

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

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

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

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

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

CAPÍTULO III

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE: OBJETO

SEÇÃO I

GENERALIDADES

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

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

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

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

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

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

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

(2) Cf., para a revista, J. AMERICANO, *Coment. cit.*, 4.º vol., págs. 77/8; J. F. MARQUES, *Instít. cit.*, vol. IV, págs. 304/7; H. DE M. B. BARROS, *ob. cit.*, págs. 57/8; VICENTE FARIA COELHO, *Recurso de revista*, pág. 127; VERCIN-GETORIX DE CASTRO GARMS, *Recurso de revista*, pág. 129; quanto ao recurso extraordinário, P. DE MIRANDA, *Coment. ao Cód. de Proc. Civ. cit.*, t. XII, págs. 234/5, 277; J. A. DA SILVA, *ob. cit.*, pág. 332.

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

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

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

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

(3) PROVINCIALI, *Sist. cit.*, pág. 160; *id.*, *Delle imp. in gen. cit.*, pág. 125.

(4) Inexato afirmar pura e simplesmente, como C. SANTOS, *ob. e vol. ult. cit.*, pág. 231, que o incapaz não pode recorrer. Substancialmente no sentido do texto, embora com formulação um pouco diversa, S. FAGUNDES, *ob. ult. cit.*, pág. 39, nota 67. Cf., na doutrina alemã, ROSENBERG, *ob. cit.*, t. I, pág. 239; FURTHNER, *Das Urteil im Zivilprozess*, 2.ª ed., pág. 78.

(5) V., acima, na. 18 e 19.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SEÇÃO II

REQUISITOS INTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

§ 1.º — Cabimento do recurso

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(20) Já assim interpretava o art. 810, em comentário a acórdão, logo depois da entrada do Código em vigor, L. M. GUIMARÃES, in *Rev. de Crít. Judic.*, vol. 81, págs. 225/6, onde se lê: “Se o legislador pretendesse subordinar o aproveitamento do recurso incabível à circunstância de haver sido interposto ‘dentro do prazo legal’, teria indicado de modo expresso essa condição, como faz no artigo anterior, ao permitir a variação de recurso”. Entre os julgados que esposam a nossa tese, podem citar-se, a título exemplificativo, o do Pretório Excelso, em 18-10-1948, *apud* ALEXANDRE DE PAULA, *O processo civil à luz da jurisprudência*, t. IX, pág. 4.238, n.º 14.427; do Tribunal de Justiça do ex-Distrito Federal, em 19-10-1948, *ibid.*, pág. 4.252, n.º 14.480; do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 22-9-1949 e 7-10-1949, *ibid.*, pág. 4.259, ns. 14.514 e 14.515, respectivamente; do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 8-8-1948, *Rev. For.*, vol. 120, pág. 484; em 24-11-1952, *Rev. dos Trib.*, vol. 208, pág. 364; em 19-12-1957, *Rev. dos Trib.*, vol. 273, pág. 320. Na doutrina, em sentido conforme, P. DE MIRANDA, ob. e t. ult. cit., págs. 61/3; DE P. e SILVA, ob. cit., vol. V, pág. 88; A. DE M. LIMA, ob. ult. cit., págs. 224 e segs.; P. PALMEIRA, *Da sistemática...* cit., págs. 19/20; contra, S. FAGUNDES, ob. ult. cit., págs. 167/9; L. DA COSTA, *Dir. Proc. Civ. bras. cit.*, vol. III, pág. 848; J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 58; M. A. SANTOS, ob. cit., vol. III, pág. 97; P. B. MARTINS, *Rec. e proc...* cit., págs. 167/8.

