

ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS ORDINÁRIOS PELO PRISMA DO FORMALISMO-VALORATIVO

Ernesto José Toniolo¹

SUMÁRIO: Introdução. Da classificação dos requisitos de admissibilidade dos recursos. Do cabimento dos recursos. Da legitimidade para recorrer. Do interesse em recorrer. Da tempestividade dos recursos. Da exigência de regularidade formal. Dos fatos extintivos ou impeditivos do direito de recorrer. Da exigência de preparo. Conclusão. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Segundo conceitua a doutrina brasileira em geral, recurso é “o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento da decisão judicial que se impugna²”. Trata-se de mecanismo que possibilita o reexame ou a

¹ Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Doutorando e Mestre em Direito pela UFRGS. Professor convidado do curso de Especialização em Processo e Constituição da UFRGS. Professor dos Cursos de Especialização em Direito do Estado e Processo Civil da Escola Superior de Advocacia Pública – ESAPERGS, da Fundação Escola Superior do Ministério Público – ESMP, da Escola Superior da Defensoria Pública – FESDEP e do Verbo Jurídico.

² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 14ª edição, 2008, Rio de Janeiro: Forense, p 24. Trata-se de conceito de recurso adaptado ao nosso direito processual civil positivado, de forma a abranger, também, o objeto dos embargos de declaração, mas que dispensa a necessidade de que o juízo recorrido seja distinto ou superior ao prolator da decisão. Já no direito processual civil alemão, positivado na ZPO, os recursos seriam os remédios jurídicos através dos quais a parte procura obter de um órgão judicial superior, por meio do prolongamento do processo, o reexame e a remoção de uma decisão desfavorável, ainda não transitada em julgado (No original: “...solche Rechtsbehelfe, mit denen eine Partei versuchen kann, eine ihr ungünstige, noch nicht rechtskräftige Entscheidung durch Fortsetzung des Verfahrens vor einem höherem Gericht nachprüfen und beseitigen zu lassen”. Ver: ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GÖTTWALD, Peter. *ZIVILPROZESSRECHT*, 17ª edição. Munique: Verlag C. H. Beck München, 2010, p. 766, § 133, 1). Não se pode aceitar, portanto, a conceituação baseada na “essência dos recursos”, compreendida como uma ideia quase supra legal, totalmente dissociada do direito positivo (Nesse sentido, ver: KUHLMANN, Axel. *Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozessrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010, pp. 184-185).

integração da decisão judicial, resultando na continuação do procedimento, pois manejado dentro do mesmo processo. Principalmente se observado do ponto de vista da apelação, considerada o “recurso por excelência”, pode ser considerado como o prolongamento do direito de ação, faculdade colocada pelo ordenamento jurídico à disposição da parte, prejudicada pela sucumbência decorrente do conteúdo da decisão judicial³. Assim como ocorre no direito de ação, o recurso representa mera faculdade, que poderá ser exercida ou não, conforme o interesse e vontade da parte⁴.

Da correlação espontânea feita entre ação e recurso decorre a necessidade de transportar para o âmbito recursal, no que diz respeito à admissibilidade, as exigências que corresponderiam às condições

³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª edição, 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 252.

⁴ Tanto o direito de ação quanto o recurso situam-se no momento do exercício no âmbito do poder de disposição das partes sobre seus direitos, revelando uma faceta processual da autonomia privada (Nesse sentido, ver: ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *ZIVILPROZESSRECHT*, 17ª edição. Munique: Verlag C. H. Beck München, 2010, p. 395. Acerca do assunto, assim discorre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Instaurado, porém, o processo, o seu modo, ritmo e impulso escapam à disponibilidade das partes, elementos que devem ser disciplinados por normas legais cogentes, não sendo despidendo, no entanto, possa o juiz em certas hipóteses levar em conta as exigências concretas do caso” (Ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2008, p. 117). Aqui também se apresenta relevante a lição de por Friedrich Lent e Othmar Jauernig: “Se há processo, depende, em princípio, do indivíduo. Que ele – e não porventura o Estado – tenha de decidir isso, explica-se pela configuração da nossa ordem jurídica civil (substantiva). Ela reconhece ao indivíduo determinados direitos e, em regra, basicamente no seu interesse. Por causa deste predomínio do interesse individual, tem de ser deixado ao indivíduo determinados direitos e, em regra, basicamente no seu interesse. Por causa deste predomínio do interesse individual, tem de ser deixado ao indivíduo, conseqüentemente, também a decisão se quer ou não efetivar os seus direitos perante o tribunal. Daqui se revela a **faceta processual da autonomia privada**, do elemento estrutural dominante da nossa ordem jurídica” (JAUERNIG, Othmar; LENT, Friedrich. *Direito Processual Civil* (25ª edição, totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent). Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 131). Essa liberdade das partes corresponde ao poder de disposição sobre seus direitos subjetivos (*autonomia privada*). Logo, o direito processual estaria em contradição com isso caso pretendesse subtrair às partes essa liberdade no processo

da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade das partes (art. 267, VI, CPC).

Assim como as condições da ação devem estar preenchidas para que seja possível a análise do mérito de uma demanda, também o recurso, para ser apreciado em seu objeto, deve possuir certos requisitos de admissibilidade⁵. A etapa de verificação do preenchimento de tais requisitos recursais denomina-se *juízo de admissibilidade do recurso*, condição *sine qua non* para que o órgão *ad quem* aprecie o mérito do recurso (*juízo de mérito do recurso*)⁶.

⁵ Assim discorrem Friedrich Lent e Othmar Jauernig acerca da natureza dos requisitos de admissibilidade dos recursos: “*Estes pressupostos da admissibilidade correspondem aos pressupostos gerais do processo. Com a sua falta não pode seguir-se qualquer decisão de fundo da ação, também aqui na falta de admissibilidade não pode haver qualquer decisão sobre o objeto do recurso; antes, este tem de ser rejeitado por inadmissível sem exame do seu objeto (ao contrário da rejeição por falta de fundamento após o exame do seu objeto)*” (JAUERNIG, Othmar; LENT, Friedrich. *Direito Processual Civil* (25ª edição, totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent). Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 363). Na doutrina brasileira a questão atinente à natureza do juízo de admissibilidade dos recursos nunca foi questão pacificada. Aderimos à posição de Nelson Nery Júnior, embasada em abundante doutrina alemão, que situa os requisitos de admissibilidade como pressupostos prejudiciais ao julgamento do mérito dos recursos (Ver: NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª edição, 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 252-254). Existem, contudo, entendimentos que situam os requisitos de admissibilidade dos recursos na dimensão de validade dos atos processuais (Ver: DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Processo Civil*, vol. III, 8ª edição 2010, Salvador: JusPODIVM, p. 41-42).

⁶ Diferenciando o juízo de admissibilidade do juízo de mérito: (a) Juízo de Admissibilidade: primeiro faz-se uma verificação, se o recurso preencheu as condições impostas pela lei para que se possa apreciar o mérito. Trata-se de racionalização do sistema. Se não preenche os requisitos desta etapa diz-se que o recurso é inadmissível (não é conhecido); (b) Juízo de Mérito: somente após ultrapassar-se o exame de admissibilidade (recurso admitido), procede-se a apreciação da matéria impugnada, para prover-se ou negar-se provimento (desprover-se) o recurso. A admissibilidade ou não do recurso, como exigência lógica, ocorre antes de se examinar o seu mérito (objeto). Seria irracional pretender que o julgador examinasse o mérito do recurso, desprendendo precioso tempo com isso, para, em momento posterior, dizer que, em razão de ausência de alguns dos pressupostos de admissibilidade (tempestividade, por exemplo), não receberia o recurso. Nesse sentido Nelson Nery Jr: “*O juízo de admissibilidade dos recursos antecede lógica e cronologicamente o exame do mérito. É formado de questões prévias. Essas questões prévias são aquelas que devem ser examinadas necessariamente antes do mérito do recurso, pois que lhe são antecedentes*” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª edição, 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 252).

Como o recurso pode ser considerando, de certa forma, um prolongamento do direito de ação, sendo previsto em lei e, muitas vezes, na própria Constituição Federal, a criação de requisitos que limitem sua admissão deve decorrer de lei federal ou do próprio texto constitucional (no caso do recurso especial e extraordinário). Os regimentos internos ou a jurisprudência dos tribunais não pode, portanto, criar novos requisitos de admissibilidade para os recursos, sob pena de usurparem a função dos legisladores ou, até mesmo, do constituinte.

Analisando de forma mais aprofundada as implicações dos abusos por parte dos julgadores na criação de novos requisitos de admissibilidade para os recursos, muitas vezes sob o disfarce de interpretações excessivamente formalistas, voltada à simples redução do número de processos, assim discorre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

E a atividade jurisdicional, como qualquer outra atividade estatal, não pode prescindir de exata regulação de competência, o que equivale, na perspectiva aqui encarnada, à estrutura hierárquica de juízes e tribunais. Esse princípio acarreta, por sua vez, estrita regulação dos recursos, exigindo sua exata fixação por lei, afastando-se a livre determinação das partes ou do órgão judicial a respeito do emprego da inconformidade no caso concreto, assim como seus pressupostos e requisitos. Implica dizer, portanto, que escapam à manipulação pessoal do juiz e dos litigantes e os amplos domínios do ordenamento judiciário dedicados à regulação da competência e dos recursos, os quais devem ser objeto de um direito processual rigoroso, a ser aplicado de maneira formal. Constitui, portanto, manifesta afronta aos princípios a criação jurisprudencial de requisitos recursais não previstos previamente em lei, como aconteceu, e.g., no âmbito do agravo de instrumento destinado a fazer subir recurso extraordinário ou especial, com exigência da prova da tempestividade da interposição dos recursos denegados, antes da edição da Lei n. 10.352, de 27 de dezembro de 2001⁷.

Da impossibilidade de criação pela jurisprudência de novos requisitos, ausentes na lei ou no texto constitucional, para admissibilidade dos recursos não se duvida. Contudo, a interpretação

⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009, p. 68-70.

dos requisitos de admissibilidade previstos em nosso ordenamento jurídico, também não pode perder de vista as inúmeras funções reservadas aos recursos na prestação jurisdicional, conforme os moldes estabelecidos diretamente pela Constituição Federal. Além de servirem ao interesse particular das partes na obtenção de decisão judicial mais favorável, os recursos também exercem a importante função de limitar os poderes do juiz, por meio do controle de suas decisões pelos tribunais. Mais ainda se diga do papel cumprido pelo recurso especial e extraordinário, que vão muito além do interesse dos recorrentes, servindo à segurança jurídica e à unidade do ordenamento, com a uniformização da jurisprudência gerada pela autoridade de seus precedentes⁸.

