

quando a seu critério ocorrer razão de interesse público, evidenciada pela natureza da lide ou pela condição das pessoas (CPC, art. 82, inc. III).

Os casos de legitimidade para a ação civil pública são exclusivamente aqueles indicados na Constituição e em lei federal. A própria Constituição exige a autorização legal para cada caso (art. 129, inc. IX) e não se admite a propositura de ação civil pública fora dos casos previstos em lei, que são excepcionais e portanto de direito estrito.

Para que efetivamente haja a participação do Ministério Público ao longo de todo o procedimento a lei exige que aos seus órgãos as *intimações se façam sempre pessoalmente* (CPC, art. 236, § 2º), sendo maiores os prazos de que dispõe no processo civil (CPC, art. 188). Nos casos em que deve intervir obrigatoriamente sua ausência é motivo de *nulidade* (CPC, arts. 84 e 246), sendo que nem mesmo a coisa julgada sana esse vício (CPC, art. 487, inc. III, letra a – ação rescisória, destinada a infringir sentenças portadoras de certos vícios graves).

bibliografia

- Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, caps. XXX-XXXIV.
- Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 505-538 e 560-624.
- _____, *Litisconsórcio*, nn. 3-5, pp. 6 ss.
- Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, nn. 24-70, pp. 55 ss.
- Marques, *Manual de direito processual civil*, I, cap. VII, §§ 22, 23 e 27-30.
- Tornaghi, *Instituições de processo penal*, I, pp. 364 ss.
- Tourinho Filho, *Processo penal*, II, pp. 369 ss.

CAPÍTULO 37

ATOS PROCESSUAIS: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

242. fatos e atos processuais

O processo é a resultante de dois componentes que se combinam e completam, e que são a relação processual e o procedimento (*supra*, n. 184); a relação processual é *complexa*, compondo-se de inúmeras posições jurídicas ativas e passivas que se sucedem do início ao fim do processo (*supra*, n. 191). Ora, a passagem de uma para outra dessas posições jurídicas (caráter *progressivo* da relação processual) é ocasionada sempre por eventos que têm perante o direito a eficácia de constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. Esses eventos recebem o nome genérico de *fatos processuais*.

Fato, em sentido amplíssimo, é sempre um ponto na história através do qual se passa de uma a outra situação; *fato jurídico* é o acontecimento ao qual se segue uma consequência jurídica, ou seja, através do qual se opera modificação em alguma situação de direito (nascimento, contrato, crime).

E *fato jurídico processual*, como se depreende do texto, é uma espécie do gênero *fato jurídico*.

Como ocorre com os fatos em geral, também os fatos processuais podem ser ou não ser *feito da vontade* de uma pessoa: na primeira hipótese temos *ato*, e na segunda, *fato stricto sensu*. *Ato processual* é, portanto, toda conduta dos sujeitos do processo que tenha por efeito a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais.

São *atos processuais*, p. ex., o oferecimento de uma denúncia ou de uma petição inicial, um interrogatório, uma sentença. E são *fatos processuais stricto sensu* o decurso de um prazo (que, em regra, tem

por consequência a preclusão), a morte da parte (CPC, art. 265, inc. I – CPP, arts. 60, inc. II, e 62) ou do procurador (CPC, art. 265, inc. I), a transferência, promoção ou aposentadoria do juiz (CPC, art. 132), os acontecimentos que caracterizam a força maior (CPC, art. 265, inc. V – CPP, art. 363, inc. I) etc.

Sustentou-se até recentemente que não há *negócios jurídicos processuais*, porque os efeitos dos atos do processo não são determinados pela vontade dos sujeitos que os realizam. Os atos processuais são voluntários mas apenas no sentido de que sua realização depende da vontade – e não do conteúdo acrescido por um ato de vontade; o sujeito limita-se a escolher entre praticar ou não o ato, não lhe deixando a lei margem de liberdade para a escolha dos efeitos deste. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, porém, essa posição deve ser posta sob ressalva porque ele abre caminho para entendimentos entre as partes mediante certos atos praticados não só com a vontade de praticá-los, mas, também, com a intenção de estabelecer novas situações concretas por elas próprias construídas, como se dá nos *acordos sobre mudanças no procedimento e convenções sobre ônus, poderes, faculdades e deveres das partes*, antes e durante o processo (art. 190). Já no direito anterior se admitia, como continua existindo no novo Código, a possibilidade de uma *inversão do ônus da prova* por acordo entre as partes (CPC-1973, art. 333, par.; CPC-2015, art. 372, § 3º) e alguns sustentavam que também as *eleições de foro* fossem um negócio jurídico processual.

Neste capítulo estudaremos diversos problemas afetos ao procedimento e aos atos que o compõem, como a classificação destes e sua documentação. No cap. 39 será tratado o tema dos *defeitos do ato processual*, que se liga intimamente ao de que aqui se cuida, bem como ao que se dirá no subseqüente a respeito dos requisitos formais dos atos do processo (porque, em princípio, da inobservância de tais requisitos resulta a invalidade do ato).

243. *classificação dos atos processuais*

Os atos processuais são praticados pelos diversos sujeitos do processo e têm diferentes significados e efeitos no desenvolvimento da relação jurídica processual; além disso, quanto ao modo mediante o qual são realizados diferenciam-se também, havendo os que se exaurem numa só atividade e os que se apresentam como a soma de atividades múltiplas. Por isso, classificam-se das seguintes maneiras: a) atos dos

órgãos judiciários (juiz e auxiliares) e atos das partes; b) atos simples e atos complexos.

Existem na doutrina esquemas minuciosos e completos para a classificação dos atos processuais; por serem excessivamente complexos, todavia, é de duvidar se apresentam ou não vantagens didáticas.

244. *atos processuais do juiz (atos judiciais)*

Em meio à variadíssima atividade do juiz no processo, distinguem-se duas categorias de atos processuais: a) *provimentos*; b) *atos reais* (ou materiais).

Provimentos são os pronunciamentos do juiz no processo, expressões verbais ou escritas de seu pensamento. Eles contêm, conforme o caso, a decisão sobre alguma pretensão de uma das partes ou a determinação de providências a serem realizadas. Segundo sua influência sobre a causa, os provimentos serão finais ou interlocutórios. Os *finais* consistem em decidir a causa, impedindo que o juiz volte a se pronunciar sobre ela, salvo em casos excepcionais (CPC, art. 463). Os *interlocutórios*, como diz o nome (*inter locutus*, falado no meio), são aqueles pronunciados ao longo do processo, sem lhe pôr fim e sem decidir a causa. Os provimentos finais podem, ainda, subdividir-se em duas classes, conforme contenham ou não julgamento de mérito; e os interlocutórios, segundo apreciem questão incidente do processo ou se limitem a trazer determinações para a marcha deste.

Para designar essas variadas classes de provimentos os diplomas processuais usam de terminologia variável. Assim, no Código de Processo Civil (art. 162) os “atos do juiz” (melhor seria dizer os *provimentos*) são: a) as *sentenças*, que decidem o mérito da causa ou declaram a inadmissibilidade desse julgamento, determinando a extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 162, § 1º); b) as *decisões interlocutórias*, que decidem sobre matérias incidentes ao processo, sem porem fim a este (art. 162, § 2º); c) os *despachos*, ou despachos de mero expediente, que são todos os demais provimentos (não decidem a causa nem matéria incidente e não põem fim ao processo).

Já o Código de Processo Penal (art. 800) dá esta divisão das *decisões*: a) *definitivas* (finais, de mérito); b) *interlocutórias mistas* (finais, sem julgamento de mérito); c) *interlocutórias simples* (estas, verdadeiramente interlocutórias; solução de questões incidentes, sem pôr fim ao processo); d) *despachos de expediente*. O Projeto de Código de Processo Penal, mais cientificamente, adota a mesma terminologia consagrada

pelo Código de Processo Civil (art. 128) – o qual, por ironia dos fatos, agora se afastou bastante dela (CPC, art. 162, § 1º, red. lei n. 11.232, de 22.12.2005).

Por outro lado, poderíamos também classificar os atos do juiz, conforme a função desempenhada através de cada um deles, em: a) instrutórios; b) ordinatórios; e c) finais (lembrados os poderes de natureza jurisdicional de que é investido o juiz no processo).

Os *atos materiais* não têm, como os precedentes, qualquer caráter de resolução ou determinação. São das seguintes espécies: a) *instrutórios* (realizar inspeções em pessoas ou coisas, ouvir alegações dos procuradores das partes *etc.*); b) de *documentação* (rubricar folhas dos autos referentes a ato em que haja intervindo, assinar a folha final).

245. atos dos auxiliares da Justiça

A cooperação de auxiliares da Justiça no processo faz-se através de atos de *movimentação, documentação, comunicação e execução*.

A *movimentação* e a *documentação* fazem-se precipuamente através do escrivão e seus funcionários (escreventes). São atos de movimentação processual: a conclusão dos autos ao juiz, a vista às partes, a remessa ao contador, a expedição de mandados e ofícios. São atos de documentação: a lavratura dos termos referentes à movimentação (conclusão, vista *etc.*), a feitura do termo de audiência, o lançamento de certidões *etc.*

A *execução* é ordinariamente encargo do oficial de justiça: tratã-se de atos realizados fora dos auditórios e cartórios, em cumprimento a mandado judicial (penhora, prisão, busca e apreensão *etc.*).

A *comunicação processual*, consistente em citações ou intimações, é realizada pelo escrivão, com o auxílio dos Correios, ou pelo oficial de justiça, em cumprimento a mandados judiciais.

246. atos processuais das partes

Subdividem-se esses atos em: a) *postulatórios*; b) *dispositivos*; c) *instrutórios*; d) *reais*. Os três primeiros constituem declarações de vontade, enquanto o último, como a própria designação indica, resolve-se em condutas materiais (não verbais) das partes.

Evidentemente, cada um dos atos processuais das partes (de cada uma das espécies acima) poderá ser *lícito* ou *ilícito*, dependendo de

sua conformação ao direito. Cada um desses atos também poderá ser *constitutivo, extintivo* ou *impeditivo* de situações jurídicas processuais (e é sempre de muita utilidade essa classificação extraprocessual dos atos). Existem ainda os *atos processuais neutros*, que não têm eficácia jurídica de qualquer dessas três qualidades, porém *mera eficácia técnica*, ou prática (ex.: alegação de direito federal, que é juridicamente irrelevante em face do princípio *jura novit curia*, mas que às vezes traz a vantagem de alertar a mente do juiz para um dispositivo favorável a quem o alega).

Atos postulatórios são aqueles mediante os quais a parte pleiteia dado provimento jurisdicional (denúncia, petição inicial, contestação, recurso).

A doutrina distingue entre: a) *pedido*, que é postulação referente à própria causa, ou seja, ao litígio que envolve as partes (*res in judicium deducta*); b) *requerimento*, que é postulação relativa à marcha do processo (*judicium*). Assim, p. ex., descobre-se na petição inicial: a) um pedido, na parte em que se pede um provimento judicial favorável (CPC, art. 282, inc. IV); b) um requerimento, para a citação do réu (art. 282, inc. VII).

Atos dispositivos são aqueles através dos quais se abre mão, em prejuízo próprio (ou seja, através de que se *dispõe*), de determinada posição jurídica processual ativa, ou mesmo da própria tutela jurisdicional. Exemplos dessa categoria de atos podem ser a desistência do processo (CPC, art. 267, inc. VIII), a renúncia ao direito de queixa (CPP, arts. 49 e 50), a convenção para suspensão do processo (CPC, art. 265, inc. II), a desistência de recurso (CPC, art. 501), a renúncia à faculdade de recorrer (CPC, art. 502), o compromisso arbitral (CPC, arts. 1.072-1.077), a eleição de foro (CPC, art. 111).

Todos os exemplos acima são de *condutas comissivas*, mas a doutrina admite a disposição também através de *comportamentos omissivos*, como é o caso da revelia (CPC, arts. 319-322) ou do escoamento *in albis* dos prazos para recorrer. A essa ideia pode-se objetar que nem sempre a omissão é um ato de vontade e o efeito jurídico que tem é determinado por lei – de modo que ficaria descaracterizado o ato processual (ato jurídico = conduta determinada pela vontade).

Observar também que a disposição nem sempre é possível: aliás, a indisponibilidade é a regra para o Ministério Público, seja no processo penal, seja no processo civil. De um modo geral, restringe-se a dispo-

bilidade em razão: a) da prevalência de interesses da ordem pública; b) da incapacidade do sujeito.

Além disso, parte da doutrina afirma que os atos dispositivos se caracterizam como autênticos *negócios jurídicos processuais* – unilaterais, concordantes, ou contratuais. Mas existem negócios jurídicos processuais? (*supra*, n. 242).

Atos instrutórios são aqueles destinados a convencer o juiz (ou seja, a *instruí-lo*); evidentemente, cada parte procura, através de atividades dessa espécie, trazer elementos para que o juiz se convença das razões que aduziu.

