

**DJALMA ARAÚJO MACIEL**

**ATO DO JUIZ QUE DECIDE QUESTÃO INCIDENTE  
NO CURSO DO PROCESSO COM FUNDAMENTO NAS  
HIPÓTESES DO ARTIGO 267 DO CPC É  
CONSIDERADO DECISÃO INTERLOCUTÓRIA OU  
SENTENÇA E DEVE SER ATACADO VIA AGRAVO  
OU APELAÇÃO?**

**ESCOLA PAULISTA DE DIREITO SOCIAL  
SÃO PAULO – SP  
2009**

**DJALMA ARAÚJO MACIEL**

**ATO DO JUIZ QUE DECIDE QUESTÃO INCIDENTE  
NO CURSO DO PROCESSO COM FUNDAMENTO NAS  
HIPÓTESES DO ARTIGO 267 DO CPC É  
CONSIDERADO DECISÃO INTERLOCUTÓRIA OU  
SENTENÇA E DEVE SER ATACADO VIA AGRAVO  
OU APELAÇÃO?**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Escola Paulista de Direito  
Social, como exigência parcial para a  
conclusão do Curso de Pós-Graduação  
Lato Sensu em Processo Civil.

Orientador: Professor Gilberto Gomes  
Bruschi

**ESCOLA PAULISTA DE DIREITO SOCIAL  
SÃO PAULO – SP  
2009**

## RESUMO

Com a modificação do “conceito” de sentença, pelo legislador, quando da alteração do § 1.º, artigo 162 do CPC, pela Lei 11.232/05, surgiram alguns problemas quanto ao recurso a ser interposto contra decisão interlocutória que tem efeito de sentença, se é Apelação ou Agravo. Isto tudo porque o conceito de sentença agora é quando o ato decisório do juiz contém uma das hipóteses dos artigos 267 e 269 do CPC. Observa-se inúmeras vezes uma decisão interlocutória fundada no art. 267, quando resolve excluir de um dos pólos do processo um litisconsórcio. Assim, o objetivo desta pesquisa será demonstrar a natureza jurídica da decisão que, fundamentada no art. 267 do CPC, exclui litisconsórcio do processo, para, conseqüentemente ter o conhecimento de qual recurso a ser interposto. Explicando a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição, mesmo não estando mais explícito na nossa legislação vigente e qual não tem o cunho de ser ilimitado. Este trabalho de pesquisa será realizado com base em legislação apropriada, interpretação de doutrina (de autores que tratam do tema com propriedade), jurisprudências e Leis Comentadas/interpretadas. Analisando diversos julgados, recentes e antigos, para se ter a idéia de qual entendimento a ser adotado para resolver tal celeuma de acordo com os diversos tribunais deste país. Levando em consideração que, para uma melhor solução da questão instaurada, o magistrado deve ter sua atenção voltada para a instrumentalidade do processo e sua efetividade, aceitando, se for o caso, um recurso por outro, com a aplicação do princípio da fungibilidade.

Palavras-chave: Processo Civil. Teoria Geral do Processo. Atos do Juiz. Decisão Interlocutória com fundamento no art. 267 do CPC. Lei 11.232/05. Alteração do conceito de sentença. Cabimento de Agravo ou Apelação. Princípio da fungibilidade.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	06
<b>1 ATOS PROCESSUAIS</b> .....	08
Conceito .....	08
<b>2 ATOS DO JUIZ</b> .....	10
2.1 Despachos .....	10
2.2 Decisão Interlocutória.....	14
2.3 Sentença .....	15
<b>3 RECURSOS</b> .....	16
3.1 Conceito .....	16
3.2 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.....	16
3.3 Contra Decisão interlocutória – Agravo (art. 522 do CPC).....	20
3.4 Contra Sentença – Apelação (art. 513 do CPC).....	21
<b>4 BREVE EXPLANAÇÃO SOBRE A LEI N. 11.232/05</b> .....	25
4.1 Propósito da Lei n. 11.232/05 quando da alteração do artigo 162 do CPC.....	25

<b>5 PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE, UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA O CASO e JURISPRUDÊNCIAS.....</b>	<b>28</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>46</b>

## INTRODUÇÃO

Esta pesquisa acadêmica visa assuntar sobre o efeito que a promulgação da Lei 11.232/05 trouxe ao alterar, dentre outros, o conceito de sentença contido em nosso ordenamento jurídico, mais precisamente no artigo 162 do Código de Processo Civil.

O conceito de sentença atual é no sentido de que este ato judicial deve ser embasado nos artigos 267 ou 269 da norma processual civil vigente.

Com esta alteração, muitos questionamentos são levantados a respeito da diferenciação de sentença e decisão interlocutória, quando esta última é feita com fulcro no art. 267 do CPC.

Desta maneira, qual seria o recurso a ser interposto contra ato judicial que, no transcorrer do processo, é dado com fundamento no art. 267 do CPC e não põe termo ao feito?

Encontra-se aqui uma nova terminologia dos atos judiciais, tida como decisão interlocutória “mista”? Ou uma decisão interlocutória com efeito de sentença?

Não se tem a presunção de se esgotar todas as questões existentes no âmbito desta celeuma, mas sim, entender o que teria pensado o legislador quando da alteração feita e qual o caminho que seria mais adequado a tomar quando da interposição de um recurso.

Este trabalho será realizado com base em legislação apropriada, interpretação de doutrina (de autores qualificados e que tratam do tema com propriedade), julgados recentes e antigos e Leis interpretadas.

Identificando os atos processuais, principalmente do Juiz (despacho, decisão interlocutória e sentença); a natureza do ato judicial que exclui litisconsorte no curso do processo; explanar sobre a Lei 11.232/05, no que tange a alteração do conceito de sentença; e demonstrar qual o recurso mais adequado a ser interposto contra decisão fundada/embasada

no artigo 267 do Código de Processo Civil, quando não por termo ao processo.

# 1 ATOS PROCESSUAIS

## 1.1 Conceito

Para um bom andamento do processo, este necessita que seja, a maioria das vezes, impulsionado, e isto se dá através dos atos processuais. Estes são praticados pelos sujeitos do processo e expressam a manifestação de suas vontades.

Os atos processuais têm por finalidade criar, modificar, conservar ou extinguir algo no processo. Segundo Ada Pellegrini Grinover:

Os atos processuais são praticados pelos diversos sujeitos do processo e têm diferentes significados e efeitos no desenvolvimento da relação jurídica processual; além disso, quanto ao modo mediante o qual são realizados diferenciam-se também, havendo os que se exaurem numa só atividade e os que se apresentam como a soma de atividades múltiplas. Por isso, classificam-se das seguintes maneiras: a) atos dos órgãos judiciários (juiz e auxiliares) e atos das partes; b) atos simples e atos complexos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 358).



## **2 ATOS DO JUIZ**

No transcorrer do processo o juiz pratica diversos atos/pronunciamentos até a promulgação da solução da lide. Entretanto, nem todo ato judicial tem conteúdo decisório que enseja um prejuízo a uma das partes. No caso deste ato causar algum prejuízo, este pode ser “atacado” mediante recurso correspondente.

Segundo consta no artigo 162 do Código de Processo Civil, “Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos”. No corpo deste mesmo artigo está o conceito de cada um destes atos judiciais. Importante ressaltar que, o preceito legal supracitado não é exaustivo, tendo em vista que há outros atos processuais que são praticados pelo juiz e não constam em seu contexto (prestar informações em Mandado de Segurança; inspeção judicial; assinar ofícios; cartas precatórias; etc).

Esta classificação, dos atos processuais emanados pelo juiz, tem, como uma das finalidades, a demonstração da recorribilidade destes atos e a eleição do recurso cabível. Neste andar, vemos que está condicionada a interposição dos recursos à um ato processual do juiz.

Com o advento da Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, houve uma mudança no conceito de sentença, acarretando assim, diversas discussões acerca deste tema. Veremos adiante.

### **2.1 DESPACHOS**

O parágrafo 3.º do artigo 162 do CPC prescreve: “São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não

estabelece outra forma.”

Não se pode entender, da simples leitura do art. 162 do CPC, que os despachos são todos os atos do juiz que não sejam sentença e decisão interlocutória, mas sim que são provimentos que estão a disposição do juiz para dar impulso ao processo e por esta razão diferenciam-se dos demais.

