

repetitivos ou incidente de assunção de competência), não faria sentido que se impusesse o aguardo à publicação do julgado, que pode ocorrer longo tempo depois da prolação da decisão na reclamação, para só então impor-se seu cumprimento.

## TÍTULO II DOS RECURSOS

### CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

**ART. 994.** São cabíveis os seguintes recursos:

- I – apelação;
- II – agravo de instrumento;
- III – agravo interno;
- IV – embargos de declaração;
- V – recurso ordinário;
- VI – recurso especial;
- VII – recurso extraordinário;
- VIII – agravo em recurso especial ou extraordinário;
- IX – embargos de divergência.

*Correspondência no CPC de 1973: art. 496*

**Eduardo Talamini • Felipe Scripes Wlodeck**

#### 1. O recurso no quadro dos meios de controle das decisões judiciais<sup>348</sup>

No Estado de Direito, vigora a diretriz de que as decisões judiciais comportam algum tipo de controle ou revisão. As condições e limites desse controle variam de um ordenamento para outro e mesmo dentro de cada sistema processual, conforme a natureza e objeto da decisão, sua finalidade, o órgão que a proferiu, entre outros fatores. Mas não se amolda à ideia de um processo equânime, justo, razoável, um sistema que sempre atribua, em todo e qualquer caso, o foro de definitividade à primeira e única decisão proferida.

Por outro lado, não se concebe que esse controle seja feito por um poder estatal externo aos órgãos jurisdicionais. Vale dizer, uma decisão jurisdicional será revista, se e quando isso for possível, apenas por um órgão também jurisdicional. É a chamada “reserva de sentença”<sup>349</sup>.

<sup>348</sup> Este tópico e os seguintes, de comentários ao art. 994, em parte tomam por base o anteriormente exposto por Eduardo Talamini em *Curso avançado de processo civil* (em coop. L. R. Wambier), v. 2, cap. 23.

<sup>349</sup> Aldo Sandulli, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, p. 214-215. No mesmo sentido: Chiara Besso, *La sentenza civile inesistente*, cap. 5, n. 11, p. 383.

Como dito, a forma e a extensão desse controle ou revisão variam, de um sistema para outro e mesmo dentro de um único ordenamento jurídico (há hipóteses em que ele é inadmissível ou limitado; há casos em que ele ocorre de ofício e outros em que depende de provocação de um interessado; por vezes ele se faz no mesmo processo em que a decisão foi proferida, outras vezes, não etc.). Mas a possibilidade de sua ocorrência, em algum grau, é fator constante nos ordenamentos democráticos. Trata-se de reconhecer que o agente jurisdicional, como todas as outras pessoas, também pode falhar. Busca-se, então, um ponto de equilíbrio entre a segurança jurídica (que seria gravemente afetada se todas as decisões pudessem sempre e a todo tempo ser revistas) e a justiça das decisões (meta ideal que está mais próxima de ser atingida na medida em que exista um sistema de controle razoável e eficiente).

Assim, por um lado, há meios de controle das decisões que são instaurados de ofício, por força de determinação legal. É o caso da remessa necessária (CPC, art. 496). É também o que se passa quando o relator de uma ação ou recurso no tribunal profere monocraticamente uma decisão e, de ofício, submete-a ao exame do colegiado competente para o julgamento final da medida (v., p. ex., Lei n. 9.882/99, art. 5º, § 1º). É ainda o que se dá relativamente aos erros materiais contidos nas decisões, que devem ser corrigidos, mesmo de ofício, seja pelo órgão jurisdicional que prolatou a decisão, seja por outro perante o qual a decisão venha depois a ser relevante (CPC, art. 494, I).

Por outro lado, há meios de controle das decisões que são instaurados a partir de uma provocação do interessado. Originam-se de um ato *voluntário* da parte ou de terceiro. Esses atos podem ser chamados de meios de *impugnação* das decisões judiciais.

Os meios de impugnação subdividem-se entre aqueles que dão origem a um processo novo e aqueles que ocorrem dentro do próprio processo em que a decisão é proferida.

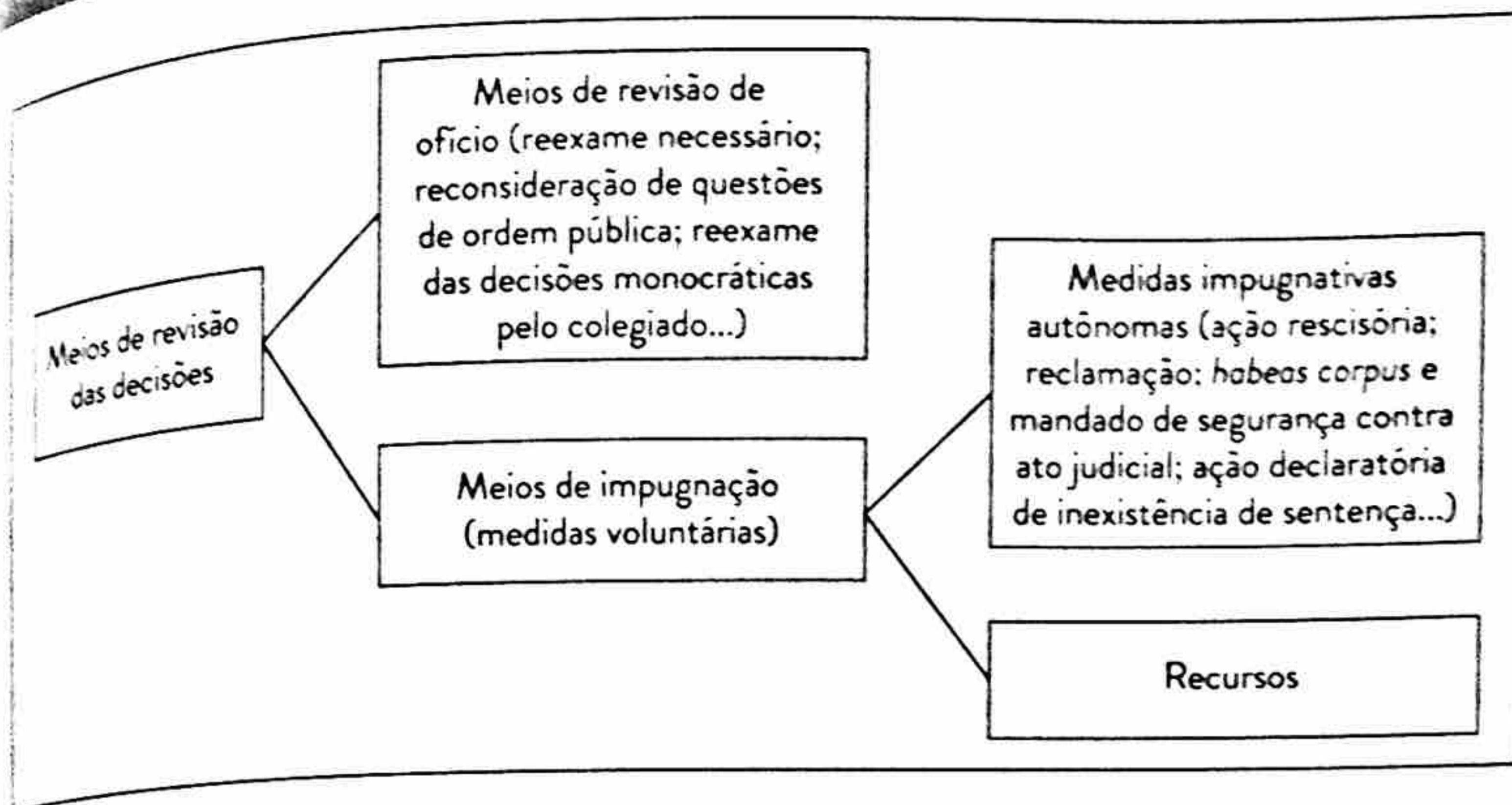
Os primeiros são as chamadas medidas (ou ações) impugnativas autônomas. Consistem em nova demanda de tutela jurisdicional, cujo objeto é a revisão de conteúdo e (ou) a desconstituição de decisão proferida em outro processo. No direito brasileiro, são exemplos dessas espécies a ação rescisória (CPC, arts. 966 e s.), a ação anulatória (CPC, art. 966, § 4º), a ação declaratória de inexistência jurídica (*actio* ou *querela nullitatis*)<sup>350</sup>, a impugnação ao cumprimento de sentença (nas hipóteses do art. 525, § 1º, I, e § 12, e do art. 535, I, e § 5º, CPC), a reclamação (CPC, arts. 988 e s.), o *habeas corpus* (CF, art. 5º, LXVIII; CPP, arts. 647 e s.) e o mandado de segurança (CF, art. 5º, LIX, e Lei n. 12.016/2009, art. 5º, II e III, *a contrario sensu*) — todos eles em casos excepcionais.

