

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Professor titular de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

(Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973)

NOTAS CPC/2015

Vol. V
(Arts. 476 a 565)

ARTIGOS 994 a 1.044

15ª edição
revista e atualizada



Rio de Janeiro
2009

Tombo	12154
Classif.	343.9 (094.46)
PHA	0725
Ano	2009 V. 5
Ed.	15
Ass.	40/26.02.09

1ª edição – Ed. Forense – 1974
 14ª edição – Ed. Forense – 2008
 14ª edição – Ed. Forense – 2008 – 2ª tiragem
 15ª edição – Ed. Forense – 2009

© Copyright
 José Carlos Barbosa Moreira

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte.
 Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

M837c	<p>Moreira, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565./José Carlos Barbosa Moreira. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.</p> <p>ISBN 978-85-309-2899-5</p> <p>Inclui Bibliografia.</p> <p>I. Processo civil – Legislação – Brasil. I. Brasil. Leis, decretos etc. Código de Processo Civil. II. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDU – 347.91/95(81) (094.46) [341.46]</p>
-------	---

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
 COMPANHIA EDITORA FORENSE

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Endereço na Internet: <http://www.forense.com.br> – e-mail: forense@grupogen.com.br
 Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ
 Tels.: (0XX21) 3543-0770/(0XX11) 5080-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

Impresso no Brasil
 Printed in Brazil

À Turma de Bacharéis de 1972 da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, que me deu a honra de adotar o meu nome – em sinal de amizade e gratidão.

Título X

DOS RECURSOS

134. Os recursos no quadro geral dos remédios contra decisões judiciais – Desde tempos remotos têm-se preocupado as legislações em criar expedientes para a correção dos possíveis erros contidos nas decisões judiciais. À conveniência da rápida composição dos litígios, para o pronto restabelecimento da ordem social, contrapõe-se o anseio de garantir, na medida do possível, a conformidade da solução ao direito. Entre essas duas solicitações, até certo ponto antagônicas, procuram os ordenamentos uma via média que não sacrifique, além do limite razoável, a segurança à justiça, ou esta àquela. Fazer inimpugnáveis quaisquer decisões, desde que proferidas, atenderia ao primeiro interesse, mas com insuportável detrimento do segundo; multiplicar *ad infinitum* os meios de impugnação produziria efeito diametralmente oposto e igualmente danoso. Ante a inafastável possibilidade do erro judicial, adotam as leis posição intermediária: propiciam remédios, mas limitam-lhes os casos e as oportunidades de uso.

Naturalmente, conforme a diretriz de política legislativa predominante na época, tais remédios vêem-se prodigalizados ou, ao contrário, comprimidos em doses parcimoniosas. A oscilação entre uma e outra tendência marca a evolução histórica de todos os grandes sistemas jurídicos do chamado mundo ocidental.

– É tradicional a distribuição dos remédios utilizáveis contra as decisões judiciais em duas classes fundamentais: a dos *recursos* e a das *ações autônomas de impugnação*.¹ Como traço distintivo entre elas, costuma

¹ Sobre essa dicotomia, em todos os seus aspectos relevantes, *vide*, sobretudo, a clássica exposição de CALAMANDREI, *La Cass. Civ.*, vol. II, págs. 194 e segs., 231; do mesmo autor, já anteriormente, *Vizi della sent. e mezzi di grav.*, in *Op. Giur.*, vol. VIII, págs. 245 e segs.; em data mais recente, verbete *Cassazione Civile*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. II, pág. 991. Além do critério discretivo a seguir apontado no texto, outros têm

que a regra constitucional só protegerá a primeira sentença, e não a segunda, *igualmente passada em julgado*? Porventura não se desrespeitará, também, a garantia da *res iudicata*, fazendo tábua rasa da segunda sentença? E se se responder que esta não merece a mesma proteção *porque posterior*, sem dúvida se cairá em petição de princípio: o que se precisa demonstrar é exatamente a prevalência da coisa julgada anterior, enquanto tal.

Num caso parece simplificar-se a solução do tormentoso problema: naquele em que a segunda sentença, violadora da *res iudicata*, não re julgou a *mesma* lide, mas lide *subordinada* à que a primeira decidira. Exemplo: declarada inexistente a dívida principal, por sentença trântita em julgado, acolheu-se posteriormente o pedido de condenação ao pagamento de juros. A ofensa, aqui, não consiste em haver-se formulado *nova* regra concreta para a *mesma* situação jurídica, mas simplesmente em haver-se formulado a regra concreta para situação jurídica *subordinada* sem levar-se em conta a regra concreta anteriormente formulada para a situação jurídica *subordinante* (*vide, supra*, o comentário nº 77 ao art. 485).²⁵³ Nesta hipótese, não é impossível deixar prevalecer ambos os vínculos decorrentes da *auctoritas rei iudicatae* conferida às duas decisões, até porque a segunda não gerou *res iudicata* sobre a obrigação principal – que, no processo onde ela surgiu, era simples *ponto prejudicial*.²⁵⁴ Destarte, em quaisquer eventuais feitos posteriores, de um lado não se poderá tornar a pôr em dúvida que *aqueles* juros eram devidos, mas, por outro lado, tampouco será lícito questionar de novo a inexistência da obrigação principal, de modo que, se se vier a reclamar em juízo prestação *diversa* (*v.g., novos* juros), a autoridade de coisa julgada da primeira sentença obstará ao acolhimento do pedido.

253 Não há discordar de LENENBACH, *Die Behandlung...*, págs. 84 e segs., 210, quando afirma que a violação da coisa julgada sobre a prejudicial dá ensejo à desconstituição da segunda sentença, por meio da revisão do processo (*Wiederaufnahme des Verfahrens*), correspondente à ação rescisória; o problema posto em nosso texto, contudo, diz respeito à eventualidade de *já haver-se esgotado* o prazo para a propositura da rescisória.

254 Sobre a distinção entre *ponto prejudicial* e *questão prejudicial*, *vide* MENESTRINA, *La pregiudiciale nel processo civile*, págs. 137 e segs.; CHIOVENDA, *Insttit.*, vol. I, pág. 385; BARBOSA MOREIRA, *Quest. prejud. e coisa julg.*, pág. 70.

apontar-se a circunstância de que os remédios da segunda classe se dirigem contra decisões *já transitadas em julgado*, ao passo que os da primeira são exercitáveis, precisamente, antes de formada a *res iudicata*, com o efeito precípua de impedi-la.

As raízes históricas de semelhante esquema² arrancam principalmente do direito medieval, embora não se devam olvidar certos antecedentes mais remotos: com efeito, na Roma antiga, ao lado da *appellatio*, protótipo dos recursos, floresceu a *restitutio in integrum*, em que se podem identificar traços assimiláveis aos das modernas ações impugnativas. A cristalização desta última categoria em figura de contornos nítidos apenas ocorreria, porém, depois de fundamente alteradas as noções correntes entre os romanos sobre a *nullidade* da sentença e os respectivos efeitos. Chamava-se em Roma *nulla sententia* ao pronunciamento judicial eivado de defeitos muito graves, notadamente de ordem processual; mas o conceito que se exprimia por tais palavras correspondia ao que hoje, apesar de reiteradas críticas doutrinárias, geralmente se designa pela locução “sentença inexistente” e implicava a desnecessidade do uso de qualquer remédio. Só muito mais tarde, por influência do direito germânico, veio a firmar-se o princípio de que mesmo os *errores in procedendo* precisavam ser denunciados por meios específicos, sob pena de ficar preclusa a sua arguição, prevalecendo para todos os efeitos a decisão viciada. Essa a origem da *querela nullitatis*, instituto que se desenvolveu no período intermédio, paralelamente à apelação, reservada em regra para a denúncia de supostos *errores in iudicando*.

A *querela nullitatis* é em geral apontada como o germe das ações autônomas de impugnação, conhecidas sob várias formas no direito moderno. Não foi homogênea, entretanto, a evolução dos diversos ordenamentos europeus nessa matéria. Enquanto em alguns a *querela* se viu em parte abolida e em parte absorvida pela apelação – de tal sorte que os fundamentos alegá-

sido propostos em sede doutrinária: consulte-se a respeito, na moderna literatura, CERINO-CANOVA, *Le impugn. civ.*, págs. 17 e segs., que os passa em revista e os submete a minuciosa análise crítica.

2 Para o estudo histórico dos institutos em foco, veja-se também a obra fundamental de CALAMANDREI, cujo vol. I se dedica inteiramente à explicação do processo evolutivo por que passaram eles ao longo dos séculos. Excelentes resumos da matéria encontram-se em LIEBMAN, nota 4 às *Instit.* de CHIOVENDA, vol. III, págs. 200/4, e em MACHADO GUIMARÃES, *Lim. obj. do rec. de apel.*, págs. 50/1. Cf. também, *supra*, o comentário nº 66.

veis para pedir a desconstituição da sentença passaram a fazer-se valer unicamente como razões de recurso, perdendo toda a relevância fora desse estreito âmbito, em outros subsistiram certas possibilidades de ataque às decisões judiciais, ainda quando irrecorríveis. Seguiram aquela orientação o direito francês e o italiano; esta foi vitoriosa no direito alemão. Quanto ao luso-brasileiro, a despeito de resíduos romanísticos identificáveis nos textos das Ordenações, acabou por preponderar a tese medieval de que as próprias sentenças processualmente defeituosas precisavam ser impugnadas, e o remédio forjado para ocorrer a tal necessidade veio a constituir a *ação rescisória*, até hoje subsistente entre nós.³

Já se assinalou que, nas exposições clássicas da matéria, é a relação de cada uma delas com a coisa julgada que ministra o critério basilar para a diferenciação entre as duas grandes espécies, acima indicadas, de remédios. Essa linha divisória logicamente deveria apagar-se nos ordenamentos influenciados pela tendência, que a partir de certa época se difundiu, a converter em simples razões de recorribilidade os motivos que antes levavam à invalidação da sentença: a conseqüência seria a absorção das ações impugnativas autônomas pelos recursos. Manteve-se a separação, contudo, sob forma diversa: a da distinção, que em alguns países se veio a consagrar, entre recursos *ordinários* e *extraordinários*, aqueles obstativos do trânsito em julgado, estes utilizáveis contra decisões já revestidas da *auctoritas rei iudicatae*. Do ponto de vista substancial, os "recursos extraordinários", em tais sistemas, desempenham função análoga à das ações autônomas de impugnação.⁴

No direito brasileiro, a ação rescisória, espécime característico desta última classe, conserva a nota tradicionalmente indicada: dirige-se contra decisões passadas em julgado. Não nos parece, entretanto, que se possa, *de lege lata*, fazer repousar na presença ou na ausência dessa circunstância o critério essencial da diferenciação entre ações impugnativas e recursos. A construção há de fundar-se nos dados do direito positivo, com as suas peculiaridades. Ora, não pode sofrer dúvida que, entre nós, *todos* os recursos (ad-

3 Acerca do parentesco entre a nossa rescisória e a *querela nullitatis*, consulte-se LIEBMAN, *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*, in *Probl. del proc. civ.*, pág. 512. Negava a continuidade da linha histórica PONTES DE MIRANDA, *Trat. da ação resc.*, 5ª ed., pág. 63, que preferia descobrir no direito visigótico a origem da rescisória; cf. *Coment. ao C.P.C.* (de 1973), t. VIII, pág. 278. "A ação rescisória de sentença nada tem com a *querela nullitatis* do direito italiano". Quanto à contribuição da *restitutio in integrum*, recebida com maior largueza pelo Código vigente do que pelo anterior, vide, *supra*, o comentário nº 66.

4 CALAMANDREI, *La Cass. Civ.*, vol. II, págs. 209, 210.

missíveis!) empecem à formação da coisa julgada: é o que já decorria, com nitidez cristalina, do disposto no art. 6º, § 3º, do Dec.-lei nº 4.657 (Lei de Introdução ao Código Civil), *verbis*: “Chama-se coisa julgada, ou caso julgado, a decisão judicial de que já não caiba recurso”, e agora ressalta do art. 502 ~~467~~ do Código de Processo Civil. Mas esse traço não basta para a demarcação da divisa: tira-se da regra legal que *não é recurso*, para o direito brasileiro, remédio algum utilizável contra decisão passada em julgado; mas não se tira que *seja necessariamente recurso* qualquer remédio utilizável contra decisão ainda não passada em julgado. O núcleo irreduzível do conceito há de ser, pois, buscado alhures.

135. Conceito de recurso no direito processual civil brasileiro – Não ministra o Código de Processo Civil uma definição de “recurso”; examinando-se, porém, as várias figuras ali arroladas sob esse *nomen iuris*, verifica-se que o denominador comum de todas elas consiste em que o seu uso não dá margem à instauração de *novo processo*, senão que apenas produz a extensão do *mesmo processo* até então fluente. Eis aí, ao nosso ver, o traço característico do instituto, tal como o disciplina o vigente direito processual civil brasileiro, e já o disciplinava o Código anterior.⁵ Não será recurso, pois, remédio algum cujo emprego produza a instauração de processo *distinto* daquele em que se proferiu a decisão impugnada: assim, obviamente, a ação rescisória, mas também o mandado de segurança contra ato judicial, a despeito de não pressupor o trânsito em julgado – o que o excluiria, segun-

5 Cf. PONTES DE MIRANDA, *Coment. ao C.P.C* (de 1973), t. VIII, pág. 257: “Recurso é impugnativa dentro da mesma relação jurídica processual” (grifos do autor); na literatura mais recente, CARREIRA ALVIM, *Elementos de teoria geral do processo*, pág. 379; SANDRO MARCELO KOZIKOSKI, *Manual dos recursos cíveis*, pág. 48; ARAKEN DE ASSIS, *Manual dos rec.*, pág. 34; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, pág. 463; RODRIGO BARIONI, *Efeito devolutivo da apelação civil*, págs. 19/20. Concepção idêntica domina o direito alemão, conforme se tem frisado desde o século XIX: vide, por exemplo, WACH, *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, pág. 267. Diversa é a posição de GILLES, a que já se fez referência (*supra*, nota 2 ao comentário nº 65): esse autor, aliás com brilho invulgar, propõe construção do recurso como ação constitutiva processual, cujo exercício dá lugar à formação de novo processo (*Rechtsmittel*, págs. 7/8, 13, 49, 106 e *passim*; para sucessivas confirmações da tese, vide o artigo *Anschliessung, Beschwer, Verbot der reformatio in peius und Parteidispositionen über die Sache in höherer Instanz*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, vol. 91, 1978, págs. 133 e segs., e o escrito *Rechtsmittel im Zivilprozess aus juristischer Sicht*, introdução ao vol. *Rechtsmittel im Zivilprozess*, onde se publicaram os trabalhos de simpósio sobre o tema, realizado em Bochum, em 1984). Na doutrina mais recente, sem aderir *in totum* à proposta de GILLES, também SEMMELMAYER, *Der Berufungsgegenstand*, págs. 33/4, 40 e segs., 212, sustenta a individualidade do procedimento recursal em face do processo no primeiro grau de jurisdição.

do o outro critério, do elenco das ações autônomas de impugnação, no qual, para nós, indubitavelmente se inscreve.

De ponto de vista diverso, verifica-se ainda que todo recurso nasce da iniciativa de alguém interessado em impugnar uma decisão. Observe-se: o fato de ensejar a revisão do que se haja decidido pode ser característica comum a outras figuras processuais. Nas hipóteses de que tratam o art. 475 do Código e numerosas disposições de leis extravagantes, também se chega ao reexame, mas por via que não se identifica nem se confunde com a recursal.⁶

À luz das considerações acima, pode-se conceituar *recurso*, no direito processual civil brasileiro, como o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna. Atente-se bem: dentro do mesmo processo, não necessariamente dos mesmos autos. A interposição do agravo por instrumento dá lugar à formação de autos apartados; bifurca-se o procedimento, mas o processo permanece *uno*, com a peculiaridade de pender, simultaneamente, no primeiro e no segundo grau de jurisdição.

O caso mais comum é aquele em que a interposição do recurso visa à reforma da decisão recorrida; isto é, visa a obter do órgão *ad quem* a formulação, para a hipótese, de regra jurídica concreta diferente daquela formulada pelo órgão *a quo*. Muitas vezes, porém, o que daquele se pretende é simplesmente que invalide, elimine, casse o pronunciamento emitido, para que, posteriormente, outro o substitua: assim na apelação fundada em suposto vício processual. Ao esclarecimento ou à integração da decisão recorrida tendem os embargos de declaração.

136. Condição jurídica da sentença sujeita a recurso – A sentença trântisa em julgado, contenha embora vício capaz de fundamentar uma ação

6 Como é notório, o estatuto de 1939 falava, no art. 822, em “apelação necessária ou *ex officio*”, para aludir ao ato por que o próprio juiz submetia sua sentença ao tribunal. O vigente diploma afastou-se desse modelo, a despeito da expressão “apelação voluntária”, que escapou ao legislador no antigo parágrafo único do art. 475, e onde o adjetivo podia fazer supor a existência de apelação que não fosse voluntária. No art. 3º da Lei nº 8.437, de 30.6.1992, aparece referência a “recurso voluntário ou *ex officio*”. São destituições técnicas que, embora lamentáveis, não bastam para desfigurar o sistema. Registre-se, em todo caso, que, mesmo na mais recente doutrina, há quem continue a assimilar à do recurso a figura da remessa oficial à instância superior: assim SERGIO BERMUDEZ, *Introdução ao processo civil*, pág. 159, onde aliás se reafirma posição já adotada nos *Coment. ao C.P.C.*, vol. VII, pág. 33.

impugnativa, é ato idôneo a produzir todos os efeitos normais, e tal eficácia subsiste enquanto não a tolha eventual decisão *desconstitutiva*. A ação rescisória não é ação que vise à *declaração* de nulidade: é ação *constitutiva negativa*. Por isso mesmo, nenhum dos seus possíveis fundamentos pode ser eficazmente invocado, por exemplo, em questão prejudicial, a resolver-se *incidenter tantum*, ou sequer como empecilho à execução da sentença rescindível. A condição jurídica da decisão só passível de ataque por via da ação autônoma, destarte, assimila-se à dos atos jurídicos meramente *anuláveis* (cf., *supra*, o comentário nº 68 ao art. 485).