A criação de requisitos de admissibilidade irrazoáveis ganha especial dimensão ao vislumbramos o papel desempenhado pelo recurso extraordinário, em assegurar eficácia aos direitos fundamentais, realizando o Estado Constitucional por meio do acesso dos comuns ao Supremo Tribunal Federal⁹.

⁸ Acerca do papel desempenhado pelos tribunais superiores, assim discorrem Friedrich Lent e Othmar Jauernig: “O significado da política do direito dos recursos consiste, antes de mais, na garantia reforçada da justeza da decisão. A admissão dos recursos exerce sobre os tribunais inferiores uma pressão salutar para que fundamentem cuidadosamente as decisões. Servem sobretudo a segurança duma jurisprudência unitária, quando os processos terminam no tribunal superior ou poucos atingem os tribunais superiores, enquanto a jurisprudência dos tribunais inferiores tende de permanecer no seu grande número difusa e dispersa. O necessário desenvolvimento da ordem jurídica só é possível pela jurisprudência dos tribunais superiores, cujas decisões são publicadas e dotadas de uma especial autoridade “natural”. Por isso, a utilização dos recursos não serve apenas o interesse da parte concreta, mas antes da jurisprudência no seu todo, especialmente expressa na revista” (JAUERNIG, Othmar; LENT, Friedrich. *Direito Processual Civil* (25ª edição, totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent). Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 361-362).

⁹ Relevante a lição trazida por Luís Afonso Heck, a respeito da importância do papel desempenhado na Alemanha pelo recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) no desenvolvimento de uma das principais funções do Tribunal Constitucional Federal, que consiste justamente em afastar lesões a direitos fundamentais dos indivíduos, em cada caso concreto, atribuindo verdadeiro caráter popular à Corte. *In Verbis*: “Ao Tribunal Constitucional Federal é muito importante não ser guarda da Constituição unicamente no sentido de uma avença entre órgãos constitucionais sobre a divergência de opiniões ou entre (a relação) Federação-estados, mas contribuir decisivamente para que os direitos fundamentais, como parte essencial

Qualquer leitura que se faça dos requisitos de admissibilidade dos recursos não deve perder de vista todas as funções desempenhadas por tais formas de impugnação, nem, tampouco, que as normas de processo civil como um todo devem ser interpretadas de forma a realizar, na máxima medida possível, os valores constitucionais envolvidos. A estruturação do processo civil, que possui como espinha dorsal as prescrições formais para a prática dos atos processuais (formalismo processual), impõe, tanto ao legislador como ao interprete, a construção de um sistema que harmonize os valores constitucionais da efetividade e da segurança jurídica¹⁰.

A tensão entre os valores da efetividade e da segurança jurídica torna-se ainda mais evidente no âmbito recursal. Quanto maior o número de recursos previstos, em tese, maior a segurança jurídica dos litigantes e da sociedade em geral, já que as falhas nas decisões podem ser mais facilmente corrigidas. Na inversa medida se apresenta a efetividade processual, já que o número excessivo de recursos retarda inevitavelmente a entrega da prestação jurisdicional.

A justa medida na solução da tensão existente entre a segurança jurídica e a efetividade do processo constitui tarefa também

da Constituição, sejam protegidos contra cada prejuízo causado por ações do Poder Estatal. Essa opinião revela, assim pode se dizer, o Tribunal Constitucional Federal como popular, não sendo, então, apenas uma instituição para o Estado” (HECK, Luis Afonso. O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 140).

¹⁰ *Acerca do assunto, assim discorre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “qualquer reflexão moderna sobre o formalismo processual há de levar em conta suas conexões internas e externas. Nessa perspectiva, mostra-se preciso repensar o problema como um todo, verificar as vertentes políticas, culturais e axiológicas dos fatores condicionantes e determinantes da estrutura e organização do processo, estabelecer enfim os fundamentos do formalismo-valorativo. E isso porque seu poder ordenador, organizador e coordenador não é oco, vazio ou cego, pois não há formalismo por formalismo. Só é lícito pensar no conceito na medida em que se prestar para a organização de um processo justo e servir para alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para justiça material da decisão. Feita essa incursão, impõe-se tornar a seu mundo interno, onde esses fatores atuam compondo e disciplinando poderes, de acordo ainda com princípios e técnicas predispostos em função e para a efetivação dos valores” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009, p. 67).*

imposta ao julgador na interpretação dos dispositivos que preveem requisitos de admissibilidade dos recursos.

A tarefa que nos propomos aqui é analisar os principais requisitos de admissibilidade dos recursos, sob a ótica dos valores constitucionais envolvidos, buscando propor soluções tecnicamente mais adequadas às questões polêmicas surgidas na jurisprudência (especialmente dos nossos tribunais superiores) e na doutrina. Para tanto, de fundamental relevo a doutrina do formalismo-valorativo¹¹.

2 DA CLASSIFICAÇÃO DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

A doutrina costuma classificar os requisitos de admissibilidade dos recursos em dois grupos, adjetivando-os de intrínsecos e extrínsecos. A sistematização mais consagrada na doutrina brasileira é aquela utilizada por José Carlos Barbosa Moreira, segundo a qual: (a) os *requisitos intrínsecos* decorreriam da própria existência do direito de recorrer, aí se enquadrando o cabimento, a legitimação, o interesse e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; (b) os *requisitos extrínsecos* seriam aqueles relativos ao modo de exercício do direito de recorrer, a exemplo do preparo, da tempestividade e da regularidade formal¹².

Esses correspondem aos requisitos de admissibilidade dos recursos em geral, mas que não se esgotam aí, guardando muita diferença em seu conteúdo, conforme a espécie a que se apliquem. Nossa preocupação repousa na necessidade de abordar de forma geral tais requisitos, prestando especial atenção aos temas polêmicos que envolvam a aplicação dos valores constitucionais mencionados, sem, contudo, pretendermos esgotar todas as possibilidades de variações.

¹¹ Ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009.

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 14ª edição, 2008, Rio de Janeiro: Forense, p. 277.

2.1 Do Cabimento dos Recursos

Um recurso somente pode ser considerado cabível quando preencher, de forma cumulativa dois requisitos: (a) existência de previsão legal de recurso, cabível, ao menos em tese, contra a decisão que se pretenda atacar, já que existem pronunciamentos judiciais não passíveis de revisão por meio recursal; (b) que o recurso interposto seja aquele considerado pela lei como o específico para impugnar a espécie de decisão recorrida (adequação do meio recursal). O primeiro requisito (necessidade de previsão legal do recurso) relaciona-se com o denominado *princípio da taxatividade recursal*, não apresentando maior dificuldade¹³. Já o requisito *adequação* liga-se ao *princípio da singularidade ou unirrecorribilidade*, segundo o qual, contra uma determinada decisão, salvo raras exceções, há um único e específico recurso cabível. Assim, por exemplo, o Código de Processo Civil delimita os conceitos de sentença e de decisão interlocutória, estabelecendo, em seguida, que o recurso cabível contra a primeira espécie de provimento é a apelação e contra as interlocutórias o agravo (na forma retida, preferencialmente, ou por instrumento). Logo, o recurso de apelação não se mostra adequado a impugnar decisão interlocutória, assim como o recurso de agravo apresenta-se inadequado para atacar a sentença. A sistematização justifica-se na medida em que racionaliza o sistema recursal, otimizando-o, além garantir segurança jurídica às partes, que podem escolher o recurso cabível, classificando a decisão impugnável mediante conceito previamente formulado de forma expressa pela lei processual civil.

A definição explícita das decisões judiciais pela lei processual, bem como a previsão dos recursos específicos (adequados) para atacá-las, impõe ao recorrente o ônus de manejar o recurso correto, sob pena de não conhecimento daquele interposto de forma inade-

¹³ Como princípio da taxatividade recursal entende-se que todo recurso deve estar previsto em lei federal, a não se que esteja contido no próprio texto constitucional. Isso ocorre pois a Constituição Federal reserva à lei federal a competência para dispor sobre processo civil, aí se enquadrando, obviamente, a criação de recursos. Assim, não podem os regimentos internos de tribunais ou o legislador estadual erigir novos recursos.

quada. O atual Código de Processo Civil, ao contrário do diploma de 1939¹⁴, não previu, de forma expressa, a possibilidade de conversão da inconformidade interposta de forma inadequada na espécie recursal correta, fenômeno denominado de *fungibilidade recursal*.

Contudo, como o sistema recursal criado pela legislação obviamente apresenta falhas, ocasionado situações obscuras nas quais não se pode identificar facilmente qual o recurso cabível, a doutrina e a jurisprudência vem admitindo, em situações excepcionais, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, de forma a não comprometer a segurança jurídica das partes. Havendo controvérsia doutrinária ou jurisprudencial acerca de qual o recurso cabível (a chamada “dúvida objetiva”), causada pela imprecisão do próprio legislador, não se pode sacrificar a segurança jurídica dos recorrentes, sujeitando-os à incerteza no momento da escolha do recurso¹⁵. Cite-se como exemplo o recurso cabível contra a decisão que julga o incidente de falsidade, pois o art. 325 do CPC denomina de sentença decisão de caráter tipicamente interlocutório, entrando em conflito com o conceito contido no art. 162 do mesmo código.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem condicionando a aplicação do princípio da fungibilidade recursal à necessidade de que o meio eleito seja interposto dentro do prazo daquele

¹⁴ Assim estava redigido o art. 810 do CPC de 1938: “*Salvo hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou a Turma, a que competir o julgamento*”.