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

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

§ 2.º — Legitimação para recorrer

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

vol. II, pág. 38. Em sentido contrário, VICENTE CHERMONT DE MIRANDA, *Chamamento à autoria*, in *Rep. Encl. do Dir. Bras.*, vol. 8, pág. 172, o qual se atém a uma interpretação literal do art. 97, *caput*, *fine*, embora o critique *de lege ferenda*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(48) Nesse sentido, P. DE MIRANDA, *Coment. ao Cód. de Proc. Civ.* cit., t. XI, pág. 24.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 3.º — Interesse em recorrer

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(58) Para alguns, convém notar, a sucumbência seria fonte da legitimação, e não do interesse: assim CARNELUTTI, *Lezioni cit.*, vol. IV, pág. 291; *id.*, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. III, pág. 642; *Studi di Diritto Processuale*, vol. III, pág. 111; CALAMANDREI, *Appunti sulla reformatio in peius*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. VI, 1929, parte I, págs. 301/2; SATTI, *Le impugn. cit.*, pág. 18 (mas v. a referência ao interesse na pág. 19 e em *Dir. Proc. Civ. cit.*, pág. 384); ATTARDI, *L'int. ad agire cit.*, págs. 292/3; S. COSTA, *Manuale cit.*, pág. 370; *id.*, *Rivocazione della sentenza per falsità di documenti e legittimazione al gravame*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. XI, 1934, parte II, págs. 182/3 e nota 8, nesta; *verbete Interesse e legittimazione ad agire*, in *N. Dig. Ital.*, vol. VII, pág. 49; D'ONOFRIO, *verbete Appello (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. Ital.*, vol. I, pág. 728; em sentido dubitativo, PROVINCIALI, *Il giudizio di rinvio*, págs. 170/1; em obras posteriores, este autor relaciona mais decididamente a sucumbência com o interesse; v. *Sist. cit.*, § 32, a despeito do que se lê na pág. 166; *Delle impugn. in gen.*, págs. 143 e segs.); LUGO, *Manuale cit.*, pág. 176 (a rubrica do § 126 fala

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

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

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

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

(59) Assim, com certa variedade de formulação, CHIOVENDA, *Instit. cit.*, vol. I, págs. 62/3, e vol. III, pág. 229; *id.*, *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. VIII, 1931, parte I, págs. 17/8; CARNELUTTI, *Sistema*, t. e pág. cit. em a nota precedente; LIEBMAN, “Parte” o “capo” di sentenza, in *Riv. di Dir. Proc.*, vol. XIX, 1964, págs. 56/7; GIUDICEANDREA, *Le impugn. civ.*, cit., vol. I, pág. 167; D’ONOFRIO, verbete *Gravami* (diritto processuale civile), in *N. Dig. Ital.*, vol. VI, pág. 487; PEDOTE, verb. cit., pág. 272; DEL POZZO, verb. *Impugn.* (dir. proc. pen.) cit., pág. 435; MOREL, ob. cit., pág. 474; PODETTI, ob. cit., pág. 125; C. SANTOS, ob. ult. cit., vol. IX, pág. 231; A. BUZARD, *Do agr. de pet. cit.*, pág. 146; *id.*, *Da apel. ex off.* cit., pág. 7; J. C. DE O. E. CRUZ, ob. cit., págs. 63/4.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(68) O ensinamento é tão generalizado que, a rigor, tornaria dispensáveis as citações. V., em todo caso, SCHÖNKE, ob. cit., pág. 301; ROSENBERG, ob. e t. cit., pág. 361; LENT, ob. cit., págs. 275/6; MORTARA, verb. cit., pág. 513; CARNELUTTI, *Studi* cit., vol. III, pág. 108; ZANZUCCHI, ob. ult. cit., vol. II, pág. 187; *id.*, *Delle impugn. in gen.* cit., pág. 311; PROVINCIALI, *Sist. cit.*, págs. 110 e segs.; *id.*, *Delle impugn. in gen.* cit., págs. 81, 148/9; GIUDICANDREA, *Le impugn. civ.* cit., vol. I, pág. 167; S. COSTA, ob. ult. cit., pág. 371; LEONE, ob. cit., pág. 94; PETRELLA, ob. e vol. cit., págs. 223, 236, 244/5; A. D. GIANNINI, verb. cit., pág. 737; LIEBMAN, *trab. cit.* em a nota n.º 59, pág. 61; VELLANI, verb. cit., pág. 722; PRIETO-CASTRO, ob. e t. cit., pág. 532; GUASP, ob. cit., pág. 1.357; PODETTI, ob. cit., págs. 126/7; J. A. DOS REIS, ob. e vol. cit., pág. 266; C. SANTOS, ob. e vol. ult. cit., pág. 231; DE P. B. SILVA, ob. e vol. ult. cit., pág. 91; J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 18; S. FAGUNDES, ob. ult. cit., pág. 32; P. B. MARTINS, ob. ult. cit., pág. 179; L. M. GUIMARÃES, ob. ult. cit., pág. 80; e muitos outros. Logicamente aparentado com êsse princípio é o da inadmissibilidade do recurso em que as razões do recorrente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(75) Sustenta-se em doutrina, com grande autoridade, que a arguição do vício, no caso, pode ser feita por outras vias que não os embargos à execução, inclusive "por simples petição": P. DE MIRANDA, *Trat. da ação resc. cit.*, pág. 154 (cf. págs. 21, 29, 152/3; *Coment. ao Cód. de Proc. Civ. cit.*, t. XIV, pág. 181). Se exata essa afirmação, logicamente se deveria dar à sentença assim viciada, quanto à recorribilidade, o mesmo tratamento aplicável à inexistente. Ousamos, todavia, discordar: se a lei previu expressamente, para a alegação, o remédio dos embargos, condicionado à prévia segurança do juízo, parece-nos um contra-senso admitir que se atinja resultado idêntico sem cumprimento de tal requisito.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(81) V. abaixo, n.º 79.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(99) Para L. DA COSTA, ob. ult. cit., vol. II, pág. 410, e J. LAFAYETTE, verb. ult. cit., pág. 32, também no art. 233. Quanto ao art. 55, de acordo com a interpretação do texto, J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., págs. 384, 343; J. LAFAYETTE, lug. ult. cit. É escusado sublinhar que o reconhecimento só tem eficácia quando se trate de direito *dispositivo*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(104) É, em nossa doutrina, a *communis opinio*: v., entre outros, P. DE MIRANDA, ob. ult. cit., t. XI, pág. 108; J. F. MARQUES, ob. cit., vol. IV, págs. 100/1; S. FAGUNDES, ob. ult. cit., págs. 198/9. Assim também na literatura italiana: CHIOVENDA, *Institt. cit.*, vol. III, pág. 214; PROVINCIALI, *Sist. cit.*, págs. 184/7; *id.*, *Delle impugn. cit.*, págs. 225/7; GIUDICEANDREA, ob. e vol. ult. cit., págs. 169/70; MINOLI, ob. cit., págs. 357/8; entre os processualistas penais, LEONE, ob. cit., págs. 192, 190; DEL POZZO, *Le impugn. pen. cit.*, págs. 370/2; PETRELLA, ob. e vol. cit., pág. 488. *Aliter*, no direito português, por força de disposição expressa (Código de Processo Civil, art. 381, n.º 1).

