

**A DEFINIÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS (SENTENÇAS,
DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS E DESPACHOS) APÓS AS ÚLTIMAS
ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS: IMPACTO E EFEITOS NO PLANO
RECURSAL¹**

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Pós- Graduado, com título de especialista, em Direito dos Contratos e Direito Processual Civil. Professor do curso de pós-graduação lato sensu em processo civil do COGEAE – PUC/SP. Professor convidado da Pós - Graduação em processo civil da PUC/RJ.

Sumário: 1. Prólogo – 2. Um pouco de reminiscência e o panorama atual – 3. Os pronunciamentos do juiz no processo – 4. O “novo” conceito de sentença trazido pela Lei 11.232/2005 em confronto com o “vetusto” conceito de decisão interlocutória – 5. Irrecorribilidade dos despachos? 6. À guisa de conclusão: a mitigação do princípio da correspondência e a necessária aplicação do princípio da fungibilidade recursal – Referências Bibliográficas.

1. Prólogo

A justa e merecida homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier não poderia ter sido mais feliz. A reunião de textos que tratem de assuntos relacionados aos *poderes do juiz* e ao *controle das decisões judiciais*, bem define a importância e a influência da sua obra para a ciência do processo civil. Em trabalhos que tratem desses importantes temas, o estudo do magistério da professora Teresa é obrigatório.

¹ Artigo publicado em *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. Coord. José Miguel Garcia Medina et al. São Paulo: RT, 2008, p. 376/385.

Jovem e notável, Teresa Arruda Alvim Wambier escreve e ensina no superlativo. É incansável! Seus ensinamentos e sua produção acadêmica de excelência têm influenciado enormemente inúmeros processualistas.

A carta-convite que recebemos – e que muito nos honrou – para contribuir nessa obra, bem resume, com precisão cirúrgica, algumas qualidades da homenageada “*que além de brilhante professora e jurista, tem as excepcionais qualidades de agregar pessoas, descobrir novos talentos e manter uma produção doutrinária constante e de alto nível*”. Agradecemos aos Coordenadores, José Miguel Garcia Medina, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luis Otávio Sequeira de Cerqueira e Luiz Manoel Gomes Júnior, pela oportunidade de participar dessa homenagem.

Mantendo-nos fiéis ao propósito do livro, faremos nossa contribuição com a análise de uma questão que permeia os estudos da homenageada desde o seu mestrado²: a correta definição dos pronunciamentos judiciais e o reflexo dessa definição no plano recursal.

A nosso ver, o problema consistente na recorribilidade dos pronunciamentos judiciais está longe de ser meramente acadêmico, traduzindo-se em importante e vital questão pragmática.

2. Sistema recursal: um pouco de reminiscência e o panorama atual

No Código de Processo Civil de 1939, as sentenças desafiavam dois recursos: tratando-se de sentença terminativa, sem que houvesse decisão acerca do mérito, cabia agravo de petição; se, por sua vez, a sentença fosse de mérito, o recurso cabível era a apelação.³ A confusão era enorme, tanto é assim que havia em tal ordenamento a previsão expressa do princípio da fungibilidade recursal, *verbis*: “Salvo

² A dissertação de mestrado da Prof^ª. Teresa Arruda Alvim Wambier frutificou no livro *Nulidades do Processo e da Sentença*, encartando o vol. 16 da Coleção Enrico Tullio Liebman da Revista dos Tribunais. Presentemente o livro está na 6^a edição.

³ Era o que se inferia da leitura conjunta dos arts. 820 e 846 do CPC/39, *verbis*: “Salvo disposição em contrário, caberá apelação das decisões definitivas de primeira instância.” (art. 820). “Salvo os casos expressos de agravo de instrumento, admitir-se-á agravo de petição, que se processará nos próprios autos, das decisões que impliquem a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito.” (art. 846).

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.”⁴

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, pretendeu-se simplificar o sistema recursal. Para tanto, o legislador, entre outras medidas: (i) resumiu os pronunciamentos judiciais, classificando-os como despachos, decisões interlocutórias e sentenças (redação primitiva do art. 162)⁵; (ii) extinguiu o agravo de petição; (iii) redefiniu sentença como “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa” (art. 162, § 1º na redação original); (iv) deixou claro que contra sentença cabe apelação (art. 513) e contra as decisões interlocutórias agravo (art. 522).

De fato, pelo Código de 1973, o sistema recursal foi bastante simplificado com a adoção, em primeiro grau, de basicamente dois recursos: a apelação, para as sentenças (decidindo ou não o mérito), e o agravo, para as decisões interlocutórias.

A “simplicidade” decorrente da modificação legislativa foi, inclusive, supervalorizada, nem havendo a preocupação do legislador em reproduzir no CPC de 1973 o princípio da fungibilidade recursal que estava expresso no ordenamento processual anterior⁶, por entender que, na nova sistemática, não poderia mais haver dúvidas quando à utilização de um ou outro recurso.

Embora logo após a edição do CPC de 1973 tenham surgido entendimentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de negar a aplicabilidade do

⁴ Art. 810 do CPC/39.

