

Luís Manoel Borges do Vale

**OS RECURSOS CABÍVEIS DA DECISÃO QUE DECRETA OU JULGA
IMPROCEDENTE O PEDIDO DE FALÊNCIA**

**FORTALEZA
2009**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

**OS RECURSOS CABÍVEIS DA DECISÃO QUE DECRETA OU JULGA
IMPROCEDENTE O PEDIDO DE FALÊNCIA**

Luís Manoel Borges do Vale

ORIENTADOR: PROFº. DR. JUVÊNIO VASCONCELOS VIANA

FORTALEZA
2009

Luís Manoel Borges do Vale

**OS RECURSOS CABÍVEIS DA DECISÃO QUE DECRETA OU JULGA
IMPROCEDENTE O PEDIDO DE FALÊNCIA**

MONOGRAFIA PARA A CONCLUSÃO DO
CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE
FEDERAL DO CEARÁ EM AVALIAÇÃO DA
DISCIPLINA DE MONOGRAFIA JURÍDICA
MINISTRADA PELO PROF. RUI
VERLAINE.

ORIENTADOR: PROF. DR. JUVÊNCIO VASCONCELOS VIANA

**FORTALEZA
2009**

Luís Manoel Borges do Vale

**OS RECURSOS CABÍVEIS DA DECISÃO QUE DECRETA OU JULGA
IMPROCEDENTE O PEDIDO DE FALÊNCIA**

DEFESA PÚBLICA EM

FORTALEZA, 25 DE MARÇO DE 2009.

BANCA EXAMINADORA:

PRESIDENTE: ORIENTADOR PROFº. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana

1º EXAMINADOR: Francisco de Araújo Macêdo Filho

2º EXAMINADOR: Miguel Rocha Nasser Hissa

SECRETÁRIA DE MESA: Natália Aguiar Parente

FORTALEZA

2009

OS RECURSOS CABÍVEIS DA DECISÃO QUE DECRETA OU JULGA IMPROCEDENTE O PEDIDO DE FALÊNCIA

Luís Manoel Borges do Vale

De início, gostaria de agradecer ao mestre maior (Deus), que sempre iluminou os meus caminhos para que eu pudesse seguir com força e determinação. Agradeço o amor sincero e despretensioso da minha família, que em todos os momentos se fez presente ao meu lado, em especial minha mãe, meu pai, meus irmãos e minhas avós. Não poderia esquecer a Jessica, que independente de qualquer de qualquer coisa me ajudou a crescer. Agradeço também aos amigos de outrora e de sempre, Humberto, Alon, Rodrigo, Gregório, Rafael, Mayna, Carol e a Natália Parente pelo amparo diuturno. Ao fim, gostaria de agradecer ao meu orientador, ao Procurador da República Márcio Andrade Torres e a todos que compõe o AT Escritório Jurídico, representados na pessoa do mestre e amigo Alexandre Rodrigues de Albuquerque.

FORTALEZA

2009

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por escopo realizar uma análise detida acerca dos recursos vislumbrados na nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, mormente no que se referem aqueles cabíveis da decisão que decreta ou julga improcedente o pedido de quebra. Neste bojo, emergem questões de indiscutível importância como a aplicação dos princípios recursais e do procedimento insculpido no âmbito do Código de Processo Civil ao *iter* falimentar. Ademais, perfaz-se inafastável o estudo acerca do art. 100, da Lei 11.101/05, que aduz ser cabível agravo da decisão que decreta a falência e apelação da que a denega. Vislumbrar-se-á, neste sentir, a real natureza da decisão que decreta a falência, uma vez que, a despeito de ser tratada como sentença pela referida lei, ganha nítidos contornos de decisão interlocutória. Em arremate, suscita-se a adoção de um sistema recursal ampliativo ou restritivo no âmbito falimentar, direcionados para a aplicação subsidiária ou não do CPC nesta matéria. Destacando-se, por oportuno, a necessidade premente de correlação com os precedentes jurisprudenciais.

Palavras-Chave:

Recursos – Falência – Princípios – Decisão – Pressupostos Recursais – Natureza Jurídica – Apelação – Agravo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1.Princípios Recursais.....	15
1.1 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.....	15
1.2 Princípio da Taxatividade.....	17
1.3 Princípio da Unirrecorribilidade.....	20
1.4 Princípio da Variabilidade dos Recursos e Preclusão Consumativa.....	21
1.5 Princípio da Complementariedade dos Recursos.....	22
1.6 Princípio da Fungibilidade dos Recursos.....	24
1.7 Princípio da Dialecticidade dos Recursos.....	29
1.8 Princípio da Disponibilidade dos Recursos.....	30
1.9 Princípio da Irrecorribilidade da Interlocutórias.....	32
1.10 Princípio da Personalidade dos Recursos	32
1.11 A personalidade dos recursos e a proibição da reformatio in pejus.....	33
2. Requisitos de Admissibilidade dos Recursos.....	35
3. Condições da Ação e Condições dos Recursos.....	36
3.1 Pressupostos processuais e recursais.....	36
4. Aspectos Gerais do Estado de Insolvência.....	38
5. Recursos Cabíveis da Decisão que Decreta a Falência ou Julga Improcedente o Pedido Falimentar	41
Conclusão.....	48
Bibliografia.....	50

INTRODUÇÃO

Conciliar interesses no bojo da sociedade sempre se revelou uma tarefa difícil, haja vista que o ser humano alberga, ontologicamente, princípios e valores distintos, os quais desembocam em uma análise diferenciada das situações erigidas no cotidiano.

Nos primórdios da organização social, quando ainda não prevalecia a estrutura estatal, hodiernamente verificada, o homem buscava solucionar os conflitos intersubjetivos de forma rudimentar, ou seja, prevalecia a força em detrimento da racionalidade e da justiça.

De tal sorte, poucos eram os privilegiados, fato este que ocasionava revolta e irrisignação dos demais, que se viam privados de direitos precípuos para a efetivação de sua personalidade e para a manutenção de um equilíbrio harmonizante.

Tal forma de resolução de conflitos se denominava auto-tutela, já que sem a interveniência de qualquer variante exógena, os indivíduos arrematavam os litígios de maneira independente, fazendo uso, na maioria das vezes, da força física, a qual tem uma faceta mais destrutiva do que compositiva.

Assim permaneceu-se por longo período, até que o Estado, ou seja, o organismo social politicamente articulado, resolve concentrar a atividade jurisdicional, de modo que os conflitos passam a ser solucionados por ducto da heterocomposição, não se abandonando, em alguns casos excepcionais, a auto-tutela e outros meios conciliatórios como a arbitragem e a mediação.

Nos dizeres de Ernest Wolfgang Boeckenfoerde o conceito de Estado não é um conceito universal, mas serve apenas para indicar e descrever uma forma de ordenamento político surgida na Europa a partir do século XIII até os fins do século XVIII ou inícios do XIX, que conclama uma certa centralização do poder, dosada pelos diversos regimes governamentais.

Outrossim, infere-se que a atividade jurisdicional é aquela voltada para a solução de conflitos no caso concreto, é a resposta do Estado ante uma liça posta a sua apreciação, a qual sempre deverá ser balizada pelos *standards* normativos que permeiam dado país.

A noção preambular que devemos inferir da essência dos Estados Modernos, deverá estar calcada na separação tripartite dos poderes, nos moldes propugnados por Montesquieu e, anteriormente, por John Locke, a qual não pressupõe uma rígida cisão, mas sim uma conciliação embasada no sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), para fins de efetivação do princípio democrático, ora vigente nos ditos Estados Democráticos de Direito.

A função jurisdicional, nesta quadra, assume especial relevo na medida em que os direitos lesionados ou passíveis de lesão devem buscar tutela e resposta no âmbito do Poder Judiciário e não mais nos ímpetos egoísticos de cada indivíduo.

Nesta guinada referencial, com o advento do Estado Moderno em conjunto com os ideais revolucionários do século XIX, fixou-se um novo paradigma de pacificação social, imbuído principalmente pelo espírito de efetivação dos direitos e garantias fundamentais e de transmutação de um Estado opressor em garantidor.

Dessarte, é forçoso considerar que na atual sistemática dos Estados hodiernos, a legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo é efetivada via sufrágio, sendo o Poder Judiciário legitimado através do exercício de seus misteres, os quais devem guardar consonância com os vetores axiológicos insculpidos nas Cartas Magnas, mormente com o devido processo legal.

No Brasil o magistrado fica obrigado a fundamentar suas decisões sob pena de nulidade, haja vista que é preciso que a sociedade tenha acesso aos fundamentos decisórios para observar se os preceitos normativos estão sendo atendidos em sua inteireza e para possibilitar a manifestação das partes em conflito de forma ampla.

Como visto algures, quando o Estado passa a assumir o controle do Poder Jurisdicional, defere-se ao indivíduo o direito subjetivo de ação, revestido de caráter abstrato, que possibilita aos governados o acesso ao judiciário bem como a apreciação de suas irresignações e a tutela efetiva dos seus direitos.

O direito de ação desemboca na necessidade de observância do devido processo legal, em sua faceta substantiva e formal, do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, do promotor natural, da duração razoável do processo, da instrumentalidade das formas, dentre outras balizas precípuas a prestação de uma atividade jurisdicional efetiva, a qual não se incline pelo interesse dos mais abastados, o que recairia em uma crise de legitimidade.

