

## Apelação versus agravo

Maria Berenice Dias  
[www.mbdias.com.br](http://www.mbdias.com.br)  
[www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br)  
[www.direitohomoafetivo.com.br](http://www.direitohomoafetivo.com.br)

Sumário: 1. O recurso cabível; 2. As mudanças e seus reflexos; 3. O critério possível; 4. Dualidade perigosa; 5. A solução lógica; 6. A evidência dos exemplos; 7. A fungibilidade; 8. Concluindo.

### 1. O recurso cabível

A tentativa classificatória dos atos judiciais em sentenças,<sup>1</sup> decisões interlocutórias<sup>2</sup> e despachos,<sup>3</sup> feita pelo art. 162 do CPC, nem de longe pode servir de critério para identificar a natureza das manifestações do juízo, até porque o próprio legislador utiliza, em um sem-número de oportunidades, de forma indiferente, uma expressão por outra. Como bem observa Tereza Arruda Alvim Wambier: *Apesar das definições constantes do art. 162, afastou-se (o Código de Processo Civil) muitas vezes dos parâmetros por ele mesmo traçados, ao se referir a muitos pronunciamentos do juiz. Chamou, por exemplo, de sentença, o ato que declara insolvente o devedor, embora esta decisão não ponha fim ao processo (art. 761). O mesmo se diga quanto à primeira sentença da ação de prestação de contas, em que o réu é (ou não) condenado a prestá-las (art. 915, § 2º).*<sup>4</sup>

A classificação dos atos judiciais tem como principal finalidade reconhecer a recorribilidade das decisões, bem como eleger o meio impugnativo adequado. Para estabelecer essas distinções, buscou a lei condicionar o recurso à natureza da manifestação do juiz. O critério distintivo eleito pelo legislador diz com o conteúdo da decisão, que sinaliza se e como alguém pode se insurgir contra o que foi decidido.

Atendendo a essa finalidade, de forma didática os arts. 504, 513 e 522 do estatuto processual estabelecem o paralelismo entre os meios impugnativos e os atos judiciais. O ato pelo qual o juiz põe termo ao processo é uma sentença e desafia o recurso de apelação. Desimporta o conteúdo da manifestação judicial, basta que estanque o andar do procedimento em que foi proferida para ser chamada de sentença. A extinção do processo, por si só,

---

<sup>1</sup> § 1º do art. 162 do CPC.

<sup>2</sup> § 2º do art. 162 do CPC.

<sup>3</sup> § 3º do art. 162 do CPC.

<sup>4</sup> PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Agravo de instrumento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. pp. 55-56.

independente de haver ocorrido com<sup>5</sup> ou sem julgamento do mérito,<sup>6</sup> faz com que a insubordinação do vencido seja veiculada por meio de apelação.

Em contrapartida, mesmo que a manifestação disponha de conteúdo decisório, mas não obstaculize o prosseguimento da ação, a irresignação da parte também não pode fazer o processo parar. Imperioso que o meio impugnativo não atrapalhe sua marcha. Esse é o motivo que obriga o descontente, quem se sentiu agravado com o decidido incidentalmente pelo juiz, a formar um instrumento para veicular seu recurso. Aquele que sofreu gravame deve interpor agravo de instrumento para buscar a reapreciação, pelo órgão recursal, da decisão que lhe causou prejuízo.

Já as manifestações do juízo de conteúdo decisório não significativo, que, mesmo não atendendo ao interesse da parte, não lhe causam dano maior, não estão sujeitas a recurso. Sendo meras determinações de incoação do processo, sem relevância jurídica, mesmo que não correspondam ao almejado pela parte, o jeito é se conformar.

Como nem o legislador guardou fidelidade à classificação que fez dos atos judiciais, a identificação do recurso respectivo também necessita agora, mais do que nunca, ser feita com certa cautela.

Erros e imprecisões no manejo dos meios impugnativos sempre existiram e são frequentes, mas eventuais equívocos na escolha não geravam grandes transtornos, pois o uso indevido de um recurso tinha chance de ser contornado. Dentro da estrutura legal existente desde a promulgação do CPC, não ocasionava traumas maiores o uso equivocado de um recurso por outro. Como ambos eram apresentados ao juízo que havia proferido a sentença ou a decisão, havia a possibilidade de o erro ser corrigido. Tanto a apelação como o agravo de instrumento ingressavam no primeiro grau, eram recebidos pelo seu prolator e, somente depois de preparados e respondidos, eram remetidos à segunda instância, que acabava aceitando um recurso por outro, a não ser nas raras hipóteses em que era reconhecido erro grosseiro.

A jurisprudência seguiu a orientação da doutrina e continuou a admitir o princípio da fungibilidade, expressamente consagrada na legislação anterior,<sup>7</sup> ainda que não tenha sido reproduzido no estatuto processual de 1973. Assim, era possível aceitar o recurso, a não ser quando escancarada a ocorrência de má-fé ou erro grosseiro. Mas, reconhecido que o recorrente não acertara na identificação do recurso e escusável o equívoco, era admitido o recurso. Tanto era recebida apelação por agravo de instrumento como se processava agravo por apelação, bastando que tivesse sido interposto no prazo do agravo, de 10 dias,

---

<sup>5</sup> Art. 269 do CPC.