Assim conceituou Moacyr Amaral Santos :

Despachos de expediente, também conhecidos por despachos ordinatórios, são os que simplesmente visam ao movimento do processo. Assim, os despachos que mandam intimar perito ou testemunhas, que designam o dia da audiência etc.(SANTOS, 1999, p. 285).

Também chamados de “mero expediente”, os despachos não alteram o resultado ou, não atingem o mérito da causa propriamente dito, tendo em vista não ter cunho decisório, não ocasionando prejuízo a nenhuma das partes, motivo pelo qual não ser recorrível (art. 504 do CPC).

Com o condão de impulsionar os autos e não tendo cunho decisório, o despacho judicial não tem a necessidade de ser fundamentado, fato este que é de previsão legal para a sentença e as decisões interlocutórias.

Para exemplificar melhor o significado do ato “despacho judicial”, temos no art. 398 do CPC que, o juiz ordenará a intimação da parte para se manifestar acerca de documentos apresentados pela outra parte.

## **2.2 DECISÃO INTERLOCUTÓRIA**

De acordo com o § 2º do art. 162, do Código de Processo Civil, “decisão interlocutória é

o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”, assim, é o ato pelo qual o juiz, no decorrer do processo, decide assunto relevante que represente em parte a solução da lide.

É um ato judicial com caráter decisório no transcorrer do processo diferenciado da sentença.

Importante informar que este conceito não foi alterado pela Lei 11.232/05.

No que tange à decisão interlocutória, é necessário saber o significado de “questão incidente”.

Questão incidente é a que surge no curso do processo, e precisa ser decidida para que o desenrolar da lide prossiga de maneira justa e eficaz até sua composição final.

E neste caminhar, conceitua decisão interlocutória Nelson Nery Junior:

Toda e qualquer decisão do juiz proferida no curso do processo, *sem extingui-lo*, ou sem extinguir a fase processual de conhecimento ou de liquidação, seja ou não sobre o mérito da causa, é *interlocutória*, sendo impugnável pelo recurso de agravo ( NERY JÚNIOR, 2007, p. 431-432).

## 2.3 SENTENÇA

Antes da promulgação da Lei 11.232/05, o conceito de sentença no § 1º, do art. 162 do Código de Processo Civil era: “Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”.

Nelson Nery Junior, em seu Código de Processo Civil Comentado, conceitua sentença antes da entrada em vigor da Lei 11.232/05:

É o ato do juiz que, no primeiro grau de jurisdição, extingue o processo com ou sem julgamento do mérito (CPC 267 e 269). No primeiro grau, pois, se

houver apelação, o processo continua no segundo grau de jurisdição. O CPC levou em conta a *finalidade* do ato para classificá-lo e não seu conteúdo: se o objeto do ato for extinguir o processo, trata-se de sentença. (NERY JÚNIOR, 2007, p. 427)

Assim, o legislador usou o critério finalístico para conceituar sentença, pois ela tinha que por fim ao processo, ou seja, último ato processual praticado pelo juiz em primeira instância.

Após a entrada no ordenamento jurídico da Lei 11.232/05, o conceito de sentença restou alterado para: “Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

Também conceituado pelo professor Nelson Nery Junior como sendo:

A lei não mais define sentença apenas pela finalidade, como previsto no ex-CPC 162 § 1.º, isto é, como ato que extingue o processo, mas sim pelo critério misto do *conteúdo e finalidade*. De acordo com a nova redação do CPC 162 § 1.º, chega-se a essa definição: *Sentença é o pronunciamento do juiz que contém uma das matérias do CPC 267 ou 269 e que, ao mesmo tempo, extingue o processo ou a fase de conhecimento no primeiro grau de jurisdição.* (NERY JÚNIOR, 2007, p. 428)

Desta maneira, com tal alteração, o legislador se utilizou de mais um critério para identificar a sentença no processo, qual seja, o conteúdo. O que importa agora, para se saber se é uma sentença ou não, é se, no corpo/contexto do ato judicial, o art. 267 ou o art. 269 do CPC é mencionado como causa de resolução da causa, isto de uma leitura pura e simples da letra da lei.

Observa-se, portanto, que se desvinculou o conceito de sentença do ato judicial que necessariamente, somente, colocava termo ao processo.

O conceito anterior, constante do CPC de 1973, sempre foi alvo de muitas críticas pelo estudiosos e doutrinadores do direito. Pois, no entender de muitos, quando interposto um recurso contra a sentença (apelação), o processo prosseguia e, por conseguinte, não se extinguia. E no caso de não ter sido interposto recurso, o processo não se encerra

imediatamente após a sentença, e sim com o chamado trânsito em julgado do ato decisório judicial.

Usado o critério do conteúdo, com a chegada da Lei 11.232/05, para se conceituar sentença, as críticas voltaram a aparecer e dúvidas ainda pairam no ar normativo-jurídico do Brasil. E este será o cerne desta monografia, pelo menos no que tange ao tema a que está proposta.

Antes de entrarmos propriamente no assunto a ser pesquisado nesta monografia, importante identificarmos alguns pontos como: i) sentença com base no art. 267 (também denominada *terminativa*) ou no art. 269 (denominada *definitiva*), ambos do CPC; e ii) os recursos cabíveis contra decisão interlocutória e sentença

### **2.3.1 Sentença terminativa – art. 267 do CPC**

É a sentença que encerra o processo sem a pretensão ter sido solucionada, sem se ter uma resolução de mérito. É a que decide questão controvertida, de natureza processual. Exemplo seria a extinção do feito por não ter o autor legitimidade *ad causam* (CPC, art. 267, VI).

Assim define Antonio Carlos Marcato, na coordenação do Código de Processo Civil Interpretado, “Sentença terminativas são as que, em razão de algum óbice pertinente aos pressupostos processuais ou às condições da ação, não alcançam o mérito da causa.”(MARCATO, 2008, p. 450)

Portanto, sentença terminativa somente “termina” o processo na sua instância sem atribuir-lhe uma resolução à lide. Este é modo tido como resolução “anormal” para a causa, pois toda pretensão que é proposta, movendo a máquina do Judiciário, busca uma solução

para o conflito de interesses previamente instaurada.

### **2.3.2 Sentença definitiva – art. 269 do CPC**

É a sentença que encerra o processo dando ao feito uma resolução. Ela visa dizer o direito no tocante ao mérito.

No dizer de Moacyr Amaral Santos (1999, p. 286), “são as que decidem do mérito da ação, isto é, decidem do pedido, da pretensão deduzida pelo autor, acolhendo-a ou rejeitando-a”.

Todo processo, para sua existência, tem um pedido formulado por uma das partes, este pedido está diretamente ligado à lide trazida ao judiciário.

Quando o juiz aplica o direito ao fato concreto e julga o processo dando ou negando o que fora pedido, tem-se um julgamento com sentença definitiva.

Portanto, sentença definitiva não só “termina” o processo como também “define” a lide, ou seja, resolve o conflito anteriormente instaurado e ajuizado perante o Poder Judiciário.

## **3 RECURSOS**

### **3.1 Conceito**

Preleciona José Carlos Barbosa Moreira: “No direito processual brasileiro, o recurso é o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna“ (MOREIRA, 2006, p. 231)

A agir da justiça, por intermédio do juiz, está sob a luz do princípio da imparcialidade, dentre outros. Devendo o magistrado agir com total imparcialidade na relação jurídica processual e entregar ao jurisdicionado um julgamento probo e ileso.

Entretanto, erros e injustiças, por motivos diversos que não vem ao caso destrinchar, acontecem na feitura dos atos decisórios, pelo caráter vulnerável a que está todo ser humano sujeito. Já dizia o velho ditado: “errar é humano”.

E assim, nada mais coerente e plausível, que a parte inconformada e prejudicada pelo ato decisório, pedir uma reavaliação, um reexame do julgamento a que foi submetida.

E, na apreciação do recurso interposto, há a possibilidade do próprio Poder Judiciário de aprimorar suas atividades, confirmando ou não o ato judicial anteriormente proferido, sempre buscando “dar a Cezar o que é de Cezar”.

### **3.2 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição**

Este é o princípio usado como um meio para que as decisões judiciais sejam submetidas a um novo exame.

O significado deste princípio não diz respeito à pluralidade de formas através da qual é exercida a função jurisdicional, mas sim, a possibilidade de revisão das decisões judiciais.