Para tanto, inclina-se pela observância da decisão judicial como um discurso dialético, na esteira da teoria de Karl O. Apel e Jurgen Habermas e da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, que possa conferir legitimidade às decisões judiciais no pós-positivismo, o qual prega a normatização dos princípios, habilitando-as como instrumento democrático.

Tudo quando se expôs serve para situar a apreciação da sistemática recursal dentro da estrutura organizacional do procedimento em contraditório instigado por uma relação jurídica, ou seja, o processo.

Recai como de fundamental importância para a análise dos recursos o detalhamento do princípio do duplo grau de jurisdição.

Veja-se que os indivíduos, pela pluralidade de interesses que alberguam, nem sempre se contentam com a decisão proferida em uma única via, pois entendem que a reapreciação do *decisum* atende aos reclames de melhor justiça, haja vista que os órgãos colegiados tendem a ter mais experiência no trato com as relações jurídicas.

Insta salientar desta feita que se verificam três fundamentos justificadores da existência dos recursos, quais sejam o inconformismo das partes, quanto à decisão proferida contrariamente a seu interesse, o interesse do Estado em que a decisão seja proferida corretamente e, em alguns sistemas

jurídicos, como o brasileiro, a necessidade de uniformização da inteligência do direito federal.

É Preciso delimitar, assim, que os recursos se prestam a corrigir eventuais falhas surgidas no decorrer do *iter* procedimental, além disso há ainda o fato de que o juiz único poderia tornar-se despótico, sabedor de que sobre as decisões não haveria controle algum, conforme sábia advertência de Montesquieu.

Desta feita, o princípio do duplo grau de jurisdição enseja a possibilidade de reexame da decisão prolatada em primeiro grau de jurisdição. Ressalte-se que tal vetor axiológico não está previsto explicitamente na Constituição Federal de modo que, já entendeu o STF que sua aplicabilidade não é ilimitada, ao revés do que dispunha a antiga Carta Imperial de 1824.

A própria Carta de Outubro, em seu corpo, excepciona o aludido princípio, como, por exemplo, nos casos das decisões do TSE que em regra são irrecorríveis, salvo quando malferirem o seu texto.

Restou consagrado nos arestos do Pretório Excelso que o princípio em testilha não tem caráter ilimitado, de modo que o legislador infraconstitucional poderá restringir sua abrangência, quando do sopesamento com outros vetores axiológicos, como o da celeridade e o da economia processual assim o exigirem.

Leis como a de execução fiscal, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e a própria Consolidação das Leis Trabalhistas se interpõem como amostras de que se perfaz possível reduzir o âmbito de abrangência do duplo grau de jurisdição.

Num país, onde a gama recursal atinge níveis que agravam, sobremaneira, o denominado dano marginal do processo, ou seja, os prejuízos causados pela demora no julgamento da lide, não se poderia entender como ruinosas medidas tendentes a otimizar a sistemática dos recursos de modo a

se harmonizar com o novel preceptivo do art. 5º, LXXVIII, qual seja a razoável duração do processo.

Leia-se sempre que os recursos são meios de impugnação às decisões judiciais, com previsão legal, os quais poderão ser utilizados pela parte, por terceiro prejudicado ou pelo Ministério Público, dentro da mesma relação jurídica-processual voluntariamente, tendo por escopo a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão impugnada.

Nesta senda, adentra-se no cerne da questão objeto do estudo em pauta, qual seja o regime *sui generis* dos recursos instituídos na Lei 11.101/2005, a Nova Lei de Falência, mais precisamente no que pertine àqueles hábeis a atacar a decisão que decreta ou julga improcedente o pleito de quebra.

Em um primeiro momento, é preciso amoldar a discussão na seara principiológica, de modo a estabelecer os princípios fundamentais aplicáveis à sistemática recursal como um todo e que não são excluídos dentro do âmbito procedimental especial da falência.

Ressalte-se que os princípios fundamentais, diferentemente dos informativos, são aqueles adotados pelo sistema com espeque em aspectos ideológicos e políticos, suscitando, nas mais diversas vezes, conflitos de ordem prática e incitando discussões amplas entre doutrina e jurisprudência.

Tal consideração há que ser arrematada, haja vista a aplicação subsidiária do regime estabelecido no Código de Processo Civil à complexa estrutura falimentar, ditando e norteando o desenrolar procedimental de recursos como a apelação e o agravo de instrumento.

Nesta toada, não há como afastar a apreciação de pontos de maior amplitude como os que se referem aos pressupostos recursais, condições recursais e requisitos de admissibilidade, que também hão de ser detidamente perquiridos nos recursos previstos na legislação falimentar.

Ademais, com vistas a conferir uma visão global ao estudo, impende delimitar aspectos peculiares que caracterizam o estado de insolvência, no bojo da lei 11.101/05, e que deveram ser alvo de análise pelo magistrado quando da análise do pleito falimentar.

Transpassados tais aspectos básicos, atinge-se o ápice deste trabalho monográfico com a crítica a ser construída em torno do art. 100 da nova lei falimentar.

O primeiro ponto a ser destacado é a denominação de sentença à decisão que decreta a falência, haja vista a inadequabilidade com o art. 162, § 1º do CPC, bem como com o art. 522 do CPC, o qual prevê que caberá agravo de instrumento das decisões proferidas em caráter interlocutório.

Conferir a designação de sentença a ato que não se enquadra nas hipóteses previstas nos arts. 267 e 269 do CPC é uma impropriedade evidente, vez que foge aos parâmetros da teoria da decisão judicial. Por tal fato é preciso que se vislumbre a decisão não pela denominação que lhe é atribuída, mas sim pelo seu conteúdo típico.

Saliente-se que a nova definição de sentença instituída com a Lei 11.232, causou uma grande discussão em torno da sistemática recursal, uma vez que decisões, por vezes, com feições de sentença são atacáveis por via agravo.

Em acréscimo, conforme aduzido alhures, serão detalhadas as minúcias do art.100 da Lei 11.101/05, principalmente no que toca à apelação e ao agravo de instrumento lá constantes.

Por fim, considerar-se-á que a apelação e o agravo de instrumento não são os únicos recursos aplicáveis à sistemática falimentar, pois o diálogo normativo com o CPC impõe a incidência das demais espécies recursais do art. 496 do Código de Ritos.

Ao fim objetiva-se expor e defender o posicionamento de que há uma impropriedade lógica no art. 100 da Lei de Falência, no que se refere ao

conceito e definição de sentença, bem como analisar os procedimentos recursais do CPC adequados à Lei 11.101/05.

1. PRINCÍPIOS RECURSAIS

1.1 Duplo Grau de Jurisdição

O referido princípio tem estreita ligação com a necessidade de se proferirem decisões mais próximas do ideal de boa justiça e correição, eliminando eventuais arbítrios por ventura existentes nas análises dos juízos de primeiro grau.

Esse vetor axiológico possibilita uma reapreciação de questão já decidida por órgão singular, em regra, por um corpo colegiado, o que dá azo a uma discussão mais acalorada acerca dos contornos da lide, tendo geralmente mais experiência pelo tempo maior de carreira.

Alguns autores indicam que tal princípio já teria sido instituído em Roma, quando do estabelecimento do principado, fato este que enseja algumas controvérsias. O que de certo se pode afirmar é que sua consolidação, no âmbito da era moderna, ocorrera com o advento da Constituição Francesa de 22/08/1795, mais precisamente em seus arts. 211, 218 e 219.

No ordenamento jurídico pátrio, mormente na Carta Constitucional de 1988, infere-se o duplo grau de jurisdição da própria estrutura organizacional do Poder Judiciário, na qual são previstos recursos para Tribunais, com vista a efetivar a garantia fundamental da boa justiça.

Nesta senda, cumpre asseverar que diferentemente do que ocorria na Constituição de 1824, no atual diploma o princípio do duplo grau de jurisdição não se reveste de caráter ilimitado, de forma que o próprio texto constitucional o excepciona. Tal afirmativa decorre logicamente da afirmativa de que nenhum princípio é absoluto e que, portanto, pode ser mitigado em certas situações em função de outros valores mais caros.

Exemplo de limitação ao duplo grau de jurisdição está na sistemática recursal traçada para os juizados especiais, uma vez que nos processos lá desenvolvidos devem predominar valores como a celeridade e economia

processual, em detrimento de uma gama de recursos que, por vezes, impossibilita a prestação jurisdicional efetiva.

Cumpra-se destacar que o princípio do duplo grau de jurisdição também tem derivação direta do *due process of Law*, haja vista que é de substancial importância a existência de um arcabouço revisional para que se entregue ao jurisdicionado a melhor prestação.