⁵ “Na verdade, embora o art. 162 aluda à categoria genérica de *atos* do juiz, refere-se em verdade a seus *pronunciamentos*, que se constituem em *sentenças, decisões interlocutórias e despachos*, desprovidos estes últimos *normalmente* de caráter decisório.” (Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 2 - Processo de Conhecimento, 10ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 560.)

⁶ “Na Exposição de Motivos ao CPC de 1973, existe expressa menção ao princípio da fungibilidade, adotado pelo código revogado, e, ainda, ao fato de o novo diploma haver simplificado sobretudo o sistema recursal (itens 31 a 33). Dessa maneira, deflui daquela exposição a ilação de que o novo código não teria necessitado repetir a regra do art. 810, já que pareceria não haver dúvida quanto ao cabimento e adequação dos recursos.” (Nelson Nery Junior, *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, 5ª ed., pág. 113.)

princípio da fungibilidade⁷, hoje é unânime o reconhecimento de sua sobrevivência, mesmo à falta de regra expressa.⁸

A mudança de orientação se deu por um fato simples e corriqueiro: a riqueza e a complexidade das situações concretas resultam em conflitos e peculiaridades não imaginadas pelo legislador. Dúvidas surgiram, não só por impropriedades constantes do próprio ordenamento processual, como também pela opinião da doutrina e da jurisprudência sobre qual o recurso cabível na espécie, tendo em conta a natureza (nem sempre clara) de alguns pronunciamentos judiciais.

É sempre assim: a necessidade de se tutelar todos os direitos de forma efetiva, aliado ao fato de que o estudo do direito é também uma atividade *semântica*, faz nascer uma casuística judicial variada e inesgotável, o que torna praticamente impossível se trabalhar com um sistema legislativo rígido.

Não se pode deixar de reconhecer, contudo, que com a sistemática recursal trazida pelo CPC de 1973 – reconhecidamente simplificada em relação ao CPC/39 – o princípio da fungibilidade passou a ter uma aplicação mais restrita.

A definição de sentença trazida pelo CPC de 1973, vale repetir, “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”, em que pese ser criticável⁹, tinha a imensa vantagem de delimitar, com boa dose de segurança, a questão da recorribilidade das decisões¹⁰.

⁷ Nesse sentido, quanto à opinião doutrinária e jurisprudencial restritiva para aplicação do princípio da fungibilidade, v. Nelson Nery Junior, *Princípios Fundamentais*, cit., p. 118/119, em especial as notas de rodapé 152 e 153.

⁸ Quanto às regras para sua aplicação, trataremos no item 6 posterior desse estudo.

⁹ Várias eram as críticas ao conceito de sentença trazido pelo CPC/73. Teresa Arruda Alvim Wambier, sempre sustentou que o conceito estampado no art. 162, § 1º do CPC era inadequado, pois envolvia uma tautologia e que o único elemento por meio do qual pode se identificar as sentenças é o seu conteúdo. (*Nulidades do Processo e da Sentença*, 6ª ed., São Paulo: RT, p.30/34.). Outra crítica trazida pela doutrina estava no fato de que o texto da lei aludia à extinção do *processo*, quando, na verdade, o que se extingue é o *procedimento em primeiro grau*. (Nesse sentido, v. Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, cit., p. 561). E, ainda, quanto à inadequação do conceito para abarcar todas as formas de sentença, vale trazer à baila os ensinamentos de Luiz Rodrigues Wambier: “A inadequação da concepção tradicional tornou-se mais clara, evidente e cristalina, após as reformas operadas no CPC, nos últimos anos. Com efeito, são cada vez mais comuns, no direito processual civil brasileiro, as sentenças que abrem caminho para a realização imediata, isto é, logo após sua prolação e na mesma relação jurídica processual, de atividades executivas, estas sim com aptidão para a prestação da tutela jurisdicional pleiteada pela parte. É o que acontece, por exemplo, nas ações que têm por objeto o cumprimento de deveres de fazer ou de

Sem considerar eventual impacto no sistema recursal, a Lei 11.232/2005 tratou de conceituar a sentença por seu conteúdo, dispondo, no art. 162, §1º que: “sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.”. Para manter certa coerência, também houve modificação do art. 269 que passou a prever no *caput* a expressão “haverá resolução de mérito”, no lugar de “extingue-se o processo com julgamento de mérito” (redação original) e, bem assim, um pequeno reparo no *caput* do art. 267 que passou a vigorar com a redação “extingue-se o processo, sem resolução de mérito”, com a troca do vernáculo *julgamento*, previsto na redação originária, por *resolução*.

A “nova” conceituação de sentença, dependendo de como interpretada, pode causar um impacto inesperado no sistema recursal, complicando aquilo que havia sido simplificado, mormente porque se manteve inalterada e sem qualquer ressalva a regra – trazida quando da promulgação, em 1973, do CPC vigente – de que contra as sentenças cabe apelação (art. 513) e das decisões interlocutórias, agravo (art. 522).

Para piorar um pouco mais a situação sob o prisma recursal, a Lei 11.276/2006 tratou de modificar a redação do art. 504 do CPC – que antes afirmava que os despachos *de mero expediente* eram irrecorríveis – para registrar que os despachos (não somente os de *mero expediente*) são irrecorríveis, alargando, ao menos numa interpretação literal, a irrecorribilidade desse tipo de pronunciamento judicial.