O vocábulo *instrução*, o adjetivo *instrutório* e o verbo *instruir* são empregados ora em sentido amplo (como no texto), ora em sentido estrito (correspondendo apenas à atividade probatória). Embora essa última seja a preferência da própria lei (CPC, art. 454), é cientificamente mais correto considerar a instrução probatória como mera parte integrante da instrução (que abrange também as alegações das partes).

Atos reais, finalmente, que se manifestam *re non verbis*, são as condutas materiais das partes no processo, pagando custas, comparecendo fisicamente às audiências, exibindo documentos, submetendo-se a exames, prestando depoimento.

247. atos processuais simples e complexos

Ao lado dos atos processuais simples, que são a grande maioria dos atos do processo (demanda inicial, citação, contestação, sentença) e praticamente se exaurem em uma conduta só, existem os atos complexos. Trata-se essencialmente da *audiência* e da *sessão*, complexos porque se apresentam como um conglomerado de vários atos unidos pela contemporaneidade e pela finalidade comum.

Audiência é a reunião do juiz com os advogados das partes, Ministério Público, testemunhas *etc.* na qual o primeiro deles toma contato direto com a parte viva da instrução da causa (ouvindo peritos, partes, testemunhas, tomando as alegações finais dos advogados); é na audiência que se manifesta em sua essência o princípio da *oralidade*.

O Código de Processo Penal fala em *audiência* (arts. 791 ss.) e também em *audiência de julgamento* (art. 538). Na Consolidação das Leis do Trabalho a terminologia é *audiência de julgamento* (arts. 843-852). O Código de Processo Civil fala simplesmente *audiência*

(arts. 444 ss.). A Lei dos Juizados Especiais, retomando a linguagem do precedente Código de Processo Civil, diz *audiência de instrução e julgamento* (art. 27).

Sessão, na terminologia brasileira, é em primeiro lugar a reunião dos órgãos colegiados. Nas sessões dos órgãos colegiados de jurisdição superior (tribunais) não se realizam provas: apenas se ouvem os advogados e representantes do Ministério Público, passando-se à discussão e ao julgamento da causa pelos magistrados. Em princípio essas sessões são ordinárias, ou seja, realizam-se em dias determinados da semana, sem destinação a um processo em particular (ao contrário das audiências, que são designadas para cada processo). A sessão do tribunal do júri é o encontro diário entre juiz, jurados, promotor, advogado, acusado, testemunhas, auxiliares da Justiça.

A sessão das varas do trabalho chama-se *audiência de julgamento* (CLT, arts. 843 ss.).

No *processo das pequenas causas*, sessão é a reunião das partes com o conciliador, com vista à conciliação (art. 21). Não obtida esta, passa-se à audiência de instrução e julgamento (art. 27).

Apesar da confusão terminológica do Código de Processo Penal (arts. 426, 442 e 445, § 3º), a doutrina distingue: “reunião é o ajuntamento, nas épocas legais, das diversas pessoas que figuram na composição do tribunal do júri, dure esse ajuntamento um, dois, três ou mais dias; sessão é o funcionamento diário do tribunal nos diversos processos submetidos a julgamento durante a reunião”.

248. documentação do ato processual

Chama-se *termo* a *documentação escrita de atos processuais, feita por serventuário da Justiça*. Como existem atos que se realizam oralmente e precisam ficar documentados no processo (p. ex., os atos praticados em audiência), sua documentação faz-se através dos *termos* (CPC, art. 457 – CLT, art. 831). A Lei dos Juizados Especiais autoriza expressamente a gravação sonora, ou utilização de meio equivalente, em substituição ao tradicional *termo* destinado ao registro das provas orais (art. 13, § 3º). O mesmo consta do Projeto de Código de Processo Penal, ora estacionado no Parlamento.

Lavraram-se *termos* também para os atos de movimentação processual realizados pelo escrivão: termos de *juntada*, *vista*, *recebimento*, *conclusão*, *data-remessa* (v. CPC, art. 168 – CLT, art. 773). Assim tam-

bém para alguns atos das partes: termo de apelação (CPP, art. 600), de transação (CC, art. 842) *etc.*

A palavra *termo* é empregada também para significar *limite de tempo* (*infra*, n. 252). Fala-se, como vimos, em termo *a quo* e termo *ad quem* quando se quer fazer referência aos limites inicial e final da fluência de um prazo. Na linguagem da lei, todavia, dificilmente a palavra é utilizada nesse sentido.

Em alguns casos particulares, e só por força de uma tradição, a terminologia processual brasileira emprega, em vez de *termo*, outros vocábulos que têm o mesmo significado, como *assentada*, *ata* e *auto*. Daí dizer-se que tais vocábulos exprimem certas modalidades ou espécies de termos.

Assentada é o termo de comparecimento das testemunhas em juízo (o vocábulo, antes utilizado no art. 234, § 1º, do velho CPC, é abandonado pelo Código vigente, que fala genericamente em *termo* – art. 416, § 2º).

Ata é o registro escrito das ocorrências havidas em sessão ou reunião dos tribunais, de seus órgãos fracionários (RISTF, arts. 88 ss. – RITJSP, arts. 101 ss.) ou do tribunal do júri (CPP, arts. 479 e 494-496).

Auto, finalmente, é o termo que documenta atos praticados pelo juiz, auxiliares da Justiça e partes “fora dos auditórios e cartórios”: temos, assim, *auto de arrematação* (CPC, art. 663), *auto de inspeção judicial* (CPC, art. 443), *auto de prisão em flagrante* (CPP, arts. 304 e 305), *auto de busca e apreensão* (CPP, art. 245, § 7º) *etc.*

A documentação por meio da palavra escrita à mão ou mecanicamente (máquinas de escrever) mostra-se visivelmente obsoleta diante das notáveis conquistas da eletrônica. Por isso, o Código de Processo Civil autoriza a documentação dos atos processuais mediante estenotipia, taquigrafia ou por computador; autoriza também a comunicação dos atos às partes (intimações) mediante o uso do *fax* e dos meios eletrônicos em geral (arts. 154, par., e 170). A Lei dos Juizados Especiais instituiu o registro das audiências em fitas magnéticas (art. 13, § 3º).

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, cap. XXVI.
Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, nn. 279-312.
Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 637-671.

Guasp, *Derecho procesal civil*, I, n. 17.

Marques, *Instituições de direito processual civil*, II, §§ 83-86 e 88.

_____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. VIII, §§ 32-38.

Pontes de Miranda, *Tratado das ações*, I, §§ 1º-3º.

CAPÍTULO 39

DEFEITOS DO ATO PROCESSUAL

257. inobservância da forma

Como foi dito em capítulo anterior, a eficácia dos atos do processo depende, em princípio, de sua celebração segundo os cânones da lei (sistema da *legalidade formal*). A consequência natural da inobservância da forma estabelecida é que o ato fique privado dos efeitos que ordinariamente haveria de ter.

São de três ordens as medidas de que dispõe o Estado para impor a observância dos preceitos jurídicos em geral: a) medidas preventivas; b) sanções de caráter repressivo, penal ou não; c) negação de eficácia jurídica (como exposto no texto).

Mas as irregularidades de que podem estar inquinados os atos processuais não são todas da mesma gravidade e por isso é compreensível que diversos sejam os reflexos da atipicidade do ato sobre sua eficácia. Isolam-se, assim, *quatro grupos de irregularidades*, conforme a consequência que tenham sobre o ato: a) irregularidades sem consequência; b) irregularidades que acarretam sanções extraprocessuais; c) irregularidades que acarretam nulidade (absoluta ou relativa); d) irregularidades que acarretam inexistência jurídica.

Entre as *irregularidades sem consequência* indicam-se: uso de abreviaturas nos termos processuais (CPC, art. 169, par.), termo lavrado com tinta clara ou lápis (CPC, art. 169), denúncia oferecida além do prazo de quinze dias (CPP, art. 46).

Reflexos unicamente extraprocessuais têm, p. ex., o retardamento de ato da parte do juiz (CPC, art. 133, inc. II) ou dos serventuários (CPC, art. 144, inc. I), a maliciosa omissão de defesa pelo réu (CPC, art. 22) etc.

Em ambas essas categorias de irregularidades permanece íntegra a eficácia do ato.

258. nulidade

Em algumas circunstâncias reage o ordenamento jurídico à imperfeição do ato processual, destinando-lhe a ausência de eficácia. Trata-se de sanção à irregularidade, que o legislador impõe, segundo critérios de oportunidade (política legislativa), quando não entende conveniente que o ato irregular venha a produzir efeitos. As razões por que o faz são as mesmas que antes o levaram a estabelecer as próprias exigências quanto à forma do ato (sistema de legalidade): a necessidade de fixar garantias para as partes, de modo a celebrar-se um processo apto a conduzir à autêntica atuação do direito, segundo a verdade dos fatos e mediante a adequada e efetiva participação de todos os seus sujeitos. A observância do procedimento modelado pela lei é penhor da legitimidade política e social do provimento judicial a ser proferido a final, justamente porque é através dela que se assegura a efetividade do contraditório (Const., art. 5º, incs. LIV e LV).

Mesmo quando eivado de vício que determina sua *nulidade*, porém, o ato processual considera-se de início válido e eficaz, deixando de sê-lo apenas quando um pronunciamento judicial decreta a nulidade: a ineficácia do ato decorre sempre do pronunciamento judicial que lhe reconheça e pronuncie a irregularidade. Diante disso, *a condição de ineficaz é subsequente ao pronunciamento judicial*, só se caracterizando a partir da aplicação da sanção de ineficácia. Diz-se portanto, não sem alguma impropriedade verbal, que o ato processual nulo é *anulado* pelo juiz. Não se compadeceria com a natureza e fins públicos do processo a precariedade de um sistema que permitisse a cada qual das partes a apreciação da validade dos atos, podendo cada uma delas negar-se a reconhecê-los mediante a simples alegação de nulidade: abrir-se-ia caminho, inclusive, a dolo processual das partes, diluindo-se sua sujeição à autoridade do juiz e pulverizando-se as garantias de todos no processo. Por isso, em direito processual não há nulidades de pleno direito.

Como se vê, esse sistema de nulidades difere substancialmente daquele inerente ao direito privado. Naqueles ramos do direito substancial (civil, comercial) distingue-se o ato nulo do ato anulável (nulidade \times anulabilidade). Enquanto este prevalece até que seja privado judicialmente de eficácia, o primeiro já é em princípio ineficaz (a nulidade opera *pleno jure*). Em direito processual mesmo as sentenças eivadas dos vícios mais

graves, uma vez passadas em julgado, são eficazes: só perdem a eficácia se regularmente rescindidas (CPC, arts. 485-495 – CPP, arts. 621-631 e 648, inc. VI). Em processo civil, além do mais, a possibilidade da rescisão não dura mais que dois anos a partir do trânsito em julgado (CPC, art. 495).

Fala a doutrina ainda em *ineficácia* do ato processual por razões que não se relacionam com seus vícios de forma. Caso importante é o da sentença dada sem que tenham sido partes no processo todas as pessoas que necessariamente deveriam tê-lo sido (litisconsórcio necessário): essa sentença é ineficaz, e mesmo passando em julgado nunca produzirá o efeito programado (ex.: ação de anulação de casamento movida a só um dos cônjuges pelo Ministério Público – CC, art. 1.549).

A *sanção da nulidade* pode ser imposta em determinado ordenamento jurídico segundo *três sistemas diferentes*: a) todo e qualquer defeito do ato jurídico leva à sua nulidade; b) nulo só será o ato se a lei assim expressamente o declarar; c) um sistema misto, distinguindo-se as irregularidades conforme sua gravidade (*supra*, n. 257). No direito brasileiro nota-se profunda disparidade entre os sistemas adotados no Código de Processo Penal e no de Processo Civil.

O primeiro deles, desatualizado perante a ciência processual, procura adotar o segundo dos sistemas acima, fornecendo um elenco dos *atos e termos substanciais* mediante uma casuística e uma rigidez, que contradizem toda a teoria moderna da nulidade (CPP, art. 564). Não foi o legislador sensível à sua própria falibilidade, acreditando ser capaz de prever todas as imperfeições que podem levar o processo por caminhos inconvenientes.

O Código de Processo Civil, seguindo o caminho das melhores codificações modernas (v. tb. CPC-1939, arts. 273-279), abstrai-se de compor um elenco pretensamente completo dos casos de nulidade: nulo será o ato se houver cominação expressa e também quando, na comparação com o modelo legal, se verificar que não foi celebrado com fidelidade a este – e é muito pequeno o número das *nulidades cominadas* em comparação com as *não cominadas*, que são praticamente imprevisíveis e portanto arredias ao enquadramento em um rol.

O sistema do Código de Processo Penal vem do direito francês: “aucun exploit ou acte de procédure ne sera déclaré nul, si la nullité n’est pas formellement prononcée par la loi” (*code de procédure civile*, art. 1.030). Nosso Código introduz alguma racionalização (art. 563) mas, tanto quanto o dispositivo francês citado, expõe-se ao risco de omitir irregularidades gravíssimas, que não podem deixar de fadar à nulidade

o ato ou mesmo todo o processo. Por isso mesmo, aliás, a doutrina e a jurisprudência modernas remontam frequentemente às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório para a identificação de nulidades não expressamente cominadas.

