esperar a iniciativa dos interessados na observância da formalidade, como tais entendidos os serventuários credores das custas (128).

O que cabe é admitir que, acaso recebido o recurso sem o prévio cumprimento do requisito, fique êle satisfeito com o pagamento *a posteriori*. Também se deve entender que, deferindo o órgão *a quo* a interposição, sem que estejam pagas as custas, já não possa êle obstar ao seguimento do recurso, porque o contrôle da admissibilidade, que lhe toca, se exaure aí no instante do deferimento (129); mas isso sem prejuízo da apreciação da matéria pelo órgão *ad quem* (130).

### § 4.º — Preparo

93. Consiste o preparo, como requisito de admissibilidade do recurso, no pagamento prévio das despesas relativas ao processamento dêste. Não há que confundi-lo com o requisito de que se tratou no parágrafo anterior: o pagamento das custas já devidas até

(127) C. SANTOS, ob. ult. cit., vol. I, pág. 261; no mesmo sentido, os julgados referidos por S. FAGUNDES, ob. cit., pág. 89, nota 91.

(128) V. o Acórdão cit. por S. FAGUNDES, *ibid.*, nota 92. De acôrdo com o texto, em considerar inadmissível o recurso sem observância do disposto no art. 56, § 2.º, além do autor mencionado, *ibid.*, pág. 86 e segs., P. DE MIRANDA, ob. ult. cit., t. I, pág. 398; DE P. E SILVA, ob. cit., vol. I, pág. 144; J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., págs. 74/5; P. B. MARTINS, *Coment.* cit., vol. I, pág. 216. Para L. DA COSTA, ob. e vol. ult. cit., pág. 357, o recurso deve ser recebido sob condição, negando-se-lhe seguimento se as custas não forem pagas.

(129) P. DE MIRANDA, ob. e lug. ult. cit. V. abaixo, n.º 102.

(130) J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 75, nota 65.

a audiência, ou referentes a atos nela praticados. No Código de Processo Civil, aludem ao preparo do recurso e às conseqüências de sua eventual omissão os arts. 827, § 2.º, 828, 835 e § 1.º, 849 e parágrafo único, 857, 870 e 871. A Lei n.º 4.335, de 1.º-6-1964, que alterou a redação do art. 870, regulou por miúdo o preparo no concernente aos recursos interpostos dos Estados para o Supremo Tribunal Federal e para o Tribunal Federal de Recursos.

Distingue-se o preparo de todos os outros requisitos de admissibilidade, intrínsecos e extrínsecos, por uma característica singular. Enquanto os restantes devem preexistir à interposição, êle só precisa concretizar-se *depois* que o recurso já foi interposto. Sua falta vem, assim, tornar inadmissível um recurso que talvez, até aí, não o fôsse. Dessa peculiaridade surge importante corolário no que toca ao efeito do juízo negativo de admissibilidade sôbre a formação da coisa julgada: a determinação do momento em que ela se opera não pode obedecer aqui ao mesmo critério aplicável em relação aos demais requisitos (181).

94. A sanção para a falta de preparo no prazo legal dá-se o nome de *deserção*. A decretação da deserção é um tipo especial de juízo negativo de admissibilidade: julgar deserto o recurso equivale a julgar que êle se tornou inadmissível por não preparado a tempo. Quanto à forma de que se reveste, será oportunamente examinada (132).

Ê de tôda a vantagem distinguir bem a deserção de outras figuras mais ou menos afins. Nesta matéria, a terminologia legal e a da própria doutrina não se têm forrado a certa imprecisão, com grave prejuízo para a construção sistemática dos institutos. Não são raras as alusões a “renúncia” e a “desistência” em se tratando de deserção. Assim se baralham hipóteses que tudo aconselha a estreimar com nitidez.

Ao nosso ver, convém reservar as denominações de *renúncia* e de *desistência* para manifestações de vontade pelas quais se abre mão do exercício do recurso; a diferença entre elas estaria em que a renúncia é *anterior*, e a desistência *posterior* à interposição. *Renuncia-se* a recurso que se poderia interpor, *desiste-se* de recurso que

(131) V. abaixo, ns. 121, 122 e 130.  
 (132) V. abaixo, n.º 111.

*já se interpôs*. As conseqüências variam: se se renunciou (133), o recurso apesar disso interposto é recurso que se deve julgar inadmissível (isto é, recurso de que se não deve conhecer); se se desistiu, o recurso foi retirado e deixa de existir, de sorte que já não pode ser objeto sequer de juízo de admissibilidade: para que algo seja *admissível* ou *inadmissível*, é necessário que (ainda) *exista* (134).

A falta de preparo, como a não-interposição do recurso no prazo devido, são causas puramente *objetivas* de inadmissibilidade e prescindem de qualquer indagação sôbre a vontade do omisso. Pouco importa que a omissão haja sido intencional, ou tenha apenas decorrido de negligência ou descuido. Se se tivesse de enxergar nela manifestação *tácita* de vontade, a equiparação seria com a desistência, pois ambas têm em comum a circunstância de referirem-se a recurso *já interposto*. Para nós, entretanto, não é necessário nem útil construir assim: muito preferível nos parece considerar à parte, como figura autônoma, a deserção, efeito *objetivo* do decurso *in albis* do prazo destinado ao preparo (135).

95. Opinião de grande autoridade preconiza a sistematização em termos diversos, quanto à apelação e ao agravo, dos efeitos da falta de preparo. Naquele caso, a sanção para a inércia do recorrente seria sempre a deserção, com caráter *desconstitutivo*, quer na primeira, quer na segunda instância. Neste, seria impróprio falar de deserção quando a omissão se verificasse no juízo *a quo*: aí, ocorreria *renúncia*; deserção, apenas no juízo *ad quem*. Aludir a “deserção do agravo”, na instância inferior, constituiria “erro crasso”, e assimilar o que se dá com êle ao que se passa com a apelação não

(133) Validamente, é claro; segundo já se registrou (v. acima, n.º 79 e nota 104), em nosso direito não vale a renúncia anterior à decisão recorrível.

(134) Cf. acima, n.º 30, nota 11, e n.º 80, nota 108.

(135) “A deserção” — escreve S. FAGUNDES, ob. ult. cit., pág. 111, nota 4 — “não é meio de desistência do recurso. Todavia, poderá acobertar uma renúncia tácita e voluntária à impugnação da sentença. Tal sucederá quando a parte, convencida da inutilidade do recurso manifestado, se abstenha de prepará-lo, assim frustrando-lhe o seguimento. Esta será, porém, uma utilização do instituto com finalidade indireta, isto é, distante da que o informa”. Deixando de lado o emprêgo, ao nosso ver pouco aconselhável, do termo “renúncia” por “desistência”, mostra o passo transcrito que o ilustre autor sentiu a diferença entre as figuras, embora coubesse talvez sublinhar com mais força a inconfundibilidade. Menos próprio, pelas razões expostas no texto, é tirar da falta de preparo uma “presunção *iuris et de iure* de renúncia”, como faz P. B. MARTINS, *Rec. e proc.* ... cit., pág. 306, com o apoio de J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., págs. 205/6.

preparada ali significaria “chamar, pelo mesmo nome, o ser que não foi concebido e o ser que nasceu e morreu”. Correta seria, pois, a redação do art. 849 do Código de Processo Civil, onde “renunciado” e “deserto” se refeririam, respectivamente, às hipóteses de falta de preparo no órgão *a quo* e no órgão *ad quem* (136).

Pedimos vênia para divergir desse entendimento. Não vemos porque se deva considerar como ser “não concebido” o agravo que ainda não subiu à segunda instância. O agravo existe desde que interposto, nada importando que sobre ele não se tenha pronunciado o juiz de cuja decisão se agravou. É o que emerge, com perfeita clareza, do sistema do Código. Não há razão bastante para tratar a matéria, aqui, de modo diferente do que se adota para a apelação. Renúncia, para nós, é de recurso *não interposto*, seja apelação, agravo ou qualquer outro. A sanção para a falta de preparo, na instância inferior ou na superior, seja qual fôr o recurso, chamamos deserção. Pode ser que o art. 849 — e o ponto ressalta da redação do parágrafo único, *verbis* “A renúncia e a deserção” — haja querido distinguir; mas parece-nos que, no plano doutrinário, não se justifica o uso de denominações diversas para figuras essencialmente iguais.

96. Escapam à exigência de preparo — e, em consequência, à deserção por falta d'ele — o recurso *ex officio*, o interposto pelo Ministério Público ou pela Fazenda Pública, o do beneficiário da justiça gratuita (137). Leis especiais podem dispensar o requisito, ou excluir a incidência da sanção, em relação a determinados procedimentos, ou a determinados recursos nêles interpostos: o art. 208 do Dec.-lei n.º 7.661, de 21-6-1945, por exemplo, estatui que “os processos de falência e de concordata preventiva não podem parar por falta de preparo”.

O Código de Processo Civil não alude a preparo em relação aos embargos oponíveis a decisões de primeira instância (art. 839), nem

(136) P. DE MIRANDA, ob. ult. cit., t. XI, págs. 187/8 e 382/7. As passagens aspeadas, com grifos do original, estão na pág. 335. A doutrina, em geral, equipara os dois casos: assim DE P. E SILVA, ob. cit., vol. V, págs. 239/40; S. FAGUNDES, ob. ult. cit., pág. 353; P. B. MARTINS, ob. e lug. ult. cit.; A. BUZARD, *Do agr. de pet. cit.*, pág. 163; J. C. DE O. E CRUZ, ob. cit., pág. 302.

(137) Código de Processo Civil, art. 814, 2.ª parte; Lei n.º 1.060, de 5-2-1950, arts. 3.º, II e 9.º. Cf. P. DE MIRANDA, ob. e t. ult. cit., págs. 136/7; S. FAGUNDES, ob. ult. cit., págs. 120/2; J. C. DE O. E CRUZ, ob. cit., pág. 152; SADI CARDOSO DE GUSMÃO, verbete *Deserção (processo civil)*, in *Rep. Encicl. do Dir. Bras.*, vol. 15, pág. 248.

aos embargos de declaração, nem ao agravo no auto do processo, nem aos agravos de que tratam os arts. 836 e 860. Tais recursos não estão sujeitos a deserção. Conquanto possam os regimentos de custas estender a êles a exigência do preparo, assinala a doutrina, com razão, que a aplicabilidade da sanção depende de previsão expressa na lei processual (138). Quanto ao §. 5.º (antigo parágrafo único) do art. 870, que manda ter por deserto o “recurso não preparado no prazo legal”, a despeito da redação genérica, há de ser entendido, à vista do contexto, como atinente só aos recursos que se interpõem no órgão de primeiro grau para o tribunal, ou de um tribunal para outro. Isso já exclui os embargos do art. 839 e os declaratórios, bem como os agravos dos arts. 836 e 860. Quanto ao agravo no auto do processo, não é remetido ao juízo *ad quem* senão junto com a apelação de cujo julgamento o seu constituirá preliminar (art. 852): também não se lhe aplica o dispositivo mencionado (139).

97. O prazo de preparo varia de acôrdo com o recurso e suspende-se pelas causas comuns previstas no art. 26 do Código de Processo Civil, excluída a incidência da parte final, que remete ao art. 197, no tocante à suspensão convencional da instância. O motivo da ressalva é o mesmo que já se expôs para o prazo de interposição (140): o decurso *in albis* do prazo de preparo, acarretando a deserção, faz surgir a coisa julgada formal, que não pode subordinar-se à vontade das partes. Aplicam-se, porém, os outros incisos do art. 197, operando os fatos ali previstos como causas de *suspensão* (e não de *interrupção*) do prazo, ao contrário do que sucede, por força de regra especial (art. 813), no que concerne ao de interposição.

O art. 828 prevê o “justo impedimento” como obstáculo à decretação da deserção, ou como causa de *relevação* da deserção já de-

(138) S. FAGUNDES, ob. ult. cit., pág. 119; A. DE M. LIMA, ob. ult. cit., págs. 317/8; S. C. DE GUSMÃO, verb. cit., pág. 250.

(139) Em sentido contrário, J. O. DE CASTRO F.º, ob. cit., pág. 77. Engana-se êsse autor quando, ao invocar também o art. 849 em abono de sua opinião sustenta que “agravo”, aí, tem sentido genérico: deixando de lado outras contra-indicações hermenêuticas, como entender aplicável ao agravo no auto do processo um dispositivo em que se fixa prazo cujo termo inicial é a “entrega da contramínuta do agravado”?

(140) V. acham, n.º 85.

cretada. O laconismo do legislador, no particular, suscita problemas de índole procedimental, cujo exame não caberia aqui: estamos, por ora, assinalando apenas a exclusão do juízo de inadmissibilidade que normalmente resultaria do descumprimento do requisito (141). Não é pacífica em doutrina a conceituação do “justo impedimento”; ao nosso ver, o conceito está abrangido no de “fôrça maior”. Não se objete que assim se tornaria supérflua a ressalva do art. 828, pois a aplicação do art. 26, combinado com o inciso I do art. 197, já bastaria para afastar a deserção, ou relevar dela o recorrente. O Código de Processo Civil não é lei redigida com técnica tão apurada que se tenha de reputar isenta de redundâncias: para nos atermos à matéria versada, há inegável redundância nos arts. 37 e 38, ao aludirem à fôrça maior, em confronto com o art. 26, cuja remissão final ao art. 197 era suficiente para assegurar os efeitos a que se visou nos dois outros dispositivos.

Por isso mesmo, embora o art. 828 seja peculiar à apelação, não nos parece que os prazos para preparo de outros recursos sejam insuscetíveis de dilatação, nem que em relação a êles se exclua a possibilidade de relevação (142). Porque não se lhes applicaria, sendo o caso, o preceito do art. 26, *fine*, consoante o qual os prazos — *quaisquer* prazos — não de ser restituídos aos interessados nas hipóteses do art. 197? Justifica-se a exceção, já consignada, referente ao inciso II dêste; mais nenhuma. Igualmente sem base seria a negação da incidência dos arts. 37 e 38. Aliás, quanto ao preparo na segunda instância, tal entendimento contrastaria frontalmente com o preceito expresso do art. 819, que manda observar, em tema de prazos, o disposto no Livro I, Título III, do Código.

(141) Para algumas considerações relativas aos aspectos ligados à *forma*, v. abaixo, n.º 118.

(142) Em sentido contrário, S. FAGUNDES, ob. ult. cit., pág. 117, nota 15 (começada na pág. 116). Esse autor, no entanto, de maneira até certo ponto contraditória, admite que os prazos de preparo se sujeitam em geral às causas comuns de suspensão, embora entre elas não mencione a fôrça maior: v. páginas 114/5 e 118/9, onde se inculca a tese de que, para os outros recursos que não a apelação, o prazo de preparo apenas seria passível de suspensão por motivo comprovado “nos próprios autos pela anormalidade da marcha do feito”, e por isso verificável de ofício pelo juiz, “dispensando prova e requerimento por parte do interessado”. Parece acolher essa distinção — para nós, pouco razoável — J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 98. Substancialmente de acôrdo com o texto, DE P. E SILVA, ob. e vol. cit., pág. 243; P. B. MARTINS, ob. ult. cit., págs. 306/7.

## CAPÍTULO IV

## JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE: COMPETÊNCIA E FORMA

## SEÇÃO I — COMPETÊNCIA

98. Ao contrário do que sucede em outras legislações, no sistema do Código de Processo Civil os recursos são interpostos, em regra, perante o próprio órgão de que emanou a decisão impugnada, ou, quando muito, perante um membro do corpo julgador ou do Tribunal de que êle faz parte. Só numa segunda etapa é que se encaminha ao órgão *ad quem* o pedido de novo julgamento.

Tal sistemática faz surgir o problema da discriminação das competências sob o ponto-de-vista funcional. Nos ordenamentos em que a interposição se endereça, diretamente, ao juízo de grau superior, o mecanismo torna-se, por êste prisma, bem mais simples: é ali que se exercerá tôda a atividade cognitiva, em quaisquer aspectos por que tenha o recurso de ser examinado. Ali se não de enfrentar e resolver tôdas as questões pertinentes a um e a outro dos dois grandes planos em que se distribui a matéria: o do contrôle da admissibilidade e o da apreciação do mérito.

Pode conceber-se, *a priori*, que idêntica disciplina fôsse adotada ainda em sistemas como o nosso. O órgão perante o qual se desse a interposição funcionaria como mero agente receptor e transmissor, sem possibilidade de influir, de qualquer maneira, na sorte do recurso. Mas, nesse caso, a sua participação no procedimento recursal seria de total inutilidade. Ter-se-ia criado, tão somente, uma causa a mais de retardamento, entrave supérfluo na marcha do processo, com grave prejuízo para o interêsse das partes e, sobretudo, para o interêsse público na composição dos litígios. O fato de determinar a lei que o recurso seja interposto perante o órgão *x*, e não perante o órgão *y*, competente para julgá-lo, só se justifica se a lei quer dar ao órgão *x* alguma atribuição além daquela — que a qualquer funcionário subalterno se poderia cometer — de protocolar o recurso e fazê-lo chegar ao enderêço.

99. Duas considerações devem aqui formular-se como premissas da solução. Uma concerne à evidente vantagem que existe em evitar-se, mediante contrôle prévio, o funcionamento vão das cama-

das superiores do aparelho judiciário. Se o pedido de novo julgamento se reveste de características tais que tornem manifestamente impraticável o reexame da decisão impugnada, tudo aconselha a que se corte na raiz a pretendida extensão do processo. Depara-se aqui um caso expressivo de aplicação do princípio da economia processual.