É com base nesse cenário e, limitando nossa análise a esses aspectos, é que abordaremos a problemática recursal.

3. Os pronunciamentos do juiz no processo

não fazer, previstas no art. 461 do CPC, e de entregar coisa, previstas no art. 461-A.” (*Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento*, 3ª ed. do livro *Liquidação de Sentença*, São Paulo: RT, 2006, p.33/34).

¹⁰ Com a mesma opinião, confira-se José Ricardo do Nascimento Varejão: “Por mais criticável que o antigo conceito de sentença pudesse ser, ele detinha uma vantagem operacional imensurável, qual seja, a perfeita e objetiva delimitação da recorribilidade por meio de apelação e, por exclusão, por meio de agravo. Não havia margem a dúvidas e não havia terceira hipótese.” (“As classificações, a Lei 11.232/2005 e o ‘novo’ conceito de sentença”. In: *Aspectos Polêmicos da Nova Execução* 3. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). São Paulo: RT, 2006, p. 372/3)

Para se prosseguir com o presente estudo, é imperioso tecer algumas considerações acerca dos pronunciamentos judiciais do juiz de primeiro grau¹¹, até para que se possa distinguir com clareza sentenças, decisões interlocutórias e despachos e, conseqüentemente, os correspondentes recursos.

A lei processual, no seu art. 162¹², refere-se aos seguintes atos do juiz, como espécie dos atos processuais: sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Há, também, os *atos meramente ordinatórios* – que representam nada mais do que os pronunciamentos, sem qualquer cunho decisório, relativos às atividades burocráticas destinadas ao andamento do processo – que, a partir da Lei 8.952/1994, devem ser realizados pela serventia, mas podem ser revistos pelo magistrado.

A utilização do termo “atos do juiz” no *caput* do dispositivo legal em foco pode sugerir a interpretação equivocada de que a atividade do juiz só comporta aqueles atos mencionados no artigo de lei. O rol nele contido, contudo, não é taxativo. Em verdade, várias são as atividades que podem ser praticadas pelo juiz além das sentenças, decisões interlocutórias e despachos, como, por exemplo, a tentativa de conciliação, os atos instrutórios, etc.¹³ Justamente por isso, seguindo o escólio da Prof^a. Teresa Arruda Alvim Wambier, utilizaremos a denominação *pronunciamentos judiciais* para nos referir àqueles mencionados no art. 162 do CPC¹⁴.

¹¹ Porque escapa da problemática que pretendemos tratar neste tópico, abstermo-nos de estudar os acórdãos que são pronunciamentos judiciais emanados de um órgão coletivo.

¹² Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

§ 3º 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.

§ 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

¹³ Nesse sentido, cf. João Batista Lopes, *Curso de Direito Processual Civil* – vol. I, São Paulo: Atlas, 2005, p. 165.

¹⁴ “*Atos*, termo utilizado pelo dispositivo em questão, é expressão significativa de um *gênero*, de que *pronunciamentos* são *espécie*. Ato judicial é categoria mais ampla que abrange, por exemplo, a oitiva de testemunhas e a realização de inspeção judicial. Portanto, não é tecnicamente correto dizer-se que os *atos* do juiz se subdividem em sentenças, decisões interlocutórias e despachos, pois há outros atos judiciais, que não se encartam, como se viu, em nenhuma das três categorias.” (Teresa Arruda Alvim Wambier. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2006, p.105.)

Colhe-se a conceituação dos pronunciamentos judiciais da própria letra da lei. Assim, nos termos dos §§ do art. 162 do CPC, pode-se afirmar que *sentença* é “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269” (§1º); *decisão interlocutória* é aquele “pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente” (§2º); sob a denominação de *despachos* tem-se “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” (§3º). Por fim, no §4º faz-se o esclarecimento de que *os atos meramente ordinatórios*, “como a juntada e a vista obrigatória independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários”.

Contudo, para fins de recorribilidade – a sentença desafia apelação (art. 513), as decisões interlocutórias são combatidas por agravo (art. 522) e os despachos são irrecorríveis (art. 504) – o correto entendimento dos pronunciamentos judiciais não pode decorrer de uma interpretação literal do texto legal do art. 162, sob pena de malferir gravemente o sistema recursal, como veremos no tópico posterior.

4. O “novo” conceito de sentença trazido pela Lei 11.232/2005 em confronto com o “vetusto” conceito de decisão interlocutória

Referindo-nos especificamente às sentenças podemos afirmar que o seu conceito atual – que a define pelo conteúdo – surgiu da necessidade de adaptação à nova sistemática de execução de títulos judiciais.

Com efeito, a Lei 11.232/2005 alterou radicalmente a carga de eficácia da sentença condenatória, permitindo sua efetivação (*rectius* execução) sem necessidade de processo autônomo de execução. Extinguiu-se, portanto, a execução *ex intervallo*.

Diante da unificação dos processos de conhecimento e de execução (sincretismo processual), não se poderia mais afirmar que a sentença era o ato pelo qual se *extingue* o processo (redação primitiva do CPC/73), pois após a Lei 11.232/2005 o processo que tenha por objeto o pagamento de uma quantia certa passou a contar com uma *fase* de conhecimento e, após a sentença, uma *fase* de execução,

repita-se, ambas dentro da mesma relação processual, como, aliás, já se entendia com relação às ações de obrigação de fazer, não-fazer e entrega de coisa (arts. 461 e 461-A do CPC). Nessa situação, não há extinção do processo com a prolação da sentença, mas sim com o seu cumprimento.