Pode se ter algumas “desvantagens” a respeito do uso do princípio do duplo grau de jurisdição, além de contribuir para a excessiva dilação do processo, em franca oposição à celeridade processual, representa ainda um desprestígio à primeira instância, eis que o magistrado de primeiro grau atua basicamente na instrução do processo, presidindo a colheita da prova, já que sua decisão final estaria de qualquer sorte sujeita à revisão.

Entretanto, diversas são as razões para a aplicação deste princípio em comento. Podemos citar a máxima “errar é humano”, ou seja, o ser humano é falível, é passível de erro, e assim também o é o Magistrado, mesmo sendo conhecedor profundo do Direito, pode cometer erros na sua aplicação ao fato em concreto e ninguém poderá se opor, caso não haja a possibilidade de se buscar recorrer.

Além disso, o ser humano diante decisões contrárias, decisões que lhe são desfavoráveis, tem por natureza insurgir-se contra, o que levaria a um novo julgamento sobre a mesma questão.

Não se pode negar àquele que se sentiu prejudicado por uma decisão contrária à sua pretensão um novo julgamento sobre a mesma questão. Facultar a todos que litigam a possibilidade de submeter sua causa a dois conhecimentos sucessivos atende ao critério da razoabilidade.

Sem falar que não havendo este duplo grau de jurisdição, poderíamos ter juízes despóticos, pois estes saberiam que sobre as suas decisões não haveria controle algum, indo totalmente contrário ao próprio Estado Democrático de Direito ao qual estamos submetidos.

Este princípio é tirado de nossa Lei Maior em seu artigo 5.º, LV que dispõe: “aos

litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes”.

Retiro trecho do livro de Luiz Orione Neto ao conceituar a expressão “duplo grau de jurisdição”:

Consiste em estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão de jurisdição, normalmente d hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição de recurso. Não é necessário que o segundo julgamento seja conferido a órgão diverso ou de categoria hierárquica superior à daquele que realizou o primeiro exame (ORIONE NETO, 2007, p. 149).

Tem-se, portanto que, em regra geral, a função do princípio do duplo grau de jurisdição consiste em submeter a causa a um segundo exame que, embora não ofereça maiores garantias de acerto do que o primeiro, ao menos, pelo critério da substitutividade, atende ao inconformismo inerente ao ser humano. Com a interposição do recurso, portanto, busca-se a impugnação da decisão judicial, visando obter do órgão *ad quem* a formulação de regra jurídica concreta diversa daquela criada pelo órgão situado no mesmo grau hierárquico, como é o caso dos embargos de declaração.

Importante ressaltar que a Constituição Federal atual não garante o duplo grau de jurisdição ilimitadamente, como o fez a Constituição de 1824, regra que não foi seguida pelas demais Cartas Magnas.

No andar de nossa Lei Maior em vigor, temos previsão para o princípio do duplo grau de jurisdição, quando se estabelece que os tribunais do País terão competência para julgar causas originariamente e em grau de recurso.

A Constituição Federal de 1988 limita o âmbito de abrangência desse princípio, como por exemplo ao enumerar casos em que cabe o recurso ordinário ou especial, ao dizer que as decisões do Tribunal Superior Eleitoral são irrecorríveis, salvo quando contrariarem a própria

CF – art. 121, § 3.º, entre outros exemplos.

Conclui-se assim que, muito embora o princípio do duplo grau de jurisdição esteja previsto na CF, não tem incidência ilimitada, como ocorria no sistema constitucional da época do Império. Ou seja, se está previsto na Carta Maior, lei ordinária não pode suprimir recursos pura e simplesmente.

Entretanto, poderá o legislador ordinário estabelecer algumas restrições legais ao cabimento de recursos, sem que tais normas possam ser taxadas de inconstitucionais. Assim, como exemplo de limitação advinda da lei temos o art. 34, *caput*, da Lei de Execução Fiscal, que não a interposição do recurso de apelação quando o valor da causa for inferior a 50 ORTNs e também a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais que menciona o cabimento de recurso contra sentença de seu juiz para o próprio Juizado, na chamada Turma Recursal com composição diversa, três juízes de primeiro grau, sem mencionar em apelação para o segundo grau de jurisdição.

Quando se tratar de processos de competência originárias dos tribunais estaduais e regionais federais, não há abolição ao princípio do duplo grau, uma vez que se está assegurado por lei que, o vencido poderá interpor recurso para os tribunais superiores. Desta maneira, contra decisão de mérito que denega mandado de segurança impetrado originariamente perante o Tribunal de Justiça, cabe recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça. No caso desta decisão for concessiva, caberá recurso especial ao STJ ou, ainda, recurso extraordinário ao STF.

Em se tratando de processo originário do STF, não caberá recurso pela óbvia razão de que o esta Corte Maior é o tribunal máximo do País. Mas tal processo será julgado por um órgão colegiado que garantirá maior segurança ao julgamento.

Por fim, salienta-se que, adotado pelo nosso ordenamento jurídico, o princípio do duplo

grau de jurisdição torna-se de ordem pública.

### **3.3 Contra Decisão interlocutória – Agravo (art. 522 do CPC)**

A parte que sentir-se prejudicada pelo proferimento de uma decisão interlocutória, poderá interpor o recurso chamado de Agravo, conforme prescreve o art. 522 do CPC:

das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. (NERY JUNIOR; NERY, 2007, P. 874)

A redação do artigo 522 do CPC foi dada pela Lei 11.187 de 19 de outubro de 2005. Anteriormente, o *caput* deste artigo prescrevia: “Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, retido nos autos ou por instrumento”.

Numa comparação entre os dois conceitos, verifica-se que a redação anterior facultava ao recorrente a escolha do tipo de agravo que irá interpor, se retido nos próprios autos ou por instrumento.

Da análise da alteração realizada pela Lei 11.187/05 temos que, o agravo retido é regra geral e o agravo de instrumento é a exceção. O Agravo retido não obstaculiza o andamento do processo e o recorrente deixa expressa a sua intenção e que se encontra irredutível com a decisão interlocutória proferida.

Este modo de agravo só será levado a julgamento quando houver, por parte do agravante, a interposição do recurso de apelação contra sentença, onde ele será julgado.

Quando da interposição da apelação, o recorrente deverá externar seu interesse no julgamento do agravo retido em preliminar, e para este pedido ser aceito e ser levado a

juízo a apelação deve ser conhecida.

Já o agravo de instrumento, tido como exceção pela nova redação do *caput* do art. 522 do CPC, deve ser interpretado restritivamente, não admitindo interpretação extensiva, ou seja, somente no que está descrito no artigo acima.

E na sua interposição, como o próprio nome já menciona, deve ser formado um novo instrumento, com as cópias necessárias para se encaminhar ao Tribunal. Isto tudo porque os autos principais, onde foi emanada a decisão interlocutória, não pode “subir” com o recurso, pois o juiz não colocou termo ao processo até o momento.

Salientando que, o agravo retido não necessita de recolhimento de custas, fato este que no por instrumento já acontece, e a falta de preparo acarreta em deserção e o recurso não é conhecido pelo tribunal.

### **3.4 Contra Sentença – Apelação (art. 513 do CPC)**

No mesmo sentir, a parte que se achar prejudicada pela prolação de uma sentença, conceito já exposto, poderá recorrer usando o recurso apresentado pelo artigo 513 do CPC, “da sentença caberá apelação”.

O recurso típico que deve ser interposto contra sentença proferida no processo de conhecimento, de execução, cautelar e de procedimentos especiais é a apelação.

Segundo o professor Nelson Nery Junior:

A apelação é o recurso por excelência, de cognição ampla, que possibilita pedir-se ao tribunal ad quem que corrija os *errores in iudicando* e também os *errores in procedendo* eventualmente existentes na sentença. Esta ampla cognição permite que se impugne a ilegalidade ou a injustiça da sentença, bem como propicia o reexame de toda a prova produzida no processo. (NERY JÚNIOR, 2007, p. 850-851)

A apelação é conhecida como o recurso ordinário cabível de sentença terminativa (art. 267, CPC) ou sentença de mérito (art. 269, CPC), sendo qualquer a sua natureza jurídica, dando ao tribunal superior amplitude para possível correção.

Importante ressaltar que, a sentença é ato jurídico processual do magistrado de primeira instância num ato exclusivamente monocrático, não havendo assim, sentença em outro grau de jurisdição.