Por outro lado, cumpre ter em vista — até por amor ao mesmo princípio — que normalmente não há conveniência em submeter à revisão do mesmo órgão que a proferiu o conteúdo da decisão recorrida. Com efeito, por motivos facilmente compreensíveis, a tendência do julgador, em regra, é a de confirmar o precedente julgamento. Nada se lucraria com semelhante *bis in idem*. Sem dúvida, nalgumas hipóteses, em atenção a circunstâncias particularíssimas, ou a razões de tradição histórica, outorga-se ao próprio juízo de primeiro grau a tarefa de julgar o recurso (embargos do art. 839), ou pelo menos abre-se-lhe o ensejo de novamente pronunciar-se, antes da remessa ao juízo *ad quem* (agravos de instrumento e de petição). Esses casos, entretanto, devem considerar-se *excepcionais*.

100. A conclusão é intuitiva: em princípio, reconhece-se ao órgão perante o qual se interpõe o recurso competência para verificar-lhe a *admissibilidade*; nega-se-lhe competência, ao contrário — salvo quando a lei *expressis verbis* preceitue diversamente —, para examinar-lhe o *mérito*. Esta segunda regra prevalece ainda quando a interposição se tenha de dar perante órgão distinto daquele de que emanou a decisão. A competência para *julgar o recurso* — isto é para apreciá-lo *de meritis* — continua a não lhe pertencer.

Exemplo frisante, a que já se aludiu, é o do recurso extraordinário, em relação ao qual a prática forense, infelizmente, se cristalizou em esquema aberrante dos princípios. Competente para julgá-lo, com exclusividade, é o Supremo Tribunal Federal (Constituição do Brasil, art. 114, III). Ao Presidente do Tribunal em que se integra o corpo julgador *a quo* (ou, nas causas a que alude o art. 839, ao juiz de primeira instância) compete apenas “deferir ou não o seguimento do recurso” (Lei n.º 3.396, de 2-6-1958, art. 3.º, § 2.º), “admiti-lo” ou “denegar a sua interposição” (art. 3.º, § 3.º) (1).

(1) É variável a terminologia empregada pelas leis processuais quando se referem ao juízo de admissibilidade proferido pelo órgão de interposição. Para o juízo *positivo*, ora se fala em “receber” (Código de Processo Civil,

“Compete-lhe, pois, o *juízo de admissibilidade*; ora, como já se frisou oportunamente, este é sempre anterior, do ponto-de-vista lógico, ao juízo de mérito, não se concebendo que um recurso seja declarado *inadmissível porque improcedente* — ou, em outras palavras, que ao recorrente não se permita provocar novo julgamento, no qual (e só no qual) se há de verificar se êle tem ou não razão, sob o pretexto de que... êle não tem razão (2). É o que aconteça, entretanto, quando se indefere o recurso extraordinário pelo fundamento, *v.g.*, de não haver efetivamente ocorrido a alegada ofensa a alguma norma constitucional.

Não se objete que, com a praxe em má hora adotada, se consegue reduzir a sobrecarga de trabalho do Supremo Tribunal Federal. O problema prático obviamente há de ter outra solução que não importe tão clamorosa violação dos princípios, como essa de substituir-se o Presidente do Tribunal *a quo*, ou o juiz de primeira instân-

arts. 829 e 830), ora em “deferir” (Lei n.º 3.396, art. 3.º, § 2.º), ora em “admitir” (Lei cit., art. 3.º, § 3.º, e art. 4.º). Com relação ao juízo *negativo*, usam-se as expressões “denegar” (Código de Processo Civil, art. 842, IX; Lei n.º 3.396, art. 3.º, § 3.º), “indeferir” (Código de Processo Civil, arts. 850 e 862, § 1.º), “não admitir” (art. 860).

(2) Consoante já se registrou (v. n.º 24, nota 20, *supra*), vêm de longe os protestos da doutrina mais autorizada contra essa anomalia. Sob o regime constitucional de 1954, explicava com tóda a clareza M. FRIXERO, *ob. cit.*, págs. 229/30, que “a justiça local pode indeferir o pedido de interposição do recurso por motivos que se prendem ao respectivo *conhecimento*”, *v.g.* “se o recorrente não é parte legítima, se a decisão de que se pretende recorrer não é de última instância, se já está decorrido o decêndio legal, se não se questionou no curso da causa sobre a aplicação, vigência ou constitucionalidade da lei que deixou de ser aplicada”, para em seguida afirmar categoricamente: “A justiça local não pode, porém, apreciar as questões relativas ao merecimento do recurso (...). Não pode, ou pelo menos não deve denegar o recurso sob o fundamento, por exemplo, de que o julgado da justiça local não decidiu contra a literal disposição de determinada lei federal ou se limitou a dar-lhe a interpretação que lhe pareceu mais adequada”. Com efeito, “essa questão não pertence ao *conhecimento*, mas ao *merecimento* do recurso; porquanto resolver se a interpretação da lei federal envolve decisão contra a sua aplicabilidade ou o seu texto é que constitui propriamente o objeto do recurso extraordinário”. E arrematava o mestre: “Dar à justiça local competência para resolver tal questão é conferir-lhe atribuição para *não prover*, e, portanto, para julgar o recurso” (grifos do original). No mesmo sentido, já sob o Código de 1939, pronunciaram-se, entre outros, LIEBMAN, nota n.º 11 às *Instit. de CHIOVENDA*, *cit.*, vol. III, pág. 231; ZÓTICO BATISTA, *Código de Processo Civil anotado e comentado*, vol. II, pág. 289; L. DA COSTA, *ob. e vol. ult. cit.*, pág. 418; J. A. DA SILVA, *ob. cit.*, págs. 386/8. Cf., na doutrina italiana, as palavras incisivas de CARNELUTTI, *Una riforma necessaria della legge sulla Corte Costituzionale*, in *Riv. di Dir. Proc.*, vol. XIX, 1964, pág. 304: “che il giudice inferiore possa chiudere la via del ricorso al giudice superiore, non perchè il ricorso stesso manchi dei requisiti della sua proponibilità, ma perchè ne esclude il fondamento, pare a me veramente assurdo”.

cia, à Côrte investida, por expressa disposição da Lei Maior, da competência exclusiva para o julgamento do recurso extraordinário.

101. Tem profundas raízes históricas a atribuição, ao órgão perante o qual se interpõe o recurso, de competência para verificar-lhe a admissibilidade. Já era assim no processo romano, em que o juiz *a quo* podia deferir ou indeferir o seguimento da apelação interposta contra a sua sentença (“*appellationem recipere vel non*”), redigindo e entregando ao apelante, no primeiro caso, as *litterae dimissoriae* ou *apostoli*, endereçadas ao órgão *ad quem* (3).

As Ordenações Filipinas referiam-se em mais de um passo ao recebimento ou não-recebimento da apelação (4). No Regulamento n.º 737 também se aludia ao ponto, concedendo-se até agravo “dos despachos de recebimento ou denegação de apelação” (art. 669, § 8.º), embora o texto não fôsse explícito em fixar o alcance dos poderes sob êsse prisma conferidos ao juiz *a quo*, salvo quanto à decretação da deserção, por não remetidos os autos à instância superior no prazo legal (art. 656). Na Consolidação de 1876, rezava o art. 1.538: “Interposta a apelação e avaliada a causa, o juiz, que tiver proferido a sentença, receberá a apelação, se fôr de receber, declarando se em ambos os efeitos, ou no devolutivo somente; ...”. O art. 1.539 indicava *expressis verbis* uma causa de inadmissi-

(3) Na verdade, o contrôle do juiz de primeiro grau não se limitava af estritamente aos requisitos de admissibilidade, mas se estendia, em certa medida, ao próprio fundamento da *appellatio*, isto é, a aspectos do mérito: v., sobre tudo isso, ORESTANO, ob. cit., págs. 367 e segs. O processo moderno repele a extensão.

(4) V. Livro III, Tít. LXVIII: “Quando alguma das partes apelar da sentença, que contra êle fôr dada, e a apelação lhe fôr recebida, ...”; Título LXIX, § 7.º: “E quando a apelação da sentença interlocutória, que fôr interposta fora do lugar, onde estiverem as Relações, não fôr recebida por o Juiz, que a deu, ...”; Tít. LXX, § 2.º: “E tanto que a parte apelar, e lhe fôr recebida a apelação, ...”; Tít. LXXX, § 6.º: “E será recebida a apelação e atempada, ...”; Tít. LXXX, § 7.º: “E se cada uma das partes apelar da sentença definitiva, sendo caso, de que se deva receber apelação, e o Julgador não a receber, achando os Juizes Superiores ser caso de apelação, e que o Juiz inferior a não quis receber, ...”; Tít. LXXX, § 8.º: “E no caso, que o Juiz inferior recebesse apelação de sentença definitiva a alguma parte, ...”, etc. (grifamos). Com invocação de doutrina anterior, A. E SOUSA, ob. cit., parte II, pág. 107, escrevia que “o Juiz com nenhum pretexto pode denegar a Apelação para o Superior, do qual é privativo o conhecimento, se é ou não de apelação o caso” (sem grifo no original); mas logo em seguida atenuava o rigor do ensinamento, admitindo expressamente ao menos uma hipótese de inadmissibilidade declarável pelo órgão *a quo*: a de caber a causa na alçada dêste.

bilidade, que ainda hoje subsiste (Código de Processo Civil, artigo 839): ser o valor da causa inferior ao limite da alçada; quanto à competência do órgão de primeiro grau para decretar a deserção, vejam-se, naquele diploma, os arts. 1.552 e seguintes (5).

O Código de 1939 não tem disposição de caráter genérico que consagre o princípio; e, curiosamente, parece desprezá-lo ao tratar da apelação: o art. 826, à primeira vista, dá a impressão, pelo modo como foi redigido, de que se não deixa ao órgão *a quo* opção entre receber ou não receber o recurso: “Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, ...”. Noutros dispositivos é que aparece, em geral um tanto tímida, a alusão ao contrôle da admissibilidade pelo órgão de interposição (6). A doutrina, todavia, nunca pôs em dúvida a legitimidade dêsse contrôle, como regra geral (7).

102. Sofre restrições o poder, reconhecido ao órgão perante o qual se interpõe o recurso, de verificar a concorrência dos requisitos de admissibilidade, e eventualmente indeferi-lo. Em primeiro lugar, como é intuitivo, a verificação concerne apenas aos requisitos

(5) O Código do antigo Distrito Federal, no art. 1.120, reproduzia com ligeiras alterações a fórmula da Consolidação de RIBAS: “Interposta a apelação e logo conclusos os autos, o juiz dentro de 5 dias a receberá, se fôr de receber ...” (grifamos).

(6) Assim, no tocante aos embargos de nulidade e infringentes (art. 835, *verbis* “... se couber o recurso”; art. 838, *verbis* “Se não fôr caso de embargos”); ao agravo de petição (art. 850: “Se o juiz indeferir o agravo de petição, ou lhe negar seguimento, ...”); à revista (art. 860: “Da decisão do presidente, que não admitir o recurso de revista, ...”); aos embargos de declaração (art. 862, § 1.º: “Será logo indeferida, por despacho irrecorrível, a petição ...”); ao recurso extraordinário (art. 865, *verbis* “se julgar que é caso de recurso extraordinário”). Este último dispositivo, como se sabe, foi revogado pela Lei n.º 8.896, de 2-6-1958, cujo art. 3.º, §§ 2.º e 3.º, é expresso em atribuir o contrôle da admissibilidade (não do mérito!) ao Presidente do Tribunal *a quo* ou ao juiz de primeiro grau, conforme o caso. Quanto à apelação, o inciso IX do art. 842, concedendo agravo de instrumento contra a decisão que a denegar, implicitamente reconhece ao órgão *a quo* o poder de fazê-lo — por falta de algum requisito de admissibilidade. A inadmissibilidade resultante de deserção, na primeira instância, está prevista nos arts. 828 e 849 (v., sobre êste, o n.º 95, *supra*).

(7) V. a respeito LIEBMAN, *loc. cit.*, em a nota n.º 2, acima; J. F. MARQUES, ob. ult. cit., vol. IV, págs. 52/4; A. DE M. LIMA, ob. ult. cit., págs. 215, 229/30; A. BUZAD, ob. ult. cit., pág. 158. O segundo dêsses autores, ob. e vol. cit., págs. 96/7, faz uma ressalva ao nosso ver injustificável: a inadmissibilidade por deserção só poderia ser declarada na instância inferior em se tratando de apelação; explicitamente em sentido contrário, com razão, A. DE M. LIMA, *ibid.*, págs. 816/7. No direito português há regra expressa sobre o juízo de admissibilidade no órgão *a quo*: v. Código de Processo Civil, art. 687, n.º 3.

que devem existir *no momento da interposição*, ou pelo menos aperfeiçoar-se *antes da remessa ao juízo ad quem*. Neste último caso está o preparo na instância inferior, que, consoante já se notou, ocorre depois de interposto o recurso. Naquele, que é o mais comum, acham-se todos os outros requisitos, com exceção do preparo no juízo recursal; e aí importa precisar que escapam ao contróle do órgão *a quo* as causas de inadmissibilidade *supervenientes* ao recebimento. O exame que lhe compete exaure-se no ato pelo qual êle admite o recurso: se mais tarde vem a faltar algum requisito, *ainda antes da subida*, já não lhe será lícito negar o seguimento. A inadmissibilidade, nessa hipótese, só poderá vir a ser declarada pelo juízo superior (8)

Suponhamos, por exemplo, que, interposto e admitido o recurso, sobrevenha algum fato capaz de elidir o interesse na impugnação. A lei não confere ao órgão inferior o poder de reexaminar a questão e trancar o andamento do recurso. Ocorreu a preclusão, que obsta a essa contramarcha. Fica a matéria reservada ao conhecimento do juízo competente para o julgamento do recurso. O mesmo sucede se, após o recebimento, se verifica a ausência de requisito que devia preexistir e em cuja falta, por inadvertência, não se atentara. Em qualquer desses casos, é irrevogável o deferimento da interposição.

103. Outro princípio fundamental é o que, em relação a qualquer recurso, pelo menos a questão da admissibilidade não pode jamais ser subtraída à apreciação do órgão *ad quem* (9). Fácil compreender a razão: seria uma burla ao sistema do ordenamento, que previu o contróle da decisão por outra instância, permitir que o próprio juízo prolator soberanamente resolvesse se há de abrir ou não a via para tal reexame. O mínimo que se tem de exigir é que possa o recorrente obter do órgão superior a censura do ato pelo qual se lhe fechou aquela via. Ao indeferir o recurso, declara o juízo *a quo*, no fundo, que seria ilegítima a atividade cognitiva da instância recursal no tocante à matéria; ora, é inconcebível que se negue àquela o ensejo de pronunciar-se sobre tal declaração, a

(8) V., quanto à apelação, o ensinamento de P. DE MIRANDA, ob. e t. ult. cit., pág. 338, ao qual é lícito dar alcance *genérico*.

(9) Cf. A. BUZARD, ob. ult. cit., pág. 157.

fim de, sendo o caso, afirmar o seu próprio poder de legitimamente julgar o recurso.

Disso promana uma conseqüência assaz relevante: nenhum recurso pode ser rejeitado como inadmissível pelo órgão perante o qual se interpõe, se dessa decisão a lei não faculta ao recorrente outro recurso, ou remédio análogo, para o juízo a que competiria julgar o primeiro. Aplicando a regra ao sistema do Código de Processo Civil, conclui-se que escapam ao contróle da admissibilidade na primeira instância, e são portanto, aí, insuscetíveis de denegação, o agravo de instrumento e o agravo no auto do processo (10). *Mu-*

(10) De acôrdo com o texto, quanto ao agravo de instrumento, G. DE RESENDE F.<sup>o</sup>, ob. e vol. cit., pág. 147; P. DE MIRANDA, ob. e t. ult. cit., págs. 333, 387; J. AMERICANO, ob. ult. cit., vol. IV, pág. 89; C. SANTOS, ob. ult. cit., vol. IX, pág. 368; DE P. E SILVA, ob. cit., vol. V, pág. 245; O. DE ANDRADE, ob. e vol. cit., pág. 278; S. FAGUNDES, ob. ult. cit., pág. 346; P. B. MARTINS, *Rec. e proc. cit.*, pág. 287; A. BUZARD, ob. ult. cit., págs. 158/4; E. ROSA, *Dic. de proc. civ. cit.*, verbete *Agravo de instrumento*, págs. 51/2 (embora com maior apoio noutro argumento); no tocante ao agravo no auto do processo, P. DE MIRANDA, ob. e lug. ult. cit.; J. O. DE CASTRO F.<sup>o</sup>, ob. cit., pág. 57; E. ROSA, ob. ult. cit., verbete *Agravo no auto do processo*, pág. 58. Em sentido contrário, no segundo caso, J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 234; no primeiro, A. FRAGA, ob. cit., vol. III, págs. 214/5 e 218/9; L. DA COSTA, ob. e vol. ult. cit., págs. 371/2; A. DE M. LIMA, ob. ult. cit., pág. 317. Uma ressalva necessária: embora não seja lícito ao juiz deixar de receber o agravo de instrumento, pode êle declará-lo deserto por falta de preparo no prazo do art. 845, § 5.<sup>o</sup>, cuja fixação, de outro modo, seria inócua. Por força de tal dispositivo, cumpre reconhecer a possibilidade de barrar-se ao agravante, na instância inferior, a via recursal, ainda sem previsão de remédio, no texto do Código, contra a decisão respectiva. A despeito de valiosas opiniões em contrário, o art. 850 não nos parece invocável por quem, agravando de instrumento, veja o seu recurso denegado ou trancado: a norma refere-se especificamente ao agravo *de petição*, devendo entender-se que excluiu, nos outros casos, o uso do remédio. L. DA COSTA, ob. e vol. ult. cit., pág. 377, admite êsse uso até para quem teve indeferido o agravo no auto do processo; aqui, porém, é mais gritante o desacôrto da opinião: formar instrumento para fazer subir ao tribunal um recurso que se destina a só ser julgado como preliminar do julgamento da eventual apelação (art. 852), positivamente, não teria sentido algum. Por sua vez, opina S. FAGUNDES, ob. ult. cit., pág. 363, que, "indeferida pelo juiz *a quo* a petição de agravo no auto do processo", "o incidente fica consignado nos autos e desde que, nas razões de apelação, o interessado insista pelo cabimento do recurso, a instância superior examinará essa questão preliminar do agravo", passando, se o entender admissível, "ao estudo da matéria nêle argüida". O que se nos afigura mais condizente com os princípios é negar a possibilidade do indeferimento — solução, aliás, consagrada também pela jurisprudência; v. os julgados que menciona A. BUZARD, ob. ult. cit., págs. 154/5, nota 9, e acrescentem-se ao rol, a título exemplificativo, êstes mais recentes: do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, em 23-4-1954, *apud* A. DE PAULA, ob. cit., vol. XVII, t. I, pág. 2.492, n.<sup>o</sup> 26.932; do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 12-1-1953, *Rev. dos Trib.*, vol. 212, pág. 588; em 18-12-1959, *Rev. dos Trib.*, vol. 296, pág. 221; em 24-10-1961, *Rev. dos Trib.*, vol. 325, pág. 313; em 30-4-1962, *Rev. dos Trib.*, vol. 329, pág. 419.