¹⁵ “*As sutilezas da lei devem servir para as digressões elucidativas da doutrina e, até, para a formação da jurisprudência que melhor atenda às finalidades da norma. Nunca, porém, para impedir o exercício de um direito, que, de certa maneira, é emanção do próprio direito de ação, do qual as partes se estão valendo dentro do processo*” (Ver: LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, n. 178, p. 269).

tido como correto¹⁶. A exigência, contudo, não nos parece adequada, por criar condição não prevista em lei, comprometendo, ainda mais, a segurança jurídica do recorrente que, já prejudicado pela imprecisão do legislador, pode não ter ciência do dissídio doutrinário ou jurisprudencial a respeito do recurso cabível. Por tal razão, a posição vem recebendo fortes e justificadas críticas por parte da doutrina. Ademais, nenhum ganho significativo em termos de efetividade do processo justifica o sacrifício à segurança jurídica, pela exigência de interposição do recurso no menor prazo. A insegurança causada pela falha do legislador potencializa-se pela verdadeira arapuca processual criada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, nos parece mais adequado aos valores constitucionais em jogo que, nos raros casos de aplicação do princípio da fungibilidade recursal, seja considerado o prazo do recurso eleito pelo recorrente como correto. Essa interpretação agrega muito à segurança jurídica, sem causar qualquer redução significativa da efetividade do processo.

2.2 Da Legitimidade para Recorrer

A legitimidade para recorrer representa para a admissibilidade do recurso o mesmo que a legitimidade processual representa como condição da ação. O art. 499 do CPC confere legitimidade recursal

¹⁶ Nesse sentido, representando os demais julgados da mesma Corte, o AgRg na MC 16397/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJe 24/05/2010, assim ementado: “**DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. UTILIZAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR COMO SUCEDÂNEO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. NÃO CABIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. “A fungibilidade recursal subordina-se a três requisitos: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro (v.g, interposição de recurso impróprio, quando o correto encontra-se expressamente indicado na lei, sobre o qual não se opõe nenhuma dúvida; c) **que o recurso erroneamente interposto tenha sido interposto no prazo do que se pretende transformá-lo.** Ausente qualquer destes pressupostos, não incide o princípio da fungibilidade” (AgRg na MC 747/PR, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, Primeira Turma, DJ 3/4/00). ... 4. Agravo regimental improvido” (grifo nosso).**

à parte vencida¹⁷, ao terceiro interessado e ao Ministério Público (legitimando tanto nos processos em que figure como parte assim como naqueles em que atue como fiscal da lei).

No caso de recurso interposto pelo terceiro interessado, exige-se que este demonstre o nexó de interdependência entre o seu interesse em recorrer e a relação jurídica objeto do processo no qual pretende interpor o recurso. Assim, costuma-se afirmar que para a legitimação do terceiro na interposição do recurso não basta o interesse meramente econômico no resultado da demanda¹⁸. Deve existir, e ser demonstrado, o interesse jurídico do terceiro diretamente relacionado ao objeto do processo.

2.3 Do Interesse em Recorrer

O direito de recorrer de uma decisão judicial desfavorável, assegurado às partes, como já visto, guarda grande semelhança com o

¹⁷ A expressão “parte vencida”, nesse contexto, não compreende apenas autor e réu, englobando também os terceiros intervenientes, com exceção do assistente simples. Nesse sentido, discorrem Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha: “quando a lei menciona a “parte vencida” como legitimada a recorrer, quer referir-se não só a autor e réu, haja ou não litisconsórcio, mas também ao terceiro interveniente, que, com a intervenção, se tornou parte. ... No conceito “parte vencida” também deve ser incluído aquele sujeito processual que é parte apenas de alguns incidentes, como é o caso do juiz, na exceção de suspeição, e o terceiro desobediente, no caso da aplicação da multa do parágrafo único do art. 14 do CPC” (DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Processo Civil*, vol. III, 8ª edição 2010, Salvador: JusPODIVM, p. 48).

¹⁸ Contudo, não possuem legitimidade para recorrer na qualidade de terceiro interessado, dentre outros: (a) o perito, de decisão que fixa a sua remuneração (Nesse sentido: RSTJ 46/188, STJ-RT 714/248, RT 616/129, 709/123, RJTJESP 134/323, JTA 105/254, 106/347, 107/222, Lex-JTA 149/273, JTJ 144/87; entendendo que o perito deve “buscar a defesa de seus interesses contra atos do juiz por meio de mandado de segurança”: (STJ-3ª Turma, REsp 166.976-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 28.8.00)); (b) o leiloeiro, para recorrer de decisão que determina a devolução de parte da comissão (Nesse sentido: STJ-3ª Turma, REsp 513.573-SP, rel. Min. Menezes Direito, j. 20.11.03, DJU 1.3.04.; RJTJERGS 154/323); (c) o depositário judicial (JTJ 159/227), ou o banco que exerça essa função, para recorrer de decisão que determina o pagamento do depósito com correção monetária (RJTJESP 106/311, JTJ 141/273); (d) a pessoa física, para recorrer de decisões preferidas contra pessoa jurídica de que faz parte como sócio (RTJE 120/188).

direito de ação, colocado à disposição daquele que deseje postular a intervenção do órgão judicial para afastar ou prevenir lesão a direito¹⁹. O ordenamento jurídico assegura aos jurisdicionados o direito de ação para que busquem, se assim desejarem, a intervenção estatal reparar ou evitar lesão a direito. Como o direito de ação se destina a garantir a tutela jurisdicional efetiva, o autor deve comprovar a necessidade de ajuizar a demanda, bem como a adequação do meio processual eleito, que deve possuir o potencial para lhe trazer algo útil. Nisto consiste a exigência de interesse processual como condição da ação.

Assim, também com a prolação de decisões destinadas a entregar a prestação jurisdicional pretendida, coloca-se à disposição das partes sucumbentes o poder de provocar novo pronunciamento judicial²⁰. Contudo, assim como ocorre com a exigência de comprovação do interesse processual para o exercício do direito de ação, o recurso somente deve ser admitido quando se mostre necessário e útil ao recorrente²¹.

¹⁹ A semelhança entre o direito de ação e o recurso de apelação inicia já na compreensão de que ambos são atos voluntários, colocados à disposição da parte que pode, por meio do direito de ação, buscar tutela frente à lesão a um direito ou permanecer inerte conformando-se com o prejuízo. Assim também ocorre no caso de sucumbência, onde a parte pode contentar-se com o prejuízo decorrente do provimento judicial desfavorável ou buscar tutela mediante a revisão da decisão por outra instância. Situando a propositura da demanda, assim como o interesse da parte sucumbente em interpor o recurso, na esfera da autonomia privada da vontade, interessante a lição e o paralelo traçados por Friedrich Lent e Othmar Jauernig (Ver: JAUERNIG, Othmar; LENT, Friedrich. *Direito Processual Civil* (25ª edição, totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent). Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 361 e 364).

²⁰ Mencionamos apenas as partes, já que a exigência de sucumbência, para configurar o interesse recursal não se aplica aos demais legitimados (terceiro juridicamente interessado e o Ministério Público, quando recorra nos processos em que atuou como fiscal da lei).

²¹ A parte presume que as supostas falhas apontadas nas razões recursais, ao serem corrigidas pelo juízo *ad quem*, resultem em melhora na sua situação. Aqui conflui o interesse estatal, que se vale do interesse dos recorrente para perseguir outros fins, também de enorme relevância à jurisdição e ao Estado de Direito (p. ex.: proteção ao direito objetivo, segurança jurídica por meio de uniformização da jurisprudência etc.). Nesse sentido se posicionam ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, dos quais transcrevemos a seguinte afirmação: “*Alle Rechtsmittel haben ihren Grund in der Feklbareit menschlicher Erkenntnis*”. Tradução nossa: “Todos os recursos fundam-se na falibilidade da compreensão humana” (Ver: ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *ZIVILPROZESSRECHT*, 17ª edição. Munique: Verlag C. H. Beck München, 2010, p. 770, § 133, 20).

Salientamos que a sucumbência deve ser compreendida como aquela decorrente da decisão que queixou de proporcionar à parte qualquer benefício prático que poderia advir do processo, ou que lhe causou qualquer desvantagem. Assim, é sucumbente tanto aquele que foi condenado, quanto aquele que deixou de ganhar alguma coisa. Trata-se de preencher o binômio utilidade-necessidade (*utilidade*: o recorrente pode, em tese, esperar do provimento do recurso situação prática mais vantajosa²²; *necessidade*: para obter tal vantagem é imperativo o emprego das vias recursais).

A adjetivação da expressão parte “vencida” pelo art. 499 do Código de Processo Civil (tradicionalmente associada à ideia de sucumbência) deve ser interpretada de forma abrangente. Abarca, assim, todas as hipóteses nas quais a decisão não tenha proporcionado à parte, do ponto de vista prático, tudo aquilo que lhe era lícito esperar²³.

Embora inevitável e útil, a associação da sucumbência com o interesse recursal deve ser adotada com cautela, pois última expressão possui significado mais abrangente. Por exemplo, o terceiro interessado, exatamente pelo fato de não ser parte, manifesta seu interesse em interpor o recurso, sem que se fale em sucumbência. Ao delimitar o conteúdo do requisito *interesse recursal*, José Carlos Barbosa Moreira afirma que “a ênfase incidirá mais sobre o que é possível ao recorrente esperar que se decida, no novo julgamen-

²² Acerca da proibição da *reformatio in peius*, existem duas teses relevantes no direito alemão: KAPSA, Bernhard-Michael. *Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozess*, Berlim: Duncker & Humblot, 1976. KUHLMANN, Axel. *Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozessrecht*; Berlim: Duncker & Humblot, 2010.

²³ Segundo José Carlos Barbosa Moreira, “configura-se este requisito sempre que o recorrente possa esperar, em tese, do julgamento, do recurso, situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela em que o haja posto a decisão impugnada (utilidade do recurso) e, mais, que lhe seja preciso usar as vias recursais para alcançar esse objetivo (necessidade do recurso). Em relação à parte, alude o art. 499 à circunstância de ter ela ficado “vencida” (sucumbência, conforme se costuma dizer em doutrina); o adjetivo deve ser entendido como abrangente de quaisquer hipóteses em que a decisão não tenha proporcionado à parte, ao ângulo prático, tudo aquilo que lhe era lícito esperar, pressuposta a existência do feito” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 116).

to, do que sobre o teor daquilo que se decidiu, no julgamento impugnado”²⁴.

As interpretações excessivamente restritivas e formalistas da exigência de interesse recursal podem comprometer o acesso dos jurisdicionados aos tribunais, principalmente aos superiores, infringindo o direito fundamental de acesso a uma jurisdição plena.