Esta distinção é de suma importância pois, o recurso de apelação parte do pressuposto da existência de uma sentença em primeiro grau e encaminha todo o feito já processado para uma segunda instância para análise e julgamento.

Levando a matéria a ser julgada pelo tribunal superior, através da apelação, este poderá anular ou reformar a sentença anteriormente proferida.

Anula-se quando o tribunal após o julgamento do recurso, devolve o processo ao juiz singular para que este tenha seu prosseguimento regular, em regra geral, nos casos de extinção do feito sem julgamento do mérito (art. 267, CPC).

Há uma exceção a esta regra acima, que está no artigo 515, § 3.º do CPC, onde o tribunal poderá julgar desde logo a lide quando esta versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento, sem necessidade de produção de qualquer prova.

Para exemplificar este preceito legal temos: quando é feita toda a instrução, mas o juiz extingue o processo por ilegitimidade de parte, o tribunal, entendendo que as partes são legítimas, pode dar provimento à apelação, afastando a carência e julgando o mérito, pois essa matéria já terá sido amplamente debatida e discutida no processo. Isto não obsta o tribunal

em, ao julgar a apelação, anular a sentença e remeter o autos novamente ao magistrado *a quo* para o devido julgamento do mérito.

Mas esta regra contida no parágrafo citado vislumbra a aplicação, na prática, dos princípios da celeridade e da economia processual.

E reforma-se quando o tribunal, a partir de uma sentença de mérito, altera a sentença no todo ou em parte, sendo vedada nova apreciação pelo juízo *a quo*.

E exceção a esta regra é a sentença proferida pelo magistrado atuante no Juizado Especial, onde o recurso cabível para atacá-la é o inominado, e este por sua vez é analisado por uma turma recursal, e não num tribunal superior.

A apelação será interposta perante o juízo *a quo* o qual fará um juízo de admissibilidade do recurso.

Após admitida, o juiz irá intimar a parte contrária para apresentar suas contra-razões de apelação e após remeter ao tribunal competente, onde será distribuída para ser julgada.

Assim explica Antonio Carlos Marcato:

O recurso de apelação devolve ao tribunal toda a matéria efetivamente impugnada (mérito do recurso, que limita o conhecimento do órgão *ad quem*). Importando, em ampla cognição, o reexame de matéria de fato e de direito.

Vale lembrar que o recurso pode ser total ou parcial (art. 505).

Conforme afirmado anteriormente, à luz do princípio dispositivo, não pode o órgão *ad quem* reformar a sentença para piorar a situação do recorrente (proibição da *reformatio in pejus*), tampouco para melhorá-la além ou fora do que foi pedido (proibição da *reformatio in melius*). (MARCATO, 2008, p.1761)

Prescreve o art. 520 do CPC que o recurso de apelação será recebido em seus regulares efeitos, ou seja, no devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, excepcionalmente, recebido apenas no efeito devolutivo.

Salienta-se ainda que, segundo o art. 518, em seu parágrafo 1.º, do CPC, “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

Sem a pretensão de esgotar mais este assunto, passemos para uma análise do propósito da Lei 11.232/05.

## 4 BREVE EXPLANAÇÃO SOBRE A LEI N. 11.232/05

### 4.1 Lei n.º 11.232/05 e a alteração do artigo 162 do CPC.

Verifica-se que, embora a preocupação do legislador tenha sido com o regime da execução, quando da edição da Lei n.º 11.232/2005, esta também modificou o conceito de sentença, retirando o seu caráter de “finalidade” e substituindo a expressão “julgamento” por “resolução”. Assim, a sentença não mais se caracteriza somente pelo aspecto de “pôr fim ao processo”.

Importante indicar o pensamento do Nobre professor Nelson Nery Júnior quanto a esta alteração da expressão *julgamento* para *resolução*:

A redação do *caput*, dada pela Lei 11.232/05, padece de falta de técnica jurídica, pois utiliza a expressão *resolução*, que em direito tem significado absolutamente diverso daquele que se extrai da norma comentada. Resolver em direito significa extinguir é verbo específico e técnico para uma situação bem definida. O texto anterior – *julgamento* de mérito – era melhor, porque unívoco: julgar ou não julgar o mérito tem significado singular no direito processual civil, vale dizer, decidir ou não decidir a lide, a pretensão. A modificação padece da melhor técnica e mostrava-se desnecessária.(NERY JÚNIOR, 2007, p. 502)

Até mesmo antes da reforma no ordenamento pátrio, com a Lei citada, o conceito de sentença era bastante criticado por parte da doutrina que entendia ali existir um vício de linguagem – tautologia, que não refletia o que seria sentença.

Com isto, o legislador demonstrou que as hipóteses contidas no art. 269 não cuidavam somente de julgamento, mas de resolução do mérito, que é gênero do qual o julgamento é espécie, por abranger também as situações de composição (renúncia, reconhecimento e transação) e de acolhimento da prescrição e da decadência.

Na visão e entendimento de uma parte dos doutrinadores a definição de sentença se dará

pelo seu conteúdo, que está expresso nas novas redações dos arts. 267 e 269, do CPC. De outro lado, outros entendem que este “novo” conceito deve ser interpretado da conjugação dos arts. 162, § 1º, 267 e 269, do mesmo Código Processual, razão pela qual seria marcada pelo conteúdo e pela irrevogabilidade.

Assim nos ensina, novamente, o professor Nelson Nery Junior:

Como, para classificar o pronunciamento judicial, o CPC não levou em conta apenas seu conteúdo, mas também sua finalidade, se o ato contiver matéria do CPC 267 ou 269, mas não extinguiu o processo, que continua, não pode ser sentença, mas sim decisão interlocutória. Pode haver, por exemplo, decisão interlocutória de mérito, se o juiz indefere parcialmente a inicial, pronunciando a decadência de um dos pedidos cumulados, e determina a citação quando ao outro pedido: o processo não se extinguiu, pois continua relativamente ao pedido deferido, nada obstante tenha sido proferida decisão de mérito ao se reconhecer a decadência (CPC 269 IV). Admitindo decisão interlocutória com conteúdo de sentença.(NERY JÚNIOR, 2007, p. 432)

Ocorre que, apesar de ser um preceito mais técnico, há pronunciamentos judiciais que, embora proferidos no curso do processo, tem por conteúdo um dos incisos dos artigos 267 e 269 do CPC. São exemplos disso a decisão que afasta um dos litisconsortes do processo, ou que indefere liminarmente a reconvenção ou ação declaratória incidental, ou ainda, a decisão que acolhe a prescrição com relação a um dos litisconsorte ativo. Todas essas decisões têm conteúdo de sentença, no entanto, conceituá-las dessa forma pode trazer um inconveniente insuperável.

## **5 PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE E UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA O CASO**

No que tange ao propósito da presente pesquisa científica, vamos analisar a aplicação da alteração exposta anteriormente no caso em concreto quando da exclusão de uma das partes que compõem o pólo passivo de uma ação.

A exclusão do litisconsorte passivo da ação é considerada um incidente no pleito principal. E assim deve ser tratado quando da insurgência de um recurso contra tal ato judicial. Quando da análise do citado ato e como deve o dito prejudicado recorrer, o que se deve levar em consideração é a lide como um todo uno e não a parte isolada.

Olha-se para o processo como sendo tudo que nele está contido e não fragmentado, pois desta forma estaríamos dando mais valor aos “pedaços isolados” do que a real existência do feito.

Quando da exclusão mencionada, verifica-se que, ao olharmos para a parte que foi excluída, separadamente do processo, temos que o feito chegou ao fim e, assim, este ato seria considerado como sentença.

Entretanto, a visão para o ato do juiz que exclui uma das diversas partes de um pólo do processo é tida como uma decisão no transcorrer dos autos, e não um ato que põe termo à lide, pois assim, estamos analisando o processo como um todo em si.

Desta forma, a decisão supracitada deve ser atacada por meio de agravo de instrumento ou retido, pois o processo deve continuar com seu procedimento normal na instância de origem.

A interposição de uma apelação atravancaria todo o procedimento que deveria seguir seu rito.

No caso de uma possível necessidade de ser suspenso o processo principal, forma-se um instrumento para o agravo e este “sobe” ao tribunal competente com pedido de efeito suspensivo, que será devidamente analisado, e sendo o caso, o processo original ficará suspenso até o julgamento do agravo, caso contrário, o relator remeterá o agravo para que fique na forma retida nos autos principais (regra geral do agravo).