Diversa é a da sentença ainda sujeita a impugnação mediante recurso, e como tal desprovida da *auctoritas rei iudicatae*. O grau de instabilidade, aqui, é obviamente muito maior: pode ser que o pronunciamento venha a prevalecer em caráter definitivo, se decorrer *in albis* o prazo recursal, ou por qualquer outra razão o recurso se revelar inadmissível; mas, *a priori*, há pelo menos igual possibilidade de que a superveniência de outro pronunciamento, em grau superior, retire ao primeiro toda a aptidão para cristalizar-se em *res iudicata*.

Várias e interessantes teorias têm sido propostas para explicar essa figura. Vale a pena recordar, em termos sintéticos, as principais:⁷

a) A sentença sujeita a recurso seria ato submetido a *condição resolutive*: nasceria desde logo provida dos requisitos necessários para viver de maneira estável, mas exposta a perder a eficácia originária no caso de sobrevir novo pronunciamento na instância recursal. Criticou-se esta doutrina, observando que, a ser assim, não se compreenderia por que a decisão (condenatória) recorrível não produz, como consequência normal, senão apenas excepcionalmente, efeito executório – argumento cujo peso depende do critério (variável) adotado pelo *ius positum*.

b) Utilizou-se também, para caracterizar a natureza da sentença passível de recurso, o conceito de *situação jurídica*, entendido como circunstân-

7 Adotamos, na exposição que se segue no texto, o esquema de CALAMANDREI, *La Cass. Civ.*, vol. II, págs. 187 e segs. A concepção indicada sob *a* remonta a MORTARA, *Commentario*, vol. IV, págs. 204 e segs., espec. 209; quanto a KOHLER (a quem CALAMANDREI igualmente a atribui), em *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, págs. 71/2, adotara posição afim à mencionada sob *b* (conforme referia o próprio CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, pág. 393, nota 1), mas teria depois modificado o seu pensamento. A segunda teoria é chiovendiana (*Principii*, págs. 392/3, 951/2; *Instit.*, vol. III, págs. 220/1). A terceira, sob *c*, foi proposta por UGO ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, págs. 257 e segs., espec. 274/5. A quarta, enfim, sob *d*, elaborou-a CALAMANDREI mesmo, *La Cass. Civ.*, vol. II, págs. 190 e segs., desenvolvendo uma sugestão de VASSALLI.

cia que, com o concurso de outras, *pode gerar determinado efeito*, mas permanece ineficaz se essas outras não se verificam. A decisão do órgão inferior seria, então, menos uma sentença propriamente dita que mera *possibilidade de sentença*, à espera, para aperfeiçoar-se, de que fique em definitivo excluída a hipótese de novo pronunciamento.

c) De acordo com outra opinião, a sentença recorrível seria ato em si perfeito, mas *sujeito a revogação*, ocorrendo esta apenas quando o órgão *ad quem* a reformasse, não quando a confirmasse. Entretanto, a tese predominante – e entre nós, *de lege lata*, expressamente consagrada (Código de Processo Civil, art. 512) – é a de que, seja qual for o sentido em que se profira, a decisão da superior instância substitui *sempre* a recorrida, nos limites do que formou o objeto do recurso (adiante se cuidará de precisar melhor o ponto: *vide* os comentários ao dispositivo citado).

d) Uma quarta explicação – que, ao menos para o ordenamento positivo brasileiro, nos parece a preferível,⁸ com ressalva dos casos em que a lei, por exceção, antecipa ao trânsito em julgado a produção de efeitos – vê também, na sentença sujeita a recurso, um ato condicionado, porém esclarece que se trata na verdade, de condição *suspensiva*: a decisão nasce com todos os requisitos essenciais de existência, mas, de ordinário, tolhida em sua eficácia; a não-superveniência de outro pronunciamento, na instância recursal, é a condição legal negativa cujo implemento lhe permite irradiar normalmente os efeitos próprios. Tal condição pende, enquanto subsiste a possibilidade de proferir-se decisão em grau de recurso; verifica-se, quando semelhante possibilidade fica em definitivo afastada; falta, quando o órgão *ad quem* emite validamente nova decisão, quer para confirmar, quer para reformar a anterior.

137. Natureza jurídica do recurso – Para certa corrente doutrinária, constitui o recurso uma ação distinta e autônoma em relação àquela que se vinha exercitando no processo.⁹ Chegou-se à precisão de atribuir-lhe natureza *constitutiva*, por tender, pelo menos no comum dos casos, à remoção de

8 De acordo, na recente literatura pátria, ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos*, in *Livro de Estudos Jurídicos*, nº 8, pág. 86.

9 Assim, v.g., na Itália, BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, pág. 638; PROVINCIALI, *Sistema delle impugnazioni civili*, págs. 93/4; *Delle impugnazioni in generale*, págs. 71/3; DEL POZZO, *Le impugnazioni penali*, pág. 137; LEONE, *Sistema delle impugnazioni penali*, págs. 70/1; na Espanha, GUASP, *Derecho Procesal Civil*, págs. 1.322 e seqs.; na Alemanha, GILLES, *Rechtsmittel*, págs. 13, 49/50 (além dos outros trabalhos citados em a nota 5 ao comentário nº 135, *supra*).

ART.

1.008

um pronunciamento. A favor dessa tese, tem-se invocado a circunstância de que a ação originária se funda em fato extraprocessual, isto é, ocorrido fora do processo, antes de sua instauração, ao passo que o recurso se origina de fato verificado dentro do processo: a decisão recorrida, justamente. Argumenta-se ainda com a circunstância de serem legitimadas à interposição de recurso, por vezes, pessoas diversas daquelas que detinham a legitimação para a causa.

Poder. A maior parte da doutrina prefere conceituar o poder de recorrer como simples aspecto, elemento, modalidade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo.¹⁰ Não obsta a esse entendimento a interponibilidade de recurso pelo réu: tenha-se em mente o caráter *bilateral* da ação. Restariam os casos em que se faculta o recurso a terceiros prejudicados, ou ao Ministério Público ainda quando não seja parte (art. 499, § 2º, *fine*). Aí, o que se tem de entender é que o recorrente exerce por essa forma *abreviada* o direito de ação, que não quis, ou não pôde exercer pela forma normal.¹¹ Quanto à diferença de *fundamento*, basta observar que existem ações originárias de fatos *intraprocessuais* (ação rescisória fundada em *error in procedendo*, embargos de terceiro, mandado de segurança contra ato judicial), o que retira ao critério discretivo proposto muito de sua significação, embora nestas hipóteses, ao contrário do que sucede com os recursos, o processo em que ocorreu o fato originante não seja *o mesmo* em que se exerce a ação impugnativa.

10 Vide, entre outros, com certa diversidade de formulações, UGO ROCCO, *L'autor. della cosa giud. ...*, pág. 252; *Trattato di diritto processuale civile*, vol. I, pág. 371; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, vol. II, pág. 182; JAEGER, *Diritto processuale civile*, pág. 479; CARNELUTTI, *Diritto e processo*, pág. 230; LIEBMAN, *Manuale*, vol. II, pág. 257; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. II, pág. 222; PROTO PISANI, *Lezioni*, pág. 452; PODETTI, *Tratado de los recursos*, págs. 14/5, 168; IBÁÑEZ FROCHAM, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, pág. 33; MURCIA BALLÉN, *Rec. de rev. civ.*, pág. 13; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual*, vol. III, págs. 113/4; SERGIO BERMUDEZ, *Coment. ao C.P.C.*, vol. VII, págs. 20/2; NELSON NERY JR., *Teoria geral dos recursos*, pág. 232. Vale, contudo, ressaltar que o poder de recorrer existe inclusive nos procedimentos de jurisdição voluntária, em que, segundo o pensamento dominante, não há ação.

11 Cf. PONTES DE MIRANDA, *Coment. ao C.P.C.* (de 1973), t. VII, pág. 58; ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Um enfoque const. da teor. ger. dos rec.*, pág. 77.

Sob outro ponto de vista, a interposição de recurso pode caracterizar-se como *ônus processual*.¹² Trata-se, com efeito – ressalvados os casos de sujeição obrigatória da matéria à revisão por órgão superior (~~art. 475~~) –, de ato que alguém precisa praticar para tornar possível a obtenção de uma vantagem ou para afastar a consumação de uma desvantagem. Está presente aí o traço essencial por que o ônus se estrema do *dever*, ordenado este à satisfação de interesse *alheio*, aquele à de interesse *próprio*.

ART.
436

138. Recurso e duplo grau de jurisdição – Tradicional é a correlação que se estabelece entre o instituto do recurso e o princípio do duplo grau de jurisdição, segundo o qual as lides ajuizadas devem submeter-se a exames sucessivos, como garantia de boa solução. A justificação política do princípio tem invocado a maior probabilidade de acerto decorrente da sujeição dos pronunciamentos judiciais ao crivo da revisão. É dado da experiência comum que uma segunda reflexão acerca de qualquer problema freqüentemente conduz a mais exata conclusão, já pela luz que projeta sobre ângulos até então ignorados, já pela oportunidade que abre para a reavaliação de argumentos a que no primeiro momento talvez não se tenha atribuído o justo peso. Acrescente-se a isso a circunstância de que, em regra, o julgamento do recurso compete a juízes mais experientes, em regime colegiado, diminuindo a possibilidade de passarem despercebidos aspectos relevantes para a correta apreciação da espécie.

Não têm faltado, entretanto, desde tempos remotos, críticas veementes ao sistema. Costuma citar-se, ao propósito, um texto de ULPIANO, aliás ambíguo e suspeito de inautenticidade. Para os adversários do princípio do duplo grau, ou os órgãos superiores são presumivelmente mais capazes de fazer boa justiça, e neste caso mais vale confiar-lhes diretamente a tarefa de julgar as causas, ou não gozam de tal presunção, e neste caso a devolução da matéria ao seu conhecimento é medida contraproducente, pelo risco que gera de substituir-se uma decisão certa por outra errônea. A verdade, porém, é que a garantia de mais provável acerto resulta, principalmente, de uma circunstância especial: o controle exercido pelo juízo *ad quem* beneficia-se da presença, nos autos, de material já trabalhado, já submetido ao crivo do primeiro julgamento, e ao da crítica formulada pelas próprias partes, ao arta-

12 GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, págs. 89, 99; BETTI, *Dir. proc. civ. ital.*, pág. 639; CARNELUTTI, *Instit.*, pág. 179; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instit.*, vol. IV, págs. 30/2; *Manual*, vol. III, pág. 113; NELSON NERY JR., *Teor. ger. dos rec.*, pág. 234; FLÁVIO CHEIM JORGE, *Teoria geral dos recursos cíveis*, págs. 24/5.

zoarem, num sentido e noutro, o recurso. De qualquer sorte, se no plano da lógica pura talvez se tornasse difícil demonstrar *more geometrico* a superioridade do sistema do duplo grau, é certo que na prática, até por motivos de ordem psicológica, se têm considerado positivos os resultados de sua adoção, como revela a consagração generalizada do princípio nos ordenamentos dos povos cultos, principalmente depois que a Revolução Francesa, apesar de forte resistência, o encampou.¹³

Na realidade, a utilização das vias recursais pode explicar-se por uma série de razões extremamente diversificadas – desde a sincera convicção de que o órgão *a quo* decidiu de maneira errônea, até o puro capricho ou espírito emulatório, passando pelo desejo de ganhar tempo, pela irritação com dizeres da decisão recorrida, pelo intuito de pressionar o adversário para induzi-lo a acordo, e assim por diante. Não fica excluída a hipótese de que a vontade de recorrer esteja menos no litigante que no advogado, receoso de ver-se atingido em seu prestígio profissional pela derrota, ou movido por animosidade contra o patrono da parte adversa. É intuitivo, por outro lado, que fatores também múltiplos e variados influem na opção final entre interpor e não interpor o recurso: a estimativa das despesas com este relacionadas, a previsão do tempo que fluirá até o julgamento, a qualidade da decisão proferida, a existência ou inexistência de orientação jurisprudencial firme sobre a questão de direito, e até a situação do mercado de trabalho na advocacia... Trata-se de problemática do maior interesse, notadamente pelo ângulo da sociologia do processo, a reclamar estudos interdisciplinares, como os que já se vão fazendo noutros países.¹⁴

– Muito se tem discutido em doutrina acerca da exata significação e alcance do princípio do duplo grau. Em termos genéricos, poder-se-ia dizer que dele decorre a necessidade de permitir-se nova apreciação da causa, por órgão situado em nível superior na hierarquia judiciária, mediante a interpo-

13 De início, a rigor, se bem que se haja mantido o *duplo exame*, a revisão das sentenças não competia a órgãos de posição mais alta na hierarquia judiciária, mas aos próprios juízos de primeiro grau, julgando um as apelações interpostas contra outro: era o sistema do chamado “*appel circulaire*”. Só na época napoleônica é que vieram a criar-se (*rectius*: a restaurar-se) órgãos específicos, de nível superior, para o reexame: *vide* ROYER, *Histoire de la justice en France*, págs. 276/7 e 411/2; HILAIRE, *Un peu d'histoire*, in *Justices*, nº 4/96, pág. 12.

14 Sirva de exemplo o promovido, em 1984, pelo Ministério da Justiça da República Federal da Alemanha, com a colaboração de juristas de diversas nacionalidades, magistrados, advogados, sociólogos e especialistas em estatística judiciária, do qual resultou o rico volume citado em a nota 5 ao comentário nº 135, *supra*.

ART.
496

sição de recurso ou expediente análogo – como, no sistema do Código de 1973, o contemplado no ~~art. 475~~, após a primeira decisão. Surgem as dificuldades, porém, quando se quer determinar a extensão da atividade cognitiva a ser exercida pelo órgão *ad quem*, em confronto com a que exerceu o órgão *a quo*. Costuma suscitar-se o problema, especialmente, no que tange à amplitude dos poderes cognitivos exercitáveis no juízo da apelação. Indaga-se, com efeito, se ao órgão *ad quem* é lícito examinar todos os aspectos da causa, inclusive aqueles sobre os quais não se haja pronunciado o órgão *a quo*, ou se estaria vinculado, e em que medida, aos limites da cognição efetivamente exercida no primeiro grau. Indaga-se, noutras palavras, quando se deve reputar *exaurido* o primeiro grau, de sorte que a causa, sujeita à apreciação do órgão *ad quem*, não precise voltar ao órgão *a quo*, para eventual complementação da atividade cognitiva a este deferida.¹⁵

Um exemplo frisante: o juízo inferior acolheu a arguição de prescrição e, com isso, julgou improcedente o pedido, sem analisar a parte restante do *meritum causae*. Interposto recurso contra a sentença, se o tribunal entender que houve erro na solução da preliminar, e negar a ocorrência da prescrição, pode porventura ir adiante no exame da causa, ou tem de determinar a baixa dos autos, para que o órgão *a quo* se pronuncie sobre as questões remanescentes? Caso se adote o primeiro alvitre, estar-se-á “suprimindo” um grau de jurisdição? Por mais forte razão, cabe a pergunta a propósito da possibilidade, que porventura se abra ao órgão *ad quem*, de compor a lide, sob certas condições, ao julgar recurso interposto contra sentença que extinguiu o processo sem apreciação do mérito (*vide* o art. 515, § 3º, introduzido pela Lei nº 10.352).

Posta em semelhantes termos, a questão obviamente se articula com a da delimitação do efeito devolutivo que se atribui ao recurso ou ao expediente análogo previsto na lei. Não há definição universalmente válida do princípio do duplo grau: cabe ao intérprete extrair dos textos do *ius positum* os dados necessários à sua caracterização, num determinado ordenamento.¹⁶ Vale ob-

ART.
1.043, § 3º

- 15 É vasta ao propósito a literatura estrangeira, sobretudo italiana: *vide*, em sede monográfica, as longas elaborações de ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni, nuove prove in appello*, págs. 113 e segs., e de NIGIDO, *I poteri del giudice di appello*, págs. 62 e segs., com abundantes indicações bibliográficas.
- 16 Dizia com razão CERINO-CANOVA, *Le impugn. civ.*, pág. 113, que “*tale principio non ha una propria rilevanza ed un suo contenuto giuridici, se non per ciò che risulta dalla disciplina vigente*” (cf., na mesma ordem de idéias, RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, págs. 55/6). Nessa perspectiva – a não ser que pretendam simplesmente refletir as características de um sistema normativo (no caso, o italiano) –, soam apriorísticas afirmações como a de VELLANI, *Appello (diritto processuale civile)*, in *Enc. del dir.*, vol. II, pág. 719, para quem o princípio do duplo grau implica que “*ogni controversia deve poter passare (...) attraverso due gradi di esame in fatto e in diritto*”.

servar que, embora parte considerável da doutrina, desde época anterior ao advento da atual Carta da República, tenda a considerá-lo ínsito em nosso sistema constitucional,¹⁷ nem o texto da Constituição anterior nem o da vigente ministra, no particular, conceito que se imponha ao legislador ordinário; nenhum dos dois alude sequer, *expressis verbis*, ao princípio. Tem-se de verificar quais são, a respeito, as exigências inerentes à própria sistemática do Código. É o que há de resultar do estudo da problemática atinente ao efeito devolutivo, matéria de que se tratará nos lugares adequados: *vide, infra*, em termos genéricos, o comentário n° 143, e com referência específica à apelação os n°s 237 e seguintes, ao art. ~~515~~. 1.013.

