

Brevíssimas reflexões sobre o sistema recursal no novo Código de Processo Civil

Flávio Luiz Yarshell¹
Advogado

Convidado a contribuir para estes *Cadernos* com considerações sobre o palpitante tema do novo CPC, reúno aqui observações já expostas e publicadas em outro veículo², de sorte a renovar a reflexão já feita, conforme segue.

Vistas de forma macroscópica, as alterações propostas não podem ser criticadas sob o pretexto de limitarem recursos. Ainda que o Projeto suprima os embargos infringentes (art. 994)³ e estabeleça hipóteses (supostamente) taxativas de agravo de instrumento (art. 1015), os recursos previstos continuam a permitir amplo controle das decisões judiciais. Ademais, mesmo que o sistema pretendesse suprimir recursos, sempre haveria – para os casos extremos – o emprego do mandado de segurança; que a lei não poderia excluir de forma taxativa, porque este remédio descende do princípio constitucional da ação (art. 5º, inciso XXXV).

A consagração de que os recursos não têm efeito suspensivo (art. 995) não elimina vias de impugnação; tanto mais porque a regra não vale para a apelação (art. 1012, *caput*) – recurso cujo efeito devolutivo é o mais amplo, seja em extensão, seja em profundidade de cognição.

Trata-se de reconhecidamente difícil opção do sistema, cujo acerto ou desacerto só o tempo poderá dizer.

Se o Projeto tivesse suprimido o efeito suspensivo da apelação, a tendência seria a de que tivéssemos decisões mais rapidamente eficazes e que mais brevemente superassem as controvérsias. Mas, haveria o risco de crescer o número de decisões injustas, como tal entendidas aquelas que, embora eficazes num primeiro momento, viessem a ser tidas por incorretas quando do julgamento do recurso.

Além disso, é possível que, se suprimido o efeito suspensivo da apelação, houvesse um progressivo desestímulo à interposição de recursos. Sem poder evitar a eficácia da decisão, a parte poderia eventualmente não se dispor a recorrer.

Também vale a pena refletir sobre a circunstância de que, interposto recurso desprovido de efeito suspensivo, não haveria perda superveniente de interesse recursal diante do cumprimento da decisão, a pretexto de liberada sua eficácia pela ausência de suspensividade. Sobre isso, note-se que o Projeto faz incidir a multa do § 1º do art.

¹ Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo e Brasília.

² Periódico *Carta Forense*, nas edições dos meses de março, abril e maio de 2014.

³ Suprime em termos: ao disciplinar a ordem dos processos nos tribunais, o art. 942 do Projeto prevê que, havendo divergência no julgamento da apelação (também em ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, ou em agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito), haverá ampliação do colegiado. Portanto, embora sem o nome, o instrumento continua a vigorar.

523 (hoje, art. 475-J) já para a execução provisória, mas ressalta que o depósito da quantia para que o executado se isente da sanção “*não será havido como incompatível com o recurso por ele interposto*” (art. 520, § 3º). Nesse particular, permanece a regra de que o provimento do recurso torna “*sem efeito a execução*” (art. 520, inciso III). Ainda que eventualmente fosse impossível reverter o estado de coisas implantado pela eficácia da decisão recorrida, quando menos o pronunciamento do tribunal serviria de fundamento para responsabilização civil da parte que promoveu a execução provisória. Tal é, por exemplo, o que se extrai das regras inseridas no inciso I e no § 4º do art. 520 do texto projetado. Aliás, isso não é novidade porque é para tanto que se presta a exigência de *caução*, que vige no direito posto e que o Projeto apenas confirma (art. 520, inciso IV).

Tais aspectos devem ser levados em conta para que se julgue a opção feita pelo Projeto: liberar a eficácia de decisões que, depois, viessem a ser tidas como injustas ou inválidas – para além do atentado ao escopo jurídico do processo – em nada contribuiria para o escopo social. Não haveria superação da controvérsia, mas apenas prolongamento do debate, quiçá com novo objeto (desfazimento do que foi feito ou apuração de perdas e danos).

Com isso não se pretende afirmar de forma taxativa que a opção terá sido feliz. Mas, é forçoso reconhecer que a supressão do efeito suspensivo da apelação deve ser vista com a prudência de quem incursiona em terreno relativamente desconhecido. As experiências concretas de apelação desprovida de efeito suspensivo – extraídas do âmbito da locação, por exemplo – são ainda insuficientes para se avaliar como serão as coisas no dia em que todo e qualquer apelo seja desprovido de tal efeito. Ademais, ainda que por via indireta, o juiz poderá ditar o efeito apenas devolutivo da apelação – como, a rigor, já ocorre hoje (CPC, art. 520, VII) – na medida em que antecipe tutela e, na sentença, confirme-a (art. 1012, V).