Já os meios impugnativos das decisões que se realizam dentro do próprio processo em que a decisão foi proferida são, na terminologia adotada pelo direito positivo brasileiro, os *recursos*<sup>351</sup>.

Em síntese, tem-se o seguinte quadro:

<sup>350</sup> Sobre o tema, cf. Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, cap. 5.

<sup>351</sup> Para as origens históricas do desdobramento dos meios de impugnação em duas vias, uma interna e outra externa ao processo, ver Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, cap. 4 — e as referências lá contidas.



## 2. O conceito de recurso

Recurso é uma categoria jurídico-positiva. Não é uma categoria lógico-jurídica e muito menos um dado da natureza. As noções de controle (revisão) e de impugnação das decisões, em si, são lógico-jurídicas. Mas o modo como se fará o controle e se exercerão as impugnações é estipulado pelo direito positivo. O ordenamento posto delinea os meios de impugnação das decisões judiciais, confere-lhes regimes jurídicos próprios e define sua terminologia.

A lei brasileira, ao delinear a categoria do recurso, definiu-o como meio de revisão (em sentido amplo) *interno* ao processo em que a decisão impugnada foi proferida e de emprego *voluntário*<sup>552</sup>. Esses traços são extraíveis ou estão pressupostos em todas as normas da disciplina recursal civil. Estão claramente presentes em todas as espécies de recurso previstas no art. 994 do CPC/2015.

Desse conceito — que, reitere-se, toma em conta as características imputadas pelo legislador brasileiro ao conjunto de mecanismos que ele denominou recursos — destacam-se os seguintes aspectos.

O recurso é sempre resultado de manifestação voluntária de um jurisdicionado (uma das partes, um terceiro, o Ministério Público...). Nesse sentido, pode ser considerado como uma extensão do exercício do próprio direito de ação ou de defesa. Lembre-se que tais direitos têm conteúdo analítico. Não se exaurem na simples propositura da ação ou formulação da defesa. Desdobram-se por todo o processo. O recurso é um desses possíveis desdobramentos.

A interposição de recurso constitui, nos limites legalmente previstos, uma faculdade, um direito da parte. O tema é retomado adiante. Mas, além disso, como em regra se dá com as faculdades processuais das partes (propor a ação, contestar, recorrer...), a interposição do recurso constitui também um ônus para a parte. Trata-se de uma conduta que cabe à parte adotar se ela pretende tentar obter no processo uma situação que lhe seja mais favorável ou

<sup>552</sup> Assim, e a rigor, quem se insurge contra o célebre conceito de recurso cunhado por Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, p. 233) que permanece válido sob a égide do CPC/2015, na verdade, está se insurgindo contra a opção feita pelo legislador, ao delimitar a categoria recursal.

evitar uma situação desfavorável. Com o ônus a parte está “obrigada consigo mesma”, na célebre expressão de Carnelutti<sup>353</sup>: se quer impedir que decisão que lhe é desfavorável se estabeleça (“transite em julgado”), cabe-lhe dela recorrer, para tentar obter sua invalidação ou mudança.

O ato de recorrer constitui modalidade de ato processual postulatório. Trata-se de manifestação de vontade dirigida ao órgão julgador, pela qual se almeja determinado resultado.

O recurso é sempre ato interno ao processo. Só se interpõem recursos de decisões proferidas em processos em curso. Como indicado, no direito brasileiro as medidas impugnativas autônomas não são qualificadas como recursos (diferentemente do que se passa em outros ordenamentos)<sup>354</sup>.

O recurso tem por escopo a revisão da decisão recorrida — o que abrange sua reforma (mudança de seu conteúdo), cassação (invalidação, para que outra venha a ser posteriormente proferida em seu lugar), complemento (integração) de omissões, esclarecimento de contradições e obscuridades ou a correção de erros materiais.

### 3. Hipóteses controvertidas quanto à natureza recursal

Mas o conceito de recurso e o seu alcance estão longe de ser temas pacíficos no processo civil brasileiro. Há mecanismos cuja natureza recursal tem sido objeto de embates. Conviém examinar tais disputas, ainda que brevemente, inclusive para o fim de pôr em prova e reforçar o conceito acima apresentado.

(a) O caso mais controvertido é o do reexame necessário (art. 496 do CPC). A doutrina majoritária reputa que a remessa necessária não é um recurso<sup>355</sup>. Mas há autorizadas vozes divergentes. Assim, para Araken de Assis “revela-se vã a tentativa de dissociá-lo [o instituto do reexame obrigatório], tratando-o como parente rejeitado, dos laços de sangue com a família dos remédios impugnativos às resoluções judiciais. A rejeição ao instituto secular mas prejudica seu emprego quotidiano do que lhe auxilia e facilita a compreensão”<sup>356</sup>. Para Araken “na pior das hipóteses, com efeito, a remessa necessária constitui sucedâneo recursal”<sup>357</sup>. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já afirmou a natureza não recursal do instituto<sup>358</sup>.

<sup>353</sup> *Sistema di diritto processuale civile*, v. 1, n. 21, p. 55; *Teoria geral do direito*, § 92, p. 289.

<sup>354</sup> P. ex., na Itália, França, Espanha, Alemanha e Portugal, os recursos são qualificados como “ordinários” na medida em que interponíveis dentro do processo, e “extraordinários”, quando seu momento de propositura é posterior ao término do processo em que se proferiu a decisão impugnada. O tema é retomado adiante, ao se tratar do emprego desses mesmos dois termos para classificar os recursos no direito brasileiro.

<sup>355</sup> Ver, entre outros: Teresa A. Alvim, M. Lúcia Conceição, L. Ferres Ribeiro e R. Licastro Mello, *Princípios e comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 808; Marinoni, Arenhart e Mitidiero, *Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 501; Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1172; Paulo Osternack Amaral, *A remessa necessária no novo CPC*, p. 227.

<sup>356</sup> *Processo civil brasileiro*, v. 3, p. 1.333. É bastante conhecida, ainda, a posição de Pontes de Miranda defendendo ser o reexame um verdadeiro “recurso de ofício” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, p. 215 e s.). Recentemente, Didier Jr. e Leonardo da Cunha alteraram sua concepção, para afirmar a natureza recursal da remessa necessária (*Curso de direito processual civil*, v. 3, p. 401-404).