*tatis mutandis*, o mesmo se dá, no Tribunal, com os agravos de que tratam os arts. 836 e 860 do Código e o art. 6.º da Lei n.º 3.396. Quanto aos embargos declaratórios, a lei abriu exceção expressa, permitindo ao relator — perante o qual se interpõem (art. 862) — o indeferimento do recurso, quando a petição “não indicar o ponto que deva ser declarado”, e simultaneamente tornando irrecorrível essa decisão de inadmissibilidade (art. 862, § 1.º).

104. A competência atribuída, em regra, ao órgão perante o qual se interpõe o recurso, para aferir-lhe a admissibilidade, não exclui obviamente a competência do órgão *ad quem* no tocante a esse controle. O juízo competente para o julgamento do recurso é competente, em princípio, para apreciá-lo em todos os seus aspectos. O alvo a que tende naturalmente a sua atividade cognitiva é o exame do mérito da impugnação; mas pode suceder que lhe pareça faltar algum dos requisitos indispensáveis para tornar legítimo esse exame, e é lógico que, em tal caso, êle se limite a declará-lo inviável, *não conhecendo* do recurso.

Por aí se vê que, enquanto o mérito do recurso é, em regra, objeto de uma única apreciação — a do órgão *ad quem* —, sua admissibilidade submete-se em geral a duplo controle, na instância inferior e na superior. As vezes, ocorre uma tríplice verificação nesse plano: se, por exemplo, o recurso A é indeferido e contra esse indeferimento se interpõe o recurso B, ao qual se dá provimento, para fazer subir o recurso A, em três ocasiões se controla a admissibilidade dêste: uma no juízo de interposição, outra no superior, por ocasião do julgamento do recurso B, e a terceira, afinal, quando se julga o próprio recurso A. Pense-se agora nos casos em que o recurso é interposto para órgão colegiado e, neste, se dá competência ao relator para negar-lhe prosseguimento, facultando-se dêsse despacho outro recurso para o corpo julgador: aí, são *quatro* as sucessivas oportunidades em que se examina se o recurso é ou não admissível. E nada impede que se leve mais longe, em certas hipóteses, o desdobramento.

105. Pode o fenômeno parecer estranho e contrário ao princípio da economia processual, por essa reiteração da atividade cognitiva sobre o mesmo objeto. Mas impende considerar, antes de tudo, que as causas de inadmissibilidade não se configuram sempre ab

*initio*: em relação a certos requisitos, o controle só se faz possível em ocasiões posteriores; e, ainda quanto aos outros, pode ocorrer que, satisfeitos no momento do primeiro exame, venham a faltar, total ou parcialmente, depois. A aquiescência à decisão, *v. g.*, se verificada antes da interposição do recurso, torna-o suscetível de denegação pelo órgão perante o qual se interponha; mas o ato que a aperfeiçoa talvez seja apenas praticado quando já se encaminhou o recurso à instância superior, e a esta há de abrir-se o ensejo de apreciar o ponto, que na inferior não poderia, à evidência, ser apreciado.

Por outro lado, como se explicará melhor no lugar próprio (11), razões de peso justificam que não se torne necessariamente preclusivo para o órgão *x* o juízo positivo de admissibilidade proferido, antes, pelo órgão *y*, ou pelo mesmo órgão *x*, ao conhecer do recurso porventura interposto contra o juízo negativo de admissibilidade emanado do órgão *y*. E, ao contrário do que à primeira vista se afigura, muitas vezes essa multiplicidade de filtragens concorre para poupar aos órgãos superiores um dispêndio inútil de atividade: o recorrente não raro se conforma com o indeferimento do recurso, e o processo se extingue sem chegar às últimas etapas concebíveis.

106. Resta saber se o eventual juízo negativo de admissibilidade pode ser proferido pelo órgão competente de ofício, ou só mediante provocação do interessado. Declarar inadmissível um recurso é julgar que não concorrem os requisitos necessários do legítimo exercício da atividade judicante, no funcionamento suplementar pleiteado pelo recorrente. Ora, em princípio, cabe ao órgão judicial, independentemente de qualquer iniciativa de parte, apurar a existência de tais requisitos. E é natural que assim seja, pois evidentemente *interest rei publicae* que o aparelho judiciário só se ponha ou se conserve em movimento sob as condições que a própria lei estabelece para que êste se possa ter como regular. Se o recurso é inadmissível, *não é lícito* à Justiça anuir em o novo julgamento pedido; pode e deve, portanto, recusar-se, por iniciativa própria (12).

Aliás, na grande maioria dos casos, o órgão perante o qual se interpõe o recurso verifica-lhe a admissibilidade *antes* de abrir-

(11) V. abaixo, ns. 119 e 125 a 127.



—se para o recorrido o ensejo de falar. Assim, a conclusão é óbvia, pelo menos quanto aos requisitos — e são quase todos — que devem existir no momento da interposição. Mas não há motivo para que deixe de prevalecer no concernente ao preparo, que sobrevém à interposição. Ao nosso ver, a deserção é decretável de officio, tanto na primeira quanto na segunda instância (13). No que a esta concerne, o parágrafo único do art. 870 não deixa margem a dúvida: “*Considerar-se-á deserto o recurso não preparado no prazo legal*”; mas, por igualdade de razão, a solução deve ser a mesma no outro caso.

## SEÇÃO II — FORMA

107. O juízo de admissibilidade pode ser positivo ou negativo. No primeiro caso, nem sempre é *explícito*, quer quando proferido pelo órgão de interposição, quer por aquêle a que toca o julgamento do recurso. Por exemplo: se o juiz, na forma do art. 847 do Código de Processo Civil, despachando a petição de agravo, manda dar

(12) Ensina PROVINCIALI, *Delle impugn. . . cit.*, pág. 167, que, “rispetto alla inammissibilità, la parte non ha alcun diritto o potere processuale (d'azione o d'eccezione): bensì solo la facoltà di segnalare al giudice la esistenza” (cf., do mesmo autor, já anteriormente, *Sist. cit.*, págs. 59, 225). Por sua vez, escreve DELOGU, *ob. cit.*, pág. 149, que “in tema di inammissibilità la attività di parte può anche intervenire a stimolare il giudice per la dichiarazione, ma essa in tal caso appare non come *causa* ma come *condizione* della pronuncia d'inammissibilità; giacchè anche al di fuori dell'attività delle parti il giudice deve ugualmente procedere al rilievo”. Parece-nos que nem mesmo de *condição* se trata aí, mas de simples *ocasião*: a declaração judicial da inadmissibilidade não se condiciona à arguição pela parte, senão que pode apenas ser *ocasionada* por esta.

(13) Inconvincente a opinião em contrário de P. DE MIRANDA, *ob. e t. ult. cit.*, pág. 190, no que respeita à deserção da apelação no juízo de primeiro grau; aliás, o ilustre escritor não expõe os fundamentos de sua convicção. A doutrina pátria, em geral, abstém-se de versar explicitamente a questão da apreciabilidade *ex officio*, pelo órgão judicial, dos requisitos de admissibilidade. Na literatura estrangeira, além dos autores referidos em a nota anterior, v., sempre no mesmo sentido, LENT, *ob. cit.*, pág. 276; NIKISCH, *ob. cit.*, pág. 467; GIUDICEANDREA, *ob. ult. cit.*, vol. I, pág. 136; *id.*, verbete *Impugn.* (*dir. proc. civ.*) *cit.*, pág. 394. O Código de Processo Civil português, art. 687, n.º 3, ordena *expressis verbis* ao órgão a quo indeferir o recurso quando entenda que a decisão não o comporta, que êle foi interposto fora de tempo ou “que o requerente não tem as condições necessárias para recorrer”; na instância superior, o contrôle da admissibilidade é feito, também de officio, pelo relator, sob censura do corpo a que compete o julgamento (arts. 701 e segs.).

ciência ao agravado, para que apresente a contraminuta, entende-se que admitiu o recurso, sem que haja necessidade de declará-lo expressamente. É óbvio que a lei pode impor a explicitação: assim, no recurso extraordinário, para o juízo de admissibilidade, ainda positivo, proferido pelo Presidente do Tribunal recorrido ou pelo juiz de primeiro grau (Lei n.º 3.396, art. 3.º, §§ 2.º e 3.º). Quanto à instância superior, tôda vez que ali se entra no exame do mérito, é porque se teve por admissível o recurso, conquanto haja o órgão silenciado sobre o ponto (14).

Naturalmente, se se alegou a falta de algum requisito de admissibilidade, a questão preliminar tem de ser resolvida de modo expresso. O Código de Processo Civil dispõe a respeito no art. 877, com relação ao julgamento no órgão *ad quem*. É evidente que, nessa hipótese, o juízo sobre a admissibilidade, mesmo que concíua no sentido positivo, há de ser proferido explicitamente. O tribunal não pode saltar por sobre a preliminar: tem de enfrentá-la e resolvê-la, seja embora para rejeitar a arguição. Violará a lei se não o fizer.

108. Há casos específicos em que o direito positivo impõe o pronunciamento expresso do juízo *ad quem* sobre a admissibilidade do recurso. Ao disciplinar o julgamento da revista, estabelece o Código que “o tribunal examinará, preliminarmente, se a divergência se manifestou, de fato, quanto à interpretação do direito em tese”. A existência do dissídio jurisprudencial é, nos têrmos do art. 853, requisito do cabimento — e, pois, da admissibilidade — do recurso. Não se pode, por conseguinte, apreciar o mérito da revista sem prévia e explícita manifestação acêrca da admissibilidade, no aspecto considerado. Poderá ser implícito o reconhecimento da existência dos outros requisitos (15).

(14) Cf. acima, n.º 19. Como observa PROVINCIALI, *Sist. cit.*, págs. 59/60, “anche se nessuna questione venga sollevata sui presupposti e sull'ammissibilità dell'impugnazione, ciò non toglie che il giudice debba proporsene d'ufficio l'indagine; e anche se non emette alcuna espresa pronuncia, ciò non ha rilievo, perchè il fatto che esso passi a conoscere del merito costituisce giudicato implicito sul connato ordine pregiudiziale (reatius: preliminar) di questioni” (grifamos); cf., do mesmo autor, *Delle impugn. . . cit.*, pág. 48.

(15) Consoante já se registrou (v. acima, n.º 26, nota 1), no Estado de São Paulo o juízo de admissibilidade — quanto à ocorrência do dissídio jurisprudencial e a todos os outros requisitos — compete ao Grupo de Câmaras Civis, e o de mérito à Seção Civil do Tribunal (Lei estadual n.º 2.554, de 14-1-1954, art. 2.º).

A fixação da tese correta, que constitui a fase subsequente do julgamento da revista, já se inclui no âmbito do *mérito*, porque predetermina logicamente a decisão da espécie: à sua luz, já se pode saber se o tribunal *vai dar ou não razão ao recorrente*. Quando se nega a ocorrência do dissídio, *não se conhece* do recurso, por *incabível*; quando se nega o erro de interpretação apontado na decisão recorrida, *conhece-se* do recurso e *não se lhe dá provimento* (16).

109. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no art. 193, preceitua também: “No julgamento do recurso (extraordinário), o Tribunal verificará preliminarmente se ocorre algum dos casos em que o mesmo é facultado. Decidida a preliminar pela negativa, não se tomará conhecimento do recurso; se pela afirmativa, julgará o feito, mas a sua decisão, quer confirme, quer reforme a sentença recorrida, será restrita à questão federal controvertida”. É outra hipótese em que tem de ser explícito o juízo de admissibilidade, ainda positivo.

Distingue o Regimento, com toda a nitidez, entre esse juízo e o de mérito. O Supremo Tribunal Federal infringe o seu próprio Regimento Interno quando mistura um e outro, *não conhecendo* do recurso por entender que *inexistiu* a alegada violação (ou, nos termos da Constituição de 1967, “negação de vigência”) da lei federal. No caso da letra *a* do dispositivo constitucional, é isso, justamente, que constitui o *mérito do recurso extraordinário* — ou então, ter-se-ia de concluir que em tal hipótese *não há* questão de mérito, e tudo se exaure na preliminar (1). Ora, o Regimento é expresso em só permitir que se passe ao exame do mérito *depois* de verificada a admissibilidade. A praxe do Tribunal, além de insustentável sob o ponto-de-vista dogmático (17), é claramente anti-regimental.

(16) Cf., acima, n.º 26, e os autores aí citados em a nota n.º 2.

(17) V., acima, ns. 23 e 24. Cabe notar que, literalmente interpretada, a fórmula da nova Carta Magna importa funda alteração dos dados do problema: como na letra *d*, o esquema descritivo ter-se-á tornado *axiológicamente neutro* (cf., *supra*, n.º 22), pois a decisão recorrida tanto pode ter errado quanto acertado em “negar vigência” à norma. Em tais condições, a preliminar consistirá em saber se a decisão efetivamente negou a vigência de alguma lei federal, e o mérito em verificar se a negou com ou sem razão. Tenha-se em vista, porém, o que foi dito em o n.º 65, nota 74, sobre a tendência hermenêutica manifestada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao julgamento do recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial aplicam-se, *mutatis mutandis*, as considerações feitas em o número anterior, no tocante à revista, sobre a linha divisória entre o juízo de admissibilidade e o de mérito.

110. Passemos ao juízo *negativo* de admissibilidade. É intuitivo que este não pode ser *implícito*: por ele se tranca a via recursal e — salvo o caso de novo recurso contra a decisão — se põe fim ao processo, ou pelo menos a uma das séries procedimentais em que este porventura se esgalhou. O recurso julgado inadmissível ou não vai ao órgão competente para apreciá-lo *de meritis*, ou não chega, nêle, a essa etapa final e capital de sua marcha.

O juízo positivo de admissibilidade não precisa, em princípio, ser explícito, porque o seu principal efeito é o de abrir caminho à apreciação do mérito do recurso, à prolação do novo julgamento pedido pelo recorrente. Ora, esse é o desenvolvimento normal do processo, que percorre o itinerário previsto sem deparar obstáculo. Nas vias públicas, a inexistência de impedimento ao trânsito dispensa a afixação de placas, cartazes ou quaisquer avisos; quando o impedimento surge é que se torna necessário assinalá-lo.

Além de explícito, deve o juízo de inadmissibilidade traduzir-se em decisão fundamentada. É indispensável que o órgão judicial exponha os motivos por que não deferiu a petição de recurso, ou negou seguimento a este, ou dêle não conheceu. Até porque, as mais das vezes, de semelhante decisão se concede outro recurso, e o recorrente, para atacá-la, há de saber as razões em que ela se baseou. Aliás, o Código de Processo Civil, no art. 118, parágrafo único, consagrou o princípio — infelizmente, nem sempre obedecido com muito rigor — da *necessidade de fundamentação* para qualquer “sentença ou despacho”. A regra do art. 3.º, da Lei n.º 3.396, no que concerne à denegação, apenas explícita, para o recurso extraordinário, o dever de motivar a decisão, que existiria ainda sem esse dispositivo expresso.

111. Merece exame em separado o caso da deserção. Julgar deserto o recurso é declarar que ele se tornou inadmissível, por falta de preparo no prazo legal, o que pode ocorrer, segundo já se consignou, assim na instância inferior como na superior. Destarte, o julgamento da deserção é espécie do gênero “juízo de inadmissi-

bilidade”; proferido pelo órgão *ad quem*, assume a forma de decisão de não-conhecimento (18).