Nos moldes do exposto, bem se posiciona o Supremo Tribunal Federal, em julgado do ano de 2007, *verbis*:

*EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO. PROCESSAMENTO. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DO RÉU À PRISÃO. DECRETO DE CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO PREJUDICADO. PRISÃO PREVENTIVA SUBSISTENTE ENQUANTO PERDURAREM OS MOTIVOS QUE A MOTIVARAM. ORDEM CONCEDIDA I - *Independente do recolhimento à prisão o regular processamento de recurso de apelação do condenado.* II - *O decreto de prisão preventiva, porém, pode subsistir enquanto perdurarem os motivos que justificaram a sua decretação.* III - **A garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição**, sobrepondo-se à exigência prevista no art. 594 do CPP. **IV - O acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais.** V - **Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação Código de Processo Penal.** VI - *A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em**

*tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior. VII - Ordem concedida.*¹

Em arremate, é forçoso esposar que a despeito de o duplo grau de jurisdição se caracterizar como uma garantia derivada do devido processo legal, deve-se ter em mente que ela não é absoluta. Na ocasião, merecem ser transcritos os comentários acerca do tema esmiuçados por Nelson Nery Júnior:

*“Isto nos faz concluir que, muito embora o princípio do duplo grau de jurisdição esteja previsto na CF, não tem incidência ilimitada, como ocorria no sistema da Constituição Imperial.”*²

1.2 A taxatividade dos recursos

Comporta salientar que o princípio em tela traduz a idéia de que os recursos dependem de previsão legal, de modo que o rol recursal e as hipóteses de cabimento configuram um elenco taxativo, ou seja, *numerus clausus*.

Isso porque, com o escopo de equilibrar as garantias do valor justiça e do valor certeza, não se pode admitir que a via recursal permaneça infinitamente aberta, o que sacrificaria a segurança jurídica em seu sentido maior. De tal sorte, a possibilidade de revisão das decisões judiciais há de ser prevista em lei em sentido estrito.

Saliente-se que se faz necessário observar o regime constitucional de competência para a instituição de normas recursais, que defere a União o poder privativo de editar leis de caráter processual. Tal situação jurídica impede que o Estado-Membro limite, modifique ou coloque termo a configuração dos recursos nacionais.

¹ STF – HC 88420/PR – Primeira Turma – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – Julgado em 17/04/2007 – DJ em 08/06/2007.

² JÚNIOR, Nelson Nery. Teoria Geral dos Recursos, 5ª Edição, Editora RT, 2000, pág. 41.

É oportuna, na hipótese a colocação feita pelo professor Fredie Didier Júnior, mencionado alhures, citando precedente do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“Descabe confundir a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre procedimentos em matéria processual – art. 24, XI – com a privativa para legislar sobre direito processual, prevista no art. 21, I, ambos da CF. Os Estados não têm competência para a criação de recurso, como é o de embargos de divergência contra decisão de Turma Recursal”. (AgRg 253.518-9-SC, STF/2ª Turma, RT 783/217).³

Frise-se que a taxatividade aqui propugnada é decorrência lógica do princípio da legalidade, previsto como norma diretora no rol de direitos e garantias fundamentais, tendo em conta que a não observância deste vetor prejudicaria, sobremaneira, a segurança jurídica.

Cabível aduzir que, no âmbito do sistema processual civil, os recursos são elencados no art. 496 do CPC, o qual traz dentre outras espécies a apelação, o agravo, os embargos infringentes, os embargos declaratórios, recurso ordinário, recurso especial, dentre outros. De uma simples análise é possível perceber que o ordenamento jurídico brasileiro propõe um sistema recursal por demais amplo, o que em algumas situações prejudica a celeridade, a economia processual e a tutela jurisdicional efetiva.

No entanto, deve ficar explícito que a despeito de o rol do precitado artigo ser considerado *numerus clausus*, ele não excluiu outros recursos previstos no bojo do Código de Ritos, bem como nas legislações federais extravagantes. Em harmonia com o que se apresenta, bem expõe o processualista Nelson Nery Júnior, que:

“A existência de recurso, prevista em lei extravagante, não fere o princípio da taxatividade”.⁴

³ JÚNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil, Vol. 3, 3ª Edição, 2007, Editora Jus Podivm.

⁴ JÚNIOR, Nelson Nery. Teoria Geral dos Recursos, 5ª Edição, Editora RT, 2000, pág. 41.

Por força de tais considerações não se pode considerar como recursos as figuras das reclamações e as correções parciais criadas por normas estaduais ou internas dos tribunais.

Esclareça-se que os incidentes processuais e as ações autônomas de impugnação não se confundem com o recurso e, portanto, e eles não se aplicam as considerações aqui traçadas.

Em arremate, podemos dizer que, pelo princípio da taxatividade, adotado pelo nosso sistema processual civil, somente são recursos aqueles meios de impugnação assim considerados pela lei federal.

Veja-se que a Lei 11.101/05 é uma lei federal de caráter híbrido, pois traz normas de natureza material e processual, e quanto a estas últimas não há qualquer empecilho ao estabelecimento de recursos distintos do CPC assim como faz também a Lei 6830/80.

Os Tribunais encampam a adoção de tal princípio como se percebe no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DESCABIMENTO EM SEDE DE DE AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE RECURSAL. AUSÊNCIA DE ATAQUE ESPECÍFICO AO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ.

I - Não tendo a agravante impugnado, especificamente, o fundamento da decisão agravada, aplica-se a Súmula n. 182/STJ, in casu.

II - No sistema processual recursal vige o princípio da taxatividade, assim, somente serão admissíveis embargos de divergência em agravo regimental quando o acórdão examinou tese jurídica meritória em recurso especial ou em agravo de instrumento nas hipóteses do artigo 544, § 3º, do CPC. Precedentes desta Corte Especial: AgRg na Pet nº 1840/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 19/05/2003; AgRg na Pet nº 3435/SP, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ de 10/10/2005 e AgRg na Pet nº 5125/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 12/02/2007.

III - Agravo regimental improvido. ⁵

⁵ STJ – Agravo Reg na Pet. 4951/Rj – Rel. Min. Francisco Falcão – Julgado em 15/08/2007 – DJ 17/09/2007.

1.3. A unirrecorribilidade das decisões

Todas as formas recursais são distribuídas de acordo com os diversos pronunciamentos judiciais, de tal modo que a cada pronunciamento corresponderá um recurso.

A regra geral é que a cada decisão corresponda um único recurso. A guisa de exemplo cita-se o art. 593, § 4.º, do CPP⁶ que exclui a possibilidade de interposição do recurso em sentido estrito, se da decisão cabe apelação, haja vista que esta absorve aquele.

Desta feita, se o *Parquet* recorre da sentença condenatória, pedindo o aumento da pena e a revogação do sursis, interporá exclusivamente apelação, e não esta e mais o recurso em sentido estrito.

O mesmo ocorre se numa mesma sentença há absolvição com relação a um crime e extinção da punibilidade quanto a outro.

Há casos, porém, de decisões objetivamente complexas, com capítulos distintos, nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco, *in* Capítulos de Sentença, 3ª Edição, Editora RT, 2008, em que entram em jogo diversos requisitos de admissibilidade. Nestes casos, a lei pode prever expressamente o oferecimento de recursos concomitantes e diversos para impugnar a mesma decisão.

Em todos os processos, existem os casos de interposição simultânea do recurso extraordinário e do especial, acaso haja fundamentos legais e constitucionais que permitam as duas impugnações; ou, ainda, os de embargos infringentes, e mais de recurso especial e/ou extraordinário, se na decisão houver uma parte unânime que possibilite o recurso aos tribunais superiores e uma não unânime, embargável.

⁶ Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

§ 4º Quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra.

Entende-se que, nesses casos, cada capítulo da sentença é objeto de um recurso distinto, de modo que a hipótese não configura exceção ao princípio da unirrecorribilidade.

Esclareça-se que só será cabível a interposição de mais de um recurso da mesma decisão quando o pronunciamento judicial encerrar em si, substancialmente, dois ou mais pronunciamentos judiciais.

É preciso frisar que no Direito Comparado existem países que permitem a interposição simultânea de dois ou mais recursos é o caso do *ricorso di cassazione per saltum* do direito italiano e da *Spugrevision* do direito alemão.

No mais insta salientar a relação estreita verificada entre o princípio da unicidade e do fungibilidade, haja vista a adequação a ser analisada quando da interposição do recurso, além do fato de que o vetor da singularidade deve ser avaliado sob o prisma da natureza do provimento jurisdicional, nos moldes propugnados no art. 162 do CPC⁷.

Em relação ao processo falimentar, é iniludível que da sentença que decreta a falência só cabe um recurso, qual seja o agravo instrumental e da sentença de improcedência só se afigura possível a apelação.

1.4 Variabilidade dos recursos e preclusão consumativa

O princípio em testilha significa que a interposição de um recurso não liga o recorrente à impugnação, permitindo-se a interposição de outros recursos, se no prazo.

O Código de Ritos de 1939 adotava expressamente o princípio (art. 809), que não veio mais arrematado no estatuto de 1973. Por isso, entendem alguns ter sido a variabilidade abolida no sistema processual brasileiro.

⁷ Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei

O instituto da preclusão consumativa reforça essa tese, que acarreta a perda da faculdade processual se ela já foi exercida: uma vez levado a cabo o direito de recorrer, consumou-se a oportunidade de fazê-lo, de sorte a impedir que o recorrente torne a impugnar o provimento jurisdicional já impugnado.

No entanto, mesmo que se acompanhe essa tese, a vedação da variabilidade deve ser vista em seus estritos termos, quais sejam os de proibição de interposição de novo recurso, substituindo a outro, já interposto. Mesmo neste caso, aliás, o recorrente pode ser beneficiado por outro princípio, qual seja o da fungibilidade recursal.