Dessa forma, para manter certa coerência com as alterações advindas com a Lei 11.232/2005, sentença passou a ser “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269”. Tratando-se das situações do art. 267, para que seja sentença, continua havendo a necessidade de extinção do processo sem julgamento do mérito¹⁵. Com relação às situações do art. 269 deverá haver “resolução” de mérito, ainda que não conduza à extinção do processo.

É fato que o conceito topológico de sentença – redação primitiva do CPC/73 – em que pese ser incompleto e criticável, tinha a virtude de simplificar o sistema processual: se o pronunciamento judicial tivesse o condão de “por termo” ao processo, o recurso cabível seria inegavelmente apelação.¹⁶

Curioso é que com relação às decisões interlocutórias o legislador não abandonou o critério topológico, tendo mantido o conceito original do art. 162, § 2º, que assim define a decisão interlocutória: “é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”.¹⁷ É interessante a observação de que o termo *interlocutória* provém de *inteloctione*, que designava, no direito romano, a medida tomada pelo juiz no curso do processo¹⁸.

¹⁵ O *caput* do art. 267 assim prevê: “Extingue-se o processo sem resolução de mérito”. Diante disso, uma decisão que, por exemplo, reconhece a ilegitimidade de parte com relação a um dos co-réus, não será sentença, porquanto em que pese ter reconhecido a falta de uma das condições da ação (art. 267, VI), o vício apontado teve o condão de extinguir a demanda com relação a um dos co-réus, mas não extinguiu o processo (art. 267, *caput*), que continua “vivo” em relação ao outro co-réu. Trata-se, portanto, de uma decisão interlocutória.

¹⁶ “O critério topológico de definição dos atos decisórios, na redação primitiva do art. 162 do CPC, estava diretamente ligado ao recurso adequado para sua impugnação: se a decisão pusesse fim ao processo seria impugnável por apelação; se a decisão não pusesse fim ao processo, seria impugnável por agravo; se não fosse decisão, não seria impugnável.” (Rodrigo Barioni. *Efeito Devolutivo da Apelação Civil*, São Paulo: RT, 2007, p. 24.)

¹⁷ Cf. Fernando Sacco Neto, “Reflexões sobre as novas redações dos arts. 162, 267, 269 e 463 do CPC. In: Paulo Hoffman e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro (Coords.). *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 69/70.

¹⁸ Idem, *Ibidem*.

Então, pela letra da lei, pode-se afirmar que a diferença entre sentenças e decisões interlocutórias reside tão-somente no conteúdo desta última, isto é, será *sentença* aquele pronunciamento que tiver por objeto as matérias do art. 267 ou 269 do CPC. Ocorre que, para fins de recorribilidade, esta diferenciação é incompleta, porquanto existe a possibilidade de, no curso do processo, resolver-se questão “incidente” que se insira em num dos incisos dos arts. 267 ou 269 do CPC.

Imaginemos a seguinte situação: no mesmo processo o autor pretende a cobrança de duas dívidas (1 e 2). O réu, em contestação, alega prescrição e o juiz profere a seguinte decisão: “reconheço a prescrição tão-somente com relação à dívida 1, prossiga a demanda com relação à dívida 2”. Ou, ainda, o indeferimento liminar de reconvenção ou de ação declaratória incidental. Nessas hipóteses, e em tantas outras, ter-se-á sob o aspecto topológico uma decisão interlocutória, porquanto ainda viva a relação processual, e quanto ao conteúdo uma sentença, porque encartada numa das hipóteses do art. 267 ou do art. 269.

Em tais situações, qual o recurso cabível: apelação ou agravo? Se imaginada a solução a partir da leitura isolada do § 1º do art. 162, pensar-se-á inexoravelmente na apelação, o que implicaria na paralisação do processo (ainda não resolvido) para julgamento do recurso ou, para se evitar tal deletério efeito, numa espécie de “apelação por instrumento”, em total desconformidade com o sistema vigente para tal recurso.

Fazemos um necessário parêntese. É sabido e consabido que a interpretação não pode conduzir ao absurdo. Ademais, não é novidade que a interpretação literal, notadamente diante das recentes e freqüentes alterações a que tem se submetido o CPC, não raras vezes tem conduzido o intérprete a conclusões distorcidas e insatisfatórias. Fazemos, nesse ponto, a advertência de que no panorama atual, diante de um Código de Processo submetido a várias e representativas reformas, a interpretação literal deve ser evitada, buscando-se uma interpretação sistemática e teleológica, como forma de garantir operatividade ao sistema.