259. *decretação da nulidade*

A anulação do ato processual nos casos de vícios indicados no parágrafo anterior obedece a uma série de regras, contidas na lei ou impostas pelos princípios gerais, e que em muito contribuem a dar uma feição realista à teoria da nulidade e ao próprio sistema da legalidade das formas processuais. Tais regras contêm-se nos princípios: a) da causalidade; b) da instrumentalidade das formas; c) do interesse; d) da economia processual.

O *princípio da causalidade* impõe que a nulidade de um ato do procedimento contamine os posteriores *que dele sejam dependentes*, com a consequência de dever-se anular todo o processo a partir do ato celebrado com imperfeição (CPC, art. 248, primeira parte). A exigência de que se trate de atos dependentes daquele viciado é a expressão legal da exigência de causalidade.

Essa regra sofre alguns temperamentos por força de outros princípios coexistentes com ela: a) a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes (*ib.*); b) podendo repetir-se o ato irregular, não se anula todo o processo (e isso acontece quando os atos posteriores não são dependentes do ato nulo).

O *princípio da instrumentalidade das formas*, de que já se falou, impõe que só sejam anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido (o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si mesmo). Várias são suas manifestações na lei processual, e pode-se dizer que esse princípio coincide com a regra contida no brocardo *pas de nullité sans grief*.

Tal princípio, formulado legislativamente nesses mesmos termos no direito francês, está presente nos códigos brasileiros: a) mediante expressa referência ao *prejuízo* como requisito para a anulação (CPP, art. 563 – CPC, art. 249, § 1º); b) estatuinto a lei que a consecução do objetivo visado pela determinação da forma processual faz com que o ato seja válido ainda se praticado contra a exigência legal (CPC, art. 244). No processo penal nota-se a tendência a presumir o prejuízo sempre que a omissão interfira com o direito de defesa.

O *princípio do interesse* diz que a própria parte que tiver dado causa à irregularidade não será legitimada a pleitear a anulação do ato (CPC, art. 243 – CPP, art. 565). Essa restrição, contudo, só tem aplicação às hipóteses de nulidade *relativa*, quando a exigência de determinada forma é instituída no interesse das partes e não da ordem pública; aí, e não na nulidade *absoluta*, é razoável que o legislador deixe exclusivamente a critério da parte prejudicada a provocação da decretação de nulidade (*infra*, n. 260).

Prende-se também ao princípio do interesse a regra segundo a qual a nulidade não será pronunciada quando o julgamento do mérito for a favor da parte a ser beneficiada por seu reconhecimento (CPC, art. 249, § 2º).

O *princípio da economia processual* (que, de resto, informa todo o direito processual) tem diversas aplicações na teoria da nulidade. De certo modo está presente nas manifestações, já examinadas, do princípio da instrumentalidade das formas. Está presente também na determinação de que os atos posteriores ao ato nulo não se contaminam quando não dependentes deste (CPC, art. 248, primeira parte, entendido *a contrario sensu* – v. também a disposição que salva as partes independentes de um ato complexo quando este for só parcialmente irregular: CPC, art. 248, segunda parte). Tal princípio está ainda presente no aproveitamento dos atos do processo inadequados à ação exercida (CPC, art. 250) ou dos atos não decisórios do processo celebrado perante juiz absolutamente incompetente (CPC, art. 113, § 2º – CPP, art. 567).

260. nulidade absoluta e nulidade relativa

Às vezes a exigência de determinada forma do ato jurídico visa a preservar interesses da ordem pública no processo, e por isso quer o direito que o próprio juiz seja o primeiro guardião de sua observância. Trata-se aqui da *nulidade absoluta*, que por isso mesmo pode e deve ser decretada de ofício, independentemente de provocação da parte interessada.

No direito processual civil brasileiro alguns dos casos de nulidade absoluta estão expressamente indicados na lei (*nulidades cominadas*: v.g., art. 84, art. 113, § 2º, art. 214, art. 485, incs. I-IV, VI e VIII). Tais não são, no entanto, os únicos casos de nulidade absoluta: é preciso, caso por caso, verificar se a exigência formal foi instituída no interesse da or-

dem pública, e então, ainda que inexista cominação expressa, a nulidade será absoluta (p. ex., a falta de indicação da causa de pedir na petição inicial ou a omissão, pelo juiz, do saneamento do processo). Assim também está no Projeto do Código de Processo Penal (arts. 193-200).

Quando é exclusivamente *da parte* o interesse visado por dada determinação legal da forma, então se trata de *nulidade relativa*, que o juiz não decretará de ofício, e, portanto, só pode ser decretada mediante provocação da parte prejudicada (CPC, art. 251 – CPP, art. 565); a parte tem, ademais, o *ônus* de fazer a alegação na primeira oportunidade em que falar nos autos, sob pena de ficar convalescido o ato imperfeito (CPC, art. 245, *caput*). No processo penal dirá sempre com a ordem pública a formalidade concernente à defesa do acusado.

A nulidade relativa nunca é cominada pela lei (é sempre nulidade não cominada) e seu reconhecimento depende sempre da comparação do ato celebrado em concreto com o modelo legal: se não houver fidelidade a este e se não estiver em jogo um interesse da ordem pública, estaremos diante de um caso de nulidade relativa (exs.: falta de *vista* à parte para oferecer quesitos, indeferimento de prova pericial requerida pela parte *etc.*).

Sobre os vícios do ato processual por infringência a princípios ou regras constitucionais, acarretando a nulidade absoluta ou a inexistência do ato, v. *supra*, nn. 36 e 258.

261. inexistência jurídica do ato processual

Outras vezes ao ato jurídico processual faltam elementos essenciais à sua constituição, a ponto de ser ele *inexistente* perante o direito. É que, à falta desses elementos, o próprio ato intrinsecamente não reúne condições intrínsecas para ser eficaz. Fala a doutrina, nesses casos, em *não atos*.

Dos atos inexistentes não costuma falar a lei – e nem precisaria mesmo falar porque, se se pratica um ato tão disforme do modelo legal, que em si mesmo não seja apto a atingir o resultado desejado, não precisaria a lei negar-lhe eficácia (mas v. CPC, art. 37, par.). Exemplos de atos inexistentes são a sentença que não contenha a parte dispositiva (CPC, art. 458, inc. III – CPP, art. 381, inc. V) ou que condene o réu a uma prestação impossível, ou ainda qualquer ato do processo não assinado por seu autor (com algumas ressalvas em relação a essa última hipótese).

Parte da doutrina nega que haja essa categoria de atos inexistentes, falando, antes, em *nulidade absoluta*. Falam alguns autores em atos *anuláveis* (para o que chamamos de nulidade relativa), atos *relativamente nulos* (para o que chamamos de nulidade absoluta) e atos *absolutamente nulos* (para o que chamamos de inexistência jurídica). A divergência, como se vê, é porém mais terminológica que real. Mas como se poderia chamar de nulidade relativa aquela que o juiz decreta de ofício e que muitas vezes sobrevive à própria coisa julgada?

262. *convalidação do ato processual*

Nem sempre a imperfeição do ato processual chega a conduzir efetivamente à decretação de sua nulidade. É que podem suceder fatos que façam convalescer o ato, o qual então se revigora e sai da mira da sanção de ineficácia.

No tocante aos atos inquinados de vício causador de nulidade relativa a não arguição da irregularidade pela parte interessada, quando esta pela primeira vez se manifesta nos autos, convalida o ato: ocorre a *preclusão* da faculdade de alegar (CPC, art. 245 – CPP, art. 572, inc. I). Não ocorre porém essa preclusão quando tiver havido justo impedimento para a omissão da parte interessada em alegar a nulidade (CPC, art. 245, par., segunda parte).

Quanto à nulidade absoluta, tem lugar uma distinção: na maioria dos casos, passando em julgado a sentença de mérito a irregularidade torna-se irrelevante e não pode mais ser decretada; mas há certos vícios que o legislador considera mais graves e que mesmo após o trânsito em julgado podem ser levados em conta para determinar a anulação.

No processo civil isso se dá nas hipóteses que, segundo o art. 485, autorizam a ação rescisória (incs. I, II, III, IV, VI e VIII). Passado o prazo de dois anos para a propositura desta, porém, também essas irregularidades não podem mais conduzir à anulação do ato (art. 495). Existe ainda o caso de falta ou irregularidade da citação para o processo de conhecimento (tendo o réu ficado revel), quando a nulidade será decretada através dos embargos do executado (art. 475-L, inc. I).

Os vícios considerados no art. 621, inc. II, do Código de Processo Penal (falsidade) podem ser alegados a qualquer tempo após o trânsito em julgado da sentença, através da *revisão criminal* (art. 622). Mas apenas o acusado dispõe dessa ação: ao Ministério Público ou ao acusador privado, vencidos no processo-crime, a lei não oferece qualquer caminho para postularem a nulidade do feito.

Mais ainda. Às vezes é possível repetir o ato declarado nulo ou suprir a falta de algum ato omitido no processo e então, uma vez feita a repetição ou o suprimento, convalescem todos os atos posteriores que, por força do princípio da causalidade, estiverem contaminados pelo vício. Os atos inexistentes não podem convalescer pelo simples motivo de que não têm absolutamente, eles próprios, condição de produzir efeito algum: não tendo sido a lei que lhes negou eficácia, não tem a lei meios para lhes devolver a eficácia em situação alguma. Nulo o processo em decorrência da inexistência jurídica de algum ato (saneamento não assinado, petição inicial sem pedido), se vier a ser dada uma sentença e passar em julgado, então ela prevalece, apesar da inexistência jurídica do ato anterior; ela seria passível de anulação, porque inquinada pela inexistência de ato anterior indispensável, mas a coisa julgada, como sanatória geral do processo, perpetua sua eficácia (será caso somente de ação rescisória ou revisão criminal, nos limites da lei).

Se a própria sentença for juridicamente inexistente, porém, então ela não tem intrinsecamente condição para produzir efeitos. Consequentemente, não passa em julgado e a qualquer tempo poderá o vício ser declarado.

Em relação ao juiz inconstitucionalmente incompetente, como visto (*supra*, n. 154), a inexistência da sentença estende-se a todos os atos por ele praticados, pois o art. 5º, inc. LIII, da Constituição exige sua atuação, não só para sentenciar mas *também para processar*. Parte da doutrina do processo penal (Grinover, Scarance e Magalhães) considera a observância do princípio do juiz natural pressuposto de *existência* e não apenas de validade do processo.

bibliografia

- Calmon de Passos, *A nulidade no processo civil*.
 Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, nn. 360-375.
 Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 702-720.
 ———, *Litisconsórcio*, n. 37, pp. 186 ss.
 Komatsu, *Da invalidade no processo civil*.
 Lacerda, *Despacho saneador*, cap. IV, n. 6.
 Moniz de Aragão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, II, pp. 271 ss.
 Wambier (Tereza A. Alvim), *Nulidades da sentença*.

alguém com um revólver na mão ao lado da vítima. Por intermédio de uma operação lógica e baseado nas máximas de experiência, o juiz pode presumir a autoria do delito. Essa presunção é sempre relativa e cede perante prova em contrário

Portanto, indícios não constituem prova (como erroneamente os rotula o art. 239 do Código de Processo Penal), mas fatos que, mediante uma operação lógica, seguindo as máximas de experiência, podem levar o juiz tirar conclusões sobre o fato a ser provado.

O indício será tanto mais convincente quanto mais próximos estiverem o fato indiciário e o fato a ser provado.

bibliografia

Amáral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, II, caps. LXIII-LXXVII.

Buzaid, "Do ônus da prova".

Castro Mendes, *Do conceito de prova em processo civil*.

Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, III, nn. 780 ss.

Marques, *Instituições de direito processual civil*, III, § 137, a, b, c e d.

_____, *Manual de direito processual civil*, I, cap. XVI.

Micheli, *L'onere della prova*.

Peyrano, *Cargas probatórias dinâmicas*.

Taruffo, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*.

Tourinho Filho, *Processo penal*, III, pp. 203 ss.

CAPÍTULO 41

RECURSOS

E AÇÕES DE IMPUGNAÇÃO

273. direito ao reexame de decisões

A existência de órgãos com poder de decisão situados em diferentes patamares hierárquicos do Poder Judiciário favorece a possibilidade do reexame das decisões jurisdicionais, para que a parte vencida ou contrariada pela decisão de um desses órgãos possa ter a oportunidade de reverter a decisão desfavorável, buscando uma favorável. Na maioria dos casos o exercício da faculdade de impugnar uma decisão consiste em uma iniciativa perante órgão superior àquele que houver proferido a decisão favorável.