<sup>357</sup> *Processo civil brasileiro*, v. 3, p. 1328.

<sup>358</sup> “A remessa necessária, expressão do poder inquisitivo que ainda ecoa no ordenamento jurídico brasileiro porque de recurso não se trata objetivamente, mas de condição de eficácia da sentença, como se deveu”.

A natureza recursal deve mesmo ser descartada. Falta ao reexame necessário o atributo da voluntariedade na sua interposição — aspecto essencial à caracterização de um recurso em nosso direito positivo. Reitere-se que nem todo meio de revisão de decisão judicial é recurso, no sistema brasileiro. Há mecanismos voluntários e mecanismos não voluntários, e o reexame nem sequer é o único exemplo desse segundo caso, como antes se viu.

A remessa é, então, usualmente compreendida como condição legal de eficácia definitiva da sentença, uma vez que essa somente transitará em julgado após a reapreciação da decisão pelo tribunal hierarquicamente superior ao qual está vinculado o juiz da demanda<sup>359</sup>. A inobservância da remessa necessária impede o trânsito em julgado. Esse entendimento está explicitado no enunciado da Súmula do STF n. 423 (editado ainda na vigência do CPC/39), que estabelece que “não transita em julgado a sentença que houver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*”.

É bem verdade que essa qualificação, por si só, talvez também seja insuficiente para identificar o reexame necessário. Descreve seu efeito no processo, mas não sua função. Por isso, é importante ressaltar o papel da remessa obrigatória como meio de revisão de decisões judiciais. Não é preciso, para isso, qualificá-la como um “sucedâneo recursal” — viés que demonstra uma desnecessária preocupação em colocar o recurso no centro do sistema de revisão de decisões, quando ele é apenas uma de suas categorias. Enfim, tal como no caso dos recursos — e de qualquer outro meio de revisão de decisões judiciais —, a função da remessa necessária é a de tentar assegurar um maior controle da qualidade da decisão proferida. Mas o mecanismo empregado para tanto não é um instrumento de manejo voluntário — como o é o recurso —, e sim a estipulação, pela própria lei, de uma condição para que a sentença possa transitar em julgado. Em suma, merece ser enquadrado entre os instrumentos de revisão das decisões judiciais. Mas não é propriamente um meio de impugnação das decisões e tampouco um recurso.

A relevância prática dessa constatação reside na impossibilidade de pura e simples aplicação generalizada das regras gerais sobre recursos ao reexame necessário (p. ex., toda a disciplina dos pressupostos de admissibilidade recursal é estranha ao reexame necessário). A incidência subsidiária dá-se apenas nos estritos limites em que as normas sobre recursos veiculam diretrizes aplicáveis à generalidade dos meios internos de revisão de decisões judiciais<sup>360</sup>.

Exemplo disso tem-se na vedação da *reformatio in peius* na remessa necessária (STJ, Súmula 45). Isso ocorre não porque o reexame seja um recurso, mas porque apenas se remete de ofício ao tribunal aquela parcela de comandos decisórios em relação aos quais a Fazenda Pública foi derrotada (e não recorreu). Basta considerar que, quando a Fazenda é vitoriosa, nem há remessa necessária. Logo, o tribunal não tem como rever a parte da decisão que foi

da Súmula 423 do STF e ficou claro a partir da alteração do art. 475 do CPC pela Lei n. 10.352/2001, é instituto que visa a proteger o interesse público” (STJ, 1ª S., REsp 959.338, v. u., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 29.2.2012, DJe 8.3.2012).

<sup>359</sup> Ver, p. ex., STJ, REsp 959.338, citado acima.

<sup>360</sup> Sobre o tema, remete-se ao que já expôs um dos autores dos presentes comentários (Eduardo Talamini, *Remessa necessária (reexame necessário)*, passim).

favorável à Fazenda, pois, tanto quanto ocorre no recurso, tal parcela decisória não está atendida pelo efeito devolutivo do reexame. É por isso — e não por ser um recurso — que lhe cabe *reformatio in peius* no reexame necessário<sup>361</sup>.

(b) Há também alguma disputa relativamente à natureza recursal dos embargos declaratórios. A expressa previsão dessa medida no rol dos recursos — feita já pelo diploma anterior (art. 496 do CPC/73) e ora reiterada no art. 994 — não foi suficiente para fazer cessa a polêmica. Na reforma processual de 1994 buscou-se consolidar a orientação da natureza recursal dos embargos de declaração, ao eliminar-se a duplicidade de disciplina do tema — uma inserida no título dedicado aos recursos (arts. 535 a 538 do CPC/73), outra no capítulo relativo à sentença e à coisa julgada, na seção atinente aos requisitos e efeitos da sentença (arts. 464 e 465 do CPC/73, revogados pela Lei n. 8.950/94). Mas isso não foi suficiente para eliminar todos os embates classificatórios e muito menos para dissipar as dúvidas sobre a perfeita inserção dos embargos no regime jurídico recursal.

As dúvidas quanto a considerar os embargos declaratórios propriamente recurso fundamentado — se em sua finalidade não impugnativa em sentido estrito, mas de mero esclarecimento e complemento da decisão<sup>362</sup>. Nesse sentido, há quem defenda que os embargos só assumem papel recursal quando produzem efeitos propriamente infringentes do julgado<sup>363</sup>. Todavia, a omissão, a obscuridade, a contradição e o erro material — aspectos que os embargos declaratórios visam a combater — são defeitos da decisão, que podem acarretar a sua nulidade ou mesmo inexistência (pense-se na hipótese de omissão de *decisum* de uma das demandas cumiadas). Logo, a interposição dos embargos constitui, sim, exercício de uma impugnação: aponta-se um defeito e busca-se seu conserto. Há controle, há revisão (*lato sensu*) do pronunciamento, dentro do processo em que ele foi proferido (de modo a impedir o trânsito em julgado da decisão embargada) e por força de manifestação voluntária de um sujeito parte do processo. É o que basta para reconhecer-lhe a natureza de recurso.

Tampouco afeta sua essência recursal a circunstância de os embargos de declaração serem julgados pelo próprio órgão que prolatou a decisão embargada. A transferência de competência para órgão distinto não é traço indispensável dos recursos, como se vê adiante.

Há peculiaridades na incidência dos princípios gerais dos recursos aos embargos declaratórios. Mas isso não deriva de ausência de natureza recursal — e sim da finalidade peculiar dessa espécie de recurso<sup>364</sup>.

(c) O outro mecanismo que rende disputas quanto a seu enquadramento entre os recursos é o agravo interno.

É da essência constitucional dos tribunais, no direito brasileiro, o seu caráter colegiado. Está implícita na estruturação constitucional do Poder Judiciário a pluralidade na composição

<sup>361</sup> Sobre o tema, ver Eduardo Talamini, *Remessa necessária (reexame necessário)*, n. 6.

<sup>362</sup> Ver, por exemplo, as lições de Egas Moniz de Aragão, *Sentença e coisa julgada*, p. 148-149; e "Embargos de declaração", em *RT*, v. 633, n. 2.1 e 2.2, p. 11-12; e de Cândido Dinamarco (*Nova era do processo civil*, t. 70, p. 141, nota 43, n. 84, p. 159-161, e n. 97, p. 187-189).