2.4 Da Tempestividade dos Recursos

Todos os recursos devem ser interpostos dentro do prazo fixado em lei, obedecendo, quanto à forma de contagem, ao disposto nos arts. 506 e 184 do CPC. Do desrespeito ao prazo assinalado resulta a preclusão do direito de recorrer²⁵. É assente na melhor doutrina que o termo inicial de contagem do prazo recursal repousa na data de intimação da decisão recorrida²⁶.

Não se pode descuidar que os prazos processuais fatais e peremptórios, não obstante impeçam a prática de atos processuais tardios, cumprem a importante função de aceleração da marcha processual, contribuindo para o alcance do valor efetividade.

Acerca do papel dos prazos processuais preclusivos, assim discorre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Finalmente, uma palavra sobre os prazos peremptórios, signo inarredável da característica irremediavelmente cronológica do processo, tormento e pesadelo dos advogados. Trata-se de fatalidade, impossível portanto de ser afastada, sob pena de se eternizarem os litígios e que se presta, além do mais, à

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 14ª edição, 2008, Rio de Janeiro: Forense, p. 299.

²⁵ Nesse sentido, por todos, ver: NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª edição, 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 399.

²⁶ Assim discorre José Carlos Barbosa Moreira: “Como resulta do exame das disposições contidas nos arts. 242 e 506, o termo inicial é a data da intimação da decisão, quer se trate de pronunciamento em primeiro grau de jurisdição – pois com a leitura em audiência, a que alude o art. 506, I, a sentença se reputa intimada (cf. art. 242, §1º)-, quer se trate de acórdão, de que a publicação do dispositivo no órgão oficial (art. 506, II, na redação da Lei n. 11.276, de 7.2.2006) também vale por intimação” (Ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 118).

ordenação do processo. Impõe-se, porém, sejam fixados em lei, em medida razoável, o mais possível de forma uniforme e em consonância com as dificuldades do ato processual correspondente, permitindo-se apenas em casos excepcionais a intervenção do juiz. Nessa matéria, mais ainda do que em outras ligadas à forma e ao formalismo, tudo deverá ser feito para evitar o inútil sacrifício do direito e da justiça, relevando-se eventualmente a falha da parte em face das sutilezas da lei, que não pode servir para impedir ou dificultar o exercício do direito²⁷.

Ao interpretar as regras relacionadas à tempestividade, o julgador deve sempre atentar para terrível consequência do não conhecimento do recurso interposto fora do prazo. As regras formais que assinalam determinado prazo para a prática de um ato sob pena de preclusão devem sempre receber interpretações razoáveis e previsíveis, preservando-se, assim, a segurança jurídica dos litigantes. O prazo recursal existe para acelerar a marcha processual, contribuindo com a efetividade, por meio da ameaça da sanção decorrente da intempestividade. A previsibilidade e a segurança jurídica das normas que fixam os prazos recursais e sua forma de contagem colocam-se como fundamentos para obtenção de uma “efetividade processual virtuosa”.

Questão polêmica, relativa à admissibilidade dos recursos, diz respeito à criação da ideia da intempestividade do “recurso prematuro”. Afinal, o recurso interposto antes do início do prazo também é intempestivo? A tese da intempestividade do recurso prematuro surgiu, justamente, no âmbito Supremo Tribunal Federal. Na esteira desse raciocínio, também seria intempestivo o recurso interposto antes do início do prazo, ou seja, considera-se intempestivo o recurso apresentado antes da publicação oficial da decisão impugnada. Assim, a intempestividade dos recursos, além de decorrer de interposições tardias (ocorridas após o transcurso dos prazos), também se verifica na interposição prematura (antes da publicação dos acórdãos ou decisões). Segundo se extrai da *ratio decidendi* dos julgados do Supre-

²⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009, p. 214.

mo Tribunal Federal, orientados por esse posicionamento, somente a publicação da sentença ou do acórdão geraria efeitos processuais específicos, já que, além de formalizar a sua integração ao processo, lhe conferiria existência jurídica, fixando seu conteúdo material²⁸.

A criação da intempestividade do “recurso prematuro” encontrou eco na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho²⁹ (que não constitui objeto do nosso estudo), assim como no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, Corte responsável por “dar a última palavra” na interpretação das normas processuais infraconstitucionais, contaminando inúmeros julgados dos tribunais de justiça e de tribunais regionais federais.

Os julgados do Superior Tribunal de Justiça adotaram, para o não conhecimento dos “recursos prematuros”, os mesmos fundamentos considerados pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, após severas críticas tecidas pela doutrina, seguidas da divergência de julgadores preocupados com os escopos constitucionais do processo civil, no final do ano de 2004, a Corte Especial do STJ, no julgamento do AgRg nos EREsp 492461-MG, modificou seu posicionamento, passando a admitir como tempestivos os recursos interpostos contra acórdãos ou decisões monocráticas antes da publicação da decisão

²⁸ Nesse sentido, por todos, o AgR 449723-SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 1/2/2008, assim ementado: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EXTEMPORANEIDADE - IMPUGNAÇÃO RECURSAL PREMATURA, DEDUZIDA EM DATA ANTERIOR À DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO - RECURSO IMPROVIDO. A intempestividade dos recursos tanto pode derivar de impugnações prematuras (que se antecipam à publicação dos acórdãos) quanto decorrer de oposições tardias (que se registram após o decurso dos prazos recursais). Em qualquer das duas situações - impugnação prematura ou oposição tardia -, a consequência de ordem processual é uma só: o não-conhecimento do recurso, por efeito de sua extemporânea interposição. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem advertido que a simples notícia do julgamento, além de não dar início à fluência do prazo recursal, também não legitima a prematura interposição de recurso, por absoluta falta de objeto. Precedentes”.

²⁹ A matéria chegou a ser objeto de orientação jurisprudencial pelo Tribunal Superior do Trabalho, na OJ-SDI 1-357, publicada no DJ de 14.03.2008: “RECURSO. INTERPOSIÇÃO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. EXTEMPORANEIDADE. NÃO CONHECIMENTO”.

na imprensa oficial³⁰. Também o Supremo Tribunal Federal modificou seu posicionamento no ano de 2005, passando a considerar como tempestivo o recurso interposto antes do início do prazo³¹.

Evidencia-se a obviedade da questão, como já salientavam os doutrinadores. Mesmo quando interponha-se o recurso antes da intimação da decisão atacada, presume-se que o recorrente dela tomou conhecimento, ao menos, no momento em que apresentada a inconformidade, considerando-se aí intimado³².

O posicionamento mostra-se ainda mais ultrapassado se levarmos em consideração os avanços tecnológicos obtidos pelo Poder Judiciário, a exemplo do acompanhamento processual pela *internet*, das notícias inseridas em tempo real nos sites de tribunais e da disponibilização das decisões por meio eletrônico (muitas vezes ocorrida antes de sua publicação na imprensa oficial)³³.

³⁰ “RECURSO – TEMPESTIVIDADE – MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de considerar intempestivo o recurso interposto antes da publicação da decisão no veículo oficial. Entendimento que é revisto nesta oportunidade, diante da atual sistemática de publicidade das decisões, monocráticas ou colegiadas, divulgadas por meio eletrônico. Alteração jurisprudencial que se amolda à modernização da sistemática da publicação via INTERNET. Agravo regimental provido” (STJ - AgRg nos EREsp 492461-MG – Corte Especial – Rel. Min. Gilson Dipp – Publ. em 23-10-2006).

³¹ Dessa forma decidiu o plenário do STF, no julgamento do AO 1133AgR-AgR/DF, rel. Min. Carlos Brito, julgado em 16.6.2005. O precedente foi publicado no Informativo n. 392.

³² Nesse sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 14ª edição, 2008, Rio de Janeiro: Forense, p. 710-711. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tempestividade dos Recursos*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2004, n.16, p. 9-23. THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol II, 35ª edição, Rio de Janeiro: Forense. DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Processo Civil*, vol. III, 8ª edição 2010, Salvador: JusPODIVM, p. 56. MACHADO, Hugo de Brito. *Extemporaneidade de Recurso Prematuro*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 8, p. 58-66.

³³ Contudo, as informações lançadas equivocadamente no sistema informatizado dos tribunais também pode induzir o advogado em erro, casando sérios prejuízos às partes, a exemplo da perda de prazos recursais. Acerca do assunto, assim discorre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “*Relevante correlato da segurança jurídica é o princípio da confiança legítima de utilidade nos equívocos nas informações processuais prestadas por rede de computadores operada pelo próprio Poder Judiciário, porque podem induzir em erro o usuário e provocar a perda de prazo. Em tal hipótese, aplicando-se o princípio e o disposto no art. 283, 2ª parte, e respectivos parágrafos,*

Logo, não mais se mostra razoável condicionar a existência jurídica e o conteúdo material do acórdão à sua publicação oficial.

Se a construção utilizada para o não conhecimento dos recursos considerados “prematureos” já se mostrava inadequada aos recursos ordinários, mais ainda se diga da sua aplicação aos recursos especial e extraordinário. Não se pode perder de vista que tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça cumprem a função constitucional de assegurar a unidade do ordenamento jurídico. Nesse âmbito, o interesse público ganha enorme relevo, sobrepondo-se, sob o ponto de vista da finalidade da existência dessas espécies impugnatórias, ao próprio interesse da parte na revisão do julgado³⁴. Construções formalistas, das quais decorra o não conhecimento dos recursos interpostos antes da publicação das decisões, atentam, também, contra o papel traçado pela Constituição Federal para os tribunais superiores³⁵.

Pela ótica do formalismo-valorativo, a concepção de recurso prematuro também se mostra inadequada aos recursos ordinários, pois compromete a segurança jurídica dos litigantes, sem obter qualquer ganho atinente ao valor efetividade, a não ser quando se desvirtue o conceito, na busca de uma justiça meramente baseada

é possível reconhecer justa causa e relevar a falta” (ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009, p. 82-83).

³⁴ Isso não significa que dispensem a demonstração do interesse recursal. Para uma adequada compreensão do assunto, imprescindível a leitura da obra de Danilo Knijnik (KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 90-98).

