

Restrições Ilegítimas ao Conhecimento dos Recursos

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (*)

1. Generalidades.

Razões bem conhecidas de política legislativa têm induzido a imensa maioria dos ordenamentos a consagrar, com tal ou qual amplitude, a possibilidade de impugnação de decisões judiciais. Podem variar, e efetivamente variam, de um sistema jurídico para outro, e até dentro de um único sistema, os instrumentos disponíveis para esse fim. Semelhanças e dessemelhanças de tipo diversificado abrem margem a classificações notórias. Uma das principais é a que resulta da distinção entre instrumentos cuja utilização acarreta o prosseguimento do mesmo processo em que se proferiu a decisão impugnada e instrumentos cujo emprego dá lugar à instauração de novo processo: no Brasil, reside exatamente nisso o traço discretivo entre os *recursos* e as *ações impugnativas autônomas*, das quais é protótipo a ação rescisória.⁽¹⁾ Como o presente estudo quer limitar-se ao direito pátrio, faremos abstração, aqui, de critérios diferentes, adotados por ordenamentos estrangeiros.

Outra noção de difundido conhecimento é a de que o recurso, como os atos postulatórios em geral, se submete basicamente a duas avaliações: uma pela qual se verifica se a impugnação pode (*rectius*: deve) ser apreciada em seu conteúdo, outra pela qual se examina esse conteúdo, em ordem a determinar, com os intuitivos corolários, se o recorrente tem ou não tem razão em impugnar a decisão recorrida. Segundo terminologia assente, à primeira avaliação corresponde o juízo *de admissibilidade*, à segunda o juízo *de mérito*. Aquele é *preliminar* a este, no sentido de que, caso falte ao recurso algum requisito de admissibilidade, o órgão julgador – em princípio, colegiado – cessa aí sua atividade cognitiva e abstém-se de examinar o mérito. Em tal hipótese, diz-se que o órgão *não conheceu* do recurso (juízo *negativo* de admissibilidade). Caso concorram todos os requisitos, o órgão *conhece* do recurso (juízo *positivo* de

(1) BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 12ª ed., Rio de Janeiro, 2005, pp. 100/1, 2323.

admissibilidade), e em seguida, conforme lhe pareça fundada ou infundada a impugnação, dá-lhe ou nega-lhe *providimento*.⁽²⁾

Há ordenamentos processuais em que se interpõe o recurso diretamente perante o órgão competente para julgá-lo (juízo *ad quem*); noutros, a interposição faz-se perante o órgão de que emanou a decisão impugnada (juízo *a quo*). Não se exclui, à evidência, a possibilidade de que, no mesmo ordenamento, ora se adote uma técnica, ora outra: é justamente o caso do Brasil, onde a regra é a interposição perante o juízo *a quo*, mas hoje com a notória exceção do agravo de instrumento (art. 524, na redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995). Na primeira hipótese, por motivos de economia processual, fáceis de compreender, costuma-se atribuir ao juízo *a quo* uma função de *filtragem*: ele tem o poder de *reter* os recursos que a seu ver não preenchem todos os requisitos de inadmissibilidade: recusa-lhes seguimento, não os remete ao órgão competente para o julgamento.⁽³⁾ Assim se busca evitar uma atividade inútil da máquina judicial.

Entretanto, a avaliação do juízo *a quo* pode obviamente ser incorreta: bem se concebe que ele incida em erro, negando seguimento a recurso na verdade admissível, ou dando seguimento a recurso na verdade inadmissível. Para ensejar a correção do primeiro tipo de erro, a lei processual confere ao recorrente inconformado com a denegação *outro* recurso (ou remédio análogo), destinado a provocar a revisão do ponto pelo órgão *ad quem*. Para possibilitar a correção do segundo tipo de erro, ela dispõe, expressa ou tacitamente, que o mero encaminhamento do recurso ao órgão *ad quem* não subtrai a este o poder-dever de apurar-lhe a admissibilidade e, se for o caso, negar-lhe conhecimento, por entender configurada a falta de algum requisito, que haja escapado à vigilância do juízo *a quo*.

2. Significação política do juízo negativo de admissibilidade.

Convém pôr em relevo especial a significação do juízo negativo de admissibilidade do ponto de vista da política jurídica. Hipotético ordenamento processual poderia facultar a impugnação de decisões judiciais por meio de recursos sem subordiná-la a requisito algum, seja relativo à escolha do recurso utilizado, seja à pessoa do recorrente, seja ao tempo ou à forma da interposição, e assim por diante. Logo se percebem as consequências negativas que semelhante liberalidade traria. Basta atentar no tópico atinente ao tempo: imagine-se o que representaria como fator de insegurança a eventualidade de ficar indefinidamente em aberto a matéria que constitui objeto da impugnação – talvez a própria solução final do litígio ajuizado. Noutros casos, seria clamorosamente inútil o exercício

⁽²⁾ Sobre tudo isso e o que se segue no texto, inclusive para outras referências bibliográficas, *vide* também BARBOSA MOREIRA, ob. e t. cit., pp. 261 e segs.

⁽³⁾ Em caráter excepcional, a lei concede ao próprio órgão *a quo* a possibilidade de apreciar o mérito do recurso e, eventualmente, reformar sua decisão (juízo de retratação): é o que acontece no agravo.

de atividade cognitiva por parte do órgão *ad quem*. A máquina judiciária, cuja manutenção reclama despesa pública vultosa, deve funcionar de maneira tão eficiente quanto possível; e a idéia de eficiência implica por força a observância de parâmetros razoáveis quanto à duração, assim como a omissão de atos inúteis para produzir resultado prático relevante.