A oferta de meios para reexames dessa ordem é uma inerência do devido processo legal e constitui um dos elementos do necessário equilíbrio entre o valor da *segurança jurídica*, que conduz à estabilidade dos julgados (preclusões, coisa julgada), e o da *justiça das decisões*, que postula a abertura de caminhos aptos a eliminar possíveis erros do prolator. Compreende-se que a maior experiência dos juizes superiores, aliada ao fato de que ordinariamente os reexames são realizados em colegiado, constitui fator favorável à maior ponderação, serenidade e justiça nos julgamentos – sabendo-se no entanto que no passado houve uma corrente sustentando que a abertura de caminhos para a revisão de julgados por órgãos superiores teria os inconvenientes de debilitar a segurança jurídica e desprestigiar os juizes inferiores.

No direito brasileiro esses remédios processuais consistem principalmente nos *recursos*, que são admissíveis antes de ocorrer uma preclusão ou coisa julgada, evitando que ocorram; e pela *ação rescisória* ou *revisão criminal*, cuja função é combater os efeitos de uma sentença de mérito já coberta pela coisa julgada (Const., art. 102, inc. I, letra *j*, e art. 105, inc. I, letra *e* – CPC, art. 485 – CPP, arts. 621 ss.). A revisão

criminal só se admite contra a sentença penal *condenatória* passada em julgado, jamais contra a absolutória; a ação rescisória, contra sentenças ou acórdãos de mérito, qualquer que seja o teor do julgamento, quando portadores de algum dos defeitos indicados nos incisos do art. 485 do Código de Processo Civil.

Corretamente o Projeto de novo Código de Processo Penal retira a *revisão criminal* do rol dos recursos, passando a tratá-la como ação mas preservando o atual regime jurídico.

Os *recursos* são atos do próprio processo em que a decisão houver sido proferida e se realizam mediante procedimentos destacados do procedimento normal da causa. A revisão criminal e a ação rescisória têm natureza de *ação*, ou de processo autônomo, desenvolvendo-se em processos autônomos, distintos daquele em que a decisão impugnada houver sido proferida.

Tanto os recursos quanto a ação rescisória e a revisão criminal desempenham também a função de, na medida do possível, evitar a dispersão de julgados proferidos pelos milhares de órgãos judiciários do país, a bem da homogeneidade na interpretação da lei e, consequentemente, da segurança jurídica e previsibilidade dos pronunciamentos judiciários. Como uns e outros são objeto de decisão por tribunais (inclusive o STJ e o STF, quando for o caso) e estes são, obviamente, muito menos numerosos que os órgãos de primeiro grau jurisdicional, com isso se criam condições para a busca de algum grau de homogeneidade das decisões. Tal desiderato é sublimado pela implantação das *súmulas vinculantes* do Supremo Tribunal Federal (Const., art. 103-A). Vistas por esse aspecto, elas têm a utilidade de evitar “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (art. 103-A, § 1º). Também a técnica do julgamento dos recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça visa a esse resultado uniformizador da jurisprudência (CPC, art. 543-C).

Além dos recursos, revisão criminal e ação rescisória, existem outros *meios de impugnação das decisões judiciais*, como o mandado de segurança, o *habeas corpus*, os embargos de terceiro, a impugnação à execução da sentença na hipótese do inc. I do art. 475-L do Código de Processo Civil *etc.*

274. *recursos* – três acepções do vocábulo

A palavra *recurso* em direito processual é empregada em ao menos três acepções intimamente correlatas mas distintas entre si.

Na primeira delas, recurso é uma *faculdade* da parte vencida, que ela exercerá segundo sua própria conveniência. Assim como o sujeito tem a liberdade de optar entre exercer e não exercer o direito de ação em juízo, propondo ou deixando de propor uma demanda, assim também o vencido pode sempre optar entre interpor ou deixar de interpor o recurso admissível. A faculdade de recorrer tem por desdobramento o *direito ao julgamento do recurso*, existente quando concretamente atendidos certos requisitos (as condições ou pressupostos de admissibilidade).

Na segunda, é o *ato* de exercício dessa faculdade, ou seja, o ato de recorrer. Assim como a ação se exerce mediante a propositura de uma demanda inicial perante o juízo competente (petição inicial, denúncia ou queixa-crime), assim também o recurso se exerce mediante uma demanda de novo julgamento endereçada ao órgão judiciário competente.

Na linguagem do direito recursal chama-se *órgão a quo* o órgão judiciário de origem, a saber, aquele que houver proferido o ato submetido a recurso; e *órgão ad quem* o órgão destinatário do recurso, aquele a quem se pede o novo julgamento da causa ou incidente.

Na terceira dessas acepções, recurso é *cada um dos meios* pelos quais se pode chegar ao órgão judiciário superior, sendo cada um deles adequado a uma ou mais categorias de decisões. A ordem processual brasileira consagra o sistema da *tipicidade recursal*, estabelecendo qual das decisões é suscetível de qual recurso. Fala-se então, tanto no processo civil como no penal, principalmente no recurso de apelação, nos embargos infringentes, no recurso especial e no recurso extraordinário *etc.*, sendo cada um deles adequado a uma espécie de decisão e pertencendo à competência de um tribunal. No processo civil há também o agravo de instrumento, o agravo retido, os agravos internos ou regimentais *etc.* No processo penal, o recurso em sentido estrito, a carta testemunhável *etc.* No trabalhista, o recurso ordinário e o de revista *etc.*

Esses são meros exemplos dos recursos admissíveis no direito processual brasileiro. Há muitos outros, tanto no civil quanto no criminal ou trabalhista, que comportam estudo pormenorizado em uma teoria dos recursos. Nesta sede basta a compreensão de que existem recursos adequados a cada espécie de decisão.

275. *requisitos de admissibilidade dos recursos*

Aplicam-se *mutatis mutandis* aos recursos, como direito a um provimento a ser proferido pelo tribunal competente, as mesmas exigências gerais que a ordem jurídica impõe ao direito de ação, como direito a obter do Poder Judiciário um provimento jurisdicional (condições da ação e pressupostos processuais). Assim como uma demanda inícial só comportará julgamento de mérito quando estiverem presentes todos esses requisitos, assim também só se chegará ao julgamento do mérito de um recurso quando todos os requisitos de admissibilidade recursal forem observados. Faltando um deles, isso é suficiente para que o mérito recursal não possa ser julgado.

Por mais de um critério já propôs a doutrina a classificação dos pressupostos de admissibilidade dos recursos. Tradicionalmente fala-se em pressupostos *objetivos*, incluindo a recorribilidade do ato, a adequação do recurso, o pedido de nova decisão, a tempestividade, o processamento regular, o recolhimento de custas *etc.*; em oposição aos *pressupostos subjetivos*, representados pela legitimidade e pelo interesse. Fala-se também em pressupostos *intrínsecos* e pressupostos *extrínsecos* (Barbosa Moreira). Mais que uma classificação, o importante é a consciência de que os recursos são sempre sujeitos a pressupostos, requisitos ou condições, ao lado da compreensão do significado de cada uma dessas exigências. Propõe também a doutrina uma distinção entre *condições* de admissibilidade dos recursos (projeções das condições da ação) e *pressupostos* dessa admissibilidade (pressupostos processuais) — dualismo esse que se apoia metodologicamente na clássica distinção entre condições da ação e pressupostos processuais.

276. *mérito do recurso*

Mérito do recurso é a pretensão a uma decisão mais favorável, endereçada ao órgão competente. Nem sempre se confunde com o mérito da própria causa, que é invariavelmente uma pretensão a dado bem da vida, formulada perante algum órgão do Poder Judiciário. O mérito de um recurso no qual se pede a anulação da sentença é a pretensão a essa anulação e não a pretensão ao bem da vida postulado na demanda inicial. O mérito de um recurso contra sentença que deixou de julgar o *meritum causæ* consiste na pretensão a um acórdão que determine ao órgão inferior a realização desse julgamento (mas v. CPC, art. 515, § 3º). Sempre o conceito de mérito recursal se opõe ao de requisitos de admissibilidade

dos recursos, tanto quanto o de *meritum causæ* se opõe ao de requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito.

277. *requisitos de admissibilidade dos recursos* — *as condições da ação*

A possibilidade jurídica do recurso. Para que um recurso seja juridicamente possível é indispensável o concurso de dois fatores, a saber: a) que o ato a ser impugnado seja suscetível de recurso, isto é, que ele seja *recorível*; b) que o recurso a ser interposto exista na ordem processual civil ou penal do país. Como sempre, a possibilidade jurídica consiste na compatibilidade de dada pretensão com a ordem jurídica do país. Quando o Código de Processo Civil estabelece que “dos despachos não cabe recurso” (art. 504), isso significa que será juridicamente impossível algum recurso concretamente interposto contra um ato dessa espécie. O mesmo se dá quando eventualmente seja interposto no juízo cível um recurso de *agravo de petição*, que existiu no passado mas foi banido da ordem processual civil pelo Código vigente. Em uma hipótese e em outra, ser juridicamente impossível significa que já em tese e *a priori* o recurso será havido como inadmissível, independentemente da concreta presença ou ausência dos demais requisitos. Fala-se também no *cabimento* do recurso, ora para designar a admissibilidade de recorrer em dada situação concreta (possibilidade jurídica), ora aludindo-se à adequação de determinada espécie recursal ao caso.

Há forte tendência doutrinária a suprimir a possibilidade jurídica como condição da ação civil. Essa tendência, acatada no Projeto de Código de Processo Civil atualmente em curso de votação nas Casas do Congresso, leva a ver a impossibilidade jurídica como causa de *improcedência* da demanda (julgamento do mérito), porque aquele que pleiteia algo juridicamente impossível não pode sequer em tese ter o direito que pleiteia. Tal raciocínio, quando projetado à teoria dos recursos, pode levar também ao entendimento de que em caso de recurso *juridicamente* impossível o recorrente não tem o alegado direito a obter do tribunal *ad quem* o novo julgamento de mérito que pleiteia.

A legitimidade para recorrer. São sempre partes legítimas para os recursos cíveis as partes do processo em que a decisão recorrida houver sido proferida, e em certas situações o *Ministério Público* ou eventual *terceiro prejudicado* (CPC, art. 499, *caput*). O Ministério Público tem essa legitimidade sempre que houver oficiado no processo, seja em que

qualidade for (art. 499, § 2º). O terceiro, quando for titular de alguma relação jurídica ligada por uma relação de interdependência com aquela submetida a julgamento (art. 499, § 1º). É sempre indispensável que o recorrente, além de legitimado, ostente um concreto *interesse jurídico* ao novo julgamento que vem pedir.

Em processo penal são legitimados a interpor a apelação e o recurso em sentido estrito, além das *partes* (CPP, art. 577), também o ofendido ou seus sucessores, ainda quando não se tenham habilitado como assistentes (arts. 598 e 584, § 1º). Se o ofendido tiver ingressado no processo como assistente, já passou a figurar como parte (ainda que com poderes mais restritos no processo penal). Mas se intervier no momento de recorrer passará a integrar a relação jurídica processual a partir da interposição do recurso, em uma figura semelhante à do terceiro prejudicado, igualmente legitimado aos recursos no processo civil. Por *ofendido* entende-se o sujeito passivo da infração penal. Por isso, tem sido reconhecida a legitimidade à assistência (e aos recursos) de certas entidades, como a família e outras, que figuram como sujeitos passivos de ilícitos penais (no caso, nos crimes contra a família).

São ainda legitimadas outras pessoas que podem ingressar no processo como *assistentes de acusação*. Assim, (a) o administrador judicial e qualquer credor habilitado nos crimes falimentares; a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Banco Central, nos crimes contra o sistema financeiro; b) os corpos intermediários (associações e entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta), assemelhados ao ofendido pelo art. 80 do Código de Defesa do Consumidor, podendo intervir como assistentes nos processos atinentes a crimes e contravenções que envolvam relações de consumo; c) as associações de titulares de direito de autor, nos processos pelos crimes do art. 184 do Código Penal, quando praticados em detrimento de qualquer de seus associados (CPP, art. 530-H).

Fora dos esquemas da assistência, ainda são legitimados aos recursos, no tocante às medidas assecuratórias do cap. VI do Tit. VI do Livro I do Código de Processo Penal, o lesado (que nem sempre é o ofendido) ou mesmo terceiras pessoas, como o possuidor de boa-fé que perde o bem em virtude de decisão em incidente de restituição ou que não tem admitidos os embargos apresentados com fundamento no art. 130, II, do Código de Processo Penal.

O interesse recursal. Interesse, em direito, é *utilidade*. Diante disso, para que se considere presente o requisito do interesse recursal é indispensável que o novo julgamento pedido pela parte seja em tese apto a

propiciar ao recorrente a utilidade consistente em uma situação jurídica mais favorável que aquela ditada no ato recorrido. Proceda-se a um *juízo prospectivo* mediante o qual se lançam os olhos ao futuro e se indaga se o recurso interposto será realmente capaz de conduzir a uma melhora na situação do recorrente (Barbosa Moreira) – carecendo este do direito ao recurso quando concretamente este não tiver tal aptidão. É essa a leitura correta da locução *parte vencida*, empregada pelo art. 499 do Código de Processo Civil ao enunciar os sujeitos admitidos a interpor recursos no processo. Em suma, exige-se não só que o recorrente seja um daqueles sujeitos indicados na lei como partes legítimas ao recurso, como também que esse sujeito possa extrair do novo julgamento um proveito jurídico útil.