O exame sobre o sistema recursal pode ser feito, ainda, sob a ótica dos pressupostos de admissibilidade dos recursos, a começar pelo *cabimento*, que é ao mesmo tempo um problema de adequação.

Subsiste, ainda que implicitamente, a regra de reserva legal, de que decorre o caráter taxativo do rol de recursos. São recursos apenas aqueles expressamente previstos pela lei e o rol que hoje se encontra no art. 496 do CPC e aparece no art. 994 do Projeto. De diferente há o seguinte: a) inclusão do agravo apenas na forma de instrumento, dado que o agravo retido deixa de existir, diante da regra segundo a qual não há preclusão sobre decisões interlocutórias, sujeitas a impugnação concentrada no recurso de apelação (art. 1009 e §§); b) previsão do agravo “*interno*” que, a bem da verdade, já existe no sistema vigente, ainda que nem sempre positivado com este rótulo; c) confirma-se a natureza de recurso dos embargos de declaração que, no passado, já foram tratados como meio de integração de decisão; d) modifica-se a terminologia do recurso cabível contra decisão denegatória de recurso especial ou extraordinário, que passa a ser nomeado como “*agravo extraordinário*”; e) os embargos de divergência deixam de caber apenas “*em recurso especial e extraordinário*”, sendo admissíveis quando “*nas causas de competência originária*” a turma “*divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal*”; f) supressão dos embargos infringentes segundo a técnica hoje conhecida.

A *adequação* do recurso continua a depender da natureza do provimento recorrido. Da sentença cabe apelação (art. 1.009) e o conceito legal deste “pronunciamento” está no art. 203, § 1º; que, em boa hora, recupera o – até criticável, mas menos imperfeito – critério outrora empregado pelo art. 162 do CPC, antes da reforma que, neste particular, trouxe a Lei 11.232/2005. Sentença se define como tal pelo critério topológico: ela põe fim ao processo ou, considerando-se que não há um processo autônomo de execução, a uma *fase* do processo. Fora daí, decisões interlocutórias comportam agravo de instrumento (art. 1.015) e despachos continuam irrecorríveis.

Não há regra sobre *fungibilidade recursal*, como aquela que um dia constou do art. 810 do CPC de 1939, mas que já fora descartada pelo CPC de 1973, justamente pela premissa de que não haveria dúvida sobre cabimento e adequação de recursos, diante da delimitação conceitual dos atos do juiz. Parece ser cedo para dizer se realmente não haverá dúvida sobre o cabimento de apelação ou agravo, mas, caso haja, a fungibilidade deverá prevalecer porque é isso que decorre da *instrumentalidade das formas*, que o Projeto se encarregou de reafirmar (artigos 277 e 283).

Também não há regra sobre *unirecorribilidade* ou *unicidade recursal* e, de fato, ela é dispensável se adotadas as premissas do Projeto: cada pronunciamento com conteúdo decisório só comporta um recurso: aquele cabível e adequado.

Realmente, com o “fim” dos embargos infringentes, não há mais a hipótese de eventual concomitância deste recurso com os recursos especial e extraordinário. Assim, não há espaço no Projeto para regra similar à do art. 498 do atual Diploma. A interposição simultânea dos recursos extraordinário e especial não é uma exceção à regra e, de qualquer modo, o Projeto disciplina a hipótese (art. 1.031). A possível dúvida sobre agravo contra parte da sentença que eventualmente antecipa tutela não mais se justifica e, a rigor, já ficara superada pela redação que a Lei 10.352/2001 dera ao inciso VII do art. 520 do vigente CPC. Enfim, o que pode eventualmente existir é dúvida sobre recurso cabível, mas não sobre a impossibilidade de concomitância de recursos com um mesmo objeto.

Quanto ao *interesse recursal*, o Projeto mantém a regra inscrita no art. 500 do Diploma vigente e, da mesma forma, prevê a hipótese de sucumbência recíproca, a autorizar o recurso “adesivo” (art. 997 e §§). Manteve-se a terminologia (“adesivo”), não obstante as ressalvas que a este propósito fizera parte da doutrina. No mais, mantém-se a essência da disciplina hoje vigente: o recurso fica subordinado ao “*independente*”, não mais ao principal; e só será conhecido se o recurso ao qual se contrapôs também o for.