<sup>6</sup> Art. 267 do CPC.

<sup>7</sup> CC de 1916, art. 810: Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento.

mais exíguo do que o prazo da apelação. Portanto, em caso de dúvida sobre a natureza da decisão e, por consequência, não sabendo o recorrente qual recurso interpor, a solução era usar o meio impugnativo que dispunha de menor prazo, sendo indiferente chamá-lo de apelação ou agravo. O tribunal, corrigindo a sua denominação, o julgava.

## **2. As mudanças e seus reflexos**

As reiteradas reformas de que foi alvo o estatuto processual trouxeram profundas modificações no recurso de agravo de instrumento<sup>8</sup>. Talvez a mais significativa tenha sido a alteração da sede de sua interposição, que foi transportada para o segundo grau de jurisdição. Essa alteração e a faculdade de, em sede liminar, obter antecipação de tutela, agilizaram tanto o recurso de agravo, que se transformou em ágil meio de obter a reversão quase instantânea das manifestações judiciais. A facilidade procedimental e a rapidez na apreciação tanto do pedido liminar quanto do próprio recurso, por imediata decisão monocrática, levaram a um avassalador aumento do uso desse meio impugnativo.

O novo rito do agravo de instrumento, ao deslocar a sede de interposição, criou um significativo distanciamento em relação à apelação, que permaneceu sendo apresentada na instância inicial, enquanto o agravo ingressa diretamente na corte recursal. Tal fato reveste de enorme significado a correta identificação do recurso adequado, pois, a depender do meio impugnativo escolhido, o recorrente deverá dirigir-se ou ao primeiro ou ao segundo grau de jurisdição. Essa dicotomia reacende antigas controvérsias que haviam sido abrandadas pelo princípio da fungibilidade. A nova sistemática torna imperiosa a reavaliação do critério de identificação da natureza das decisões judiciais para se poder reconhecer, com mais segurança, o recurso cabível. Como agora são distintas as sedes de interposição dos recursos, é de se questionar sobre a possibilidade de se continuar recebendo um pelo outro, ou seja, invocar a fungibilidade recursal. A divergência dos respectivos juízos de interposição não deve dar margem a riscos de sequelas mais graves, como a inaceitação de um recurso por outro. Portanto, há a necessidade de identificar o recurso cabível com mais segurança, fazendo-se uso de uma logicidade mais pragmática.

## **3. O critério possível**

Partindo da premissa de que não serve o rótulo legal para distinguir o que é sentença e o que é decisão interlocutória, de modo a emprestar a necessária certeza de que se está usando corretamente apelação ou agravo de instrumento, mister a busca de subsídios outros para extremar a hipótese correta.

---

<sup>8</sup> Lei 9.139, de 30.11.1995 e Lei 10.351, de 26.12.2001.

Não há como deixar de se socorrer do critério topológico, sustentado por Barbosa Moreira, com certeza a maior autoridade nacional em matéria de recursos:

*Apesar do empenho com que se preocupou em definir as várias espécies de atos, não conseguiu o legislador forjar uma nomenclatura unívoca e perfeitamente coerente. A distinção entre sentença e decisão interlocutória, tal como resulta do confronto entre os §§ 1º e 2º do art. 162, inspira-se em critério topológico: aquela 'põe termo ao processo' (rectius: ao procedimento de primeiro grau), esta é proferida 'no curso do processo'.<sup>9</sup>*

Atentando-se nessa diretriz, ou seja, tão-só na capacidade de a manifestação judicial produzir a paralisação do processo, de pôr fim ou não ao seu andamento, com facilidade se visualiza a solução correta. Cuida-se de critério que diz mais com a localização espacial e temporal do que com o conteúdo do decidido pelo juiz, indicativo mais seguro para a identificação do recurso adequado, pois dispõe de referencial lógico. Quando a decisão do juízo põe fim ao processo, o modo mais prático – e até mais econômico – para buscar a reversão do que foi decidido é entranhar a irresignação nos respectivos autos, cujo andamento cessou pela manifestação judicial. De nenhuma necessidade sua permanência no primeiro grau, uma vez que findou sua tramitação naquela instância. Injustificável que o processo se quede na origem e a parte, para tentar reverter a decisão, tenha que extrair cópias, buscar certidões e formar um instrumento recursal, isto é, reproduzir todas as peças sem que haja necessidade ou utilidade da permanência do original no juízo recorrido. Finda a demanda, despidendo que o processo fique no cartório. É melhor, mais lógico, mais prático e mais econômico que a irresignação seja entranhada em seu bojo e, depois de processado o recurso, sejam os autos remetidos ao tribunal para julgamento.

Impositivo igual raciocínio quando a manifestação do juízo não interrompe a tramitação da ação. A única forma de aquele que se sentir prejudicado tentar reverter o decidido é trazer à sede revisional uma cópia do que ocorreu no primeiro grau. Se a irresignação fosse entranhada nos mesmos autos, e pretendesse o recorrente sua imediata revisão, tal obstaría a tramitação da ação, hipótese que se mostra à evidência de todo desarrazoada. Como o ato do juiz não sustou o andamento do procedimento, não deve dispor o recurso de efeito paralisante.