Em processo civil falta o requisito do interesse recursal, p. ex., ao réu que, vencedor na causa graças a uma sentença que julgou improcedente a demanda do autor, recorre com o pleito de obter o reconhecimento de uma *prescrição* alegada em defesa. Tal pronunciamento não será apto a lhe proporcionar uma situação jurídica mais proveitosa que aquela imposta na sentença recorrida. Em processo penal há no entanto uma tendência a admitir a apelação do acusado absolvido por insuficiência de provas pretendendo a absolvição por negativa da autoria do crime que lhe é imputado. *Absolvido* o acusado já estará em qualquer hipótese, mas essa seria uma decisão mais favorável, inclusive porque o preserva contra uma possível responsabilidade civil decorrente do dano causado pelo delito (CC, art. 935).

Em processo civil falta ainda o interesse processual de qualquer das partes para recorrer contra algum capítulo de sentença que eventualmente lhe seja favorável – porque, como é óbvio, o provimento de tal recurso não seria apto a lhe propiciar vantagem jurídica alguma, só desvantagem. Associado a esse tema é o da proibição da *reformatio in pejus*, vigente tanto no processo penal como no civil, devendo o tribunal decidir nos estritos limites do pedido de uma decisão mais favorável, contido em um recurso, e jamais lhe sendo permitido proferir contra o recorrente uma desfavorável ou menos favorável.

Como costuma ser dito, no processo penal o Ministério Público pode recorrer como parte parcial ou como fiscal da lei (parte imparcial). Nessa segunda hipótese a *utilidade* da nova decisão, da qual lhe vem o interesse recursal, consiste na vantagem para a correta aplicação da lei, inclusive quando o recurso vier a beneficiar o réu. Sustentam alguns que o Ministério Público carece de interesse para recorrer em favor do acusado quando a matéria é de prova e o que se discute é a justiça ou injustiça

da decisão no plano fático. Não têm porém razão, porque a justiça da decisão também é questão de ordem pública, tendo o *Parquet*, nos termos do art. 127, *caput*, da Constituição Federal e do art. 257 do Código de Processo Penal, interesse na defesa da ordem jurídica, que compreende não só a legalidade mas também a justiça das decisões judiciais.

Tem-se afirmado também que a amplitude a ser atribuída ao interesse do Ministério Público em recorrer em benefício da defesa não deveria ir ao ponto de admitir-se recurso visando ao reconhecimento de nulidade relativa que só à defesa interessa – pois o art. 565 do Código de Processo Penal obsta expressamente a que qualquer das partes alegue nulidade referente a formalidade que só interesse à parte contrária. Mas o Ministério Público tem interesse na constituição de um título válido, e nem sempre poderá discernir claramente, *a priori*, se se trata de nulidade absoluta ou relativa. Assim, quando não estiver convencido de tratar-se de nulidade relativa, sanada pela falta de alegação do interessado, pode e deve o promotor de justiça postular o reconhecimento de vícios que impliquem ofensa ao direito de defesa.

278. requisitos de admissibilidade dos recursos – os pressupostos processuais

Para se ter o pretendido direito ao julgamento do mérito recursal pelo tribunal destinatário não basta que o recurso seja juridicamente possível e que o recorrente seja legitimado a recorrer e esteja amparado por um legítimo interesse recursal. É também indispensável que o direito de recorrer seja adequadamente exercido, segundo a lei, sem o quê inexistirá o direito ao novo julgamento pelo órgão *ad quem*. Esse é um espelho do que sucede com o próprio direito de ação, que só caracterizará um concreto direito ao julgamento do *meritum causæ* se e quando todos os atos de regular exercício desse direito houverem sido adequadamente realizados, com observância dos procedimentos exigidos em lei. Tanto lá quanto cá é indispensável a presença de todos os pressupostos processuais (pressupostos do direito ao julgamento do mérito em um caso; pressupostos recursais, no outro). Trata-se de *requisitos formais*, todos eles de natureza puramente processual e coordenados à regular preparação da tutela jurisdicional recursal segundo a lei e sob os influxos da garantia constitucional do *due process*. Há *pressupostos positivos*, representados por certos atos ou situações que devem estar presentes para que o recurso seja admissível e comporte decisão pelo mérito, em oposição aos pressupostos *negativos*, que são fatos ou circunstâncias que, quando presentes, excluem o direito do recorrente à pretendida nova decisão.

Há *pressupostos gerais* de admissibilidade dos recursos, aplicáveis a todos eles (v. a seguir), e certos *pressupostos específicos* aos quais se subordinam alguns recursos, nos termos da Constituição e da lei. É o caso do recurso extraordinário e do recurso especial, só admissíveis quando, ao lado dos pressupostos gerais, também se configurar uma das hipóteses definidas nos arts. 102 e 105 da Constituição Federal.

279. pressupostos positivos

Regular interposição do recurso. Assim como o processo só tem início regular mediante a propositura de uma demanda inicial, do mesmo modo o procedimento dos recursos principia com uma petição endereçada ao tribunal *ad quem* e acompanhada das *razões* portadoras de uma crítica ao ato impugnado e também, necessariamente, de um *pedido de nova decisão* (CPC, art. 514, incs. II e III). É inepta a interposição de um recurso sem esses requisitos.

Tempestividade. Todos os recursos em direito processual são sujeitos a prazos peremptórios, ou preclusivos. Não interposto o recurso no prazo estabelecido em lei, isso significa que a decisão proferida já estará coberta por uma preclusão temporal ou mesmo, quando for o caso, pela coisa julgada.

Preparo recursal. A regularidade da interposição de um recurso depende do recolhimento das custas recursais (*preparo*), observados os regimentos de custas das diversas Justiças. Esse recolhimento deve ser realizado antes da interposição, anexando-se a esta o respectivo comprovante, sob pena de *deserção* (CPC, arts. 511, *caput*, e 522, § 1º). A lei mitiga em alguma medida tal exigência ao dispor que “a insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias” (art. 511, § 2º).

Competência do órgão destinatário do recurso. É indispensável que a petição de interposição de um recurso, mesmo nos casos em que é apresentada ao juiz ou tribunal prolator do ato impugnado (*órgão a quo*), indique o tribunal ao qual ele é endereçado. Este será, conforme o caso, o órgão de segunda instância da Justiça a que pertença o prolator da sentença ou decisão interlocutória (Tribunal de Justiça, TRF, TRT *etc.*) ou o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de um recurso especial, recurso extraordinário ou recurso ordinário constitucional.

Há exceções a essa técnica de devolução a um órgão superior ao juízo *a quo*, como ocorre, p. ex., com os *embargos de declaração*, que

serão objeto de decisão pelo próprio prolator. No processo civil em algumas hipóteses também caberá a este a competência para examinar o mérito do recurso, como nos casos previstos nos arts. 285-A, § 1º, 296 e 518, § 1º, do Código de Processo Civil (julgamento liminar do mérito, apelação contra o indeferimento da petição inicial ou indeferimento desta pelo juízo *a quo*).

Regularidade procedimental. O direito ao julgamento do recurso depende também de haverem sido realizados todos os atos do procedimento recursal adequado, o qual varia de recurso a recurso (apelação, recurso especial ou extraordinário *etc.*) mas invariavelmente deve conter certos atos essenciais. Um desses atos, de primeira grandeza no sistema, é a intimação do advogado da parte recorrida e oferta de oportunidade para oferecer *resposta* no prazo legal, para efetividade das garantias constitucionais do *due process*, do contraditório e da ampla defesa (Const., art. 5º, incs. LIV e LV). Alguns recursos comportam um início de processamento perante o órgão de origem (apelação, recurso especial ou extraordinário *etc.*) e outros são processados desde o início já no órgão destinatário (agravo de instrumento, recursos internos ou regimentais). Nos tribunais a distribuição do recurso a um *relator* deve ser feita aleatoriamente, em ato público e por sorteio, observada a alternatividade entre os membros do colegiado competente (CPC, art. 548) e ressalvados os casos de *prevenção*. As decisões colegiadas são tomadas em uma *sessão* do tribunal, precedida de certas formalidades essenciais (como a intimação dos advogados) e realizada ordinariamente em regime de publicidade. São tomadas por unanimidade ou por maioria de votos.

280. *pressupostos negativos*

São pressupostos negativos da admissibilidade dos recursos (a) a desistência do recurso interposto, (b) a renúncia ao direito de recorrer, (c) a aquiescência à decisão desfavorável e (d) a prática de algum ato incompatível com a vontade de recorrer.

Desistência do recurso e renúncia ao direito de recorrer. Desistência do recurso é a manifestação, pelo recorrente, da vontade de tolher efeitos ao recurso já *interposto*, para que não prossiga. Pode ser vista como uma *revogação* do ato de interposição recursal. *Renúncia ao direito de recorrer* é a declaração da vontade de *não interpor* o recurso admissível no caso, manifestada pela parte vendida depois de proferida a decisão recorrida mas sem que o recurso já tenha sido interposto. Tanto

a desistência quanto a renúncia produzem o efeito de tornar inadmissível um recurso que antes era admissível, sendo pois dois *pressupostos negativos* da admissibilidade dos recursos – ou fatos extintivos do direito ao recurso. É lícito ao recorrente desistir de seu recurso a qualquer tempo, sempre antes que o órgão *ad quem* já o haja julgado; e essa desistência não depende da anuência da parte contrária ou de seus próprios litisconsortes, nem de homologação pelo juiz (CPC, art. 501). Também “a renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte” (art. 502) e também de qualquer homologação. Manifestada a desistência ou a renúncia, nesse momento ocorre a *preclusão* da decisão proferida ou mesmo a coisa julgada, se for o caso (CPC, art. 158). Como se trata de atos de disposição de direito, tanto para a renúncia quanto para a desistência o advogado da parte deve estar munido de expressos poderes especiais, sob pena de ineficácia do ato (CPC, art. 38). Mas em matéria penal a renúncia ao recurso pela defesa pode ser inválida. O art. 577 do Código de Processo Penal possibilita a interposição do recurso pelo réu, por seu procurador ou defensor. Pode então ocorrer a manifestação daquele réu pela renúncia ao recurso, com interposição deste pelo defensor. Havendo conflito de vontades entre o réu e o advogado, a opinião mais coerente com as garantias da defesa é que deve prevalecer a vontade do defensor, que recorre não só em razão de seus conhecimentos técnicos, mas sobretudo para a melhor garantia do direito de defesa (Súmula n. 705-STF).

Aquiescência e prática de ato incompatível. A parte vencida que por algum modo manifestar que aceita os efeitos da decisão recorrida perde, por força desse ato, o direito de recorrer (CPC, art. 503). Quer se trate de uma manifestação direta, com a explícita declaração de aceitar o ato judicial (aceitação expressa), quer se trate da prática de atos incompatíveis com a vontade de recorrer (que a lei considera *aceitação tácita* – art. 503, par.), ocorre uma *preclusão lógica*, que, como tal, opera a extinção do direito ao recurso. Declarada a aquiescência ao ato judicial ou realizado pela parte um desses atos incompatíveis, nesse momento a decisão se reputa preclusa (art. 158). Do mesmo modo que a renúncia ao direito de recorrer, também a aquiescência só terá eficácia quando manifestada depois de proferida a decisão recorrida.

Consideram-se atos incompatíveis com a vontade de recorrer, p. ex., o pagamento total ou parcial do débito declarado em sentença, a proposta de acordo para parcelamento do débito, a entrega das chaves depois de proferida uma sentença de despejo *etc.*

281. *juízo de admissibilidade e juízo de mérito* – conceitos e distinção – o objeto do juízo de admissibilidade

O juízo de admissibilidade dos recursos, diferentemente do juízo de mérito, consiste na concreta verificação das condições e pressupostos recursais. Poderá ser, conforme o caso, positivo ou negativo. Tanto quanto sucede em relação à demanda inicial a ser decidida pelo juiz de primeiro grau, só se chega ao julgamento do mérito recursal quando for reconhecida a observância de todos esses requisitos. Esse será um juízo *positivo* de admissibilidade, sendo *negativo* aquele no qual a admissibilidade é negada.

Em outras palavras: a) o juízo de admissibilidade tem por *objeto* a existência ou inexistência do direito ao julgamento do mérito recursal, enquanto (b) o juízo de mérito tem por *objeto* a pretensão do recorrente a uma decisão favorável, apta a transformá-lo de vencido em vencedor.