Voltando à indagação formulada, para respondê-la satisfatoriamente é *necessária a conjugação dos dois critérios: o topológico e o*

conteúdo. Com efeito, deve ser considerada sentença, para fins de apelação, o pronunciamento judicial que encerrar uma das hipóteses dos arts. 267 ou 269 e, cumulativamente, der fim à *fase* de conhecimento em primeiro grau de jurisdição. Após o advento da Lei 11.232/2005, não se pode falar, por óbvio, na extinção do processo – que agora contempla uma fase de conhecimento e uma de execução – devendo ser adaptada a regra topológica, de forma a exigir que o pronunciamento judicial além de referir-se a uma das situações do art. 267 ou 269, encerre a fase (ou procedimento) de conhecimento, esgotando a atividade cognitiva em primeiro grau. Só nessa hipótese é que caberá apelação. Se, ao contrário, a decisão não extinguir, com ou sem julgamento do mérito, a fase de conhecimento, mas referir-se a uma das hipóteses do art. 267 ou 269, o recurso será o agravo e não apelação.¹⁹

Ao promulgar a Lei 11.232/2005, o legislador não pretendeu transformar todo e qualquer pronunciamento judicial que trate do mérito em sentença. Fosse essa a intenção o conceito de decisão interlocutória também deveria sofrer mudança para se deixar claro que ela não pode, em qualquer hipótese, tratar do mérito. O conceito de “questão incidente”, em verdade, não exclui o conceito de mérito. Veja-se, por exemplo, a decisão que concede antecipação de tutela que, inegavelmente julga, mesmo que provisoriamente, o mérito, mas é, e sempre foi, vista pela doutrina e pela jurisprudência como uma decisão interlocutória.²⁰

Dessa forma, para fins de recorribilidade, só será sentença o pronunciamento que implicar uma das hipóteses do art. 267 e 269 e, cumulativamente, extinguir a *fase de conhecimento* (nas ações que tenham por objeto o pagamento de quantia certa, assim como nas sentenças que impõe, uma obrigação de fazer, não-fazer ou entrega de coisa). Continua, no entanto, a necessidade de extinção *do processo* nas hipóteses do art. 267 ou, ainda que haja resolução do mérito (art. 269), nas sentenças declaratórias e constitutivas que não exigem uma fase posterior de execução.

¹⁹ Com aproximadamente dois de vigência da Lei 11.232/05, a doutrina, pouco a pouco, vem convergindo nesse mesmo sentido. Dentre outros, compartilham dessa mesma opinião: Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante, 9ª ed.. São Paulo: RT, 2006, p. 372); Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (*Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*. São Paulo: RT, 2006, p. 37); Fernando Sacco Neto (Reflexões sobre as novas redações dos arts. 162, 267, 269 e 463 do CPC, ob.cit., p. 70.); Rodrigo Barioni (*Efeito Devolutivo da Apelação Civil*, cit., p. 26).

²⁰ Cf. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Curso de Processo Civil, v.2 – Processo de Conhecimento*, 6ª ed., S.Paulo: RT, 2007, p. 404.

5. Irrecorribilidade dos despachos?

Para completar a análise dos pronunciamentos judiciais resta-nos analisar os despachos e também os tais “atos meramente ordinatórios”, previstos, respectivamente, nos §§ 3º e 4º do art. 162 do CPC.

Num primeiro passo, é de rigor observar que o art. 504 do CPC que na sua redação originária previa o não cabimento de recurso com relação aos “despachos de mero expediente” foi modificado pela Lei 11.260/2006 para constar que dos “despachos” – todo e qualquer despacho ao menos numa visão literal – não cabe recurso.

Pela dicção contida no § 3º do art. 162, os despachos apresentam um conceito por exclusão, de forma que todos os pronunciamentos do juiz – excetuando-se as sentenças e decisões interlocutórias – praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabeleça outra forma, são considerados despachos.

Por sua vez, os “atos meramente ordinatórios”, pela forma trazida no § 4º do mesmo dispositivo legal, “independentem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários”. A norma está claramente relacionada com o dispositivo constitucional do art. 93, XIV, da Carta Magna, acrescentado pela EC 45/2004, *verbis*: “os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório.”

Os tais *atos meramente ordinatórios* são, em verdade, os *despachos de mero expediente* à luz do sistema anterior, que passaram a ser realizados pelo serventuário e não pelo juiz, a quem incumbirá revê-los, se for o caso.²¹ De

²¹ “Da análise conjunta dos arts. 162, § 4º, e 504 (na redação da Lei 11.276/2006), conclui-se que aquilo que o juiz fazia, no sistema anterior, por meio de despachos ‘de mero expediente’, agora tocará ao serventuário da justiça. O juiz, salvo se for necessário (como diz o art. 162, §4º, do CPC), pelo menos em princípio, *não profere mais despachos de mero expediente*, já que estes são justamente aqueles atos meramente ordinatórios cujo objetivo é promover o andamento do feito, levando a efeito e dando rendimento ao princípio do impulso oficial (CPC, art. 262). Esses atos *meramente ordinatórios* são, por exemplo, a remessa dos autos ao contador, a entrega do processo ao perito, a cobrança de autos

qualquer forma, é imperioso ter em mente que da análise conjunta do art. 93, XIV da CF e do art. 162, § 4º do CPC, conclui-se que tais *atos de mero expediente* ou *meramente ordinatórios* não podem apresentar qualquer conteúdo decisório, restringindo-se tão-somente àquelas providências típicas para dar andamento ao feito, sem que haja qualquer opção de escolha ou deliberação pelo serventuário, com o *e.g.*, a juntada e a vista obrigatória, exemplos, aliás, constantes do próprio dispositivo legal (CPC, art. 162-§4º).