Cabe atentar em que essa distinção não leva em conta o conteúdo da decisão, mas sua potencialidade para ultimar a relação processual em que foi proferida. Dito critério permite, com mais segurança, a identificação do meio

---

<sup>9</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense. 1974, v. V, p. 198.

recursal adequado, tanto com referência à ação principal, como em sede dos incidentes processuais que tramitam em autos apartados. Assim, se o magistrado apreciou a ação ou qualquer dos procedimentos que são autuados em apenso e têm tramitação autônoma, sua manifestação, ao pôr fim ao expediente em que a decisão foi proferida, encerra seu andamento. Nada justifica que o recurso interposto não seja juntado nos próprios autos, pois cessou sua tramitação na origem. Quando se ultima a ação, com ou sem julgamento de mérito, ninguém questiona que o recurso cabível é a apelação, cuja petição é entranhada aos autos. Quando a decisão aprecia questão que tramita em procedimento autônomo, manifestado o recurso, basta desapensar os autos do incidente, anexar a petição recursal, ouvir o recorrido e remeter o expediente à instância superior. Protocolado o recurso, será ele distribuído e encaminhado ao relator para julgamento, procedimento idêntico ao levado a efeito quando o juiz profere a sentença na ação principal.

#### **4. Dualidade perigosa**

É no mínimo perigoso pretender identificar a via recursal pelo só conteúdo, e não pela eficácia da manifestação judicial. Como uma decisão de igual teor pode ultimar ou não a demanda e desafiar tanto o recurso de apelação como o de agravo, esse critério não dispõe da segurança necessária para a identificação do meio impugnativo correto.

Cabe lembrar exemplo já clássico: a decisão que exclui uma parte do processo. Se a demanda é singular e há somente um figurante em cada pólo da ação, o reconhecimento da ilegitimidade de uma delas, determinando sua exclusão, põe fim ao processo e desafia recurso de apelação. No entanto, se existir mais de uma parte como autores ou réus e o juiz afastar uma ou algumas delas, o recurso cabível é o de agravo de instrumento, já que a ação deve prosseguir com relação aos demais, que permanecem no processo. Inquestionavelmente ambas as decisões são de igual teor, só que uma ultima o processo e a outra não. Essa exemplificação evidencia a necessidade de se atentar mais na consequência da decisão do que no seu conteúdo, para ser identificada ou como sentença ou como decisão interlocutória. Assim, para saber que recurso utilizar, mister é questionar se a decisão põe ou não fim ao processo, independente da natureza da manifestação judicial. Outra não é a posição de Cezar Peluso: *O provimento que extinga alguma ou algumas das relações processuais, mas deixe intacto o processo respeitadamente à outra ou às outras que subsistam, será decisão interlocutória, impugnável por via de agravo de instrumento ou retido.*<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O Novo Regime do Agravo*. S. Paulo: Revista dos Tribunais. 2 ed. 1996, p. 133.

De outro lado, decisões interlocutórias exaradas durante o andamento do processo igualmente dão ensejo a uma dupla modalidade impugnativa, a depender exclusivamente da pretensão da parte em querer o imediato ou o oportuno julgamento do recurso. Assim, tencionando a parte ver logo reavaliada a manifestação do juiz que lhe causou gravame, impositivo opor agravo de instrumento, isto é, trazer ao órgão revisional uma cópia, formar um instrumento, a possibilitar sua apreciação imediata. A reforma pode ser buscada inclusive em sede liminar, como agora facultam o inciso III do art. 527 e o art. 558 do CPC. Já quando a irresignação não necessita ser desde logo reexaminada, pode a parte se insurgir nos mesmos autos, via agravo retido<sup>11</sup>, que, depois de interposto, aguarda oportuno exame, que ocorrerá caso seja reiterada a insatisfação por ocasião do julgamento do recurso de apelação vertido por qualquer das partes.

No entanto, a só vontade da parte não basta para que o agravo seja apreciado de imediato, pois pode o relator simplesmente receber o agravo de instrumento como retido, devolvendo-o à origem<sup>12</sup>.

## **5. A solução lógica**

Todo esse leque de distinções e modalidades recursais tem uma razão lógica e um caráter eminentemente prático. Se o juiz põe fim ao processo, a impugnação deve ser feita nos mesmos autos, via recurso de apelação. Se a decisão não ultima o processo, cabe agravo de instrumento ou retido, a depender do interesse do recorrente na sua imediata ou oportuna apreciação.

Esse mesmo critério deve ser utilizado nos incidentes processuais, quando tramitam em autos apartados. Trata-se de questões que, ao alvedrio do legislador, são suscitadas em petição avulsa, que são autuadas em separado, formando um procedimento distinto do processo principal. O fundamento dessa tramitação autônoma é de ordem pragmática: para que a ação não sofra solução de continuidade. Nos autos desses procedimentos, que normalmente ficam apensados aos autos principais, é ouvido o excepto e, quando necessário, o Ministério Público, havendo até a possibilidade de realização de audiência instrutória. A manifestação do juízo que aprecia a controvérsia entretida nesses processos incidentes julga o mérito da questão discutida no seu bojo. Costuma a doutrina, no entanto, identificar essas decisões como interlocutórias, a desafiar recurso de agravo. Todavia, como a decisão é exarada nesse expediente, muito mais coerente é ser interposto o recurso na origem, onde será ouvido o recorrido, para depois serem remetidos os autos ao tribunal pronto para julgamento.