282. *juízo de admissibilidade – competência e efeitos*

A competência para o juízo de admissibilidade dos recursos é sujeita a regras diferentes de recurso para recurso. Na apelação o *primeiro* juízo de admissibilidade é feito pelo próprio juiz *a quo* (primeira instância). No recurso extraordinário e no especial, pelo presidente ou vice-presidente do tribunal que houver proferido o acórdão recorrido. Em todos esses casos diz-se que ao proferir um juízo negativo de admissibilidade o juiz ou tribunal de origem *nega seguimento* ao recurso. No agravo de instrumento, que é apresentado diretamente ao tribunal *ad quem* (órgão destinatário do recurso), é a este que cabe desde logo, por ato do relator, realizar o primeiro juízo de admissibilidade. Em hipótese alguma o juízo positivo de admissibilidade proferido pelo órgão de origem (*a quo*) vincula o órgão destinatário (*ad quem*). Ao lhe chegar o recurso admitido na origem, o tribunal competente realizará seu próprio juízo de admissibilidade, como matéria *preliminar* ao julgamento do mérito recursal. O juízo *negativo* de admissibilidade proferido pelo juiz de primeiro grau (no recurso de apelação) ou pelo presidente do tribunal local (recurso especial ou extraordinário) está sujeito a revisão pelo colegiado destinatário, mediante recurso de agravo a ele endereçado.

Quando o colegiado destinatário procede a um juízo negativo de admissibilidade, deixando pois de julgar o mérito recursal, diz-se que ele *não conhece do recurso*. Quando supera essa matéria preliminar, conhecendo do recurso e com isso chegando ao julgamento *de meritis*,

o colegiado (a) *dará provimento* ao recurso, invertendo o teor do que houver sido decidido pelo órgão de origem, ou (b) *negar-lhe-á provimento*, reafirmando o teor do julgamento impugnado pelo recurso. Em qualquer dessas duas hipóteses o julgamento pelo tribunal *substituirá* o ato recorrido, o qual ficará banido do mundo jurídico e não produzirá mais efeitos (CPC, art. 512). A doutrina moderna repudia as locuções *manter* ou *reformular* a decisão, mas elas são de extrema frequência nos juízos e tribunais. A decisão colegiada que não conhece do recurso não opera substituição alguma, e o ato recorrido permanece hígido e eficaz entre as partes.

283. *efeitos dos recursos*

Como todo procedimento, o recursal é composto de atos, que no caso vão da interposição do recurso até ao julgamento pelo tribunal destinatário. Entre esses atos extremos do procedimento, outros se realizam, como o juízo de admissibilidade pelo órgão *a quo* quando for o caso, a resposta do recorrido, a remessa ao tribunal *ad quem*, a distribuição a um relator, o conhecimento ou não conhecimento pelo colegiado competente, o provimento ou improvimento do recurso *etc.* E, como todos esses são *atos jurídicos*, é natural que cada um deles produza efeitos no procedimento recursal, alterando a situação preexistente – e essa é uma característica de todos os atos jurídicos, sabendo-se que sempre *ex facto oritur jus*.

Ora, de todos os efeitos que os atos do procedimento recursal produzem, os mais notórios e mais diretamente tratados pela lei e pela doutrina são o *efeito devolutivo* e o *suspensivo* do recurso interposto. São efeitos da própria interposição recursal ou, segundo alguns, do ato com o qual o recurso é recebido pelo órgão de origem. O efeito *devolutivo*, presente em todos os recursos, consiste em investir o tribunal destinatário do poder de decidir o recurso interposto. *Devolução* significa, em direito recursal, a transferência da causa ou incidente ao tribunal *ad quem*. O efeito *suspensivo* significa que, interposto o recurso, o ato judicial recorrido não produzirá, sequer provisoriamente, os efeitos impostos em seu *decisum*. Não se dá início ao cumprimento de sentença, não se fazem alterações no registro imobiliário *etc.* Ao estabelecer que “o recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo”, o art. 497 do Código de Processo Civil está a proclamar que tais recursos não têm efeito suspensivo. No tocante ao recurso de *apelação*, diz esse Código, de modo muito claro, que em princípio ela “será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo”, ressalvados os casos

excepcionais ali mesmo indicados, nos quais o efeito da apelação será somente o devolutivo. (art. 520).

Há exceções a essa técnica, como ocorre, p. ex., com os *embargos de declaração*. No processo civil também caberá ao juízo prolator do ato decisório a competência para examinar o mérito do recurso, v.g., nos casos previstos nos arts. 285-A, § 1º, e 296 do Código de Processo Civil. Além disso, a teor do disposto no art. 518, § 2º, desse Código, apresentadas contrarrazões à apelação, é facultado ao juízo de primeiro grau o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso interposto.

Em um estudo pormenorizado dos recursos e de seus efeitos, inadequado nesta sede, revela-se que também há os efeitos (a) do juízo positivo ou negativo de admissibilidade proferido pelo órgão *a quo*, (b) do conhecimento do recurso pelo tribunal *ad quem*, (c) de seu não conhecimento, (d) do conhecimento com provimento pelo mérito, (e) do conhecimento com improvimento, (f) do provimento somente para anular a sentença ou decisão recorrida *etc.*

Cassação e substituição. Em todas as hipóteses o julgamento de um recurso pelo seu mérito (recurso conhecido) tem o efeito de *cassar* o ato judicial impugnado, ou seja, de bani-lo do mundo jurídico e com isso fazer com que deixe de produzir efeitos. Quando o tribunal *ad quem* se limitar a somente *anular* esse ato, novo julgamento deverá ser proferido pelo órgão inferior, nada decidindo o tribunal sobre a matéria já decidida por este. Quando porém o tribunal vai ao mérito da própria decisão impugnada e profere uma nova decisão a respeito, ocorre também, além da cassação do ato inferior, sua *substituição* por um novo julgamento. Esse é o significado do art. 512 do Código de Processo Civil, segundo o qual “o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso”. Quer o tribunal *reformar* a sentença ou decisão, proferindo outra diferente, quer ele a *confirme* (ou *mantenha*), em qualquer dessas hipóteses ele estará proferindo uma decisão *sua*, que se põe no lugar daquela outra. Isso significa que doravante, para todos os efeitos, a decisão do tribunal é que figurará no processo como ato eficaz. Eventual recurso subsequente a ser interposto endereçar-se-á contra o ato do tribunal e não mais contra aquela decisão que fora objeto do primeiro recurso, a qual já estará cassada e substituída.

284. os recursos em espécie

A Constituição Federal e os Códigos processuais são particularmente explícitos na especificação dos recursos adequados a cada espécie

de decisão judiciária, com a consequência de que a interposição de um outro recurso, em vez do adequado, em princípio conduz à inadmissibilidade do recurso interposto.

São suscetíveis ao *recurso extraordinário*, a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal, as decisões de tribunais de todas as Justiças do país ou do próprio Superior Tribunal de Justiça, proferidas em única ou última instância, quando se versar sobre matéria constitucional (Const., art. 101, inc. III). Ao *recurso especial* se submetem as decisões de todos os tribunais da Justiça comum (Justiça Federal e Justiças dos Estados) em matéria de direito infraconstitucional federal. Essas tipificações constitucionais aplicam-se tanto ao processo civil quanto ao penal e ao eleitoral. O recurso extraordinário e o especial, dadas essas severas exigências constitucionais específicas, são reputados *recursos extraordinários em sentido amplo*. Também se chamam *recursos de direito estrito*, uma vez que só se admitem com fundamentos de direito positivo e jamais de direito local, contrato, fatos ou provas (Súmulas nn. 5 e 7-STJ).

O recurso de *apelação* é adequado à impugnação de sentenças proferidas em primeira instância por órgãos da Justiça comum, havendo-se por *sentença*, segundo definição do Código de Processo Civil, “o ato do juiz [*de primeiro grau*] que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei” (art. 513, c/c art. 162, § 1º). Sentença é, em uma conceituação mais técnica, o *ato que define a causa*, julgando-lhe o mérito ou negando-lhe esse julgamento.

São sujeitos ao recurso de *agravo* os atos com que, dando solução a uma *questão* levantada incidentalmente no processo em primeira instância (questão: ponto controvertido de fato ou de direito” – Carnelutti), o juiz dispõe sobre o prosseguimento do processo (CPC, art. 522). Tais são as *decisões interlocutórias*, que o Código de Processo Civil define como aquelas pelas quais “o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente” (art. 162, § 2º). O agravo admissível contra tais decisões de primeiro grau jurisdicional será *retido* ou, conforme o caso, *de instrumento* – reservando-se este para os casos em que “se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida” (art. 522, *caput*).

A grande classificação dos recursos apresenta-os em duas categorias: a) *ordinários*, que são aqueles de admissibilidade geral, não sujeitos a requisitos especialíssimos (apelação, agravo *etc.*); b) *extraordinários*, quando sujeitos a regras estritas de cabimento excepcional. O *recurso extraordinário* brasileiro (Const., art. 102, inc. III) é o recurso extraor-

dinário por antonomásia, mas ao lado dele figura, na mesma classe, o *recurso especial* (art. 105, inc. III). O *recurso ordinário*, da competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça nos casos constitucionalmente estabelecidos (art. 102, inc. II, e art. 105, inc. II), pertence à categoria dos recursos ordinários em geral e é um recurso ordinário por antonomásia. Trata-se de recurso interposto contra o julgamento da causa em sua instância inicial, assemelhando-se nisto à apelação, de cabimento geral (CPC, art. 513 – CPP, art. 593).

Existem muitos outros recursos tipificados na lei processual penal, na civil e na trabalhista, como (a) os embargos de declaração, os embargos infringentes, o *agravo nos próprios autos* contra decisão denegatória de seguimento ao recurso especial ou ao extraordinário, os agravos internos admissíveis no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça; b) o recurso em sentido estrito, a carta testemunhável e o agravo das decisões proferidas no processo de execução processo penal; c) o *recurso ordinário* e o de *revista*, admissíveis na Justiça do Trabalho, o *agravo de petição*, admissível contra decisão proferida nas execuções trabalhistas etc. – mas o estudo pormenorizado de todos e cada um não teria cabimento neste curso propedêutico caracterizado como uma *teoria geral do processo*.

285. tipicidade e unicidade recursais

Da *tipicidade* dos recursos, segundo a qual só se admite o recurso que for concretamente adequado com relação à espécie de decisão a ser impugnada (*supra*, n. 274), decorre que em princípio cada espécie de decisão só pode comportar uma espécie de recurso, sendo excepcional a admissibilidade de duas espécies recursais com referência a uma só e mesma espécie de decisão. Tal é a regra da *unicidade recursal*, que não permite escolhas pela parte nem o dualismo de recursos admissíveis. Uma exceção a essa regra é a concomitância da admissibilidade do recurso especial e do extraordinário, sendo admissível a interposição de só um deles ou de ambos em impugnação ao mesmo acórdão (CPC, art. 541). Outra exceção consiste na chamada *fungibilidade recursal*, admitida em alguma medida pelos tribunais e pela qual em certas circunstâncias a parte não se prejudica por eventual erro na escolha da apelação ou do agravo de instrumento contra dada decisão de primeiro grau jurisdicional.

286. unirrecorribilidade

Com a regra da unicidade recursal não se confunde a da *unirrecorribilidade*. Lá se dispõe que somente uma espécie recursal é adequada

para impugnar dada espécie de decisão, não se admitindo escolhas pelo recorrente. Aqui proíbe-se que contra uma só e mesma concreta decisão proferida no processo a parte deduza *duas interposições recursais*, seja simultânea, seja sucessivamente. Quer se trate de duas interposições da mesma espécie de recurso (uma apelação e depois outra apelação) ou de espécies diferentes (um agravo e depois uma apelação), duplicidades dessa ordem jamais se admitem. A segunda interposição não é admissível porque a primeira, como exercício do direito de recorrer, já terá operado a concreta extinção deste, pelo fenômeno da *preclusão consumativa*.

287. ação rescisória e revisão criminal: objeto

Como meios de impugnação de decisões judiciais, a ação rescisória e a revisão criminal têm sempre por objeto uma pretensão à desconstituição da autoridade de *coisa julgada material* incidente sobre os efeitos de uma sentença ou acórdão (Barbosa Moreira). O art. 485, *caput*, do Código de Processo Civil a admite exclusivamente com relação a sentenças *de mérito*, porque em princípio só tais sentenças têm aptidão a obter tal *auctoritas*. As sentenças terminativas e as interlocutórias em geral, não tendo essa aptidão, não se sujeitam à ação rescisória, salvo em casos excepcionalíssimos (interlocutória portadora de julgamento parcial do mérito, sentenças que extinguem o processo por ilegitimidade *ad causam* em certos casos etc.). Por disposição expressa do Código de Processo Penal a revisão criminal somente é admissível em caso de sentença *condenatória*, que é uma sentença de mérito contrária aos interesses do acusado (art. 621, § 1º).