De acôrdo com o princípio geral firmado, tem de ser sempre explícita a decretação da deserção. No Código de Processo Civil, é verdade, o art. 849, parágrafo único, reza que “a renúncia e a deserção não dependem de julgamento”; “renúncia”, aí, está, como já se viu (19), por “deserção no juízo *a quo*”. É equívoca a dicção “não dependem de julgamento”: que é “julgamento”, nesse contexto? No tocante à instância superior, pode-se admitir que o Código haja querido sublinhar a desnecessidade de pronunciamento do corpo julgador sobre o agravo não preparado a tempo, facultadas ao Presidente do Tribunal, ou a outro de seus membros, nos têrmos do respectivo Regimento Interno, a declaração de que o recurso está deserto e, no agravo de petição, a determinação da baixa dos autos — o que, diga-se de passagem, não constitui peculiaridade do recurso de agravo. Quanto à deserção na primeira instância, verificado o escoamento *in albis* do prazo a que se refere o *caput* do art. 849, deve o juiz, por despacho, declarar deserto o agravo, mesmo porque tem o agravante (de petição) o remédio do art. 850 (*verbis* “ou lhe negar seguimento”), que há de ser requerido no prazo de 48 horas: qual seria o têrmo *a quo*, se não houvesse declaração da deserção?

(18) Escreve J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 98, que “a não-conhecimento é, aí, consequência implícita e automática da decisão que declara deserto o recurso”. Ao nosso ver, quando emanada do corpo julgador, esta decisão já é, *em si*, decisão de não-conhecimento, de natureza igual à que se fundasse em intempestividade ou qualquer outra causa de inadmissibilidade. O órgão judicial não conhece do recurso por deserto, como dêle não conheceria, *v. g.*, por intempestivo. Em sentido contrário, enfaticamente, P. DE MIRANDA, ob. e t. ult. cit., pág. 191. Num ponto concordamos com o mestre: o “justo impedimento” é alegável também na instância superior; realmente, compreendendo o seu conceito no de “fôrça maior”, aplica-se a quaisquer prazos (v. acima, n.º 97; contra, J. AMERICANO, ob. e vol. ult. cit., pág. 92; DE P. E SILVA, ob. e vol. ult. cit., pág. 146; S. FAGUNDES, ob. ult. cit., págs. 117 e 299; J. C. DE O. E CRUZ, ob. cit., pág. 412; J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 98 — este último, porém, com ressalva que praticamente lhe equipara a opinião à sustentada aqui). O que não nos parece é que daí se tire necessariamente a conclusão de P. DE MIRANDA. A alegação de “justo impedimento”, ou de fôrça maior, pode ser feita perante o membro do Tribunal *ad quem* (Presidente, relator do recurso ou outro que tenha, por disposição legal ou regimental, competência para apreciar a questão), ou perante o próprio corpo julgador, antes do julgamento. Se fundada, ocorrerá a relevação, conhecendo-se do recurso, a menos que por outra razão seja êle inadmissível.

(19) V. acima, n.º 95.

Portanto, a despeito da letra do art. 849, parágrafo único, não se depara aqui exceção à regra segundo a qual o juízo de inadmissibilidade é necessariamente explícito. Têm razão os comentadores que afirmam ser preciso, em todo caso, um ato judicial, ainda que despido de solenidade (20).

112. A decretação da deserção independe, ao nosso ver, de qualquer providência prévia. No que tange à instância superior, a conclusão deflui, iniludível, do que preceitua o art. 870, parágrafo único, do Código de Processo Civil: o recurso considera-se deserto, *ipso iure*, com o decurso inaproveitado do prazo legal para o preparo, e o pronunciamento do órgão competente não faz senão declarar a deserção já ocorrida (21). Não quer isso dizer que fique o recorrente impedido de invocar qualquer fato capaz de obstar à normal consumação do prazo (22): em tal hipótese, reconhecida a procedência da alegação, o que se declarará é que a deserção não ocorreu, e o recurso, por êsse aspecto, é admissível.

Está longe de ser pacífica, em doutrina, a aplicabilidade do mesmo princípio à apelação, no juízo *a quo*. Todavia, bem examinado o texto legal, não parece haver base para as intermináveis controvérsias ao propósito. Convém afastar, de início, as reminiscências de sistemas anteriores, responsáveis, em boa parte, pelo turvamento dos horizontes. O sistema que importa revelar é o do Código de Processo Civil, e só o dêle. Ora, o que dispõe o art. 828, com respeito à apelação, na primeira instância, não difere essencialmente do que estatui o art. 870, quanto aos recursos em geral, na segunda. A redação é até muito semelhante: “Vencido o prazo, (...), considerar-se-á deserta a apelação, salvo prova de justo impedimento”. Não há porque chegar, aqui, a conclusão diferente daquela a que se chegou no outro caso. O art. 828 não subordina

(20) P. B. MARTINS, ob. ult. cit., pág. 306, com o apoio de J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 206, fala de “decisão”, embora “meramente declaratória”. A “necessidade de despacho” alude S. C. DE GUSMÃO, verb. cit., pág. 249. Um tanto contraditoriamente, S. FAGUNDES, ob. ult. cit., depois de observar, referindo-se à deserção, que “há sempre um ato judicial, que a constata e proclama” (pág. 123), admite a pronúncia implícita, em despacho por que se determine o prosseguimento ou o arquivamento do processo, se a deserção ocorrer no juízo *a quo*, ou a baixa dos autos, se na instância superior (págs. 123, 125 e 353).

(21) Nesse sentido, J. AMERICANO, ob. e vol. ult. cit., pág. 92; C. SANTOS, ob. ult. cit., vol. IX, pág. 444; DE P. E SILVA, ob. e vol. ult. cit., pág. 306; J. C. DE O. E CRUZ, ob. e lug. ult. cit.; S. C. DE GUSMÃO, verb. cit., pág. 249.

(22) V. acima, nota n.º 18.

a decretabilidade da deserção à prévia audiência de quem quer que seja. Reputa deserta a apelação pelo só escoamento *in albis* do prazo. Cogitar de outros requisitos é embutir à fôrça, na estrutura do Código, peças de estruturas diversamente concebidas e armadas.

113. O que tem perturbado os intérpretes é a cláusula pela qual se ressalva o “justo impedimento”, devidamente provado. Como já se assinalou (23), ainda no silêncio do art. 828, ter-se-ia de atender, na matéria, ao que dispõem os arts. 26, 37 e 38. Assim, a ressalva é a rigor supérflua, e a possibilidade de dilatação prevalece no concernente aos prazos de preparo dos outros recursos. Não há razão, pois, para a celeuma que se levanta *especificamente* acerca da apelação, no órgão *a quo*: a questão teria de pôr-se nos mesmos termos para todos os casos, e não somente para esse.

Fôra melhor, sem dúvida, que o Código, tendo optado pela alusão expressa à causa de relevação, cortasse *ab ovo* as previsíveis perplexidades hermenêuticas. O problema, entretanto, não parece tão complicado quanto o fazem alguns comentadores do art. 828 (24). A deserção pode e deve ser decretada pelo juiz sem provocação do apelado — o que não exclui a possibilidade desta — e sem prévia intimação do apelante, para alegar o eventual impedimento. A alegação, como em qualquer outra hipótese análoga, é oponível *a posteriori*; acolhida, será o apelante relevado da deserção, revogando o juiz a decisão que a decretara, isto é, reconhecendo que ela, na verdade, *não ocorrerá*. Na ausência de disposição especial, o prazo de admissibilidade da alegação é o tríduo previsto no artigo 81.

(23) V. acima, n.º 97.

(24) V. em A. DE M. LIMA, ob. ult. cit., págs. 314/5, o esquema das várias soluções aventadas, com as respectivas indicações bibliográficas. A esposada por esse autor não discrepa, substancialmente, da que se propõe no texto: apenas, por um lado, não nos parece que o juiz precise *esperar* o decurso do tríduo, após o vencimento do prazo de preparo, para *só depois* pronunciar-se sobre a deserção; por outro, reputamos dispensável a audiência do apelado sobre a arguição de justo impedimento, salvo, *ex vi* do art. 223, parágrafo único, se o apelante houver juntado documento. O entendimento que abraçamos tampouco destoa, no essencial, do manifestado por J. AMERICANO, ob. e vol. ult. cit., pág. 31; L. DA COSTA, ob. e vol. ult. cit., págs. 360/1; J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 179; S. FAGUNDES, ob. ult. cit., páginas 296 e 297 (v., nesta, a nota n.º 129); J. C. DE O. E CRUZ, ob. cit., página 151; S.C. DE GUSMÃO, verb. cit., pág. 247; J. DA S. PACHECO, verbete *Deserção*, in *Rep. Enotol. do Dir. Bras.*, vol. 15, págs. 237/8.

*Quid iuris* quanto ao agravo do art. 842, IX? Se se admitir que o juiz só haja de pronunciar-se após o prazo concedido para a arguição do justo impedimento, o agravo apenas será interponível da decisão que a acolha ou que a rejeite (25): no primeiro caso, pelo apelado, e no segundo pelo apelante. Se, ao contrário, não é necessária, como pensamos, aquela espera, o juiz, à vista do alegado pelo apelante, poderá *confirmar* a deserção já declarada, ou *relevar* dela a apelação; ora, esta decisão é decerto agravável pelo apelado, mas aquela não o será pelo apelante, pois o art. 842, IX, concede o agravo contra a decisão que *julga deserta* a apelação, e não contra a que rejeita o pedido de relevação. Para que o apelante não fique privado do acesso à instância superior, pelo esgotamento do prazo do agravo antes que o juiz se pronuncie sobre tal pedido, uma de duas: ou se interpõe o agravo sem esperar a solução do incidente, ou, ao arguir-se o justo impedimento, já se requer ao juiz que receba o pedido de relevação como petição de interposição do agravo, na eventualidade de confirmar a deserção. É intuitivo que, na primeira hipótese, a subsequente relevação tornará inútil o agravo interposto: se dêle não desistir, como é normal, o recorrente, será julgado inadmissível (= dêle não se conhecerá), por falta de interesse.

## CAPÍTULO V

### JUIZO DE ADMISSIBILIDADE: NATUREZA E EFEITOS

#### SEÇÃO I — NATUREZA

114. Positivo ou negativo, o juízo de admissibilidade é essencialmente *declaratório*. Ao proferi-lo, o que faz o órgão judicial é verificar se estão ou não satisfeitos os requisitos indispensáveis à legítima apreciação do mérito do recurso. A existência ou a inexistência de tais requisitos é, todavia, *anterior* ao pronunciamento, que não a *gera*, mas simplesmente a *reconhece*.

Não nos parece que o juízo de inadmissibilidade tenha a virtude de *desconstituir* a extensão da relação processual consequente

(25) Assim, explicitamente, A. DE M. LIMA, ob. ult. cit., pág. 316. Parece ser a mesma a opinião de J. AMERICANO, ob. e lug. cit., seguida por J. DA S. PACHECO, verb. cit., pág. 237.

à interposição do recurso (1). A relação processual subsiste íntegra, como suporte dos vários poderes, direitos, faculdades, deveres e encargos atribuídos aos sujeitos processuais, e por eles exercidos, entre o momento da interposição e o da decisão; revela-se apenas inidônea como via de acesso ao novo julgamento pleiteado. Mas o fato de não se poder julgar o mérito não atinge o processo como tal. Se, na sentença de primeiro grau, o juiz se abstém de examinar o *meritum causae* por entender, *v.g.*, que o autor era parte ilegítima, ninguém dirá que semelhante pronunciamento *desconstitui* a relação processual: seria confundir fenômenos situados em planos cuja distinção é uma das maiores conquistas da moderna ciência processual. Entre essa hipótese e a de que aqui se trata é patente a analogia.

115. O que pode ocorrer, naturalmente, é que, na decisão em que se traduz o juízo sobre a admissibilidade, à declaração que lhe forma o núcleo se acrescentem elementos de outra natureza. Por exemplo: o tribunal, não conhecendo do recurso (isto é, julgando-o inadmissível), condena o recorrente ao pagamento de custas processuais, ou de honorários advocatícios, ou impõe-lhe a multa a que se refere o art. 63, § 2.º, do Código de Processo Civil. Declaratória na parte em que proclamou a inadmissibilidade do recurso, a decisão é condenatória no restante.

Trata-se, porém, de fato corriqueiro, que se verifica até nas decisões definitivas proferidas em ações meramente declaratórias. Aliás, no direito positivo brasileiro, toda decisão final em processo civil é, ao menos parcialmente, condenatória, à vista dos arts. 59, 60 e 64, este com a redação que lhe deu a Lei n.º 4.632, de 18-5-1965. No mesmo ato judicial, formalmente uno, se contém na verdade *mais de uma decisão* (2), nada havendo de estranhável em que cada

(1) Na doutrina italiana, afirma por exemplo DEL POZZO, verb. *Appello* (*dir. proc. pen.*), in *Noviss. Dig. Ital.*, vol. I, pág. 758, que a pronúncia de inadmissibilidade "porrá giuridicamente nel nulla il rapporto processuale d'impugnazione". Entre nós, no tocante à apelação, sustenta P. DE MIRANDA, ob. ult. cit., t. XI, pág. 190, que na decretação da deserção "o elemento declarativo é mínimo"; na página seguinte, fala o mestre em "desconstituir extensão da relação processual" a propósito da decisão do órgão *ad quem* que julga deserto o recurso.

(2) Impossível desenvolver a observação sem nos afastarmos, mais que o razoável, do rumo central de nossas cogitações. A temática que neste ponto se articula com a nossa é a da composição estrutural da sentença (*lato sensu*) em artigos ou capítulos. Sobre o assunto, na literatura pátria, v. a elaboração, sempre clara e sugestiva, de L. M. GUIMARÃES, *Lim. obj. do rec. de apel.* cit., págs. 82 e segs.

qual se insira numa das classes tradicionais. Quando se afirma, pois, que o juízo de admissibilidade tem natureza declaratória, está-se fazendo abstração, no pronunciamento que o manifesta, da solução dada pelo órgão judicial a todas as questões acessórias, para somente considerar a parte do *decisum* atinente à viabilidade ou inviabilidade do julgamento do recurso no mérito.

## SEÇÃO II — EFEITOS

116. Como é intuitivo, os efeitos do juízo sobre a admissibilidade variam de maneira substancial conforme seja ele positivo ou negativo. Além dessa fundamental contraposição, os dados do *ius positum*, na perspectiva em que agora nos colocamos, postulam uma distinção complementar baseada no critério *orgânico* ou *subjetivo*: o juízo (positivo ou negativo) de admissibilidade proferido pelo órgão perante o qual se interpõe o recurso não produz, realmente, efeitos idênticos aos do juízo que profira, *ainda no mesmo sentido*, o órgão a que o recurso é endereçado, ou algum dos seus membros componentes, a quem a lei outorgue competência para tanto.

Sendo esta última hipótese mais rara e menos relevante, e comportando por isso tratamento ocasional, em quatro itens principais distribui-se a problemática que se nos depara aqui. Cumpre-nos traçar o quadro dos efeitos do juízo de admissibilidade emitido:

- a) pelo órgão de interposição 

{	no sentido positivo;
	no sentido negativo;
  
- b) pelo órgão julgador do recurso 

{	no sentido positivo;
	no sentido negativo;

Tal o perfil esquemático das considerações que se vão seguir.

117. Antes, contudo, há lugar para uma observação de caráter geral. Como já se deixou claro ao longo das páginas anteriores, e especialmente no Capítulo II deste trabalho, a essência do juízo de admissibilidade reside na verificação da existência ou inexistência dos requisitos necessários para que o órgão competente possa legitimamente exercer sua atividade cognitiva no tocante ao mérito do recurso. Assim, o resultado a que tende, de modo direto, o respectivo pronunciamento consiste em tornar certa a possibilidade ou

a impossibilidade jurídica daquele exercício. Se o juízo de admissibilidade é positivo, equivale à afirmação de que o julgamento de mérito é juridicamente possível; se negativo, à afirmação de que ele é juridicamente impossível.

Conforme o sentido em que seja proferida, a decisão sobre a admissibilidade, por conseguinte, pode impulsionar o processo na direção do seu alvo normal ou, ao contrário, deter-lhe a marcha em ponto *ao menos logicamente* anterior àquele. Da solução que se dê à questão da admissibilidade depende necessariamente a passagem ou não ao exame do mérito. A decisão *de meritis* só chegará a ser emitida se o órgão judicial resolver aquela questão no sentido positivo. Em outras palavras: o juízo sobre a admissibilidade condiciona, por seu teor, o *ser* ou o *não-ser* do julgamento de mérito. Por outro lado, nenhuma influência tem sobre o eventual conteúdo deste: afirmada a viabilidade do exame *de meritis*, nem por isso se pode ainda saber se o recurso será provido ou desprovido. Essa relação entre as duas questões caracteriza a primeira como *preliminar* à segunda (3).

118. *Efeitos do juízo positivo de admissibilidade no órgão de interposição.* — O efeito essencial é o de abrir ao recorrente a via de acesso ao órgão *ad quem*. Tal abertura, em regra, torna-se definitiva com o ato de recebimento do recurso: consoante já se assinalou (4), neste terreno, a competência do órgão perante o qual se interpõe o recurso exaure-se com a apreciação dos requisitos de admissibilidade nas condições em que a espécie se lhe apresenta naquele instante, sendo-lhe defeso revogar o despacho de recebimento, ou obstar por qualquer meio ao seguimento do recurso, com base em eventual modificação das circunstâncias, de que resulte, a seu ver, inadmissibilidade superveniente. Ressalve-se, é óbvio, o caso de algum requisito que, por lei, só tenha de configurar-se (e ser controlado) em momento posterior, como sucede com o preparo.