³⁵ No que toca ao Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Eliana Calmon destacou, em seu voto proferido no julgamento do AgRg nos EREsp 492461-MG, o papel desempenhado pela Corte no julgamento do recurso especial, salientando que aquele tribunal é uma Corte de precedentes, cuja função constitucional precípua consistiria na uniformização do direito federal. Mais ainda se diga da função de verdadeira corte constitucional cumprida pelo Supremo Tribunal Federal, também no controle difuso, que vem sofrendo profundas transformações, decorrentes do fenômeno denominado de objetivação do recurso extraordinário. Ora, a tarefa de assegurar a força normativa da Constituição, sobretudo na realização dos direitos fundamentais, não se coaduna com as limitações impostas por construções apegadas excessivamente à forma, que não se sustentam nem mesmo no âmbito da admissibilidade dos recursos ordinários, justamente por afrontarem a mínima concepção de um modelo de processo civil pautado por valores constitucionais.

em mera estatística, pautada pela necessidade de eliminação de processos e de etapas processuais a qualquer custo³⁶.

Ademais, a existência de uma decisão não decorre da publicação de nota de expediente na imprensa oficial, mas de sua exteriorização formal no processo. Nessa esteira, dentro da esfera de interesse do processo civil, o início da existência de uma decisão decorre, por exemplo, da juntada aos autos da sentença (quando proferida em gabinete), bem como da sua publicação em audiência (art. 242, § 1º, do CPC) ou, ainda, da proclamação do resultado do acórdão, em sessão pública de julgamento no tribunal (art. 556 do CPC). Já a publicação na imprensa oficial consiste, apenas, em meio de intimação do advogado (art. 506, III, do CPC), assegurando a ciência inequívoca da decisão³⁷.

Como a parte pode renunciar ao prazo estabelecido exclusivamente em seu favor (art. 186, CPC), interpondo o recurso antes da publicação da decisão recorrida na imprensa oficial, considera-se

³⁶ Ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009.

³⁷ A respeito do assunto, assim se posicionou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento dos EI 70008135964, rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, 5º Grupo de Câmaras Cíveis, julgado em 20.8.2004, em ementa que merece ser transcrita: “*INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ANTES DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - TEMPESTIVIDADE. (...) Impõe-se reconhecer a tempestividade de recurso de embargos infringentes interposto antes da publicação da decisão dos embargos de declaração, integrativa do acórdão de apelação, tendo em vista a interpretação e aplicação sistemática do ordenamento jurídico, não se admitindo a existência de várias interpretações antagônicas para situações semelhantes, em detrimento dos princípios constitucionais da segurança jurídica e do devido processo legal (art. 5º, caput e LIV). Tal qual a publicação da sentença em audiência (art. 242, § 1º, do CPC), a proclamação do resultado do acórdão, em sessão pública de julgamento no Tribunal (art. 556 do CPC), é que define a sua existência, e não a publicação na imprensa oficial, que serve, tão-somente, como meio de intimação ao advogado (art. 506, III, do CPC). Assim, pode a parte, perfeitamente, dar-se por intimada (art. 214, § 1º, do CPC, modo analógico) e abrir mão do prazo recursal que com a intimação tem seu termo inicial, apresentando desde logo, e no mesmo ato, o recurso (art. 186 do CPC). De fato, o que não se pode é inverter a ordem processual, com a interposição de recurso contra decisão ainda não proferida, o que, aí sim, ofenderia o devido processo legal em seu aspecto formal. Nesse passo, considerar intempestivo o presente recurso se constituiria em ofensa ao princípio universal do acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/88) (...)”.*

intimada no momento do protocolo da inconformidade, presumindo-se a renúncia ao restante do prazo.

Situação análoga, que ainda não recebeu resposta adequada por parte da jurisprudência dos nossos tribunais superiores, ocorre quando manejado recurso contra decisão da qual a parte contrária opôs embargos de declaração. Nesta hipótese, o provimento dos embargos de declaração poderia modificar o conteúdo da decisão atacada pela parte adversa, criando descompasso entre as razões recursais, anteriormente produzidas, e a nova decisão. Contudo, na prática, a maioria dos embargos de declaração restam inadmitidos ou desprovidos. Além disso, mesmo quando providos, limitam-se a modificar capítulos específicos da decisão que, muitas vezes, não possuem qualquer relação com o recurso interposto anteriormente. Diversa se apresenta a situação na qual os embargos de declaração restem providos, resultando na alteração de capítulos já atacados por recurso da parte adversa (embargada). Nesse caso, a inconformidade deve ser retificada ou, de melhor técnica, substituída por um novo recurso, sob pena de não conhecimento, em razão da ausência de correspondência entre as razões recursais e o novo conteúdo da decisão atacada (falta de regularidade formal). Porém, caso desprovidos os embargos de declaração, ou, ainda, quando a alteração produzida pelo seu provimento não se relacione com o objeto do recurso interposto pela parte contrária, seria desnecessário e ilógico exigir-se a renovação ou reiteração do ato (ratificação).

Entretanto, a jurisprudência dos nossos tribunais vem condicionando o conhecimento desses recursos, mesmo quando desacolhidos os embargos de declaração, à posterior ratificação pelo recorrente. A matéria foi objeto da recente súmula nº 418 do Superior Tribunal de Justiça, publicada no DJe em 11/03/2010 (*“É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”*).

A interrupção, em benefício de ambas as partes, do prazo de outros recursos, decorre do simples manejo dos embargos declaratórios, tendo em vista a possibilidade de alteração do pronunciamento impugnado em decorrência do seu acolhimento³⁸. Portanto, a regra

³⁸ Dessa forma, assim se posiciona José Carlos Barbosa Moreira: *“A interrupção ocorre na data da interposição dos embargos e perdura até a data da publicação do acórdão que os julgue. Daí em diante, recomeça a fluir, por inteiro, o prazo*

não pode ser interpretada de forma prejudicar os recorrentes, criando novo requisito de admissibilidade recursal sem previsão em lei, pelo emprego da exegese pautada pelo formalismo irracional e pernicioso, consistente na exigência de ratificação da inconformidade, mesmo quando os embargos sejam desprovidos. Trata-se de exigência injustificável, pois, além de carecer de previsão legal, é despida de qualquer utilidade prática, comprometendo, sem nenhuma justificativa, a segurança jurídica dos litigantes. Ademais, quanto aos recursos especial e extraordinário, seus requisitos de admissibilidade devem ser retirados diretamente da Constituição Federal, sendo vedada a criação pelo legislador de novas exigências. Mais ainda se diga da criação, sem lei, pela jurisprudência, de requisito de admissibilidade totalmente inútil e sem sentido, que veda o acesso aos tribunais superiores, por meio de construção pautada exclusivamente pelo formalismo pernicioso.

Infelizmente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência atual também consolidou-se no sentido da exigência de ratificação do recurso interposto antes do julgamento dos embargos de declaração³⁹. O acesso dos comuns ao nosso Tribunal Constitucional, por meio do recurso extraordinário, muitas vezes buscando reparar lesões a direitos fundamentais, além de esbarrar em interpretações excessivamente rigorosas e restritivas quanto aos requisitos de admissibilidade previstos na Constituição Federal, ganhou novo requisito formal, totalmente dissociado de qualquer sentido prático ou teórico. O formalismo pernicioso, orientado pelo intuito de eliminar

para interposição do outro recurso. Este, porém, não será inadmissível só pelo fato de haver sido interposto, antecipadamente, “durante” a interrupção: a regra legal visa a beneficiar o recorrente, e não se há de entender que o prejudique a circunstância de não se ter aproveitado do benefício” (ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 14ª edição, 2008, Rio de Janeiro: Forense, p. 568).

³⁹ Nesse sentido, representando a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal, transcrevemos a ementa da decisão proferida no julgamento do AI 722090 AgR, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 14/06/2010, assim redigida: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO EXTEMPORÂNEO. PRECEDENTES. 1. É extemporâneo o recurso extraordinário protocolado antes do julgamento do acórdão proferido em embargos de declaração, sem posterior ratificação. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido” (grifei).

a qualquer custo o excessivo número de recursos, lamentavelmente, também triunfa sobre o papel do Supremo Tribunal Federal em assegurar o respeito aos direitos fundamentais.

Reitere-se, como já salientamos anteriormente, que o Supremo Tribunal Federal, também no julgamento dos recursos extraordinários, define, aperfeiçoa e desenvolve, por meio da autoridade de sua jurisprudência, o próprio conteúdo dos direitos fundamentais e princípios previstos no texto da Constituição, desempenhando atividade essencial à concepção de um Estado Constitucional.⁴⁰

2.5 Da Exigência de Regularidade Formal

Assim como ocorre com a petição inicial e as respostas do réu, bem como com os demais atos processuais (em geral), a interposição do recurso também deve observar determinadas exigências formais, que podem variar muito entre as espécies recursais. A inobservância das formalidades prescritas poderá ensejar o não conhecimento do recurso por ausência de regularidade formal, desde que tais exigências possam ser facilmente extraídas da lei. Ou seja, assim como ocorre com os demais requisitos de admissibilidade, as exigências de regularidade formal devem decorrer diretamente do direito positivado,

⁴⁰ Dissertando acerca do recurso constitucional alemão (*Verfassungsbeschwerde*) e do papel do Tribunal Constitucional Federal, assim discorre Luis Afonso Heck: “Uma perquirição referente à Jurisdição Constitucional alemã revela que o recurso constitucional não é apenas um de seus elementos essenciais, mas, simultaneamente, a sua própria medula, que viabiliza os direitos fundamentais. A tarefa do tribunal constitucional federal centra-se na proteção dos direitos fundamentais, os quais tem no mencionado recurso, a sua expressão jurídica. Por meio dele constituiu-se não somente um instrumento processual que possibilita a qualquer pessoa figurar como guarda da Lei Fundamental, formulou-se um instituo jurídico do qual dimana um efeito educador aos titulares do poder estatal, levando-os a agir dentro dos limites normativos. O recurso constitucional apresenta-se, assim, como coroamento da ideia de Estado de Direito” (HECK, Luis Afonso. *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*. Revista de Informação Legislativa, n. 31, 1994, p. 115-133).

não podem ser criadas pelos julgadores, sob pena de causar surpresa às partes, comprometendo a segurança jurídica⁴¹.