---

<sup>11</sup> Art. 523 do CPC.

<sup>12</sup> Art. 527, inc. III, do CPC.

Nada, absolutamente nada, justifica que a desconformidade do vencido seja manifestada mediante a extração da cópia de todo o processado para instrumentalizar recurso de agravo. Depois da decisão, o procedimento incidental não mais irá tramitar, cabendo questionar para que apresentar cópia à corte recursal, via agravo de instrumento, se o incidente está inerte na origem? Qual a justificativa para duplicar todo um procedimento que não tem mais nenhuma utilidade na sede do juízo? Por que fazer a parte interpor o recurso no tribunal, se pode fazê-lo na sua comarca, mediante singela petição? São perguntas que estão a exigir pronta resposta, que não pode se limitar à simplista afirmativa de se tratar de decisão interlocutória.

A opção da lei em escolher em algumas hipóteses o recurso de agravo se revestia de aparente razoabilidade. Como o agravo de instrumento tinha – ou deveria ter – uma tramitação mais célere, o legislador, ao seu alvedrio, o elegia em determinadas hipóteses, sem atentar se a manifestação do juízo esgotava a tramitação da ação ou do procedimento em que era proferida. Essa solução não serve mais.

Nos incidentes processuais, que dispõem de procedimento autônomo, a irresignação deve ser entranhada nos mesmos autos. É de todo irrelevante se a decisão que aprecia os incidentes merece ser identificada como interlocutória ou como sentença. Inquestionável que se trata de manifestação que põe termo a um incidente processual, solvendo a controvérsia que nele se desenvolveu. O juiz julga a lide contida no procedimento, manifesta-se sobre o mérito do que foi controvertido em seu âmbito. É essa a matéria que é devolvida ao tribunal para ser reapreciada. A decisão do juiz aprecia o mérito do incidente, pois, segundo Pontes de Miranda, *“julgar ‘de meritis’ é entrar na apreciação do que se pede, e decidir-se a esse respeito.”*<sup>13</sup> Nada impede, ou melhor, é até mais técnico chamar a decisão final de sentença, a ser impugnada por apelação.

A partir da decisão que esgota a jurisdição de primeiro grau, não precisa o procedimento permanecer na origem, ainda que haja possibilidade de retratação do juízo, o que aliás facilitaria a reapreciação da decisão. Outra justificativa que sinaliza a melhor solução é a dispensa de atender o apelante ao dever imposto no art. 526 do CPC. Portanto, despiciendo, inútil e dispendioso buscar o recorrente diretamente o segundo grau de jurisdição munido de cópia de todo o incidente. Pragmática a solução apontada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ao recomendar que *“no incidente de impugnação ao valor da causa ainda que desafie o recurso de agravo deverá o mesmo subir nos próprios autos da impugnação, completados com o traslado das peças indicadas pelo agravante e agravado”*<sup>14</sup>. Essa prática, que vinha se tornando corriqueira, evidencia quão desnecessária é a formação do instrumento quando a decisão impugnada é proferida em procedimento autônomo.

<sup>13</sup> PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. VII. p. 278.

<sup>14</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 624 .

Há mais um motivo que estanca de vez qualquer dúvida sobre o caminho a trilhar. Ao se optar pelo agravo de instrumento, a interposição e a tramitação do recurso ocorrerão na sede do tribunal. O relator apreciará eventual pedido liminar, determinará a intimação do agravado e, se for o caso, dará vista ao Ministério Público. Isso tudo sem contar que há a possibilidade de oposição de eventuais recursos. Posteriormente, retorna o agravo ao relator, que o levará a julgamento pelo colegiado. No entanto, ao admitir-se o uso da apelação, esta se processa no primeiro grau de jurisdição. É interposta na origem, sendo os autos remetidos à corte com a resposta da parte adversa e a manifestação ministerial, se houver, já pronta para julgamento.

Indiscutivelmente, também sob essa ótica se avizinha mais lógico e coerente admitir a apelação, pois livra o segundo grau do encargo de processar o agravo. Por todos esses fundamentos, é indispensável que se passe a sustentar nessas hipóteses o cabimento do recurso de apelação, sem que haja necessidade de se aguardar nova reforma legislativa.

Mesmo diante dessas obviedades, insiste a doutrina e se sujeita a jurisprudência em escutar a classificação pouco precisa da lei, olvidando o caráter instrumental do processo. Exigir duplicidade dos procedimentos é absolutamente desnecessário e inútil. De todo descabido que a manifestação recursal precise ser intentada na instância superior mediante a formação de um instrumento, singela cópia do incidente que está findo e que ficará inerte no juízo de origem.

## **6. A evidência dos exemplos**

A jurisprudência mostra-se vacilante, perante várias situações estampadas no estatuto processual. O exacerbado apego às distinções legais e a falta de atenção à eficácia da manifestação do juiz não têm permitido que se adote um critério mais lógico para a identificação do recurso cabível nos procedimentos incidentais. Também o silêncio do legislador, que, na grande maioria das vezes, não aponta a via recursal adequada, acaba por levar ao uso indistinto dos recursos, fazendo surgir, em situações idênticas, jurisprudência diametralmente antagônica.