Pode o ordenamento sujeitar à censura da instância superior, mediante recurso específico, o juízo positivo de admissibilidade proferido pelo órgão de interposição. Em outras palavras: pode conceder outro recurso contra a decisão que receba o primeiro, normal-

(3) Ainda uma vez, reportamo-nos ao conceito de *questão preliminar* exposto em nosso trabalho *Questões prejud. e coisa julg.*, págs. 28 e segs.

(4) V. acima, n.º 102.

mente para o mesmo órgão a que compete o julgamento deste. Considerações de política legislativa têm conduzido à supressão quase total desse caso de recorribilidade: como em geral se admite que o pronunciamento do órgão de interposição não vincula o juízo *ad quem* — ponto a que em seguida voltaremos —, conclui-se pela desnecessidade do remédio, pois a questão da admissibilidade do primeiro recurso se submeterá, de qualquer sorte, à livre apreciação do órgão competente para julgá-lo, o qual simplesmente dele não conhecerá se, divergindo do outro, entender que não concorrem todos os requisitos. Obediente a tal diretriz, o Código de Processo Civil em regra não prevê recurso contra o juízo positivo de admissibilidade emitido pelo órgão de interposição; caso excepcional é o do agravo de instrumento concedido pelo art. 842, IX, *fine*, contra as decisões que relevam da deserção a apelação (5).

119. O juízo positivo de admissibilidade, proferido pelo órgão perante o qual se interpôs o recurso, garante ao recorrente o acesso à instância superior; não é suficiente, entretanto, para assegurar-lhe desde logo a obtenção do novo julgamento pleiteado — *id est*, o exame do mérito do recurso. Primeiro, porque pode sobrevir algum fato que torne inadmissível o recurso, e neste caso o órgão *ad quem* dele não conhecerá. Em segundo lugar — e é o ponto de maior interesse —, ainda fora da hipótese configurada, o pronunciamento do juízo de interposição, no consenso geral (6), não preclui a rea-

(5) O Regulamento n.º 737, art. 669, § 8.º, previa agravo contra os “despachos de recebimento ou denegação de apelação”; igual preceito, sob forma diversa, no Código paulista, art. 1.093, § 2.º, XVIII. No diploma de 1939, agravável é o despacho denegatório, não o que recebe o recurso. Quanto à parte final do dispositivo, a que no texto se alude, procede a crítica *de lege ferenda* formulada por P. DE MIRANDA, ob. e t. ult. cit., pág. 338: a rigor, desnecessário o agravo de instrumento, pois a questão se devolveria de qualquer modo, com a subida da apelação, à instância superior.

(6) V., entre outros, LIBERMAN, nota n.º 11 às *Instit. de CHIOVENDA*, cit., vol. III, pág. 231; J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., págs. 307/8, nota 232; S. FAGUNDES, ob. ult. cit., pág. 328; A. DE LIMA, ob. ult. cit., págs. 230/1; na doutrina estrangeira, v. g., DELOGU, ob. cit., págs. 143 e segs.; PETRELLA, ob. e vol. cit., pág. 513; PODERRI, ob. cit., págs. 26, 143, 299. No direito português há regra expressa a respeito, o art. 687, n.º 4, do Código de Processo Civil: “A decisão que admita o recurso, fixe a sua espécie ou determine o efeito que lhe compete não vincula o tribunal superior, e as partes só a podem impugnar nas suas alegações”. Cabe registrar aqui outro aspecto interessante por que se manifesta, em caso particular, a plena liberdade do órgão *ad quem* em face do juízo de admissibilidade na instância inferior: se o recurso extraordinário foi aí deferido por mais de um fundamento, pode o Supremo Tribunal Federal dele conhecer apenas por um, ou por alguns, desses fundamentos. E vice-versa: se o deferimento se restringiu a

preciação da matéria pelo órgão competente para julgar o recurso: mesmo sem qualquer mudança na situação de fato, fica livre a êste o contrôlle dos requisitos de admissibilidade, inclusive para, se assim o entender, declarar insatisfeito algum (ou mais de um) dos que lá se tinham dado como cumpridos. Nada impede, *v.g.*, que da apelação recebida pelo juiz *a quo* não conheça o tribunal, acolhendo preliminar de descabimento, de intempestividade ou qualquer outra.

É curial que assim seja. Afinal, trata-se de saber se o juízo do recurso pode ou não exercer legitimamente, na espécie, a sua plena atividade cognitiva. De semelhante questão não há de ser juiz supremo o inferior; ao próprio órgão *ad quem* deve abrir-se o ensejo de sôbre ela pronunciar-se em caráter definitivo — ressalvado o eventual cabimento de novo recurso a respeito. Quando se cuida de fixar os limites concretos do poder judicante de um órgão qualquer, só se concebe que prevaleça, sôbre o entendimento dêle, o de outro órgão *superior*: o contrário seria rematado absurdo.

120. *Efeitos do juízo negativo de admissibilidade no órgão de interposição.* — Tal pronunciamento, em primeiro lugar, tranca ao recurso o acesso ao juízo *ad quem*. Se a decisão transita em julgado, pode encerrar o processo; mas haverá casos em que êste prossiga entrando em nova fase, ou em nova série procedimental, como quando, indeferida a revista, se dá seguimento ao recurso extraordinário.

Em princípio, como já se notou (7), o conhecimento da questão da admissibilidade não deve ser subtraído ao juízo competente para julgar o recurso. Por isso, a lei geralmente concede ao recorrente outro recurso, ou remédio análogo, para aquêle órgão, contra a decisão que na instância inferior lhe barra a via recursal. No sistema do Código de Processo Civil, há o agravo de instrumento para a denegação da apelação (art. 842, IX), o remédio previsto no artigo 850 para o não-recebimento ou o trancamento do agravo de petição, o agravo do art. 836 para o indeferimento dos embargos de nulidade ou infringentes, o do art. 860 para o da revista; quanto à

um ou a alguns dos fundamentos invocados pelo recorrente, nada obsta a que o Supremo Tribunal Federal amplie aos restantes o conhecimento do recurso. V., a respeito, J. F. MARQUES, *ob. e vol. ult. cit.*, pág. 346; W. DE B. MONTEIRO, *Do recurso extraordinário, in Justitia*, vol. 21, pág. 36; *Súmula da jurisprudência predominante*, n.º 292.

(7) e (8) V. *supra*, n.º 103.

decisão que indefere o recurso extraordinário, é também agravável de instrumento, nos termos do art. 6.º da Lei n.º 3.396. Cabe lembrar ainda a norma do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 198, parágrafo único, que faculta agravo contra o despacho de indeferimento dos embargos. Segundo o melhor entendimento, salvo disposição legal em contrário, quando não se prevê recurso específico da decisão de inadmissibilidade no órgão de interposição, implicitamente se lhe nega competência para apreciar a matéria (8).

No julgamento do recurso B, interposto contra a decisão que declarou inadmissível o recurso A, o juízo *ad quem* enfrenta como questão *de mérito* a questão da admissibilidade do recurso A. Não se exclui, é óbvio, a necessidade de examinar-se previamente se é ou não admissível o próprio recurso B; nem, se fôr o caso, a possibilidade de não se conhecer dêle. Mas, para negar a admissibilidade do recurso A, confirmando a decisão recorrida, o órgão *conhece* do recurso B e *recusa-lhe provimento*: seria gritante erro de técnica, na hipótese, *não conhecer do recurso B*. Se o órgão entende que era admissível o recurso A, conhece do recurso B e dá-lhe provimento; em tal caso, fica removida a barreira que se tinha oposto à marcha dãquele, com a intuitiva consequência de fazê-lo prosseguir.

121. Trânsita em julgado a decisão de inadmissibilidade, a situação da sentença contra a qual se interpusera o recurso, se êste foi declarado inadmissível *ab initio*, é a que ela teria caso não houvesse ocorrido a interposição. A coisa julgada ter-se-á formado segundo os princípios: se a inadmissibilidade do recurso interposto resultou da mera intempestividade, ou se o recurso admissível era outro que não o interposto, no termo final do prazo para a respectiva interposição; se diversa a causa da inadmissibilidade, no momento da sua ocorrência, por exemplo naquele em que fôra praticado, antes da interposição, o ato que traduziu a aquiescência do recorrente à decisão, ou naquele mesmo em que ela se publicara, caso até aí remonte a inadmissibilidade, como sucede se nenhum recurso cabia. Se, ao transitar em julgado a decisão de inadmissibilidade, ainda flui o prazo de outro recurso, eventualmente admissível, nada impede que se interponha êste: o art. 809 é invocável. Aliás, o recorrente não precisa esperar o trânsito em julgado; se o

órgão de interposição lhe indefere o recurso A, êle pode desde logo, ainda em curso o respectivo prazo, interpor o recurso B (9).

Se o recurso primitivamente interposto *era* admissível, mas *deixou de o ser* por fato superveniente, declarável (e declarado) pelo órgão de interposição, trãnsita em julgado a decisão de inadmissibilidade superveniente, e ressalvada a existência de outro recurso ainda admissível, entende-se que a sentença recorrida passou em julgado *no momento em que ocorreu o fato gerador da inadmissibilidade*. É o caso da deserção: declarado deserto o recurso pelo órgão perante o qual se interpôs, a coisa julgada da decisão recorrida formou-se no térmo final do prazo cujo escoamento *in albis* produziu aquêle efeito.

Tais proposições — em que se abstrai, vale a pena frisar, da interponibilidade de *outro(s)* recurso(s), contra a mesma sentença, em regra *por pessoa(s) diversa(s)*, eventualmente idôneo(s) para impedir a passagem em julgado — são corolários do conceito de *res iudicata* ministrado pelo art. 6.º, § 3.º, da Lei de Introdução ao Código Civil. É preciso atentar neste ponto relevantíssimo: quando se diz que faz coisa julgada a decisão de que *já não cabe* recurso, o que se diz, com outras palavras, é que a *res iudicata* se produz desde que não haja, contra a decisão, recurso admissível, ou o que acaso o fôra tenha deixado de o ser. Recurso inadmissível, ou tornado tal, não tem a virtude de obstar ao trãnsito em julgado: nunca a teve, ali, ou cessou de tê-la, aqui. Destarte, se inexistente *outro* obstáculo (isto é, *outro recurso ainda admissível*), a coisa julgada exsurge a partir da configuração da inadmissibilidade. Note-se bem: *não a partir da decisão que a pronuncia*, pois antes dela *já não cabia* o recurso (= já era, ou já se tinha tornado, inadmissível). A decisão de

(9) Escreve ao propósito P. DE MIRANDA, ob. e t. ult. cit., pág. 46: "O princípio da variabilidade do recurso faz não ser irrevogável a comunicação de vontade de um recurso. Desiste-se de um, e interpõe-se o outro. (...) Se o juiz repete um, e a parte usa do outro, revogação ocorre, embora causada pela repulsa judicial ao primeiro recurso, tanto que pode o recorrente preferir, em vez da interposição do outro, a luta contra o ato do juiz". O trecho por nós grifado não parece espelhar com muita nitidez a essência do fenômeno, que preferiríamos descrever de outro modo. Ao interpor o recurso B, em substituição ao recurso A, indeferido, o recorrente não *revoga* propriamente a interposição de A, senão que manifesta *acquiescência* à decisão de inadmissibilidade, tornando-a destarte inimpugnável por ato seu: não lhe será lícito, depois, interpor o recurso C, para obter da instância superior o seguimento do recurso A.

inadmissibilidade, repita-se, é *declaratória*; limita-se a proclamar, a manifestar, a certificar algo que lhe preexiste.

122. Não têm apenas interêsse teórico, mas também superlativo alcance prático, as considerações formuladas no item anterior. É de manifesta importância a determinação do preciso momento em que a sentença recorrida se cristalizou em *res iudicata*. Basta pensar que êsse é o térmo inicial do prazo de decadência (10) para a propositura da ação rescisória que a tenha por objeto.

Convém, pois, insistir na distinção. Se o recurso é declarado inadmissível *ab initio*, isso significa que a sua interposição não teve o efeito de obstar ao trãnsito em julgado. Êste ocorreu, pois, desde a publicação da sentença, se irrecorrível, ou desde o momento posterior em que se verificou fato bastante para fazê-la tal, ou ao fim do prazo em que porventura se podia interpor aquêle ou outro recurso. De um ou de outro dêsses dias, conforme o caso, se há de contar o quinqüênio.

Se, ao contrário, a causa de inadmissibilidade *só depois* surgiu, a interposição do recurso *impediu* a passagem em julgado. Tal impedimento cessou, porém, no instante em que o recurso se tornou inadmissível. Uma de três hipóteses pode verificar-se então: ou ainda flui algum prazo para a interposição de outro recurso admissível, e só com o seu escoamento *in albis* se produzirá a coisa julgada; ou êsse outro recurso *já foi* interposto, com o normal efeito impeditivo da *res iudicata*; ou não há qualquer outro recurso, e neste caso a sentença recorrida transitou em julgado ao tempo em que se configurou o fato gerador da inadmissibilidade do recurso interposto.

123. *Efeitos do jùzo positivo de admissibilidade no órgão julgador do recurso.* — Quando o órgão *ad quem*, apreciando prelimi-

(10) A natureza *decadencial* do prazo é afirmada pela melhor doutrina: v., entre outros, CÂMARA LEAL, *Da prescrição e da decadência*, 2.ª ed., págs. 182/3; ORLANDO GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, pág. 393; W. DE B. MONTEIRO, *Curso cit.*, vol. I, pág. 297; ARNOLDO WALD, *Direito Civil brasileiro*, vol. I, pág. 251; NICOLAU NAZO, *A decadência no Direito Civil brasileiro*, pág. 122; L. DA COSTA, *Dir. Proc. Civ. bras. cit.*, vol. III, pág. 458; P. B. MARTINS, *Rec. e proc.*... cit., págs. 84/5; AGNELLO AMORIM FILHO, *Crítério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*, in *Rev. de Dir. Proc. Civ.*, 3.º vol., pág. 182. P. DE MIRANDA, *Trat. de Dir. Priv. cit.*, vol. VI, págs. 189 e segs., e *Trat. da ação resc. cit.*, págs. 245 e segs., prefere usar a expressão "prazo preclusivo".



nar, declara admissível o recurso, é como se remove-se a última possível barreira à concretização do novo julgamento pleiteado. A decorrência capital e imediata é a passagem ao exame do mérito do recurso: o procedimento recursal vai atingir a sua consumação normal e plena (11).

Como já se recordou, é costume dizer, em tal hipótese, que o órgão judicial *conhece* do recurso. Conhecer de um recurso é, transposta a preliminar de admissibilidade, entrar-lhe na apreciação do mérito. Quanto à solução que se há de adotar, neste outro âmbito, não está, obviamente, predeterminada: o órgão pode (e deve) conhecer do recurso tôdas as vezes que encontrar satisfeitos os requisitos de admissibilidade, mas, dêle conhecendo, dar-lhe-á ou negar-lhe-á provimento, conforme entenda ou não que assiste razão ao recorrente, ou seja, que procede a impugnação por êle feita à decisão recorrida.

É grave êrro de técnica enunciar o órgão *ad quem* decisão de não-conhecimento, quando rejeita como infundadas as alegações do recorrente contra a sentença. Se do recurso, na verdade, não se pode conhecer, por inadmissível, isso significa, de um lado, que o recorrente não tem direito ao novo julgamento, e de outro, que ao próprio órgão julgador não se faculta o exercício legítimo da plena atividade judicante. Logo, é verdadeira contradição nos termos dizer que não se conheceu do recurso porque o recorrente não tinha razão: se não se devia conhecer, nem sequer se podia verificar a procedência ou a improcedência das alegações do recorrente; e se se chegou a verificar-lhes a improcedência, ou se fêz o que não era lícito fazer, ou se está usando mal a designação de "não-conhecimento".

124. Não há porque negar-se, *a priori*, a interposição de recurso contra o juízo positivo de admissibilidade na instância supe-

(11) Não altera os termos da questão a circunstância, a que oportunamente já se aludiu, de não raro entrar a instância recursal no exame do mérito sem antes pronunciar-se, *expressis verbis*, sobre a admissibilidade do recurso. Como se explicou, êste último juízo não deixa de existir só por ser implícito: o órgão *ad quem* declara implicitamente admissível o recurso tôdas as vezes que, sem discussão de qualquer preliminar, se põe a apreciá-lo *de meritis*. Cf., sobre o ponto, o que se expôs nos ns. 19 e 107, *supra*. Vale a pena lembrar ainda, ao propósito, que do julgamento do mérito participam todos os membros do colegiado, inclusive aquêles que hajam votado no sentido da inadmissibilidade (Código de Processo Civil, art. 878).

rior. Aqui não prevalece a razão pela qual em regra se exclui tal possibilidade quando o juízo positivo emana do órgão de interposição. Este simplesmente faz subir o recurso ao órgão *ad quem*, onde, como se viu, a questão da admissibilidade será naturalmente submetida a novo crivo. Mas, se a solução já é dada no segundo plano, a única maneira de sujeitá-la a contraste é fazê-la, por sua vez, recorrível.

A declaração, pelo juízo *ad quem*, de que o recurso é admissível traz normalmente como consequência imediata a passagem, ali, ao exame do mérito. Os dois pronunciamentos — o relativo a êste e o concernente à preliminar — vão corporificar-se em decisão *formalmente una*: é no mesmo acórdão, *v.g.*, que o tribunal diz infundada a alegação de intempestividade da apelação e, ato contínuo, nega-lhe provimento. Por isso, não há necessidade de criar-se recurso *específico* para o juízo de admissibilidade: satisfeitos os requisitos gerais, o acórdão será recorrível, no tocante à solução da preliminar, em condições idênticas às que prevalecem para o mérito (12), podendo o recurso, consoante a hipótese, abranger ambas as questões, ou só uma delas.