139. Atos sujeitos a recurso – Nos arts. 162 e 163, ~~tentou o Código proceder a uma classificação dos atos praticados pelo órgão judicial em sentenças, decisões interlocutórias, despachos e acórdãos.~~ Definiu *sentença*, na redação primitiva, como “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”, e *decisão interlocutória* como “o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente” (art. 162, §§ 1° e 2°); chamou *despachos* a “todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma” (art. 162, § 3°); e reservou a denominação de *acórdão* ao “julgamento proferido pelos tribunais” (art. 163).

ARTS.
203 &
204

A primeira observação que se impõe é a de que, ao redigir o art. ~~162~~, o legislador, aludindo a “atos do juiz”, evidentemente só quis abranger uma categoria de atos, a saber, os *pronunciamentos*,¹⁸ escritos ou verbais,

ART. 203

7 JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instit.*, vol. IV, pág. 210 (em sentido diverso, porém, *Manual*, vol. I, pág. 84, e *A reforma do Poder Judic.*, 1° vol., pág. 246, nota 5); MONIZ DE ARAGÃO, *Embargos de nulidade e infringentes do julgado*, 1ª ed., pág. 107; *Sugestões ao novo Código de Processo Civil*, in *Estudos sobre a reforma processual*, pág. 71; agora, *Sent. e coisa julg.*, pág. 346, nota 825; MENDONÇA LIMA, *Introdução aos recursos cíveis*, págs. 141/3; ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Os princ. const. e o C.P.C.*, pág. 141; *Um enfoque const. da teor. ger. dos rec.*, págs. 71/2; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Do recurso adesivo no processo civil brasileiro*, pág. 138; *Dos recursos*, in *Est. sobre o novo C.P.C.*, págs. 185/6.

f. MONIZ DE ARAGÃO, *Coment. ao C.P.C.*, vol. III, págs. 36, 43; NELSON NERY JR., *Teor. ger. dos rec.*, pág. 235; NELSON LUIZ PINTO, *Manual dos recursos cíveis*, pág. 105. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Os agravos no CPC brasileiro*, pág. 105. Uns preferem falar, à italiana, em “*provimentos*”: assim ARAÚJO CINTRA – ADA PELLEGRINI GRINOVER – CÂNDIDO DINAMARCO, *Teor. ger. do proc.*, págs. 356/7; RUI A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso*, vol. I, págs. 186, 189. Interessante registrar o defeito do texto não passou despercebido a um crítico estrangeiro: J. A. ZAMORA, *El nuevo Código procesal civil brasileño*, in *Rev. de Der. Proc. Iberoamericana*, 1974, n° 2, pág. 473.

do órgão judicial. Em verdade, dentre os atos que o juiz pratica no processo, há muitos outros – alguns de superlativa importância – que não consistem nem em sentenças, nem em decisões interlocutórias, nem em despachos.¹⁹ por exemplo, a inquirição de testemunha (~~art. 416~~) ou da parte (~~art. 344~~), a inspeção de pessoa ou coisa (~~art. 440~~), a tentativa de conciliação das partes (~~arts. 331 e 448, principio~~), a audiência dos cônjuges sobre os motivos da separação consensual (~~art. 1.122, caput~~, com a redação dada pelo art. 39 da Lei nº 6.515), a abertura de testamento cerrado (~~art. 1.125~~), a arrecadação dos bens da herança jacente (~~art. 1.145~~), o exame do interditando (~~art. 1.181~~) e assim por diante. Semelhantes atos, porém, não interessam do ponto de vista em que agora nos situamos. Em matéria de recorribilidade, relevante é mesmo a classificação feita no art. 162, notadamente no que diz respeito aos atos emanados dos órgãos de primeiro grau de jurisdição – que podem ser ou não recorribéis, e, no caso de o serem, nem sempre o serão pela mesma via. Com efeito, “dos despachos não cabe recurso” (~~art. 504, na redação da Lei nº 11.276, que suprimiu a expressão “de mero expediente” após “despachos”~~), ao passo que as sentenças são passíveis de apelação (~~art. 513~~), e as decisões interlocutórias comportam agravo (~~art. 522~~).

Por outro lado, no entanto, apesar do empenho com que se preocupou em definir as várias espécies de pronunciamentos, não conseguiu o legislador forjar uma nomenclatura unívoca e perfeitamente coerente. A distinção entre *sentença* e *decisão interlocutória*, tal como resultava do confronto entre o primitivo teor do § 1º e o 2º do art. 162, inspirava-se em critério *topológico*: aquela, dizia-se, “põe termo ao processo” (*rectius*: ao procedimento de primeiro grau), esta é proferida “no curso do processo”. O conceito de sentença sofreria modificação por força da Lei nº 11.232, que alterou a redação do ~~art. 162, § 1º~~, passando a definir *sentença* como “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269” – definição a cuja análise e crítica não é este o lugar adequado para proceder.

Sentenças e decisões interlocutórias poderiam reunir-se, para formar em conjunto a classe mais ampla das *decisões*, contraposta à dos *despachos*,

19 *Aliter*, CARLOS SILVEIRA NORONHA, *Do agravo de instrumento*, págs. 159 e 160, que talvez preocupado em salvar a pretensa exaustividade do art. 162 – preferiu incluí-los entre os despachos, e de maneira mais particular na subespécie dos “despachos de expediente” (ou “de mero expediente”), ao lado de outros atos, de natureza muito diversa, como a “determinação da citação do réu”, a “ordenação de uma diligência cartorial”, a “intimação das pessoas sujeitas ao comando judicial” etc. Deixando de parte a inconveniência de justapor figuras de tão patente heterogeneidade, ressalte-se que aberrava da tradição, do modo usual e consagrado de falar, dizer-se que o juiz “despacha” quando interroga uma testemunha, ou quando inspeciona pessoa ou coisa.

ART. 481

ART. 359

ART. 203

ART. 459

ART. 385, § 2º

ART. 735

ART. 740

ART. 1.004

ART. 1.009

ART. 1.015

ARTS. 144, II; 205;
1.003; 1.000; 1.008;
& 528.

conquanto, em mais de um dispositivo, use o Código a palavra "decisão" no sentido estrito de "decisão interlocutória" (v.g., arts. ~~134, nº III, 164, 242 e seu § 1º, 503, 512, 733~~), contrapondo-a, por conseguinte, a "sentença". Esse modo de dizer sempre foi obviamente defeituoso, pois o adjetivo "interlocutória", apostro ao substantivo "decisão" no ~~art. 162 e seu § 2º~~ (cf. o art. ~~539, nº II~~, da redação anterior e o parágrafo único da conseqüente à reforma efetuada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994), indica sem sombra de dúvida, sob pena de tornar-se inteiramente supérfluo, que, no sistema da lei, "decisão" é conceito mais extenso que o de "decisão interlocutória". As decisões *interlocutórias* constituem apenas *um dos tipos* de decisões, e claro está que o outro tipo, no procedimento de *primeiro* grau, só pode ser constituído pelas *sentenças*.

Aliás, de outros dispositivos ressalta com solar clareza que o conceito de "decisão" corresponde ao *gênero*, do qual a "sentença" constitui uma das espécies.²⁰ Assim é que se explica a referência do art. 165, *fine*, às "*demais decisões*", bem como o emprego da palavra "decisão", no ~~art. 495~~, para indicar, de modo específico, a *sentença de mérito* (cf. o ~~art. 485~~). Também corrobora a nossa afirmação o fato de usar o Código, indiferentemente, "decidir", no sentido de "resolver questão incidente" e no de "julgar por sentença", como por exemplo nos arts. ~~747~~ (texto, aliás, modificado pela Lei nº 8.953, de 13.12.1994, que optou pelo verbo "julgar"), ~~803, 876~~.

Por outro lado, na disciplina da execução, empregou o vigente diploma a palavra "sentença" para designar pronunciamentos que não se enquadravam na antiga definição do ~~art. 162, § 1º~~. É o que se dava, por exemplo, no antigo ~~art. 790~~, quanto ao deferimento do pedido de remição, que não punha necessariamente termo ao processo. Ainda hoje, por mais que provável cochilo no trabalho de revisão do Código, alude impropriamente a "sentença" o ~~art. 719~~ (cf. o ~~art. 718~~, que para o mesmo ato usa "decisão").²¹ Aliás, da cláusula final do ~~art. 162, § 1º~~, em seu teor primitivo ("decidindo ou não o mérito da causa"), colhe-se a impressão de que o legislador, ao redigi-lo, tinha os olhos fitos exclusivamente no processo de conhecimento e no caute-

868
ARTS. 869

ART.
203, § 1º

ART.
975

ART.
966

ARTS. 91
§ 2º; 30º

20 Cf. JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *Teoria geral do processo*, págs. 198/9; HÉLIO TORNAGHI, *Coment. ao C.P.C.*, vol. I, pág. 419: "Toda sentença é decisão, embora a recíproca não seja verdadeira, pois nem toda decisão é sentença"; na mais recente literatura, ARAKEN DE ASSIS, *Cumpr. da sent.*, pág. 23.

21 Com razão crítica a terminologia HUMBERTO THEODORO JR., *Curso*, vol. II, pág. 400.

lar, onde existe “mérito” a ser decidido – o que não ocorre na execução, a não ser com referência a matérias que, embora nela inseridas, constituem objeto de atividade tipicamente *cognitiva*, e às quais correspondem, aí sim, verdadeiros *processos incidentes* (por exemplo: embargos do devedor).

Ambigüidades e imprecisões fazem-se notar igualmente no que concerne aos *despachos*. Já a conceituação do art. ~~162~~, § 3º, foi vazada em fórmula infeliz, pois a parte inicial do dispositivo define os despachos *por exclusão*, em confronto com as sentenças e as decisões interlocutórias (“São despachos *todos os demais atos do juiz praticados no processo...*”), enquanto a parte final introduz critério novo, formal (“a cujo respeito a lei não estabelece outra forma”), cujo alcance e função não ficam muito claros. Talvez se quisesse ressaltar aí – se nos é lícita uma conjectura – precisamente aqueles atos do órgão judicial não consistentes em *pronunciamentos*, aos quais fizemos acima referência; mas é claro que se terá usado maneira bastante inadequada de dizer, porque a diferença essencial reside no *conteúdo*: a diversidade de *forma* seria mera consequência.

ART.
203, § 3º

Vamos adiante. No art. ~~504~~, para indicar os atos irrecorríveis, em vez de aludir simplesmente a “despachos”, falava o Código (antes da Lei nº 11.276) em “despachos *de mero expediente*”, e no art. ~~189~~, nº I, faz menção ainda a “despachos *de expediente*”, dando com isso a entender que o gênero “despachos” se desdobra em mais de uma espécie: duas, quiçá três, a existir distinção entre “despachos *de expediente*” e “despachos *de mero expediente*”... Admitindo-se que as expressões se equivalham, restaria sempre ao menos uma subdivisão dos despachos, a separar os “*de mero expediente*” (ou “*de expediente*”, *tout court*) e os restantes, sem denominação especial. Era sugestivo o resultado a que se chegava conjugando esses dados com a norma do art. ~~522~~, *caput* (na redação anterior à Lei nº 9.139), onde se lia que, “ressalvado o disposto nos arts. ~~504 e 513~~, *das decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento*”; ou, em outras palavras, seriam agraváveis os atos do órgão de primeiro grau que, não consistindo em sentenças (~~art. 513~~), nem em “despachos *de mero expediente*” (~~art. 504~~, na redação originária), constituíssem “*decisões proferidas no processo*” (hoje o texto do art. ~~522~~, *caput*, fala, com melhor técnica, em “*decisões interlocutórias*”). De tudo isso se inferia – e ainda se infere – que os despachos não enquadráveis entre os “*de (mero) expediente*” são, na verdade, *decisões*; mais exatamente, *decisões interlocutórias*, de acordo com a respectiva definição

ART. 1.001

314,
07 e 706.

ART.
1.015

legal, que se lhes aplica à perfeição: por meio deles, com efeito, o juiz, no curso do processo, resolve questões incidentes.²²

Nossa conclusão pode afigurar-se, à primeira vista, paradoxal, já que importa negar a existência de despachos que *não* sejam “de expediente”, conforme se lê no art. 189, nº I, (ou “de mero expediente”, conforme se lia outrora no art. 504), relegando destarte à condição de expletivas essas locuções que o Código entendeu de apor ao substantivo, aqui e ali. Aceitaríamos a subdivisão dos despachos em duas espécies se se conseguisse encontrar para diferenciá-las um critério que respeitasse o campo conceptual das decisões interlocutórias, abstendo-se de invadi-lo para nele situar os despachos não considerados como “de expediente” (ou “de mero expediente”). Não se tendo encontrado semelhante critério – e não parecendo possível encontrá-lo –, insistir em chamar “despachos” a atos de conteúdo *decisório* é fazer tábua rasa do art. 162, à luz do qual são nitidamente distintas a classe das de-

22 De acordo: ELIÉZER ROSA, *Do agravo retido. Tentativa de construção*, in *Litis*, vol. I, pág. 61; e, em substância, CARLOS SILVEIRA NORONHA, *Do agr. de instr.*, pág. 224, a despeito de escrúpulos no fundo injustificáveis, que o levam a adotar a denominação de “despachos interlocutórios” – totalmente estranha, note-se, à terminologia do Código, e em nossa opinião inconveniente pelos equívocos a que pode conduzir – para designar os “despachos” nos quais se decidem “questões processuais controvertidas” (pág. 221). A construção sustentada por MONIZ DE ARAGÃO, *Coment. ao C.P.C.*, vol. II, págs. 43 e segs., peca por admitir a existência de “despachos” que não são “de mero expediente”, mas têm cunho decisório, e no entanto recusar-se a incluí-los na classe das decisões interlocutórias, sob cuja definição indiscutivelmente cabem. Essa maneira de construir só *na aparência* é mais respeitosa para com o texto legal; em verdade, torna demasiado tênue, para não dizer inapreensível, a diferenciação entre as duas categorias de atos a que aludem os §§ 2º e 3º do art. 162; parece-nos preferível manter firme, como critério essencial de distinção (agora com o apoio de CÂNDIDO DINAMARCO, *Instit.*, vol. II, pág. 496, de FLÁVIO CHEIM JORGE, *Teor. ger. dos rec. civ.*, págs. 45/6, e de ARAKEN DE ASSIS, *Cumpr. da sent.*, pág. 24), a presença ou ausência de conteúdo decisório no pronunciamento judicial. Tinha razão JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual*, vol. III, pág. 41, em dizer que “despacho suscetível de agravo, por não ser de mero expediente, é decisão interlocutória”; o que se nos afigurava menos exato, e até incompatível com semelhante reparo, era a inclusão dos despachos, pelo mesmo autor, noutra passo da obra, entre os atos decisórios (vol. I, pág. 334), posição igualmente adotada por ANTONIO JANYSR DALL’AGNOL, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2, pág. 276. Assim se borrava também, salvo engano, a linha divisória: qual seria, afinal, a diferença entre o despacho e a decisão interlocutória? Vide em MONIZ DE ARAGÃO, *Considerações práticas sobre o agravo*, in *Rev. For.*, vol. 246, págs. 63/4, outras observações sobre o ponto, inclusive o confronto entre o esquema que adota e o que neste livro propusemos desde a 1ª edição; consoante acentua o mencionado escritor (pág. 63), a divergência é apenas terminológica e não influi, ao ângulo prático, na identificação dos pronunciamentos irrecorríveis (art. 504 – *a fortiori*, vale ajuntar, à vista da nova redação dada pela Lei nº 11.276 –) e dos agraváveis (art. 522, *caput*).

cisões interlocutórias e a dos despachos. Admitir que *se superponham*, ainda em parte, seria desmerecer a classificação além de todo limite razoável: o mesmo ato não pode, em absoluto, pertencer a duas classes. As mais elementares exigências da lógica impedem-nos de reconhecer uma *faixa comum*, onde achariam pouso “despachos”... que *decidem*. Qualquer esquema classificatório digno desse nome tem de respeitar o princípio fundamental de que as várias classes *se excluem reciprocamente*.

Ao nosso ver, os supostos “despachos” não qualificáveis como “de expediente” ou “de mero expediente”, aos quais o art. 522, *caput*, antes da Lei nº 9.139, se referia de modo *implícito*, englobando-os na expressão “decisões proferidas no processo”, são os atos *de conteúdo decisório* a que, em mais de um dispositivo, o vigente estatuto *impropriamente* dá aquela denominação – *impropriamente*, porque o *nomen iuris* é empregado fora dos limites conceptuais que o ~~art. 162~~ se preocupou em desenhar. O exemplo mais frisante era o “despacho saneador” (art. 338, antes da Lei nº 11.280, que substituiu a expressão por “decisão de saneamento”), o qual em todo caso tinha por si a tradição; mas há outros, como o do ~~art. 37, caput, fine, e o do art. 930~~, parágrafo único, onde o chamado “despacho” é típica decisão interlocutória. Quanto ao tradicionalmente chamado “despacho liminar” (o art. 285 emprega “despachará”), *mesmo* quando tenha conteúdo positivo – isto é, *defira* a citação do réu –, já sob o regime anterior se pusera em relevo, na doutrina, o seu teor *decisório*, pelo menos em certos processos.²³

Em resumo: todo e qualquer “despacho” em que o órgão judicial *decida* questão, no curso do processo, *pura e simplesmente não é despacho*, ainda que assim lhe chame o texto: encaixando-se no conceito de decisão interlocutória (art. 162, § 2º), *ipso facto* deixa de pertencer à outra classe. Absurdo lógico seria conceder-lhe lugar *em ambas*. A interpretação sistemática tem de corrigir as incoerências do Código, que não prima aqui pela exatidão.