Pode concretizar-se de dois modos principais o emprego do filtro do juízo negativo de admissibilidade:

a) atribuindo-se, como acima registrado, a fiscalização, num primeiro momento, ao juízo *a quo*, em ordem a impedir quanto antes o dispêndio vão de energias, e até o gasto injustificado de pecúnia com um recurso fadado a não dar fruto (tal objetivo, naturalmente, é atingido com maior facilidade quando o recorrente se conforma com a denegação do recurso);

b) destacando, no órgão colegiado *ad quem*, um juiz que se incumba de proceder de saída à apuração dos requisitos, com competência para negar seguimento ao recurso, do que decorre a vantagem de diminuir a pauta do colegiado e propiciar mais rápido desfecho. Se passar despercebida a esse juiz a ausência de algum requisito, então o colegiado, ao julgar o recurso, dele não conhecerá – simplificando-se, ainda assim, a respectiva atividade decisória.

Toda medalha tem seu reverso. Atividade judicial que deixe de conduzir à decisão do mérito (da causa ou do recurso) é causa de frustração. O ideal seria que sempre se pudesse chegar àquela etapa final. Isso obviamente ressalta quando se cuida do *meritum causae*, já que só o pronunciamento da Justiça acerca dele é capaz de resolver definitivamente o litígio e, tanto quanto possível, assegurar ou restaurar o império do direito. Mesmo a respeito de outras questões (interlocutórias), porém, seria sempre desejável, em linha de princípio, que o itinerário do recurso prosseguisse até a definição do *thema decidendum*: quando nada, isso contribuiria para a formação de um corpo de jurisprudência sobre questões (incidentes) que podem assumir ponderável relevância, como as concernentes à legitimidade *ad causam*, à admissibilidade de certa prova etc. É inevitável o travo de insatisfação deixado por decisões de não conhecimento; elas lembram refeições em que, após os aperitivos e os *hors d'oeuvre*, se despedissem os convidados sem o anunciado prato principal.

A essa luz, o que se espera da lei e de seus aplicadores é um tratamento cuidadoso e equilibrado da matéria, que não imponha sacrifício excessivo a um dos valores em jogo, em homenagem ao outro. Para usar palavras mais claras: negar conhecimento a recurso é atitude correta – e altamente recomendável – toda vez que esteja clara a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade. Não devem os tribunais, contudo, exagerar na dose; por exemplo, arvorando

em motivos de não conhecimento circunstâncias de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão consistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimento. Cumpre ter em mente que da opção entre conhecer ou não conhecer de um recurso podem advir conseqüências da maior importância prática: por exemplo, se alguém apela de sentença meramente terminativa, o conhecimento da apelação é pressuposto necessário (embora não suficiente) do prosseguimento da atividade cognitiva do tribunal, no sentido de julgar desde logo o mérito, não examinado no primeiro grau de jurisdição (art. 515, § 3º, acrescentado pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001) – desfecho preferível na medida em que importe, como não raro ocorrerá, a eliminação definitiva do litígio.

Na perspectiva indicada por tais considerações, impende arrolar e analisar, sucintamente, algumas questões que vêm provocando controvérsia e tendo às vezes desate infeliz. Vamos passá-las em revista a propósito de quatro requisitos genéricos de admissibilidade dos recursos: o cabimento, a tempestividade, a regularidade formal e o preparo.

3. O cabimento.

O cabimento é o primeiro pressuposto de admissibilidade de qualquer recurso. Antes de mais nada, tem-se de verificar se o ato é recorrível. A regra é que o seja, e a exceção está prevista no art. 504, para os “despachos de mero expediente”. Deixando de lado, aqui, disquisições teóricas,⁽⁴⁾ é possível afirmar, em termos sintéticos, que tais atos se caracterizam por não *terem conteúdo decisório*: neles, o órgão judicial limita-se a dar impulso ao processo, como *v.g.* quando marca prazo para qualquer das partes falar nos autos, manda proceder à anotação de reconvenção ou de intervenção de terceiro pelo distribuidor (art. 253, parágrafo único), designa dia, hora e lugar para ouvir a parte ou a testemunha impossibilitada de comparecer à audiência (art. 336, parágrafo único) etc. Se o juiz *decide* alguma questão, o ato sai do âmbito dos despachos. Isso pode suceder inclusive quando alguém impugna a correção de um despacho: suscitou-se *questão*, a cujo respeito, já agora, o juiz tem de pronunciar-se, mediante *decisão*. Diga-se o mesmo da hipótese de insurgir-se alguém contra qualquer dos “atos meramente ordinatórios” cuja prática a lei atribui ao “servidor” (art. 162, § 4º, acrescentado pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994), mas que comportam revisão pelo juiz – ao qual, então, competirá *decidir*.

Revela o exame da jurisprudência que não poucas vezes se têm dado por irrecuráveis, com a falsa qualificação de “despachos de mero expediente”, atos judiciais de nítido conteúdo decisório. Vejamos alguns exemplos: o ato que “indefere pedido para que sejam riscadas determinadas expressões nos autos”,

⁽⁴⁾ Para a discussão sobre conceitos e terminologia, *vide* ainda BARBOSA MOREIRA, ob. e vol. cit., pp. 243 e segs., 350/1.

ou “fixa liminarmente os honorários do advogado, na ação de despejo por falta de pagamento”, ou “concede prazo para complementar o depósito, na consignação em pagamento”, ou “indeferir pedido do autor para que o juízo o ajude a localizar o réu, ainda não citado”, ou “determina ou indefere segunda perícia”, ou “delibera a partilha, em inventário”.⁽⁶⁾ Em mais de um caso, avulta a errônea: manifesto o caráter *decisório* de qualquer ato que “indeferir” algum requerimento. *Indeferir* é, com toda a certeza, um dos possíveis modos de *decidir*. Ilegítima a negação de conhecimento ao recurso interposto por quem haja visto indeferido o requerimento.