Dos incidentes processuais, somente a Lei nº 1.060/50, que regulamenta o benefício da assistência judiciária, indica o recurso cabível. Seu art. 17 aponta o uso da apelação, sem atentar em que a manifestação do juízo nem sempre é objeto de procedimento autônomo, tanto que somente há determinação para que tramite em autos apartados a impugnação ao benefício.<sup>15</sup> No entanto, quando o juiz se manifesta sobre a benesse nos autos principais, cabe questionar se ainda assim a via impugnativa é a apelação. Mesmo havendo expressa referência legal, a jurisprudência vem admitindo o uso do agravo de instrumento

---

<sup>15</sup> Art. 4º § 2º, da Lei 1.060/50.



quando a decisão é proferida nos autos do processo principal.<sup>16</sup> Aliás, outra não poderia ser a orientação, pois de todo descabido apelar quando o juiz concede, denega ou revoga o benefício da gratuidade no curso da própria ação. Não se pode admitir que cesse a tramitação da demanda até que o recurso, referente tão-só ao benefício da gratuidade, seja julgado na instância superior. Mesmo assim, há decisões que não conhecem de um recurso por outro, considerando a troca erro grosseiro.<sup>17</sup>

Face à expressa previsão legal, ninguém se acanha em chamar de sentença a decisão judicial quando se fala em assistência judiciária.<sup>18</sup> Mas, com referência a incidentes outros, ainda que tramitem em procedimentos autônomos, por não haver indicação do recurso cabível, a tendência é nominar a decisão de interlocutória. É indicado o uso do agravo de instrumento, mesmo restando inertes os autos do incidente no primeiro grau, pelo singelo fundamento de a decisão não ter obstaculizado o curso da ação principal. Com esse raciocínio simplista, insistem alguns julgadores em impor o uso do agravo de instrumento.

Com referência às exceções de incompetência, impedimento ou suspeição, limita-se o estatuto processual a afirmar que são processadas em apenso aos autos principais<sup>19</sup> e levam à suspensão do processo<sup>20</sup>. Nada refere sobre a natureza da decisão nem identifica o recurso cabível. Ainda assim, de forma maciça, tanto a doutrina como a jurisprudência entendem adequado o uso do agravo de instrumento contra as decisões que julgam tais incidentes. Pontes de Miranda<sup>21</sup> entende que nas exceções de incompetência e de suspeição a decisão é apelável, já havendo julgados, ainda que em número acanhado, com o mesmo entendimento.<sup>22</sup> Há quem considere aceitável o uso de apelação em vez de agravo,<sup>23</sup> mas há quem veja na troca a ocorrência de erro inescusável.<sup>24</sup> Inclusive há uma decisão não admitindo recurso algum, se não houver alteração tanto na determinação da competência como na fixação do rito do processo, da taxa judiciária ou dos honorários advocatícios.<sup>25</sup>

Com referência à exceção de suspeição se encontra jurisprudência que identifica a decisão judicial como interlocutória, desafiando recurso de agravo,<sup>26</sup> assim como há julgado apontando como cabível a apelação.<sup>27</sup>

---

<sup>16</sup> REsp 7.641-SP, STJ, 4ª Turma, Relator Ministro Athos Gusmão Carneiro, julgado em 1.10.1991; AG 53.559-SP, TFR-2ª Turma, Relator Ministro Costa Lima, julgado em 18.8.1087.

<sup>17</sup> JTJ 162/193.

<sup>18</sup> REsp 15.527-SP, STJ, 1ª Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, julgado em 18.12.1991; Resp 256.281-AM, STJ, 3ª Turma, Relator Ministro Menezes Direito, julgado em 22.5.2001.

<sup>19</sup> Art. 299 do CPC.

<sup>20</sup> Arts. 306 e 265, III, do CPC.

<sup>21</sup> *Comentários ao CPC*, Rio de Janeiro: Forense. 1975, t. VII, p. 281.

<sup>22</sup> RJTJESO 35/134.

<sup>23</sup> REsp 79.025-DF, STJ, 3ª Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 7.5.1996.

<sup>24</sup> RJTJESP 109/270.

<sup>25</sup> RT 658/134.

<sup>26</sup> RJTJSP 109/270.

<sup>27</sup> RT 494/187.

