

## Qual recurso, apelação ou 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)

A tentativa classificatória dos atos judiciais em sentenças, decisões interlocutórias e despachos feita pelo art. 162 do CPC tem por principal finalidade reconhecer a recorribilidade das manifestações do juízo, bem como eleger o meio impugnativo adequado. Visando atender a esses propósitos, os arts. 504, 513 e 522 estabelecem o paralelismo entre os meios impugnativos e os atos judiciais. Essas distinções condicionam o recurso à natureza da manifestação exarada. O critério eleito pelo legislador diz com o conteúdo da decisão, que sinaliza se e como alguém pode se insurgir contra o que foi decidido.

O ato pelo qual o juiz põe termo ao processo é uma sentença, dando ensejo ao 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, com ou sem julgamento do mérito, faz com que a insubordinação do vencido seja veiculada por meio de apelação.

Em contrapartida, se a decisão dispõe de conteúdo decisório, mas não obstaculiza 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.

É no mínimo perigoso pretender identificar a via recursal pelo só conteúdo, e não pela eficácia da manifestação judicial. Sequer o legislador guardou fidelidade à classificação que fez. Utiliza, em um sem-número de oportunidades, indiferentemente, uma expressão por outra. Assim, tais definições não servem de critério nem para identificar a natureza das manifestações em juízo nem o recurso que desafiam. 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. Para saber que recurso utilizar, é mister 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>1</sup>

Erros e imprecisões no manejo dos meios impugnativos sempre existiram, 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 quando da 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 injustificável equívoco.

A jurisprudência seguiu a orientação da doutrina e continuou a admitir o princípio da fungibilidade, expressamente consagrado na legislação anterior, 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. Tanto era recebida apelação por agravo de instrumento como se processava agravo por apelação, bastando que houvesse sido interposto no prazo do agravo, de 10 dias, mais exíguo do que o prazo da apelação. 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.

As reiteradas reformas de que foi alvo o estatuto processual trouxeram profundas modificações ao recurso de agravo de instrumento. Talvez a mais significativa tenha sido a alteração da sede de sua interposição, que foi transposta para o segundo grau de jurisdição. Essa alteração e a faculdade de, em sede liminar, se obter ou a antecipação de tutela ou o julgamento do próprio recurso, por decisão monocrática, agilizaram tanto o agravo, que levou a um avassalador aumento do uso desse meio impugnativo.

O novo rito do agravo de instrumento o distanciou da apelação, que permaneceu sendo apresentada na instância inicial, enquanto o agravo ingressa diretamente na corte recursal. Tal fato reveste-se de enorme significado e exige a precisa identificação do recurso adequado. A depender do meio impugnativo escolhido, o recorrente deverá dirigir-se ou ao primeiro ou ao segundo grau de jurisdição. 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. A divergência dos respectivos juízos de interposição não deve dar margem a riscos de graves sequelas, como a inaceitação de um recurso por outro, havendo necessidade de identificar o recurso correto com precisão.

---

<sup>1</sup> In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O Novo Regime do Agravo*. S. Paulo: Revista dos Tribunais. 2 ed. 1996, p. 133.

Como 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. Não há como deixar de se socorrer do critério topológico, sustentado por Barbosa Moreira: *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>2</sup>

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. 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 a permanência do processo 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, despiciendo que o processo fique no cartório. É melhor, mais lógico, mais prático e mais barato 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 obstaria a tramitação da ação, hipótese de todo desarrazoada e fora de propósito. Como o ato do juiz não sustou o andamento do procedimento, não deve dispor o recurso de efeito paralisante.

Com facilidade se visualiza ser essa a solução correta, atentar tão-só na potencialidade de a manifestação judicial paralisar o processo, pôr fim ou não ao seu trâmite. Essa distinção não leva em conta o conteúdo da decisão, mas sua aptidão para ultimar a relação processual em que foi proferida. Dito critério permite, com mais segurança, a identificação do meio recursal adequado, tanto com referência à ação principal, como em sede dos incidentes processuais que tramitam em autos apartados. Portanto, 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

---

<sup>2</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense. 1974, v. V, p. 198.

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 o incidente, anexar a petição recursal, ouvir o recorrido e remetê-lo 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.

Essas distinções têm uma razão lógica, permitindo encontrar uma solução eminentemente prática. Se o juiz põe fim ao processo, a impugnação deve ser manifestada 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.

O 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 ao processo principal, 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 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 autônomo, muito mais coerente é interpor o recurso na origem, onde será ouvido o recorrido, para depois ser remetido ao tribunal já pronto para julgamento.