É uma solução que visa a praticidade e a celeridade processual. Assim, por mais que o ato judicial que exclua da lide um litisconsorte passivo, seja embasada no art. 267, levando ao entendimento que seria uma sentença, este seria atacado por agravo, por decidir uma questão incidente.

As distinções e as modalidades dos recursos têm uma razão de existir e devem ser respeitadas. Se o magistrado põe fim ao processo, o recurso deve ser interposto no próprio corpo dos autos, no caso, apelação. Se o ato judicial não finaliza sua jurisdição quanto à análise do mérito, e sim decide incidente, cabe agravo de instrumento ou retido.

Nestes casos, o que se leva em conta são os princípios de celeridade e economia processual, pois se um ato esgota a jurisdição de primeiro grau, o processo não precisa permanecer na origem, quando interposto recurso, podendo todo o feito “subir” ao tribunal *ad quem*. Se tal provimento não ultima sua jurisdição em primeiro grau, por mais que baseado no art. 267, levar todo este feito à segunda instância por meio de uma apelação não facilitaria o julgamento do pedido que fundou tal ação, pelo contrário, com isto levar-se-ia muito mais tempo em resolver o conflito de interesses anteriormente estabelecido, que é o foco principal da aplicação do judiciário.

Não se pode esquecer que o art. 267 não sofreu alteração em seu corpo textual, mais precisamente na expressão “extingue-se o processo” sem resolução do mérito. Mostra-se assim, que manteve-se o conceito de sentença pelo efeito que produz, qual seja, de ultimar o

processo, pelo menos em razão às hipóteses do art. 267.

Observa-se que o que define o pronunciamento judicial nesse caso, não é conteúdo trazido pelo *decisum*, mas tão somente o fim a que almeja. Tornando letra morta o conceito de sentença tão propalado como tecnicamente mais plausível.

Como anteriormente dito, há quem entenda que tal provimento jurisdicional deve ser atacado mediante apelação, tendo em vista única e exclusivamente o caráter topológico do ato, já que o Código Processual definiu sentença como sendo o ato que implica uma das situações previstas nos artigos 267 e 269 deste diploma.

Cito neste momento o entendimento do professor Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior,

Veja-se a situação da decisão que: (...) (c) é proferida no saneamento do processo (ou mesmo liminarmente) extinguindo o feito em relação a um dos litisconsortes, seja porque reconhece a ilegitimidade de parte de um dos coautores (litisconsórcio ativo) ou a ilegitimidade de um dos corréus (litisconsórcio passivo), hipótese em que, em resumo, a lide estará finda para uns e continuará com relação a outros.

Cabível a indagação: as manifestações judiciais anteriormente descritas são decisões interlocutórias ou sentenças?

Na sistemática prevista no Código de Processo Civil, anteriormente à edição da Lei 11.232/2005, todos os atos supra até poderiam, com alguma discussão, é verdade, ser vistos como decisões interlocutórias, pois faltavam-lhes elemento essencial para a caracterização da sentença, qual seja, o fato de colocar fim ao processo.

Daí a principal razão da jurisprudência majoritária ter se posicionado no sentido de que diante de tais pronunciamentos cabível seria o recurso de agravo de instrumento. (...) (WAGNER JÚNIOR, 2007, p. 194/195)

A nosso ver, no entanto, a partir da Lei 11.232/2005, referidas manifestações judiciais, bem como algumas outras que igualmente geravam discussão doutrinária e jurisprudencial, deverão ser, na prática, analisadas caso a caso, para se saber se estas passam a se enquadrar no novo conceito de sentença .

A aplicação simples e pura da letra da lei poderá acarretar inúmeros problemas para a

justiça e o jurisdicionado. Por isto, a idéia de se analisar caso a caso, quando se deparar com ato que possa ensejar polêmica e discordância na interpretação e aplicação da legislação.

Como outra saída para a celeuma que se instaura é o uso do princípio da fungibilidade.

A aplicação deste princípio seria uma alternativa diante das dificuldades de interpretação que existem no dia-a-dia quanto à classificação de determinado ato como sentença ou decisão interlocutória.

Esta dificuldade é uma hipótese de *dúvida objetiva*, que segundo Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol, “configura-se a dúvida objetiva em razão da existência de divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do cabimento de um ou de outro recurso, não bastando a existência de simples dúvida subjetiva, íntima, do recorrente”(MIRANDA; PIZZOL, 2006, p. 13).

Assim, diante de grandes indagações e diversas opiniões diferentes, mais precisamente, opostas sobre o mesmo ponto, estamos diante de uma dúvida objetiva.

O brilhante Nelson Nery Jr ao tratar desta questão de dúvida objetiva, afirma que esta pode ser vista de 3 maneiras:

(a) o próprio Código designa uma decisão interlocutória como sentença ou vice-versa, fazendo-o obscura ou impropriamente; (b) a doutrina e/ou a jurisprudência divergem quanto à classificação de determinados atos judiciais e, conseqüentemente, quanto à adequação do respectivo recurso para atacá-los; (c) o juiz profere um pronunciamento em lugar de outro (NERY JÚNIOR, 1993, p. 317).

O Superior Tribunal de Justiça deste país, através de seus julgados, aceita a aplicação do princípio da fungibilidade, vejamos:

a)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. HOMOLOGAÇÃO DE CÁLCULOS. RECURSO CABÍVEL. APELAÇÃO. PRECEDENTES. ART. 475-H

DO CÓDIGO CIVIL. LEI Nº 11.232/05. INAPLICABILIDADE. I- Esta Corte firmou o entendimento de que o recurso cabível contra decisão de homologação de cálculos é, em regra, a apelação, admitindo-se, ainda, a interposição de agravo de instrumento por aplicação do **princípio da fungibilidade**. Precedentes. II- Não se aplica ao caso o art. 475-H do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 11.232/05, vez que não estava em vigor à época da interposição da apelação pelo ora agravado. Agravo regimental desprovido. (grifo nosso)

(STJ, AGRESP 200600486133, RELATOR: FELIX FISCHER – ÓRGÃO JULGADOR: QUINTA TURMA/STJ, DJ DATA:04/06/2007 PG:00418, acessado em 10/08/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=agravo+e+regimental+e+princ%EDpio+e+fungibilidade&data=%40DTPB+%3E%3D+20070601+e+%40DTPB+%3C%3D+20070605&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>

b)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RECEPÇÃO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. POSSIBILIDADE. RECURSOS ESPECIAIS EM DUPLICIDADE. PREMATURIDADE DO PRIMEIRO E PRECLUSÃO CONSUMATIVA DO SEGUNDO. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. VIOLAÇÃO.

1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos à decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade.
2. Inviabiliza-se o conhecimento de recursos especiais interpostos contra a mesma decisão, ante o princípio da unirrecorribilidade, mormente se prematuro o primeiro e operada a preclusão consumativa do segundo - Precedentes do STJ e STF.
3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se dá provimento para não conhecer dos recursos especiais.

(STJ, EDcl no Ag 913955 / RS, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, 2007/0141848-0, Relator(a) Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP) (8185), Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA, Data do Julgamento 22/09/2009, Data da Publicação/Fonte DJ e 05/10/2009, acessado em 08/10/2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=embargos+e+princ%EDpio+e+fungibilidade&data=%40DTPB+%3E%3D+20091001+e+%40DTPB+%3C%3D+20091005&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>

c)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. REGULARIDADE FORMAL E MATERIAL. SUBIDA DO RECURSO ESPECIAL.

1. Os Embargos de Declaração não são instrumento para rediscussão do mérito da decisão impugnada.
2. Aclaratórios recebidos como Agravo Regimental. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

3. Hipótese em que a Fazenda Nacional tomou a cautela de juntar cópia integral dos autos originais. Desse modo, está completamente afastado o argumento de deficiência na formação do instrumento no que se refere à certidão de intimação do aresto recorrido.

4. É incontroverso que houve intimação pessoal do Procurador da Fazenda Nacional relativamente ao acórdão proferido nos Embargos de Declaração opostos pelos particulares. Indiscutível, portanto, a tempestividade do Recurso Especial.

5. O Agravo de Instrumento ataca especificamente a fundamentação exarada na decisão agravada. Inaplicável a Súmula 182/STJ.