A impugnação ao valor da causa é autuada em apenso e não suspende o processo.<sup>28</sup> A decisão judicial que fixa o valor da causa, para a grande maioria, enseja o uso do agravo de instrumento, já havendo o Superior Tribunal de Justiça considerado erro grosseiro o uso da apelação.<sup>29</sup>

Outro incidente que tem gerado dissídios de toda ordem é o de falsidade de documento. Autoriza a lei sua arguição na contestação ou quando da juntada do documento acoimado de nulo.<sup>30</sup> Somente quando o incidente é suscitado após encerrada a fase instrutória da ação, é ele autuado em apenso.<sup>31</sup> Essa é a única hipótese em que há previsão de tramitação em procedimento autônomo, apensado aos autos principais, que restarão suspensos.<sup>32</sup> Chama o art. 395 de sentença a manifestação do juiz que aprecia o incidente. A seguir-se a ortodoxia da orientação legal, mister reconhecer como equivocada a expressão utilizada, uma vez que a decisão não ultima o processo principal e não poderia ser chamada de sentença. De outro lado, não distingue a lei se a decisão foi proferida nos autos principais ou nos autos do incidente. Como a falsidade pode ser suscitada e apreciada nos autos principais, nominar a manifestação do juiz de sentença daria ensejo ao recurso de apelação, impondo, por consequência, a suspensão do processo, para ser remetido à instância recursal. No entanto, de todo descabido reconhecer a possibilidade de ficar o processo suspenso até o julgamento da apelação referente à questão da veracidade de um documento. Essas imprecisões têm ensejado muitas incertezas e decisões para todos os gostos. Prevalece o entendimento de que, apreciado o pedido no processo principal, o recurso cabível é o de agravo,<sup>33</sup> mas se o incidente foi processado em apenso, o recurso é o de apelação<sup>34</sup>. Porém, há decisões que recebem apelação por agravo e agravo por apelação,<sup>35</sup> e também há quem não receba um recurso por outro.<sup>36</sup>

---

<sup>28</sup> Art. 261 do CPC.

<sup>29</sup> REsp 130.070-SP, STJ, 2ª Turma, Relator Ministro Adhemar Maciel, julgado em 4.8.1997.

<sup>30</sup> Art. 390 do CPC.

<sup>31</sup> Art. 393 do CPC.

<sup>32</sup> Art. 394 do CPC.

<sup>33</sup> REsp 10.318-0-RP STJ, 4ª Turma, Relator Sálvio de Figueiredo, julgado em 7.4.1992; RTJ 95/925, RT 546/258; RJTAMG 40/201.

RT 505/147, 525/144, 564/122, 564/128, 570/150, RJTJESP 97/235, JTA 46/82, 59/51, 64/131, Amagis 6/179, RP 16/273, em. 88.

RT 564/128, 570/150, 762/312, RJTJESP 106/343, JTA 100/337

RJTJESP 92/272.

<sup>34</sup> STJ – 3ª Turma, REsp 41.158 – MG, rel. Min. Menezes Direito, j. 20.8.96, deram provimento parcial, v.u., RT 593/168, 705/157, JTA 87/134, 90/246, 95/349, RJ 188/88, APELACAO CIVEL. INCIDENTE DE FALSIDADE DE DOCUMENTO. RECURSO CABIVEL. TEMPESTIVIDADE. Tomada a forma de incidente, em apartado, deve ser conhecido o recurso de apelação interposto contra a decisão que o extinguiu. (...) Rejeitada a preliminar e apelo não provido. (Apelação Cível nº 70001783745, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Marcelo Cezar Muller, julgado em 12/06/2003)

<sup>35</sup> Bol. AASP 1.288/204, em. 13.

JTA 55/100, JTA 67/30, RJTJESP 107/208, JTA 52/54, RJTAMG 18/212.

<sup>36</sup> RT 593/168, RT 570/150, RJTJESP 96/299, RJTJ ESP 97/235, JTA 96/44, RJTAMG 50/101, JTA 85/417.

Com relação à remoção de inventariante, limita-se a lei a determinar que o incidente corra em apenso aos autos principais,<sup>37</sup> nada referindo sobre o recurso cabível.

Antonio Carlos Mathias Coltro assim se manifesta:

*Segundo o art. 996, parágrafo único, do CPC, requerida a remoção do inventariante, será o incidente atuado em apenso aos autos do inquérito e, aqui, o ponto de regra utilizado para defender-se o cabimento da apelação contra a decisão (sentido amplo) que o julga. Sim, uma vez que correndo em apartado o pedido respectivo, conclui uma corrente por extinguir-se com tal pronunciamento o processo relativo ao mesmo, incidindo, pois, o art. 162, § 1º, sendo portanto, sentença aquele pronunciamento judicial. Contrapondo-se a tal entendimento, orientam-se outros em constituir-se tipicamente interlocutória a decisão relativa à remoção de inventariante, sendo contra o mesmo adequado o agravo de instrumento, tendo já o Supremo Tribunal Federal decidido ser razoável o entendimento de que a remoção de inventariante constitui incidente do processo de inventário e, de conseguinte, decisão interlocutória suscetível de agravo de instrumento.<sup>38</sup>*

O eminente magistrado considera que o pronunciamento do juiz que decide o pedido de remoção de inventariante é decisão interlocutória, suscetível de agravo de instrumento, invocando a determinação do art. 998 do CPC. A justificativa, ainda que engenhosa, não justifica sua posição. A determinação de o inventariante removido entregar o acervo hereditário a quem lhe substituiu não é motivo suficiente para sustentar o cabimento do recurso de agravo. O que buscou o legislador foi emprestar eficácia imediata à remoção levada a efeito, sem necessidade de aguardar o trânsito em julgado da decisão. Dita preocupação, porém, não deita reflexos nos efeitos do recurso eventualmente interposto. De qualquer sorte, é amplamente majoritário o entendimento de ser cabível o agravo de instrumento, mas decisões reconhecem que o recurso é de apelação.<sup>39</sup> Modo geral, os tribunais não consideram erro grosseiro o uso da apelação e conhecem do recurso invocando o princípio da fungibilidade.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Art. 996, parágrafo único, do CPC.