Como exemplos mais comuns dos requisitos formais de admissibilidade, podemos citar: (a) a necessidade de impugnar especificamente os fundamentos da decisão recorrida (razões recursais), expondo as razões que embasam o pedido de novo julgamento ou de reforma do ato impugnado (Súmula 182 do STJ); (b) a necessidade de instruir o agravo de instrumento com as peças obrigatórias (art. 525, I, CPC); (c) a necessidade de, em recurso especial fundado em divergência jurisprudencial, juntar prova da divergência, fazendo o cotejo analítico entre trechos do acórdão recorrido e do acórdão paradigma (art. 541, parágrafo único, CPC); (d) obrigatoriedade de destacar no recurso extraordinário, em tópico específico e preliminar, a alegação da existência de repercussão geral; (e) a exigência de que seja formulado no recurso pedido de reforma, anulação, esclarecimento ou integração da decisão recorrida; (f) a exigência de apresentar os recursos na forma escrita, com exceção do agravo retido interposto contra decisão proferida na audiência de instrução e julgamento (art. 523, § 3º, CPC), que deverá ser necessariamente oral, além dos embargos de declaração em Juizados Especiais Cíveis, que poderão ser opostos oralmente ou por escrito (art. 49, Lei Federal n. 9099/95); etc.

As exigências de regularidade formal, contidas de forma explícita ou implícita em nosso ordenamento jurídico, constituem solo fértil para interpretações por parte dos operadores do direito. Situando-se entre os requisitos necessários para julgamento do objeto dos

⁴¹ Nesse sentido preleciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “*Constitui, portanto, manifesta afronta aos princípios a criação jurisprudencial de requisitos recursais não previstos previamente em lei, como aconteceu, e.g., no âmbito do agravo de instrumento destinado a fazer subir recurso extraordinário ou especial, com exigência da prova da tempestividade da interposição dos recursos denegados, antes da edição da Lei n. 10.352, de 27 de dezembro de 2001. Fique o registro de que o excesso de recursos contido no atual sistema jurídico brasileiro, como ocorre com qualquer outro sistema, representando com ou sem razão, no essencial, grande desconfiância da sociedade para com os seus juízes, constitui aspecto perverso do formalismo excessivo, assaz frequente em épocas de crise*” (Ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009, p. 68-70).

recursos, sobram exemplos na jurisprudência de nossos tribunais de interpretações pautadas por um formalismo pernicioso, que coloca de lado a necessidade garantir segurança aos litigantes em nome de uma suposta efetividade baseada meramente em estatísticas. Não são incomuns os exemplos, por parte dos nossos tribunais, de interpretações pautadas exclusivamente pelo desejo de eliminação das demandas a qualquer custo, que acabam por criar requisitos de admissibilidade não previstos em lei, ou de interpretação duvidosa. É exatamente aí que a exegese pautada pelos valores constitucionais, que orientam o processo civil, especialmente sob a ótica do formalismo-valorativo, ganha relevo, contribuindo para a construção de um processo justo⁴².

Cite-se como exemplo a necessidade de instrução do agravo de instrumento com peças que, embora não previstas na lei como obrigatórias (art. 525, I, CPC), sejam consideradas essenciais ao julgamento do recurso, a exemplo da exigência de cópia da petição inicial nos agravos manejados contra decisões que julgam o incidente de impugnação ao valor da causa. As assim denominadas “peças essenciais à compreensão da controvérsia” não constam entre aquelas consideradas obrigatórias para todo e qualquer agravo de instrumento, expressamente elencadas na lei processual (art. 525,

⁴² Ademais, conforme advertem os juristas alemães Fritz Baur e Rudolf Stürner, os fundamentos processuais constituem o parâmetro para solucionar, de forma igual ou diferenciada, o caso individual. Não existe, contudo, um esquema uniforme preestabelecido, no qual se amoldem todos os casos individuais. Então, raramente se aplica um fundamento processual de modo absoluto. Frequentemente, um regramento legal reserva a princípios que se imbricam maior ou menor âmbito. Quando se deixam de fora os questionamentos acerca das linhas mestras de um ordenamento jurídico, cedo ou tarde, deixa-se de entendê-lo, caindo a norma jurídica no formalismo vazio. No original: “... Die Verfahrensgrundsätze sind der Masstab für Gleichbehandlung und Differenzierung bei der Einzelfalllösung. Sie sind kein einförmiges Schema, das dem Einzelfall schablonenhaft übergestülpt wird; denn nur selten ist ein Verfahrensgrundsatz rein verwirklicht, oft lässt eine gesetzliche Regelung gegenläufigen Prinzipien mehr oder weniger Raum. Wo indessen die Frage nach den Leitlinien einer rechtlichen Regelung verstummt, geht früher oder später ihr Verständnis verloren, die Rechtsregel wird zum leeren Formalismus. Auch, eine Reformdiskussion kann sinnvoll nur vor dem Hintergrund historisch gewachsener Grundsätze eines Rechtsgebietes geführt werden” (ver: BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Zwangsvollstreckungsrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 1996 pp. 51-52).

I, CPC), mas apresentam-se, em concreto, como imprescindíveis à compreensão e julgamento do objeto do recurso. Na sua ausência, seria impossível ou temerário julgar a inconformidade. Como a essencialidade dessas peças depende da análise do caso concreto, muitas vezes passam despercebidas pelo representante judicial do agravante. Indubitável a impossibilidade de serem elencas, *a priori*, pelo legislador, em razão de sua grande variação conforme o caso concreto. Contudo, o Código de Processo Civil sequer possui norma genérica estabelecendo que da ausência de tais documentos decorreria o grave e irremediável resultado de não conhecimento do recurso. Diante de tal situação, teríamos duas possibilidades: (i) verificada a ausência da peça essencial à compreensão da controvérsia, assinalar ao recorrente prazo para juntada do documento, sob pena de, não o fazendo, negar-se seguimento ao recurso; (ii) não conhecer, desde logo, do agravo de instrumento desacompanhado de tais peças, sem possibilitar a complementação de sua instrução.

Infelizmente a jurisprudência dos nossos tribunais acabou adotando a primeira solução apontada. O próprio Supremo Tribunal Federal editou, em 1963, a súmula nº 288, no sentido de inadmitir agravo de instrumento manejado em face do não conhecimento de recurso extraordinário, quando desacompanhado das peças obrigatórias (elencadas em lei), ou mesmo ante a ausência daquelas consideradas “*essências à compreensão da controvérsia*”⁴³. Durante muito tempo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça espelhou o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, permitindo sua aplicação aos agravos manejados contra as decisões interlocutórias, proferidas em primeiro grau de jurisdição. Assim, encontrava-se consolidado na jurisprudência dos tribunais superiores o entendimento segundo o qual a ausência das peças essenciais à compreensão da controvérsia – que só podem ser definidas tomando-se o caso concreto – resulta no não conhecimento do recurso, seja

⁴³ “NEGA-SE PROVIMENTO A AGRAVO PARA SUBIDA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, QUANDO FALTAR NO TRASLADO O DESPACHO AGRAVADO, A DECISÃO RECORRIDA, A PETIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO OU QUALQUER PEÇA ESSENCIAL À COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA”. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 13/12/1963.

ele interposto contra decisão interlocutória de primeiro grau ou para acessar as instâncias de jurisdição extraordinária e especial⁴⁴.

A solução construída, contudo, não nos parece a mais correta, levando-se em consideração os valores constitucionais envolvidos no caso em exame. Saliente-se, novamente, a ausência de prescritivo legal estabelecendo o direto, imediato e irremediável⁴⁵ não conhecimento do agravo de instrumento quando, embora instruído com as peças obrigatórias (art. 525, I, CPC), esteja desacompanhado de alguma peça considerada essencial à compreensão da controvérsia, o que, por si só, já comprometeria a segurança jurídica (imprevisibilidade das normas processuais). Como as peças essenciais à compreensão da controvérsia não podem ser definidas de antemão, dependendo das peculiaridades do caso concreto, criam grande dificuldade aos operadores do direito em geral. São inúmeras as situações nas quais a definição de uma determinada peça como essencial ao julgamento do recurso dependeria da compreensão de sutilezas da decisão atacada, resultando em verdadeira “arapucas” processuais. Ademais, imagine-se situações nas quais uma determinada peça seja essencial em face do peculiar posicionamento de um certo julgador, mas se

⁴⁴ A impossibilidade de complementação do agravo de instrumento instruído de forma defeituosa restou enfatizada no Informativo nº 219 do Superior Tribunal de Justiça, noticiando a decisão proferida do julgamento do Recurso Especial nº 333152/MS, julgado em 24/08/2004, Relator Ministro Franciulli Netto, assim transcrita: “O agravo de instrumento deve ser instruído, sob pena de não-conhecimento, com as peças obrigatórias e as necessárias, aquelas sem as quais não é possível a correta apreciação da controvérsia. Em recente julgado, a Corte Especial ratificou entendimento de que não cabe converter-se o julgamento em diligência para facultar a complementação. Precedente citado: EREsp 509.394-RS”.

⁴⁵ A deficiência na instrução do agravo de instrumento não poderia ser remediada pela complementação em sede de agravo interno. Nesse sentido, posiciona-se Athos Gusmão Carneiro (RJ 257/10): “Se do instrumento não constar alguma peça de traslado obrigatório, como a cópia da decisão agravada ou a cópia da procuração outorgada ao advogado da parte recorrida, em princípio o agravo deve ser ‘liminarmente indeferido’ pelo relator. Não é possível, outrossim, em sede de agravo interno interposto contra decisão liminar do relator, completar ou complementar o instrumento deficiente formado (STJ, 6ª T, AgRg no AI 92.676, j. 13.05.96, rel. Min. Adhemar Maciel; 4ª T, AgRg no AI 99.922, DJU de 26.08.96, p. 29.702, rel. Min. Sálvio de Figueiredo; STF, 1ª T, AgRg no AI 133.647, rel. Min. Celso de Mello). É ‘dever do agravante’ zelar pela correta formação do instrumento de agravo”.

apresente desnecessária quando o recurso recebera outro tratamento de órgão judicial diverso. Nessa última hipótese, chegar-se-ia ao absurdo de exigir que advogado incursionasse no movediço solo das infinitas possibilidades de abordagem jurídica da situação concreta, transformando-o em verdadeiro adivinho.

A construção radical adotada por nossos tribunais quanto às denominadas peças essenciais à compreensão da controvérsia gerava enorme comprometimento à segurança jurídica, sem que qualquer ganho significativo no que toca à efetividade do processo. A solução não se harmonizava com o modelo de processo civil contido na Constituição Federal, atendendo exclusivamente ao desejo de uma “efetividade” perniciosa, limitada ao simples desejo de diminuição no número de recursos.