Assente a recorribilidade do ato, fica satisfeito o requisito do cabimento pela adequação do recurso que foi interposto à previsão legal; em outras palavras, diz-se cabível o recurso que corresponde ao indicado na lei para a hipótese em foco. Essa maneira de falar, no entanto, pressupõe que o ordenamento seja absolutamente claro na indicação do recurso utilizável em cada caso – se, é óbvio, algum existe. A verdade é que nem sempre se mostra perfeita a redação das leis, nesse e em tantos outros pontos. Pode acontecer que a falta de clareza justifique dúvida na escolha do recurso adequado, gerando incertezas que se refletem na doutrina e na jurisprudência. É também concebível que a dúvida se origine do teor da própria decisão: por exemplo, o juiz dá a denominação de “sentença” a uma decisão de discutível enquadramento na definição legal do ato (art. 162, § 1º), induzindo aquele que pretende impugná-la à opção, igualmente discutível, pelo recurso correspondente (apelação: art. 513).

Em semelhantes hipóteses, não se afigura razoável prejudicar o recorrente que opta por uma ou por outra das vias excogitáveis. Daí o bem conhecido expediente de admitir, sob certas condições, que se processe e se julgue o recurso efetivamente interposto, ainda que ao ver do órgão julgador outro devesse ter sido utilizado. Costuma-se aludir a isso empregando a expressão “fungibilidade” dos recursos.⁽⁶⁾

O Código de Processo Civil de 1939 dispunha expressamente a tal respeito, no art. 810: “Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara ou Turma, a que competir o julgamento”. Não tendo o diploma de 1973 reproduzido a disposição, o silêncio causou divergências nos tribunais e, com menor frequência, na doutrina. Ao cabo de muitos vaivéns, que ainda não cessaram de todo, vem predominando a tese da aproveitabilidade do recurso interposto.⁽⁷⁾

⁽⁶⁾ Aproveitamos em parte a exemplificação dada por THEOTONIO NEGRÃO – JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 37ª ed., S. Paulo, 2005, pp. 571/2, nota 2 ao art. 504.

⁽⁶⁾ Com relação ao caso da decisão incorretamente proferida, fala-se na Alemanha de um “*Grundsatz der Meistbegünstigung*”, traduzível por “princípio do favorecimento”: vide por todos ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 16ª ed., Munique, 2004, p. 938.

⁽⁷⁾ Também aqui pedimos licença para remeter o leitor a nossos *Coment. cit.*, pp. 250/1, com abundantes referências bibliográficas e jurisprudenciais em as notas 28 a 31. Atente-se (nota 29) nos exemplos

A hipótese mais comum, na matéria, sempre foi a da escolha entre apelação e agravo. A reforma da disciplina deste, operada pela Lei nº 9.139, gerou um problema prático, relacionado com a circunstância de que agora os dois recursos se interpõem perante órgãos diferentes: a apelação, perante o juízo *a quo* (art. 514), o agravo (de instrumento) perante o juízo *ad quem* (art. 524).⁽⁸⁾ Pode suceder que o órgão da interposição receba a apelação como agravo, por enxergar nele o recurso cabível, ou vice-versa. E mais: também é concebível que o órgão julgador divirja desse entendimento e repute cabível o recurso originariamente interposto. Nenhuma dessas vicissitudes deve acarretar prejuízo ao recorrente: admitido o aproveitamento, não de tirar-se dele todas as conseqüências lógicas, até o fim.

Como agir na prática? Se o recorrente apelou, e o juízo *a quo* pensa que o caso é de agravo, toca-lhe mandar que a petição seja desentranhada dos autos e remetida ao órgão *ad quem*, para o devido processamento como agravo, asseguradas naturalmente às partes todas as oportunidades previstas na lei para esse recurso. Vindo o tribunal a considerar que a hipótese era mesmo de decisão apelável, determinará a remessa do instrumento ao órgão inferior, para que o recurso seja processado como apelação. Tal providência pode ser tomada pelo próprio relator do recurso, por aplicação analógica do disposto no art. 527, nº II, quanto à conversão do agravo de instrumento em agravo retido. Vejamos o caso inverso: a parte interpôs agravo de instrumento, e o tribunal entendeu que a decisão era apelável. A solução é igualmente a remessa ao órgão *a quo*, para que faça processar o recurso como apelação. Nos mesmos termos acima expostos, pode o relator determinar a providência. Ilegítima seria, em todo caso, restrição ao conhecimento do recurso, desde que afastada a hipótese de “erro grosseiro”.

4. A tempestividade.

Diz-se tempestivo o recurso cuja interposição ocorre no prazo legal. A regra geral, quanto à contagem do prazo, é a de que o termo inicial se localiza no dia da intimação da decisão recorrível, quer se trate de sentença, quer de decisão

de acórdãos do STJ que negaram a aproveitabilidade do recurso erroneamente interposto, mas apenas por entender-se *grosseiro* o erro cometido, sem excluir-se, em linha de princípio, a possibilidade do aproveitamento. Adite-se, mais recentemente, o ac. de 4.10.2005, Ag. Reg. no A.I. nº 690.352, in *D.J.* de 24.10.2005, p. 371. Na mesma linha, o STF, em ac. de 21.9.2005, E. decl. no Ag. Reg. no M.S. nº 23.605, in *D.J.* de 14.10.2005, p. 7.