Situações interessantes às vezes se desenham aqui, dando ensejo à interposição de dois novos recursos, um atinente ao juízo de admissibilidade, outro ao juízo de mérito proferido no recurso anterior. Suponhamos, por exemplo, que em grau de apelação o tribunal rejeite preliminar de intempestividade e, *de meritis*, confirme a decisão de primeira instância, em que o apelante enxergara violação a certa norma constitucional. No primeiro item, pode estar em jôgo a vigência de regra processual sobre prazos, e assim tornar-se o acórdão, quanto a êle, tal como no que tange ao mérito,

(12) É claro que não nos estamos referindo, aqui, ao caso em que dois recursos *distintos* se julgam sucessivamente, na mesma assentada, um como preliminar ao julgamento do outro. Não se confunda, *v.g.*, a decisão proferida sobre o agravo no auto do processo com a decisão proferida, já no âmbito da apelação, sobre a preliminar relativa à admissibilidade: para nos cingirmos a um aspecto relevante, esta última pode eventualmente ser objeto de embargos (Código de Processo Civil, art. 883; P. DE MIRANDA, *Comment. ao Cód. de Proc. Civ.*, t. XI, págs. 249/50; J. F. MARQUES, *ob e vol. ult. cit.*, págs. 256/7 e nota 197; contra, M. DE ARAGÃO, *ob. cit.*, pág. 145); aquela, não (P. DE MIRANDA, *ibid.*, ressaltando a hipótese anômala em que o tribunal julgue como do agravo matéria própria da apelação; J. F. MARQUES, *ibid.*, págs. 257 e segs.; M. DE ARAGÃO, *ob. cit.*, págs. 187/9, com ressalva substancialmente igual à de P. DE MIRANDA; *Súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal*, n.º 211; em sentido contrário, M. A. SANTOS, *ob. cit.*, vol. III, pág. 150).

extraordinariamente recorrível. Mas a interposição do recurso extraordinário tocara, ali, ao apelado, e aqui ao apelante (13), sendo óbvio que o eventual provimento do primeiro recurso, pelo Supremo Tribunal Federal, preexcluiria o julgamento do outro: pronunciada a inadmissibilidade da apelação, não se conceberia o exame da questão federal suscitada em relação ao mérito dela.

125. Já se assinalou que, em certas hipóteses, o órgão *ad quem* se pronuncia sobre questão atinente à admissibilidade do recurso em momento anterior ao da subida dêste. É o que ocorre quando, afirmada a inadmissibilidade pelo órgão de interposição, contra essa decisão se interpõe outro recurso, com a única finalidade de provocar o reexame da questão pelo juízo competente para o julgamento do recurso indeferido ou trancado. São exemplos característicos, no sistema processual vigente entre nós, o agravo de instrumento cabível contra a denegação da apelação pelo juiz de primeiro grau (Código de Processo Civil, art. 842, IX) e o interponível contra o indeferimento do recurso extraordinário, por aquêle mesmo juiz ou pelo Presidente do Tribunal *a quo*, segundo o caso (Lei n.º 3.396, art. 6.º).

Surge aí problema relevante: se o órgão *ad quem*, ao apreciar o recurso B, manifestado contra a declaração de inadmissibilidade

(13) Não se objete que ao apelado, vencedor *de meritis*, faltaria interesse de recorrer no tocante à preliminar: a interposição do recurso extraordinário pelo apelante pode ensejar o reexame da questão que constituiu o mérito da apelação e, eventualmente, a reforma do acórdão, em desfavor da outra parte; não enseja, contudo, por si só, a reapreciação da preliminar, de modo que o Supremo Tribunal teria de julgar contra o apelado, se entendesse configurada a ofensa à regra constitucional, mesmo que lhe parecesse fora de dúvida a procedência da arguição de intempestividade, quanto à apelação. O recurso extraordinário, realmente, não tem o efeito devolutivo peculiar à apelação (Código de Processo Civil, art. 824): não atribui à Corte Suprema "o conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas na ação", mas tão somente o da questão federal que lhe forma o objeto. Por isso não se pode equacionar nos mesmos termos, num caso e noutro, o problema do interesse em recorrer, para o vencido na preliminar; se se tratasse de decisão *apelável*, o recurso de uma das partes facultaria ao tribunal o reexame das preliminares suscitadas pela outra e repelidas, na sentença final, pelo juiz de primeiro grau, de sorte que a tal respeito não se precisaria recorrer, ou — o que é dizer o mesmo — não se teria interesse na impugnação. Cf., sobre o assunto, o que se expôs em o n.º 61, *supra*, e os ensinamentos de L. M. GUILMARÃES, na obra e lugar citados em a nota 71. Na hipótese do texto, há para o apelado utilidade prática na interposição do recurso como única meio de impedir a preclusão no que diz respeito à questão da admissibilidade — ponto relevante para o caso de ser correta a tese do apelante quanto ao mérito. O interesse do apelado é *eventual*, mas suficiente para tornar-lhe admissível, por essa ponto-de-vista, o recurso extraordinário.

do recurso A, decide provê-lo, a fim de mandar subir o outro, que repercussão tem esse pronunciamento sobre a posterior atividade cognitiva do mesmo órgão, quando tiver de julgar o recurso A? Ser-lhe-á lícito, nessa oportunidade, declará-lo inadmissível, dêle não conhecendo? Ou com a decisão anterior fica preclusa a questão da admissibilidade?

O ponto tem sido examinado com frequência pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recursos extraordinários a êle encaminhados por força do provimento de agravos, e a jurisprudência predominante naquela Corte consolidou-se no primeiro sentido (14). Ao nosso ver, entretanto, é imprescindível estabelecer aqui uma distinção.

126. A inadmissibilidade de um recurso pode, com efeito, decorrer de fatos diversos: são múltiplos os requisitos necessários para que o recurso seja admissível, e basta a falta de um dêles para ensejar o juízo negativo. As dúvidas suscitadas quanto à presença ou ausência de cada qual constituem outras tantas questões, que nem sempre são apreciadas *em bloco*, mas às vezes o são *separadamente*. É possível, destarte, que o órgão *ad quem*, ao ser-lhe apresentado o recurso A, tenha de enfrentar, no tocante à admissibilidade dêle, questão estranha à matéria que formou o objeto do recurso B, anteriormente provido. Isso é de gritante evidência no que diz respeito aos fatos relevantes para a admissibilidade ocorridos *após* o julgamento de B (15); mas acontece, de maneira geral, sempre que o requisito ou os requisitos de admissibilidade negados na instância inferior, e depois afirmados no julgamento de B, não coincidem com o requisito ou os requisitos de admissibilidade postos em dúvida na ocasião em que se vai julgar A.

É fácil a exemplificação. O juiz de primeiro grau denegou a apelação por intempestividade, e o tribunal deu provimento ao agravo, entendendo que a interposição fôra oportuna; processada a apelação, levanta o apelado, nas suas razões, a preliminar de ilegitimidade do apelante para recorrer, ou a da falta de interesse na impug-

(14) Reza o enunciado n.º 289 da *Súmula*: "O provimento do agravo, por uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal, ainda que sem ressalva, não prejudica a questão do cabimento do recurso extraordinário".

(15) *V. g.*, a falta de preparo na instância superior (art. 870 e seu parágrafo único), ou a prática superveniente, por aquêle que recorrera, de atos idôneos para caracterizar a aquiescência à decisão impugnada.

nação da sentença, e a instância superior defronta-se com essa questão nova. Indeferiu-se o recurso extraordinário, fundado na letra d do dispositivo constitucional, porque se considerou que da decisão recorrida cabiam ainda embargos, e a Côrte Suprema, ao julgar o agravo, afirmou o contrário, determinando em consequência a subida; surge, porém, controvérsia acêrca da existência ou inexistência do dissídio jurisprudencial — tópico de que, até aí, não se tratara.

Pode suceder, ao contrário, que se pretenda reeditar, como preliminar do julgamento do recurso B, a mesma questão de admissibilidade já decidida pelo órgão *ad quem* ao julgar o recurso A. É o que ocorreria, nas hipóteses figuradas, se ali se voltasse a suscitar a questão da tempestividade da apelação, ou a do cabimento de embargos contra a decisão extraordinariamente recorrida.

127. Não nos parece que a solução deva ser a mesma, num e noutro caso. Se, no julgamento do recurso interposto contra a pronúncia da inadmissibilidade na instância inferior, o juízo positivo, expresso na decisão de provimento, abrangeu a questão que, depois, se intenta ressuscitar, o reexame esbarraria no obstáculo da preclusão. Note-se que a decisão proferida no recurso B — cujo objeto era a admissibilidade do recurso A — sem dúvida é idônea a produzir coisa julgada formal, tornando-se portanto imutável dentro do mesmo processo, no qual se insere, ainda, o posterior julgamento do recurso A.

Com isso não se despreza a circunstância de que, contra aquela decisão, pode caber — e ter sido interposto — um terceiro recurso. Do acórdão que deu provimento ao agravo, para mandar subir a apelação denegada, *v.g.*, teria porventura o agravado recurso extraordinário; se dêle não usou, o acórdão transitou formalmente em julgado; se usou, uma de duas: ou o recurso extraordinário já foi julgado; ao ter-se de julgar a apelação, ou ainda não foi. A primeira hipótese subdivide-se nas seguintes: (a) o Supremo Tribunal não conheceu do recurso — e êste, pois, não obsteu à produção da coisa julgada formal do acórdão recorrido, de modo que subsiste, íntegra, a solução por êle dada à questão da admissibilidade da apelação, naquilo que fôra objeto do agravo; (b) o Supremo Tribunal conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento — e a *res iudicata*, agora, já não é a formada sôbre o acórdão recorrido, senão a que resultou da própria decisão do Supremo Tribunal; (c)

o Supremo Tribunal conheceu do recurso e deu-lhe provimento — com o que tirou eficácia à apelação que subira por força do acórdão reformado. Tanto em (a) como em (b), a coisa julgada formal impede a reabertura da discussão sôbre a admissibilidade, nos aspectos compreendidos na decisão sôbre o agravo; em (c), *tollitur quaestio*, porque o tribunal já não vai julgar a apelação. Equipara-se a (a) o caso em que, indeferida a petição de recurso extraordinário, o recorrente não agravou, ou agravou sem êxito. A única hipótese em que o julgamento da apelação sobrevém sem que exista, ainda, a preclusão gerada pela *res iudicata* é aquela em que o recurso extraordinário continua a pender quando chega, na pauta do tribunal, a vez da apelação. Mesmo aí, porém, não se conceberia o reexame da questão como preliminar do julgamento, porque o tribunal de apelação estaria conhecendo de matéria já entregue à apreciação de órgão superior.

Tornando à distinção posta no item precedente, resta-nos opinar acêrca do caso em que a questão suscitada como preliminar, no julgamento do recurso A, é estranha à matéria debatida e resolvida no âmbito do recurso B. Aqui, em nosso entender, nada obsta a que o órgão competente para julgar o recurso A venha a declará-lo inadmissível, a despeito de, antes, ter dado provimento ao recurso B, para fazer subir o outro. A questão é nova, e sôbre ela não se formou qualquer preclusão. Assim, *v.g.*, provido o agravo contra a decisão do juiz *a quo* que denegara a apelação por intempestiva, é perfeitamente lícito ao tribunal, depois, não conhecer da apelação pelo fundamento de não ter o apelante legitimidade para recorrer, ou interêsse em fazê-lo.

128. Raciocínio análogo há de ser feito para o caso em que o órgão *ad quem* toma conhecimento prévio de questão relativa à admissibilidade de um recurso, por meio de segundo recurso, interposto não contra o indeferimento ou o trancamento na instância inferior, mas contra o ato do relator (ou de outro dos seus membros, porventura competente) que negou o seguimento (16): O

(16) No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, o art. 190, § 1.º, faculta ao relator do recurso extraordinário negar-lhe seguimento em certas hipóteses (v. também o art. 9.º da Emenda aprovada em 16-8-1967), mas o § 3.º do mesmo dispositivo concede ao recorrente, contra êsse despacho, agravo para a Turma.

juízo positivo de admissibilidade proferido por esse componente do corpo julgador, e traduzido em despacho que manda processar o recurso, não cria qualquer preclusão: subsiste sempre a possibilidade de acolher-se, no julgamento, preliminar de inadmissibilidade, não se conhecendo do recurso. O juízo negativo, entretanto, é idôneo a barrar em definitivo a via recursal, se não se usa do segundo recurso cabível para o corpo julgador.

Interposto o novo recurso, se dêle não se conhece ou se lhe nega provimento, corroborado está o impedimento à apreciação do outro, no mérito. Se, ao contrário, se lhe dá provimento, remove-se a barreira oposta pelo despacho recorrido. Neste caso, o primeiro recurso vai a julgamento, e nessa ocasião pode acontecer que se suscite, como preliminar, questão atinente à admissibilidade. É a tal respeito que se faz aplicável a mesma distinção anteriormente formulada: se a questão é estranha à matéria do despacho e do recurso contra êle manifestado, nada obsta a que o corpo julgador acolha a preliminar, para declarar inadmissível o primeiro recurso; na hipótese contrária, a questão acha-se preclusa, e ao corpo julgador não é lícito voltar a discuti-la: a admissibilidade do primeiro recurso, pelo aspecto (ou pelos aspectos) de que se trata, foi reconhecida de uma vez por todas.

129. *Efeitos do juízo negativo de admissibilidade no órgão julgador do recurso.* — Se o órgão *ad quem* entende faltar ao recurso algum requisito de admissibilidade, profere decisão de *não-conhecimento*, abstendo-se de examiná-lo no mérito. Não diz que o recorrente tinha razão, nem que não a tinha; diz, simplesmente, que não pode sobre isso pronunciar-se. É o que expressa, com terminologia de discutível propriedade, o art. 877 do Código de Processo Civil: “Qualquer questão preliminar ou prejudicial, suscitada no julgamento, será julgada antes do mérito, dêste não se conhecendo se incompatível com a decisão da preliminar ou da prejudicial”. Encerra-se assim o processo, ou a série procedimental, salvo interposição de novo recurso, que porventura se faculte contra a decisão de não-conhecimento.

Se tal recurso existe, a questão da admissibilidade do outro vai constituir, nêle, o próprio mérito. No juízo competente para julgá-lo, três hipóteses poderão ocorrer: (a) não se conhece do novo recurso, por inadmissível; (b) conhece-se dêle e nega-se-lhe provimento; (c)

conhece-se e dá-se provimento. Em (a), o novo recurso não obstou ao trânsito em julgado da decisão de não-conhecimento do anterior; em (b), confirmada a decisão de não-conhecimento, forma-se a *res iudicata* sobre o pronunciamento do órgão que a confirmou; em (c), reformada aquela decisão, a consequência natural é a retomada do primeiro recurso, para apreciação *de meritis*, pelo órgão que dêle não conhecera.

A decisão a que se alude em (b) é a adequada quando se entende que o primeiro recurso era na verdade inadmissível, e correta, portanto, a seu respeito, a decisão de não-conhecimento. Erraria o juízo competente se, nesse caso, não conhecesse do *segundo* recurso, *ex hypothesi* admissível, embora infundado *no mérito*. Se, *v.g.*, se recorre extraordinariamente contra acórdão de tribunal local que não conheceu de apelação, o Supremo Tribunal Federal, desde que satisfeitos os requisitos específicos, deve *conhecer* do recurso extraordinário, para *negar-lhe provimento*, caso se convença de que o tribunal local acertara. O que o Supremo Tribunal Federal não poderia fazer é deixar de conhecer do recurso extraordinário por entender acertada a decisão do tribunal local. Aliás, o Supremo Tribunal Federal só pode formar juízo sobre o acerto ou a erronia de tal decisão *conhecendo* do recurso extraordinário, pois isso é que constitui precisamente o mérito dêste (17).

130. Passemos ao estudo de um problema assaz relevante: o dos efeitos do juízo negativo de admissibilidade, proferido no órgão *ad quem*, sobre a sentença recorrida. Doutrina muito autorizada sustenta que ela transita em julgado no momento em que, na instância superior, “se criou a situação nova e definitiva” (18). Para outra corrente, a pronúncia da inadmissibilidade opera *ex tunc*, “no sentido de que o recurso deve considerar-se como não interposto no tocante aos efeitos que poderia ter produzido” (19).

(17) Cf. o que já se explicou acima, em os ns. 24 e 123.

(18) MENESTRINA, *Il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. V, 1928, parte II, págs. 213, aliás com argumentação de ordem exegética, fundada nos arts. 341 e 345 do antigo Código italiano.

(19) GIUDICEANDREA, *Le impugn. civ. cit.*, vol. I, pág. 136; no mesmo sentido, BUTERA, *ob. cit.*, pág. 212; DE MARSICO, *ob. cit.*, pág. 290; substancialmente de acôrdo, ainda, PROVINCIALI, *Delle impugn. in gen. cit.*, pág. 274, sob fórmula diversa. Em nossa literatura, com insistência digna de nota, v. P. DE MIRANDA, *ob. ult. cit.*, t. X, págs. 137/9, 142/3, 145; *id.*, *Trat. da ação resc. cit.*, págs. 21, 124, 180/1, 183 253 e *passim*; *Trat. de Dir. Priv. cit.*, t. 6, pág. 404.