A nosso ver, em respeito ao teor do art. 93, XIV da CF e do art. 162, § 4º do CPC, não se pode mais defender a tese de que não há qualquer diferença entre *despachos* e *despachos de mero expediente* (*rectius*, atos meramente ordinatórios), sob pena de tornar inócuos o mandamento constitucional e o legal.²²

Há, sim, diferença entre eles. Com efeito, a nota distintiva entre despachos e os atos meramente ordinatórios (ou, noutras palavras, despachos de mero expediente) reside justamente no seu conteúdo decisório. Vislumbramos uma gradação: os atos meramente ordinatórios não apresentam nenhum conteúdo decisório, não envolvem qualquer atividade interpretativa e por isso mesmo representam a aplicação automática e indiscutível da lei, daí a possibilidade de serem realizados pelos serventuários; os despachos, por sua vez, apresentam um conteúdo decisório mínimo, rarefeito, abrindo-se alguma opção diante da lei. Justamente por isso os despachos não foram delegados aos serventuários, somente podendo ser proferidos pelo juiz.²³

indevidamente retidos pelo advogado da parte, etc.” (Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*, ob.cit., p.207.

²² Cf. a opinião de Nelson Nery Jr., manifestada antes da nova redação dada ao art. 504 do CPC: “Todo despacho é de mero expediente. São atos do juiz destinados a dar andamento ao processo, não possuindo nenhum conteúdo decisório. Se contiver nele embutido um tema decisório capaz de causar gravame ou prejuízo à parte ou ao interessado, não será despacho mas sim decisão interlocutória. Isto ressalta cristalino do sistema do código.” (*Princípios Fundamentais*, ob.cit., p.208).

²³ Nesse mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina: “Entendemos que dos despachos se devem distinguir *os atos de mero expediente sem caráter decisório* (CF, art. 93, inc. XIV, na redação da EC 45/2004) que ficam a cargo dos serventuários de justiça, a estes se referindo o § 4º do art. 162 do CPC. Os atos que não são de mero expediente, pelo conteúdo decisório mínimo que albergam, não podem ser atualizados pelos serventuários de justiça, mas somente pelo juiz.” (*Breves Comentários*, ob.cit., p. 205).

Veja-se o clássico exemplo do “cite-se”. Trata-se de despacho ou ato meramente ordinatório (despacho de mero expediente)²⁴? O “cite-se” é, a nosso ver, um despacho, porquanto embora seja uma providência elementar, aparentemente sem qualquer conteúdo decisório, apresenta algum grau de decisão, porquanto se abre ao juiz a possibilidade de, por exemplo, determinar a emenda da petição inicial ou mesmo indeferi-la²⁵.

Outra questão que merece preocupação diz respeito à diferenciação entre despachos e decisões interlocutórias. Nem sempre distinguir tais pronunciamentos judiciais é tarefa fácil e dependendo da leitura que se faça do sistema processual a resposta implica diretamente na possibilidade ou não de deles recorrer. A doutrina e a jurisprudência, na sua maioria, têm se inclinado pela utilização do critério do prejuízo. Assim, se o pronunciamento causar prejuízo à parte deve ser entendido como uma decisão interlocutória e, portanto, recorrível por meio de agravo; por outro lado, não havendo prejuízo, deve ser lida como despacho e, a teor do art. 504 do CPC, irrecurrível²⁶.

Essa diferenciação toma por base o *efeito* do pronunciamento e não o seu *conteúdo* e por ela um mesmo pronunciamento pode, de acordo com as circunstâncias (incidência ou não de prejuízo no caso concreto), ser despacho ou decisão interlocutória. *Data maxima venia*, tal critério não nos convence. Definir algo pelo seu *efeito* não nos parece a melhor técnica: um despacho não se transmuda em decisão interlocutória, não perde a sua *essência*, só porque causou prejuízo à parte; o prejuízo decorre justamente do conteúdo decisório mínimo presente no despacho.

²⁴ Não se diga que o despacho que determina a citação é uma decisão interlocutória. Não o é. Ela não quer significar que o juiz tenha analisado previa e necessariamente a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, o que demandaria “decisão” e, como tal, explícita e fundamentada a teor do mandamento constitucional previsto na CF, art. 93, IX.

²⁵ Nesse mesmo sentido é precisa a lição de José Alexandre Manzano Oliani: “Essa possibilidade de proferir o ‘cite-se’ ou deliberar de outro modo evidencia que não se trata de um *despacho de mero expediente*, mas não obstante a existência de um conteúdo decisório mínimo, tem-se que tal pronunciamento não tem carga decisória relevante que o desfigure, transmudando-o em decisão interlocutória.” (*O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração*. São Paulo: RT, 2007, p. 150).

²⁶ V., por todos, Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, vol.1 – Parte Geral. São Paulo: RT, 2006, p. 438/441. À guisa de síntese, menciona o autor: “... haver-se-á de examinar o ato sob a ótica do prejuízo, que é *punctus pruriens* atinente ao tema, vale dizer, é pelo prejuízo presente que um ato judicial, que não extinga o processo, haver-se-á de reputar decisão interlocutória.” (ob.cit, p. 440).