⁽⁸⁾ Ainda após o advento da Lei nº 9.139, tem-se admitido o aproveitamento de apelação como agravo (STJ, 28.4.1998, R. Esp. nº 164.170, in *Rev. do STJ*, nº 132, p. 425) e vice-versa (STJ, 23.10.2002, R. Esp. nº 197.857, in *D.J.* de 16.12.2002, p. 235). Lê-se no primeiro acórdão, da lavra do ilustre processualista Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: “No que concerne à impossibilidade de adotar-se a fungibilidade, (...) em razão da nova sistemática de interposição do agravo, tenho que a simples modificação da forma de interposição (da primeira instância para a segunda) não seria suficiente para afastar o cabimento da antiga teoria do ‘recurso indiferente’. Se se admite a interposição do agravo até mesmo via correio, não se justifica, a meu juízo, o obstáculo para a admissão da fungibilidade na espécie. Ao juiz bastaria, com efeito, ensejar à parte recorrente a possibilidade da sanção” (p. 428).

interlocutória, quer de acórdão: é quanto se extrai do teor, desnecessariamente complicado, do art. 506. ⁽⁹⁾

Tem-se entendido, com boas razões, que se equipara à intimação, para o efeito de fazer correr o prazo, qualquer ato de que se infira a inequívoca ciência da decisão (*v.g.*, a retirada dos autos de cartório pelo advogado). Realmente, aqui encontra boa aplicação o princípio da instrumentalidade das formas. A forma prescrita na lei deve em princípio ser observada, mas com a ressalva de que não cabe tirar consequências drásticas da inobservância, se apesar desta se atingiu o fim do ato, sem prejuízo para qualquer das partes. É o que, aliás, se conclui do exame sistemático de várias disposições do Código sobre a matéria (arts. 154, 244, 249, § 2º, 250).

O raciocínio acima exposto vale para o caso de interposição do recurso *anterior* à intimação da decisão ou à prática de ato a ela equiparável. Reiteradamente se tem julgado intempestivo o recurso quando interposto não só *além* do prazo, senão também *antes* que ele comece a fluir, nos estritos termos da lei. Argumenta-se que, nesse instante, ainda não existe juridicamente a decisão, de sorte que ao recurso faltaria objeto. ⁽¹⁰⁾

Ora, decisão *existe*, sim, desde que proferida – se emana de órgão colegiado, nem sequer é possível a modificação de voto, e menos ainda a do resultado, após a proclamação deste pelo presidente; ⁽¹¹⁾ o que se pode discutir é o momento inicial da eficácia. Mas, se o recorrente foi capaz de impugná-la, é sinal certo de que já lhe conhece o teor; por conseguinte, alcançada está a finalidade essencial do ato destinado a dar ciência do pronunciamento aos interessados – pelo menos, no tocante a *esse* interessado. Não se descobre que prejuízo decorrerá da

⁽⁹⁾ Uma vez mais, remetemos o leitor aos nossos *Coment. cit.*, vol. V, pp. 359 e segs. Atente-se na advertência da nota 151, *fine*, relativa às hipóteses especiais regidas pelo art. 498 e seu parágrafo único, na redação da Lei nº 10.352.

⁽¹⁰⁾ Vários exemplos dessa corrente jurisprudencial in THEOTONIO NEGRÃO – JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA, ob. cit., pp. 326/7, nota 2a ao art. 241, aos quais cabe acrescentar: STF, 31.8.2004, Ag. Reg. no A.I. nº 437.174, in *Rev. Dialét. de Dir. Proc.*, nº 22, p. 236; 21.9.2004, Ag. Reg. no A.I. nº 470.230, in *Rev. dos Trib.*, vol. 835, p. 159; 29.6.2005, E. decl. no Ag. Reg. no R.E. nº 267.899, in *D.J.* de 23.9.2005, p. 14. Registre-se, em sentido contrário, o acórdão (ao nosso ver correto) do STJ, de 10.9.2002, Ag. Reg. nos E. decl. no Ag. Reg. no R. Esp. nº 262.316, in *Rev. de Proc.*, nº 114, p. 263, com pertinente observação da relatora, Ministra Eliana Calmon: “no momento em que há publicações pela Internet, tendo criado o Tribunal, inclusive, a Revista Eletrônica, é um contra-senso falar de tempestividade recursal a partir da publicação pelo DJU” (mais precisamente: só a partir da publicação). Em THEOTONIO NEGRÃO – JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA, ob. cit., p. 327, há notícia de outro acórdão em igual sentido, da Corte Especial, de 17.11.2004, Ag. Reg. no R. Esp. nº 492.461, ainda pendente de publicação; mais recentemente, adotaram igual posição dois acórdãos de 2.2.2005, E. div. no A.I. nº 522.249, e E.R. Esp. nº 399.695, ambos in *Rev. Dialét. de Dir. Proc.*, nº 27, p. 134, e nº 29, p. 138, respectivamente. Oxalá esteja em curso uma reviravolta jurisprudencial!

⁽¹¹⁾ Cf. nosso artigo “Julgamento colegiado – modificação de voto após a proclamação do resultado?”, in *Temas de Direito Processual, Sétima Série*, S. Paulo, 2001, pp. 107 e segs., com crítica à decisão do STF, de 14.10.1993, Adin nº 903, publicada na *Rev. Trim. de Jur.*, vol. 166, págs. 406 e segs., onde se admitiu que os Ministros, “excepcionalmente” (?), modifiquem, até o encerramento da sessão, os votos emitidos. De acordo com o texto, o ac. do STJ de 25.5.2004, R. Esp. nº 351.881, in *Rev. do STJ*, vol. 188, p. 333.

interposição antecipada para quem quer que seja. Ilegítima, pois, a restrição ao conhecimento do recurso.