<sup>38</sup> COLTRO, Antonio Carlos Mathias. Algumas considerações acerca da decisão que julga o pedido de remoção de inventariante e do recurso contra a mesma cabível. Revista de Processo, nº 28. out/dez, 1982.

<sup>39</sup> RT 604/47, 479/95, 493/82, 518/90, 581/75, 604/47; RJTJSP 35/131, 39/97, 64/112, 106/215; Boletim ASSP 1.027/155; RP 3/344, em. 144.

<sup>40</sup> INVENTÁRIO. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. A decisão que acolhe ou não o pedido de habilitação de crédito desafia agravo de instrumento, mas não constitui erro inescusável a interposição do recurso de apelação, eis que se trata de uma decisão interlocutória mista. (...)

Com referência ao procedimento de habilitação de crédito no inventário, determina a lei sua distribuição por dependência e autuação em apartado. Surpreendentemente, nessa hipótese, inclina-se a jurisprudência em entender que a decisão é apelável,<sup>41</sup> existindo decisões que conhecem do recurso de apelação pelo princípio da fungibilidade.<sup>42</sup> Mas há uma decisão que entende erro grosseiro a interposição de agravo em vez de apelação.<sup>43</sup>

## **7. A fungibilidade**

Essa rápida visão do que acontece em sede jurisprudencial deixa evidenciado que grassa a incerteza na hora de o sucumbente escolher o recurso a ser utilizado. A simples existência de tantas posições díspares e conflitantes demonstra de forma incontestável que não se pode nominar a escolha, qualquer que seja ela, de equivocada ou tachar de erro grosseiro a oposição imprecisa de algum recurso.

Necessário concordar com Arruda Alvim:

*O sistema vigente padece, em muitos pontos, da clareza que foi almejada, com relação à exata tipificação de quais recursos caberiam em determinados casos, e, por isso mesmo, fica impedida a percepção inequívoca do recurso adequado, para que se pretendesse não houver mais espaço à aplicação desse princípio da fungibilidade. Na verdade, muitas hipóteses deixam margem para dúvida objetiva; vale dizer, doutrinadores e magistrados debatem-se, em muitos aspectos, opinando aqueles de uma ou outra forma e decidindo estes, a seu turno e, também, diferentemente, a respeito de uma mesma hipótese.<sup>44</sup>*

---

(Apelação Cível nº 70006280507, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 18/06/2003);

REMOÇÃO DE INVENTARIANTE. RECURSO CABÍVEL. Admissível a aplicação do princípio da fungibilidade, cumprindo ser conhecida a apelação como agravo. PROVERAM PARCIALMENTE. UNÂNIME. (Apelação Cível nº 70007449614, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 19/11/2003);

REsp 69.830-PR, STJ, 3ª Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 8.7.1997; Resp 337.374-BA, Relator Ministro Barros Monteiro, julgado em 7.2.2002; RSTJ 83/193; RJTJSP 94/302.

<sup>41</sup> RJTJSP 43/200.

<sup>42</sup> AP 70006409320, TJRGS, Relator vencido, Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 15.10.2003; AP 70006833479, TJRGS, Relatora Dra. Walda Maria Melo Pierro, julgado em 29.10.2003.

<sup>43</sup> RJTJSP 125/352.

<sup>44</sup> ALVIM, Arruda. Anotações sobre a teoria geral dos recursos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 58.

Assim, é de, no mínimo, se invocar o princípio da fungibilidade, mas com o seu real significado, ou seja, receber um recurso por outro, sem perquirir o atendimento das condições de admissibilidade do recurso que deveria ter sido interposto e não o foi. Há que atentar no preenchimento dos requisitos do recurso de que fez uso o recorrente. *Aliás, como diz Nelson Nery Junior, esta é uma das principais consequências da adoção do princípio da fungibilidade: a troca em toda a sua plenitude, precipuamente no tocante ao prazo.*<sup>45</sup> Se foi oposta apelação quando deveria ter sido feito uso do agravo de instrumento, para saber-se da tempestividade é preciso atentar no prazo do recurso que foi interposto, e não no prazo mais exíguo do agravo. Exigir-se respeito ao prazo do recurso que deveria ter sido interposto não é admitir um recurso por outro, não é aplicar o princípio da fungibilidade, é tão-só alterar a nomeação do recurso.