6. Houve pedido expresso da Fazenda para reforma da decisão que inadmitiu o Recurso Especial, sendo insubsistente o argumento dos particulares em contrário.

7. A Segunda Turma tem jurisprudência no sentido de que a juntada de certidão relativa à interposição de Agravo de Instrumento contra despacho denegatório de seguimento do Recurso Extraordinário é desnecessária para a formação do recurso previsto no art. 544 do CPC.

8. A parte forma instrumentos distintos para cada um dos Agravos (ao STF e ao STJ). A interposição é simultânea, o que torna excessiva a exigência de comprovação, também concomitante, da dupla interposição, considerando a dificuldade para operacionalizá-la.

9. Haveria sentido na impugnação dos particulares se alegassem falta de interposição do Agravo de Instrumento ao STF. Não é o que ocorre, pois o presente pleito é da formalidade pela simples formalidade, não de ausência de impugnação ao fundamento constitucional do acórdão recorrido, o que atrairia o disposto na Súmula 126/STJ.

10. Agravo Regimental não provido.

(STJ, EDcl nos EDcl no Ag 1032341/SP, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2008/0067822-1 , Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132), Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 17/09/2009, Data da Publicação/Fonte, DJe 30/09/2009, acessado em 08/10/2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=embargos+e+princ%EDpi+e+fungibilidade&data=%40DTPB+%3E%3D+20090925+e+%40DTPB+%3C%3D+20090930&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>

E uma solução para não prejudicar, nem a parte, nem a justiça como um todo, seria a aceitação do princípio da fungibilidade dos recursos pelo magistrado.

Ao recorrer, a parte pode se deparar com o entendimento contrário ao seu quanto ao recurso a ser interposto, isto no caso em questão de dúvida objetiva, e assim, para se evitar prejuízos uma saída plausível seria a aplicação do princípio da fungibilidade.

Fungibilidade significa troca, substituição, mas a questão a ser examinada é saber se é

possível a troca de recurso interposto inadequadamente por outro que seria o correto para atacar determinado ato decisório judicial.

Este princípio era expressamente previsto no Código Processual Brasileiro de 1939 em seu artigo 810 que dizia, “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”.

Na reforma de 1973 do Código de Processo Civil, o legislador não vislumbrou a hipótese de se ter este princípio explícito no corpo do texto legal e não o citou mais, tendo em vista a simplificação na matéria dos recursos.

Num primeiro momento, pensou-se que com o novo Código Processual não haveria dúvidas acerca da interposição dos recursos e que os erros não mais existiriam a ponto de ser aplicado tal princípio.

No entanto, este pensamento não durou muito, pois notou-se que a tentativa de simplificação dos recursos não surtiu o efeito esperado, e as dúvidas sérias e fundadas reapareceram.

Por isto, era de bom grado que fosse estabelecido algum mecanismo apto a contornar esse problema, de tal modo que a parte recorrente não ficasse prejudicada quando da interposição de um recurso aparentemente “errado”.

A doutrina e a jurisprudência aceitam a aplicação do princípio mesmo não tendo mais a legislação processual pronunciado.

Assim, temos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

a)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DOS

RECURSOS SUBSISTE NO SISTEMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973, A DESPEITO DE NÃO HAVER ESTE REPRODUZIDO NORMA SEMELHANTE A DO ART. 810 DO ESTATUTO PROCESSUAL DE 1939. II - RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

(STF, RE 92314, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES, Julgamento: 18/03/1980, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, acessado em 12/08/2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br>

b)

RECURSO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DOS RECURSOS, AINDA QUE NÃO CONSTANTE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, E INSITO A NATUREZA INSTRUMENTAL DAS LEIS PROCESSUAIS; ENTRETANTO SOMENTE PODE SER APLICADO EM CASOS DE FUNDADA DUVIDA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

(STF, RE 99334 / SP - SÃO PAULO, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Julgamento: 31/05/1983, Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, acessado em 12/08/2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br>

c)

RECURSO - PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE - ERRO GROSSEIRO. Se, de um lado, é certo que o princípio da fungibilidade está implícito no artigo 250 do Código de Processo Civil, de outro, não menos correto, é que há de ser observado afastando-se situações concretas que encerram erro grosseiro.

(STF, AI 517808 AgR / PB – PARAÍBA, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 12/08/2008 , Órgão Julgador: Primeira Turma, acessado em 12/08/2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br>

d)

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. NÃO-CABIMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. CONVERSÃO DOS EMBARGOS EM AGRAVO REGIMENTAL. 1. Ato do Tribunal de Contas da União que tornou sem efeito a aposentadoria da Impetrante. 2. Impetração do mandado de segurança com mais de cento e vinte e dias da divulgação do ato no Diário Oficial. Decadência do direito de agir. Art. 18 da Lei n. 1.533/51 e parágrafo único do art. 200 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(STF, MS 26870, ED / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 25/06/2008, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, acessado em 12/08/2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br>

e)

PROCESSO CIVIL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DOS RECURSOS. VALE PRESTIGIAR O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DOS RECURSOS ONDE A DUVIDA SOBRE O CABIMENTO DO TIPO DE IRRESIGNAÇÃO NÃO PARECE ABSOLUTAMENTE INFUNDADA, NEM SE VISLUMBRA MA FÉ.

(STF, RE 111117 / SP - SÃO PAULO, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Julgamento: 20/03/1987 - Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, acessado em 12/08/2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br>

f)

FUNGIBILIDADE DE RECURSOS. PRINCÍPIO ACOLHIDO, MESMO AUSENTE NORMA EXPRESSA NO ATUAL C.P.C.. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO, EM PARTE, E, NESSA PARTE, PROVIDO.

(STF, RE 110473 / SP - SÃO PAULO, Relator(a): Min. OSCAR CORREA, Julgamento: 26/08/1986 , Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, acessado em 12/08/2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br>

g)

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. SENTENÇA QUE HOMOLOGA O CALCULO DO CONTADOR. RECURSO DE APELAÇÃO E NÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 520. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. SUBSISTE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973, DESDE QUE NÃO SE CONFIGURE ERRO GROSSEIRO OU MA FÉ E ESTEJAM SATISFEITOS OS DEMAIS REQUISITOS FORMAIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO, PARA QUE, AFASTADA A PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, PROSSIGA O TRIBUNAL A QUO EM SEU JULGAMENTO.

(STF, RE 99033 / SP - SÃO PAULO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Julgamento: 20/09/1985, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, acessado em 12/08/2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br>

E agora com a edição da Lei 11.232/2005, no que tange a alteração do conceito de sentença, vem a tona, novamente, a utilização do princípio da fungibilidade.

O que se depara muito é que muitos requerem a aplicação do princípio da fungibilidade em caso que há erro grosseiro de interposição de recurso, onde não será aceito, tendo em vista que há a necessidade de se ter a citada “dúvida objetiva”.

E neste caminhar, temos jurisprudências dos nossos tribunais, superiores e regionais federais, onde demonstram que, havendo erro grosseiro, não há possibilidade de se aplicar o princípio da fungibilidade.

a)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO COLEGIADA. INADMISSIBILIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. INAPLICABILIDADE. MULTA DO ART. 557, § 2º DO CPC.

1. Trata-se de agravo regimental interposto contra acórdão da Segunda Seção que

rejeitou os embargos de declaração, com imposição de multa, opostos pela ora agravante.

2. Nos termos dos artigos 557, § 1º, do CPC e 258 do RISTJ, somente é cabível agravo regimental de decisão monocrática. Não há previsão legal quanto à sua utilização para impugnar acórdão, sendo, portanto, erro grosseiro a interposição do referido recurso em tal hipótese. Inaplicável o princípio da fungibilidade recursal.

3. Agravo regimental não conhecido, com aplicação de multa.

(STJ, AgRg nos EDcl nos EDcl no CC 103666 / RJ, AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE 2009/0039614-7 , Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) , Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data do Julgamento 23/09/2009, Data da Publicação/Fonte, DJe 02/10/2009 acessado em 12/08/2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br>)

b)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO (ARTIGOS 544 E 539, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). OMISSÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1. As hipóteses de cabimento de agravo de instrumento da competência deste Superior Tribunal de Justiça estão previstas nos artigos 544 e 539, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

2. Inadmissível a interposição de agravo de instrumento a esta Corte Superior de Justiça contra decisão monocrática proferida em sede de medida cautelar que objetiva o depósito de valores de IPTU, para suspender a exigibilidade do crédito, ajuizada perante a Justiça Estadual.

3. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal, por inexistente dúvida objetiva quanto ao recurso cabível, a caracterizar erro grosseiro.

4. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes.

(STJ, EDcl no AgRg no Ag 1138656 / SP, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2009/0037979-1 , Relator(a), Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112) , Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 03/09/2009, Data da Publicação/Fonte DJ e 21/09/2009 , acessado em 25/09/2009. Disponível em <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>?)

c)

PROCESSUAL CIVIL. NÃO HÁ NOS AUTOS PETIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. INAPLICABILIDADE. ERRO GROSSEIRO. AGRAVO IMPROVIDO. I - É inaplicável o princípio da fungibilidade recursal ante a clara existência de erro grosseiro. II - Agravo regimental improvido

(STF, AI-AgR 688447, AI-AgR - AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator(a) em branco, órgão julgador 1ª Turma, data 12.08.2008, acessado em 15/08/2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br>)

d)

MANDADO DE SEGURANÇA. Inviabilidade manifesta. Indeferimento liminar. Proposição contra decisão de Ministro relator. Conhecimento como embargos declaratórios. Inadmissibilidade. Caso de erro grosseiro. Não aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Agravo improvido. Mandado de segurança inviável não pode conhecido como embargos declaratórios.

(STF, MS-AgR 25365, MS-AgR - AG.REG.NO MANDADO DE SEGURANÇA, Relator(a), em branco, órgão julgador Plenário, data 29.11.2006, acessado em 15/08/2009. Disponível em <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>)

e)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - CRÉDITO EXECUTADO INFERIOR A 50 OTN'S: CABIMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES (ART. 34 DA LEI N. 6.830/80) - NÃO APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL: ERRO GROSSEIRO - APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. 1. Conforme o art. 34 da Lei n. 6.830/80, o recurso cabível contra sentença extintiva da EF, onde se cobra valor inferior a 50 OTN's, são os embargos infringentes (v.g.: STJ: REsp n. 413677/RS; REsp n. 259395/SP). A interposição de recurso de apelação, portanto, caracteriza erro grosseiro, o que impede a aplicação do princípio da fungibilidade (v.g.: STJ: AGRAGA n. 479375/PR; AGRAGA n. 478559/SP). 2. Agravo regimental não provido.

(TRF1, AGA 200801000700237, AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 200801000700237, Relator(a) JUÍZA FEDERAL GILDA SIGMARINGA SEIXAS (CONV.), Órgão julgador SÉTIMA TURMA, Fonte e-DJF1 DATA:18/09/2009, PAGINA:349, acessado em 25/09/2009. Disponível em <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>)

f)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA RECURSAL. APELAÇÃO INADMITIDA PELO JUÍZO A QUO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão prolatada pelo juízo de primeiro grau, que inadmitiu o recurso de apelação. 2. Cediço que a Jurisprudência autorizada admite, em homenagem aos princípios da efetividade e celeridade processual, a utilização de recurso, ainda que equivocadamente interposto, quando a situação em concreto cuida de um erro objetivo. 3. A utilização de recurso de apelação em face de decisão que extingue parcialmente uma ação de conhecimento, determinando, ainda, seu prosseguimento em relação aos litisconsortes remanescentes, consiste em erro grosseiro, que inibe a aplicação do princípio da fungibilidade. 4. Agravo de instrumento improvido.

(TRF5, Processo AG 200805000021351, AG - Agravo de Instrumento – 85679, Relator(a) Desembargador Federal Carlos Rebêlo Júnior, Órgão julgador Quarta Turma, Fonte DJ - Data::18/06/2009 - Página::166 - Nº::114 acessado em 15/08/2009. Disponível em <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>)

g)

PROCESSO CIVIL - DECISÃO DE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - MERO INCIDENTE PROCESSUAL DE CARÁTER INTERLOCUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. 1. O ato judicial que delibera sobre exceção de incompetência configura decisão

interlocutória, passível de agravo e não de apelação. 2. Afigura-se inviável a aplicação do princípio da fungibilidade in casu, uma vez que a recorrente incorreu em erro grosseiro e não observou o prazo de recurso próprio.

(TRF3, Processo AC 199903990141499, AC - APELAÇÃO CÍVEL – 461596, Relator(a) JUIZ NELTON DOS SANTOS, Órgão julgador SEGUNDA TURMA, Fonte DJF3 CJ2 DATA:24/09/2009 PÁGINA: 253, acessado em 25/09/2009. Disponível em <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>?)

Assim, conclui-se que, a aplicação do princípio da fungibilidade é uma alternativa para se dirimir a celeuma causada com a alteração do conceito de sentença, enquanto não restar totalmente claro qual o recurso a ser interposto de decisão que exclui litisconsórcio do processo.

Não obstante haver jurisprudência explícita sobre a questão acima, tratando que não se deve aplicar o princípio da fungibilidade entre apelação e agravo quando de decisão interlocutória fundada no artigo 267 do CPC, por se tratar de erro grosseiro, ainda há alguns doutrinadores que não chegaram a tal conclusão.

Não se pode confundir quando se trata de uma decisão interlocutória proferida em sentença, pois neste caso, temos outro fenômeno jurídico e outro tipo de discussão. O STJ entende que contra sentença complexa, ou seja, aquela que decide questão interlocutória e de mérito, é cabível o recurso de apelação.

Também aceita-se a aplicação do princípio da fungibilidade tendo em vista que há dúvida objetiva. Como podemos ver no julgado do REsp 1.035.169-BA do STJ:

A Turma proveu em parte o recurso, entendendo que, referente à aplicação do princípio da fungibilidade, para que se aceite a interposição de agravo de instrumento e apelação contra pontos distintos de uma única sentença, é vedada a interposição cumulativa de recursos, simultânea ou não, para impugnar um mesmo ato judicial complexo, encerrando matéria interlocutória e de mérito. No caso, cabível apenas a apelação, ainda que da decisão interlocutória. Precedentes citados: REsp 326.117-AL, DJ 26/6/2006; REsp 791.515-GO, DJ 16/8/2007, e AgRg na SLS 799-SP, DJe 7/8/2008. (STJ, REsp 1.035.169-BA, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 20/8/2009, acessado em 13/10/2009. Disponível em

<http://www.stj.jus.br>)

E como fechamento, coleciono jurisprudências do STJ, TRF1, TRF2, TRF3, TRF4 e TRF5 decidindo exatamente sobre a questão desta monografia, exclusão de litisconsórcio por meio de decisão fundada em algumas das hipóteses dos artigos 267 e 269 do CPC.

a)

PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PROCEDÊNCIA. EXCLUSÃO DE PRETENSO CO-DEVEDORA. RECURSO CABÍVEL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. APELAÇÃO. INCABIMENTO.

I. Com natureza de decisão interlocutória, o pronunciamento jurisdicional que reconhece a ilegitimidade passiva de co-devedora em exceção de pré-executividade desafia agravo de instrumento, e não apelação.

II. Impossibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Precedentes.

III. Agravo desprovido.

(STJ, Processo AgRg no REsp 1055585 / MG, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2008/0069790-0 , Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110) , Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA, Data do Julgamento 06/08/2009, Data da Publicação/Fonte DJ e 08/09/2009, acessado em 28/09/2009. Disponível em <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>?)

b)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EXCLUSÃO DE LITISCONSORTE. PROSSEGUIMENTO DO FEITO EM RELAÇÃO AO LITISCONSORTE REMANESCENTE. NATUREZA INTERLOCUTÓRIA DA DECISÃO. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. A decisão que exclui o litisconsorte da relação processual não põe termo ao processo, uma vez que o feito prosseguirá em relação aos demais, donde se infere tratar-se de decisão interlocutória, e não terminativa. Assim, o recurso cabível é o agravo de instrumento, não a apelação. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido.