Também se vem decidindo que o fato de faltar, na petição de interposição de recurso extraordinário, a data em que ela teria sido registrada no protocolo da secretaria do tribunal *a quo*,⁽¹²⁾ ou mesmo o de mostrar-se ilegível o carimbo do protocolo, com a data de apresentação do recurso, obsta a que dele se conheça, porque impede a aferição da tempestividade; e constitui óbice até ao conhecimento do segundo recurso (agravo) interposto contra o indeferimento respectivo, porquanto incompleta a formação do instrumento.⁽¹³⁾ Entre as razões invocadas, é comum a de que constitui ônus do recorrente a comprovação de ser tempestivo o recurso. Ora, em primeiro lugar, não é o recorrente que carimba o protocolo, e não parece justo fazer recair sobre ele a consequência de defeito do serviço judiciário, que lhe escapa ao controle. Só é concebível a existência de ônus em relação a ato que à *própria parte* incumba praticar! Acresce que não se tem sequer admitido o suprimento da falha, abrindo ao recorrente o ensejo de comprovar, por meio idôneo, que o recurso foi interposto a tempo. Chegou-se a negar relevância, para tal fim, até a certidão do órgão *a quo*.⁽¹⁴⁾ É levar a extremo o formalismo: o tribunal deixa de conhecer de recurso *sabidamente tempestivo*, apenas em razão do *modo* como se tornou certa a satisfação do requisito.

Não se afigura impertinente notar, de passagem, que o conceito mesmo de “legibilidade” é relativo: dependendo da acuidade visual do observador, e até da atenção com que este o mira, será possível qualificar de legível ou de ilegível determinado documento. Nada adianta especificar, como às vezes se faz, que o carimbo deve ser “absolutamente legível”: que se quer dizer, afinal, com isso? Que o carimbo há de comportar leitura sob luz forte ou fraca, por qualquer pessoa, enxergue bem ou enxergue mal – até, *v.g.*, por quem precise de lentes corretoras, mas não as esteja usando na ocasião?

Normalmente, toda vez que o órgão judicial se acha diante de ponto duvidoso, e existe meio de esclarecê-lo, sem detrimento para qualquer das partes, nem prejuízo sensível para a marcha do feito, impõe-se dissipar a dúvida. Nem é outra a razão pela qual se atribuem ao juiz poderes instrutórios, a serem exercidos

⁽¹²⁾ STF, 7.8.2001, Ag. Reg. no A.I. nº 347.016, in D.J. de 21.9.2001, p. 50.

⁽¹³⁾ Indicações da jurisprudência do STF, no tocante ao recurso extraordinário, e do STJ, quanto ao especial, em nossos *Coment.*, vol. cit., p. 365, nota 170. Ambos os tribunais perseveraram na tese: do STF, há dois acórdãos recentes, de 16.8.2005, publicados no D.J. de 9.9.2005: Ag. Reg. no A.I. nº 483.386 (p. 49), e Ag. Reg. no A.I. nº 529.844 (p. 38); do STJ, no D.J. de 29.8.2005 encontram-se três acórdãos no mesmo sentido, todos de 4.8.2005: Ag. Reg. no Ag. nº 628.169 (p. 277), Ag. Reg. no Ag. nº 567.588 (p. 399), Ag. Reg. nos E. decl. no Ag. nº 532.593 (p. 405). ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Recurso especial, Agravos e agravo interno*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 2005, fala com propriedade em “orientação de extremado formalismo” a propósito de acórdãos que não conheceram de agravo interposto contra o indeferimento de recurso especial, em razão da suposta ilegibilidade do protocolo deste último.

⁽¹⁴⁾ *V.g.*, STJ, 26.11.2002, Ag. Reg. no A.I. nº 469.450, in *Rev. Dialét. de Dir. Proc.*, nº 6, p. 120; STF, 21.9.2004, Ag. Reg. no A.I. nº 507.321, *ibid.*, nº 21, p. 195.

até de ofício. De resto, mesmo na falta de dados estatísticos precisos, indica a experiência forense que a grande maioria dos recursos são tempestivamente interpostos. A presunção, portanto, há de ser favorável ao recorrente, com base na regra de experiência tirada da “observação do que ordinariamente acontece” (art. 335). Sobre o recorrido, caso queira negar a tempestividade, é que deveria recair o ônus da prova.

5. A regularidade formal.

A lei regula a forma por que se há de interpor cada recurso, podendo estabelecer requisitos gerais – como é, no processo civil brasileiro, a interposição *por escrito* (com a ressalva do art. 523, § 3º, quanto ao agravo retido contra decisão proferida em audiência) – e requisitos específicos para este ou aquele recurso. Com freqüência, indica elementos que o recurso precisa conter: por exemplo, os fundamentos da impugnação, isto é, os erros *in procedendo* ou *in iudicando*, de fato ou de direito, que ao ver do recorrente inquinam a decisão e justificam a respectiva anulação ou reforma: vejam-se, para a apelação, o art. 514, nº II; para o agravo, o art. 524, nº II; para os embargos de declaração, o art. 536, *verbis* “com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissis”; para o recurso extraordinário ou especial, o art. 541, nº III. Ainda quando silente o texto legal, entende-se que a fundamentação é indispensável, para que o recorrido e o próprio órgão *ad quem* se inteirem das razões efetivamente postas como base da impugnação, que talvez até não sejam as mesmas alegadas na instância inferior, na medida em que se faculta ao recorrente usar outra linha de argumentação jurídica, sem falar na possibilidade excepcional da proposição de novas *quaestiones facti* (art. 517). Mas, aqui como alhures, importa evitar exageros de formalismo: pode haver-se como suficiente a remissão, sem transcrição por extenso, aos argumentos utilizados no procedimento perante o juízo *a quo*.⁽¹⁵⁾

Em princípio, a exposição das razões da impugnação deve constar da própria petição recursal. Também no particular, todavia, há lugar para temperamentos. Vozes autorizadas, bem como vários julgados, ao nosso ver merecedores de aplauso, têm admitido a juntada das razões depois de apresentada a petição, desde que ainda dentro do prazo recursal.⁽¹⁶⁾ Rigidez excessiva aqui se traduz igualmente em restrição ilegítima ao conhecimento de recursos.