Nesse sentido doutrina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *in verbis*:

Ora, tanto a boa-fé quanto a lealdade do órgão judicial seriam flagrantemente desrespeitadas sem um esforço efetivo para salvar o instrumento dos vícios formais. Do mesmo modo, dentro dessa visão cooperativa, impõe-se ao juiz mandar suprir qualquer falha na formação do instrumento que acompanha o recurso de agravo, quando se trate de peça não obrigatória, embora necessária para o julgamento. O ideal, por sinal, seria que essa atividade saneadora do juiz se estendesse também às peças obrigatórias, o que contudo depende de reforma legislativa. Também em homenagem ao princípio da boa-fé e lealdade, não pode o juiz elastecer, além do razoável, os pressupostos de admissibilidade do recurso, para facilitar o seu trabalho. irrelevantes. ... A boa-fé e a lealdade impedem, ainda, a criação de situações que impliquem verdadeira armadilha procedimental, fazendo o processo sucumbir a exigências meramente formais, distantes da verdadeira finalidade da lei e estabelecidas por meio de raciocínios elaborados para dar à norma sentido completamente diverso⁴⁶.

Felizmente, neste ano de 2012, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Corte Especial, revisou esse entendimento passando a admitir a juntada de peças essenciais à compreensão

⁴⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 137, 2005, p. 7-31.

da controvérsia em momento posterior à interposição do agravo de instrumento (Informativo 496, Corte Especial, REsp 1.102.467-RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 2/5/2012).

Essa nos parecer a solução mais adequada à realização dos direitos fundamentais processuais, possibilitando ao recorrente complementar a instrução do agravo de instrumento desacompanhado dessas peças, sobretudo em situações peculiares. A opção por intimar o agravante para que apresente a peça considerada essencial ao julgamento do recurso em prazo assinalado (que pode ser exíguo), assegura a segurança jurídica, sem comprometer minimamente a efetividade do processo. Considerando a lacuna da lei e os enormes ganhos na realização de valores constitucionais, não se pode sustentar a impossibilidade de juntada das peças não obrigatórias, porém essenciais, em razão da preclusão consumativa decorrente da interposição do recurso⁴⁷. Aqui, a preclusão deve ceder frente à

⁴⁷ A preclusão consumativa operada pelo ato da interposição do recurso é invocada por muitos como o principal fundamento da impossibilidade de oportunizar-se ao agravante a complementação da instrução do recurso. Nesse sentido, por todos, preleciona Teresa Arruda Alvim Wambier: “O recurso, no regime atual, não pode ser conhecido se desacompanhado de razões ou das peças necessárias para a formação do instrumento, que são cópias da decisão agravada, da certidão de sua intimação (para controle da tempestividade) e das procurações outorgadas pelas partes a seus advogados, desde que, é claro, não se junte outro e novo instrumento de procuração. O sistema atual não faz essa ressalva de modo explícito, mas razões inexistem para que não se a considere mantida no novo regime. Faltantes quaisquer destes requisitos, o recurso não será conhecido. Ausente, todavia, peça que não consta do elenco das necessárias, mas que seja imprescindível à compreensão da controvérsia, ao recurso não será dado provimento. Interposto o recurso, não mais de admitirá a juntada de peças ou razões, mesmo que se esteja, ainda dentro do prazo. Presume-se, com a apresentação do recurso no 2º dia, por exemplo, que a parte tenha aberto mão do resto do prazo, configurando-se preclusão consumativa: o recurso já terá sido interposto, e MAL INTERPOSTO” (Ver: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O Novo Regime do Agravo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 171). No mesmo sentido, o seguinte julgado do STJ: AgRg no AgRg no AgRg no Ag 1227871/MG, rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, DJe 02/06/2010, assim ementado: “AGRAVO REGIMENTAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL AUTÔNOMO. SÚMULA 126/STJ. CÓPIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA. PREPARO. PROVA. AUSÊNCIA. MÁ-FORMAÇÃO. INSTRUMENTO. REQUISITOS. ADMISSIBILIDADE. MOMENTO. INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. PRECLUSÃO. ... 4. Não se admite a posterior juntada das peças obrigatórias ou das necessárias, imprescindíveis à análise do agravo de instrumento, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa. Precedentes. 5. Agravo regimental não provido”

oportunidade de realização dos valores constitucionais envolvidos, em especial aquele consubstanciado no direito fundamental das partes à segurança jurídica.

Destaque-se, também, o formalismo pernicioso e arcaico subjacente à inadmissão do agravo de instrumento quando desacompanhado de verdadeira “certidão” de intimação da decisão recorrida, desconsiderando-se documentos processuais equivalentes, a exemplo da comprovação de publicação da nota de expediente, ou do carimbo de intimação da decisão agravada⁴⁸. A exigência de “certidão de intimação da decisão” feita pelo art. 525, I, do CPC visa assegurar que o agravo de instrumento seja acompanhado de documento apto a possibilitar a apreciação da tempestividade do recurso. O comprovante de publicação da nota de expediente, intimando o agravante da decisão recorrida, ou o carimbo lançado nos autos no caso de intimação pessoal do advogado, cumprem de forma satisfatória esse requisito, dispensando a elaboração de uma verdadeira “certidão de intimação” (em sentido literal). A exigência formal de “certidão”, além de inútil, oneraria ainda mais o funcionamento dos cartórios judiciais, em nada colaborando com a administração da justiça, além de não acarretar qualquer vantagem para os valores constitucionais da segurança jurídica ou da efetividade do processo.

Felizmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao interpretar a exigência de “certidão” de intimação da decisão recorrida (art. 525, I, CPC) de acordo com a sua finalidade, vem aceitando outros documentos idôneos, que se prestem a demonstrar a tempestividade do recurso, a exemplo da decisão monocrática do

⁴⁸ Tais decisões foram mais comuns no passado, resultando em severas críticas por parte dos processualistas (por todos, ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009), o que implicou em mudança no padrão da jurisprudência. Transcrevemos como exemplo o seguinte julgado do TJRS, assim ementado: “*AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão monocrática. Artigo 557, caput, do CPC. Ausência de peça obrigatória (artigo 525, inciso I do CPC). Instrução falha. Certidão da intimação da decisão recorrida em branco. O carimbo de carga, por não demonstrar de forma incontestada a data da ciência do decisor atacado, não se presta como certidão de intimação. Negado seguimento ao recurso*” (Agravo de Instrumento N° 70006581904, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário José Gomes Pereira, Julgado em 18/06/2003).

Min. Luiz Fux, proferida no julgamento do AgRg no Ag 1206237 AgRg no AI n.º 1206237 – RJ, publicado no DJe em 19/02/2010.⁴⁹

2.6 Dos Fatos Extintivos ou Impeditivos do Direito de Recorrer

São *atos extintivos* do direito de recorrer a *renúncia* e a *aceitação* da decisão (*aquiescência*). Na renúncia, o legitimado manifesta a vontade de não interpor um recurso cabível contra a decisão. Obviamente, a renúncia deve ocorrer antes da interposição do recurso, pois, caso contrário, configurar-se-ia a desistência (e não a renúncia). Já a *aquiescência* (ou *aceitação*) pode ser manifestada (de forma expressa ou tácita) tanto antes como depois da interposição do recurso (CPC, art. 503: *A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer*). A *aceitação expressa* deverá ser formulada por escrito, salvo quando prolatada a sentença na própria audiência de instrução e julgamento, situação na qual a parte inconformada poderá manifestar-se de forma oral. Considera-se *aceitação tácita* a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer (art. 503, parágrafo único, CPC), a exemplo do cumprimento espontâneo da decisão desfavorável. Tanto a renúncia quanto a aceitação (*aquiescência*) são atos unilaterais, que não se condicionam ao consentimento da parte contrária (razão pela

⁴⁹ A referida decisão restou assim redigida. *In verbis*: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 E 545 DO CPC. AUSÊNCIA DE PEÇA OBRIGATÓRIA. CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. AFERIÇÃO DA TEMPESTIVIDADE POR OUTROS MEIOS. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 332 E 333, DO CPC E DOS ARTIGOS 2.º, PARÁGRAFO ÚNICO, VIII, 3.º, INC. II E III, 18, INC. I E II, 38, §§ 1.º E 2.º, E 41, TODOS DA LEI N.º 9.784/99. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência desta Corte Superior tem admitido a possibilidade de ser prescindível o traslado da certidão de intimação do acórdão recorrido quando, por outros elementos acostados aos autos, for possível aferir-se a tempestividade do apelo nobre. [Precedentes: EDcl no AgRg no Ag 741635/PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe 17/03/2009 AgRg no Ag 647.294/MG, Rel. Min. José Delgado, DJ 06.06.2005; REsp 256.158/AM, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 18.06.2001].

qual esta sequer precisa ser ouvida, a exemplo do que ocorre com a desistência do recurso)⁵⁰, produzindo efeitos independentemente da lavratura de termo e de homologação pelo juiz, ao contrário do que ocorre, por exemplo, como a desistência da ação (CPC: Art. 158. *Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeito depois de homologada por sentença*).

Considera-se *fato impeditivo* do poder de recorrer, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira “o ato de que diretamente haja resultado a decisão desfavorável àquele que, depois, pretenda impugná-la”⁵¹ Tomemos como exemplo de *fato impeditivo* a sentença que homologa a desistência da ação, pois a parte desistente não poderá interpor o recurso, salvo quando pretenda impugnar a própria validade da desistência. Outros exemplos, mais corriqueiros, são o recurso prejudicado ou com perda de objeto.

2.7 Da Exigência de Preparo

O preparo consiste no prévio pagamento das despesas atinentes aos custos de processamento do recurso. A ausência de preparo, nos casos em que legalmente exigido, importa o não conhecimento da impugnação, qualificada como *deserta*. Em razão das severas consequências oriundas da sanção processual decorrente da *deserção*, aplica-se a penalidade apenas nos casos em que a lei expressamente exija o preparo. Não se pode, portanto, inadmitir um recurso por deserção quando ausente previsão legal expressa estabelecendo a necessidade do preparo (a exemplo do que ocorre com o agravo

⁵⁰ A possibilidade de desistência do recurso, a qualquer momento, mesmo sem a concordância do recorrido, também decorre do poder de disposição das partes, que podem avaliar a oportunidade e a conveniência do pedido de novo julgamento ao juízo *ad quem*. A respeito do assunto, ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 71-72; ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *ZIVILPROZESSRECHT*, 17 edição. Munique: Verlag C. H. Beck München, 2010, p. 850, § 146, n. 12.