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

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

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

80. O mesmo princípio acha-se à base da doutrina, tradicional em nosso direito, segundo a qual se torna inadmissível o recurso interposto por quem, expressa ou tácitamente, se conformou com a decisão proferida. Costuma-se incluir essa figura no conceito de *renúncia*; mas, em nossa opinião, cabe distinguir entre as hipóteses em que alguém, podendo recorrer, manifesta a vontade de não usar o recurso, e em que somente se assume, diante da sentença, atitude de conformação, de assentimento, de anuência. Chamar-se-á *renúncia*, com maior propriedade, à primeira, reservando-se o *nomen iuris* de *acquiescência*, largamente usado na literatura italiana (107), para a segunda, na qual o trancamento das vias recursais é aspecto secundário e consequencial, que pode até não ter sido querido.

Não há que confundir *acquiescência* com *desistência*, que concerne a recurso *já interposto*. O recurso manifestado por aquêle

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SEÇÃO III

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

§ 1.º — *Tempestividade*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(116) Não tem razão J. J. CALMON DE PASSOS, *Da revelia...* cit., págs. 53 e segs., na tentativa de demonstrar que da decisão de mérito deve, em qualquer caso, ser intimado o réu revel. A primeira parte do seu raciocínio (págs. 53/5) baseia-se em premissa falsa: a de que é necessária a intimação do revel da designação da audiência de instrução e julgamento, por ser esta “ato do qual nenhum prazo decorre, nem é termo inicial de prazo de qualquer espécie” — afirmação inexistente na sistemática do Código de Processo Civil, a cuja luz, em princípio, é naquela audiência que se há de proferir a sentença (art. 271, *caput*), e com ela, portanto, começa a fluir o prazo recursal (art. 812). A segunda parte (págs. 55/6) desdobra-se em considerações apenas relevantes, quando muito, *de lege ferenda*.