Aplica-se a observação a outro ponto, a assinatura do advogado: incorre em excesso de rigor o tribunal que nega conhecimento ao recurso pelo mero fato de não estarem assinadas as razões.⁽¹⁷⁾

⁽¹⁵⁾ Indicações bibliográficas e jurisprudenciais em nossos *Coment.*, vol. cit., p. 426, nota 35.

⁽¹⁶⁾ *Vide*, ainda uma vez, exemplos em nossos *Coment.*, vol. cit., p. 429, nota 46.

⁽¹⁷⁾ Consoante fez o TJRS em acórdão de 11.3.1987, Ap. nº 585.022.247, in ALEXANDRE DE PAULA – GERALDO MAGELA ALVES, *Rep. de Jur. do C.P.C. bras.*, vol. IV, Rio de Janeiro, 1992, nº 602, p. 115. Melhor andou, no mesmo tribunal, o relator da Ap. Cív. nº 597.054.204, julgada em 7.8.1997, o qual, por despacho, determinou o suprimento da falha (*Rev. de Jur. do TJRS*, vol. 184, p. 329). Cf. o ac. do STJ de 25.2.1992, R. Esp. nº 18.729, in *D.J.* de 20.4.1992, p. 5.258.

Nem será forçosamente insuprível a falta da assinatura do advogado na própria petição de interposição.⁽¹⁸⁾ A tal respeito, averbe-se que não encontra amparo na lei a distinção entre instâncias, que se costuma fazer, para sustentar que o suprimento é viável até o segundo grau de jurisdição, mas deixa de o ser no recurso especial ou no extraordinário.⁽¹⁹⁾ Nenhum texto legal consagra, em termos explícitos ou implícitos, a diferença de tratamento.

São oportunas duas ou três palavras acerca das peças que devem constar da petição de agravo de instrumento. O Código trata da matéria em dois dispositivos, um referente ao agravo contra decisões de primeiro grau (art. 525), outro ao agravo contra o indeferimento de recurso extraordinário ou especial (art. 544, § 1º). Em ambos faz-se menção a peças *obrigatórias*: são as enumeradas no art. 525, inciso I, e no art. 544, § 1º, respectivamente; cabe registrar que, no segundo dispositivo citado, há cominação expressa de sanção para a falta de alguma peça obrigatória (“sob pena de não conhecimento”), mas a ausência de cláusula idêntica no primeiro não significa que o defeito deixe de produzir igual consequência. O próprio relator pode negar, nesse caso, seguimento ao recurso.⁽²⁰⁾ Sublinhe-se que o rol das peças obrigatórias é *taxativo*,⁽²¹⁾ não *exemplificativo*, ao contrário do que se afirmou em mais de um acórdão.

Questão que se vem pondo, e nem sempre resolvendo bem, é a atinente às peças *não* obrigatórias. Alude o art. 525, n° II, a “outras peças que o agravante entender úteis”, para estabelecer que podem, “facultativamente”, instruir a petição. O art. 544, § 1º, não repete a cláusula; ao falar, porém, das “peças apresentadas pelas partes”, especifica as que “obrigatoriamente” constarão do instrumento, e com isso admite, sem sombra de dúvida, que se juntem outras: serão, é óbvio, aqui também, aquelas que “o agravante entender úteis”. Concebe-

⁽¹⁸⁾ Ela foi relevada, como “simples irregularidade, que não impede o conhecimento do recurso”, pelo TJPJ, em 24.3.1987, Ap. Cív. n° 1.094/86, in ALEXANDRE DE PAULA, *O proc. civ. à luz da jur. (nova série)*, vol. XIII, Rio de Janeiro, 1990, n° 29.166, p. 17, “desde que lançada em papel timbrado do (...) escritório e com as características típicas do instituto”. Em igual sentido, TRF – 2ª R., 1º.12.2004, Ag. Int. na A.C. n° 2002.51.01.002625-9, in *Rev. Dialét. de Dir. Proc.*, n° 24, p. 233.

⁽¹⁹⁾ Na ementa de recente acórdão do STJ, por exemplo, lê-se que, “na instância especial, o recurso sem assinatura do advogado é considerado inexistente” (18.8.2005, Ag. Reg. no A.I. n° 663.618, in *D.J.* de 12.9.2005, p. 385).