Por fim, se bem que ao julgamento proferido por tribunal se devesse reservar, de acordo com o ~~art. 163~~, a denominação de “acórdão”, é fora de dúvida que, em numerosos dispositivos, a palavra “sentença” figura em sentido amplo, a abranger decisões de juízos singulares e de órgãos colegiados superiores, indiferentemente: assim, *v.g.*, nos arts. ~~460, 462, 466, 467, 468, 472, 474, 483, 485, 494, 505 etc.~~

23 Vide ELIÉZER ROSA, *Meditações sobre alguns conceitos fundamentais do processo civil*, in *Leituras de processo civil*, pág. 56; verbete *Despachos de expediente*, in *Dicionário de processo civil*, págs. 189/90; especificamente com respeito à ação cominatória do diploma de 1939, MACHADO GUIMARÃES, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, págs. 227/8 e 232.

*
CPC/1973

ART. 377

ART. 104

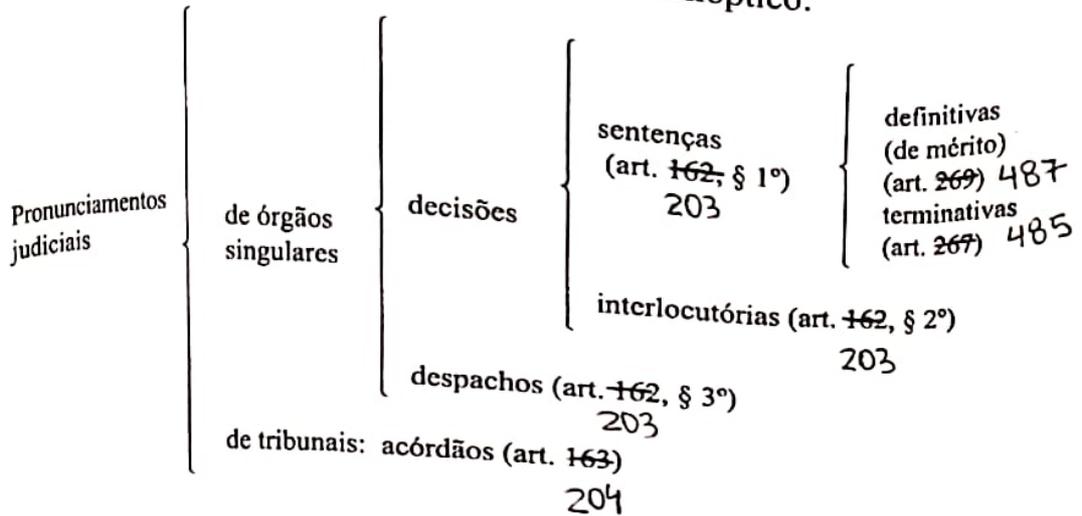
ART. 564

ART. 334

ART. 204

ART. 5
492, PU
493
495
502
503
506
508
960, § 2º
966
974
1.002

— Feita abstração dos deslizes terminológicos, o sistema do Código, na matéria, pode ser reduzido ao seguinte quadro sinóptico:



Nesse esquema, os “despachos” serão unicamente os *verdadeiros* despachos, isto é, os aludidos nos arts. 504 (redação antiga), com a expressão “despachos de mero expediente”, e 189, n.º II, *verbis* “despachos de expediente”.²⁴ atos de puro e simples impulso processual, como os que o órgão judicial pratica quando assina prazo a qualquer das partes para falar nos autos, ordena a remessa destes ao contador, manda proceder à anotação de reconvenção ou de intervenção de terceiro pelo distribuidor (art. 253, parágrafo único), designa dia, hora e lugar para ouvir a parte ou a testemunha impossibilitada de comparecer à audiência (art. 336, parágrafo único) etc. Todos esses atos — *despachos* em sentido próprio — são irrecorríveis, *ex vi* do art. 504 (cf., *infra*, os comentários a esse dispositivo). A classe, aliás, sofreu sensível esvaziamento em consequência do acréscimo de um § 4º ao art. 162 (Lei n.º 8.952, de 13.12.1994), a cuja luz “os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, *independem de despacho*, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário”.

ART.
1.001

ART.
203, § 4º

ART. 286

24 Em sentido substancialmente conforme interpretam o art. 162 ARAÚJO CINTRA — ADA PELLEGRINI GRINOVER — CÂNDIDO DINAMARCO, *Teor. ger. do proc.*, pág. 357; PINTO FERREIRA, *Teor. e prá. dos rec. e da ação resc. no proc. civ.*, págs. 56 e segs.; NELSON NERY JR., *Teor. ger. dos rec.*, págs. 236/7.

140. Correlação entre os atos impugnáveis e os recursos – As sentenças, quer resolvam o mérito da causa (sentenças definitivas), quer não o resolvam (sentenças terminativas),²⁵ são impugnáveis mediante apelação (art. 513). Contra as decisões interlocutórias, pelas quais o juiz resolve, no curso do processo, questões incidentes, cabe agravo (art. 522) – afastada qualquer relevância da distinção, que outrora se costumava fazer, entre “interlocutórias simples” e “interlocutórias mistas”. Na classe das decisões interlocutórias devem considerar-se incluídos, ao nosso ver, os pronunciamentos do órgão judicial cujos traços característicos se afeiçoem à conceituação do art. 162, § 2º, ainda que o texto legal lhes atribua denominação inadequada: assim, v.g., os “despachos” dos arts. 37, *caput, fine*, e 930, parágrafo único, são, por natureza, decisões interlocutórias, e como tais hão de ser tratados do ponto de vista que interessa aqui: todos comportam impugnação por meio de agravo.

Contra os acórdãos – julgamentos proferidos por tribunais – podem caber, conforme o caso, embargos infringentes (art. 530) e, nas hipóteses contempladas na Constituição da República, recurso ordinário (arts. 102, nº II, letra a, e 105, nº II, letra b), recurso extraordinário (art. 102, nº III) e recurso especial (art. 105, nº III). O parágrafo único do primitivo art. 546, revogado pela Lei nº 8.038, referia-se ainda à interponibilidade de embargos contra certos acórdãos de Turma do Supremo Tribunal Federal: esse recurso, que subsistiu no Regimento Interno da Corte (arts. 330 e segs.) e veio a ser reincorporado ao Código, com extensão ao Superior Tribunal de Justiça (novo art. 546, na redação dada pela Lei nº 8.950; cf. o nº VIII do art. 496, por essa lei acrescentado), nada de específico tinha nem tem em comum, salvo o nome, com os embargos infringentes do art. 530. Outros recursos podem eventualmente caber no procedimento de grau superior, mas contra decisões proferidas por um membro do colegiado: assim o agravo de instrumento contra a denegação do recurso extraordinário pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido (art. 544); os agravos (comumente

ART. 1042

25 O anteprojeto BUZAID fazia uso da expressão “sentença definitiva” (v.g., nos arts. 511 e 534), que no projeto se viu substituída por “sentença de mérito”, de sentido idêntico (curioso notar que, no art. 503 do anteprojeto, se falava redundantemente em “sentença definitiva de mérito”). Nada impede que se continue a empregar em doutrina, com a acepção indicada, o primeiro modo de dizer, nem que se persista em chamar “terminativa” – outra designação consagrada – à sentença que põe termo ao procedimento de primeiro grau sem julgar o *meritum causae*. Com duvidosa propriedade escreve CARLOS SILVEIRA NORONHA, *Do agr. de instr.*, págs. 164/5, que o Código fundiu os dois conceitos; ao nosso ver, ocorre simples equiparação das figuras, para certos fins.

denominados de “regimentais” ou “internos”) previstos nos arts. ~~532~~ (na redação da Lei nº 8.950) e ~~557, § 1º~~ (na redação da Lei nº 9.756); e o agravo contra decisão do presidente, de seção, de turma ou de relator, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça (Lei nº 8.038, art. 39, ainda em vigor).

ART.
932, V
"a"

Particular é o caso dos embargos de declaração, que o Código, antes da Lei nº 8.950, disciplinava em dois grupos separados de normas, consoante incidissem sobre sentenças (arts. ~~464 e 465~~) ou sobre acórdãos (arts. ~~535 e segs.~~), dando a impressão de que só na segunda hipótese se trataria de recurso, pois os arts. ~~464 e 465~~ se localizavam no Capítulo VIII, Seção I (“Dos requisitos e dos efeitos da sentença”) do Título VIII, Seção I (“Do procedimento ordinário”), e não no Título X (“Dos recursos”) do Livro I. Salta aos olhos, entretanto, que a natureza do remédio, aqui e ali, era e é sempre a mesma; aliás, o Código reconhecia implicitamente a índole recursal dos embargos declaratórios também no primeiro grau de jurisdição: é o que transparecia do teor do art. ~~465, parágrafo único~~, *verbis* “interposição de *outro* recurso”. Ademais, dado o fim a que visam, não é razoável entender-se que fique excluído o cabimento dos embargos de declaração contra decisões interlocutórias. Quaisquer decisões os comportam, seja qual for o grau de jurisdição, inclusive quando o texto legal as declare irrecuráveis (cf., *infra*, o comentário nº 298 ~~ao art. 535~~).

141. Princípio da unicidade do recurso – Feita abstração das decisões irrecuráveis, concebe-se *a priori*, no plano da política legislativa: a) que contra determinada decisão seja interponível *um único* recurso; b) que sejam interponíveis dois ou mais recursos, *cumulativamente*; c) que sejam interponíveis dois ou mais recursos, *alternativamente*. Exemplo da solução *b* ministra o direito francês, em que podem concorrer o *recours en révision* (antiga *requête civile*) e o *pourvoi en cassation*;²⁶ exemplo da solução *c* depara-se no italiano, onde o art. 360, segunda parte, do *codice di procedura civile* faculta a interposição direta do *ricorso per cassazione*, por certos fundamentos, contra sentença ainda apelável, desde que as partes se ponham de acordo em omitir a apelação.

No Brasil, sob o Código de 1939, tinha-se caso frisante de interponibilidade cumulativa: contra o mesmo acórdão podiam caber, simultaneamente, recurso de revista e recurso extraordinário, ficando livre ao interessado valer-se de um só deles, à sua escolha, ou interpor ambos, no mesmo prazo,

26 GUINCHARD - FERRAND - CHAINAIS, *Procédure civile*, pág. 1.246; CORNU - FOYER, *Procédure civile*, pág. 618.

hipótese em que se sobrestava o processamento do extraordinário, até que fosse julgada a revista (art. 808, § 2º). Também os embargos declaratórios eram interponíveis, em tese, contra quaisquer decisões, comportassem ou não outro recurso. Esta última exceção subsiste no regime atual (cf., *infra*, o comentário nº 298 ao art. 535), ao passo que a primeira desapareceu com a abolição da revista. A Constituição de 1988 criou uma nova, a possibilidade de interposição cumulativa do recurso extraordinário e do especial (cf. o art. 541, na redação da Lei nº 8.950). Tanto no direito anterior como no vigente, porém, a regra geral era e continua a ser a de que, para cada caso, há um recurso adequado, e somente um. É o que se denomina princípio da *unicidade do recurso*.

Ele se manifesta, em primeiro lugar, pela impossibilidade de interpor-se mais de um recurso contra a mesma decisão (*lato sensu*). Na aplicação do princípio, contudo, há de ter-se em conta que, nas decisões objetivamente complexas, talvez se componham, no tocante a capítulos distintos, os requisitos de admissibilidade de recursos diferentes: assim, por exemplo, se a Câmara, no julgamento da apelação, decide reformar a sentença de mérito, por unanimidade quanto a uma parte da matéria impugnada e por simples maioria quanto a outra parte, nesta caberão *embargos infringentes* (art. 536), e naquela, possivelmente, recurso extraordinário e/ou especial: tal hipótese, regulada pela expressa disposição do art. 498, não constitui, no que tange aos embargos, verdadeira exceção ao princípio de que ora se trata: para fins de recorribilidade, cada capítulo é considerado como uma decisão *per se*.²⁷

Ulterior manifestação do princípio consiste em tornar inadmissível o recurso porventura interposto no lugar de outro. Quem queira recorrer, há de usar a figura recursal apontada pela lei para o caso; não pode substituí-la por figura diversa. No estatuto de 1939, mercê de disposição expressa (art. 810), semelhante consequência via-se muito atenuada pela possibilidade de aproveitamento do recurso erroneamente escolhido, mediante conversão no adequado – possibilidade que só se excluía nas hipóteses de má-fé e de “erro grosseiro”. O atual Código não reproduziu a regra, provavelmente por ter entendido o legislador que a sistemática adotada eliminaria *a priori* qualquer erro *não* grosseiro na escolha do recurso. Segundo se mostrou, porém, no comentário nº 139, a terminologia empregada com referência aos atos recorríveis não está isenta de incoerências, que geram dúvidas bastante razoáveis.

Melhor seria que se houvesse acolhido, no particular, a sugestão da Comissão Revisora, no sentido de repetir-se, com redação mais clara, a

27 Cf., para o direito anterior, BARBOSA MOREIRA, verbete *Recursos (processo civil)*, in *Rep. Enc. do Dir. Bras.*, vol. 45, pág. 109.

norma contida no art. 810 do antigo diploma. Resta saber se, na falta de texto expresso, poderão aproveitar-se, ainda assim, nos casos duvidosos, recursos erroneamente interpostos. A resposta é positiva:²⁸ a solução não

- 28 De acordo, na doutrina: JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual*, vol. III, pág. 125; MENDONÇA LIMA, *Introd. aos rec. civ.*, págs. 246, 268; HÉLIO TORNAGHI, *Coment. ao C.P.C.*, vol. II, pág. 222; SERGIO BERMUDEZ, *Coment. ao C.P.C.*, vol. VII, pág. 44; SÉRGIO SAHIONE FADEL, *C.P.C. coment.*, vol. II, pág. 130; ANTONIO JANYR DALL'AGNOL JÚNIOR, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, pág. 486; VICENTE GRECO FILHO, *Dir. Proc. Civ. bras.*, 2º vol., págs. 273, 308; NELSON NERY JR., *Teor. ger. dos rec.*, págs. 139 e segs.; NELSON NERY JR. – ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *C.P.C. coment.*, pág. 809; CARREIRA ALVIM, *Elementos*, pág. 370; LUIZ GUILHERME MARINONI – SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Manual do processo de conhecimento*, págs. 511 e segs.; LUIZ FUX, *Curso*, pág. 936; NELSON LUIZ PINTO, *Manual*, págs. 89/90; ARAKEN DE ASSIS, *Manual dos rec.*, págs. 92 e segs.; CARLOS SILVEIRA NORONHA, *Do recurso adesivo*, pág. 89 (cm *Do agr. de instr.*, págs. 74 e 267, emite esse autor opinião diversa na aparência: continua a admitir, com efeito, o aproveitamento em inúmeras hipóteses, arroladas nas págs. 74/6); ANTÔNIO MACEDO DE CAMPOS, *Dos recursos no processo civil*, págs. 48/9; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Os agr. no CPC bras.*, págs. 157 e segs.; FLÁVIO CHEIM JORGE, *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*, págs. 216 e segs.; JOSÉ OSWALDO DE OLIVEIRA LEITE, *Da fungibilidade dos recursos*, in *Rev. dos Trib.*, vol. 488, pág. 23; WALTER VEADO, *Fungibilidade dos recursos*, in *Rev. Bras. de Dir. Proc.*, vol. 32, pág. 81; MILTON SANSEVERINO, *Fungibilidade dos recursos*, *ibid.*, vol. 33, pág. 115; contra, ROGÉRIO LAURIA TUCCI, *Curso*, vol. 3, págs. 264/5; HERMANN HOMEM DE CARVALHO ROENICK, *Recursos no Código de Processo Civil*, págs. 24, 42 e segs. Dividida a jurisprudência: ALEXANDRE DE PAULA, *O proc. civ. à luz da jurisprud.*, vol. IV, págs. 425 e segs., compila várias dezenas de julgados que, em limites mais ou menos largos, reconhecem a aproveitabilidade, e outros tantos que a negam. É clara, todavia, a tendência ao predomínio da primeira corrente: atesta-a a evolução da jurisprudência do STF, que abandonou progressivamente uma posição inicial negativista (20.8.1976, R.E. nº 83.756, in *Rev. Trim. de Jur.*, vol. 83, pág. 181), para afeiçoar-se à tese sustentada em nosso texto (*vide*, entre as decisões supervenientes: 10.2.1981, R.E. nº 93.664, in *Rev. Trim. de Jur.*, vol. 97, pág. 934; 10.3.1981, R.E. nº 93.815, *ibid.*, vol. 97, pág. 1.395; 4.12.1981, R.E. nº 93.196, in *Rev. dos Trib.*, vol. 560, pág. 229; 27.8.1982, R.E. nº 97.256, in *Rev. Trim. de Jur.*, vol. 105, pág. 792; 2.9.1986, R.E. nº 110.116, in *D.J.* de 10.10.1986, pág. 18.932; 20.3.1987, R.E. nº 111.117, in *Rev. Trim. de Jur.*, vol. 121, pág. 327). Vários julgados recentes converteram em agravos embargos de declaração interpostos contra decisão monocrática do relator no STF: por exemplo, 15.5.2001, E. decl. no A.I. nº 311.596, in *D.J.* de 29.6.2001, pág. 54; 26.6.2001, E. decl. no A.I. nº 299.956, in *D.J.* de 24.8.2001, pág. 60; mesma data, E. decl. no M.S. nº 23.925, in *D.J.* de 31.8.2001, pág. 64; 23.10.2001, E. decl. no R.E. nº 247.042, in *D.J.* de 14.12.2001, pág. 81; 25.3.2003, E. decl. no R.E. nº 238.584, in *D.J.* de 11.4.2003, pág. 35; 14.2.2006, E. decl. no A.I. nº 478.958, in *D.J.* de 17.3.2006, pág. 41; 23.10.2007, E. decl. no A.I. nº 538.123, in *D.J.* de 14.11.2007, pág. 51. Inversamente, o STJ, em 20.11.2003, *Ag. Reg. no R. Esp. nº 513.320*, in *D.J.* de 9.12.2003, pág. 227, em 11.10.2005, *Ag. Reg. no A.I. nº 665.083*, in *D.J.* de 24.10.2005, pág. 187, e em 18.9.2008, *Ag. Reg. no R. Esp. nº 1.022.545*, in *D. Je* de 16.10.2008, recebeu agravo regimental como embargos de declaração; noutras ocasiões, porém, seguiu o exemplo do STF: 6.11.2003, E. decl. no R. Esp. nº 477.817, in *D.J.* de 15.12.2003, pág. 195; 20.11.2003, E. decl. no A.I. nº 473.099, in *D.J.* de 19.12.2003, pág. 414; 20.9.2005, *Ag. Reg. no A.I. nº 688.746*, in *D.J.* de 7.11.2005, pág. 302; 5.6.2007, E. decl. no R. Esp. nº 809.816, in *D.J.* de 29.6.2007, pág. 515. O STJ também já conheceu de apelação como recurso ordinário em mandado de segurança: 3.4.2007, RMS nº 20.652, in *D.J.* de 7.5.2007, pág. 336.