⁵¹ Nesse sentido, ver: BARBOSA MOREIRA José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 117.

previsto no art. 532 do CPC). Portanto, em situações nas quais a lei não exija o preparo, mas também não o dispense de forma expressa - a exemplo do previsto para os embargos de declaração (art. 536, CPC) e o agravo retido (art. 522, parágrafo único, CPC) – os regimentos das custas até podem formular essa exigência, mas não podem, contudo, impor a sanção processual de não conhecimento por deserção⁵².

Todavia, a falta de preparo, quando exigido por lei, não deve ser confundida como o recolhimento de valor insuficiente. Nesta última hipótese, em decorrência da previsão expressa contida no § 2º do art. 511 do CPC, o recorrente será previamente intimado para que complemente o preparo em 5 dias, sob pena de, não o fazendo, considerar-se deserto o recurso⁵³. Trata-se de elogiável inovação legislativa introduzida pela Lei n. 9.756, que realiza o direito fundamental das partes à segurança jurídica no âmbito processual, pois o recolhimento insuficiente do preparo, na maioria das vezes, decorre de erro de cálculo cometido pelos próprios servidores do Poder Judiciário. Assim, não se apresentaria razoável, sob o prisma do formalismo-valorativo, fulminar desde logo o recurso, ocasionando surpresa ao recorrente.

Para o conhecimento do recurso não basta, contudo, recolher o valor referente ao preparo. Segundo o disposto no art. 511 do CPC, o preparo deve ser comprovado no ato da interposição da inconformidade, anexando-se à peça recursal a respectiva guia de recolhimento. Segundo a jurisprudência praticamente pacificada do Superior Tribunal de Justiça, a comprovação posterior do preparo,

⁵² Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 119.

⁵³ Adotando interpretação restritiva, Flávio Cheim Jorge defende que o dispositivo seria inaplicável às hipóteses nas quais o valor do preparo seja fixo, por não depender das peculiaridades do caso concreto. Fundamenta sua posição na necessidade de evitar que as partes sempre recolham valores inferiores ao incontroversamente previsto, causando interferência no trâmite processual previsto pelo legislador (Ver: CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 165). Embora a interpretação do autor valorize a efetividade processual, a prática forense não demonstra a necessidade da adoção de medida de tamanha desconfiança em relação às partes, colocando-se em desarmonia com a concepção de um modelo de processo civil baseado no formalismo-valorativo.

mesmo que ocorra dentro do prazo para a interposição do recurso, salvo raras exceções⁵⁴, implica a sua inadmissão. Essa regra, embora prime pela concentração dos atos processuais, guardando estreita correlação com o princípio da unirrecorribilidade recursal, não agrega qualquer ganho em efetividade suficiente a justificar o triunfo da simples forma sobre os valores que orientam o processo civil, compreendido como instrumento essencial à adequada prestação da tutela jurisdicional.

Entretanto, a pena de deserção poderá ser relevada se o recorrente comprovar que deixou de fazer o preparo em razão de justo impedimento (v.g., calamidade pública, greve ou roubo à agência bancária etc.), fixando o juiz prazo para que seja efetuado (arts. 519, caput, e 183, do CPC). A decisão que releva a pena de deserção em razão de justo impedimento será irrecorrível, cabendo ao tribunal verificar sua legitimidade (art. 519, parágrafo único, CPC). Caso já oferecidas contrarrazões, em homenagem ao direito fundamental ao contraditório⁵⁵, impõe-se a intimação da parte recorrida, previamente ao julgamento do recurso, para que, querendo, manifeste-se a respeito do assunto.

3 CONCLUSÃO

Assim, considerando as diversas funções desempenhadas pelos recursos em nosso ordenamento jurídico, muitas decorrentes direta ou indiretamente da própria concepção de Jurisdição e da tutela jurisdicional, estabelecidas na Constituição Federal, os requisitos de admissibilidade devem ser compreendidos como forma de limitação do cesso aos tribunais. A jurisprudência não pode, portanto, criar novos requisitos de admissibilidade.

⁵⁴ A regra, contudo, comporta exceções, a exemplo do que ocorre no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, facultando-se o preparo do recurso manejado contra a sentença em até 48 horas após a sua interposição (art. 42, § 1º, da Lei Federal n. 9.099/95). Semelhante exceção também decorre do disposto no art. 14, II, da Lei Federal n. 9.289/96.

⁵⁵ Ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vol. 15, 1998, p. 7-20.

Também a interpretação dos requisitos de admissibilidade previstos em nosso ordenamento jurídico não pode perder de vista as funções desempenhadas pelos recursos na outorga de uma adequada prestação jurisdicional, conforme os moldes estabelecidos diretamente pelo próprio texto da constituição.

A estruturação do processo civil, que possui como espinha dorsal as prescrições formais para a prática dos atos processuais (formalismo processual), impõe, tanto ao legislador como ao interprete, a construção de um sistema que harmonize os valores contidos nos direitos fundamentais à efetividade processual e à segurança jurídica⁵⁶. A tensão entre os dois valores evidencia-se de forma exponencial em se tratando da formatação do sistema recursal. Em decorrência disso, a exegese dos dispositivos que versem sobre requisitos de admissibilidade dos recursos não deve perder de vista a correta harmonização dos valores no caso concreto.

Na prática, contudo, sob o pretexto de interpretar as regras existentes, a jurisprudência dos nossos tribunais vem criando novos requisitos de admissibilidade, muitas vezes sob o disfarce de “interpretações” excessivamente formalistas, voltadas à mera redução do número de recursos. Essas criações, além de atentarem contra o modelo constitucional de processo civil, resultam em prejuízos de magnitude ainda maiores quando aplicadas aos recursos especial e extraordinário, corrompendo o papel desempenhado pelos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

⁵⁶ Acerca do papel dos direitos fundamentais na conformação do processo civil, assim discorre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “... reconhece-se hodiernamente aos direitos fundamentais, sem maiores objeções, a natureza de “máximas processuais”, direta ou indiretamente determinadoras da conformação do processo, contendo ao mesmo tempo imediata força imperativa. Desta sorte, a Constituição passa a influenciar de forma direta a posição jurídico-material dos indivíduos perante os tribunais, garantido posições jurídicas subjetivas, assumindo natureza de direitos de defesa perante os poderes públicos com dimensão objetivo-institucional, funcionando como princípios jurídico-objetivos para a conformação dos tribunais e do processo judicial. Sublinhe-se a riqueza oferecida pelo ordenamento constitucional brasileiro no concernente a máximas processuais, a evidenciar a visão essencialmente comprometida do constituinte de 1988 com a garantia dos direitos processuais do cidadão e sua preocupação em evitar, ou pelo menos minimizar, o autoritarismo dentro do processo (Ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009, p. 100-101).

Não se questiona o fato de que o excessivo número de recursos traz prejuízo ao bom funcionamento dos tribunais e, portanto, à efetividade do processo e à prestação jurisdicional. Contudo, o problema deve equacionado pelo legislador, mediante a criação de requisitos de admissibilidade decorrentes da concretização de opções politico-legislativas pautadas por valores, atentando sempre ao modelo de processo civil da Constituição Federal⁵⁷, sobretudo aos direitos fundamentais processuais⁵⁸.

REFERÊNCIAS

BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Zwangsvollstreckungsrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 1996 .

CHEIM, Flávio Jorge. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Processo Civil*, vol. III, 8ª edição 2010, Salvador: JusPODIVM.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tempestividade dos Recursos*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2004, n.16, p. 9-23.

⁵⁷ O problema é destacado também no âmbito do direito alemão por Friedrich Lent e Othmar Jauernig: “*Contudo, os recursos têm também inconvenientes: atrasam e encarecem o processo. Disso são atingidas não apenas as partes, mas também o público em geral. O Estado deve ter em atenção que o dispêndio da intervenção judicial e as custas uma relação adequada a importância do litígio. Não se exige que ponha à disposição várias instâncias mesmo por bagatelas (vd. BVerfGE 54, 291)*” (Ver: JAUERNIG, Othmar; LENT, Friedrich. *Direito Processual Civil* (25ª edição, totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent). Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 362).

⁵⁸ Acerca do papel da lei na realização dos direitos fundamentais constitucionalizados, assim discorre Nicolò Trocker: “*Indubbiamente, com l’affermazione che i diritti fondamentali sono diritto immediatamente vigente, il costituente non ha inteso escludere “sic et simpliciter” la funzione intermediaria del legislatore. La legge resta certamente lo strumento migliore per la concretizzazione di determinate situazioni di vantaggio riconosciute sul piano costituzionale*” (Ver: TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: ed. Giuffrè, 1974, p. 140-141).

HECK, Luis Afonso. *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*. Revista de Informação Legislativa, n. 31, 1994, p. 115-133.

HECK, Luis Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1995.

JAUERNIG, Othmar; LENT, Friedrich. *In Direito Processual Civil* (25ª edição, totalmente refundida, da obra criada por Friedrich Lent). Trad. F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

KAPSA, Bernhard-Michael. *Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozess*, Berlim: Duncker & Humblot, 1976.

KUHLMANN, Axel. *Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozessrecht*; Berlim: Duncker & Humblot, 2010.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, n. 178, p. 269.

MACHADO, Hugo de Brito. *Extemporaneidade de Recurso Prematuro*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 8, p. 58-66.

MITIDIERO, Daniel; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Curso de Processo Civil*, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 14ª edição, 2008, Rio de Janeiro: Forense.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª edição, 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A garantia do contraditório*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vol. 15, 1998, p. 7-20.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: ed. Saraiva, 3ª edição, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 137, 2005, p. 7-31.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

ROSENBERG, Leo; SCHWAB, karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *ZIVILPROZESSRECHT*, 17 edição. Munique: Verlag C. H. Beck München, 2010.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol II, 35ª edição, Rio de Janeiro: Forense.

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: ed. Giuffrè, 1974, p. 140-141).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O Novo Regime do Agravo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.