1.5 Complementariedade dos recursos

Por este vetor axiológico, qual seja a complementariedade, o recorrente poderá complementar a fundamentação de seu recurso se houver integração ou complementação da decisão, em virtude do acolhimento dos embargos de declaração.

Nesse caso é evidente que a preclusão consumativa não se opera, uma vez que os fundamentos da decisão só surgirão, por completo, com a integração ou complementação a que os embargos de declaração deram margem.

Em regra tal fato é de difícil ocorrência, haja vista que se deve aguardar o julgamento dos embargos para que se possa interpor o recurso de apelação por exemplo, mormente quando este pressupõe efeito modificativo ou infringente.

Ademais, vem entendendo os Tribunais pátrios, citando-se como referência o STJ, que o recurso interposto antes do julgamento dos aclaratórios deve ser considerado intempestivo por ser prematuro. Nestes termos, veja-se o seguinte julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO NA PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PREMATURIDADE.

NECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO. PRECEDENTE: RESP 776.265/RS. CORTE ESPECIAL.

1. É prematuro o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos por qualquer das partes. O conhecimento do recurso especial, em casos tais, depende de ratificação, após a publicação do acórdão que julgou os declaratórios.

2. Recurso especial do autor não conhecido.

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 1086935/SP, DJE DE 24/11/2008, JULGADO SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DESSE PRECEDENTE (CPC, ART. 543-C, § 7º), QUE IMPÕE SUA ADOÇÃO EM CASOS ANÁLOGOS. 1. O acórdão recorrido, ao determinar a incidência da SELIC, apenas explicitou o índice a ser utilizado na atualização dos créditos a partir de 1º/01/1996, excluindo qualquer outro índice, quer de correção monetária, quer de juros. Não restou caracterizada, no caso, ocorrência de reformatio in pejus, mas apenas se definiram os critérios para o cálculo da correção monetária e dos juros de mora, já deferidos, ambos, ainda que de forma genérica, pelo juízo singular. Precedentes: ERESP 711.276/SP, 1ª Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 26/09/2005; AGRG no ERESP 725.483/DF, 1ª Seção, Min. Eliana Calmon, DJ de 19/03/2007; RESP 543.403/BA, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08/03/2004. 2. "Nos termos do art. 167, parágrafo único do CTN e da Súmula 188/STJ, 'Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença'. Tal regime é aplicável à repetição de indébito de contribuições previdenciárias, que também têm natureza tributária" (RESP 1086935/SP, DJe de 24/11/2008, julgado sob o regime do art. 543-C do CPC).

3. Recurso especial da União parcialmente provido.⁸

1.6 Fungibilidade dos recursos

⁸ STJ - Resp. 877649/MT – Primeira Turma – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – Julgado em 16/12/2008. DJ em 04/02/2009.

Pelo princípio da fungibilidade, previsto expressamente no CPP pelo art. 579⁹, o recurso erroneamente interposto pode ser conhecido pelo outro, desde que não haja má-fé.

No CPC não há previsão expressa no sentido de reconhecer tal princípio, no entanto a doutrina e a jurisprudência são unânimes em observá-lo em sua inteireza, inclusive correlacionando-o com o princípio da instrumentalidade das formas.

In casu, há aproveitamento do recurso erroneamente interposto, mediante sua conversão no adequado, em homenagem ao princípio de que o processo não deve sacrificar o fundo pela forma e em obséquio a celeridade e economia processual, prestigiando-se a razoável duração do processo prevista no art. 5º, LXXVIII.

Vislumbre-se, antes de tudo, que o princípio da fungibilidade só pode operar quando se trate de recursos sem fundamentação vinculada (apelação contra decisão de juiz singular e recurso em sentido estrito, por exemplo), não quando se trate de recursos com requisitos de admissibilidade próprios, como, por exemplo, a apelação contra a decisão do Júri, o recurso extraordinário e o recurso especial.

O Código de Processo Civil de 1939, no art. 810, reconhecia expressamente o princípio da fungibilidade, impedindo-o quando houvesse erro grosseiro ou má-fé. Doutrina e jurisprudência encontraram grande dificuldade em estabelecer a conceituação do erro grosseiro e da má-fé, tanto assim que o estatuto processual civil vigente silenciou sobre o princípio e suas causas impeditivas de aplicação.

⁹ Art. 579. Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro.

Parágrafo único. Se o juiz, desde logo, reconhecer a impropriedade do recurso interposto pela parte, mandará processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível.

Em função da inexistência de norma expressa garantindo a fungibilidade, bem como da simplificação do sistema recursal, a doutrina processual civil encaminhou-se inicialmente no sentido da negação da subsistência do princípio, o que levava a jurisprudência, inclusive do STF, a enveredar pelo mesmo caminho (RTJ83/181). Mas hoje prevalece a idéia de que, havendo dúvidas - que ainda persistem - quanto ao recurso cabível, o princípio da fungibilidade opera, principalmente em função da nova definição de sentença, a qual traz a tona casos em que não se faz possível precisar se o recurso a ser interposto é apelação ou argavo de instrumento.

Mas, existindo para o processo penal a regra do art. 579 CPP, pode ser útil recordar a conceituação de má-fé e de erro grosseiro, à época do Código de Processo Civil de 1939, para verificar sua eventual aplicabilidade na interpretação do dispositivo processual penal.

O erro grosseiro poderia ser aferido por algumas circunstâncias objetivas, como, por exemplo, a disposição expressa e indubitosa de lei indicando o recurso cabível, sem divergências na doutrina e na jurisprudência.

No que tange à má-fé, também se indicavam casuisticamente algumas circunstâncias que a caracterizariam: a) usar do recurso impróprio no prazo maior, por estar perdido o prazo do recurso cabível; b) valer-se de recurso de maior devolutividade para escapar à coisa julgada formal; c) protelar o processo, ao lançar mão de recurso mais demorado; d) provocar apenas divergência jurisprudencial, para assegurar-se, depois, outro recurso (Pontes de Miranda).

Outros definiam má-fé como o erro intencional, consubstanciado no fato de o recorrente ter plena consciência de estar interpondo o recurso impróprio. Outros, ainda, como a convicção que tem o violador da lei da infringência que pratica, de tal sorte que a má-fé se confundiria com o procedimento doloso.

Mas o fator isolado que mais influenciou na aferição da má-fé, tanto em doutrina como na jurisprudência, foi o prazo. Entendia-se fator excludente

da má-fé o fato de o recorrente ter interposto o recurso impróprio no prazo do cabível, ficando assim configurada a inexistência de intenção de ampliar o prazo recursal pela interposição do errôneo. O que, porém, também era discutível, porque se notava que, se o legislador tivesse pretendido subordinar o aproveitamento do recurso incabível ao fato de haver sido interposto dentro do prazo legal, teria indicado de modo expresso essa condição (Machado Guimarães).

O certo é que, se o recurso impróprio é interposto no prazo do cabível, há claros indícios de inexistência de má-fé, e o recurso pode ser aproveitado, nos termos do art. 579 CPP. Mas a dúvida subsiste quando o recurso impróprio é interposto dentro de seu prazo específico, mas fora do previsto para a interposição do recurso cabível - e é exatamente nesse caso que se deveria falar propriamente em fungibilidade.

Na jurisprudência, porém, prevalece a posição que só admite o aproveitamento do recurso impróprio se interposto no prazo do recurso cabível: STF RTJ92/123.

Vejam-se alguns julgados reconhecendo e aplicando a fungibilidade recursal:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CARÁTER INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE RECURSAL. POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. *Em homenagem aos princípios da fungibilidade recursal e da economia processual, esta Corte vem admitindo o recebimento dos embargos de declaração em que se pretende emprestar efeitos infringentes, como agravo regimental, desde que comprovada a interposição tempestiva da irresignação e verificada a inexistência de erro grosseiro ou má-fé do recorrente* (AgRg no REsp 903760/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 16.4.2007; EDcl no Ag 760718/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 16.10.2006).

2. O acórdão proferido pelo Tribunal a quo consignou, expressamente, que o ora agravado não atuou de forma ilícita. Assim sendo, para verificar-se as alegações da agravante, seria necessário o reexame das provas, o que é vedado nos termos da Súmula 7/STJ.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se *nega provimento*.¹⁰

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DETERMINADA EX OFFICIO. APELAÇÃO. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO GROSSEIRO. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. CABIMENTO. PRECEDENTES. ART. 40 DA LEF. VIOLAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que, reconhecendo a prescrição intercorrente, determinou o arquivamento dos autos. Recurso incorretamente proposto porquanto o adequado seria a apelação. Inexistência de erro grosseiro ou má fé. Fungibilidade.

2. O defeito de forma só deve acarretar a anulação do ato processual impassível de ser aproveitado (art. 250 do CPC) e que, em princípio, cause prejuízo à defesa dos interesses das partes ou sacrifique os fins de justiça do processo. Consagração da máxima *pas des nullité sans grief*.