repugna ao sistema do atual Código, que não leva (nem poderia levar) a preocupação do formalismo ao ponto de prejudicar irremediavelmente o interesse substancial das partes por amor ao tecnicismo, e até se harmoniza, à perfeição, com o preceito do ~~art. 250~~, consoante o qual o erro de forma do processo não impede o julgamento da Tíde, acarretando “unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados”. Nem será descabido, aliás, considerar aplicável por analogia a regra do art. ~~579, caput~~, do Código de Processo Penal. Absurdo recusar o benefício ao recorrente em hipótese a cujo respeito divergem os doutrinadores e vacila a jurisprudência.²⁹ Mais discutível é que a possibilidade do aproveitamento subsista, como no direito anterior,³⁰ mesmo que o recurso impróprio seja interposto dentro do seu prazo específico, mas fora do concedido para a interposição do recurso próprio.³¹

ART. 283

CPP

- 29 Em várias oportunidades tem negado o STJ a aproveitabilidade do recurso erroneamente interposto: 2.9.1992, R.M.S. nº 993, *in Rev. do STJ*, vol. 43, pág. 144; 6.12.1993, R.M.S. nº 180, *ibid.*, vol. 56, pág. 395; 21.2.1994, R. Esp. nº 3.371, *in D.J.* de 21.3.1994, pág. 5.463; 2.10.1995, R.M.S. nº 888, *in Rev. das Trib.*, vol. 732, pág. 166; 5.3.1996, Ag. Reg. no A.I. nº 93.132, *ibid.*, vol. 730, pág. 198; 19.5.1997, R. Esp. nº 117.429, *in Rev. do STJ*, vol. 96, pág. 216; 21.6.2001, Ag. Reg. no A.I. nº 2.000, *in D.J.* de 10.9.2001, pág. 380; 15.5.2003, Ag. Reg. no E. Esp. nº 2002/13.070, *in D.J.* de 25.2.2004, pág. 136; 12.11.2003, Ag. Reg. nos E. R. Esp. nº 512.934, *in D.J.* de 2.2.2004, pág. 266; 13.4.2004, R.M.S. nº 17.052, *in D.J.* de 10.5.2004, pág. 166; 1º.6.2004, Ag. Reg. no A.I. nº 475.155, *in D.J.* de 1º.7.2004, pág. 182; 5.8.2004, Ag. Reg. no A.I. nº 570.850, *in D.J.*, de 27.9.2004, pág. 235; 21.10.2004, R. Esp. nº 101.066, *in Rev. das Trib.*, vol. 835, pág. 162; 22.11.2004, Ag. Reg. no A.I. nº 533.154, *in D.J.* de 22.11.2004, pág. 235; 4.10.2005, Ag. Reg. no A.I. nº 690.352, *in D.J.* de 24.10.2005, pág. 371; 17.11.2005, R. Esp. nº 275.722, *in D.J.* de 13.2.2006, pág. 720; 2.5.2006, R. Esp. nº 772.470, *in D.J.* de 22.5.2006, pág. 215; 27.5.2008, Ag. Reg. no A.I. nº 972.240, *in D. Je* de 9.6.2008; mas assim decidiu por entender *grasseiro* o erro cometido (na mesma linha, o STF, 21.9.2005, E. decl. no Ag. Reg. no M.S. nº 23.605, *in D.J.* de 14.10.2005, pág. 7). De modo semelhante, o ac. de 9.10.2001, Ag. Reg. no R. Esp. nº 293.073, *in D.J.* de 19.11.2001, pág. 264, declarou inaplicável “o princípio da fungibilidade recursal, por ausência de dúvida objetiva”. A favor da possibilidade do aproveitamento, em princípio, os ac. de 12.12.1995, R. Esp. nº 76.573, *in Rev. do STJ*, vol. 83, pág. 193; de 7.5.1996, R. Esp. nº 79.025, *in D.J.* de 3.6.1996, pág. 19.251; de 26.9.2000, R. Esp. nº 197.857, *in D.J.* de 27.11.2000, pág. 130; de 18.12.2002, E. R. Esp. nº 281.366, *in D.J.* de 19.5.2003, pág. 107; de 20.3.2006 (Corte Especial), E. R. Esp. nº 283.168, *in D.J.* de 16.4.2007, pág. 150. Em ac. de 28.4.1998, R. Esp. nº 164.170, *in Rev. do STJ*, nº 132, pág. 425, admitiu-se o aproveitamento de apelação como agravo, mesmo após a reforma da disciplina deste pela Lei nº 9.139; ao revés, em 23.10.2002, E. R. Esp. nº 197.857, *in D.J.* de 16.12.2002, pág. 235 (agravo aproveitado como apelação).
- 30 Vide a discussão do problema, com crítica à opinião em contrário, que prevalecia na jurisprudência, em BARBOSA MOREIRA, *O juízo de admiss....*, págs. 50/2 e 102/3, com extensas remissões doutrinárias e jurisprudenciais em a nota 20 à pág. 51.
- 31 O STJ, registre-se, em ac. de 26.11.1991, R. Esp. nº 12.610, relatado pelo Ministro ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *in Jur. do STJ e TRFs*, nº 38, pág. 116, decidiu que se deveria conhecer de apelação interposta fora do quinquídio, em caso de cabimento (controvertido) de agravo. Cf., na literatura recente, NELSON NERY JR. – ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *C.P.P. Coment.*, pág. 809, NELSON LUIZ PINTO, *Manual*, págs. 90/1;

ART.
1.002

142. Classificações dos recursos – Concebe-se que as decisões judiciais em geral (e não apenas as *sentenças*, ~~como restritivamente diz o art. 505~~) sejam objeto de impugnação “no todo ou em parte”. A rigor, nem sempre é possível impugnar a decisão toda; a lei às vezes restringe o conteúdo impugnável, como faz em relação aos ~~embargos infringentes~~, por exemplo: se, no julgamento da apelação ou da ação rescisória, ocorreu divergência apenas parcial entre os julgadores, só a matéria em que ela se manifestou pode constituir objeto dos embargos (art. 530, 2ª parte; cf., *infra*, o comentário nº 286 a esse dispositivo).

*
ART
942

A variável extensão da matéria impugnada permite distinguir entre recurso *total* e recurso *parcial*. Deve considerar-se *total* o recurso que abrange todo o conteúdo impugnável da decisão recorrida (não necessariamente o seu conteúdo integral). Assim, *v.g.*, serão *totais* os ~~embargos infringentes~~ relativos a toda a matéria em que se verificou desacordo no julgamento da apelação ou da ação rescisória, ainda que a respeito de outra(s) matéria(s) a deliberação tenha sido unânime. Classificar-se-á como *parcial* o recurso que, em virtude de limitação voluntária, não compreenda a totalidade do conteúdo impugnável da decisão; exemplo: o autor, que cumulava vários pedidos e os vira todos julgados improcedentes no primeiro grau de jurisdição, interpõe apelação exclusivamente quanto à parte da sentença referente a um (ou a alguns) dos pedidos (*vide*, a respeito, *infra*, o comentário nº 194 ao art. 505).

– Sendo a decisão favorável em parte a um dos litigantes e em parte ao outro, podem ambos recorrer, normalmente, no prazo comum, impugnando cada qual a parte cuja anulação ou reforma lhe interesse. Os recursos serão, nesse caso, *independentes*.

ART
997

Se, porém, um dos litigantes se houver absterido de recorrer no prazo comum, disporá ainda de outra oportunidade para fazê-lo, ao ser intimado do recebimento do recurso interposto pelo adversário, em se tratando de apelação, de ~~embargos infringentes~~ ou de recurso extraordinário ou especial (art. 500, nº II). Em tal hipótese, ao primeiro recurso (interposto no prazo comum) dá-se a denominação de *principal*; ao segundo, a de *adesivo*. Este será interponível “no prazo de que a parte dispõe para responder” (art. 500, nº I, na redação da Lei nº 8.950).

ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Um enfoque const. da teor. ger. dos rec.*, pág. 81; FLÁVIO CHEIM JORGE, *Teor. ger. dos civ.*, págs. 217/8. Em sentido diametralmente oposto, na doutrina, MARCO AURÉLIO MOREIRA BORTOWSKI, *Apelação cível*, págs. 73 e segs.; na jurisprudência, TRF – 3ª R., de 15.12.1992, Ap. Cív. nº 89.03.023288, in *D.J.* de 12.4.1993, pág. 132; TRF – 1ª R., 7.3.1995, A. I. nº 91.01.08147, in *Rev. dos Trib.*, vol. 726, pág. 430; TJSP, 18.3.1998, Ap. Cív. nº 43.091.5, *ibid.*, vol. 753, pág. 234; STJ, 12.11.2003, Ag. Reg. nos E.R.Esp. nº 512.934, in *D.J.* de 2.2.2004, pág. 266 (onde se argumentou também com o caráter grosseiro do erro).

Como o recorrente só se resolveu a interpô-lo à vista de ter sido a decisão (na parte que o favorecia) impugnada pelo adversário, fica o recurso adesivo "subordinado ao recurso principal" (~~art. 500, caput, 3ª parte~~). Isso significa que, para chegar a ser apreciada pelo órgão *ad quem* a impugnação do recorrente adesivo, não basta que o seu próprio recurso preencha todos os respectivos requisitos de admissibilidade: é necessário, além disso, que *também* do recurso principal possa conhecer o órgão *ad quem*. Se o recorrente principal desistir do seu recurso, caducará o adesivo; se o recurso principal for julgado deserto ou, por outra razão, inadmissível, tampouco se conhecerá do adesivo (~~art. 500, n.º III~~). O exame desta figura recursal será feito com maior vagar nos comentários ao art. 500, *infra*.

— Todo recurso necessita de fundamentação, o que significa que o recorrente deve indicar os motivos pelos quais impugna a decisão, ou, em outras palavras, o(s) erro(s) que a seu ver ela contém. Fundamentar o recurso nada mais é, em regra, que *criticar* a decisão recorrida.

Em certos casos, abstém-se a lei de fixar limites a essa crítica, permitindo ao recorrente invocar *quaisquer* erros; noutros, ao contrário, cuida de discriminar o tipo (ou os tipos) de erro denunciável por meio do recurso, de tal sorte que a crítica do recorrente só assumirá relevância na medida em que afirme a existência de erro suscetível de enquadramento na discriminação legal. Daí a distinção que se pode estabelecer entre recursos de *fundamentação livre* e recursos de *fundamentação vinculada*.³² No direito pátrio, a apelação constitui o exemplo por excelência da primeira classe; a segunda vê-se representada pelo recurso extraordinário do art. 102, n.º III, letra *a*, da Constituição da República, no qual a única crítica relevante endereçável à decisão impugnada é a de contrariar dispositivo da própria Carta.

Nos recursos de fundamentação vinculada, o recorrente precisa *invocar* o erro indicado como relevante (ou algum deles, se há mais de um), para que o recurso *caiba*, e precisa *demonstrar-lhe* a efetiva ocorrência na espécie, para que o recurso *proceda*. A tipicidade do erro é, pois, pressuposto *do cabimento* do recurso (e, por conseguinte, da sua admissibilidade); se o erro

32 Aderem a essa terminologia, na mais recente literatura pátria, FREDIE DIDIER JR. — LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, *Curso*, vol. III, pág. 26. Substancialmente no mesmo sentido, aludia CARNELUTTI, *Instit.*, pág. 417, a recursos de *rescisão livre* e de *rescisão limitada*, enquanto autores mais modernos falam de recursos "a crítica livre" e de recursos "a crítica vinculada": assim, CERINO-CANOVA, *Le impugn. civ.*, págs. 94/5; PROTO PISANI, *Lezioni*, pág. 453; COMOGLIO — FERRI — TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, págs. 662/3; VERDE, *Prof. del proc. civ.*, vol. II, págs. 207/8; BALENA, *Elementi*, vol. II, pág. 313; POLI, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, pág. 459; MONTALI — CORONA, *L'appello civile*, pág. 1. Também na doutrina portuguesa fala-se de recursos "de crítica livre" (ex.: apelação) e de recursos "de crítica vinculada" (ex.: revista); FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *Manual dos rec. em proc. civ.*, pág. 242.

te entre nós *uma classe* de recursos a que se possa aplicar, segundo critério preciso do ponto de vista científico e útil ao ângulo prático, a denominação genérica de *extraordinários*. Há, sim, *um recurso* a que (sem qualquer preocupação de ordem dogmática) se acertou de dar esse nome, assim como há outro (a rigor, um conjunto heterogêneo de figuras recursais) que a vigente Carta Federal rotula de *ordinário* (arts. 102, nº II, e 105, nº II).

As peculiaridades do chamado recurso extraordinário não bastam para servir de base a uma classificação científica ou praticamente valiosa. À semelhança dos outros, o recurso extraordinário *obsta*, quando admissível, ao trânsito em julgado da decisão, consoante resulta da disposição expressa do próprio art. 467. É desprovido de efeito suspensivo (~~arts. 497, 1ª parte, e 542, § 2º~~), mas essa característica também se depara, v.g., na apelação interponível contra qualquer das sentenças arroladas no art. 520, 2ª parte, nº I a VII, na redação dada pela Lei nº 10.352, com ressalva do inciso III, revogado pela lei nº 11.232. Nem mesmo a circunstância de interpor-se para o Supremo Tribunal Federal singulariza o recurso extraordinário: feita abstração de recursos admissíveis contra acórdãos já proferidos por aquele órgão, era ainda para ele que se interpunham, em certos casos, no regime anterior, a apelação e o agravo de instrumento contra decisões de juízos inferiores, e hoje o recurso batizado de... *ordinário* pela própria Constituição (art. 102, nº II).

Em esforçada tentativa de insuflar vida à classificação – nada merecedora de tamanho desvelo –, afirmou-se que os recursos ordinários “têm como objeto próximo a proteção do direito subjetivo”, enquanto os extraordinários “visam a proteger o direito objetivo (...) e só reflexamente, secundariamente, o direito da parte”.³⁶ Talvez se queira invocar agora, a favor da tese, o disposto no § 3º acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45 ao art. 102 da Carta da República, de acordo com o qual “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” (sobre o assunto, *vide, infra*, os comentários aos arts. 543-A e 543-B). Entretanto, como todo critério *quantitativo*, isto é, baseado na predominância de tal ou qual aspecto, este de que agora se trata, conquanto interessante, parece-nos insuficiente para fundar distinção de valor substancial – isto sem falar na sua nenhuma utilidade prática, pois não se percebe como e por que permite ele “melhor compreensão de cada modalidade recursal”. Ademais, os recursos di-

36 SERGIO BERMUDEZ, *Coment. ao C.P.C.*, vol. VII, pág. 34, e, na sua esteira, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Lições*, vol. II, pág. 60. A idéia de fazer repousar na diversidade do “objeto imediato” a diferenciação entre as duas supostas “classes” reponha em obras recentes: NELSON LUIZ PINTO, *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça*, págs. 35/6; *Manual*, págs. 32/3. À nossa posição adere ROBERTO CARVALHO DE SOUZA, *Recurso especial*, págs. 44/5.