É interessante observar, conforme ensinado por Arruda Alvim²⁷, que a *ratio* da norma que prevê que a irrecorribilidade dos despachos reside justamente na suposição de que, por serem desprovidos de conteúdo decisório, não causam prejuízo à parte e, portanto, não há interesse recursal. Ocorre que, segundo pensamos, em algumas situações os despachos (e também os atos meramente ordinatórios) podem inegavelmente causar prejuízo²⁸ e, para essas hipóteses, não há outra solução compatível com o sistema processual e com a Constituição Federal senão desprender-se da interpretação literal e enxergar a possibilidade de se manejar o competente recurso, *in casu* o agravo.²⁹

Por último, fazemos apenas a ponderação de que, em nosso sentir, se tratando de atos meramente ordinatórios, somente poderá haver recurso após o pronunciamento do juiz sobre eventual revisão do ato cometido pelo serventuário, seja por meio de pedido da parte ou mesmo de ofício. Enquanto não houver a decisão do juiz – expressamente prevista como forma de controle dos atos cometidos pela Serventia – não nos parece haja interesse para o recurso.

6. À guisa de conclusão: a mitigação do princípio da correspondência e a necessária aplicação do princípio da fungibilidade recursal

Diante de tudo o quanto foi esclarecido nos tópicos precedentes a respeito dos pronunciamentos judiciais, fica evidente que o princípio da correspondência entre o tipo de decisão judicial e o tipo de recurso foi mitigado pelas alterações legislativas já apontadas.

²⁷ “Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – Direito brasileiro”. *Revista de Processo* vol. 48, p. 7-26.

²⁸ Rodrigo Barioni, com base na lição de Machado Guimarães, deixa claro que a existência de prejuízo à parte é requisito de admissibilidade de todo e qualquer recurso: “Ensinava Machado Guimarães que ‘a alegação do gravame é que autoriza a interposição do recurso’. De fato, a sucumbência consubstancia-se em requisito de admissibilidade de todo e qualquer recurso.” (*Efeito Devolutivo da Apelação Civil*, cit., p. 40).

²⁹ Nesse mesmo sentido é a opinião de Teresa Arruda Alvim Wambier: “(...) mesmo quando profere um despacho, o juiz desenvolve uma atividade mental de escolha, inevitavelmente, às vezes mais, às vezes menos complexa, (...) e, por mais simples e sumária que seja esta atividade mental, ela existe, mesmo para que se possa proferir um despacho. Até mesmo um ato ordinatório. (...) Este conteúdo decisório mínimo, a nosso ver, não descaracteriza o pronunciamento como despacho, mas o torna, a nosso ver, *recorrível*, porque apto a gerar prejuízo.” (*Os agravos no CPC brasileiro*, cit., p.129).

Pode-se afirmar que até muito recentemente no direito brasileiro existia uma clara e expressiva correspondência entre os tipos de recurso e os tipos de decisão. Pela regra geral e observados os requisitos específicos, podia-se afirmar que das decisões interlocutórias cabe agravo; das sentenças, apelação; dos acórdãos, embargos infringentes, recurso ordinário constitucional, recurso especial, recurso extraordinário, e embargos de divergência (limitado aos RE e REsp). Os embargos de declaração, por sua vez, são interponíveis de todos os pronunciamentos judiciais, inclusive dos despachos e dos atos meramente ordinatórios.

Contudo, a situação presente não se apresenta tão simples. Pegando como exemplo apenas a Lei 11.232/2005, vislumbra-se a opção legislativa de impor a recorribilidade, por meio de agravo de instrumento, contra pronunciamentos com inegável natureza de sentença, *e.g.*, a decisão que julga a liquidação de sentença (art. 475-H) e, bem assim, a que não acolhe, no mérito, a impugnação (art. 475-M, §3º). Isso sem falar naquelas decisões que, se analisadas sob o prisma exclusivo da letra da lei (§ 1º do art. 162), tem conteúdo de sentença – *e.g.*, a decisão que reconhece prescrição ou decadência com relação a um dos pedidos, a decisão que indefere liminarmente a reconvenção, a declaratória incidental e a oposição – mas que pela doutrina e jurisprudência dominantes, também são atacáveis por meio de agravo.

A confusão não é menor se interpretada de forma literal a regra do art. 504 do CPC, com redação dada pela Lei 11.276/2006, que atribui irrecorribilidade aos despachos *lato sensu*. Como vimos, a solução dada por parte da doutrina para transpor essa limitação é considerar que diante do *prejuízo*, os despachos alcançariam o *status* de decisões interlocutórias e, nessa condição, seriam recorríveis, com o que, como já dissemos, não concordamos. No nosso entendimento, mesmo a teor da aparente vedação legal, uma interpretação sistemática e teleológica nos conduz à recorribilidade dos despachos quando houver *prejuízo* a uma das partes, o que não significa descaracterizá-lo como tal e transmudá-lo em decisão interlocutória.

Evidente, nesse contexto, a mitigação do princípio da correspondência, para ceder espaço ao princípio da fungibilidade³⁰ que, como corolário

³⁰ Segundo nos ensina Robert Alexy, havendo colisão de princípios, aquele de maior *peso* no caso concreto prepondera sobre o de menor *peso*. Ao contrário do conflito de normas, que, nos dizeres de

do princípio da instrumentalidade das formas³¹, tem encontrado, a cada dia, um palco mais fértil para sua incidência em todo o sistema processual, não estando mais restrito aos recursos e espraiando seus efeitos para muito além do plano recursal³².