3. Por força da influência do "princípio da instrumentalidade das formas", tem-se admitido, no campo da inadequação recursal, a aplicação do vetusto princípio da fungibilidade dos recursos, cuja incidência permite o aproveitamento do recurso interposto como se fosse o meio de impugnação cabível e não utilizado. Fundando-se em ordenação pretérita, a jurisprudência consagrou essa possibilidade, desde que "ausente o erro grosseiro" e a "má-fé do recorrente".

4. Um dos critérios utilizados tem sido a escorreita verificação da tempestividade; por isso, um recurso com prazo de interposição menor é admissível se interposto no lugar daquele cabível, cujo prazo de oferecimento é mais alongado. A recíproca, contudo, não é verdadeira.

5. Revela malícia do recorrente aproveitar-se de recurso com maior devolutividade e procedimento mais delongado, circunstância inócua na hipótese.

6. Precedentes da Corte.

7. Dispositivo tido por violado não examinado pelo acórdão recorrido, o que demonstra a falta de prequestionamento da questão federal debatida no recurso especial. O prequestionamento é requisito essencial e pressuposto específico de admissibilidade do recurso especial. Essa exigência significa que, não obstante tenha a parte sucumbente suscitado a questão em suas razões recursais, a matéria questionada necessita ser apreciada pelo Tribunal de

¹⁰ STJ – Embargos de Declaração no Ag 939313/RJ – Min. Carlos Fernando Mathias – Quarta Turma – Julgado em 03/02/2009 – DJ em 16/02/2009.

origem. Inocorrendo a análise, deve a parte provocá-la mediante embargos declaratórios, o que não se verificou no tocante à alegada violação do art. 40 da Lei de Execuções Fiscais.

8. Recurso especial parcialmente provido para que o Egrégio Tribunal a quo receba o agravo de instrumento como recurso de apelação. (STJ – Resp. 641.431/RN)

"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE CÁLCULO DO CONTADOR – INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO QUANDO O RECURSO CABÍVEL ERA O DE APELAÇÃO – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PELA ALÍNEA "C" E PROVIDO PARA QUE O TRIBUNAL DE ORIGEM APRECIE O AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE DOS RECURSOS E DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. Se o erro na escolha do recurso interposto não denota negligência ou má-fé do advogado, o princípio da fungibilidade deve ser prestigiado. Precedentes jurisprudenciais. O processo não detém finalidade própria. É apenas um instrumento em prol da efetiva entrega da prestação jurisdicional. Agravo regimental improvido." ¹¹

Em arremate, cabe aclarar que para a configuração da fungibilidade não que ser considerados três requisitos jurisprudencialmente reconhecidos, quais sejam: a) dúvida “objetiva” sobre qual o recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro; c) que o recurso seja interposto no prazo para a interposição do recurso próprio.

Levando-se em conta tais pressupostos, conforme será esposado *infra*, apesar da discussão acerca da natureza jurídica da decisão que decreta a falência, não há como se admitir apelação ao invés de agravo de instrumento, em face da disposição clara estampada no art. 100 da Lei 11.101/05.

1.7 Dialeticidade dos recursos

Segundo este vetor axiológico o recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá, por imprescindível, expor suas razões

¹¹ STJ - AGRESP nº 283.168/SP, rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJ 27/08/2001, PG:00227.

recursais de modo a facilitar o contraditório e ensejar uma decisão mais equânime.

O princípio da dialeticidade tem contornos próprios no que diz com os recursos: o recorrente deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a parte contrária poderá apresentar suas contra-razões, formando-se o imprescindível contraditório em matéria recursal, consoante propugnado acima.

As razões do recurso e as respectivas contra-razões são, assim, elementos indispensáveis para que o tribunal possa examinar seu mérito e inclusive para que exerça o juízo de admissibilidade recursal antes de tudo.. Sua falta acarreta o não conhecimento.

Segundo a Súmula 707 do STF "constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo"..

No processo penal, as razões de apelação podem ser oferecidas em primeiro ou em segundo grau (art. 600, § 4.º, CPP). Por outro lado, o art. 601 CPP permite que a apelação suba ao tribunal e seja julgada sem as razões, o que infringe o princípio do contraditório.

No entanto, o STF entendeu não induzir nulidade a circunstância de o advogado constituído do réu não haver contraditado o recurso do Ministério Público: RTJ57/162.

Outro problema suscita o recurso de embargos de declaração que, além dos efeitos meramente integrativos, pode ter conseqüências de modificação do julgado, ainda que nos limites da obscuridade, contradição ou omissão. Nesse caso, embora as leis processuais não prevejam o oferecimento de contra-razões, o princípio constitucional do contraditório seguramente as reclama.

Assim vem entendendo os Tribunais Superiores como STF, STJ e TST, no sentido de que deverá ser oportunizada a manifestação da parte contrária se os embargos pugnam pelo efeito modificativo.

Outrossim, a dialeticidade recursal se afina com a teoria de Peter Haberle, que propugna uma sociedade aberta de intérpretes de modo que os indivíduos deverão ser atuantes na construção do Direito como um todo, mormente quando se trata de insurgência recursal, hipótese em que se objetiva reformar algo já arrematado por um juízo.

1.8 A disponibilidade dos recursos

Da própria natureza dos recursos, como meios de impugnação voluntária das decisões, deveria decorrer sempre o poder de disposição que sobre eles guardasse o recorrente, derivação lógica, por conseguinte, do princípio da inércia jurisdicional.

A regra da disponibilidade sofre, porém, exceções no processo penal, em que a relação jurídica de direito material controvertida é de natureza indisponível, havendo limitações à disponibilidade dos recursos quando estejam em jogo os direitos de acusar e de defender.

Antes de tudo, cabe aclarar, por imprescindível, que os atos de disposição atinentes aos recursos dividem-se em renúncia e desistência.

A renúncia, verificada anteriormente à interposição, impede que esta ocorra, antecipando a preclusão ou o trânsito em julgado. A desistência é sempre posterior à interposição, levando à extinção da via recursal. Por isso mesmo, tanto a renúncia como a desistência têm efeitos preclusivos, sendo irrevogáveis.

No sentido da irrevogabilidade da renúncia, têm-se a Súmula 145 das Mesas de Processo Penal: "A renúncia produz efeitos preclusivos e, por isso, é irrevogável".

Mas a renúncia ao recurso, pela defesa, pode ser inválida no processo penal. O art. 577 CPP possibilita a interposição do recurso pelo réu, por seu procurador ou defensor. Pode, então, ocorrer a manifestação pelo réu da renúncia ao recurso, com a interposição deste pelo defensor.

Havendo conflito de vontades entre o réu e o advogado, a opinião mais coerente com as garantias da defesa é a de que deve prevalecer a vontade do defensor, que recorreu, não só em razão de seus conhecimentos técnicos, mas sobretudo para a melhor garantia do direito de defesa.

Segundo a Súmula 705 do STF, "a renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta".

O MP não é obrigado a recorrer, mas, por disposição expressa do Código, não pode desistir do recurso interposto (art. 576 CPP). E mais: entende-se que o Ministério Público não pode restringir, nas razões de recurso, o âmbito deste, que fora fixado na interposição, o que importaria em desistência parcial.

No sentido último do texto: STF, RTJ 104/343 e 117/1.098; RJTJSP76/ 330 e 79/375; JTACrimSP 53/35, 54/423, 67/217 e 341.

No que tange à defesa, deverá verificar-se, caso a caso, se a ausência do recurso poderá implicar, ou não, infringência à garantia constitucional da ampla defesa.

Tudo a indicar, em última análise, o enquadramento do direito de recorrer como modalidade do exercício da ação e da defesa.

Enfeixando o exposto, são oportunas as palavras de José Carlos Barbosa Moreira, em comentário ao referido princípio:

"...fala-se de princípio dispositivo a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por

*diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração”.*¹²

1.9 Irrecorribilidade das interlocutórias

Diversamente do que ocorre para o processo civil, em que as decisões interlocutórias são impugnáveis pelo agravo (art. 522 CPC), ressalvadas as disposições especiais inseridas no âmbito dos juizados especiais, no processo penal e no processo do trabalho (art. 893, § 1º da CLT) a regra para as decisões proferidas no curso do processo é sua irrecorribilidade, com as exceções previstas no art. 581 CPP e outras expressamente previstas em leis especiais.

Tratando-se de decisões irrecorríveis, as interlocutórias poderão ser reexaminadas em seu conteúdo por ocasião do recurso, pois não serão atingidas pela preclusão. Mas se sua relativa estabilização, até o julgamento da impugnação, puder acarretar dano irreparável à parte, poderão ser imediatamente impugnadas por habeas corpus, mandado de segurança, correição parcial ou reclamação.

No bojo do processo falimentar, não há uma aplicação peremptória desse princípio, haja vista a possibilidade de se recorrer das decisões interlocutórias proferidas no decorrer do *iter* procedimental. Ressalte-se que cabe agravo das seguintes decisões interlocutórias: a) da decisão sobre a habilitação de crédito (art. 17 da Lei 11.101/05); b) da decisão que concede recuperação judicial (art. 59, § 2º da Lei 11.101/05) e da decisão declaratória de falência (art. 100 da Lei 11.101/05).