<sup>363</sup> Assim, Egas Moniz de Aragão, *Embargos de declaração*, n. 2.3, p. 12.

<sup>364</sup> Quanto a esse modo de enfoque, ver Eduardo Talamini, *Embargos de declaração: efeitos*, *passim*.

dos tribunais locais e federais, de modo que as decisões neles proferidas sejam precipuamente fruto de deliberação conjunta — em contraposição às decisões isoladamente adotadas pelos juizes singulares (de “primeiro grau”). Isso não impede que, por razões de economia processual e de efetividade da tutela, a lei delegue a integrantes dos tribunais (o relator, o presidente ou vice do tribunal ou de órgão dele etc.) poderes para individualmente proferir decisões. Mas nesses casos o membro do tribunal age por delegação do órgão colegiado ao qual, em princípio e a princípio, competiria a decisão.

Por isso, e em contrapartida, deve haver mecanismos que permitam a conferência, por parte do órgão colegiado, do correto desempenho da atividade delegada. Precisam existir meios de submeter as decisões monocráticas ao órgão colegiado; modos de verificar se o membro da corte que agiu isoladamente correspondeu, na prática do ato que lhe foi delegado, aos designios do colegiado<sup>365</sup>. Assim, no âmbito dos tribunais, reconhece-se a possibilidade de o prolator da decisão monocrática submetê-la, mesmo de ofício, ao colegiado competente, a fim de que esse verifique se foi correto o exercício da função delegada<sup>366</sup>.

Isso levou autorizada doutrina a reputar que o agravo interno (ou “agravo regimental”, “agravo inominado” ou “agravinho”, antes do atual CPC) não constituiria propriamente um recurso, mas simples mecanismo para provocar a conferência, pelo colegiado, da atuação delegada ao seu integrante<sup>367</sup>.

A afirmação estava longe de ser meramente teórica. Era rica em consequências práticas. De tal premissa extraía-se que o cabimento do agravo interno independeria de expressa previsão na lei ou no regimento. Era decorrência direta de um atributo constitucional dos tribunais brasileiros: sua composição e forma de atuação necessariamente colegiadas. Fundado nessa premissa, o STF declarou inconstitucional norma do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Goiás que estabelecia como irrecorríveis determinadas decisões proferidas isoladamente por seus integrantes — a despeito de então não existir nenhuma norma de lei que previsse generalizadamente o cabimento de agravo interno naquelas hipóteses<sup>368</sup>. Foi também com base nessa tese que o Supremo Tribunal negou ser inconstitucional norma do regimento interno de um tribunal que explicitava o cabimento de um “agravo regimental” não expressamente previsto em lei. Reconheceu-se ser o agravo interno “um meio de se promover a integração da vontade do colegiado que o relator representa”<sup>369</sup>.

<sup>365</sup> Nesse exato sentido, confirmam-se as lições — hoje clássicas — de Egas Moniz de Aragão (*Do agravo regimental*, p. 130 e s.) e Seabra Fagundes (*Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 372).

<sup>366</sup> Bastante emblemáticas nesse sentido são as regras que, no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, disciplinam o poder de o relator conceder liminarmente medida cautelar. No inciso VI do art. 34 e no § 2º do art. 288, está estabelecido que tal poder se exerce “*ad referendum*” do órgão julgador competente. O dispositivo é interpretado no sentido de que o relator tanto deve, quando reputar necessário, submeter de ofício sua decisão ao colegiado, quanto pode ser provocado a fazê-lo mediante “agravo interno”, também dito “regimental” ou “agravinho” (STJ, 5ª T., AgRg na MC 1.048, v. u., Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, j. 11.11.1997, DJU 15.12.1997).

<sup>367</sup> Egas Moniz de Aragão, *Do agravo regimental*, passim.

<sup>368</sup> Pleno, Rp 1.299, v. u., Rel. Min. Celio Borja, j. 21.8.1986, DJ 14.11.1986, RTJ 119/980. Tal posicionamento está expresso ainda em outros julgados do Supremo: RTJ 83/240 e 121/373.

<sup>369</sup> 1ª T., Al 247.591 AgR, v. u., Rel. Min. Moreira Alves, j. 14.3.2000, DJ 23.2.2001, em *Informativo do STF* n. 181.

Reconhece-se o acerto dessa formulação e suas decorrências — notadamente a impossibilidade de se suprimir o controle da atuação isolada dos integrantes dos tribunais<sup>370</sup>. O agravo interno agora é previsto expressamente no Código, com âmbito de cabimento bastante amplo e genérico (qualquer decisão de relator — art. 1.021). Mas, para as situações alheias a essa regra e a outras específicas (como a do art. 39 da Lei n. 8.038/90), permanece válido o entendimento da impossibilidade de suprimir-se o controle da delegação.

Contudo, o reconhecimento da possibilidade e necessidade do controle até mesmo *ex officio* não autoriza negar a natureza recursal do agravo interno quando ele é legalmente previsto. A coexistência do controle de ofício não retira a essência recursal do meio voluntário de impugnação interno ao processo. Por exemplo, nos casos de remessa necessária (art. 496 do CPC), cabe também apelação — a qual, nem por isso, terá sua natureza de recurso afastada nessa hipótese. Igualmente, a decisão interlocutória passível de agravo de instrumento pode ter por objeto questão de ordem pública que pode ser revista pelo órgão prolator, independentemente de recurso (p. ex., na hipótese do art. 354, parágrafo único, do CPC) — sem que o agravo de instrumento deixe de constituir recurso nessa hipótese.

#### 4. Recursos, duplo grau de jurisdição e duplo exame

Nem todo recurso implica transferência de matéria cognitiva para outro grau de jurisdição. Por vezes, o deslocamento dá-se para outro órgão no mesmo grau (agravo interno, embargos de divergência...). Nesses casos, o recurso implica duplo *exame* (por órgãos distintos), mas não *duplo grau* (de jurisdição). Aliás, há hipóteses em que nem há duplo exame. São casos em que o recurso deve ser julgado apenas pelo próprio órgão prolator da decisão recorrida (embargos declaratórios, embargos infringentes em execução fiscal de pequeno valor e seus respectivos embargos — art. 34 da Lei n. 6.830/80 etc.). Além disso, há casos em que, embora o recurso até seja julgado por outro órgão ou mesmo outro grau, nem todas as questões poderão ser ali rediscutidas — não se configurando integralmente um duplo grau ou duplo exame no sentido de possibilidade de revisão integral daquilo que foi objeto de julgamento pelo pronunciamento recorrido (v. g., é o que se passa com o recurso especial e extraordinário, que não comportam o reexame dos fatos, mas apenas, respectivamente, da correta aplicação das normas federais infraconstitucionais e das normas constitucionais).

Por todas essas razões, não é da essência do recurso propiciar o duplo grau ou mesmo o duplo exame. Mas há, de todo modo, estreita relação entre os temas. Afinal, ainda que nem sempre sendo assim, o modelo mais comum de recurso, retratado, por exemplo, na figura da apelação, é o que transfere o reexame integral da decisão recorrida para um grau de jurisdição superior. Nos sistemas processuais resultantes da fusão de influências dos direitos romano-canônico e bárbaro, como o nosso, a origem histórica do recurso está diretamente relaciona-

<sup>370</sup> Um dos autores dos presentes comentários já se pronunciou mais amplamente sobre o tema em diversas ocasiões (Eduardo Talamini, *Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle (agravo interno)*, passim; *Recorribilidade das decisões sobre tutela de urgência: a suposta "discricionariedade"*; efeito suspensivo e "ativo"; recorribilidade das decisões do relator; antecipação de tutela e a apelação contra a sentença final, n. 4; *A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo*, n. 3, p. 136; *Curso avançado de processo civil* (em coop. L. R. Wambier), v. 2, n. 26.1, p. 559-560).



da com a transferência do conhecimento da causa para um grau de jurisdição superior. A *appellatio* estabelece-se precisamente no período romano da *extraordinaria cognitio*. Na medida em que o julgamento passa a ser feito por um agente estatal, um representante do imperador, passa-se a admitir recurso contra a sentença: o derrotado então *apelava* ao imperador ou àqueles que lhe faziam as vezes.