⁽²⁰⁾ Não se tem anuído na complementação do instrumento, mediante juntada, no juízo *ad quem*, de peça obrigatória faltante (nossos *Coment.*, vol. e lug. cit. em a nota anterior). Esse rigor, seja dito de passagem, afigura-se excessivo. Sob o Código de 1939, criticou MACHADO GUIMARÃES acórdão do STF, que negara conhecimento a agravo por não constarem do instrumento as peças que o art. 845 apontava como essenciais; ao ver do mestre, o que se deveria ter feito era converter o julgamento em diligência, para a devida complementação. Parecia-lhe “irrelevante a observação, contida no acórdão, de que só a parte tinha interesse em instruir completamente o seu recurso”; e argumentava, com palavras que nos soam irresponsáveis: “É o interesse privado das partes, sem dúvida, que fixa o objeto do litígio e estabelece os respectivos limites (...); mas, uma vez que surgiu o litígio, prepondera o interesse público em que seja ele decidido de acordo com a lei” (*Instrumento de agravo – Peças necessárias*, in *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro-S. Paulo, 1969, pp. 319 e segs.).

⁽²¹⁾ Vide nossos *Coment.*, vol. cit., p. 611, nota 77, a propósito da exigência, feita sem apoio legal antes que a Lei n° 10.352 a contemplesse, de prova da tempestividade da interposição do recurso extraordinário (ou especial).

se que ao relator, ou ao órgão julgador, pareça ainda obscuro algum ponto, em relação ao qual se presume que haja elementos esclarecedores em peça não obrigatória nem juntada pelo agravante. A providência adequada consistirá em determinar que se junte a peça;⁽²²⁾ não andar bem o tribunal caso negue conhecimento ao recurso por causa da falta desta.⁽²³⁾ É pouco razoável exigir do agravante que preveja *in totum* as eventuais dúvidas do relator ou do órgão julgador, para juntar todas as peças que aquele ou este, por seu turno, venha acaso a reputar úteis, ou mesmo necessárias. Afinal de contas, a facilidade de compreensão varia enormemente de uma para outra pessoa...

Posto que não se trate propriamente de requisito de *forma*, cabem aqui alguns reparos concernentes à questão da representação da parte. Determina o art. 13, 1ª parte, do Código que, “verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes”, o juiz suspenda o processo e marque “prazo razoável para ser sanado o defeito”. Deve entender-se a disposição como abrangente de mais de uma hipótese: incapacidade de parte, não suprida pela presença do respectivo assistente ou representante legal, irregularidade nesse próprio suprimento (*v.g.*, pela não coincidência entre a pessoa que aparece como representante e aquela que a lei como tal indica), defeito da representação judicial (por exemplo, falta de procuração outorgada ao advogado).⁽²⁴⁾ O art. 13 não contém restrição alguma quanto ao momento do processo, ou ao grau de jurisdição, em que se dá pelo defeito.⁽²⁵⁾ Como em tantos outros dispositivos,

⁽²²⁾ Nesse sentido, o STJ, em acórdão de 15.5.2003, R. Esp. nº 498.857, in D. J. de 9.6.2003, pág. 260, onde corretamente se disse que o próprio relator pode *ex officio* ordenar a juntada, ou intimar o agravante para que o faça.

⁽²³⁾ Como decidiu a Corte Especial do STJ, em acórdão de 18.8.2004, E. div. no R. Esp. nº 577.841, in D. J. de 16.11.2004, p. 174, em cuja ementa se lê: “As peças de juntada facultativa, mas necessárias, devem, a exemplo do que acontece com as de colação obrigatória, acompanhar a inicial do agravo de instrumento, sob pena de não conhecimento do recurso, haja vista a impossibilidade de dilação probatória”. Estendeu-se assim, contrariando os princípios, a cominação, feita na lei *exclusivamente* para a hipótese de ausência de peça *obrigatória*, à de ausência de peça *facultativa*. Por outro lado, não está indicada a disposição legal de que se tiraria a suposta “impossibilidade de dilação probatória”; e, se com tal expressão se quer preexcluir todo e qualquer aporte, na segunda instância, de elemento capaz de esclarecer ponto duvidoso, basta um olhar ao art. 527, nº IV, para verificar que o ordenamento de jeito algum conforta a tese: que é, com efeito, a requisição de informações ao juiz da causa, pelo relator, senão meio de obter esclarecimentos? Eis aí providência prevista *expressis verbis*, que se presta otimamente à obtenção de cópia da peça desejada.

⁽²⁴⁾ Cf. HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, S. Paulo, 1978, p. 137: “(...) qualquer das partes é incapaz e precisa ser representada; ou (...) a representação do incapaz não se amolda aos ditames da lei; ou (...) falta a quem postula a capacidade de postular”; no mesmo sentido, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, in *Código de Processo Civil interpretado* (org. Antonio Carlos Marcato), S. Paulo, 2004, p. 80. Em acórdão unânime de 26.5.1998, também redigido pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, assim se pronunciou o STJ: “A regra do art. 13 do CPC não cuida apenas de representação legal e da verificação de incapacidade processual, mas também da possibilidade de suprir omissões relativas à incapacidade postulatória” (R. Esp. nº 102.423, in D. J. de 21.9.1998, p. 168).

⁽²⁵⁾ Demasiado rigoroso o entendimento contrário de BERNARDO PIMENTEL SOUZA, *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, 3ª ed., S. Paulo, 2004, pp. 106/7.

“juiz” aí significa o órgão judicial, de qualquer instância, perante o qual penda o feito.

Apesar disso, também no particular se vem adotando uma arbitrária distinção entre as instâncias “ordinárias”, de um lado, e os recursos especial e extraordinário, de outro, para restringir àquelas a incidência do art. 13. Assim é que o STJ inseriu na *Súmula da Jurisprudência Predominante* este enunciado: “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”.⁽²⁶⁾ E o STF reza pela mesma cartilha, no tocante ao recurso extraordinário.⁽²⁷⁾ Numa ou noutra ocasião, chegou-se ao cúmulo de negar a possibilidade de sanação até em segundo grau, limitando-a ao primeiro.⁽²⁸⁾ Não se descobre razão na lei para semelhantes diferenças de tratamento. A oportunidade contemplada no art. 13 deve ser aberta em qualquer fase do processo, e a decisão de não conhecer do recurso ficar reservada para o caso de esgotar-se *in albis* o prazo fixado para a regularização. Fora daí, estamos diante de mais uma ilegítima restrição ao conhecimento.