1.10 A personalidade dos recursos

O princípio da personalidade dos recursos traduz o seguinte significado:

a) o recurso só pode beneficiar à parte que o interpôs, não aproveitando à parte que não recorreu; e, como via de consequência, que

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Reformas processuais e poderes do juiz”. Temas de direito processual 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.53.

b) quem recorreu não pode ter sua situação agravada, se não houve recurso da parte contrária. Costuma-se invocar, como fundamento do princípio, o fato de o recurso devolver ao tribunal tão-somente o conhecimento da matéria impugnada, o que se expressa no brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum*. No direito positivo, o princípio é buscado no art. 574 CPP, *caput*, c/c o art. 599.

A regra relativa à personalidade dos recursos opõe-se a princípio diametralmente oposto, que é do benefício comum, próprio do direito romano, passando deste para o luso-brasileiro de outrora: ainda sem recorrer, a parte poderia ser beneficiada pelo recurso da outra.

A aplicação do princípio do benefício comum leva, como corolário, à possibilidade de o recorrente ser prejudicado por seu próprio recurso (*reformatio in pejus*), enquanto o princípio da personalidade dos recursos impede, como o *consectário*, a *reformatio in pejus*.

Desta feita, diferentemente do princípio da comunhão das provas, que dispõe acerca da possibilidade da prova produzida por uma das partes vir a prejudicá-la, nos recursos opera a máxima da personalidade dos recursos.

1.11 Personalidade dos recursos e proibição da *reformatio in pejus*.

No nosso sistema processual atual vige o princípio da personalidade dos recursos, que vem expresso, com relação ao réu, na parte final do art. 617 CPP Assim, pelo recurso do réu e sem que haja recurso do Ministério Público, não pode ser agravada a situação do recorrente.

Não se admite a *reformatio in pejus*, entendida como diferença para pior, entre a decisão recorrida e a decisão no recurso, não podendo a piora ocorrer nem do ponto de vista quantitativo, nem sob o ângulo qualitativo.

Até mesmo quando se trata de matéria cognoscível de ofício - como, por exemplo, no caso das nulidades absolutas -, o recurso do réu não pode servir de veículo para o reconhecimento de nulidade que prejudique a defesa.

É o que assentou a Súmula 160 do STF: "É nula a decisão do tribunal que acolhe contra o réu nulidade não argüida no recurso de acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício".

É indene de dúvidas, no processo penal, quanto à proibição da reformatio in pejus para agravar a situação do réu, no seu próprio e único recurso. STF, RTJ46/815 e 80/42; HC 56.296, DJU 18.02.1977, p.887; TJSP, RT564/304. No julgamento do HC 78.746-1-MS, o STF entendeu configurar indevida reformatio in pejus o não conhecimento de apelação em liberdade de réu condenado por tráfico de entorpecente se, sobre a questão da liberdade provisória, não houve impugnação do Ministério Público.

O órgão *ad quem* deve examinar a questão posta nos limites expostos pelo recorrente e não pode piorar a situação deste, a não ser que decorra de análise de matéria de ordem pública, nos lindes do processo civil, estampando aí a diferença constante no processo penal.

Afinando-se no mesmo diapasão estão as palavras dos Professores José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, *verbis*:

“É ao recorrente que cabe delimitar o âmbito do mérito recursal, devendo deduzir razões de impugnação e formular pedido de reforma da decisão (âmbito de devolutividade do recurso). O órgão ad quem deve examinar a questão posta nestes limites e não pode piorar a situação do recorrente, a não ser que esta piora decorra da cognição de matéria de ordem pública, de ofício ou acolhendo preliminares alegadas pelo recorrido em contra-razões. Este é o significado do princípio da proibição da reformatio in pejus.”¹³

2. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

A doutrina processual penal fala genericamente em requisitos ou pressupostos de admissibilidade dos recursos. E muito embora em obras mais recentes se utilize a expressão condições e pressupostos dos recursos,

¹³ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. Recursos. Vol. 2. Coleção Processo Civil Moderno. Editora RT. 2008.

estabelecendo um paralelo com as condições da ação e os pressupostos processuais, na sistematização dos referidos requisitos ainda se encontra a repartição clássica em pressupostos objetivos e pressupostos subjetivos.

No processo civil, é freqüente a menção à simetria entre a legitimação aos recursos e o interesse em recorrer, de um lado, e a legitimação ad causam e o interesse de agir, do outro.

Apesar disso, a classificação dos requisitos de admissibilidade não costuma acompanhar aquela relativa à relação processual e às condições da ação, preferindo-se falar em requisitos extrínsecos e requisitos intrínsecos dos recursos.

No âmbito da doutrina processualista civil se verificam como pressupostos intrínsecos de admissibilidade, relativos à própria existência do direito de recorrer, o cabimento, a legitimação, o interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer.

Já os requisitos de admissibilidade extrínsecos, alusivos ao modo de exercício do direito de recorrer, elencam-se como imprescindíveis o preparo, a tempestividade e a regularidade formal.

No bojo do processo de execução coletiva falimentar, é indispensável que o magistrado verifique a ocorrência dos pressupostos recursais, sob pena de indeferimento da pretensão insurgente.

Tal afirmativa tem derivação lógica da aplicação subsidiária do Código de Ritos à falência. Veja-se que por exemplo, não se poderia deferir a ente diverso do empresário individual ou da sociedade empresária falida, bem como do Ministério Público ou dos credores a legitimidade para recorrer da decisão que decreta ou denega o pedido de falência.

Ressalte-se que o direito de recorrer, nada mais é do que uma modalidade do direito de ação e de defesa, enquadrado na tutela constitucional do devido processo legal.

3. CONDIÇÕES DA AÇÃO E CONDIÇÕES DOS RECURSOS

Pode-se estabelecer um paralelo entre as condições da ação e as condições dos recursos. Assim como para o exercício do direito de ação é necessário o atendimento de condições, sem as quais não se pode exigir o provimento jurisdicional, também para o exame do mérito do recurso é preciso que se cumpram as condições de exercício do direito recursal. O recurso, é certo, não instaura nova relação processual, tratando-se apenas de outra fase da mesma relação aberta com a demanda. Mas o direito à fase impugnativa, como desdobramento do próprio direito de ação, também se sujeita a condições de admissibilidade.

Trata-se das mesmas condições exigidas para o exercício do direito de ação, quais sejam: a) a possibilidade jurídica, entendida como previsão, pelo sistema, do recurso utilizado;

b) o interesse em recorrer, visto como necessidade (ou utilidade) e mais adequação;

c) a legitimação ao recurso.

O primeiro, na classificação tradicional, é considerado pressuposto objetivo dos recursos; e os dois últimos, pressupostos subjetivos.

3.1. Pressupostos processuais e pressupostos recursais (Detalhamento).

Além disso, como ocorre para o processo em geral (entendido como relação processual mais procedimento), o procedimento recursal também se subordina a requisitos para a constituição de uma fase procedimental válida (ou seja, com viabilidade para desenvolver-se regularmente). Trata-se dos pressupostos recursais, correspondendo aos pressupostos processuais.

No enfoque mais restrito, os pressupostos para a constituição válida da relação processual são: a) a demanda, regularmente formulada;

b) a capacidade de quem a fórmula;

c) a investidura do juiz.

Transportando esses pressupostos para o procedimento recursal, bastará substituir o elemento "demanda" pelo de "interposição do recurso". E se verá, então, que o que a doutrina tradicional indica como alguns dos "pressupostos objetivos dos recursos" nada mais é do que o primeiro pressuposto recursal: com efeito, a tempestividade e a regularidade procedimental estão compreendidas no pressuposto do recurso regularmente formulado. O cabimento (previsão mais adequação) pertence, ao contrário, à categoria das condições da ação, enquadrando-se a previsão na possibilidade jurídica e a adequação no interesse em recorrer.

Para completar o rol dos pressupostos objetivos dos recursos da classificação tradicional, ainda falta aquele que a doutrina indica com a expressão de inexistência de fatos impeditivos ou extintivos.

É que, numa visão mais ampla dos pressupostos processuais, estes abrangem outros requisitos que, a nosso ver, nem sempre dizem respeito à instauração válida da relação processual.

Segundo a classificação mais abrangente dos pressupostos processuais, estes distinguem-se em objetivos e subjetivos. Pressuposto objetivo intrínseco é a regularidade procedimental; pressuposto objetivo extrínseco é a ausência de fatos impeditivos ou extintivos. Os pressupostos subjetivos podem ser referentes ao juiz (investidura, competência, imparcialidade) ou às partes (capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória).

Tomando emprestado, dessa classificação mais abrangente, o pressuposto correspondente à ausência de fatos impeditivos ou extintivos, fica preenchida a categoria clássica dos pressupostos objetivos.

4.0 ASPECTOS GERAIS DO ESTADO DE INSOLVÊNCIA.

Preambularmente, cumpre tecer alguns comentários acerca da teoria da empresa, atualmente vigente em nosso país, a qual se abeberou nas fontes italianas.

Insta salientar que a antiga concepção Francesa, norteadora do Código Civil Napoleônico, e orientadora do Código Comercial pátrio, atualmente subrogado, propugnava o ideal dos cognominados atos de comércio, ou seja, para a caracterização de dada atividade como de cunho empresarial, fazia-se precípua que esta estivesse enquadrada legalmente como uma ação comercial.

Essa teoria restou por ruir, quando se verificou a inexistência de um elemento único identificador da atividade comercial, ou seja, um liame comum que interligasse os atos de comércio.