Quando o recurso implica duplo grau ou duplo exame, denomina-se órgão *a quo* aquele que prolatou a decisão recorrida e órgão *ad quem* aquele a quem compete o recurso.

## 5. Garantia do duplo exame?

É constante, na doutrina e entre os profissionais do direito, a discussão sobre a conveniência do duplo grau (ou, ao menos, de duplo exame, por órgãos distintos). Entre os argumentos favoráveis, põem-se comumente os seguintes: a revisão colegiada, normalmente propiciada pelos tribunais, poderia corrigir falhas de uma decisão monocraticamente proferida; os julgadores do segundo grau supostamente seriam mais experientes; a mera perspectiva do controle por um grau de jurisdição superior tenderia a incentivar uma melhor qualidade na atuação do primeiro grau; fatores psicológicos e sociopolíticos contribuiriam para que a parte aceitasse melhor e cumprisse mais facilmente uma decisão desfavorável emitida em um processo que passou por mais de uma instância do que o faria em relação a pronunciamento produzido em um único órgão. Entre os argumentos contrários, destacam-se os de que: o amplo emprego do duplo grau diminuiria ou mesmo eliminaria a oralidade (ao suprimir a imediação e a concentração dos atos processuais); a submissão da causa (e de várias questões dentro da causa) a mais de uma instância implicaria muitas vezes a dilação indevida do processo, descumprindo a garantia da sua duração razoável; nada garantiria que a decisão do grau de jurisdição superior vem a ser melhor, mais correta, do que a primeira proferida<sup>371</sup>.

Mas ainda prevalece a noção de que, em regra, é mais razoável franquear-se aos jurisdicionados o duplo grau, ainda que — como reconhecem muitos de seus próprios defensores — não se possa demonstrar de um modo objetivo, preciso, a superioridade de tal sistema<sup>372</sup>. Eis por que o ordenamento processual civil brasileiro consagra amplamente o duplo grau de jurisdição.

Isso conduz a uma segunda investigação. O duplo grau de jurisdição (ou ao menos o duplo exame, por órgãos distintos) seria uma garantia constitucional? Vale dizer: sua adoção é impositiva, sob pena de afronta à Constituição ou trata-se de matéria a ser definida pelo legislador infraconstitucional?

<sup>371</sup> Sobre as vantagens e desvantagens do duplo grau de jurisdição, genericamente, ver Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, p. 237-238; Calmon de Passos, *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*, p. 135; Araújo Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 80-81; Nelson Nery Jr., *Teoria geral dos recursos*, p. 59-60; Oreste Laspro, *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, p. 99-117; Sandro Kozikoski, *Sistema recursal no CPC/2015*, p. 54-58; Ana Marcato, *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil*, p. 41-51; Djanira Radamés de Sá, *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*, p. 67-80 e 94-99; Fernando G. Jayme e Marina França Santos, *A superação do duplo grau de jurisdição como princípio*, p. 148-155; Marina F. Santos, *A garantia constitucional do duplo grau de jurisdição*, p. 67-80 e 109-133.

<sup>372</sup> Barbosa Moreira alude à impossibilidade de uma demonstração "geométrica" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, p. 238).

Autorizada parcela da doutrina afirma que a garantia do duplo grau de jurisdição seria um princípio constitucional “implícito”. Ainda que não consagrado expressamente em nenhuma das disposições constitucionais, o duplo grau seria uma decorrência necessária do acesso à justiça, do devido processo legal e do contraditório<sup>373</sup>.

Mas essa concepção é criticada por outra parte da doutrina<sup>374</sup>. E não é a adotada pelo STF, que, afinal, detém a última palavra sobre a interpretação e aplicação do texto constitucional. O STF, em reiteradas decisões, tem afirmado que o duplo grau não é um princípio constitucional implícito, pois há na Constituição diversas regras explícitas que afastam a ocorrência de duplo grau (p. ex., nas ações de competência originária dos tribunais, em que apenas em alguns casos específicos cabe o recurso ordinário para um tribunal superior). Um princípio explícito até poderia ser pontualmente excepcionado por regras constitucionais explícitas. Mas, para que se possa dizer que existe um princípio implícito, é preciso que, embora ele não seja expressamente previsto, possa ser harmonicamente extraído do conjunto de disposições constitucionais existentes. Uma previsão explícita no sentido contrário — afirma o STF — evidencia a inexistência de um princípio implícito<sup>375</sup>. É o que ocorre quanto ao duplo grau.

Também não parece proceder o argumento de que o duplo grau generalizado impor-se-ia pura e simplesmente como mecanismo de asseguaração das demais garantias processuais. Para isso, já existe o recurso extraordinário, cabível contra decisões de única ou última instância, mesmo de primeiro grau, que envolvam questões constitucionais. Em outros termos, para um duplo grau com essa função já bastaria o recurso extraordinário. De resto, há também a garantia constitucional do mandado de segurança — cabível inclusive contra atos jurisdicionais, máxime quando irrecorríveis.

No âmbito *processual penal*, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José) assegura ao acusado “o direito de recorrer da sentença, para juiz ou tribunal superior” (art. 8º, § 2º, letra *h*). Essa regra está incorporada à ordem jurídica brasileira, com especial *status*, equivalente ao das normas constitucionais (conforme o art. 5º, § 2º, da CF)<sup>376</sup>. Ainda

<sup>373</sup> Alcides de Mendonça Lima, *Introdução aos recursos cíveis*, p. 141-143; Cintra, Grinover e Dinamarco, *Tecnica geral do processo*, p. 80-81; Ada Grinover, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, p. 137 e s.; Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 242-243; Egas Moniz de Aragão, *Demasiados recursos?*, p. 16 e s.; José Afonso da Silva, *Do recurso adesivo no processo civil brasileiro*, p. 138; Calmon de Passos, *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*, p. 134 e s.; Frederico Marques, *Instituições de direito processual*, v. IV, p. 4-5.

<sup>374</sup> Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, p. 240; Oreste Laspro, *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, p. 94, 172 e 177-178.

<sup>375</sup> 1ª T., RE 356.287, v. u., Rel. Min. Moreira Alves, j. 19.11.2002, DJ 7.2.2003; 2ª T., RHC 80.919, v. u., Rel. Min. Nelson Jobim, j. 12.6.2001, DJ 14.9.2001; 1ª T., AI 248.761 AgR, v. u., Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 11.4.2000, DJ 23.6.2000; Pleno, RHC 79.785, v. m., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.3.2000, DJ 22.11.2002; 1ª T., RE 201.297, v. u., Rel. Min. Moreira Alves, j. 1º.10.1996, DJ 5.9.1997; 1ª Turma, HC 71.124, v. u., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 28.6.1994, DJ 23.9.1994.