Esta última opinião é que se nos afigura mais razoável, quer à luz dos princípios gerais, quer, entre nós, à vista do disposto no art. 6.º, § 3.º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Nesse sentido, aliás, já nos manifestamos, a propósito da decisão de inadmissibilidade emitida pelo próprio órgão de interposição do recurso (20). Fazemos, apenas, uma distinção: se o recurso, ao ser interposto, satisfazia os requisitos de admissibilidade, e só depois veio a faltar um deles, ou vários, a interposição foi eficaz no impedir a formação da *res iudicata*, e só deixou de produzir esse efeito no momento em que se verificou o fato superveniente, por força do qual se tornou inadmissível o recurso. Assim, por exemplo, se sobreveio a deserção, por falta de preparo na instância superior (art. 370 e seu parágrafo 5.º), a sentença recorrida, não havendo outro obstáculo, transitou em julgado ao expirar *in albis* o prazo para o preparo.

Se, todavia, a inadmissibilidade estava configurada *ab initio*, parece-nos fora de dúvida que a interposição do recurso não obstou ao surgimento da coisa julgada, e que a decisão de não-conhecimento unicamente verifica e proclama a existência de uma situação anterior à sua prolação. É nisso, justamente, que se lhe revela a natureza declaratória. Qualquer decisão passa em julgado desde que não haja (ou já não haja) recurso *admissível*; logo, a interposição de recurso *inadmissível* não é empecilho à coisa julgada. Afirmar o contrário seria reconhecer ao recorrente a possibilidade de adiar sempre a formação desta, sujeitando ao poder dispositivo um instituto que a êle está imune. Repita-se, pois: inexistindo outro impedimento ao trânsito em julgado da decisão recorrida, se do recurso não se conhece, e a causa da inadmissibilidade já ocorria ao tempo da interposição, a *res iudicata* formou-se no momento mesmo em que a decisão foi publicada, ou naquele em que, entre a publicação e a interposição, exsurgiu o fato gerador da inadmissibilidade; se admissível era recurso diverso, não interposto, no momento em que se esgotou o respectivo prazo de interposição.

131. Já se acentuou a relevância prática da questão no que diz respeito ao prazo de decadência da ação rescisória. Convém fixar aqui uma distinção. Há a coisa julgada da decisão recorrida

(20) V., *supra*, n.º 121.

e a coisa julgada da decisão que não conheceu do recurso. Uma e outra, concorrendo os pressupostos, são suscetíveis de rescisão. Nada importa que se trate, como sempre acontecerá no segundo caso, de *res iudicata* apenas no sentido *formal*: tanto basta para o cabimento, em tese, da rescisória (21).

Não se objete que, sendo impossível a rescisão da sentença recorrida, não haveria interesse em rescindir a decisão de não-conhecimento do recurso, porque no eventual julgamento do mérito dêste fatalmente sobreviria a confirmação da primeira. Inexata a premissa: nem todos os erros alegáveis por via recursal também o são através da rescisória. A má apreciação da prova, por exemplo, não abriria ensejo à rescisão da sentença recorrida, mas seria iníquo negar-se a possibilidade de remoção do obstáculo erguido ao reexame da matéria pelo órgão competente para julgar o recurso, se em relação à decisão de não-conhecimento se compõe algum dos pressupostos arrolados no art. 798 do Código de Processo Civil.

Aliás, no plano puramente exegético, parece-nos que faltaria base para excluir-se, em princípio, a rescindibilidade da decisão que declara inadmissível um recurso. A lei, com efeito, não distingue: "sentença", no art. 798, está em sentido amplo, valendo por "decisão", e não somente por "decisão definitiva" (22). Os vícios enumerados no dispositivo são de tal gravidade que não se justificaria, ainda *de lege ferenda*, a discriminação: como tolerar-se a imunidade à rescisão, *v. g.*, de decisão, mesmo não definitiva, proferida por órgão absolutamente incompetente, ou ofensiva à coisa julgada? A peita do juiz de primeiro grau será porventura mais grave do que a peita dos componentes do tribunal que, sabendo injusta

(21) Cf. P. DE MIRANDA, *Coment. ao Cód. de Proc. Civ. cit.*, t. X, págs. 135 e segs.; *id.*, *Trat. da ação resc.* cit., págs. 122 e segs., 273/4 e *passim*. Também M. A. SANTOS, *ob cit.*, vol. III, pág. 438, ensina, a propósito da ação rescisória, que "por meio dela se ataca a coisa julgada formal".

(22) "Onde quer que haja decisão irrecorrível ou de que já não caiba recurso, há pretensão à rescisão", escreve P. DE MIRANDA, *Coment. ao Cód. de Proc. Civ. cit.*, t. X, págs. 139/40; e a seguir crítica, com razão, acórdão do Supremo Tribunal Federal que afirmara não ser possível rescindir-se decisão de não-conhecimento de recurso extraordinário: "Porque não? Tal decisão passa, formalmente, em julgado; fechou a porta ao exame da questão de inconstitucionalidade; na incognição é possível ter havido violação de regra do Código de Processo Civil, do Regimento Interno — que é direito — e da própria Constituição. A proposição do acórdão é insustentável". V., no mesmo tomo, pág. 327, para nos cingirmos a um único passo do mestre, entre tantos consonantes, a referência específica à "ação rescisória do acórdão de não-cognição".

a sentença recorrida, violentaram alguma regra jurídica para não conhecerem do recurso?

132. É claro que os efeitos da rescisão não são os mesmos, num caso e noutro. Quando se rescinde a decisão de não-conhecimento e se declara que era admissível o recurso de que se não conhecera, unicamente se faz renascer o procedimento recursal, que fôra trancado, para propiciar o exame, no mérito, do recurso. Nada se decide, desde logo, quanto a êsse mérito, nem, *a fortiori*, quanto ao mérito *da causa*, que pode ou não coincidir com êle (23).

Se, ao contrário, o objeto da rescisória é a própria decisão recorrida, pode-se obter diretamente, no *iudicium rescindens*, a desconstituição da coisa julgada que sôbre ela se formou, e, no *iudicium rescissorium*, o rejuízo da matéria que ela apreciara — o *meritum causae*, se se tratava de decisão definitiva. Cumpre que se tenha em vista a distinção, importante por tal prisma, tanto quanto pelo do prazo decadencial: quando se trata de rescindir a sentença recorrida, conta-se o quinquênio desde o trânsito em julgado *dessa sentença*, aplicando-se os princípios expostos nas páginas anteriores; se, no entanto, o objeto da rescisória é a decisão de não-conhecimento do recurso, o termo inicial será o momento em que, na instância superior, ela se tornou irrecorrível, ou, se já de início o era, o momento da publicação.

133. Ponto que merece referência, conquanto ligeira, é o da competência para a ação rescisória. Em regra, as leis processuais e as próprias Constituições atribuem-na a cada tribunal, com relação às *suas* decisões. Quanto às sentenças de primeira instância, normalmente são rescindíveis pelos tribunais competentes para o julgamento dos recursos (24).

*Quid iuris* se se quer rescindir decisão contra a qual se interpusera recurso não conhecido? A inadmissibilidade do recurso permitiu que se formasse a coisa julgada *sôbre aquela decisão mesma*, e é tal coisa julgada que se visa a desconstituir. Logo, não cabe invocar a regra atribuidora de competência ao tribunal (que não conheceu do recurso) para as ações rescisórias dos *seus* acôr-

(23) V. acima, ns. 28 e 29.

(24) V. Constituição do Brasil, arts. 114, I, m, e 117, I, a; Constituição do Estado da Guanabara, arts. 53, V, e, e 55, § 2.º, V; Código de Processo Civil, arts. 144, IV, e 145, I (parcialmente revogado).

dãos, porque, por hipótese, *não é sua* a decisão rescindenda. *Aliter*, obviamente, se é a própria decisão de não-conhecimento que se pretende rescindir.

O problema surge com certa frequência nos casos de decisões extraordinariamente recorridas, e em nada contribui para aclará-lo a infelicíssima prática, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, de “não conhecer” do recurso extraordinário interposto com fundamento na letra *a* do dispositivo constitucional, quando entende não haver, no acórdão impugnado, o vício que se argúi. O princípio correto, na matéria, é o de que a competência para a rescisória sômente toca ao Supremo Tribunal Federal quando êste *conheceu* do recurso extraordinário, quer para dar-lhe, quer para negar-lhe provimento: aí, é *seu* o acórdão rescindendo. No outro caso, não: o objeto da rescisória é o acórdão do tribunal *a quo*, de sorte que a êste pertence a competência. A clareza e o rigor lógico do esquema vêem-se prejudicados pela praxe de não conhecer o Supremo Tribunal Federal de recursos extraordinários na verdade *admissíveis*, embora *improcedentes*. A confusão é responsável por soluções artificiais como a do enunciado n.º 249 da *Súmula da jurisprudência predominante*, que contém verdadeira contradição nos têrmos (25).

134. Das proposições assentadas nos itens anteriores decorre sério problema de ordem prática, relativo à propositura da ação rescisória. O simples fato de contra a decisão rescindenda ter-se interposto algum recurso não basta, por si só, para que desde logo se negue a existência da coisa julgada. Se o recurso fôr declarado inadmissível, a decisão terá passado em julgado no momento mesmo da publicação, ou no do surgimento da causa superveniente de inad-

(25) Eis o texto: “É competente o Supremo Tribunal para a ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento do agravo, tiver apreciado a questão federal”. Em boa técnica, e até por amor à lógica, valeria objetar: se o Supremo Tribunal *não conheceu* do recurso, como pode ter apreciado a questão federal, que lhe constituía o mérito? Ainda mais estranhável a alusão ao agravo, que jamais pode ter por objeto a questão federal, mas unicamente a questão da admissibilidade do recurso extraordinário indeferido. Cf., ao propósito, com toda a precisão, F. DE MIRANDA, *Trat. da ação resc. cit.*, pág. 132: “Se o Supremo Tribunal Federal não deu provimento ao agravo interposto do despacho que negou seguimento ao recurso extraordinário, dêsse não conheceu; portanto, não fez sua a matéria decidida (...): a competência é do tribunal que proferiu a sentença. *Aliter*, se foi provido o agravo, porque, então, se conheceu do recurso extraordinário, salvo se outra preliminar de não-conhecimento sobreveio e foi acolhida”.

missibilidade, ou naquele em que se esgotou, *in albis*, o prazo para a interposição de outro recurso, porventura admissível. Daí se teria de contar o quinquênio decadencial.

Mas, enquanto pende o recurso, é impossível prever com segurança qual será a sua sorte. Se dêle chegar a conhecer o órgão *ad quem*, dando-lhe ou negando-lhe provimento, isso significará que a decisão recorrida não produziu coisa julgada. A rescisória só caberá, eventualmente, contra a decisão em grau de recurso, e tal circunstância pode ter reflexos na questão da competência. É igualmente possível, contudo, que do recurso não se chegue a conhecer. Ora, se se retarda por muito tempo o pronunciamento sobre a admissibilidade, há o risco de já estar precluso o prazo da rescisória — que não se suspende nem se interrompe —, quando afinal se vier a resolver aquela questão. Não se conhece do recurso, e o legitimado à propositura da rescisória vê-se diante de coisa julgada que data *de mais de cinco anos*. Seria absurdo privá-lo, por demora que não lhe é imputável, do exercício da ação. Como resolver o problema?

Para quem entende que a *res iudicata* só se forma com a declaração da inadmissibilidade do recurso, *tollitur quaestio*: o quinquênio, antes dela, ainda não estava fluindo. Já dissemos, porém, que tal opinião é inconciliável com os princípios e com o direito positivo brasileiro (26). A única solução é admitir a propositura da rescisória *na pendência do recurso* — desde que as circunstâncias justifiquem o receio de ver-se esgotado, antes do julgamento, o prazo de decadência —, sobrestando-se no andamento do novo processo até a decisão sobre o recurso. Se dêste não se chegar a conhecer, trânta em julgado a decisão de inadmissibilidade, retoma-se o curso da rescisória; na hipótese contrária, encerra-se-lhe o processo, que ficou sem objeto (27). Não haverá quebra do prin-

(26) V. acima, n.º 130.

(27) Encontra-se em P. DE MIRANDA, *Coment. ao Cód. de Proc. Civ. cit.*, t. X, págs. 137/8, e *Trat. da ação resc.*, págs. 124/5, o alvitre no texto acolhido. Só num pormenor ousamos discordar do ilustre autor, em cujas lições fartamente nos abeberamos ao longo deste capítulo: é quando admite que, negado provimento ao recurso, se aproveite a rescisória proposta, "por princípio de economia processual". Ao nosso ver — e o próprio P. DE MIRANDA reputa "mais acertado" esse entendimento —, desde que se conheceu do recurso, só se pode pedir a rescisão do acórdão sobre o mérito dêle, o que importa a alteração da *causa petendi* e talvez o deslocamento da competência para a ação rescisória. Ainda sobre a matéria, cf., na jurisprudência, o Acórdão do Tribunal de Justiça de S. Paulo, em 17-3-1948, *Rev. dos Trib.*, vol. 178, pág. 1.023.

cípio, indiscutível, segundo o qual não se rescinde decisão que não tenha passado em julgado: haveria, se se *judgasse* a rescisória antes do pronunciamento sobre o recurso.

Uma observação final: aqui não é o lugar adequado para um estudo em profundidade da problemática, tão rica quanto complexa, da rescisão das sentenças. Neste item e nos anteriores, quisemos somente assinalar, de passagem, alguns tópicos de mais estreita vinculação com o tema do nosso trabalho.

## BIBLIOGRAFIA

### (OBRAS CONSULTADAS)

- ALLORIO, Enrico — *Diritto Processuale Tributario*, 4.ª ed., Turim, 1962.
- ALMEIDA E SOUSA (de Lobão), Manuel de — *Segundas lúbas sobre o processo civil*, Lisboa, 1855.
- ALOISI, Ugo — verbete *Impugnazioni nel processo penale*, in *Nuovo Dig. Ital.*, vol. VI.
- ALVES, João Luís — *Código Civil anotado*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1957/8.
- AMARAL SANTOS, Moacir — *Direito Processual Civil*, 2.ª ed., S. Paulo, 1967.
- AMERICANO, Jorge — *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 2.ª ed., S. Paulo, 1958.
- *Da ação rescisória*, 3.ª ed., S. Paulo, 1936.
- AMORIM FILHO, Agnelo — *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*, in *Rev. de Dir. Proc. Civ.*, 3.º vol.
- ANDRADE, Odilon de — *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX, Rio de Janeiro, 1946.
- ANDRIOLI, Virgílio — *Appunti di Diritto Processuale Civile*, Nápoles, 1964 (reimpressão).
- *Commento al Codice di Procedura Civile*, 3.ª ed. (reimpressão), Nápoles, 1954/7.
- ABAÚJO JR., Luís Rodolfo de — *Do litisconsórcio necessário passivo em mandado de segurança*, Recife, 1964.
- ATTARDI, Aldo — *La revocazione*, Pádua, 1959.
- *L'interesse ad agire*, Pádua, 1958.
- AZEVEDO, Filadelfo — *Um triênio de judicatura*, vol. V, S. Paulo, s/d.
- BARBI, Celso Agrícola — *Da preclusão no processo civil*, in *Rev. For.*, vol. 158.
- BARBOSA, Rui — *Apelação de terceiro prejudicado*, in *Rev. For.*, vol. 25.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, — *Intervenção litisconsorcial voluntária*, in *Rev. de Dir. da Procuradoria Geral*, vol. 11.
- *Problemas da ação popular*, in *Rev. de Dir. Admin.*, vol. 85.
- *Questões judiciais e coisa julgada*, Rio de Janeiro, 1987.
- BARROS MONTEIRO, Washington de — *Curso de Direito Civil*, 3.ª ed., S. Paulo, 1962.
- *Do recurso extraordinário*, in *Justitia*, vol. 21.
- BATISTA, Zótico — *Código de Processo Civil comentado e anotado*, Rio de Janeiro, 1940.
- BATISTA MARTINS, Pedro — *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1960.
- *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*, Rio de Janeiro, 1957.