ART.
995

ART.
1.042

tos “ordinários”, quando interpostos pelo Ministério Público na qualidade de *custos legis*, também visam precipuamente à proteção do direito *objetivo*, e nem por isso – conforme se reconhece – passam a integrar a outra “classe”. Ora, quando se diz que “o fato de poderem os recursos ordinários, excepcionalmente, (...) ser utilizados para a proteção do direito objetivo, não serve para transformá-los em extraordinários”, está-se negando ao próprio critério adotado idoneidade para guiar com segurança, *em qualquer caso*, os eventuais interessados em saber se um recurso pertence a esta ou àquela classe. Mas tal idoneidade é *essencial* a todo critério de classificação. Critério que falha, que admite “exceções”, que ora se aplica, ora não, ao nosso ver pouco se recomenda.

143. Efeitos dos recursos – Todos os recursos admissíveis produzem, no direito pátrio, um efeito constante e comum, que é o de obstar, uma vez interpostos, ao trânsito em julgado da decisão impugnada (cf. ~~o art. 467~~). Ao lado desse, que ocorre sempre, dois são os efeitos em geral mencionados como produzíveis pela interposição de recurso: o *suspensivo* e o *devolutivo*. Alguns processualistas se referem também ao efeito *extensivo*, assim denominado o fenômeno pelo qual, em certos casos, o recurso interposto por um litisconsorte aproveita aos restantes;³⁷ aí, porém, antes que de um *efeito, per se*, parece mais adequado falar da *extensão subjetiva* dos efeitos propriamente ditos.

– Diz-se que o recurso tem efeito suspensivo quando impede a produção imediata dos efeitos da decisão. Seria impróprio aludir, em termos restritos, ao fato de não se poder promover a *execução*; esse é o traço mais saliente, mas não esgota o conceito, pois as decisões meramente declaratórias e as constitutivas, que não comportam execução (no sentido técnico do direito processual), também podem ser impugnadas mediante recursos de efeito suspensivo. Salvo exceção consagrada na lei (*vide, infra*, o comentário n.º 264 ao art. 521), a suspensão é de *toda a eficácia* da decisão, não apenas de sua possível eficácia *como título executivo*.

37 O tema ocorria com maior frequência entre os processualistas penais italianos, a propósito dos arts. 203 e 204 do Código de 1930, onde a própria rubrica legal adotava a expressão (hoje, o art. 587 do Código de 1988 alude à “*estensione dell'impugnazione*”). Cf. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, pág. 288; DEL POZZO, *Le impugn. pen.*, págs. 469 e segs.; *L'appello nel processo penale*, págs. 151 e segs.; PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, vol. I, págs. 639 e segs., com ricas indicações bibliográficas em a nota 3 (págs. 640/1), às quais se pode acrescentar PISAPIA, *Compendio di procedura penale*, pág. 398; quanto ao regime em vigor, CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, pág. 447. *Vide* também, na doutrina latino-americana, VESCOVI, *Derecho Procesal*, t. VI (2ª parte), págs. 43 e segs., e a bibliografia aí citada em a nota 29 à pág. 44; do mesmo autor, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, págs. 29, 58.

art 502

ART.
1.012-1
§2º

Aliás, a expressão “efeito suspensivo” é, de certo modo, equívoca, porque se presta a fazer supor que só com a interposição do recurso *passem* a ficar tolhidos os efeitos da decisão, como se *até esse momento* estivessem eles a manifestar-se normalmente. Na realidade, o contrário é que se verifica: mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato *ainda* ineficaz, e a interposição apenas *prolonga* semelhante ineficácia, que *cessaria* se não se interpusesse o recurso.³⁸ Cabe ressaltar que, em determinadas hipóteses (v.g., ~~art. 558~~), o óbice à eficácia da decisão recorrida não nasce da previsão legal de recurso normalmente dotado de efeito suspensivo, mas de ato judicial que, no caso concreto, diante de tais ou quais circunstâncias, suspende aquela eficácia.

É estranha à sistemática do direito brasileiro a distinção entre suspensividade *do recurso* e suspensividade *do prazo de recurso*, a cuja luz, em certos casos, a eficácia da decisão se manifestaria desde logo, ficando apenas sujeita a suspender-se, uma vez interposto a tempo o recurso, ao passo que noutros a decisão permaneceria ineficaz durante todo o prazo de interposição. Essa diferença existiu, com relação ao *appel*, no direito francês, até a reforma do antigo *Code de procédure civile* em 1965, a partir da qual, ressalvadas as hipóteses de execução provisória, a decisão apelável passou a não surtir efeitos senão após o decurso *in albis* do “*délai d’appel*”.³⁹ A distinção entre suspensividade *da apelação* e suspensividade *do próprio prazo para apelar*

- 38 Cf. BARBOSA MOREIRA, *Ainda e sempre a coisa julgada*, in *Dir. Proc. Civ. (Ens. e parec.)*, págs. 140/1: o que ali escrevíamos à luz do sistema anterior permanece válido para o atual. *Vide* considerações em certa medida afins às do texto em ELIÉZER ROSA, *Cadernos de processo civil*, vol. I (*Apelação*), pág. 75. Igualmente de acordo, OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso*, vol. I, pág. 392; LUIZ FUX, *Curso*, pág. 958; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Lições*, vol. II, págs. 78/9; MARCELO ABELHA RODRIGUES, *Manual*, pág. 524; MARCO AURÉLIO MOREIRA BORTOWSKI, *Apel. civ.*, pág. 126; FLÁVIO CHEIM JORGE, *Teor. ger. dos rec. civ.*, págs. 224/5; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Rec. Esp., rec. extr. e ação resc.*, pág. 240; ADERBAL TORRES DE AMORIM, *Recurso cíveis ordinários*, pág. 46; SANDRO MARCELO KOZIKOSKI, *Manual*, pág. 116; RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO, *A apelação e seus efeitos*, pág. 53; ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Um enfoque const. da teor. ger. dos rec.*, pág. 87; CLEANTO GUIMARÃES SIQUEIRA, *A defesa no processo civil*, pág. 413; LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*, pág. 229, n° 44; CASSIO SCARPINELLA BUENO, *Execução provisória e antecipação da tutela*, págs. 35, 38; PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, pág. 219. Incisivo PONTES DE MIRANDA, *Coment. ao C.P.C. (de 1973)*, t. VII, pág. 11: “... o efeito suspensivo é mais efeito da recorribilidade do que do recurso”. Cf. ainda, na doutrina italiana, a longa e penetrante elaboração de CERINO-CANOVA, *Le impugn. civ.*, págs. 57 e segs.
- 39 Cf., agora, o art. 539 do novo Código, à vista do qual afirma GUINCHARD, *Nouveau code de procédure civile commenté*, pág. 544: “*Sont suspensifs et le délai et le recours.*”

ART.
1.012, §

subsistiu no ordenamento belga.⁴⁰ Entre nós, quando provisoriamente executível a sentença, o efeito executivo começa a produzir-se desde o recebimento da apelação, pelo órgão *a quo*, no mero efeito devolutivo (art. ~~521~~); fora daí, prevalece como princípio geral o de que a decisão só se torna eficaz com o trânsito em julgado (*vide, infra*, nos comentários n.ºs 263 e 264 ao art. ~~521~~, outros casos, excepcionais, de antecipação da eficácia). Convém acrescentar que, no sistema jurídico pátrio, a regra é a de *terem* os recursos efeito suspensivo, no sentido exposto, entendendo-se que ele só não ocorre quando alguma norma especial o exclua (cf. *infra*, o comentário n.º 157 ao ~~art. 197~~). →

ART.
1012, 52º

Nos países germânicos, é habitual conceber-se o efeito suspensivo como impedimento à formação da coisa julgada.⁴¹ Não é esse, vale a pena frisar, o conceito do direito brasileiro: adotá-lo importaria reconhecer tal efeito a *todos* os recursos, pois nenhum existe que, sendo admissível, deixe de obstar ao trânsito em julgado da decisão impugnada. Perderia a razão de ser a divisão dos recursos em suspensivos e não-suspensivos.⁴² Cumpre evitar equívocos: em nosso ordenamento, o efeito suspensivo concerne apenas à *eficácia* da decisão, inconfundível com a *auctoritas rei iudicatae*, embora a *regra* seja a da coincidência entre o começo da produção de efeitos e o trânsito em julgado.

ART. 995
"caput"

— Chama-se devolutivo ao efeito do recurso consistente em transferir ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição. Entre nós, sob o direito anterior, não era pacífica a conceituação do efeito devolutivo: enquanto a maioria dos escritores o reconhecia, com maior ou

40 *Vide*, sobretudo, os arts. 1.397, 1.388, 1.ª alínea, e 1.495, 2.ª alínea, do *Code Judiciaire*; na doutrina, LE PAIGE, *Précis*, t. IV, págs. 87/8; FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, págs. 523/4.

41 Assim, v.g., na doutrina alemã contemporânea, ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, pág. 930; JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, pág. 256; GRUNSKY, *Zivilprozessrecht*, pág. 186; ZEISS – SCHREIBER, *Zivilprozessrecht*, pág. 252; ARENS, *Zivilprozessrecht*, pág. 240; LÜKE, *Zivilprozessrecht*, pág. 356; SCHILKEN, *Zivilprozessrecht*, pág. 465; MUSIELAK, *Grundkurs*, pág. 296; PAULUS, *Zivilprozessrecht*, pág. 189; GHRLEIN, *Zivilprozessrecht nach der ZPO – Reform 2002*, pág. 184; WOLF, *Gerichtliches Verfahrensrecht*, pág. 308 (cf., na Áustria, RECHBERGER – SIMOTTA, *Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren*, pág. 443; na Suíça, KELLERHALS – GÜNGERICH – BERGER, *Zivilprozessrecht*, pág. 205). Em sentido crítico, porém, *vide* BLOMEYER, *Zivilprozessrecht*, págs. 507/8; SCHLOSSER, *Zivilprozessrecht I*, pág. 318; GILLES, *Rechtsmittel*, págs. 160 e segs., espec. 163.

42 Era a conclusão a que chegava na Áustria, com toda a coerência, FASCHING, *Kommentar*, vol. IV, pág. 7: se no direito austriaco, tal como no brasileiro, o trânsito em julgado se vê impedido pela interposição de *qualquer* recurso admissível, torna-se inexacta a contraposição entre recursos *dotados* e recursos *não dotados* de efeito suspensivo. (*Vide*, no entanto, in *Lehrbuch*, pág. 848, construção diversa, baseada em distinção mais próxima da que se faz entre nós).

menor amplitude, sempre que alguma questão, seja qual for a sua natureza, se submete ao crivo de novo julgamento, havia quem preferisse limitá-lo às hipóteses de reapreciação da causa, ou, antes, do mérito, no todo ou em parte, mas sem restrição de profundidade.⁴³ Percebe-se a afinidade entre essa segunda concepção e a sustentada por certos autores italianos,⁴⁴ em cujo entendimento se deve excluir do âmbito do efeito devolutivo aquilo que as partes, de maneira voluntária e expressa, levam à revisão do juízo superior, e confinar-lhe a atuação às questões que este, *automaticamente* – isto é, independentemente de tal iniciativa –, fica investido do poder de reapreciar, ao julgar o recurso. O mecanismo do efeito devolutivo só seria necessário para explicar a atividade cognitiva em nível mais alto com referência à matéria que *não* seja objeto de suscitação especificada pelos litigantes.

O Código de 1973 aderiu à noção *genérica* do efeito devolutivo, como ressaltava do art. 543, § 4º, que o atribuía ao recurso extraordinário (cf., agora, o art. 542, § 2º, na redação da Lei nº 8.950, concernente não só ao extraordinário, mas também ao especial). *De lege lata*, há devolução sempre que se transfere ao órgão *ad quem* algo do que fora submetido ao órgão *a quo* – algo, repita-se; não necessariamente *tudo*. Inexiste, portanto, recurso totalmente desprovido de efeito devolutivo, com ressalva dos casos em que o julgamento caiba ao mesmo órgão que proferiu a decisão recorrida. O que pode acontecer, conforme se assinalará nos momentos oportunos, é que variem, de um para outro recurso, a *extensão* e a *profundidade* do aludido efeito. Aquela – desde já convém observar – nunca ultrapassará os lindes da própria impugnação: no recurso *parcial* (*supra*, comentário nº 142), a parte não impugnada pelo recorrente escapa ao conhecimento do órgão superior, salvo se por outra razão (como nos casos do art. 475) este se houver de pronunciar ao propósito.

Quando a lei, a título de exceção, atribui competência ao próprio órgão *a quo* para reexaminar a matéria impugnada, o efeito devolutivo ou não

ART.
475

43 Assim MACHADO GUIMARÃES, *Lim. obj. do rec. de apel.*, págs. 44 e segs., o qual negava expressamente efeito devolutivo aos agravos de petição e de instrumento, porque através deles se insistia “apenas em determinados atos da demanda, sem novo exame do mérito do litígio”, bem como ao recurso de revista e ao extraordinário, que tampouco “devolvem o conhecimento pleno do litígio a outro órgão judicante” (pág. 46).

44 ATTARDI, *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, in *Giur. ital.*, vol. CXIII, 1961, parte IV, col. 149, 155, 169; BONSIGNORI, *L'effetto devolutivo dell'appello*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, vol. XXVIII, 1974, págs. 1.326 e segs. Sobre a diversidade de sentidos em que se fala, na Itália, de *effetto devolutivo*, vide BIANCHI, *I limiti oggettivi dell'appello civile*, pág. 4, nota 7.

existe (como nos embargos de declaração), ou fica *diferido*, produzindo-se unicamente *após* o juízo de retratação: ~~assim no agravo retido (art. 523, § 2º, na redação da Lei nº 9.139)~~. Fora dessas hipóteses, ao órgão *a quo* é vedado praticar qualquer ato que importe modificação, total ou parcial, do julgamento, ressalvada a possibilidade de corrigir *ex officio* ou a requerimento da parte, inexactidões materiais ou erros de cálculo (art. 463, nº 1).

ART
494, I

144. Admissibilidade dos recursos. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito – Todo ato postulatório sujeita-se a exame por dois ângulos distintos: uma primeira operação destina-se a verificar se estão satisfeitas as condições impostas pela lei para que o órgão possa apreciar o conteúdo da postulação; outra, subsequente, a perscrutar-lhe o fundamento, para acolhê-la, se fundada, ou rejeitá-la, no caso contrário.⁴⁵ Embora a segunda se revista, em perspectiva global, de maior importância, constituindo o alvo normal a que tende a atividade do órgão, a primeira tem prioridade lógica, pois tal atividade só se há de desenvolver plenamente se concorrerem os requisitos indispensáveis para tornar legítimo o seu exercício.

Chama-se *juízo de admissibilidade* àquele em que se declara a presença ou a ausência de semelhantes requisitos; *juízo de mérito* àquele em que se apura a existência ou inexistência de fundamento para o que se postula, tirando-se daí as conseqüências cabíveis, isto é, acolhendo-se ou rejeitando-se a postulação. No primeiro, julga-se esta *admissível* ou *inadmissível*; no segundo, *procedente* ou *improcedente*.

É óbvio que só se passa ao juízo de mérito se o de admissibilidade resultou positivo; de uma postulação inadmissível não há como nem porque investigar o fundamento. Reciprocamente, é absurdo declarar inadmissível a postulação por falta de fundamento; se se chegou a verificar essa falta, é porque já se transpôs o juízo de admissibilidade e já se ingressou no mérito: a postulação, na verdade, *já foi admitida*, embora, com má técnica, se esteja dizendo o contrário. A questão relativa à admissibilidade é, sempre e necessariamente, *preliminar* à questão de mérito: a apreciação desta fica excluída

45 Vide, ao propósito, GOLDSCHMIDT, *Teor. gen. del proc.*, págs. 108 e segs., espec. 111/2; DELOGU, *Contributo alla teoria dell'inammissibilità nel diritto processuale penale*, pág. 27; VESCOVI, *Los rec. judic. ...*, pág. 51. Sobre a distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito nos recursos, extensamente, BARBOSA MOREIRA, *O juízo de admiss. ...*, págs. 26 e segs.; em data mais recente, *Juízo de admiss. e juízo de mér. no julg. do rec. esp.*, in *Temas de Dir. Proc. (Quinta Série)*, págs. 131 e segs.; *Que signif. "não conhecer" de um rec.?*, in *Temas de Dir. Proc. (Sexta Série)*, págs. 125 e segs. Cf., na moderna literatura argentina, HITTERS, *Técnica de los recursos ordinarios*, págs. 86 e segs.

se àquela se responde em sentido negativo.⁴⁶ Neste último caso, quando a admissibilidade é negada pelo órgão *ad quem*, diz-se que ele *não conhece* do recurso; no caso contrário, que ele *conhece* do recurso, e aí duas hipóteses podem verificar-se: se o órgão *ad quem* entender que o recurso, além de admissível, é *fundado*, dá-lhe provimento; se entender que, apesar de admissível, é *infundado*, nega-lhe provimento.

A distinção entre a decisão de *não-conhecimento* e a decisão de *desprovi-mento* é preme de conseqüências práticas. Uma das mais relevantes concerne ao "recurso adesivo", que caduca quando o órgão *ad quem* não conhece do recurso principal, mas subsiste (e tem de ser apreciado) quando ao principal se nega provimento (art. 500, n° III, cf., *infra*, o comentário n° 179 a esse dispositivo).