<sup>376</sup> Ver as considerações de um dos autores dos presentes comentários a respeito da incorporação à ordem constitucional brasileira dos tratados sobre direitos fundamentais, antes da EC 45/2004 (Eduardo Talamini, *Dignidade humana, soberania popular e pena de morte*, p. 180-181; *Prisão civil e penal e “execução indireta” a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal*, p. 150-153). A Emenda Constitucional n. 45/2004 estabeleceu um sistema especial de inclusão dos atos internacionais sobre direitos humanos na ordem constitucional brasileira (§ 3º do art. 5º da CF: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos

que sem lhe conferir o *status* de constitucional, o STF passou a reconhecer que tal norma assegura aos acusados penais o duplo grau de jurisdição ou ao menos o duplo exame, sempre que possível. Dela, o STF extraiu, por exemplo, a ilegitimidade do antigo art. 594 do CPP, que impunha o recolhimento compulsório do acusado como condição para o conhecimento da apelação contra a condenação criminal<sup>177</sup>. Mas o STF sempre viu um limite à incidência daquela norma da Convenção, mesmo no processo penal, quando a viabilização do duplo exame implicasse a atribuição de uma nova competência recursal a tribunal superior, não prevista na Constituição<sup>178</sup>. O Supremo Tribunal considera a norma da Convenção também inaplicável, mesmo ao processo penal, se a ação já é de competência originária do Plenário do STF, hipótese em que haveria um limite lógico à incidência do duplo grau<sup>179</sup>.

Contudo, não há no Pacto de São José semelhante regra para o *processo civil*. O seu art. 25 alude ao direito a um "recurso simples e rápido" ou "efetivo" aos juizes e tribunais, na esfera civil. Mas "recurso", nessa disposição, foi termo adotado no sentido genérico de ação, medida, remédio, enfim, de acesso à justiça — conforme reconhece tanto a doutrina brasileira quanto a internacional.

### 6. Duplo exame e devido processo legal

Mas isso não significa negar ao duplo grau de jurisdição relevância constitucional. Apenas ela não é direta e autônoma. Está relacionada com o modelo de processo razoável, exigido pela garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais"). Mas é uma regra que se aplica a partir da vigência da emenda. Os tratados e convenções sobre direitos fundamentais aprovados antes da emenda — como é o caso do Pacto de San José — independiam desse especial requisito para ingressar na ordem constitucional brasileira.

<sup>177</sup> 1ª T., HC 88.420, v. u., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.4.2007, *DJe* 8.6.2007 — seguida pelo Min. Menezes Direito em decisão monocrática, no HC 94.854, em 1º 8.2008, *DJe* 14.8.2008, e também pela 2ª T., HC 106.243, v. u., Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 5.4.2011, *DJe* 25.4.2011.

<sup>178</sup> Ver, p. ex., o HC 79.785, há pouco citado, que também tratou do tema da Convenção Americana, e reputou que ela não teria o condão de alterar as regras constitucionais sobre competência dos tribunais.

<sup>179</sup> O STF, na Ação Penal 470 (caso "Mensalão"), admitiu embargos infringentes, após debate sobre o "duplo grau de jurisdição". Os votos dos Mins. Luiz Fux e Joaquim Barbosa, nos vários julgamentos da ação penal, são bem expressivos quanto à "não incidência" do "duplo grau de jurisdição" em casos de competência originária do Supremo. Apontaram que o tratado internacional não teria o condão de alterar as regras constitucionais de competência. Contudo, prevaleceu entendimento em sentido oposto em relação à admissibilidade dos embargos infringentes — embora dos votos vencedores não seja possível extrair uma conclusão uniforme e em sentido diverso dos votos dos Mins. Joaquim Barbosa e Luiz Fux, ou seja, de que o tratado internacional teria, sim, o condão de alterar as regras constitucionais sobre competência. A 2ª Turma do STF, recentemente, reafirmou o entendimento exposto em RHC 79.785, acima citado, no sentido de que não haveria ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição quando o Supremo Tribunal Federal julga, no exercício de competência originária, titulares de prerrogativa de foro e, ao mesmo tempo, corréus que não a detenham (STF, 2ª T., AP 560, v. u., Rel. Min. Dias Toffoli, j. 25.8.2015, *DJe* 11.9.2015). No mesmo sentido: STF, 2ª T., AI 601.832 AgR, v. u., Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.3.2009, *DJe* 3.4.2009. Em duas outras oportunidades, mais recentes, o STF afirmou, ainda, que o direito ao "duplo grau de jurisdição" não tem sequer o condão de afastar as regras relativas aos pressupostos de admissibilidade recursal dos embargos infringentes (STF, Pleno, AP 470 EI 3º AgR, v. m., Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13.2.2014, *DJe* 18.3.2014; AP 470 EI 14º AgR, v. m., Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13.2.2014, *DJe* 27.3.2014).

A exigência do *due process of law* não se satisfaz com a mera e cega aplicação das normas infraconstitucionais fixadoras do procedimento. Em outros termos, não se trata apenas da imposição de que seja seguido um procedimento previsto em lei. Se o conteúdo da garantia prevista no inciso LIV do art. 5º da CF se limitasse a isso, tratar-se-ia de norma supérflua, inócua. Seria desnecessária e despropositada a existência de regra constitucional tão somente para prever que a lei deve ser aplicada.

Também não é o caso de dizer-se que a fórmula do inciso LIV destina-se apenas a reiterar no âmbito do direito processual o princípio da legalidade — no sentido de que também no âmbito do processo os deveres, ônus e obrigações haveriam de decorrer sempre de lei. A legalidade já está consagrada expressamente no inciso II do mesmo art. 5º. Então, igualmente nessa hipótese, a expressa menção ao “devido processo legal” seria redundância, inútil repetição. Nem se diga que o mesmo se daria nos direitos penal, administrativo e tributário, em que se repete a menção à “legalidade” como especial princípio (CF, arts. 5º, XXXIX, 37, *caput*, e 150, I). Nesses ramos, a reiteração do princípio da legalidade destina-se a conferir-lhe uma especial forma de incidência, que genericamente se poderia denominar “estrita legalidade” — como tem destacado a doutrina especializada nessas áreas<sup>380</sup>.

A garantia do *due process of law* tem, portanto, um conteúdo mais significativo. Consiste na determinação de que todo e qualquer procedimento deverá ser desenvolvido não apenas com observância da lei que o previu, mas, acima de tudo, deverá *refletir os valores constitucionalmente consagrados*.