Nesse bojo surge na Itália, tendo como precursores Ascarelli e Ferrara, a teoria da empresa, a qual buscou, por ducto de um elemento identificador, caracterizar uniformemente as atividades ditas empresariais, de forma que não mais fosse necessário se recorrer a uma relação que por vezes se fazia contraditória e ambígua.

Dessarte, passou-se a utilizar o conceito de *empresa*, que é definida, em síntese, como a atividade econômica organizada e direcionada para a produção e/ou circulação de bens e serviços. Assim, o empresário passa a ser aquele que explora essa atividade, podendo ser pessoa física ou jurídica.

Tal concepção passou a ser adotada pelo novel Código Civil, que acabou por unificar, ainda que parcialmente, o direito civil e comercial. O conceito de empresário, encontra-se estampado no art. 966 do vigente diploma privatístico.

Postas tais considerações, e levando em conta a nova teoria adotada pela doutrina brasileira é que se pode elaborar alguns comentários acerca da definição de insolvência, que acaba por escoimar, por vezes, o empresário.

A insolvência, de maneira simplória, pode ser caracterizada como o estado daquele que não mais pode arcar com as suas dívidas, de modo que o ativo existente acaba por não fazer frente à amplitude passiva (débitos).

Essa situação, em sentido *lato*, poderá ser vislumbrada tanto em relação ao empresário como ao não empresário, ocorrendo, porém, que quando for verificada tal estado em relação ao empresário, ensejará o pedido de falência.

Nos termos do que preleciona Amador Paes de Almeida: “A insolvência é condição de quem não pode saldar suas dívidas. *Diz-se do devedor que possui um passivo sensivelmente maior que o ativo. Por outras palavras, significa que a pessoa (física ou jurídica) deve em proporção maior do que pode pagar, isto é, tem compromissos superiores aos seus rendimentos ou ao seu patrimônio*”.

Cumprido delinear que a insolvência é composta por três elementos essenciais, quais sejam o econômico, financeiro e patrimonial.

No que pertine à faceta econômica da insolvência é imperioso frisar que esta se caracteriza quando ocorre uma desaceleração, um decréscimo nos negócios entabulados pela sociedade empresária.

Geralmente a crise econômica é levada por uma retração na curva da demanda e poderá ser generalizada, quando atinge todo o complexo de atividades empresariais, segmentada, quando atinge dado setor comercial ou

específica, relativa à determinada sociedade empresária, podendo ser originada pelo retrocesso tecnológico desta no âmbito mercadológico.

Abordando a cognominada crise financeira, cabe destacar que esta ocorre quando o empresário não tem caixa para arcar com obrigações assumidas frente aos credores, tornando-se impontual, intempestivo no adimplemento.

Autores de renome como Fábio Ulhoa Coelho também denominam a crise financeira de crise de liquidez. Conforme posicionamento do autor aludido, a sociedade empresária poderá estar até crescendo e com o faturamento satisfatório, mas tem dificuldade de arcar com suas obrigações.

Em arremate, remetendo-se à crise patrimonial, a qual é a insolvência precisamente, frisa-se que esta ocorre quando o ativo componente do patrimônio não satisfaz o passivo. Quando o empresário atinge essa condição, geralmente é porque já perlustrou as intempéries econômicas e financeiras.

Essa situação, em regra, dá ensejo ao pedido de falência, nos termos do que predispõe o art. 94 da Lei 11.101/2005.

Empós a verificação do pleito falimentar o juiz poderá decretá-la ou julgar improcedente, cabendo de cada manifestação um recurso distinto em moldes diversos do que estabelece o Código de Processo Civil, consoante será vislumbrado no tópico subsequente.

5.0 RECURSOS CABÍVEIS DA DECISÃO QUE DECRETA A FALÊNCIA OU JULGA IMPROCEDENTE O PEDIDO FALIMENTAR.

Quando da análise do pedido falimentar o magistrado condutor do caso poderá acatar ou não o pleito do postulante de modo que a sua decisão se reveste das características de sentença.

Nos dizeres do notável comercialista Gladston Mamede, *in verbis*:

“ não há dúvida de que a decisão que julga o pedido de falência é uma sentença, ainda que o artigo 100 da Lei 11.101/05 possa criar alguma confusão, já que fala em (1) decisão que decreta a falência e (2) sentença que julga a improcedência do pedido. Confusão, entretanto, que não resiste à própria Lei 11.101/05, já que o se artigo 99, caput, fala em sentença que decretar a falência do devedor. Consequentemente, seja o pedido falimentar julgado procedente ou improcedente, tem-se uma sentença.”¹⁴

Frise-se que se no processo de conhecimento não for comprovada a insolvência ou a prática de atos que a caracterizam o juiz deverá denegar o pedido do credor, encerrando-se assim o processo, via sentença. No entanto, se ficar demonstrada a ocorrência dos requisitos para a decretação da falência, iniciar-se-á o processo de execução concursal, em que todos os credores do falido (não somente o requerente da falência) deverão ser tratados com paridade de acordo com a natureza de seu crédito, conforme o princípio da *par conditio creditorum*.

A nova redação trazida ao parágrafo 1º. do artigo 162 do CPC, pela Lei 11.232/05, alterando o conceito de sentença, passa a definir que: “sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

¹⁴ MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro. Falência e Recuperação de empresas. Vol. 4. 2ª Edição. Editora Atlas. 2008.

É a técnica de definição de um ato a partir de seu conteúdo. Os artigos 267 e 269 trazem, respectivamente, hipóteses de extinção do processo sem julgamento de mérito e com resolução de mérito.

A Prof^a. Tereza Arruda Alvim Wambier, com a competência que lhe é peculiar, já sustentava há muito, antes mesmo da edição da Lei 11.232/05, que o conteúdo seria o único elemento capaz de permitir a correta identificação de uma sentença. Segundo a autora, Giuseppe Chiovenda já alertava que “sentença definitiva, no conceito romano e na lógica processual, é a sentença que se pronuncia sobre a demanda judicial, acolhendo-a ou rejeitando-a, ou declarando não decidir sobre ela”.

Na visão do Prof. Araken de Assis, “voltou-se ao conceito baseado no conteúdo virtual do ato, atendendo-se a antiga sugestão de Alfredo Rocco, segundo o qual ‘nenhuma condição extrínseca caracteriza a sentença’, valendo a observação para a forma (v.g. os requisitos do art. 458) e a sua localização no curso do processo”.

A mudança no conceito, no entanto, não pode passar despercebida aos operadores do Direito, em especial quanto à análise de alguns reflexos práticos decorrentes deste novo critério de identificação do ato a partir do seu conteúdo.

No que pertine à Falência vê-se que a decisão que acolhe o pleito falimentar não se enquadra nas hipóteses contidas nos arts. 267 e 269 do Código de Ritos.

Mesmo a antiga definição de sentença, a qual era conceituada como o ato do juiz que colocava termo ao processo, não abrangia a hipótese de que decretava a falência. Veja-se que o ato jurisdicional que defere o pleito falimentar não encerrava o processo, ao revés, era condição para que se iniciasse a execução coletiva em sua amplitude.

A sentença que decreta a falência se enquadra na denominada fase pré-falimentar, ou seja, ainda não se verifica a condição de falido de quem figura no pólo passivo da exordial aforada.

Nesse sentir é requisito indispensável para o desenrolar procedimental que o juiz prolate decisão acatando o pedido de quebra, de tal sorte que é a partir daí que o estado de falência em si resta verificado e se praticam atos conducentes à satisfação dos credores em concurso.

Neste giro, é forçoso destacar que mesmo com a nova definição do artigo 162, § 1º do CPC, que perfilha a sentença como o ato do juiz que desemboca em uma das hipóteses de resolução da contenda com ou sem análise do mérito, não se faz possível enquadrar a decisão que decreta a quebra como sentença.

Veja-se, que com a decretação do estado de falido não há resolução da lide enquadrável nas hipóteses do 267 ou 269, mas sim uma atuação jurisdicional *sui generis* que mais se afeiçoa a um requisito de procedibilidade em si do processo falimentar, ganhando feições mais de decisão interlocutória do que de sentença.

No mesmo diapasão se posiciona o Procurador Federal André Luiz Santa Cruz Ramos, *verbis*:

*“A recente reforma do processo de execução, levada a efeito pela Lei nº 11.232/05, alterou a redação do art. 162, §1º, do CPC, o qual passou a designar a sentença como o ato do juiz que implica em alguma das situações previstas nos seus arts. 267 e 269. Parece-nos, pois, que ainda assim fica difícil entender a decisão que decreta a falência, tecnicamente, como um sentença. Afinal, ela não extingue o processo sem julgamento do mérito (art.267 do CPC) nem resolve, propriamente, o mérito da ação falimentar. Como exposto no parágrafo anterior, a decisão que decreta a falência apenas dá início ao processo falimentar, o qual só se encerrará, realmente, após a realização do ativo, o pagamento dos credores e a apresentação do relatório final por parte do administrador judicial (vide art. 156 da LRE)”.*¹⁵

¹⁵ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Curso de Direito Empresarial, 2ª Edição, Editora Jus Podivm, 2009, pág. 622.