6. O preparo.

Consiste o preparo, como requisito de admissibilidade do recurso, no pagamento prévio das despesas relativas ao processamento deste. No sistema primitivo do Código de Processo Civil, ele se singularizava pelo fato de só precisar ser satisfeito *depois da interposição*. A Lei nº 8.950, de 13.12.1994, alterou esse regime: hoje, quando exigível, o preparo deve *preceder* a interposição, cabendo ao recorrente, no comum dos casos, comprovar que o fez, mediante juntada do comprovante do pagamento à petição de recurso.

Visto que, em regra, se interpõe o recurso perante o juízo *a quo*, as mais das vezes incumbe a este verificar o cumprimento da exigência e, não a achando cumprida, indeferir o recurso. No agravo de instrumento, compete ao relator, se considerar não satisfeito o requisito, negar seguimento ao recurso (art. 527, *caput*, nº I, combinado com o art. 557; quanto ao agravo contra indeferimento de recurso especial ou extraordinário, *vide* art. 545, *principio*). Destarte, em geral, só quando o recorrente mal acolhido pelo juízo *a quo* ou pelo relator interpõe outro recurso

⁽²⁶⁾ A tese destoa do pensamento básico exposto, com toda a correção, no acórdão cit. em a nota 24, *supra*, *verbis* “Conquanto a lei especial rotule como nulos os atos praticados no processo por advogados impedidos de advogar, a exegese dessa norma deve ser feita no contexto do sistema de nulidades disciplinadas pelo CPC, que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, sendo necessário, portanto, ensejar oportunidade para sanar-se eventual irregularidade” (grifamos).

⁽²⁷⁾ É abundante a jurisprudência em tal sentido. Tomem-se como exemplos os acórdãos citados por THEOTONIO NEGRÃO - JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA, *ob. cit.*, p. 149, nota 1c ao art. 37.

⁽²⁸⁾ *Vide* os acórdãos citados por NELSON NERY JUNIOR - ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 7ª ed., S. Paulo, 2003, p. 364, sob a rubrica *Recurso. Inaplicação do CPC pelo tribunal*. A melhor doutrina sempre censurou essa “orientação restritiva”, por “demais formalista”: CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 10ª ed., Rio de Janeiro, 1998, p. 120.

para o órgão colegiado é que este aprecia a questão. Por isso, a decisão de *não conhecimento* não é tão freqüente como a respeito dos outros requisitos de admissibilidade. A maior parte da jurisprudência dos tribunais concerne a recursos declarados desertos, em razão da falta ou insuficiência de preparo, *antes* que a matéria haja sido analisada pelo colegiado. Em tais hipóteses, concordando com a decretação da deserção, o tribunal não dirá, é óbvio, que “não conhece” do recurso deserto. Aqui, entretanto, faremos abstração dessa diferença técnica.

De maneira geral, a jurisprudência não vem sendo excessivamente rigorosa na matéria vertente. Tem-se admitido, por exemplo, que o recorrente efetue o preparo no dia seguinte ao da interposição, se nessa data não funcionaram os bancos, ou já estava encerrado o expediente bancário (não, porém, o forense) no instante em que se interpôs o recurso.⁽²⁹⁾

Há uma questão, no entanto, em que se manifesta claramente o excesso de rigor. Pode suceder que, efetuado o preparo dentro do prazo recursal, o recorrente, por uma ou por outra razão, deixe de juntar à petição o comprovante do pagamento. Isso ocorrerá com maior probabilidade, mas não exclusivamente, quando o recurso seja interposto antes do *dies ad quem*. A jurisprudência firme do STJ repele a possibilidade de que aproveite ao recorrente a comprovação posterior da realização tempestiva do preparo: se o comprovante não acompanhou a petição de interposição, o recurso estará fatalmente deserto.⁽³⁰⁾ Parece-nos criticável o apego à letra do art. 511, *caput*, na redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.1.1998. Ao nosso ver, o essencial é que o recurso seja preparado no prazo da interposição. Caso o haja sido, não há razão bastante para impedir que a simples comprovação venha depois.⁽³¹⁾

Outubro de 2005

⁽²⁹⁾ Referências em nossos *Coment.*, vol. cit., p. 392, notas 221 e 222.

⁽³⁰⁾ Nesse sentido, *v.g.*, os recentes acórdãos de 4.8.2005, Ag. Reg. no A.I. nº 623.786, in *D.J.* de 5.9.2005, p. 401, e de 18.8.2005, R. Esp. nº 733.681, in *D.J.* de 12.9.2005, p. 302.

⁽³¹⁾ Absolutamente rígida, na literatura recente, a posição de FLÁVIO CHEIM JORGE, *Teoria geral dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro, 2003, pp. 161/2 (com outras referências bibliográficas em a nota 229, às quais se pode acrescentar BERNARDO PIMENTEL DE SOUZA, *ob. cit.*, p. 110), onde se alega – exemplo de tecnicismo exacerbado – a ocorrência de preclusão consumativa para sustentar que em caso algum aproveita ao recorrente a comprovação posterior à interposição, ainda quando feita dentro do prazo desta. Contra, substancialmente de acordo com o nosso texto, CANDIDO DINAMARCO, *A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., S. Paulo, 1996, p. 164.

^(*) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do TJRJ.