Um primeiro sentido enriquecido para a fórmula do devido processo legal obtém-se com a constatação de que ela garante não só um processo em que se retrate a mera “soma” dos demais valores constitucionais processuais, mas sim sua “conjugação”, seu “produto”; algo diverso da simples adição. Nesse passo, assumem extrema relevância os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

<sup>380</sup> Por exemplo, a exigência de legalidade no direito tributário implica a adoção de “conceitos fechados” (ou seja, que contenham a mais completa e exaustiva previsão abstrata possível) nas hipóteses de incidência das normas estabelecidas de deveres tributários. No âmbito penal, a legalidade se reflete na utilização dos “tipos” definidores das condutas ilícitas, acompanhados necessariamente da exata previsão da sanção. Os tipos, conquanto não tão exaustivos como os “conceitos fechados”, quando menos trazem precisos *standards*, nos quais haverá de se enquadrar a conduta para que se caracterize como criminoso. Sobre o tema, há a célebre obra de Misabel Derzi, *Direito tributário, direito penal e tipo*. Por fim, no direito administrativo a reiteração da legalidade destina-se a estabelecer para o administrador um regime de conduta em face da lei diferenciado daquele a que se submete o particular: para este a legalidade consiste em poder fazer tudo o que não está proibido; para aquele trata-se de só poder fazer o que está autorizado (Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 100). Ora, seria inconcebível que o processo adotasse a “estrita legalidade” em qualquer um dos três sentidos acima apontados — sob pena de serem violadas outras tantas garantias igualmente previstas na Constituição. Não que o agente jurisdicional também não se deva submeter à ordem jurídica. De uma parte, há de decidir conforme o ordenamento — e não como bem entenda. De outra, deve dar ao procedimento o rumo legalmente previsto. Mas, para tudo isso, já há previsão genérica de legalidade (CF, art. 5º, II). Caso se fosse além, ou se engessaria o procedimento (abandonando-se a instrumentalidade e a liberdade das formas) ou se limitaria a tutela às partes (banindo-se o poder geral [*rectius*: independentemente de expressa previsão legal de medida específica] de cautela; retomando-se a velha noção de que tutela processual juridicamente possível é só aquela expressamente prevista e não a que não está taxativamente vedada — e assim por diante).

O princípio da proporcionalidade é inerente à própria ordem jurídica, em que necessariamente coexistem valores igualmente relevantes em abstrato. Consiste no reconhecimento de que a dirimência do conflito entre esses valores só se pode fazer com sua ponderação no caso concreto: aquele que prevalecer haverá de sacrificar o(s) outro(s) apenas na medida estritamente necessária para a consecução das suas finalidades<sup>381</sup>. A razoabilidade afasta a legitimidade constitucional do provimento estatal (legislativo, jurisdicional, administrativo) que, conquanto formalmente reúna todos os elementos para sua validade, tenha se norteado por critérios absurdos, caprichosos, despropositados<sup>382</sup>. Está insita ao próprio Estado de Direito, que, enquanto tal, rejeita o arbítrio em prol da razão. As formulações conceituais dos dois princípios têm origens históricas diferentes: a proporcionalidade é fruto da doutrina e das decisões das cortes constitucionais alemãs; a razoabilidade é produto da jurisprudência norte-americana acerca do aspecto substancial do *due process*. Apesar disso, ambos se interligam e podem ser extraídos da cláusula constitucional do devido processo legal<sup>383</sup>.

A razoabilidade assume relevância autônoma — funcionando não apenas como mero critério de compatibilização entre os demais princípios. Nesse sentido, a previsão do devido processo legal é a garantia de um processo *razoável*, um processo que não consagre em sua estrutura e funcionamento posições ou situações absurdas, caprichosas, divorciadas dos parâmetros médios do senso comum. E tal razoabilidade há de ser alcançada pela incidência não só das garantias já previstas na Carta Constitucional como ainda de outras, que as circunstâncias exijam.

Assim, o princípio do *due process of law* impõe a configuração normativa e a realização prática de um processo *razoável* à luz dos direitos e garantias fundamentais. Não são admitidas soluções arbitrárias, desarrazoadas, ainda que aparentemente amparadas em texto legal. Devem sempre ser ponderados os valores constitucionais envolvidos, de modo a se adotar a solução que se revele a mais consentânea possível com a ordem constitucional. Tal determinação é relevante também no momento da aplicação da lei. Mas volta-se igualmente para o legislador infraconstitucional, que deve definir um modelo normativo de processo equilibrado quanto a seus vetores fundamentais (muitos deles potencialmente conflitantes) e apto a produzir soluções justas e em tempo razoável.

<sup>381</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cap. III, n. 8, p. 111-115, e *Constitucionalismo discursivo*, passim; Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, n. 317 e s., p. 255 e s.; Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, cap. V, n. 3, p. 490-502; Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, cap. VII, p. 350-351, nota 11; J. J. Canotilho, *Direito constitucional*, parte III, cap. 9, C. II, p. 643-647; Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, cap. 12, p. 356-397; Eros Grau, *Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade*, n. 8, p. 330-332; Raquel Stumm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, n. 4, p. 76-93; Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, cap. IV, p. 77-96 — entre outros.

<sup>382</sup> Ver, entre outros: San Tiago Dantas, *Igualdade perante a lei e due process of law*, in *Problemas de direito positivo*, p. 37 e s.; C. A. Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 54; Juan Francisco Linares, *Razonabilidad de las leyes: el debido proceso como garantía inominada en la Constitución argentina*, passim.

<sup>383</sup> Cf., entre outros, Raquel Stumm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, p. 147 e s.; C. R. Siqueira de Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, esp. p. 369 e s.; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 139 e s.

E um processo razoável — como se vê pela concepção reinante do direito comparado — na história do direito — pressupõe, dentro de certos limites, a possibilidade de revisão das decisões ali produzidas por órgãos distintos, na medida do possível, sobrepostos hierarquicamente. Em termos simples: o processo que se tem por razoável contempla, em alguma medida, recursos para outro órgão.

E é esse mesmo parâmetro do modelo razoável de processo que justifica, em determinados casos, a supressão ou limitação do duplo grau. Assim, em causas de caráter essencialmente patrimonial de diminuto valor, é compreensível que ele seja suprimido (como ocorre no já mencionado exemplo das execuções fiscais — Lei n. 6.830/80, art. 34): seria desproporcional prolongar a discussão a um custo muito maior do que o do objeto do litígio. Igualmente, é razoável em certas hipóteses permitir que o tribunal se pronuncie sobre fundamentos e pretensões não examinados no primeiro grau de jurisdição, quando isso não prejudicar o contraditório nem a ampla defesa (CPC, art. 1.013, § 3º). É também compreensível, sob essa ótica, a adoção de soluções mitigadas ou intermediárias, em certos casos, tais como a permissão de que a decisão recorrida já produza efeitos na pendência do recurso (CPC, art. 995) ou a postergação do momento de impugnação recursal — e assim por diante.

## 7. Taxatividade legal dos recursos

As espécies recursais são *numerus clausus*. Vale dizer, são taxativamente previstas em lei.<sup>384</sup>

Não é possível que as partes criem outros recursos — nem mesmo com amparo na regra do art. 190, que lhes confere ampla liberdade para convenções processuais<sup>385</sup>. Como se vê adiante (n. 21), com base nessa regra, as partes podem apenas comprometer-se a não empregar determinado recurso no processo; jamais impor ao Judiciário que processe um recurso que a lei não previu.

Pelas mesmas razões, é inadmissível a instituição de novas modalidades recursais por meio de atos normativos infralegais (regimentos internos, regulamentos, portarias etc.). Tampouco é possível que, a pretexto de adaptar o procedimento às necessidades do caso concreto (como em alguma medida lhe permite o art. 139, VI), o juiz estabeleça novos recursos.

## 8. Competência legislativa federal

A Constituição previu a possibilidade de os Estados federados editarem normas procedimentais em matéria de processo civil (art. 24, XI), o que reacendeu a antiga discussão em torno do conceito de procedimento e a preocupação de se estabelecerem limites precisos entre

<sup>384</sup> STJ, 1ª S., RCD no MS 19.084, v. u., Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 22.4.2015. *DJe* 27.4.2015; STJ, 1ª T. AgRg no AgRg no REsp 1.038.446, v. u., Rel. Min. Luiz Fux, j. 20.5.2010, *DJe* 14.6.2010.