(TRF1, Processo AGA 200201000190434, AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 200201000190434, Órgão julgador SEXTA TURMA, Fonte e-DJF1 DATA:28/10/2008 PAGINA:639, acessado em 28/09/2009. Disponível em <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>?)

c)

AGRAVO INTERNO. PROCESSUAL CIVIL. EXCLUSÃO DE LITISCONSORTE DE PÓLO PASSIVO. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. O ato pelo qual o magistrado extingue o feito apenas em relação a um dos réus tem natureza de decisão interlocutória que desafia o recurso

de agravo de instrumento. 2. O artigo 162, § 1º, do CPC, cuja redação foi alterada pela Lei nº 11.232/05, não pode ser interpretado isoladamente, sendo incompatível com as demais normas processuais e constitucionais a paralisação da demanda originária não finalizada para o julgamento de apelação. 3. Agravo desprovido.

(TRF2, Processo AG 200902010049227, AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 175273, Relator(a) Desembargadora Federal SALETE MACCALOZ, Órgão julgador SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, Fonte DJU - Data::16/07/2009 - Página::192, acessado em 28/09/2009. Disponível em [http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?](http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/))

d)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSO CIVIL – EXCLUSÃO DE LITISCONSORTES - APELAÇÃO INADMITIDA – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA – RECURSO CABÍVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MANTIDA. 1. Postula a agravante a reforma da decisão, por entender que a apelação é recurso cabível em face de decisão que exclui litisconsorte da relação processual tendo em vista a ilegitimidade da parte. 2. Em face decisão que exclui litisconsorte a via recursal adequada é o agravo de instrumento, por se tratar de decisão interlocutória. 3. São cabíveis a condenação em honorários advocatícios no bojo de decisão interlocutória. 4. Não restam dúvidas de que os embargos declaratórios são cabíveis contra decisão interlocutória, quando objetivam a supressão de omissão. 5. Agravo de instrumento improvido.

(TRF2, Processo AG 200402010031390, AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 124760, Relator(a) Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS, Órgão julgador SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, Fonte DJU - Data::30/06/2009 - Página::94/95 acessado em 28/09/2009. Disponível em <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?>)

e)

PROCESSO CIVIL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO À APELAÇÃO DE LITISCONSORTES ATIVOS CONTRA DECISÃO QUE EXTINGUIU O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO CONTRA APENAS UM AUTOR. AGRAVO LEGAL. DESPROVIMENTO. - Incabível a interposição de apelação por litisconsortes ativos facultativos, contra extinção do processo sem julgamento do mérito em relação a autor que não apresentou declaração de hipossuficiência, nem recolheu custas, a teor dos artigos 257 e 267, inciso III e § 1º, do CPC. - Interposta apelação antes das alterações operadas no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.232/05, que redefiniu o conceito de sentença, são respeitados os atos processuais já praticados (teoria do isolamento dos atos processuais), que permanecem eficazes, produzindo efeitos. - A decisão apelada, embora ponha fim à relação jurídico-processual estabelecida entre o autor excluído e o réu, guarda natureza interlocutória, passível de agravo de instrumento, seguindo curso, o processo, em relação aos demais litisconsortes, não havendo que se qualificar como sentença, ato que, segundo dispunha a redação anterior do artigo 162, I, do CPC, colocava "termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa". - Inviável a prática do princípio da fungibilidade recursal, devido à interposição de os recursos de apelação e agravo ocorrerem em graus de jurisdição distintos. - Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AC 200503990461617, RELATORA: THEREZINHA CAZERTA – OITAVA TURMA/TRF3, DJF3 DATA:07/10/2008, acessado em 28/09/2009. Disponível em <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?>)

f)

PROCESSUAL CIVIL. EXCLUSÃO DE PARTE DA LIDE. RECURSO ADEQUADO. 1. O recurso apropriado contra decisão que exclui parte do feito é o agravo de instrumento, sendo inapropriada a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos. 2. Não existe, na jurisprudência pátria, qualquer dúvida sobre o recurso cabível contra a decisão atacada pela presente apelação. O ato pelo qual o julgador exclui litisconsorte da lide tem natureza de decisão interlocutória, sujeita à interposição de agravo de instrumento.

(TRF4, Processo AC 200770990032604, AC - APELAÇÃO CIVEL, Relator(a) MARGA INGE BARTH TESSLER, Órgão julgador QUARTA TURMA, Fonte D.E. 28/04/2008, acessado em 28/09/2009. Disponível em <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>?)

g)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE PARA EXCLUIR SÓCIO DA EXECUÇÃO. A defesa através de petição direta no processo de execução, dita exceção de pré-executividade, não é ação; constitui mero incidente processual, sendo cabível a apelação no caso de ser acolhida, quando extinguir a execução. É interlocutória a decisão que acolhe pedido de exclusão de um dos executados, prosseguindo-se a execução quanto aos demais. Decisão atacável por meio de agravo de instrumento, e não, de apelação.

(TRF5, Processo AG 200405000078860, AG - Agravo de Instrumento – 54713, Relator(a) Desembargador Federal Ridalvo Costa, Órgão julgador Terceira Turma, Fonte DJ - Data::21/03/2007 - Página::950 - Nº::55 acessado em 28/09/2009. Disponível em <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>?)

## CONCLUSÃO

Com a nova redação do § 1.º do artigo 162 do Código de Processo Civil, introduzida pela Lei 11.232/05, priorizou, o legislador, o conteúdo do ato decisório para poder qualificá-lo como sentença ou não.

Temos então que sentença é o ato judicial que encontra-se em seu bojo uma das hipóteses dos artigos 267 e 269 do diploma processual civil.

Restou alterado o antigo critério que buscava dar a definição de sentença como sendo o ato que põe fim ao processo, um critério finalístico, ou mesmo pelo momento que fora proferida, extinguindo o processo.

Com esta alteração, alguns conceitos, anteriormente firmados, precisaram ser revistos.

Agora, algumas decisões, que dantes eram tidas com interlocutórias, tem conteúdo/conceito de sentença.

Desta maneira, nasce a celeuma de como “atacar” tal ato judicial decisório, se com agravo ou com apelação, eis que de decisão interlocutória cabe o recurso de agravo e contra sentença, apelação.

Diante de tantas dúvidas surgidas no meio doutrinário e jurisprudencial, uma possível saída era de se aplicar o princípio da fungibilidade dos recursos, onde há dúvida objetiva.

A aceitação do princípio da fungibilidade pelos magistrados vem de encontro, a favor da efetividade do processo.

Assim, se há entendimento que o recurso cabível é o de agravo e outros de que é apelação, nada mais plausível, diante desta dúvida objetiva, que se aceite um recurso por outro, dentro dos ditames legais.

Mas como foi visto, a farta jurisprudência deste país entende que, quando um ato decisório resolve questão incidente ao processo, por mais que se encontre no seu corpo uma das hipóteses dos artigos 267 e 269, contra este deve ser interposto agravo e não apelação.

No que tange à esta monografia, a exclusão de litisconsórcio, tanto passivo como ativo, no decorrer do andamento do processo, para a jurisprudência brasileira, é considerada decisão interlocutória, combatível por meio de agravo.

Tem-se ainda que, na interposição de apelação no lugar do agravo na questão acima exposta, é considerado erro grosseiro não devendo ser aplicado o princípio da fungibilidade.

Entretanto, tal rigidez dos julgadores, em simplesmente não aceitar um recurso por outro, sendo o caso, dificulta o acesso à via recursal pelas partes.

O legislador alterou um conceito fundamental no Direito incorrendo em consequências no âmbito recursal.

Por mais que a Lei 11.232/05 não veio tratar de matéria recursal, esta aí se incidiu quando da alteração do conceito de sentença.

Assim, entendemos que, a parte não pode ser prejudicada pela falta de especificidade do legislador. E a visão do magistrado nestes casos específicos deve ser voltada para a instrumentalidade do processo e sua efetividade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CINTRA, A. C. A. de; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 25.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DINAMARCO, C. R. **A reforma do Código de Processo Civil**. 5.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARCATTO, A. C. (Coord.). **Código de Processo Civil Interpretado**. 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2008.

MENNA, F. V. **Elementos do Direito – Processo Civil**. 6.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Premier Máxima, 2007.

MIRANDA, G. D.; PIZZOL, P. M. **Recursos no processo civil**. 5.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, J. C. B. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 13.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NERY JÚNIOR, N. **Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 1993.

NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. A. **Código De Processo Civil e Legislação Processual em Vigor Comentado**. 10.<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2007.

NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A.; (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos – V II**. 1.<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2007.

SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

WAGNER JÚNIOR, L. G. C. **Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos**. X<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 11, 2007.

WAMBIER, T. A. A. *O Novo Regime do Agravo*. 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.