ART.
997

145. O juízo de admissibilidade: objeto – Objeto do juízo de admissibilidade são os requisitos necessários para que se possa legitimamente apreciar o mérito do recurso, a fim de dar-lhe ou negar-lhe provimento. Tais requisitos nem sempre coincidem com os do pleno exercício da atividade judicial de primeiro grau. De um lado, compreensivelmente mais rigorosa quando se trata de provocar novo julgamento, a lei estabelece condições *específicas* para esse funcionamento suplementar da máquina judiciária. De outro, em sistema como o nosso, 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 da ação". Quer isso dizer que determinada questão, com a passagem de um a outro grau de jurisdição, pode deslocar-se do terreno das *preliminares*, onde se inscrevia, para vir a constituir, no procedimento recursal, o próprio *mérito*: é o que sucede, por exemplo, na apelação interposta contra a sentença que declara o autor carecedor de ação. Em suma: o mérito, no recurso, não coincide necessariamente com o mérito *da causa*,⁴⁷ nem as *preliminares do recurso* se identificam com as *preliminares*

46 Remetemos o leitor, também desta vez, aos nossos trabalhos citados em a nota 211 ao comentário n° 123, *supra*. Na doutrina alemã, vale a pena registrar a ênfase com que "a absoluta precedência (*der absolute Vorrang*)" do juízo de admissibilidade sobre o juízo de mérito é acentuada por SCHUMANN, *Die Berufung in Zivilsachen*, págs. 9/10. Não pode o órgão judicial deixar em aberto a questão de saber se não conheceu do recurso (por inadmissível) ou se lhe negou provimento (por infundado), nem tratar o recurso ao mesmo tempo como inadmissível e como infundado: ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, pág. 940.

47 Segundo observava, com razão, PONTES DE MIRANDA, *Coment. ao C.P.C.* (de 1973), t. VII, pág. 164, "o mérito do recurso pode ser quanto a *error in procedendo*, o que dá ensejo a acórdão, que, julgando o mérito do recurso, de modo nenhum aprecie o mérito da causa". Cf., na literatura européia, CERINO-CANOVA, *Le impugn. civ.*, pág. 203, nota 14; SCHLOSSER, *Zivilprozessrecht I*, pág. 40: "*Zulässigkeitsfragen im erstinstanzlichen*

da causa. Conquanto se possa estabelecer entre estas e aquelas certa correspondência – à legitimação para agir corresponde, *v.g.*, a legitimação para recorrer –, nem sempre se responde do mesmo modo, aqui e lá, à pertinente indagação: no sistema do Código de 1973, por exemplo, o Ministério Público, ainda quando não tenha legitimidade para propor a ação, funcionando no processo unicamente como *custos legis*, sempre a tem, contudo, para recorrer (art. 499, § 2º).

Os requisitos de admissibilidade dos recursos podem classificar-se em dois grupos: requisitos *intrínsecos* (concernentes à própria existência do poder de recorrer) e requisitos *extrínsecos* (relativos ao modo de exercê-lo). Alinham-se no primeiro grupo: o cabimento, a legitimação para recorrer, o interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo (*v.g.*, o previsto no ~~art. 884~~, *caput, fine*) ou extintivo (*v.g.*, os contemplados nos arts. ~~502 e 503~~) do poder de recorrer. O segundo grupo compreende: a tempestividade, a regularidade formal e o preparo. Esses requisitos são *genéricos*, embora possa a lei dispensar algum deles, em tal ou qual hipótese: assim, por exemplo, não dependem de preparo o agravo retido (art. 522, parágrafo único), nem os embargos de declaração (art. 536, *fine*), nem os recursos de qualquer natureza “interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal” (art. 511, § 1º, na redação da Lei nº 9.756). Podem os requisitos genéricos, todavia, como é intuitivo, assumir *aspectos específicos*, variáveis de um para outro recurso, dos quais se tratará nos comentários aos dispositivos pertinentes.

146. O juízo de admissibilidade: competência e forma – Em princípio, reconhece-se ao órgão perante o qual se interpõe o recurso competência para verificar-lhe a admissibilidade; nega-se-lhe competência, ao contrário – salvo quando a lei *expressis verbis* preceitue diversamente –, para examinar-lhe o *mérito*. É claro que, atento à distinção entre os dois juízos, não deve o órgão de interposição indeferir o recurso por entendê-lo *infundado*: a procedência não é requisito de admissibilidade.

Por outro lado, a verificação feita por esse órgão concerne apenas aos requisitos apuráveis *no momento da interposição*, ou que pelo menos devam aperfeiçoar-se antes de recebido o recurso. Escapam a tal controle as causas de

Verfahren sind im Rechtsmittelverfahren jeweils Fragen der Begründetheit des Rechtsmittels (Questões de admissibilidade no procedimento de primeiro grau são por sua vez, no procedimento recursal, questões de procedência do recurso)”. Os tribunais nem sempre atentam no ponto: é comum, *v.g.*, deparar-se o adjetivo “preliminar”, ou o advérbio “preliminarmente”, com referência a julgamento que proveu ou desproveu (pronunciando-se, pois, sobre o respectivo *mérito*) recurso interposto contra decisão sobre legitimidade *ad causam*.

ARTS

399 e 1.000

ART.

1.023

"caput"

*

LER

ART. 1.010, § 3º
(apelação)

inadmissibilidade supervenientes ao recebimento, sem prejuízo do que oportunamente se dirá sobre a deserção (*infra*, comentário nº 219 ao ~~art. 511~~). Em qualquer outra hipótese, sem prejuízo do que dispõe o art. 518, § 2º, na redação da Lei nº 11.276, vindo a faltar algum requisito depois de admitido o recurso, conquanto ainda antes da subida, já não se lhe poderá negar seguimento: só ao juízo superior competirá a declaração de inadmissibilidade.⁴⁸

Outro princípio fundamental é o de que, seja qual for o recurso, pelo menos a questão da admissibilidade não deve jamais ser subtraída à apreciação do órgão *ad quem*.⁴⁹ Por conseguinte, salvo expressa exceção legal, nenhum recurso pode ser rejeitado como inadmissível pelo órgão perante o qual se interpõe, se dessa decisão a lei não faculta ao recorrente outro recurso, ou remédio análogo, para o juízo a que tocaria julgar o primeiro. A competência atribuída ao órgão perante o qual se interpõe o recurso, para aferir-lhe a admissibilidade, não exclui obviamente a competência do órgão *ad quem*, no tocante a esse ponto. O pronunciamento do primeiro nenhuma preclusão gera para o segundo, que pode e deve examinar (ou reexaminar) livremente a matéria, no momento oportuno. Daí resulta que, enquanto o mérito do recurso é, em regra, sujeito a uma única apreciação – a do órgão *ad quem* –, sua admissibilidade submete-se, em geral, a duplo controle, na instância inferior e na superior. Pode submeter-se até, por vezes, a número maior de verificações, como nos casos em que o recurso, denegado pelo órgão *a quo*, veio a subir em virtude do provimento de *outro* recurso, interposto contra a decisão denegatória, e vai afinal ser apreciado pelo órgão *ad quem*.

Salvo quando alguma disposição expressa o condiciona à alegação de parte (como faz o ~~art. 526, parágrafo único, na redação da Lei nº 10.352, quanto ao preceito constante do caput~~), o controle da admissibilidade pode e deve ser feito de ofício pelo órgão competente. No que concerne ao juízo que lhe espelha o resultado, *se positivo*, pode e costuma ser *implícito*, exceto se alguma regra jurídica impõe que o órgão se pronuncie expressamente sobre a questão. Sempre que o órgão passou ao exame do mérito, entende-se que respondeu de modo *afirmativo* à questão da admissibilidade. O juízo *negativo* de admissibilidade, esse tem de ser explícito e fundamentado.⁵⁰

48 BARBOSA MOREIRA, *O juízo de admiss.*, págs. 118, 133.

49 Já assim no direito anterior: *vide* ALFREDO BUZOID, *Do agravo de petição*, pág. 157: “A matéria de admissibilidade do recurso fica sujeita ao duplo grau de jurisdição”; cf. BARBOSA MOREIRA, *O juízo de admiss.*, págs. 118/9. Em igual sentido, na Argentina, RIVAS, *Tratado de los recursos ordinarios*, t. 1, pág. 116.

50 Sobre todas essas questões, e bem assim sobre as versadas no comentário subsequente (nº 147), *vide*, ainda, com maior desenvolvimento, BARBOSA MOREIRA, *O juízo de admiss.*, págs. 120 e segs., com amplas referências bibliográficas em as notas correspondentes.

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

Os efeitos do juízo de admissibilidade variam, naturalmente, conforme o órgão que o profere e o sentido da decisão. De maneira geral, cabe frisar que da solução que se dê à questão da admissibilidade depende necessariamente a passagem ou não ao exame do mérito. A decisão *de meritis* só chegará a ser emitida se se resolver aquela questão no sentido positivo. Em outras palavras: o juízo sobre a admissibilidade condiciona, por seu teor, o *ser* ou o *não-ser* do julgamento do mérito. Por outro lado, nenhuma influência tem sobre o eventual *conteúdo* deste: afirmada a viabilidade do exame *de meritis*, nem por isso se pode ainda saber se o recurso será provido ou desprovido. Essa relação entre as duas questões caracteriza a primeira como *preliminar* à segunda.

O juízo de admissibilidade proferido pelo órgão de interposição, se positivo, tem como efeito precípuo o de abrir ao recorrente a via de acesso ao órgão *ad quem*; se negativo, o de trancar-lhe essa via. Ressalve-se a possibilidade, que se enseja ao recorrente, de interpor, para o órgão a que competiria o julgamento do recurso denegado, outro recurso, ou remédio análogo, contra a decisão que, no grau inferior, lhe barra a via recursal. Passada em julgado essa decisão, a situação da outra, contra a qual se interpusera o recurso inadmissível, se este já o era *ab initio*, equipara-se à situação que ela teria caso não houvesse ocorrido a interposição, que não impediu a formação da *res iudicata*; se o recurso *era admissível*, e só deixou de o ser por fato superveniente, a interposição obsteu à produção da coisa julgada, mas o obstáculo desapareceu no momento em que se configurou a inadmissibilidade posterior. Quando se diz que faz coisa julgada a decisão "*não mais sujeita a recurso*" (~~art. 467~~), o que se diz, com outras palavras – e ressalvadas as hipóteses em que a própria lei exclui o trânsito em julgado, independentemente de recurso (~~art. 475~~, ou disposição análoga de lei extravagante) –, é que a *res iudicata* se produz desde que não haja, contra a decisão, *recurso admissível*, ou aquele que acaso o fora tenha deixado de o ser. *Recurso inadmissível*, ou tornado tal, não tem a virtude de empecer ao trânsito em julgado: nunca a teve, ali, ou cessou de tê-la, aqui.⁵¹ Destarte, se

51 Em 17.9.2007, no julgamento do A.R. nº 1.472, aderiu o STF, *expressis verbis*, ao entendimento exposto em nosso texto, proclamando: "recurso inadmissível (...) não obstaculiza o trânsito em julgado". Devemos a informação à gentileza do relator, o eminente Min. MARCO AURÉLIO MELLO, que nos enviou cópia do acórdão, e a quem deixamos aqui registrado nosso cordial agradecimento.

inexiste *outro óbice* (isto é, outro recurso *ainda admissível*, ou sujeição da matéria, *ex vi legis*, ao duplo grau de jurisdição), a coisa julgada exsurge a partir da configuração da inadmissibilidade. Note-se bem: *não a partir da decisão que a pronuncia*, pois esta, como já se assinalou, é declaratória; limita-se a proclamar, a manifestar, a certificar algo que lhe preexiste.⁵²

O juízo positivo de admissibilidade, proferido pelo órgão perante o qual se interpôs o recurso, não basta para assegurar ao recorrente, desde logo, a obtenção do novo julgamento pleiteado. Primeiro, porque pode sobrevir algum fato que *torne* inadmissível o recurso; ademais, porque, ainda fora dessa hipótese, não fica preclusa a reapreciação da matéria pelo órgão *ad quem*, onde se procederá livremente ao controle da admissibilidade, inclusive, se for o caso, para declarar insatisfeito algum (ou mais de um) dos que no órgão de interposição se tinham dado como cumpridos.⁵³

Quanto ao juízo de admissibilidade proferido pelo órgão *ad quem*, se positivo, tem o efeito capital e imediato de ensejar a passagem ao exame do mérito do recurso. O órgão *ad quem*, nessa hipótese, *conhece do recurso*, seja para dar-lhe, seja para negar-lhe provimento, conforme a seu ver tenha ou não tenha razão o recorrente. Negativo, o juízo de admissibilidade no órgão *ad quem* traduz-se em decisão de *não-conhecimento*. Não diz (*não pode dizer!*) o órgão *ad quem*, em tal caso, que o recorrente tinha razão, nem que não a tinha; diz, simplesmente, que sobre isso não lhe é lícito pronunciar-se.⁵⁴ Encerra-se assim o processo, ou uma série procedimental, sal-

52 Cf., a respeito, a clara lição de PONTES DE MIRANDA, *Coment. ao C.P.C.* (de 1973), t. VIII, págs. 271/2. De acordo, na mais recente doutrina, NELSON NERY JR., *Teor. ger. dos rec.*, págs. 266; ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Um enfoque const. da teor. ger. dos rec.*, pág. 90.

53 No direito português havia regra expressa a respeito, o art. 687, n° 4, do Código de Processo Civil, revogado pelo dec.-lei n° 303, de 24.8.2007: "*A decisão que admitta o recurso, fixe a sua espécie ou determine o efeito que lhe compete, não vincula o tribunal superior, e as partes só a podem impugnar nas suas alegações.*" Para abonações doutrinárias, na literatura pátria e na estrangeira, vide BARBOSA MOREIRA, *O juízo de admiss.*, pág. 134, nota 6, às quais se podem acrescentar: quanto ao direito argentino, PALACIO, *Der. Proc. Civ.*, t. V, pág. 87; FENOCHIETTO – ARAZI, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. I, pág. 751; para o uruguaio, VESCOVI, *Der. Proc.*, t. VI (2ª parte), págs. 100/1; entre nós, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual*, vol. III, págs. 123, 127. Corretamente se tem decidido que é lícito ao órgão *ad quem* declarar deserto o recurso, ainda que o órgão *a quo* não haja pronunciado a deserção: v.g., TJSC, 29.10.1981, Ap. Civ. n° 17.394, in *ADV – Informativo Semanal* n° 23/82, n° 4.864, pág. 367; TJMG, 6.5.1982, Ap. Civ. n° 57.710, in *ADV – Informativo Semanal* n° 32/82, n° 5.727, pág. 510. Negando a vinculação do órgão *ad quem*, em termos genéricos, STJ, 18.10.1994, R. Esp. n° 52.681, in *D.J.* de 14.11.1994, pág. 30.057; recentemente, 15.3.2007, R. Esp., n° 715.004, in *D.J.* de 25.6.2007, pág. 240.

54 Acerca do assunto, extensamente, BARBOSA MOREIRA, *Que signif. "não conhecer" de um rec.?, in Temas de Dir. Proc. (Sexta Série)*, págs. 125 e segs.

ART
1.013,
§3º

vo interposição de novo recurso, que porventura se faculte contra a decisão de não-conhecimento.

No que concerne aos efeitos do juízo negativo sobre a decisão recorrida, aplicam-se aqui, *mutatis mutandis*, as considerações acima formuladas com referência à decisão proferida, no mesmo sentido, pelo órgão de interposição. Se o recurso, ao ser interposto, satisfazia os requisitos de admissibilidade, e só depois veio a faltar um deles, ou vários, a interposição foi eficaz no impedir a formação da *res iudicata*, e apenas deixou de produzir esse efeito no momento em que se verificou o fato superveniente, por força do qual se tornou inadmissível o recurso. Se, todavia, a inadmissibilidade estava configurada *ab initio*, a interposição do recurso não obstou ao surgimento da coisa julgada, que (com ressalva dos casos em que a lei mesma a exclui, independentemente de recurso) remonta: *a*) ao próprio instante da publicação, em se tratando de decisão irrecurável; ou *b*) ao instante em que, entre a publicação e a interposição, ocorreu o fato gerador da inadmissibilidade — v.g., no caso de ser admissível recurso diverso, não interposto, no termo final do respectivo prazo de interposição, escoado *in albis*. Sobre o assunto *vide* também, *supra*, o comentário n° 70 ao art. 485 e, *infra*, o comentário n° 221 ao ~~art. 512~~ → **ART. 1.008**

148. O juízo de mérito: objeto — Objeto do juízo de mérito é o próprio conteúdo da impugnação à decisão recorrida. Quando nela se denuncia vício de juízo (*error in iudicando*, resultante de má apreciação da questão de direito, ou da questão de fato, ou de ambas), pedindo-se em consequência a *reforma* da decisão, acoimada de *injusta*, o objeto do juízo de mérito, no recurso, identifica-se (ao menos qualitativamente) com o objeto da atividade cognitiva no grau inferior de jurisdição, com a matéria neste julgada. Quando se denuncia vício de atividade (*error in procedendo*), e por isso se pleiteia a *invalidação* da decisão, averbada de *ilegal*, o objeto do juízo de mérito, no recurso, é o julgamento mesmo proferido no grau inferior.⁵⁵ Ao examinar o mérito do recurso, verifica o órgão *ad quem* se a impugnação é ou não *fundada* (procedente) e, portanto, se lhe deve ou não dar *provimento*, para reformar ou anular, conforme o caso, a decisão recorrida. O exposto até aqui comporta hoje, no direito positivo brasileiro, a ressalva da hipótese prevista no ~~art. 515, § 3°~~ (aereseontada pela Lei n° 10.352), na qual o objeto do juízo de mérito, na apelação, pode ampliar-se para alcançar matéria não examinada pelo *iudex a quo*: *vide, infra*, o comentário n° 238 a esse dispositivo.