O princípio da fungibilidade, em termos simples, implica na possibilidade de se receber um recurso por outro, sob certas condições³³. E quais são tais condições?

Falava-se, na doutrina clássica, em três requisitos para aplicação do princípio da fungibilidade: existência de dúvida objetiva; inexistência de erro grosseiro e observância do prazo menor, se o recurso utilizado tiver prazo maior que aquele que deveria ter sido interposto. Atualmente, o que prevalece, segundo a melhor doutrina, é que o único requisito a ser exigido é a existência de dúvida objetiva, assim entendida como a dúvida demonstrada ou atestada por divergências no plano doutrinário ou jurisprudencial.³⁴

Como se demonstrou à saciedade neste estudo, à luz das recentes alterações legislativas, inúmeras situações podem gerar, na doutrina e na jurisprudência, dúvida objetiva, sendo que nessa hipótese é mister a observância do princípio da fungibilidade, sob pena de se penitenciar o jurisdicionado pela falta de clareza da lei.

Nesse exato sentido, encerramos com as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier que, com precisão cirúrgica, adverte:

Alexy, é solucionado pela introdução de uma norma de exceção que remova o conflito ou pela declaração de nulidade de uma das normas, é justamente na dimensão do “valor” e não da “validade” que se soluciona a colisão dos princípios.

³¹ “O princípio da fungibilidade é descendente direto do princípio da instrumentalidade das formas, que é mais genérico, e significa que, preenchidas determinadas condições, tanto um meio, quanto outro, podem ser empregados (= podem ser considerados adequados) para se chegar a determinado resultado.” (Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p.492.)

³² Acerca da incidência do princípio da proporcionalidade de forma mais genérica, v., por todos, Teresa Arruda Alvim Wambier. “Fungibilidade de ‘meios’: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001, p. 1090-1144.

³³ “O princípio da fungibilidade recursal consiste, então, numa atenuação desses princípios, num abrandamento das respectivas regras, na medida em que autoriza o recebimento de um recurso por outro, proporcionando o conhecimento de mais de uma espécie de recurso contra uma decisão judicial”. Rita de Cássia Corrêa de Vanconcelos. *Princípio da fungibilidade – Hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: RT, 2007, p. 78.

³⁴ Cf. Luiz Rodrigues Wambier *et. al*, *Curso Avançado*, cit., p.523/524.

“É impossível fechar os olhos à realidade de que o CPC hoje não pode mais ser pressuposto como algo que se assemelhe a um ‘sistema’, no sentido mais rigoroso da expressão. Trata-se de lei que vem passando por um profundo processo de reforma e cujas feições definitivas ainda não se completaram, até porque não houve tempo para que a doutrina e a jurisprudência ‘amadurecessem’ certos aspectos das novidades e problemas por esta criados.

Portanto, as ‘zonas de penumbra’ são incontáveis e tendem a multiplicar-se na exata proporção da *quantidade* e da *velocidade* das alterações que se vão introduzindo no texto da lei.

Em face deste quadro pensamos que pode ser absolutamente desastrosa a insistência em manter o raciocínio orientado exclusivamente pelo método clássico de pensar.”³⁵

³⁵ *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p.493.

Referências Bibliográficas

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, vols. 1 – Parte Geral e 2 – Processo de Conhecimento, 10ª ed., São Paulo: RT, 2006.

_____. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentas da existência dos recursos – Direito brasileiro. *Revista de Processo* vol. 48, p. 7-26.

BARIONI, Rodrigo. *Efeito Devolutivo da Apelação Civil*, São Paulo: RT, 2007.

LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I – Parte Geral*, São Paulo: Atlas, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, v.2 – Processo de Conhecimento*, 6ª ed., S.Paulo: RT, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos recursos*. 5ª ed., São Paulo: RT, 2000.

_____; e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante*, 9ª ed.. São Paulo: RT, 2006.

OLIANI, José Alexandre Manzano. *O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração*. São Paulo: RT, 2007.

SACCO NETO, Fernando. Reflexões sobre as novas redações dos artos. 162, 267, 269 e 463 do CPC. In: *Processo de execução civil: modificações da Lei 11.232/05*. HOFFMAN, Paulo e RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 61-82.

VAREJÃO, José Ricardo do Nascimento. As classificações, a Lei 11.232/2005 e o ‘novo’ conceito de sentença. In: *Aspectos Polêmicos da Nova Execução 3*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), São Paulo: RT, 2006, p. 369-395.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil contemporâneo*, São Paulo: RT, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento*, 3ª ed. do livro *Liquidação de Sentença*, São Paulo: RT, 2006.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*, São Paulo: RT, 2006.

_____; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de Almeida e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil, v. 1 – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 8ª ed., São Paulo: RT, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*, 6ª ed., São Paulo: RT, 2007.

_____. *Os agravos no CPC brasileiro*, 4ª ed., São Paulo: RT, 2006.

_____. Fungibilidade de “meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e NERY Jr., Nelson (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001, p. 1090-1144.