<sup>385</sup> Sandro Kozikoski, *Sistema recursal no CPC/2015*, p. 97; Alexandre Câmara, *O novo processo civil brasileiro*, p. 490; Cassio Scarpinella Bueno, *Manual de direito processual civil*, p. 601-602; Flávio Cheim Jorge, *Tecnicas gerais dos recursos cíveis*, p. 266-267; Jorge Amaury Nunes, *Dos recursos: disposições gerais*, p. 1311. Martins de Sa, *Manual de direito processual civil*, p. 1398; Daniel Assumpção Neves, *Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 1636; L. Guilherme Bondioli, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. XX, n. 10, p. 31. Nesse sentido é também o Enunciado n. 20 do FPPC.

processo e procedimento<sup>386</sup>. Poderia a lei estadual criar recursos ou a criação e disciplina dos recursos estaria no âmbito da competência legislativa da União, por ser assunto processual (CF, art. 22, I)? Essa segunda hipótese é a correta: o recurso concerne diretamente ao exercício de faculdades processuais; não é simples questão procedimental. Trata-se de matéria a cujo respeito apenas a União pode legislar<sup>387</sup>.

## 9. Os recursos previstos no Código — outras fontes normativas

O art. 994 veicula o elenco de recursos disciplinados pelo Código: apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, agravo em recurso especial ou extraordinário e embargos de divergência. Mas o Código não é a única fonte normativa das espécies de recursos.

Os recursos ordinário, especial e extraordinário foram também previstos na Constituição (arts. 102, II e III, e 105, II e III). Seriam cabíveis independentemente de reiteração infraconstitucional.

Por outro lado, leis esparsas preveem ainda outras modalidades recursais. É o caso dos já mencionados embargos infringentes previstos no art. 34 da Lei n. 6.830/80. É também o que se tem no art. 20, II, b, da Lei n. 9.507/97, que disciplina o processo do *habeas data*<sup>388</sup>. Serve igualmente de exemplo o recurso inominado em face de sentenças proferidas no procedimento dos juizados especiais cíveis (Lei n. 9.099/95, art. 41).

## 10. Classificação dos recursos

Os recursos comportam diferentes critérios de classificação.

(a) Conforme sua extensão, o recurso pode ser parcial ou total. O recurso total impugna todos os comandos da decisão recorrida; o parcial, apenas uma parcela deles. O tema é disciplinado pelo art. 1.002, a cujos comentários se remete.

(b) A depender de seu grau de autonomia, o recurso pode ser classificado como independente ou adesivo. O tema é objeto dos comentários ao art. 997.

(c) Em outros ordenamentos, a distinção entre recurso “ordinário” e “extraordinário” reside em que aquele é interposto antes do trânsito em julgado da decisão final e este, depois<sup>389</sup>. No Brasil, como visto, o recurso é sempre interno ao processo — e, portanto, ante-

<sup>386</sup> Sobre o tema, ver, entre outros, Paula Sarno Braga, *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência no direito constitucional brasileiro, passim*; e Cassio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 1, p. 426.

<sup>387</sup> STF, Pleno, ADI 4.161, v. u., rel. Min. Cármen Lúcia, j. 30.10.2014, *DJe* 10.2.2015; STF, Pleno, ADI 1.867, v. u., rel. Min. Dias Toffoli, j. 30.10.2014, *DJe* 9.2.2015, *obiter dictum*.

<sup>388</sup> Sobre o exato sentido e a legitimidade constitucional dessa regra, veja-se Eduardo Talamini, “O processo do *habeas data*: breve exame”, n. 12, p. 1.747-1.749.

<sup>389</sup> Na Itália, ver, p. ex.: Claudio Consolo, *Le impugnazione delle sentenze e dei lodi*, p. 19-22; Gian Franco Ricci, *Diritto processuale civile*, v. 2, p. 195-196. Em Portugal, a distinção está explicitada no art. 676, n. 2 (antes, art. 677), do CPC (ver, a respeito, José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil anotado*, v. V, p. 211 e s.; Castro Mendes, *Direito processual civil*, v. III, p. 73-75; Lebre de Freitas, *Código de Processo Civil anotado*, v. 3, p. 4 e s.). Na França, trata-se também de classificação legal: CPC francês, art. 527 (ver Gérard Couchez, *Procédure civile*, p. 488; e Guinchard, Montagnier e Varinard, *Institutions juridictionnelles*, p. 195-196).

rior ao trânsito em julgado. Aquilo que nos outros países é qualificado como recurso extraordinário, entre nós constitui medida impugnativa autônoma.

No Brasil outro é o critério para a classificação dos recursos em ordinários e extraordinários. Os extraordinários (em sentido amplo) justificam-se funcional e estruturalmente como meio de consolidação e harmonização da aplicação do ordenamento federal (ainda que a parte recorrente interesse a proteção do seu direito). Incluem-se nessa classe o recurso extraordinário (em sentido estrito) e o recurso especial. Os demais recursos são classificados como ordinários (em sentido amplo), pois não têm aquela especial função, apenas se prestando a defesa do interesse da parte.

Há quem rejeite a utilidade dessa classificação, ponderando, por exemplo, que, quando o Ministério Público interpõe qualquer espécie de recurso na condição de fiscal da lei, também não se busca a tutela de um direito subjetivo, mas proteção objetiva do ordenamento<sup>390</sup>. A referência que se fazia em lei a tal classificação (art. 467 do CPC/1973) já não existe mais (o art. 502 do atual CPC, que equivale ao art. 467 do anterior, alude simplesmente a "recurso"). Apesar disso, há na doutrina recente tendência em empregar a distinção entre recursos ordinários e extraordinários<sup>391</sup>. A progressiva objetivação do recurso especial e do recurso extraordinário (em sentido estrito) justifica esse critério classificatório. De resto, o recurso ordinário, mesmo quando interposto pelo Ministério Público como fiscal da lei, não se destina à harmonização do ordenamento, mas sempre à tutela de interesses subjetivamente ou institucionalmente identificáveis.

(d) Os recursos são ainda classificáveis conforme a amplitude de defeitos que neles possam ser impugnados — o que vem a refletir em sua fundamentação.

No recurso de fundamentação livre, o recorrente pode atacar quaisquer tipos de erros ou defeitos da decisão impugnada (ex.: agravo de instrumento, apelação, recurso ordinário, agravo interno...).

Já o recurso de fundamentação vinculada destina-se à impugnação de específicos tipos de defeito. Não será conhecido se não houver a *invocação* desse específico erro. Se o defeito existe ou não isso é o mérito do recurso, mas precisa existir essa específica fundamentação para que o recurso seja conhecido (ex.: recurso extraordinário e recurso especial, que só comportam alegação de violação à Constituição e às normas infraconstitucionais federais, respectivamente; embargos declaratórios, destinado a corrigir omissões, contradições, obscuridades ou erros materiais etc.).

## 11. Os efeitos dos recursos

Ainda que parte da doutrina cogite de outras espécies, os efeitos dos recursos são basicamente dois, devolutivo e suspensivo. Todos os demais podem ser reconduzidos a esses dois, como se procura demonstrar a seguir.

<sup>390</sup> Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, p. 254-257; Ovídio Baptista da Silva, *Cursos de processo civil*, v. 1, p. 390; L. Guilherme Bondioli, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. XX, p. 22.

<sup>391</sup> Flávio Cheim Jorge, *Teoria geral dos recursos*, p. 52-55; Sandro Kozikoski, *Sistema recursal no CPC/2015*, p. 47-49; Araken de Assis, *Manual dos recursos*, p. 60 e s.