55 Como observava CERINO-CANOVA, *Le impugn. civ.*, pág. 138, “*accanto all’oggetto del precedente giudizio può essere oggetto d’impugnazione la sentenza contro cui si propone il rimedio*”.

Ainda quando se denuncia *error in iudicando*, pode o objeto do juízo de mérito, no recurso, coincidir com o objeto do juízo sobre o mérito *da causa*, em grau inferior de jurisdição (v.g., quando o tribunal conhece de apelação tendente à reforma de sentença *definitiva*), ou consistir em matéria *estranha* ao mérito da causa (v.g., quando o tribunal conhece de agravo interposto contra decisão sobre questão processual). Nas hipóteses de recurso interposto contra decisão denegatória de outro, o objeto do juízo de mérito, no segundo recurso, é constituído por questão relativa à *admissibilidade* do primeiro recurso: por exemplo, quando o Supremo Tribunal Federal conhece do agravo de instrumento interposto contra o indeferimento do recurso extraordinário pelo presidente de outro tribunal. Mesmo nesses casos, todavia, subsiste nítida, em relação a cada recurso, considerado *per se*, a distinção entre o juízo de admissibilidade e o de mérito: o Supremo Tribunal Federal pode, v.g., não conhecer do agravo de instrumento, digamos por intempestivo, e em tais condições *não* lhe apreciará o mérito, isto é, a admissibilidade *do recurso extraordinário* indeferido.

149. O juízo de mérito: efeitos – Quando o órgão *ad quem* julga o recurso no mérito, isto é, dele *conhece*, mais de uma possibilidade é concebível:

a) *nega-se provimento* ao recurso, por entender-se infundada a impugnação;

b) *dá-se provimento* ao recurso, por entender-se fundada a impugnação – caso este que se desdobra em dois: ou o órgão *ad quem reforma* a decisão recorrida, ou simplesmente a *anula*, conforme tenha reconhecido a presença, respectivamente, de *error in iudicando* ou de *error in procedendo*.

Os efeitos do julgamento não são iguais em todas essas hipóteses. Cumpre distinguir: de um lado, os casos de *desprovimento* e os de provimento que se traduzem em *reforma* da decisão impugnada (*error in iudicando*); de outro, o de provimento com *anulação* desta (*error in procedendo*). Nos primeiros (sempre ressalvado o caso do art. 515, § 3º), o objeto do juízo de mérito, no procedimento recursal, *coincide* com o objeto do juízo no grau inferior; em outras palavras, ambos os pronunciamentos (o inferior e o superior) versam sobre *a mesma* matéria, ao menos do ponto de vista qualitativo (cf., *supra*, o comentário nº 148). Ora, não podendo subsistir duas decisões com o mesmo objeto, o julgamento proferido pelo órgão *ad quem* necessariamente *substitui* a decisão recorrida, nos limites da impugnação – ou, em termos mais exatos, nos limites em que dela conheceu o tribunal do recurso. É a esse fenômeno que se refere a lei com a fórmula do ~~art. 512~~, que só incide nas hipóteses aqui consideradas. A substituição pode dar-se por decisão de teor *diverso* daquele que tenha a inferior (caso de *provimento* do recurso) ou por decisão de *igual* teor (caso de *desprovimento* do recurso, em que se costuma dizer, de modo inexato, que a decisão inferior

ART.
1.008

foi confirmada). Voltaremos ao assunto nos comentários ao art. 512. Quando se dá provimento ao recurso para *anular* a decisão impugnada, por *error in procedendo*, o julgamento proferido pelo órgão *ad quem* não coincide, no objeto, com o do órgão *a quo*, nem, por conseguinte, o substitui: limita-se a cassá-lo, para que posteriormente se profira, no grau inferior, nova decisão. É o que sucede, por exemplo, na hipótese de prover-se apelação interposta contra sentença proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente, ou com infração da regra que proíbe o julgamento *extra petita* (art. 460). → ART 492

Sendo o recurso julgado *no mérito*, a decisão recorrida *jamaiz* chega a transitar em julgado; nem mesmo quando o órgão *ad quem* nega provimento ao recurso, “confirmando” (como vulgarmente se diz) aquela decisão. O que poderá transitar em julgado é, sempre, o pronunciamento do órgão *ad quem*.

150. Direito intertemporal dos recursos: A) Princípios – Pode acontecer que, na pendência do processo, lei nova modifique o sistema de recursos, quer para facultar algum contra decisão até ai irrecorrível, quer para suprimir recurso existente, quer para alterar-lhe os requisitos de admissibilidade ou os efeitos. O princípio fundamental, na matéria, é o de que a recorribilidade se rege pela lei em vigor na data em que foi publicada (isto é, dada a público) a decisão: a norma processual superveniente respeita os atos já praticados e os respectivos efeitos já produzidos antes de sua vigência.⁵⁶

À luz desse princípio, rigorosamente aplicado, se a lei nova concedeu recurso que não cabia, a decisão permanece irrecorrível, mesmo que, ao entrar aquela em vigor, ainda não tenha decorrido lapso de tempo equivalente ao prazo de interposição por ela fixado. Se a lei nova suprimiu recurso existente, subsiste a interponibilidade em relação às decisões que, pela lei anterior, podiam ser impugnadas pelo recurso suprimido, até o termo final do respectivo prazo, ou até que ocorra, eventualmente, outra causa de inadmissibilidade; *a fortiori*, têm de ser processados e julgados os recursos já interpostos na data em que a nova lei começou a vigor. Se o recurso cabível era um, e passou a ser outro, continua interponível aquele que o era antes de en-

56 Cf., na jurisprudência ainda recente do STJ, o ac. de 21.10.2003, R. Esp. nº 525.770, in D.J. de 3.11.2003, pág. 323. Na doutrina, SEABRA FAGUNDES, *Dos rec. ord. em mat. civ.*, págs. 25/7; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instit.*, vol. I, pág. 100; *Manual*, vol. I, pág. 43; ARRUDA ALVIM, *Curso*, vol. I, pág. 120; HUMBERTO THEODORO JR., *Curso*, vol. I, pág. 750; JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, *Teoria geral do processo*, pág. 46; JÔNATAS MILHOMENS, *Dos recursos cíveis*, pág. 57. Retificamos no texto, desde a 1ª edição deste livro, pondo-nos em consonância com a tese prevalecente, opinião exposta alhures, segundo a qual a lei aplicável, salvo se proferida a decisão em audiência, seria a vigente na data em que ocorresse a intimação: vide nosso verbete *Rec. (proc. civ.)*, in *Rep. Enc. do Dir. Bras.*, vol. 45, pág. 116.

ART.
1.013,
§ 3º

trar em vigor a lei nova; e o recurso antigo porventura já interposto processa-se e julga-se como tal.

Considerações de ordem prática têm imposto certa flexibilidade na aplicação dessas regras. Impossível se torna, por exemplo, a admissão de recurso suprimido pela lei nova, se esta extinguiu o órgão competente para julgá-lo, sem indicar outro em substituição.

Quanto ao procedimento cabível, inclusive para o julgamento do recurso, não há dúvida de que se subordina, desde a respectiva entrada em vigor, às prescrições da lei nova. Aqui, o princípio aplicável é, pura e simplesmente, o da imediata incidência (não se pense em *retroatividade*, que não ocorre!) das normas supervenientes nos processos em curso. Rege ele, também, a questão da competência;⁵⁷ se a lei nova, pois, atribui a outro órgão o julgamento, o preceito abrange o recurso já interposto, mas ainda não julgado pelo órgão que deixou de ser competente.

151. Direito intertemporal dos recursos: B) Aplicação dos princípios às reformas do ordenamento positivo brasileiro – O Código de 1973, tão lacônico nesta matéria, estatuiu singelamente, na 2ª parte do art. ~~1.211~~, que, ao entrar em vigor, suas disposições se aplicariam desde logo aos processos pendentes. Limitou-se, aí, a consagrar o princípio fundamental, de índole genérica, que domina o direito intertemporal processual – e, de resto, não constitui senão reflexo daquele outro, ainda mais amplo, expresso no art. 6º, *caput*, *principio*, da Lei de Introdução ao Código Civil (“A lei em vigor terá efeito imediato e geral”).

No que concerne, especificamente, a recursos, o que se previu, nas “Disposições Finais e Transitórias”, foi apenas a ultratividade das normas procedimentais constantes do estatuto de 1939, acerca de recursos abolidos no corpo do Código, mas subsistentes em relação a procedimentos regulados em leis especiais que os adotassem, até que nova lei especial adaptasse à do Código a sistemática recursal desses procedimentos (art. 1.217). Nem uma só palavra acerca da transição entre o sistema antigo e o novo, no campo dos recursos. O Código anterior continha um dispositivo a respeito (art. 1.047, § 2º); neste, o silêncio foi total. Aplicáveis, destarte, os princípios acima expostos, que se conciliam com o enunciado no art. ~~1.211~~, 2ª parte, explicitando-lhe os efeitos da incidência neste setor particular do direito processual.

Tal entendimento, de modo geral, foi prestigiado pela jurisprudência. O próprio Supremo Tribunal Federal, que noutra ocasião se desviara da boa

57 CARNELUTTI, *Sistema*, vol. I, pág. 98; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instit.*, vol. I, págs. 99/100; AMARAL SANTOS, *Dir. Proc. Civ.*, 18ª ed., 1º vol., pág. 34.

ARTS. 14
e 1.046
"caput"

doutrina,⁵⁸ dessa vez a consagrou, em acórdão proferido logo após a entrada em vigor do atual diploma, ao reconhecer que o cabimento de recurso por ele extinto continuava a reger-se pelo Código antigo, quanto às decisões que datassem da época de sua vigência.⁵⁹

Suprimida a revista, subsistiu, para os julgados anteriores a 1º.1.1974, a impugnabilidade por essa via, desde que satisfeitos os pressupostos fixados no estatuto de 1939. Numerosas decisões proclamaram, com acerto, que a supressão não obstava ao conhecimento dos recursos de revista,⁶⁰ embora algumas, com restrição ao nosso ver injustificável, tenham invocado a circunstância de que a *interposição* se dera antes de entrar em vigor o novo Código.⁶¹ O ponto era, na verdade, irrelevante: bastava que a revista fosse *interponível*, não se devendo exigir que já houvesse sido *interposta*.

Outra questão que teve de ser examinada foi a das decisões outrora suscetíveis de agravo de petição. Esse recurso, também extinto, foi absorvido pelo de apelação; mas, nas hipóteses em que cabia agravo, de acordo com o precedente ordenamento, o agravo é que havia de ser interposto, contra qualquer decisão anterior à vigência do atual Código, e como agravo tinham os tribunais de processá-lo e julgá-lo.⁶² Menos felizes parecem-nos os acór-

- 58 Quando da edição do Ato Institucional nº 6, de 1º.2.1969, a Corte decidira não conhecer dos recursos então eliminados, *ainda que já antes interpostos*. Vide, a respeito, a precedente crítica de GALENO LACERDA, *O novo dir. proc. civ. ...*, pág. 69.
- 59 Ac. de 5.3.1974, R.E. nº 78.057, in *Rev. Trim. de Jur.*, vol. 68, págs. 879/80. Lê-se na ementa: "Agravo de petição. Recurso extinto pelo novo Código de Processo Civil. Regula o cabimento do recurso a lei vigente ao tempo da decisão recorrida."
- 60 Do TFR, por exemplo, vejam-se os ac. de 14.2.1974, nos Recursos de Revista números 1.549, 1.597, 1.606, 1.670, 1.776 e 1.801, todos in *D.J.* de 26.6.1974, págs. 4.455/6; de 7.3.1974, nos Recursos de Revista nºs 1.550 e 1.607, *ibid.*; de 21.3.1974, no Recurso de Revista nº 1.590, *ibid.*
- 61 Assim, v.g., os ac. do TJGB, de 20.3.1974, Revista nº 9.753, in *D.J.* de 11.7.1974, pág. 252 do apenso; de 3.4.1974, Revista nº 9.661, in *D.J.* de 8.8.1974, pág. 292 do apenso; de 8.5.1974, Revista nº 9.771, in *D.J.* de 29.8.1974, pág. 321 do apenso.
- 62 No mesmo sentido, HAROLDO VALLADÃO, *Coment. ao C.P.C.*, vol. XIII, págs. 98/9. Corretamente decidiu o TJGB, em 27.8.1974, Ap. Civ. nº 89.226, que, como antes da Lei nº 6.014, de 27.12.1973, o agravo de petição era o recurso cabível contra a sentença denegatória da falência, não se justificava a sua conversão em apelação, uma vez que a decisão fora impugnada pela via própria à luz da legislação aplicável (*D.J.* de 19.12.1974, pág. 475 do apenso). Igual orientação abraçaram o TJSP, 8.3.1974, Emb. de decl. no A.P. nº 230.213, in *Rev. For.*, vol. 247, pág. 163; o ITACiv.SP, 27.3.1974, de decl. no A.P. nº 201.068, in *Rev. dos Trib.*, vol. 466, pág. 124; o TJMT, 2.4.1974, Ap. Civ. nº 8.074, in *Rev. dos Trib.*, vol. 464, pág. 196.

ART. 14
x 1.046
"caput"

dãos que converteram o agravo em apelação, só por ter esta *passado a ser* o recurso cabível.⁶³

Mais recentemente, o advento da Constituição de 1988 também suscitou problemas de direito intertemporal em tema de recursos. O mais importante resultou da bipartição do recurso extraordinário, a ensejar o surgimento de nova figura, o recurso especial, para a matéria infraconstitucional, atribuído o respectivo julgamento ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, n° III; *vide, infra*, o comentário n° 318 ao art. 540). Até a instalação deste, o Supremo Tribunal Federal continuou a exercer “as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente” (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 27, § 1°). A partir daí, foi preciso decidir como se procederia em relação aos recursos extraordinários (e agravos de instrumento interpostos contra o respectivo indeferimento) nos quais não se versasse questão constitucional.

A observância rigorosa do princípio acima exposto (*supra*, comentário n° 150) teria levado à intangibilidade dos recursos extraordinários *como tais*; mas do disposto no art. 27, § 1°, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias podia inferir-se, *a contrario sensu*, que após a instalação do Superior Tribunal de Justiça já não era lícito ao Supremo Tribunal Federal continuar a julgar, como extraordinários, recursos sobre matéria que deixara de situar-se no âmbito de sua competência. Daí o alvitre, que se adotou, de converter em especiais (e remeter ao Superior Tribunal de Justiça) os recursos extraordinários concernentes a questões infraconstitucionais – o que tornou necessário, em muitos casos, bipartir o recurso interposto com fundamentação heterogênea (ao mesmo tempo constitucional e infraconstitucional), para distribuição da matéria entre os dois tribunais.⁶⁴

O argumento da cessação de competência (aí, dos juízes federais de primeiro grau) viria também a ser invocado – ao nosso ver, com menor propriedade – para considerar que devia converter-se em apelação o recurso de embargos infringentes contra sentença (*vide, infra*, o comentário n° 231 ao

63 Assim, *v.g.*, os ac. do TJGB, de 11.3.1974, A.P. n° 26.027, *in D.J.* de 20.6.1974, pág. 211 do apenso; de 11.3.1974, A.P. n° 26.101, *ibid.*; de 26.3.1974, A.P. n° 26.162, *in D.J.* de 8.8.1974, pág. 287 do apenso; de 26.3.1974, A.P. n° 26.255, *ibid.*; de 1°4.1974, A.P. n° 26.370, *in D.J.* de 20.6.1974, pág. 211 do apenso; de 1°4.1974, A.P. n° 26.465, *ibid.*

64 *Vide* a respeito do assunto, com exame de numerosas questões particulares, ilustrado por abundantes referências jurisprudenciais, EDSON ROCHA BOMFIM, *A conversão do recurso extraordinário em especial, passim*, esp. págs. 22 e segs.

ART. 1.009
"caput"

~~art. 513~~), interposto mas não julgado antes da revogação da Lei nº 6.825, pela Lei nº 8.197.⁶⁵

A Lei nº 10.352 restringiu o cabimento dos ~~embargos infringentes~~ (*vide, infra*, os comentários ao ~~art. 530~~). Não são exigíveis os novos requisitos, porém, com referência às decisões anteriores à vigência da lei: a respectiva embargabilidade há de ser apurada à luz do teor primitivo do ~~art. 530~~.⁶⁶

ART.
540

65 Correta a posição do TRF-1ª R., 7.4.1994, U.J. na Remessa de Ofício nº 14.725, in *Rev. de Proc.*, nº 81, pág. 298, ao decidir – em harmonia com os princípios expostos no comentário nº 150, *supra* – que, nas causas de valor inferior ao legalmente fixado, as sentenças proferidas na vigência da primeira lei, apesar da subsequente revogação, só eram impugnáveis por meio de embargos infringentes.

66 Assim decidiu, com acerto, o STJ, em 6.2.2003, R. Esp. nº 472.565, in *Rev. For.*, vol. 368, pág. 318, em 5.5.2005, R. Esp. nº 615.226, in *D.J.* de 22.8.2005, pág. 129, e em 15.9.2005, Ag. Reg. no R. Esp. nº 663.864, in *D.J.* de 26.9.2005, pág. 205.