Sobre o recurso adesivo, talvez o Projeto tenha perdido a oportunidade de deixar claro que o emprego dessa *forma* de recorrer – sim, porque o recurso adesivo não é um tipo de recurso – não está condicionado ao objeto do recurso principal (ou “*independente*”). Vale dizer: o recurso adesivo pode tratar de todos os temas sobre os quais a parte tem expectativa de melhorar sua situação, e não apenas aqueles tratados no recurso do adversário. O que se exige é a derrota de ambas as partes. Não se pode entrever na norma restrição por ela não prevista. Aliás, o recurso adesivo tem inspiração na mesma *ratio* da reconvenção e deve ser interpretado com amplitude, e não de forma restritiva.

Quanto à legitimidade, o art. 996 do Projeto reedita a regra do art. 499 do vigente, com redação diversa – mas que não parece ser superior – àquela empregada no Diploma atual, quando se refere ao interesse recursal do terceiro.

Ainda sobre os pressupostos de admissibilidade, considere-se a inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer. Sobre isso, o Projeto trata da desistência e da renúncia. Como hoje, não há distinção conceitual feita pela lei. Mas, subsiste o entendimento segundo o qual a renúncia é prévia e a desistência é posterior à interposição do recurso. Mantém-se a irrelevância da vontade do adversário para ambas as situações. Também se repete a regra atual quando se fala da aceitação, expressa ou tácita, da decisão (art. 1.000).

Mas, quanto à desistência há uma novidade que merece atenção e está no § único do art. 998. Essa proposta, embora também seja até compreensível, não encontra respaldo nos artigos 102 e 105 da CF. No Projeto está dito que a desistência não obsta a análise da questão *“cujá repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinário ou especiais repetitivos”*. Contudo, no caso de lei federal, não há atribuição de competência constitucional para uma espécie de controle abstrato da lei federal. Assim, ainda que a proposta encontre eco em precedente do STJ, ela não se afeiçoa ao texto constitucional, nem mesmo a pretexto de se *“objetivarem”* os recursos extraordinário e especial.

Sobre o preparo, mantida em essência a regra do hoje vigente art. 511, a boa nova é a previsão do § 7º do art. 1.007. Segundo tal proposta, *“O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias”*. Mais do que se ajustar ao postulado da instrumentalidade das formas, o que está enunciado no texto garante a boa-fé, prestigia a confiança legítima e se afeiçoa ao princípio inscrito no inciso XXXV do art. 5º da CF. Decisões que se valem de pretextos para não conhecer recursos em nada engrandecem o Poder Judiciário, nem mesmo a pretexto de eficiência, porque administrar justiça não é tarefa que comporte uma espécie de lógica de guerra, que afirme ganhos coletivos a pretexto do sacrifício individual. A rigor, o dispositivo encerra norma que se pode qualificar como interpretativa, isto é, que pode e deve ser invocada como argumento atual, porque ela apenas cristaliza o que já é correto entender hoje.

Quanto à tempestividade, há novidades relevantes.

O prazo passa a ser uniforme para todos os recursos (exceto para os declaratórios): quinze dias (§ 5º do art. 1.003). Quando se fala do início da contagem, alude-se à intimação não apenas dos advogados, mas também da sociedade de advogados (art. 1.016, *caput*). Mas, é preciso atentar para a circunstância de que os atos são praticados pelos profissionais que recebem mandato e que este último não é outorgado à sociedade, mas às pessoas físicas devidamente habilitadas junto à Ordem dos Advogados (§ 3º do art. 15 do Estatuto da Advocacia).

Útil é a regra proposta no § 2º do art. 1.003, ao deixar claro que o prazo para recurso contra decisão proferida antes da citação observa a regra geral, contida no art. 231 e que se aplica ao prazo para resposta.

Explicita-se o ônus do recorrente de comprovar a ocorrência de feriado local (§ 6º do art. 1.003). A exigência de que isso ocorra no ato de interposição do recurso soa um tanto rigorosa, bastando que a comprovação chegasse a tempo de ser considerada pelo órgão competente. Contudo, nos termos em que posta, a omissão pode levar ao não conhecimento sob tal fundamento.

O art. 1.004 mantém a opção da lei vigente, ao estatuir regra especial para os recursos no caso de morte da parte ou de seu procurador no curso de prazo. Como hoje, há no Projeto a regra geral do art. 313, que convive com a regra especial daquele dispositivo.