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

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

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

(117) G. DE RESENDE F.º, ob. cit., vol. II, págs. 32/3; J. F. MARQUES, ob. cit., vol. II, pág. 857; vol. III, págs. 311/2; vol. IV, pág. 65; M. A. SANTOS, ob. cit., vol. III, pág. 95; S. FAGUNDES, ob. ult. cit., págs. 79/80. No mesmo sentido, quanto ao art. 35, P. DE MIRANDA, ob. ult. cit., t. I, pág. 334; com referência à possibilidade da suspensão convencional da instância, parece haver contradição entre o que ensina o mestre no t. III, pág. 215 (*verbis* “A suspensão da instância, oriunda de convenção das partes, não apanha os prazos para recurso, já iniciados, nem a subida, ou o andamento e a subida dos recursos interpostos” — grifo nosso), e no t. XI, pág. 74 (*verbis* “A suspensão convencional da instância (art. 197, II) apanha o prazo do recurso se, à data da suspensão, está êle a correr” — sem grifo no original). Em desacôrdo com o texto, J. AMERICANO, ob. cit., vol. IV, págs. 10/11; A. DE M. LIMA, Sist. cit., págs. 250/2; CÂNDIDO NAVES, *Impulso processual e poderes do juiz*, págs. 94 e segs.

(118) S. FAGUNDES, ob. ult. cit., págs. 82/3; de acôrdo, J. F. MARQUES, ob. ult. cit., vol. IV, págs. 66/7. A Lei n.º 4.215, de 27-4-1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), criou, no art. 181, parágrafo único, mais uma causa de suspensão de prazos processuais (qualquer, inclusive os de recurso): a requisição, pelo Presidente do Conselho Federal ou de Seção Regional, de cópias autênticas ou fotocópias de peças de autos.

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

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

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

§ 2.º — Regularidade formal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 3.º — Pagamento das custas

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

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

(124) Assim pensa P. DE MIRANDA, ob. e t. ult. cit., pág. 144. (125) P. DE MIRANDA, ob. e t. ult. cit., pág. 417; S. FAGUNDES, ob. cit., pág. 363; P. B. MARTINS, ob. ult. cit., pág. 316; J. C. DE O. E. CRUZ, ob. cit., págs. 324/5; J. O. DE CASTRO F.º, ob. cit., pág. 54; E. ROSA, *Dia. de proc. civ.* cit., verbete *Agravo no auto de processo*, pág. 58; em sentido contrário, O. DE ANDRADE, ob. e vol. cit., pág. 300; L. DA COSTA, ob. e vol. cit., pág. 376; J. F. MARQUES, ob. e vol. cit., pág. 233. Quanto à jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal já se fixou na tese correta: v. o enunciado n.º 426 da Súmula.

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

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

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

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

§ 4.º — Preparo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(131) V. abaixo, ns. 121, 122 e 130.

(132) V. abaixo, n.º 111.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(140) V. achia, n.º 85.

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

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

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

(142) Em sentido contrário, S. FAGUNDES, ob. ult. cit., pág. 117, nota 15 (começada na pág. 116). Esse autor, no entanto, de maneira até certo ponto contraditória, admite que os prazos de preparo se sujeitam em geral às causas comuns de suspensão, embora entre elas não mencione a fôrça maior: v. páginas 114/5 e 118/9, onde se inculca a tese de que, para os outros recursos que não a apelação, o prazo de preparo apenas seria passível de suspensão por motivo comprovado “nos próprios autos pela anormalidade da marcha do feito”, e por isso verificável de ofício pelo juiz, “dispensando prova e requerimento por parte do interessado”. Parece acolher essa distinção — para nós, pouco razoável — J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 98. Substancialmente de acordo com o texto, DE P. E SILVA, ob. e vol. cit., pág. 243; P. B. MARTINS, ob. ult. cit., págs. 806/7.

CAPÍTULO IV

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE: COMPETÊNCIA E FORMA

SEÇÃO I — COMPETÊNCIA

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

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

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

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