Com esse perfil, a ação rescisória e a revisão criminal constituem um fator de equilíbrio entre a autoridade da coisa julgada, que constitui um penhor de segurança jurídica, e os reclamos por maior esmero na busca de soluções justas e conformes ao direito. Diante disso, é indispensável encará-las e tratá-las sem tantos preconceitos e tantas restrições que chegassem ao ponto de neutralizar esses remédios processuais concebidos em nome da justiça para emprego em casos excepcionais; mas também sem tanta liberalidade, que acabasse por ser um instrumento de instabilidade dos direitos e de desprezo à garantia constitucional do julgado.

Outro fundamental elemento de limitação da admissibilidade da ação rescisória e da revisão, ditado expressamente na própria lei, é repre-

sentado pela imposição de um *numerus clausus* de hipóteses nas quais elas serão em tese admissíveis (CPC, art. 485, incs. I-IX – CPP, art. 621, incs. I-III), não se autorizando ampliações.

288. condições da ação rescisória e da revisão criminal

Como *ações* que são, a ação rescisória e a revisão criminal têm sua admissibilidade sujeita à concreta presença das condições da ação em cada caso – possibilidade jurídica, legitimidade e interesse de agir.

Possibilidade jurídica. Uma demanda de rescisão ou revisão de sentença ou acórdão pela via da ação própria só será em tese admissível quando fundada em alguma das razões taxativamente arroladas nos incisos do art. 485 do Código de Processo Civil e 621 do Código de Processo Penal. Fora dessas hipóteses elas serão *juridicamente impossíveis*, e portanto não se admitirão, independentemente da verificação da concreta presença ou ausência dos demais requisitos – o que equivale a considerar que, faltando o enquadramento em alguma daquelas situações tipificadas em tais dispositivos, o autor da ação não terá o pretendido direito à rescisão ou à revisão da sentença ou acórdão impugnado.

No processo penal pode-se afirmar que a possibilidade jurídica também se associa à existência de uma condenação passada em julgado. Não cabe revisão contra sentença absolutória para obter resultado mais favorável ou revisão de sentença que declara extinta a punibilidade antes da sentença de mérito, ainda quando nessas hipóteses possa haver interesse de agir do acusado. Deve-se, porém, incluir no conceito de sentença condenatória a denominada sentença absolutória *imprópria* do art. 386, par., do Código de Processo Penal, que aplica medida de segurança ao inimputável, por ter inequívoca carga condenatória.

Legitimidade ativa. Segundo o disposto no art. 487 do Código de Processo Civil, têm legitimidade para propor a ação rescisória (a) aquele que houver sido parte no processo onde a sentença ou acórdão foi proferido, (b) o terceiro juridicamente interessado e (c) o Ministério Público, nas circunstâncias que a lei indica (art. 487, incs. I-III). A legitimidade à ação rescisória guarda estreita equivalência com a legitimidade para propor recursos (*supra*, n. 275).

No processo penal a legitimidade para a ação de revisão é exclusiva da defesa. O art. 623 do Código de Processo Penal arrola os legitimados, incluindo parentes do condenado após a morte deste. Discute-se se o Ministério Público é legitimado à revisão criminal em favor do réu – e a

tendência mais aberta é no sentido de aceitá-la, explicando-se a omissão da lei pelo fato de a revisão ser arrolada no Código como recurso, tendo o Ministério Público ampla legitimação para recorrer, inclusive a favor do acusado.

Interesse de agir. Para que a ação rescisória e a revisão possam ser admissíveis não basta que a pretensão do autor se reporte a uma das hipóteses abstratas da admissibilidade destas (possibilidade jurídica) e que a parte seja legítima *ad causam*. É também exigido que, a par desses requisitos, o autor da rescisória e da revisão ostente o indeclinável *interesse de agir*. Tanto quanto se dá em relação aos recursos, faltará o *interesse-necessidade* quando eventual procedência das ações não tiver aptidão a oferecer ao autor uma situação jurídica mais favorável (juízo prospectivo – *supra*, n. 277). E faltará o *interesse-adequação* enquanto a sentença ou acórdão impugnado ainda comportarem desconstituição ou cassação por outro modo, especialmente pela via de algum recurso já interposto ou ainda admissível. É esse o significado da exigência do trânsito em julgado como requisito para a admissibilidade da ação rescisória (CPC, art. 485, *caput*), sendo esta rigorosamente condicionada a esse requisito. É também por falta de interesse-adequação que a ordem jurídica nega o direito à ação rescisória e à revisão quando não se tratar de sentença de mérito – porque, salvo casos especialíssimos, as terminativas e as interlocutórias, não sendo de mérito e portanto não sendo amparadas pela coisa julgada material, comportam impugnação por outras vias ordinárias e mais cômodas (ou seja, *adequadas*).

289. o objeto do processo da ação rescisória e da revisão – juízo rescindente e juízo rescisório

Assim como os recursos são, na maioria dos casos, aptos a produzir o duplo efeito da *cassação e substituição* dos atos recorridos (*supra*, n. 283), assim também a ação rescisória e a revisão poderão, em certos casos, ter por objeto uma pretensão não só a desconstituir o ato, mas também a substituí-lo por outro. Tal é o significado da distinção entre o juízo rescindente (*judicium rescindens*), presente em toda ação rescisória e revisão, e o juízo rescisório (*judicium rescissorium*), que só poderá ter lugar, como diz o Código de Processo Civil, “se for o caso” (art. 488, inc. I). O resultado do juízo rescindente, quando positivo, será a desconstituição do julgado, ou sua *cassação*. O resultado do juízo rescisório, quando admissível, será sua *substituição* por outro (Flávio Luiz Yarshell). Essas regras e conceitos aplicam-se de igual modo à revisão

criminal, apesar da diferença de terminologia, pois há quem prefira falar em *juízo revidente* e *juízo revisório*. É porém mais conveniente empregar a terminologia comum para as duas hipóteses, pois em ambos os institutos se trata de rescisão.

Será o caso de proceder ao juízo rescisório quando a desconstituição do julgado pelo juízo rescindente não importar reconhecimento de algum fundamento que conduza à nulidade do ato impugnado ou, em geral, quando não for impeditivo do julgamento da causa ou incidente naquele momento. Anulada a sentença por incompetência da Justiça estadual, p. ex., não poderá o tribunal proferir novo julgamento sobre a causa, incorrendo também ele próprio nesse mesmo vício. Quando porém se tratar de um erro de julgamento (*error in iudicando*) as portas estarão abertas para que o tribunal, em sede de juízo rescisório, substitua a decisão impugnada por uma outra, de sua autoria e responsabilidade. É o que acontece, em geral, nas ações rescisórias por violação a literal disposição de lei material (art. 485, inc. V), por falsidade da prova (inc. VI), por erro de fato (inc. IX) etc. Também tais regras e conceitos aplicam-se, *mutatis mutandis*, à revisão criminal.

290. o processo da ação rescisória e da revisão criminal – pressupostos processuais

O processo da ação rescisória e da revisão criminal, como processos autônomos que são e distintos do processo onde se proferiu a decisão, sentença ou acórdão impugnado, é sujeito aos pressupostos processuais ordinariamente exigidos para o processo em geral, observadas algumas peculiaridades, como a seguir se verá.

Embora o Código de Processo Penal vigente rotule a revisão como *recurso*, há muito tempo doutrina e jurisprudência dão-lhe o tratamento de ação autônoma de impugnação. Desse modo, o que se diz abaixo também se aplica à revisão criminal, observadas algumas peculiaridades de menor importância.

Demanda regularmente proposta. A petição inicial da ação rescisória será endereçada ao *tribunal competente*, indicará como *partes* os sujeitos legitimados segundo a lei (*supra*, n. 288) e como *causa petendi* algum dos fundamentos arrolados nos incisos do art. 485 do Código de Processo Civil. Deduzirá necessariamente o *pedido* de rescisão do ato impugnado (*juízo rescindente*) e, se for o caso, também o de novo julgamento (*juízo rescisório* – art. 487, inc. I).

Tempestividade. O direito de propor a ação rescisória é condicionado ao prazo de dois anos a partir do trânsito em julgado da sentença ou acórdão (CPC, art. 495), sob pena de extinção por *decadência*. Os tribunais são uníssonos no entendimento de que, para essa fim, a sentença ou acórdão só se reputam passados em julgado a partir do momento em que se exaurir o último recurso interposto, ainda quando este se limite a algum ou alguns *capítulos de sentença*, deixando irrecorridos os demais. Ressalvam-se porém os casos de *intempestividade* na interposição recursal, nos quais o prazo para a rescisória tem início no mesmo dia em que houver começado o prazo para a interposição do recurso. Essa limitação temporal não se aplica porém à revisão criminal (*infra*, n. 291).

Tribunal competente. O tribunal a ser provocado pela ação rescisória será, em caso de *sentença de primeiro grau*, aquele que for competente para a apelação ou recurso ordinário contra esta (Tribunal de Justiça, TRF ou TRT); em caso de rescisão de acórdão, o próprio tribunal que o houver proferido.

Preparo e depósito. Exclusivamente para o processo civil exige-se o preparo de custas, como em qualquer propositura de demanda perante o Poder Judiciário, excluídas as hipóteses em que essa providência é dispensada por lei. Além disso, constitui ônus do autor da ação rescisória (mas não da revisão criminal) a efetivação de um depósito no montante de cinco por cento do valor da causa (CPC, art. 488, inc. II), o qual corresponderá em princípio ao valor da causa originária. Esse valor reverterá ao réu quando a ação rescisória vier a ser declarada inadmissível ou improcedente por unanimidade de votos – e seu depósito é dispensado quando for autor o Ministério Público ou alguma pessoa jurídica de direito público (art. 488, par.), ou ainda um beneficiário da assistência judiciária. Tal exigência é também totalmente estranha ao sistema da revisão criminal, em face de ser ela considerada instrumento ligado exclusivamente aos princípios maiores do processo penal – o *favor rei* e o *favor libertatis*.

Demais pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular. Como em todo processo civil, na ação rescisória as partes devem ser capazes e regularmente representadas por advogado. No processo penal, o réu condenado além de seus parentes, em caso de morte, têm capacidade postulatória autônoma (CPP, art. 623, que confunde legitimidade *ad causam* com capacidade processual).

Na vigência do antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil discutiu-se se essa lei federal posterior teria derogado o art. 623 do

Código de Processo Penal – e tal discussão foi retomada quando da promulgação da vigente Constituição Federal, que no art. 133 impõe a indispensabilidade do advogado, sendo essa disposição repetida no vigente Estatuto da Advocacia. Este somente confere capacidade postulatória ao paciente em relação ao *habeas corpus*, mas doutrina e jurisprudência já assentaram a plena vigência daquele art. 623, em face da prevalência dos valores da liberdade, dignidade e acesso à justiça em confronto com outros valores de menor relevância democrática. O ideal seria que após a impetração pelo réu condenado, ou seus parentes, o juiz nomeasse defensor dativo, a fim de deduzir tecnicamente a pretensão e formular corretamente o pedido.

A ação rescisória e a revisão processam-se segundo um rito praticamente equivalente do procedimento ordinário em primeiro grau jurisdicional, com toda sua estrutura. Esse procedimento deverá conter concretamente todos os *elementos estruturais* inerentes a todo procedimento em juízo, incluindo uma demanda, uma citação, oportunidade para a resposta do demandado, uma instrução quando for o caso e, sempre, uma decisão final (no caso, pelo tribunal). Como na maioria dos casos a ação rescisória versa sobre matéria de direito, e não de fato, não são tantas as situações em que uma instrução probatória precisará ser realizada. Diferente é o que ocorre com a revisão criminal, em que algumas hipóteses de cabimento exigem o exame de fatos.

291. *diferenças entre rescisão e revisão: prazo decadencial e reformatio in pejus indireta*

Há grande diferença entre a rescisória e a revisão em relação ao prazo decadencial referente ao tempo hábil a ajuizá-las. Enquanto a propositura daquela é condicionada ao prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado da sentença ou acórdão (CPC, art. 485 – *supra*, n. 290), não existe decadência alguma em relação ao direito à revisão, a qual pode ser ajuizada até após a morte do réu condenado. Nesse caso têm-se em mente o valor *dignidade* e a cessação de todos os efeitos penais da sentença condenatória (CPP, arts. 622 e 623).

O Projeto de novo Código de Processo Civil propõe uma flexibilização do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória, determinando que em caso de descoberta de prova nova, cuja existência o autor ignorava ou de que não pôde fazer uso, o prazo começa a correr a partir da descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de cinco

anos a partir do trânsito em julgado (art. 978, inc. VII, c/c art. 987, § 2º, do Substitutivo da Câmara).

Outra grande diferença, na revisão é o modo como se aplica a regra de vedação da *reformatio in pejus*, rigorosamente imperativa em relação a todos os recursos, tanto no processo civil como no penal (*supra*, n. 277) – regra essa que, tanto no civil quanto no criminal, transmigrou dos recursos à ação rescisória e à revisão criminal. Mas na área penal é firme a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a expressão do parágrafo do art. 626 do Código de Processo Penal (“de qualquer maneira” a nova sentença não poderá agravar a pena imposta pela sentença revista) incide também sobre o caso de *anulação da sentença rescindenda* e necessidade de novo julgamento. Trata-se da chamada proibição da *reformatio in pejus* indireta. Observa-se aqui o estranho fenômeno de uma sentença nula produzindo efeitos, pois continua balizando os limites de uma eventual nova condenação no juízo rescisório.