- BAUR, Fritz — *Zur "Beschwer" im Rechtsmittelverfahren des Zivilprozesses, in Festschrift für Friedrich Lent, Munique-Berlin, 1957.*
- BETTI, Emilio — *Diritto Processuale Civile italiano*, 2.<sup>a</sup> ed., Roma, 1936.
- BEVILÁQUA, Clóvis — *Código Civil comentado*, 11.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1956.
- BONFILS, Henry — *Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1892.
- BONUMÁ, João — *Diritto Processual Civil*, S. Paulo, 1946.
- BUENO VIDIGAL, Luis Eulálio de — *Da ação rescisória dos julgados*, S. Paulo, 1948.
- *Do mandado de segurança e Execução de sentença na pendência de recursos de revista e extraordinário*, in *Diritto Processual Civil*, S. Paulo, 1965.
- BUTERA, Antonio — *La rinvocazione delle sentenze civili*, Turim, 1936.
- BUZAD, Alfredo — *Anteprojeto de Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1964.
- *Da ação renovatória*, S. Paulo, 1958.
- *Da apelação ex officio*, S. Paulo, 1951.
- *Do agravo de petição*, S. Paulo, 2.<sup>a</sup> ed., 1956.
- CALAMANDREI, Piero — *Appunti sulla reformatio in peius*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. VI, 1929, parte I.
- *verbete Cassazione Civile*, in *Nuovo Dig. Ital.*, vol. II.
- *La Casación Civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945.
- *La distinción entre "error in iudicando" y "error in procedendo"*, in *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945.
- *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, in *Riv. di Dir. Proc.*, vol. VI, 1951.
- *Vicios de la sentencia y medios de gravamen*, in *Estudios cit.*
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim — *Da revelia do demandado*, Salvador, 1960.
- *Do mandado de segurança contra atos judiciais*, in *Estudios sobre o mandado de segurança*, Rio de Janeiro, 1963.
- CÂMARA LEAL, Antônio Luis da — *Da prescrição e da decadência*, 2.<sup>a</sup> ed., atualizada por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro, 1959.
- CARNELUTTI, Francesco — *Diritto e processo* (vol. I de *Trattato del processo civile*), Nápoles, 1958.
- *Istituzioni del processo civile italiano*, 5.<sup>a</sup> ed., Roma, 1956.
- *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1983 (reimpressão).
- *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1944.
- *Studi di Diritto Processuale*, vol. III, Pádua, 1939.
- *Una riforma necessaria della legge sulla Corte Costituzionale*, in *Riv. di Dir. Proc.*, vol. XIX, 1964.
- CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio — *Da ação rescisória das sentenças e julgados*, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1940.
- CARVALHO SANTOS, J. M. de — *Código Civil brasileiro interpretado*, 4.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1950.
- *Código de Processo Civil interpretado*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1945/7.
- CASTRO FLHO, José Olímpio de — *Agravo no auto do processo*, Belo Horizonte, 1949.
- CASTRO GARMS, Vercingetorix de — *Recurso de revista*, S. Paulo, 1966.
- CASTRO NUNES, José de — *Do mandado de segurança*, 7.<sup>a</sup> ed., atualizada por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro, 1967.
- *Teoria e prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, 1943.
- CEAVES, Antônio — *Adoção e legitimação adotiva*, S. Paulo, 1966.
- CEBREMONT DE MIRANDA, Vicente — *verbete Chananamento à autoria*, in *Rep. Encicl. do Dir. Bras.*, vol. 8.

- CHIOVENDA, Giuseppe — *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. de J. Guimarães Menegale, com notas de Enrico Tullio Liebman, 2.<sup>a</sup> ed., S. Paulo, 1965.
- *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. VIII, 1931, parte I.
- COSTA, Sergio — *verbete Interesse e legittimazione ad agire*, in *Nuovo Dig. Ital.*, vol. VII.
- *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Turim, 1955.
- *Rinvocazione della sentenza per falsità di documento e legittimazione al gravame*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. XI, 1934.
- COSTA CARVALHO, Luis Antônio da — *Dos recursos em geral*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1950.
- COUTURE, Eduardo J. — *Fundamentos do Direito Processual Civil*, trad. de Rubens Gomes de Sousa, S. Paulo, 1946.
- CUCHE, Paul — *Précis de procédure civile et commerciale*, 10.<sup>a</sup> ed., Paris, 1951.
- CUNHA SALES, José Roberto da — *Livro dos recursos*, Rio de Janeiro, 1883.
- D'ONOFRIO, Paolo — *verbete Appello (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. Ital.*, vol. I.
- *verbete Gravami (diritto processuale civile)*, in *Nuovo Dig. Ital.*, vol. VI.
- DE MARSICO, Alfredo — *Lezioni di Diritto Processuale Penale*, 3.<sup>a</sup> ed., Milão, 1952.
- DE PLÁCIDO E SILVA — *Comentários ao Código de Processo Civil*, 4.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1956.
- DEL POZZO, Carlo Umberto — *verbete Appello (diritto processuale penale)*, in *Noviss. Dig. Ital.*, vol. I.
- *verbete Impugnazioni (diritto processuale penale)*, in *Noviss. Dig. Ital.*, vol. VIII.
- *Le impugnazioni penali*, Pádua, 1951.
- DELOGU, Tullio — *Contributo alla teoria dell'inammissibilità nel diritto processuale penale*, Milão, 1938.
- DINIS, Almqüio — *Teoria geral do processo*, Rio de Janeiro, 1917.
- DIÓGENES, Nestor — *Da ação rescisória*, S. Paulo, 1938.
- ESELEITA, Guilherme — *Do litisconsórcio no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, 1955.
- FARIA COELHO, Vicente — *Recurso de revista*, Rio de Janeiro, 1957.
- FAZZALARI, Elio — *La giurisdizione volontaria*, Pádua, 1953.
- FERRANTE, Umberto — *L'effetto devolutivo delle impugnazioni penali*, Milão, 1962.
- FRAGA, Afonso — *Instituições do processo civil do Brasil*, S. Paulo, 1941.
- FURTNER, Georg — *Das Urteil im Zivilprozess*, 2.<sup>a</sup> ed., Munique-Berlin, 1967.
- GARSONNET, E., e CÉZAR-BRU, Ch. — *Précis de procédure civile*, 9.<sup>a</sup> ed., Paris, 1923.
- GIANNINI, Achille Donato — *verbete Interesse in giudizio*, in *Diz. Prat. di Dir. Priv.* de V. Scialoja, vol. III, parte I.
- GIUDICEANDREA, Nicola — *verbete Impugnazioni (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. Ital.*, vol. VIII.
- *Le impugnazioni civili*, Milão, 1952.
- GLASSON, E. — *Précis théorique et pratique de procédure civile*, Paris, 1902.
- GOLDSCHMIDT — *Derecho Procesal Civil*, trad. de Leonardo Prieto-Castro, Barcelona, 1936.
- *Teoria general del proceso*, Barcelona, 1936.
- GOMES, Orlando — *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1957.
- GUASP, Jaime — *Derecho Procesal Civil*, Madri, 1962.
- GUSMÃO, Manuel Aureliano de — *Processo civil e comercial*, 2.<sup>a</sup> ed., S. Paulo, 1926.



- GUSMÃO, Sadi Cardoso de — verbete *Deserção (processo civil)*, in *Rep. Encicl. do Dir. Bras.*, vol. 15.
- HEINITZ, Ernesto — *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Pádua, 1937.
- JAEGER, Nicola — *Diritto Processuale Civile*, 2.<sup>a</sup> ed., Turim, 1943.
- JAUERKING, Othmar — *Das fehlerhafte Zivilurteil*, Frankfurt, 1958.
- KISCH, W. — *Elementos de Derecho Procesal Civil*, trad. de L. Prieto-Castro, Barcelona, 1932.
- KLITSCHKE DE LA GRANGE, Adolfo — *Essere e non essere della sentenza*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, vol. VI, 1952.
- LACERDA, Paulo de — *Manual do Código Civil brasileiro*, vol. I, Rio de Janeiro, 1918.
- LARA CAMPOS JR., Anésio de — *Princípios gerais do Direito Processual*, S. Paulo, 1963.
- LENT, Friedrich — *Diritto Processuale Civile tedesco*, trad. de Edoardo F. Ricci, Nápoles, 1962.
- LEONE, Giovanni — *Sistema delle impugnazioni penali*, Nápoles, 1935.
- LIEBMAN, Enrico Tullio — *Corso di Diritto Processuale Civile*, Milão, 1952.
- *Execução da sentença na pendência de recurso extraordinário*, in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, S. Paulo, 1947.
- *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*, in *Problemi del processo civile*, Nápoles, s/d.
- *Manuale di Diritto Processuale Civile*, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Milão, 1957.
- *Nulidade da sentença proferida sem citação do réu*, in *Estudos cit.*
- *"Parte" o "capo" de sentença*, in *Riv. di Dir. Proc.*, vol. XIX, 1964.
- *Processo de execução*, 2.<sup>a</sup> ed., S. Paulo, 1955.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo — *A administração pública e a ordem jurídica privada*, Belo Horizonte, 1961.
- *Diritto Processual Civil brasileiro*, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1959.
- LOPES MEIRELES, Heli — *Mandado de segurança e ação popular*, S. Paulo, 1967.
- LUGO, Andrea — *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 2.<sup>a</sup> ed., Milão, 1958.
- MACHADO GUIMARÃES, Luiz — *As três figuras do litisconsórcio*, in *Estudos jurídicos em honra de Soriano Neto*, vol. II, Recife, 1962.
- *Carência de ação — Limites objetivos do recurso de apelação*, Rio de Janeiro, 1961.
- *Comentário a acórdão*, in *Rev. de Crit. Judic.*, vol. 31.
- *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, Rio de Janeiro, 1942.
- *O processo oral e os seus críticos*, in *Processo oral*, Rio de Janeiro, 1940.
- MARINA, Federigo Alessandro — verbete *Acquiescenza (diritto processuale civile)*, in *Encicl. Forense*, vol. I.
- MARQUES, José Frederico — *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, 2.<sup>a</sup> ed., S. Paulo, 1959.
- *Instituições de Direito Processual Civil*, 2.<sup>a</sup> ed., S. Paulo, 1962.
- MATOS PEIXOTO, José Carlos de — *Recurso extraordinário*, Rio de Janeiro, 1935.
- MENDES DE ALMEIDA JR., João — *Diritto Giudiziario brasileiro*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1940.
- MENDONÇA LIMA, Alcides de — *O recurso ordinário constitucional*, in *Rev. dos Trib.*, vol. 276, e *Rev. For.*, vol. 177.
- *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro, 1963.
- MENESTRINA, Francesco — *Il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. V, 1928, parte I.
- MICHELI, Gian Antonio — *Corso di Diritto Processuale Civile*, Milão, 1959/60.
- MINOLI, E. — *L'acquiescenza nel processo civile*, Milão, 1942.
- MONIZ DE ARAGÃO, E. D. — *Embargos de nulidade e infringentes do julgado*, S. Paulo, 1965.
- MONTEIRO, João — *Teoria do processo civil e comercial*, 3.<sup>a</sup> ed., S. Paulo, 1912.

- MORAIS CARVALHO, Alberto Antônio de — *Praxe forense*, Rio de Janeiro, 1850.
- MORAIS E BARROS, Hamilton de — *A revista no sistema do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1960.
- MOREL, René — *Traité élémentaire de procédure civile*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1959.
- MORTARA, Lodovico — verbete *Appello civile*, in *Dig. Ital.*, vol. III, parte II.
- MOURLON, Frédéric — *Répétitions écrites sur l'organisation judiciaire, la compétence et la procédure en matière civile et commerciale*, 5.<sup>a</sup> ed., Paris, 1885.
- NAVES, Cândido — *Impulso processual e poderes do juiz*, Belo Horizonte, 1949.
- NAZO, Nicolau — *A decadência no Direito Civil brasileiro*, S. Paulo, 1959.
- NIGIDO, Alfonso — *I poteri del giudice di appello*, Pádua, 1938.
- NIKISCH, Arthur — *Zivilprozessrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., Tübingen, 1952.
- OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de — *Dos recursos no Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1954.
- OLIVEIRA FILHO, Cândido de — *Curso de prática do processo*, Rio de Janeiro, 1911/2.
- ORESTANO, Riccardo — *L'appello civile in diritto romano*, 2.<sup>a</sup> ed. (reimpressão), Turim, 1966.
- OTHON SIDOU, J. M. — *Do mandado de segurança*, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1959.
- PALLARES, Ednardo — *Derecho Procesal Civil*, 2.<sup>a</sup> ed., México, 1965.
- PALMEIRA, Pedro — *Da intervenção de terceiros nos principais sistemas legislativos — Da oposição*, Recife, 1954.
- *Da sistemática dos recursos nos Códigos de Processo Civil do Brasil e de Portugal*, Rio de Janeiro, 1964.
- PAULA, Alexandre de — *O processo civil à luz da jurisprudência*, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1958.
- PAULA BATISTA — *Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o comercial*, 6.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1901.
- PEDOTE, Domenico — verbete *Impugnazioni (diritto processuale civile)*, in *Encicl. Forense*, vol. IV.
- PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano — *Primeiras linhas sobre o processo civil*, Lisboa, 1858.
- PETRELLA, Generoso — *Le impugnazioni nel processo penale*, Milão, 1965.
- PINTO GUIMARÃES, Jorge Lafayette — verbete *Assistência*, in *Rep. Encicl. do Dir. Bras.*, vol. 4.
- verbete *Confissão (processo civil)*, in *Rep. cit.*, vol. 11.
- PLAZA, Manuel de la — *Derecho Procesal Civil español*, 3.<sup>a</sup> ed., Madri, s/d.
- PODETTI, J. Ramiro — *Tratado de los recursos*, Buenos Aires, 1958.
- PONTES DE MIRANDA — *Comentários à Constituição de 1948*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1960.
- *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1955/62.
- *Tratado da ação rescisória*, 4.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1964.
- *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, 1954/...
- PRIETO-CASTRO, Leonardo — *Derecho Procesal Civil*, Madri, 1964/5.
- PROVINCIALI, Renzo — *Delle impugnazioni in generale*, Nápoles, 1962.
- *Il giudizio di rinvio*, Pádua, 1936.
- *Sistema delle impugnazioni civili*, Pádua, 1948.
- RAGGI, Luigi — *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, vol. I, Milão, 1961.
- RAMALHO, Joaquim Inácio — *Praxe brasileira*, S. Paulo, 1869.
- RAUTER, M. — *Cours de procédure civile française*, Paris-Estrasburgo, 1834.
- REIS, José Alberto dos — *Código de Processo Civil anotado*, vol. V, Coimbra, 1952.
- RESENDE FILHO, Gabriel de — *Curso de Direito Processual Civil*, 3.<sup>a</sup> ed., S. Paulo, 1952/3.

- RIBAS, Antônio Joaquim — *Consolidação das leis do processo civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1915.
- ROCCO, Ugo — *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917.  
— *Trattato di Diritto Processuale Civile*, Turim, 1957/...
- ROSA, Eliézer — *Dicionário de processo civil*, Rio de Janeiro, 1957.
- ROSENBERG, Leo — *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. de Angela Romera Véra, Buenos Aires, 1955.
- SATTA, Salvatore — *Diritto Processuale Civile*, 6.<sup>a</sup> ed., Pádua, 1959.  
— *Le impugnazioni*, Milão, 1962.
- SAUER, Wilhelm — *Allgemeine Prozessrechtslehre*, Berlin — Detmold — Colônia — Munique, 1951.
- SCHÖNKE, Adolf — *Derecho Procesal Civil*, trad. esp., Barcelona, 1950.
- SEABRA FAGUNDES, M. — *Dos recursos ordinários em matéria civil*, Rio de Janeiro, 1946.  
— *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1957.  
— *O Poder Judiciário na Constituição de 1967*, in *Rev. de Dir. da Procuradoria Geral*, vol. 16.
- SEGNÍ, Antonio — *La Cassazione Civile ed un libro recente*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Turim, 1965.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de — *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1959.
- SILVA, José Afonso da — *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, S. Paulo, 1963.
- SILVA PACHECO, José da — *Curso teórico e prático do processo civil*, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1962.  
— verbete *Deserção*, in *Rep. Encicl. do Dir. Bras.*, vol. 15.
- SIMAS, Hugo — *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, 2.<sup>a</sup> ed., 1962.
- SOUSA PINTO, José Maria Frederico de — *Primeiras linhas sobre o processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1850.
- TORRENTE, Andrea — *Spunti per uno studio sull'inesistenza e sulla nullità della sentenza*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. II, Milão, 1951.
- TUOZZI, Pasquale — *L'autorità della cosa giudicata nel civile e nel penale*, Milão — Roma — Nápoles, 1900.
- VANNINI, Ottorino — *Manuale di Diritto Processuale Penale italiano*, 4.<sup>a</sup> ed., Milão, 1950.
- VILLANI, Mario — verbete *Appello (diritto processuale civile)*, in *Encicl. del Diritto*, vol. II.
- WACH, Adolf — *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil alemana*, trad. de Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, 1958.
- WALD, Arnoldo — *Direito Civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1962.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio — *Delle impugnazioni in generale*, in *Rev. di Dir. Proc. Civ.*, vol. XVIII, 1941, parte I.  
— *Diritto Processuale Civile*, vol. II, 5.<sup>a</sup> ed., Milão, 1962.

## LEI PENAL EM BRANCO E RETROATIVIDADE BENÉFICA (\*)

AUGUSTO FREDERICO GAFFRÉE THOMPSON

Procurador do Estado da Guanabara

1. Norma Penal em Branco — Conceito. — 2. Norma Jurídica — Norma Penal — Lei Formal e Lei Material — Divisão de Podêres — Delegação de Podêres e Habilitação de Autoridade — Arts. 55 e 58 da Constituição de 1967. — 3. Classificação das Normas Penais — Normas Específicas e Gerais — Inadmissibilidade das Normas Imperfeitas — Subdivisões — Quadro da Classificação Adotada. — 4. Exigência de que o Preceito contenha uma Definição Precisa. — 5. A Identificação das Normas em Branco, por BINDING — Crítica a algumas Definições de Norma em Branco. — 6. A Completa Integração do Preceito da Lei em Branco, para todos os Efeitos. — 7. Fixação do Elemento Distintivo da Norma Fragmentária de Completação Homogênea relativamente à Norma Penal em Branco. — 8. O Poder Integrativo Extra-Penal não é Privativo da União Federal. — 9. Atos Administrativos Normativos — Controle Jurisdicional — Peculiaridades das Normas que, concomitantemente, estão no Campo Penal e no Campo Administrativo. — 10. O Instituto da Retroatividade Benéfica: no Código Penal, na Constituição de 1946 e na Constituição de 1967. — 11. O Problema da Aplicabilidade do Art. 2.<sup>o</sup> do Código Penal quando ocorre Revogação da Norma Ex-

(\*) Tese de concurso à docência livre de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.