Assim, percebe-se que o entendimento do precitado autor destoa das linhas traçadas por Gladston Mamede, que considera o ato que decreta a falência como sentença, seguindo a esteira do que preleciona o art. 99 da Legislação de Regência.

Neste trabalho monográfico há que se destacar a predileção pela tese esposada pelo Professor André Luiz Santa Cruz Ramos. Entende-se desta forma, pois se vislumbra um equívoco processual nos termos traçados pelo art. 100 da Legislação Falimentar.

No que pertine à sistemática recursal, no âmbito da sentença falimentar, a nova lei de falências prevê recursos distintos para as decisões que acatam e para as que denegam o pedido de declaração falimentar.

Nestes termos transcreve-se, para maior elucidação o art. 100 da Lei 11101/05:

“Art. 100. Da decisão que decreta a falência cabe agravo, e da sentença que julga a improcedência do pedido cabe apelação.”

Veja-se que a lei inova na sistemática recursal, em relação ao regime do CPC, haja vista que estabelece recurso de agravo para decisão que supostamente revestiria natureza de sentença.

Exsurge clarividente, desta feita, que o *decisum* arrematador da declaração de falência desafia o recurso de agravo, em sua forma instrumental.

Afinando-se neste diapasão colaciona-se magistral doutrina do civilista Fábio Ulhoa Coelho, *in* Curso de Direito Comercial, Editora Saraiva, 8ª Edição, *verbatim*:

“O sistema recursal do processo falimentar é diferente do preceituado pelo Código de Processo Civil. Em decorrência, contra sentença declaratória da falência o

recurso cabível não é a apelação, mas o agravo (necessariamente por instrumento)."

Em face do princípio da correspondência, delineado alhures, tem-se que para cada decisão atacável é cabível um tipo de recurso. Assim, de sentença cabe apelação e de decisão interlocutória cabe agravo, isto como regra.

Malgrado tal disposição, a despeito do regime especial traçado pela Lei Falimentar, restou atribuído o cabimento de agravo de instrumento a decisão que não ostenta a natureza de sentença.

Com respeito aos posicionamentos em contrário, não há como definir como sentença uma decisão que não se amolda aos preceitos clássicos do art. 162, § 1º, haja vista que como a Legislação Falimentar não tece minúcias acerca dos atos do juiz, deve ser aplicado subsidiariamente o CPC.

Dessarte, sendo atacável por agravo de instrumento impende delinear a decisão que decreta a falência não como sentença, mas sim como interlocutória.

Impende ressaltar que todas as regras relativas ao processamento do agravo instrumental deverão ser verificadas nesta hipótese falimentar, rendendo azo às disposições dos arts. 522 em diante do Código de Ritos, excetuando-se a possibilidade de conversão do Agravo Instrumental em retido, haja vista o regime de urgência e procedibilidade.

Vislumbra-se destarte que o prazo para interposição do recurso de agravo da decisão que decreta a falência é de 10 dias, seguindo a toada do Código de Ritos.

Ao revés no que se remete à manifestação do magistrado denegando o pedido falimentar, há que se ressaltar que dessa decisão caberá apelação, nos limites traçados pelo 515 do CPC, não havendo que se ressaltar

qualquer peculiaridade, já que a decisão que denega o pleito falimentar é perfeitamente amoldável aos desígnios do art. 269 do CPC.

Nesta quadra o prazo para a interposição é diferenciado, sendo de 15 dias, fato que este que encerra uma certa contradição no sistema recursal da falência, haja vista que as decisões são essencialmente correspondentes.

Como bem ressaltam alguns autores de renome, o legislador do Diploma 11.101/05, foi de certa forma atécnico em suas considerações, olvidando, assim, preceitos basilares do Processo Civil.

Ademais insta salientar que todos os vetores axiológicos previstos no pórtico destes trabalho se aplicam aos recursos manejados no processo falimentar.

Cabe aqui registrar ainda as correntes ampliativas e restritivas quanto aos recursos em geral utilizados no processo de falência.

A corrente ampliativa propugna que se aplicam à falência todos os recursos previstos no Código de Processo Civil, não cabendo nenhuma restrição maior.

Já os teóricos restritivos, bem realçam que só se aplicam na Lei de Falência os recursos nela previstos, em obséquio a celeridade e economia processual, consoante se dispõe algures.

Ocorre que, por a Lei de Falência ser por demais lacônica ao tratar do sistema recursal não há como excluir dos interessados o direito de se valer de outros recursos.

Saliente-se que os dois únicos recursos previstos na Legislação Falimentar são a apelação e o agravo de instrumento. Acaso fosse adotada a

corrente restritiva seria vedado o acesso a recursos como embargos declaratórios, embargos infringentes, dentre outros.

A restrição recursal, desta forma, dificultaria a formação de uma decisão mais acertada e livre de eventuais equívocos, poderiam persistir, assim, vícios como obscuridades e contradições que prejudicariam a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.

Se direcionando no sentido de se filiar à corrente ampliativa o STJ editou a súmula 88, lavrada nos seguintes termos;

“SÃO ADMISSÍVEIS EMBARGOS INFRINGENTES EM PROCESSO FALIMENTAR”.

Vislumbra-se que o Superior Tribunal de Justiça entendeu por bem analisar o sistema recursal sob a ótica sistemática, o que toma corpo em razão de a própria Lei 11.101/05 procurar estabelecer um diálogo com o Código de Processo Civil.

Outro argumento que deve ser considerado é o fato de que não há qualquer vedação expressa na Lei de Falência ao cabimento de qualquer outro recurso elencado no CPC. Lembrando-se que só não há que se atender aos preceitos do Códigos de Ritos quando este for incompatível com o subsistema da Lei de Falência.

Ademais, a corrente restritiva vai de encontro a princípios como o duplo grau de jurisdição, pois vedaria, em tese, a revisão dos julgados em certas situações e o devido processo legal em seu sentido substancial e formal.

No sentido substancial porque inviabilizar certos recursos seria o mesmo que deixar a descoberto bens caros como a propriedade, a vida e a liberdade. Em relação à faceta formal se vislumbra a violação na medida em que foge a determinação de complementariedade da Lei de Falência pelo CPC.

CONCLUSÃO

Por tudo quanto se expôs foi possível perceber ao longo deste trabalho, que os recursos comportam a aplicação de uma gama de princípios aos quais devem obediência, de forma que a sistemática recursal do regime falimentar, como toda e qualquer legislação comporta adstrição a tais vetores axiológicos.

Percebeu-se, ainda, a limitação que poderá ser imposta ao princípio do duplo grau de jurisdição, haja vista que o Supremo Tribunal Federal não o reconheceu como garantia irrestrita, de tal sorte que a legislação infraconstitucional poderá limitar os recursos com vistas a dar efetividade a princípios que se desvelam maiores em certos casos concretos.

Ademais foi possível vislumbrar que cabem recursos distintos das decisões que acatam ou denegam o pedido de decretação falimentar, hipótese na qual se verifica uma impropriedade técnica na dicção do art. 100 da nova lei de falências, tendo em conta a natureza do pronunciamento judicial que decreta a quebra.

Foi possível, perceber, ainda, que o novel conceito de sentença não se enquadra dentro das disposições do art. 100 da Lei 11.101/05, no que se refere à decisão que acolhe o pleito falimentar, e que a corrente recursal ampliativa é a que melhor se adequa ao procedimento recursal no regime de falências, já que não se pode deixar o jurisdicionado a cavaleiro de uma legislação lacônica.

Enfim, através de estudos e pesquisas, proporcionou-se uma aquisição de idéias e conceitos de grande importância e relevância não só para o Direito Falimentar, mas também, para Direito Processual.

Em arremate, insta salientar que é necessário uma construção crítica acerca do sistema de recursos no âmbito do ordenamento jurídica brasileiro, haja vista que o cognominado dano marginal do processo deve ser observado para fins efetivação de uma tutela jurisdicional efetiva.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Amador Paes. *Curso de Falência e Concordata*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. v. 1. p.446.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. v. 3.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005.

LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de Direito Falimentar*. 11. ed. revista e atualizada por Jorge de Miranda Magalhães. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1982.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. v.3.

PACHECO, José da Silva. *Processo de Falência e Concordata: Comentários à Lei de Falências: Doutrina Prática e Jurisprudência*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995. v.1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11a. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. Capítulos de Sentença. São Paulo: Malheiros, 2002.

FIDÉLIS, Ernani. *Manual de Direito Processual Civil*, volumes 1, 2, e 3. São Paulo: Saraiva, 2006. *As Reformas de 2005 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 5ª. ed. São Paulo: RT, 2.006.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. Recursos no Processo Civil. 5ª. ed. São Paulo: Atlas. 2006.

NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (Coords). Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e assuntos afins. Vol. 10. São Paulo: RT, 2.006. Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos. 2ª. Ed. São Paulo: RT.

SCARPINELLA BUENO. Cássio. A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil. Vols. 1 e 2. São Paulo: Saraiva, 2.006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil, vol. 2. São Paulo: RT, 2.006. Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento. São Paulo: RT, 2.006. (Coord.). ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. Volumes 1, 2, e 3. 7ª. ed. São Paulo: RT, 2.006.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Restrições indevidas ao direito de recorrer. RePro.130/249. O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade. RePro 137/134.