Nada, absolutamente nada, justifica que a desconformidade do vencido seja manifestada mediante a extração de 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 talante, 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 deve 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>3</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 facilita a reapreciação da decisão pelo seu prolator. Outra justificativa que sinaliza ser essa a melhor solução é a dispensa de atender o recorrente 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>4</sup> Essa prática, que vinha se tornando corriqueira antes das reformas, evidencia quão desnecessária é a formação do instrumento quando a decisão impugnada é proferida em procedimento autônomo.

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 o 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 aceitar-se o uso da apelação, esta irá se processar no primeiro grau de jurisdição. É o apelo interposto na origem, sendo os autos remetidos à corte com a resposta da parte adversa, já pronto para julgamento. Indiscutivelmente, também sob essa ótica se avizinha mais coerente fazer uso da apelação, pois livra o segundo grau do encargo de processar o recurso. Por todos esses fundamentos, é indispensável que se passe a admitir 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 de procedimentos é absolutamente desnecessário e inútil. 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.

---

<sup>3</sup> PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. VII. p. 278.

<sup>4</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 624 .

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 coerente para a identificação do recurso a ser utilizado nos procedimentos incidentais. Também o silêncio do legislador, que, na grande maioria das vezes, não indica a via recursal adequada, acaba por levar ao uso indistinto dos recursos, fazendo surgir, em situações idênticas, jurisprudência diametralmente antagônica.

A jurisprudência mostra-se vacilante, perante várias situações estampadas no estatuto processual. 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. Ainda assim, face à expressa expressão legal, ninguém se acanha em chamar de sentença a decisão judicial quando se fala em assistência judiciária. Com referência a incidentes outros, ainda que tramitem em procedimentos autônomos, por não haver indicação da via recursal, a tendência é nominar a decisão de interlocutória. É indicado o agravo de instrumento, mesmo estando inertes os autos do incidente no primeiro grau, pelo singelo fundamento de a decisão não ter obstaculizado o curso da ação principal. O raciocínio simplista de alguns julgadores chega a rotular de erro grosseiro o uso da apelação.

Com referência às exceções de incompetência, impedimento ou suspeição, limita-se o estatuto processual a afirmar que são processadas em apenso aos autos principais e levam à suspensão do processo. Nada diz sobre a natureza da decisão nem identifica o meio impugnativo. A impugnação ao valor da causa é autuada em apenso e não suspende o processo. 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. Somente quando suscitado após encerrada a fase instrutória da ação, a exceção é autuada em apenso aos autos principais, que restarão suspensos. Chama o art. 395 de sentença a manifestação do juiz que aprecia o incidente, não distinguindo se a decisão foi proferida na ação ou nos autos do incidente. Com relação à remoção de inventariante, limita-se a lei a determinar que o incidente corra em apenso aos autos principais, sem apontar o recurso cabível. O mesmo ocorre na habilitação de crédito no inventário, que é distribuída por dependência e autuada em apartado.

Essa rápida visão de alguns incidentes deixa evidenciado o porquê da incerteza do sucumbente na hora de escolher o recurso a ser utilizado. De qualquer modo, a existência de posições jurisprudenciais díspares e conflitantes demonstra de forma invidiosa que não se pode nominar a escolha, qualquer que seja ela, de equivocada ou tachar de erro grosseiro a oposição imprecisa de algum recurso.

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>5</sup> Exigir respeito ao prazo do recurso que não foi o interposto não é admitir um recurso por outro, não é aplicar o princípio da fungibilidade, é tão-só alterar a nomeação do recurso.

Ante a insegurança reinante, 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>6</sup> Ainda que não 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. Por esse motivo, mesmo quando a lei identifica o recurso, não cabe falar em equívoco inescusável e obstaculizar o exercício do direito de recorrer.

A agilização do agravo de instrumento que levou ao descompasso dos juízos recursais não pode ensejar a inaceitação de um recurso por outro, o que representaria indevido afastamento do princípio da instrumentalidade, além de desmesurado apego a formalismos, que não mais se justificam na visão moderna do processo.

Interposta apelação perante o juiz, mesmo se ele reconhecer que o recurso deveria ser o de agravo, a ser protocolado diretamente no segundo grau, 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. 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, ou seja, negar seguimento ao recurso, é simplesmente obstaculizar o acesso à via recursal. Não sendo admitido o recurso, não há como a parte interpor outro, pois fatalmente haverá o obstáculo da tempestividade.

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>5</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 190.

<sup>6</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.