292. *outros meios de impugnação das decisões*

Além da rescisão e da revisão existem no sistema brasileiro outros instrumentos processuais, com natureza de ação ou *processos autônomos*, aptos à impugnação de decisões judiciais. Os principais são o *habeas corpus* e o *mandado de segurança contra ato jurisdicional*.

293. *mandado de segurança contra atos jurisdicionais*

Embora esteja muito longe de ser considerado um *recurso*, o mandado de segurança tem sido reconhecido como remédio adequado para a impugnação de decisões judiciais em certas circunstâncias, enquadrado no amplo conceito dos *meios de impugnação das decisões judiciais*. Esse *writ* ingressou na ordem jurídica brasileira como remédio voltado exclusivamente a repelir violações a direitos líquidos e certos praticadas por agentes do Poder Executivo. Não se cogitava de sua aplicação no tocante a violações dessa ordem vindas de membros do Poder Judiciário (Const.-1946, art. 141 – lei n. 1.533, de 31.12.1951, art. 1º).

Por volta dos anos *oitenta*, todavia, surgiu e se avolumou uma segura jurisprudência no sentido de, *em tese* e em dadas condições, admiti-lo também em repúdio a decisões com que juízes ou tribunais venham a violar direitos líquidos e certos. Para chegar a tanto os tribunais

deixaram de interpretar restritivamente a locução “autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”, contida no art. 1º da então vigente Lei do Mandado de Segurança (lei 1.533, de 31.12.1951), para entender que essa *autoridade coatora* poderá também ser um juiz ou tribunal. Com o apoio de boa doutrina (esp. Kazuo Watanabe), essa tendência se mantém na vigência da atual Constituição Federal (art. 5º, inc. LXIX) e a superveniente Lei do Mandado de Segurança (lei n. 12.016, de 7.8.2009) deixou claro que, salvo nas hipóteses que excepciona, admite-se o mandado de segurança contra decisões judiciais. Essas exceções são (a) “a decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo”, hipótese em que a própria legislação ordinária oferece eficiente proteção aos possíveis direitos das partes, e (b) “a decisão judicial transitada em julgado” (art. 5º, incs. II e III). A inadmissibilidade do *writ* contra sentença passada em julgado já era objeto da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal (Súmula n. 268). Fora dessas hipóteses a violação de algum direito líquido e certo por ato de juiz poderá dar ensejo à proteção pela via do mandado de segurança.

Reputam-se *líquidos e certos*, para os fins desse remédio constitucional, direitos cujo suporte fático esteja documentalmente comprovado, sendo límpida e manifesta a ocorrência dos fatos relevantes. E, justamente por ser esse um remédio a ser atuado com muita agilidade e presteza, não existe no procedimento judicial do mandado de segurança (inclusive contra ato jurisdicional) a mais mínima abertura para uma fase probatória. Valer-se-á o juiz exclusivamente das provas pré-constituídas trazidas pelo impetrante, a não ser quando a própria autoridade impetrada fornecer elementos fáticos capazes de dar sustentação à impetração.

Tem *legitimidade ativa* para o mandado de segurança contra ato jurisdicional a parte contrariada que nas mesmas circunstâncias seria legitimada a interpor o recurso admissível. Se esse sujeito estiver em litisconsórcio com outro ou outros no processo originário, qualquer um dos litisconsortes terá legitimidade para a impetração, na medida da vantagem que esta lhe puder proporcionar.

A *legitimidade passiva* recai, como é natural, sobre a pessoa jurídica a que pertencer o juiz ou tribunal responsável pelo ato impugnado – simplesmente porque o resultado da impetração atingirá de algum modo (positiva ou negativamente) a eficácia desse ato de exercício da jurisdição. Com escopo pragmático, porém, a lei outorga ao agente responsável pelo ato (no caso, juiz ou tribunal) uma condição que se pode denominar *legitimidade de representação*, mandando que tal sujeito seja

notificado a *prestar informações* – sabendo-se que, na prática, o agente público (juiz inclusive), quando notificado, não se limita a apresentar meras informações, pois quase sempre defende o ato não só com sua versão fática mas também mediante argumentações jurídicas, inclusive suscitando preliminares. Depois, assistematicamente a lei autoriza a pessoa jurídica interessada, que é o verdadeiro legitimado, a intervir no feito (“querendo”). De todo modo, cabendo ao impetrante identificar a autoridade coatora logo em sua petição inicial, pedindo sua *notificação*, nessa condição aparecerá o juiz ou tribunal ao qual se atribua o ato.

Quando o ato impugnado provier de um órgão judiciário colegiado (câmara, turma, seção, Órgão Especial *etc.*) será notificado a prestar informações o presidente do colegiado julgador.

É *competente* para processar e julgar a impetração o mesmo tribunal que o seria em caso de recurso contra a decisão impugnada em via de mandado de segurança. Em caso de impetração contra ato de tribunal a competência interna será definida pelo regimento interno de cada um. Se o ato for de um tribunal local e já não comportar recurso algum, será competente para o mandado de segurança o Supremo Tribunal Federal ou o Supremo Tribunal Federal, conforme o caso.

294. *habeas corpus*

Entre as ações autônomas de impugnação a decisões judiciais criminais sobressai a de *habeas corpus*, não só por propiciar o reexame de qualquer tipo de provimento jurisdicional mas principalmente pela celeridade e simplicidade de seu procedimento, bem como pela possibilidade de sua utilização como forma de tutela preventiva impedindo a concretização de eventuais ameaças à liberdade de locomoção (Const., art. 5º, LXVIII e CPP, arts. 647-667). Esse é um instrumento destinado a remediar e prevenir toda restrição ilegal ou abusiva da *liberdade de ir, vir e ficar*, mas o que tem pertinência na presente sede é o enfoque pontual de sua ampla utilização como sucedâneo de recursos.

Pode-se acompanhar a evolução do instituto a partir da prática judicial inglesa do século XIII, que, amadurecida através dos séculos, ensejou a aprovação pelo Parlamento inglês do *Habeas Corpus Act*, de 1679 e, mais tarde, do *Habeas Corpus Act*, de 1816. No Brasil foi o Código de Processo Criminal de 1832 que, pela primeira vez, cuidou do remédio. A Constituição de 1891 o elevou ao nível constitucional

mediante o art. 72, § 22, adotando uma conceituação mais ampla que a do direito anglo-saxônico.

A fórmula ampla do texto constitucional propiciou o surgimento, na doutrina e na jurisprudência, de forte corrente no sentido da admissibilidade do *writ* para remediar toda e qualquer lesão de direitos. A aplicação mais dilatada conferida ao instituto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi, no entanto, abolida pela reforma constitucional de 1926, que restituiu ao remédio sua destinação original, com a redação dada ao art. 72, § 22. O retrocesso em relação à proteção de outros direitos não foi duradouro, pois deu margem à criação de outro remédio constitucional (mandado de segurança). Em todos os nossos textos constitucionais posteriores, sem exceção, a garantia do *habeas corpus* foi expressamente contemplada. Na atual Constituição o remédio vem assegurado pelo art. 5º, inc. LXVIII: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Por outro lado, no art. 142, § 2º, estabelece a Lei Maior que “não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”.

Embora arrolado pelo Código de Processo Penal entre os recursos (arts. 647-667), admite-se hoje abertamente que se trata de uma ação de conhecimento, de cognição completa e definitiva sobre a legalidade da apontada restrição à liberdade de locomoção, ainda quando essa restrição seja apenas potencial. Tal ação tem por objeto uma tutela estatal consistente no restabelecimento da liberdade de ir, vir e ficar, ou, ainda, na remoção de ameaça que possa pairar sobre esse direito fundamental. E tal prestação se consubstancia na ordem de *habeas corpus*, através da qual o órgão judiciário reconhece a ilegalidade da restrição atual da liberdade e determina providência destinada à sua cessação (alvará de soltura) ou, conforme o caso, declara antecipadamente a ilegitimidade de uma possível prisão. Daí a distinção entre *habeas corpus* liberatório e *habeas corpus* preventivo.

O art. 654, primeira parte, do Código de Processo Penal estabelece que o *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, justificando-se tal extensão não só pela proeminência do bem cuja tutela se busca, mas também pela circunstância de que geralmente o próprio interessado está impossibilitado de se dirigir pessoalmente aos órgãos jurisdicionais competentes. Nesses casos são diferentes as pessoas do *impetrante* e do *paciente*.

Também o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, ao não incluir a impetração de *habeas corpus* entre atividades privativas de advocacia (art. 1º, § 1º), permite a formulação do pedido independentemente de qualquer habilitação, o que é justificado pela necessidade de uma proteção mais rápida e efetiva do direito à liberdade.

O já mencionado art. 654 do Código de Processo Penal confere ainda legitimidade ao Ministério Público para a impetração de *habeas corpus*. Essa é uma disposição salutar, principalmente na atual ordem constitucional, em que essa Instituição não representa a sociedade apenas na persecução penal mas tem como incumbência mais ampla “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (Const., art. 127, *caput*).

Com referência às ações constitucionais para a tutela das liberdades, a questão da *legitimidade passiva* foi bastante controvertida, mas sempre se entendeu que na ação de *habeas corpus* o legitimado passivo é o *coator*, ou seja, a pessoa responsável pelo ato de restrição ou ameaça ao direito de liberdade de locomoção apontada pelo impetrante – porque o art. 653 do Código de Processo Penal oferece a possibilidade de condenação da autoridade pelas custas do processo. Se o coator for autoridade pública, o Estado também figurará como litisconsorte, no polo passivo,

Dois critérios básicos orientam a determinação da *competência* para o processo de *habeas corpus*: *territorialidade* e *hierarquia*. Em primeiro lugar, a competência para processar e julgar o pedido será do juiz em cuja comarca ou seção judiciária estiver ocorrendo a coação ou ameaça. O critério da hierarquia está consagrado pelo art. 650, § 1º do Código de Processo Penal: “a competência do juiz cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição”. Daí surgem *competências originárias por prerrogativa de função*, enumeradas pela Constituição, de acordo com o *status* da autoridade coatora.

Apesar da sumariedade do procedimento do *habeas corpus*, certas situações excepcionais recomendam a antecipação da restituição da liberdade ao paciente, ou então, tratando-se de ordem requerida em caráter preventivo, a adoção de providências urgentes para o resguardo do direito de ir, vir e ficar. Assim, embora não prevista em lei, a concessão de *liminar* em *habeas corpus* vem sendo admitida pela jurisprudência, em caráter excepcional, sempre que presentes os requisitos das medidas urgentes, por analogia com a previsão existente em relação ao mandado de segurança.

A prática forense mostra que o *habeas corpus* vem sendo utilizado cada vez mais como sucedâneo dos recursos penais, assoberbando os tribunais e, certamente por isso, o projeto de novo Código de Processo Penal contém disposições que visam a reconduzir o remédio a seu caráter de remédio excepcional.

bibliografia (habeas corpus)

Grinover, Magalhães e Scarance, *Recursos no Processo Penal*, São Paulo, Ed. RT, 5ª ed., 2008.

Watanabe, Kazuo, *Controle jurisdicional e Mandado de Segurança contra atos judiciais*, São Paulo, Ed. RT, 1980.

BIBLIOGRAFIA GERAL

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y auto-defensa*. México, Textos Universitários UNAM, 1970.

ALLORIO, Enrico. "Giustizia e processo nel momento presente". *Rivista di diritto processuale civile* 1939.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 5ª ed., vols. I e II. São Paulo, Saraiva, 1977.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. "Abandono da causa". *RF* 254/171. Rio de Janeiro, Forense.

_____. *Do chamamento à autoria*. São Paulo, Ed. RT, 1972.

_____. "Do litisconsórcio no sistema do Código de Processo Civil". *Justitia* 82/63. São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo.

_____. "Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro". *RT* 438/23. São Paulo, Ed. RT.

_____. "Prova do direito estrangeiro". *RT* 485/16. São Paulo, Ed. RT.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Direitos e deveres do advogado*. São Paulo, Saraiva, 1983.

AZEVEDO SODRÉ, Ruy de. *O advogado, seu estatuto e a ética profissional*. São Paulo, Ed. RT, 1963.

BADARÓ, Gustavo Righi. "Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva". In: FERNANDES, Og (org.). *Medidas cautelares no processo penal*. São Paulo, Ed. RT, 2011.

_____. *Processo Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Elsevier, 2014.

BARBI, Celso Agrícola. *A ação declaratória no processo civil brasileiro*. 4ª ed.

_____. "Os poderes do juiz e a reforma do Código de Processo Civil". *Revista de direito processual civil* 6/157.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos". In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo, Max Limonad, 1984.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.