*A regra da fungibilidade é ditada no interesse da parte, que não deverá ser prejudicada pela interposição errônea de um recurso por outro, quando houver fundada dúvida sobre o cabimento do meio de impugnação. Se o recorrente, convicto de que o recurso correto seria o de apelação, o interpõe no 15º dia, nada justifica retirar-lhe o direito de assim proceder, subtraindo-se-lhe dois terços do prazo, a pretexto de que o recurso correto seria o de agravo. Em havendo os pressupostos para a aferição da dúvida objetiva, ou, da inexistência do erro grosseiro, o prazo se nos afigura absolutamente irrelevante. O recorrente deve, isto sim, observar o prazo do recurso efetivamente interposto, havido por ele como o correto para a espécie.*<sup>46</sup>

Ante a insegurança que a matéria tem gerado, no mínimo deve ser recebido o recurso interposto, seja ele qual for, sendo desarrazoado considerar erro grosseiro o uso indistinto da via recursal. *A constatação de dúvida objetiva torna indiferente o recurso interposto, como alerta Araken de Assis.*<sup>47</sup> Ainda que não tenha sido atendida a diretriz legal, não se pode ver má-fé quando foi respeitado critério lógico e racional que guarda perfeita consonância com o sistema recursal. Mesmo nas hipóteses em que a lei identifica o recurso cabível, não se pode falar em equívoco inescusável e com isso obstaculizar o exercício do direito de recorrer. Basta lembrar a falta de precisão do art. 395 do CPC e do art. 17 da Lei nº 1.060/50.

---

<sup>45</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 190.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> ASSIS, Araken de. *Condições de admissibilidade dos recursos cíveis*. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Jr. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 21.

## **8. Concluindo**

A potencialidade da decisão de pôr fim ao processo ou ao procedimento, e não o fato de ter conteúdo interlocutório ou força extintiva ou terminativa, é que permite identificar o recurso cabível, se agravo de instrumento ou apelação. O motivo que autoriza o uso do agravo é para não obstaculizar o andamento da demanda em que a decisão foi proferida. Por isso, a irresignação se processa em procedimento distinto. Já a apelação, por se voltar contra a manifestação do magistrado que põe termo à demanda em que é proferida, deve ser entranhada nos próprios autos. Com o fim de seu tramitar, prescindível que a irresignação disponha de vida própria, já que a ação não mais terá andamento.

Desse critério, que se reveste de uma lógica evidente, se afastou o legislador em inúmeros casos. Elegeu as modalidades recursais sem qualquer preocupação em distinguir quer a natureza da manifestação do juízo, quer o resultado prático do julgamento, de pôr fim ou não ao processo ou ao procedimento. Ignorou a necessidade de a irresignação tramitar ou não de forma independente.

Como tanto a apelação quanto o agravo eram interpostos no juízo de origem e depois de processados eram remetidos à corte recursal, embaralhamentos levados a efeito, em geral, não tinham maiores consequências. Recebia o juiz um recurso por outro invocando o princípio da fungibilidade. Com a atual estrutura do sistema recursal, ainda que a transformação não seja mais possível com essa singeleza, não se pode deixar de conhecer do recurso, ainda que se considere equivocado o meio impugnativo utilizado. Vicente Grecco Filho,<sup>48</sup> com sua reconhecida autoridade, entende que o recurso mal endereçado deve ser indeferido por inadequado. Mas é impositivo reconhecer a permanência da possibilidade de haver o acerto, mesmo sendo distinta a sede de interposição da apelação e do agravo. O descompasso dos juízos recursais não pode ensejar a inaceitação de um recurso por outro, o que representaria injustificável afastamento do princípio da instrumentalidade, além de um desmesurado formalismo, que não mais se justifica na visão moderna do processo.

Interposta apelação perante o juiz, mesmo que ele reconheça que o recurso deveria ser o de agravo, a ser protocolado diretamente no tribunal, não pode lhe negar seguimento. Deverá devolver a petição ao recorrente para que apresente o recurso no tribunal, fixando-lhe prazo, não excedente a dez dias, para o recorrente completar o instrumento com as peças indispensáveis. Atendido o prazo deferido, o recurso é tempestivo e deverá ser conhecido. Igualmente o relator não fica inibido de proceder do mesmo modo, ou seja, ao receber um agravo de instrumento quando deveria a parte ter apelado, deve remeter a petição para o juízo de origem para que processe o recurso de apelação. Agir de forma diferente é simplesmente obstaculizar o acesso à via recursal. Não sendo

---

<sup>48</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitória*. S. Paulo: Saraiva, 1996, p. 25.

conhecido o recurso, não há como a parte interpor outro, pois fatalmente haverá o obstáculo da tempestividade. No entanto, são inflexíveis certos julgadores.<sup>49</sup> Com tal rigidez não podem conviver os operadores do direito.

A parte não merece ser prejudicada pela falta de especificidade do legislador. A ausência de revisitação das hipóteses recursais depois da reforma do agravo de instrumento delega à jurisprudência o encargo de identificar, conhecer e julgar os recursos, deixando de lado os equívocos legais e atentando na finalidade instrumental do processo e do próprio recurso.

---

<sup>49</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXTINÇÃO DE PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. SENTENÇA TERMINATIVA. CABIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. ERRO GROSSEIRO. O recurso cabível para atacar sentenças, tanto terminativas (que extinguem o processo sem julgamento de mérito), quanto definitivas (que extinguem o processo com julgamento de mérito), é a apelação, segundo a regra do art. 513 do CPC. A interposição do agravo de instrumento implica no não conhecimento do recurso pela ausência do requisito de admissibilidade do cabimento, constituindo erro grosseiro a impedir a aplicação do princípio da fungibilidade. Agravo de Instrumento não conhecido, por decisão do relator. (Agravo de Instrumento nº 70006871586, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, julgado em 07/08/2003)